

HISTORIA
DEL
DERECHO PRIVADO
DE LA
EDAD MODERNA

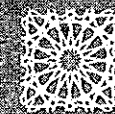
POR
Franz WIEACKER

Revisado

Collection
CRÍTICA DEL DERECHO

Section
ARTE DEL DERECHO

Director
JOSE LUIS MONERO PÉREZ



COMARES
edición

ÍNDICE

PRÓLOGO	IX
---------------	----

PRIMERA PARTE LOS FUNDAMENTOS

§ 1. Propósito y objeto de esta exposición	3
§ 2. Las épocas de la Historia moderna del Derecho privado	7
§ 3. Los orígenes de la cultura jurídica europea	17
§ 4. El nacimiento de la ciencia del Derecho romano	33
§ 5. La culminación de la ciencia jurídica medieval	51
§ 6. El desarrollo del Derecho alemán en las vísperas de la recepción	65

SEGUNDA PARTE LA RECEPCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA EN ALEMANIA

§ 7. Causas y condiciones de la recepción	93
§ 8. La formación de la clase alemana de los juristas	117
§ 9. La literatura jurídica de la época de la recepción	131
§ 10. El progreso de la jurisprudencia erudita	137
§ 11. La legislación en la época de la recepción	153
§ 12. La consolidación de la ciencia alemana del Derecho común y del <i>Usus modernus</i>	169
§ 13. El balance de la recepción	181

TERCERA PARTE
LA ÉPOCA DEL DERECHO RACIONALISTA

§ 14. Los fundamentos	203
§ 15. Precursores y fundadores del Derecho racionalista	245
§ 16. Teóricos del Derecho racionalista sistemático	271
§ 17. El enlace del Derecho racionalista con la Ilustración	287
§ 18. Las codificaciones iusnaturalistas	303

CUARTA PARTE
LA ESCUELA HISTÓRICA, LA CIENCIA DE LAS PANDECTAS
Y EL POSITIVISMO DE DERECHO CIVIL

§ 19. Supuestos previos y orígenes de la Escuela histórica del Derecho	333
§ 20. Fundadores y dirigentes de la Escuela histórica	355
§ 21. El descubrimiento de la Historia del Derecho	379
§ 22. La ciencia de las Pandectas o la soberanía del positivismo científico	391
§ 23. El tránsito del positivismo científico al positivismo legal	417
§ 24. El Código civil	431
§ 25. El Código civil suizo. Las «familias jurídicas» mundiales después de las codificaciones de la ciencia de las Pandectas	453

QUINTA PARTE
EL DERRUMBAMIENTO Y LA DERROTA DEL POSITIVISMO

§ 26. El desarrollo ulterior del Derecho civil alemán	471
§ 27. El derrumbamiento de la unidad ideal del Derecho privado ..	491
§ 28. La degeneración del positivismo legalista	507
§ 29. El naturalismo jurídico	517
§ 30. Retorno a la justicia material	541
<i>Perspectiva:</i> Las tareas de la ciencia del Derecho privado	561

CUARTA PARTE

LA ESCUELA HISTÓRICA,
LA CIENCIA DE LAS PANDECTAS
Y EL POSITIVISMO
DE DERECHO CIVIL

LA ESCUELA HISTÓRICA,
LA CIENCIA DE LAS PANDECTAS
Y EL POSITIVISMO DE DERECHO CIVIL

§ 19. SUPUESTOS PREVIOS Y ORÍGENES
DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

I. La crítica del sentimiento cívico nacional en la legislación del absolutismo.—II. La quiebra filosófica del Derecho racionalista acrítico.—III. La restauración de la jurisprudencia humanística en Alemania.—IV. El sentido histórico y el sentimiento de la Historia del Romanticismo.—V. El legado permanente del método del Derecho racionalista en la ciencia jurídica del siglo XIX.

① 1. Las codificaciones iusnaturalistas fueron el supremo triunfo de la cultura jurídica práctica. Por lo cual ya no podían rendir pleno fruto al no permitir tan rápidamente a la ciencia y a la jurisprudencia dejarse llevar por la audacia reformista de una pequeña *élite*. Ese triunfo más bien fue adquirido por la tendencia expresa del legislador absolutista a restringir la ciencia y a vincular al juez a la interpretación y creación jurídica de las comisiones ministeriales (en Prusia), o de la Cámara legislativa (Francia). De ahí que la breve soberanía del Derecho natural de la Ilustración en la realidad del Estado mirase la teoría romanística desde el punto más bajo de su aspecto externo y de su vida interna. Precisamente por esa restricción e inhabilitación se produjo en Alemania la decadencia de la soberanía autoritaria de la

ley, cuando se mancomunaron el creciente sentimiento de la propia dignidad de los ciudadanos y una restauración humanística para atacar al mecánico Estado autoritario.

2. Esta crítica se dirigió contra el lado profundamente sombrío de la imagen esplendorosa de una legislación dictada por la razón. Las grandes figuras jurídicas de la época heroica del Derecho racionalista desde Grocio a Pufendorf eran teorías intuitivas, meras regulaciones de la idea del Derecho, que se comunicaban y refrescaban siempre en un activo intercambio con una ciencia especializada consciente de su valía, tal como, sobre todo, en Francia y en Holanda, aunque también en la romanística alemana del siglo XVIII. Entumecidas por la prescripción de una legislación, que se arrogaba el encontrar de una vez para siempre un Derecho justo para un Estado concreto, se tornaron en frenos precisamente de una verdadera justicia, pues ésta, por ser exactamente norma invariable, exige, en cada diferente situación histórica concreta, un Derecho concreto también diferente. La ingenuidad del Derecho racionalista teórico era un error fructífero, mientras permaneciese siendo teoría, y por todo el tiempo en que no fuese refutada por otra teoría más justa. Pero tan pronto como la razón autoritaria dictó el Derecho natural a sus pueblos, hízose imposible esa autocorrección tendente a un nuevo espíritu y nueva realidad, y la razón (aunque en un sentido opuesto precisamente al de las palabras de Goethe) se tornó en absurdo verídico y azote benéfico.

Hecho doctrina, el Derecho natural descubrió su modo reformador de ser. Desde su elevada cumbre, la Ilustración, con extraordinaria ingenuidad, había roto con las viejas tradiciones inicuas e implantado la supresión del tormento, puesto en evidencia lo fantasmagórico de las brujerías, eliminado los diversos procedimientos de ejecución de penas corporales y deshonorosas, instaurado la reforma del Derecho penal y, sobre todo, del cumplimiento de las penas, con lo que logró dignísimos lauros de humanidad. Mucho menos notorios, y ni siquiera manifiestos, fueron los frutos del Derecho privado racionalista. En esta materia, la desconsiderada y superficial racionalización de la Ilustración había, no solamente socavado con vivacidad la conciencia jurídica tradicional, sino paralizado también el progreso de la ciencia jurídica con una especie de monopolio del Estado de todo

futuro Derecho natural. La hostilidad de esa razón frente a la Historia alcanzó también a la historia *venidera*, al porvenir de su pueblo.

3. A exigencia semejante no pensaron someterse los mejores de las naciones cultas entonces en formación. Verdad es que precisamente la instauración política del absolutismo en Francia, lo mismo que en los grandes países alemanes, había creado ¹ la conciencia cívica del pueblo y de la nación, la «relación inmediata» del ciudadano con el Estado, como enseña, por ejemplo, la participación de toda Alemania en las guerras de Federico II, en las cuales, según el testimonio de, nada menos, que Goethe («Verdad y poesía»), se formó la conciencia cultural de la nación. Al comunicarse de ese modo el sentimiento político del regente a los regidos y excitarse con nuevas tareas la entrega a la gran unidad de la patria, cual se enardece en el «Sissides y Pachés» de Ewald von Kleist, el «Philotas» de Lessing, o en la «Muerte por la patria» de Th. Abbt, en los que, por así decir, las fuerzas anímicas deshe-ladas del pietismo se descargan hacia el exterior, reclamaron también una participación con responsabilidad en la política y jurídica creación nacional. Se les aparecía la obra de arte política del Estado absolutista como una máquina; su legislación, como un producto manufacturado sin raigambre en la conciencia jurídica; su bien intencionada aspiración a la «felicidad» de los súbditos, como una tutela del ciudadano ya llegado a la mayoría de edad. En la crítica de Archenholtz del Estado prusiano como máquina, y en el redescubrimiento por J. Möser de las antiguas libertades corporativas, alcanzaron esas disposiciones de ánimo una expresión productiva.

Esta nueva exigencia ciudadana pudo ser impuesta por una gran revolución política, en la que se colocó la nación soberana en lugar del príncipe y se puso fin a las tendencias racionalistas y centralizadoras del Estado absoluto, porque sus activos representantes habían hecho suyo propio el *pathos* del Estado. Este fue el camino de Francia, en donde el antiguo régimen se había descuidado en realizar una

¹ A este propósito, H. V. SRBIK: *Geist u. Gesch. v. dtsh. Humanismus bis zur Gegenwart*, I (1951), 164 y sigs., 170 y sigs.

reforma política según el espíritu de la Ilustración. Más rico, y al mismo tiempo más quebrado, fue el desarrollo seguido por Alemania por faltar en ella un Estado unitario y porque muchas corrientes de la época floreciente de su cultura arrastraron consigo la acción política al «penar y poetizar» en su sentido más peculiar².

También en Alemania, desde el dominio de Napoleón y de sus códigos sobre Europa, muchos de los mejores miraron hacia Francia. Como en las guerras de liberación Alemania, en algunos momentos, les pareciera estar madura para una democracia nacional unitaria, creyeron hallar abierto el camino para una constitución general alemana democrática y para un código, que entonces ya no sería impuesto, sino elaborado por la propia nación, como en Francia. Pero, en realidad, Alemania, conforme a su grado interior de evolución; fue por otro camino, por el que esperaba alcanzar el Derecho justo de la conciencia histórica y científica del Derecho de Nación civilizada. En la disputa entre Thibaut y Savigny acerca de la «Vocación de la época para la legislación y la ciencia» (*infra*, págs. 361 y sigs.) se marca, consciente y ejemplarmente, la decisión alemana. El camino de Savigny y de la Escuela histórica se impuso, porque la restauración de los Estados dinásticos, luego de la caída de Napoleón, ya no permitió la integración democrática en un Estado nacional alemán, y porque nuevos movimientos intelectuales habían desprestigiado espiritualmente el Derecho natural hasta en la teoría.

II. 1. La decisiva participación de Kant en la destrucción de los errores metódicos del Derecho natural ha sido reconocida desde siempre³, aunque no siempre justamente apreciada. Sus resultados han

² Acerca de lo siguiente, especialmente, MEINECKE: *Weltbürgertum u. Nationalstaat*⁷; *Das Zeitalter d. Dtsch. Erhebung* (1795 bis 1815)¹, 1906, últimamente en Leipzig, Koehler & Amelang, sin año (1941), especialmente págs. 37 y sigs.

³ LANDSBERG: *Kant und Hugo, Ztsch. f. d. Privat. u. öff. R.*, 28 (1901), 670 y sigs.; *Gesch. d. Ruiss.*, III, 2, 185 y sigs.; DULCKEIT: *Natur. u. posit. R. bei Kant* (1932); SCHÖNFELDT: *Gesch. d. R. im Sp. d. Metaphys.* (1943), 153 y sigs. (con divergentes apreciaciones); hoy, sobre todo, WELZEL: *N. R. u. nat. Ger.*, 165 y sigs. Un importante testimonio de los comienzos de la influencia es la crítica de HUGO a Chr. Wolff: *Civilist. Magazin*, II³ (1812), 39.

de bastarnos aquí. El ataque de Thomasio al idealismo iusnaturalistas era insuficiente e ineficaz. Tanto mediante la crítica gnoseológica de Kant, como por medio de su *Metafísica de las costumbres*, fue, por el contrario, refutada para el pensamiento europeo de la época la *Metafísica material jurídica del antiguo Derecho natural*, al menos en sus puntos de partida, con lo que quedaron metódicamente desacreditadas las ingenuas creaciones de los grandes fundadores del Derecho racionalista, así como los graves ataques de los legisladores de la Ilustración contra la realidad jurídica de las naciones, por lo demás, en perjuicio de una recta apreciación de sus prácticos servicios, para los que aquellos errores podían ser insignificantes. Confesándose ya hacia el 1800 los más grandes pensadores alemanes del Derecho partidarios de Kant, tenían que fundamentar el sistema de Ética social en la Ética formal kantiana de la libertad y de la personalidad. La cuestión acerca de cómo, bajo esas condiciones, fuera posible una Ética social apriorista no fue entonces advertida en todo su alcance.

Pero no sería cierto el aceptar que la crítica de Kant de la *Metafísica del Derecho natural* haya atañido también al rendimiento del Derecho natural en la ciencia del Derecho positivo. El Derecho natural, como propósito sistemático de ordenación del Derecho positivo, no fue desvalorizado por ella. Sobre esa base, aún siguen siendo posibles, según Kant, grandes codificaciones sistemáticas y racionales; y dos grandes codificadores iusnaturalistas, como Zeiller y A. Feuerbach, eran precisamente kantianos. Finalmente, también continúa siendo posible una Ética jurídica autónoma en forma de una Ética formal de libertad de la autonomía moral, Ética jurídica que, mediante el concepto de Derecho subjetivo de Savigny y el de la voluntad del negocio jurídico⁴, aún domina toda la ciencia pandectística. En este sentido crítico, como ya se ha visto antes, la escuela histórica aceptó un legado esencialmente teórico del Derecho natural, con el que, por otra parte, recibió también sus antinomias éticas.

⁴ Últimamente, COING: *Der Rechtsbegriff d. menschl. Person u. d. Theorien d. Menschenrechte*, en *Dtsch. Landesreferate, z. III Int. Kongr. f. Rechtsvergl.* (Londres, 1950), 119 y sigs., con respecto a la influencia del concepto ético sobre los discípulos de Kant, Savigny, Puchta y Stahl.

2. Por eso, la crítica de Kant por sí sola no hubiera significado el fin del Derecho natural práctico o «histórico», pues éste había proporcionado, en realidad, no ya un Derecho natural ideológicamente realista como Filosofía del Derecho, sino solamente un Método y una codificación iusnaturalista. Tenían que surgir otros movimientos para hacer posible la Escuela histórica. No sólo los fundamentos, sino también los efectos de esas fuerzas existían ya latentes *antes* del romanticismo, a las cuales se atribuye tradicionalmente la Escuela histórica. Como hechos esenciales se nos aparecen, por el contrario, el creciente desarrollo del sentido histórico, cuyos comienzos en el siglo XVIII ya habían ido convirtiendo el Derecho racionalista absoluto en uno «histórico» (§ 17, II), y la concentración de la conciencia cultural de la nación en los preclásicos y clásicos alemanes de fines del siglo XIX, que condujo a una revolución humanística de las ciencias de la antigüedad, y con ello también a una ciencia del Derecho romano.

III 1. El desarrollo del sentido histórico⁵ presupone la existencia de una facultad de observación individualizadora, y por eso radica en el descubrimiento (neoplatónico-individualista) de lo inagotable e irreiterable de las manifestaciones individuales históricas (Shaftesbury, Leibniz). Esta experiencia, que se encuentra en exacta contraposición con las principales corrientes⁶ del Derecho natural,

⁵ Respecto a lo que sigue, especialmente, ROTHACKER: *Einl. in die Geisteswissenschaften*² (1930); E. TROELTSCH: *Savigny, Grimm, Ranke, H. Z.*, 178 (1923), 415 y sigs.; *Der Historismus u. seine Probleme* (1922); MEINECKE: *D. Einst. d. Historismus*² (1946) [hay trad. esp. del Fondo de Cultura Económica, Méjico], especialmente págs. 325 y sig. Para las condiciones previas de la escuela histórica del Derecho, especialmente, THIEME: *S. Z. Germ.*, 56 (1936), 202 y sigs.; *D. J. Z.*, 41 (1934), 153 y sigs.; SCHÖNFELD; *ob. cit.*, 159 y sigs.; E. WOLF, 453 y sigs.; en forma bosquejada, WIEACKER: *Vom römischen Recht* (1944), 266-276; añádase, sobre todo, KOSCHAKER, 254 y sigs. y *passim*; F. V. HIPPEL: *Gustav Hugo juristischer Arbeitsplan* (1931), especialmente 15 y sigs.

⁶ Acerca de esto, WOLF, 437 y sigs.; la secular oposición es el tema peculiar de la obra, tan repetidamente citada aquí, de Welzel acerca del *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Una expresión característica en la escuela plenamente desarrollada es la exigencia expresa de Niebuhr de un método filológico en lugar de uno «geométrico» [*Römische Geschichte*, I³ 1828 (IX)].

trajo consigo el conocimiento de la autonomía e historicidad de los pueblos y de los ámbitos culturales, principalmente a través de Juan Bautista Vico y de Montesquieu, quienes encontraron ambos que las civilizaciones, y especialmente el derecho, eran como productos del espíritu de la época y del «clima»; así ocurre en los *ricorsi* de Vico, en el *Esprit des lois* de Montesquieu y en la crítica de Voltaire del Derecho natural absoluto. Desde su antiguo rango pragmático, el sentido histórico indaga las condiciones naturales externas de la civilización, de la sociedad y del Derecho, como Montesquieu y, en Alemania, J. Möser. Dentro del espíritu de ese empirismo floreció en la década siguiente, no sólo la historiografía pragmática (desde Goetinga), sino también la ciencia del Derecho privado alemán⁷. Desde las «Ideas acerca de la Filosofía de la historia de la humanidad» de Herder, comienza, sin embargo, a concebirse la Historia como un infinito continuo progresivo y a introducirse el concepto de la evolución histórica⁸. En la Filosofía poskantiana del joven Schelling se desarrolla un sistema monista en el que aparece la Historia como despliegue, como «revelación de lo Absoluto» en el tiempo⁹, y las eras de la civilización y del Estado, como grados sucesivos de un desarrollo orgánico. Desde entonces no puede comprenderse ya al Derecho como sistema nomotético de leyes naturales con validez universal de la sociedad humana, o, en modo alguno, como producto manufacturado por un legislador racionalista¹⁰.

⁷ THIEME: *S. Z. Germ.*, 56 (1936), 202 y sigs., 215 y sigs.

⁸ Acerca de esto, especialmente, MEINECKE: *Entst. d. Hist.*² (1946), 378-468; últimamente, BENNO V. WESE: *Herder (D. Dtsch. i. d. dtsch. Philos.*, 1941), 279 y sigs. Sobre los efectos del conflicto biológico de teorías acerca de evolución y epigénesis en Herder, SCHÖNFELD, 318.

⁹ «La historia como conjunto es una revelación evolutiva, paulatina, progresiva de lo absoluto»; con relación al Estado y a la Sociedad, la Historia es... «el arquitecto de este organismo, el realizador de esta obra de arte, en la que se revela la idea divina del Derecho». Ya LANDSBERG (*ob. cit.*, 214, 216) había llamado la atención sobre estas frases de Schelling, quizá exagerando su profunda influencia sobre Savigny; cfr. hoy también v. SRNICK: *ob. cit.*, 140.

¹⁰ «El Estado es un organismo que no puede dominarse ni construirse, sino que se desarrolla y estructura»: una consecuencia necesaria del idealismo immanente de Schelling.

Si el historicismo, originariamente, fue comprendido por la vivencia esencial de la continuidad supranacional, trascendente, de civilizaciones y de épocas, como Filosofía de la Historia y de la cultura universales (como en Vico, en Voltaire, en el «Homero como hijo de su tiempo», de Woods, y aun en la «Época (stáufica) de Suavia» de Tiecks y en «la cristiandad o Europa» de Novalis), predominó, en cambio, cada vez más, la referencia estrecha a los *pueblos* como sujetos o personajes de la historia y de las civilizaciones. Las más importantes individualidades históricas y la formación de la conciencia política nacional ciudadana en toda la Europa occidental y central son las que favorecieron precisamente la vinculación de la Historia a la integración de *esos* grupos sociales. Así como en las ideas de Herder los pueblos van relevándose unos a otros, en un monstruoso plano universal, cual portadores de la antorcha de la determinación histórica, del mismo modo percibe este autor en la poesía universal lingüística, y, por tanto, nacionalmente vinculadas entre sí, las «voces del pueblo». Muy especialmente hace suponer que la conciencia política profundiza en la conciencia nacional el que resalten los pueblos y las culturas populares como órganos de la historia, pues las capas culturales ascendentes revelan al pueblo precisamente en su pasado como nación culta, y por eso las creaciones culturales se refieren a la actividad del «espíritu del pueblo»¹¹. De modo que tampoco el Derecho puede ya ser entendido como creación solamente del Estado. La nueva experiencia fundamental no es, por tanto, la condicionalidad nacional del Derecho —que después de Montesquieu ya no requería ser descubierta—, sino el «callado» brotar del Derecho de la espontanei-

¹¹ Acerca de la historia anterior de la palabra, datos en JACQUES STERN: *Vorrede zur Jubiläumsausgabe von Savignys Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft* (1914); y, sobre todo, en S. BRIE: *Der Volksgeist bei Hegel u. in d. hist. Rechtsschule* (1909); hoy, SCHÖNFELD: *ob. cit.*, 168, n. 26; según esto, el lugar más antiguo hallado sería el escrito de juventud de HEGEL: *Volks religion und Christentum* 1783, en HOHL, *Hegels theolog. Jugendschr.* (1907), 21 y 404; últimamente, v. SRBIK (n. 1), 174-205. De modo característico, Savigny ha llevado a efecto, relativamente tarde por su relación, fría en el fondo, pero con buena mano, una de las consignas antes más lejanas del Prerromanticismo.

dad colectiva del pueblo; y así como más tarde la poesía, para el romanticismo, brota espontáneamente de modo paradójico como «épica popular» o «canción popular», del mismo modo puede improvisarse por sí mismo. De los legisladores políticos habla Herder con «desdén burlón».

Este fenómeno no es sólo obra del romanticismo, sino de la renovación cultural alemana, que se inicia con la lucha de Lessing, de Herder, de Goethe joven y del «Sturm und Drang» * contra la Ilustración, que ya envejecía y se llevó totalmente a cabo con el clasicismo de Weimar. El propio fundador de la escuela histórica, F. C. von Savigny, no sólo atendiendo a su ambiente social, a su genio lingüístico y su estilo personal¹², sino también por su concepto de la naturaleza y de la cultura, pertenece al círculo cultural de Weimar en el sentido más estricto del Goethe en su edad mediana/Clásica es, y por ende en la situación peculiar de la Historia igualmente clasicista¹³ de la cultura alemana, totalmente su obra y sus consecuencias. Esa dependencia lleva a determinar adecuadamente la situación de Savigny. Éste pertenece a los pensadores idealizantes de la época y no a los individualistas. Este clasicismo exageró la irrupción del preclasicismo y del «Sturm und Drang», que había destruido el ingenuo normativismo de la Ilustración por medio de su arcaizante sentimiento

* [Tendencia literaria de la poesía alemana contemporánea de la juventud de Goethe.]

¹² Una «naturaleza absolutamente sistemática», y hasta una «columna dórica», le llama el efectivamente romántico CREUZER (*Brief an Susanne u. d. Heyden* del 25 de diciembre de 1804; acerca de esto, ya WIEACKER: *ob. cit.*, 269). Los testimonios personales y la rica literatura biográfica confirman este retrato, aun cuando los autores sigan la imagen convencional de una escuela histórica romántica. Acerca de la relación fundamental de Savigny con la lengua y literatura, muy notablemente, E. WOLF, 462; respecto a la correlación entre Savigny y Goethe, también SCHÖNFELD, 468, e infra, n. 14.

¹³ Acerca de la coincidencia, característica de la actividad cultural alemana, entre lo clásico y el clasicismo que suele excluirse entre sí, en la actualidad el bello escrito de KARL SCHEFLER *Deutsche Klassik* (Urach, 1946), espec. págs. 42 y sigs. y 71. La construcción intelectual de STRICH, *Deutsche und Romantik*² (1924), no puede aplicarse a esto sin reparos.

de las formas y su tendencia pedagógica hacia una configuración intemporalmente valedera del hombre, es decir, por medio de un nuevo *Humanismo*. Estos rasgos determinan ya la gran poesía clásica, en la música desde Gluck hasta Mozart (*Figaro*, *La flauta mágica*); en la arquitectura, desde Langhaus hasta Gilly y Klenze, y más anémicamente en las artes plásticas, desde Rafael Mengs y Oeser hasta Cartstens y Thorwaldsen; en la ciencia del espíritu adquiere su expresión más ilustre en la Filosofía de la Historia, de la cultura y del lenguaje de Guillermo von Humboldt. Por todas partes se purificó el legado de la Ilustración y se transfiguró en formas grandes y permanentes (Alceste e Ifigenia de Gluck, la Ifigenia de Goethe, Tasso, Hijas naturales, Aquiles, La novia de Mesina de Schiller); por todas partes se afirmó también la educación de la persona individual frente a un aumento de las creaciones culturales en fuerzas espirituales colectivas y espontáneas. Aún antes de la aparición del romanticismo, dominó ese clasicismo como la más elevada potencia modeladora alemana los ideales educativos de la antigua burguesía alemana hasta los umbrales de la revolución nacional, y de política industrial del siglo XIX. Esa repercusión de un movimiento tan exclusivo sobre la nación explica también su influencia determinante sobre la ciencia del Derecho y la actuación personal de Savigny. Pues en su monumental exposición, en su acrisolado sentimiento de la forma y en su mérito cultural¹⁴ respira el ideal de personalidad de Weimar; gracias a ello se

¹⁴ Muy interesante ya LANDSBERG, 247. El que la «dignidad cultural» sea un elemento esencial de la biografía de Savigny parece tanto como condenar peculiarmente por la «mera ignorancia y apatía de unos tiempos literalmente malos» a un sistema de valores indirecto y poco original de su iniciador. Para mejor comprensión ha de recordarse el juicio inexplicablemente moderado de Goethe acerca del arte plástico, tan débilmente clasicista, de su ambiente; en ambos pesa aquí más la medida restrictiva que la informe opulencia de formas. También comparte Savigny con Goethe otros rasgos característicos: la protesta inicial contra el racionalismo de la Ilustración resultante de un originario sentimiento de individualidad (la famosa carta de Goethe a Lavater de 1781 acerca de un mundo que él halla en un *omne individuum ineffabile*); un sentimiento elevado y al mismo tiempo sosegado, a veces amortiguado, de las formas, que es un símbolo expresivo del deseo de autorrealización trascendente: la aversión a los trastornos revolucionarios y las teorías catastróficas de la Historia de la naturaleza y

cuenta entre los pocos juristas cuyo nombre figura incluido en la Historia general de la educación de nuestro país.

3. Esta nueva humanidad clásica vuelve a encontrar su lejano modelo, desde el descubrimiento de Winckelmann, en la imagen humana de la antigüedad clásica, que ha iluminado a toda imagen europea de la personalidad desde la Edad Moderna. Un nuevo («segundo») humanismo se convirtió en medio de expresión de la propia renovación espiritual. De ahí que en las ciencias del espíritu y en las históricas, la tendencia de lo clásico a la Antigüedad, cierto que entendida de nuevo creadoramente como misión, condujera a una renovación y a un florecimiento de las ciencias de la Antigüedad¹⁵. Al prender también en la ciencia del Derecho, volvió a restablecer el prestigio cultural del Derecho romano. Esta renovación devolvió autoridad al cultivo científico en la Universidad bajo el signo del renovado ideal educativo. Con la fundación de la Universidad de Berlín (1810) el restaurado Estado prusiano tomó a su cuidado ese ideal educativo desde el elevado punto de vista, tan efímero como grandioso, de la alianza entre la idea de humanidad y la conciencia política.

El nacimiento de la Escuela histórica ocurre en el instante en que esa ascensión prende también y arrastra consigo la ciencia del Derecho romano. La ciencia del Derecho común, en decadencia en la época del Derecho natural e inhabilitada por el legislador de la Ilustración, volvió a adquirir su general prestigio cultural por su unión con las ciencias de la Antigüedad. Bajo el signo del clasicismo, Heyne, en Goetinga, y Wolff, en Halle, restauraron la filología clásica que más

del espíritu [acerca de este evolucionismo común, también MEINECKE: *Entst. d. Hist.*² (1946), 469 y sigs.; SCHÖNFELD, 468, y, por último, de modo penetrante, TELLENBACH: *Goethes geschichtlicher Sinn* (Friburgo, 1949)]; de ahí se sigue su gran alejamiento, a menudo mal considerado, respecto al entusiasmo democrático nacional de la guerra de liberación.

¹⁵ Sobre el incremento de las ciencias del espíritu, v. SRIEK (n. 1), 193 y sigs.; respecto a la posición dirigente de la Filología clásica, 197. En cuanto al Humanismo clasicista de Guillermo v. Humboldt, últimamente (con datos epistolares), SCHAFFSTEIN: *W. v. Humboldt* (1951), 92 y sigs.

tarde en Berlín Boeckh y Lachmann llevaron a un brillante florecimiento. En estrecha conexión con el encumbramiento de las ciencias históricas desde los pragmáticos de Goetinga, la Historia romana de Niebuhr, con Möser y Juan von Müller, restauró la Historia antigua ¹⁶. Junto a ella aparece la fundación de las modernas ciencias políticas por la escuela de Goetinga, de Pütter ¹⁷. Cuando Hugo, en Goetinga (§ 20, I), en Marburgo, Weis, el maestro de Savigny, y Höpfner volvieron a admitir metódicamente la Romanística hasta entonces vacilante entre exégesis, dogmática e investigaciones anticuarias, se introdujo con el espíritu del segundo humanismo la restauración de la ciencia del Derecho privado alemán, cuyo primer magno documento, el «Derecho de posesión» (1804), de Savigny, nació en ese círculo, y la que triunfó con el nombramiento de Savigny para Berlín (1810), quien sólo después, en su obra ocasional «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia (1814), formuló su programa.

La rama más antigua y activa de la Escuela histórica, la Romanística, es, pues, un retorno tardío de la jurisprudencia humanística en el suelo alemán ¹⁸. Las grandes y capitales obras de la Escuela son, por lo tan-

¹⁶ V. SRBIK, 210 y sigs.

¹⁷ Acerca de su posición clave informa, todavía como contemporáneo, DROYSSEN: *Historik* (nueva edición de Rothacker, Halle, 1925), anexo, pág. 79: «La escuela histórica de Goetinga desarrolló una sistemática de las ciencias (históricas) transformadas y de las ciencias auxiliares, y comenzó también a llenar del espíritu de tal sistema a las disciplinas más alejadas. Y mientras se sumergían en la cuestión teórica del conocimiento histórico más de uno de los grandes poetas y pensadores de nuestra nación, desarrollábase ya en trabajos e investigaciones históricas la agudeza y profundidad de la crítica, que, a cualquier campo de la Historia que se dirigiera, ofrecía nuevos y sorprendentes resultados». Acerca de las relaciones de Savigny con Pütter, WOLF, 456, con ocasión del *Rechts des Besitzes*. Para mí no es convincente la débil impugnación de la conexión del «positivismo» de Hugo con la «escuela de Pütter» hecha por THIEME: *S. Z. Germ.*, 56 (1936), 641, y 57, 700, n. 1. Respecto al historicismo de Goetinga, además, v. SRBIK, 121 y sigs.

¹⁸ A este respecto, FORSTHOFF: *Z. f. d. Staatsw.*, 96 (1936), 53 y sigs.; ERIK WOLF: *Vom Wesen d. Rechts in dtsch. Dichtg.* (1946), 46 y sigs.; en parte, por cierto, con una apreciación restrictiva («aparato que externamente se apropia de nombres, anécdotas y crestomatías»; «decoración cultural anticuaria») que quizá no esté totalmente ajustada a la profundidad de esta sensación de cultura y de su repercusión pública. KOSCHAKER, 261 y sigs., acentúa junto a esto, acertadamente, la vinculación de Savigny a la idea cultural de Imperio (no en oposición a WIEACKER, 269, donde sólo se trata de la idea *medieval* de Imperio).

to, como ya había visto en 1816 A. Feuerbach ¹⁹, no propiamente modos de escribir historia, sino investigaciones y exposiciones dogmáticas sobre teoría del Derecho, o de filología de la antigüedad o de historia literaria, cuyo resultado no está basado, como en las grandes historiografías alemanas del siglo XIX, en una Filosofía de la cultura, ni en una idea de evolución, ni en una pretensión de nacionalismo político, sino en el *ethos* del método y del logro de la verdad científica. Hasta en la obra de toda una vida de Teodoro Mommsen domina la profunda antítesis entre el *ethos* metódico de sus investigaciones de carácter histórico, filológico y jurídico y el *pathos* político de su gran obra historiográfica. Logró repercusión político-legal este Humanismo de juristas por el triunfo del ideal educativo de Humboldt en las Universidades alemanas y por el profundo sentido humanista de las clases representantes de la cultura en el Estado y la Sociedad, que suscitaron ya el florecimiento de las ciencias de la antigüedad en las Universidades y Gimnasios a la siguiente generación ²⁰.

IV. 1. La Escuela histórica del Derecho no fue, por consiguiente, frente a la opinión usual, quizá aún hoy predominante ²¹, una crea-

¹⁹ En la polémica (pronosticadora de la incipiente controversia entre las ideas jurídicas histórico-conservadoras y las iusnaturalistas-nacionaldemocráticas) con Savigny «Einige Worte über historische Rechtsgelchrtheit und einheimische teutsche Gesetzgebung» (prólogo a *Beweislast im Civilprozess*, 1816, de Nepomuk Borst; nueva impresión en *J. Stern*, n. 11). Pero de modo diverso en WOLF, 454, quien redescubre en Savigny (y, por cierto, no sólo en su programa, sino en sus obras) la idea de la «historiografía genética», tal como había sido desarrollada por Herder. Para el pleno desenvolvimiento (programático) del sentido histórico en contraposición a Möser y Hugo, cfr. F. v. HIPPEL, 15 y sigs.; SCHÖNFELD, 526 y sigs.

²⁰ FORSTHOFF: *ob. cit.*: WOLF: *V. Wes d. R. in dtsch. Dichtg.*, 46.

²¹ Cfr., p. ej., MEINEKE: *Enst. d. Hist.*, 573. [Trad. esp. «Origen del historicismo», por Fondo de Cultura Económica, Méjico]. En tiempos recientes —tras la ya cuidadosamente elaborada interpretación de LANDSBERG, III, 2, 185 y sigs.—, superada por los trabajos de F. v. HIPPEL y THIEME sobre la prehistoria de la escuela histórica (*S. Z. Germ.*, 56, 206 y sigs.), y el método de HUGO (por Hippel) y de SAVIGNY joven (*D. J. Z.*, 1936, 153 y sigs.), y, por la referencia de KOSCHAKER (261 y sigs.), a las relaciones de Savigny con la antigua idea del Imperio (acerca de ello, también THIEME: *Dtsch. Ruiss.*, VII, 1924, 55 y sigs.), aunque también por las observaciones de FORSTHOFF (*ob. cit.*, 53 y sigs.) acerca de la función política educativa de la escuela.

ción del Romanticismo, tal como hasta donde todavía puede entenderse este extenso y mal delimitado movimiento cultural de hacia principios del siglo XIX. Está justificada la convicción en esa determinación del origen porque la fundación de la Escuela histórica coincide con la época floreciente del más temprano romanticismo y porque ambas tendencias se influyeron recíprocamente de modo continuo por vinculaciones personales e intercambio de ideas. Una consideración adecuada del romanticismo alemán tiene, sin embargo, que mantenerse alejada de una exageración de tales conexiones.

2. (A) El romanticismo más antiguo (el de «Jena») de Schlegel y Novalis (aproximadamente del 1792 al 1800) descubrió, desde la crítica de la Ilustración por el prerromanticismo inglés y Herder, la actuación de lo colectivo y espontáneo en la Historia y en la cultura con lo que preparó al mismo tiempo la Metafísica de la historia de Schelling. Su concepto de la evolución alteró profundamente la vida europea al penetrar intensamente tanto en la conciencia individual como en la de los pueblos ese inmenso descubrimiento. Como al mismo tiempo la Historia se convertía en manifestación o revelación del espíritu y, por lo tanto, en reina de las ciencias del espíritu, la mayor parte de las ciencias sociales y de la cultura se renovaron como ciencias históricas tales como la ciencia del lenguaje, la Filología, sobre todo la germánica, la románica y la oriental, la literatura (la «literatura universal») y hasta la teoría de la economía y la teoría del Estado («romanticismo político»). Como entonces por todas partes se solía hablar de «escuelas históricas», es natural que colocaran entre ellas sin reparo alguno a la Escuela histórica del Derecho sin comprobar si su programa pudiera interpretarse como historicista. Mediante el romanticismo se convirtió el historicismo en sino del siglo XIX. La varita mágica de la «comprensión» histórica comenzó a descubrir la mina del subconsciente histórico, aunque también hizo posible la gran mentira del siglo XIX de representarse en el arte y en la formación cultural, no en su propio estilo, sino bajo la máscara de la Historia. El balance de tales efectos, en los que se mezclan tan desconcertadamente veneración y mendacidad, pretensión de conocer e ilusión, lo realizó por primera vez el juvenil ensayo de Nietzsche *Ventajas y desventajas de la Historia* (1872).

(b) Desde el hallazgo de lo espontáneo, el romanticismo joven

(«de Heidelberg»), hacia el 1800, enardecido por el dominio napoleónico, descubrió al pueblo alemán como organismo histórico. Se concibió entonces a la nación aún más decisivamente que en tiempos de Herder y del joven Goethe, en su pasado cultural y en su historia política y se enlazó, aún más recientemente, la historia y la cultura al propio pueblo y a los pueblos extraños. El joven romanticismo, después de Goethe y Wackenroder, otra vez vuelve a descubrir en el arte y en la poesía una Edad Media alemana (en las canciones heroicas y trovadorescas de Hagen, los «Minesingers suavos» de Tieck, las canciones heroicas danesas de W. Grimm, el general influjo de los Nibelungos, el cuerno encantado del muchacho, la revaloración de la antigua pintura alemana por los hermanos Boisserée y, sobre todo, la obra de una vida entera de los hermanos Grimm) ²². Al aliarse, bajo la impresión de la reorganización política prusiana, desde 1807, la idea cultural de la nación con la política (von Stein, Arndt, Fichte, Kleist) surgió también una historiografía nacional. No es cerrar los ojos ante el peligro, hoy demasiado acentuado, de esta tendencia, el decir que también el restringir la inmensa visión universal del temprano romanticismo al concepto de nación convirtió y renovó fructíferamente la ciencia alemana sin daño de sus vecinos.

3. En todo ello tuvo, empero, participación la restauración de la ciencia del Derecho común. Probablemente hayan existido relaciones personales de Savigny joven con ese círculo, del que, por otra parte, se mantuvo siempre de un modo claro personalmente apartado ²³, especialmente por su parentesco por afinidad con Brentano y Arnim, su trato con el joven Schelling y por las fieles relaciones escolares con Jacobo Grimm desde los tiempos de Marburgo, basada en el interés y la solicitud de Savigny y los servicios de ayudante de Grimm, mucho tiempo antes, sin embargo, de la participación de éste en el romanticismo. Tales lazos, en aquel tiempo de estrechos intercambios perso-

²² Acerca de esto, especialmente, KLUCKHOHN: *D. Idee d. Volkes im Schrifttum d. dtsh. Bewegung von Mäser und Herde bis Grimm* (1953) y *Das Ideengut d. Romantik* (1941).

²³ Para ello, característicamente, de nuevo la carta citada en la n. 12 de Creuzer o la conducta de Savigny para con su cuñado Brentano y Achim v. Arnim (cfr. § 18, n. 22).

nales de una clase cultural relativamente pequeña, son tan naturales como el constante intercambio epistolar, del que nos informa adecuadamente el epistolario de Savigny²⁴. El descubrimiento de lo histórico por el antiguo Romanticismo, y la Metafísica de la historia de Schelling, indujeron a Savigny a enarbolar la bandera de una ciencia histórica del Derecho en su programa renovador. También la tendencia de Savigny contra la codificación estatal está en estrecha conexión con el romanticismo político de la época de la restauración, y el éxito del concepto del espíritu del pueblo no es concebible sin el temprano romanticismo. Finalmente, la posterior rama jurídica alemana de la Escuela histórica aparece muy pronto en estrecha comunidad de trabajo con la germanística, la hija peculiar y propia del romanticismo de Heidelberg.

Todas estas relaciones no modifican en nada lo que la crítica de Feuerbach manifestó ya muy pronto respecto al programa de Savigny²⁵: los dos grandes descubrimientos del romanticismo, que convirtieron en el siglo XIX a la Historia y al concepto histórico del pueblo en señores de la ciencia, y hasta de la vida nacional, no han contribuido al espíritu de la ciencia del Derecho civil del siglo XIX: especialmente la comprensión histórica del fenómeno apareciente²⁶ por intermedio del concepto de evolución y el descubrimiento de lo espontáneo colectivo, sobre todo lo popular²⁷ (el espíritu del pueblo

²⁴ Importante recopilación parcial en A. STOLL: *Friedrich Carl v. Savigny. Ein bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, I (1927), II (1929), III (1939): la documentación más accesible acerca del ambiente cotidiano e histórico del dirigente de la escuela.

²⁵ N. 13, pág. 1. Detalladamente, *infra*, págs. 347 y sigs.

²⁶ En el sentido de la «compenetración de pasado y actualidad», del «sentimiento íntimo de continuidad» [MEINECKE: *Entst. d. Hist.*² (1946), 287]; éste concibe en Savigny, por cierto, la conciencia intelectual de la ciencia, pero no (prescindiendo del programa) la conjunta disposición de ánimo. Para él, la Historia del Derecho es una ciencia histórica, mas no simplemente historia política o de la cultura, como ya lo había sido en sus predecesores (cfr. THIEME: *S. Z. Germ.*, 46, 215 y sigs.).

²⁷ Por estas razones ya no es posible inferir (lo que, por cierto, es bastante raro) la caracterización de «nacionalista» para los miembros de la escuela histórica (P. VINOGRADOFF: *Outlines of Historical Jurisprudence*, Oxford, 1926, 7131 y sigs.; de modo semejante al aquí expuesto, THIEME: *N. R. u. europ. Pr. R. G.*, 15 y n. 7). Con razón no

«silenciosamente operante») como causa originaria de la cultura y de la historia. Sólo desde fines del siglo XIX, la Historia del Derecho ha convertido realmente en suyas propias las exigencias fundamentales del historicismo (§ 21, III). Esta interpretación será confirmada en la revisión total de la confesión oral de Savigny acerca del espíritu del pueblo, que fue el fundamento genuino de la relación de la Escuela histórica con el Romanticismo (§ 20, I, 2, c). Sólo en la posesión general de la conciencia cultural alemana participó conjuntamente la actividad renovadora de Savigny, procedente del ideal formativo clásico, con el romanticismo contemporáneo.

❶ Sólo este esclarecimiento previo del verdadero lugar de la Escuela histórica en el proceso evolutivo de la ciencia jurídica alemana hace del todo comprensible la muy esencial significación del legado *iusnaturalista* negado por la misma Escuela. Este «criptoiusnaturalismo» de la ciencia pandectística está hoy reconocido generalmente²⁸. Aceptó la axiomática, el sistema y el método del Derecho racionalista teórico anterior a la legislación de la Ilustración sin modificaciones esenciales, aunque enriqueció su contenido con elementos culturales del segundo Humanismo y de la nueva conciencia nacional, lo acomodó a las tareas positivas de la vida jurídica e intensificó sus efectos culturales. La lucha de Savigny contra el Dere-

puede hacerse responsable sólo a la escuela histórica del derrumbamiento actual de la cultura jurídica de Occidente; por eso dice, erróneamente, THIEME: *ob. cit.*, 52 y 15: «Ciertamente (el Derecho natural) quedó oscurecido por las nubes que se cernieron por primera vez y en su mayoría sobre Alemania». Más bien ha de juzgarse con A. B. SCHWARZ: *Symb. Friburg. in honorem O. Lenel* (Leipzig, s. a., 1935), 471 y sigs.; KOSCHAKER, especialmente 275 y sigs.; y otros autores extranjeros, que la escuela histórica no destruyó los comunes fundamentos europeos del Derecho privado, antes más bien los fortaleció y profundizó. Acerca de los rasgos comunes y de las diferencias características entre el pensamiento jurídico de la Europa occidental y el alemán, fundamentalmente, TROELSCH: *Naturent u. Humanität: Dtsch. Geist u. Westeuropa* (Tubinga, 1925), 15 y sigs., 17 y sigs.

²⁸ Por todos, A. B. SCHWARZ: *S. Z. Rom.*, 42 (1921), 578 y sigs.; *Pandektenwissenschaft u. heut. röm. R.* (Zürich, 1928); BRANDT: *Eigentumserwerb u. Austauschgesch.* (1940), 66 y sigs.; WIEACKER: *Vom röm. Recht* (1944), 270 y sigs.; KOSCHAKER, 275 y sigs.

cho natural no se encaminaba contra la teoría jurídica, sino contra el racionalismo práctico del legislador de la Ilustración en Alemania y del revolucionario en Francia. De donde se sigue ya, que Savigny, en interés de la dignidad de la ciencia, se dirigiese también contra la antigua ciencia del Derecho común, prácticamente rica en consecuencias, pero también teórica y metódicamente superada.

2. Los elementos esencialmente iusnaturalistas de la Escuela histórica son:

a) El sistema de Pandectas que, creado por el pandectista Heise y modelo para la ciencia del Derecho civil del siglo XIX y los códigos por ésta elaborados, se remonta a los discípulos de Wolf, Dargès y Nettelbladt (§ 16, IV) y, con ello, a la formación sistemática y metódica de Pufendorf²⁹.

b) La formación de conceptos de la ciencia pandectística, tal como hoy se reconoce³⁰, depende también del método demostrativo de Wolff (§ 16, IV). Con esto no se pretende referirse también al manejo peculiar de la jurisprudencia romana, inglesa, islámica y medieval y, por tanto, poco más o menos al de toda jurisprudencia especializada, sino a la sistemática arquitectura doctrinal erigida por la ciencia pandectística, partiendo de conceptos adquiridos en un ininterrumpido descenso desde los axiomas a los conceptos generales y de éstos a los conceptos particulares y preceptos doctrinales. Es característico que los grandes conceptos fundamentales del Derecho subjetivo, del negocio jurídico, de la declaración de voluntad, de los vicios de la voluntad, del contrato, de las relaciones obligatorias, del contrato recíproco, de la imposibilidad, de la propiedad y otros muchos, sólo hayan sido formulados y definidos por la influencia del Derecho racionalista sobre la ciencia pandectística. La Escuela histórica no pudo menos de aceptar ese método, pues ni podía retroceder más

²⁹ A. B. SCHWARZ: *S. Z. Rom.*, 42, 578 y sigs.; WIEACKER: *Zum System d. Vermögensrechts* (1941, *Lpz. Rechtsw. Stud.*, 126), 9 y sigs.

³⁰ Por todos, F. BEYERLE: *Dtsch. R. wiss.*, IV (1939), 15 (con apreciación negativa, así como también WIEACKER: *ob. cit.*, 11 y n. 1); SCHÖNFELD: *D. Gesch. d. Rechtsw. im. Sp. d. Met.*, 72 y sigs.; THIEME: *Naturr. u. europ. P.* 46. COING: *Jur. Ztg.* (1951), 481 y sigs., resalta, junto a esto el influjo de Hegel.

allá del Derecho racionalista al «formalismo escolástico»³¹ de la vieja exégesis de textos, ni conocía la derivación de preceptos jurídicos del planteamiento social de fines o de conexiones causales, como el posterior naturalismo jurídico.

c) La Ética social material del antiguo Derecho racionalista, que descansaba sobre tradiciones de la antigüedad y de la Edad Media, fue desechada por la Crítica de la razón práctica de Kant y sus *Principios de la Metafísica de las costumbres* y sustituida por una Ética formal del deber y de la libertad, derivada de la autonomía moral de la personalidad. En esa forma fue acogida por la ciencia pandectística. La conocida definición de Savigny del Derecho subjetivo³² corresponde justamente a la exigencia de Kant de aquella libertad que pueda coexistir con la mayor libertad posible de los demás; sobre ella descansa también el concepto de la autonomía privada y del negocio jurídico, el primer axioma de la ciencia del Derecho civil. Al corresponder también para la Escuela histórica a esa libertad la responsabilidad moral de la personalidad autónoma, completamente libre en el sentido del idealismo clásico, ello no significó merma alguna de la antigua teoría iusnaturalista del deber, tal como había dominado, por ejemplo, en la Ilustración, por mediación de Cristian Wolff. Hemos de prescindir aquí de las objeciones jurídico-filosóficas contra la posibilidad de una Ética semejante³³.

3. El legado iusnaturalista no fue, por lo tanto, un tosco retraso, sino la espina dorsal de la renovada ciencia pandectística, y con una razón íntima y profunda. Una dogmática jurídica que hubiese tomado en serio la comprensión histórica y sometido a la ley de la

³¹ *Supra*, p. 37 y n. 13.

³² *System d. heut. röm. Rechts*, I (1840), 7. Por medio de ella se aseguró también el enlace de los axiomas de la escuela histórica con la idea europea del Derecho y de la libertad. Por lo demás, el influjo de Hegel, nada importante en la Historia del Derecho privado del siglo XIX, en la anticuada apreciación convencional de escritos políticos ocasionales (citados por THIEME: *ib. cit.*, 47, n. 157) tampoco pudo ponerse, naturalmente, en una íntima conexión con un giro político autoritario hacia el positivismo. La interpretación de Hegel sólo comienza tras los errores de la «Derecha hegeliana».

³³ Por último, fundamentalmente, WENZEL: *N. R. u. nat. Gerechtigkeit*, 168 y sigs.

Historia, habría prostituido su cometido. Sólo por la decidida prosecución del racionalismo europeo, expresado en el Derecho racionalista, podía resguardarse la ciencia del Derecho romano del alejamiento filológico de la vida o de la recaída en un tradicionalismo reaccionario, al que, por lo demás, no escapó del todo. Por otra parte, sólo abordando de nuevo las fuentes de la jurisprudencia europea, esto es, las romanas, podían depurarse y comprobarse los modelos y exigencias, muchas veces acrílicas y perfiladas tosca y variadamente, del Derecho racionalista. Los variadísimos elementos histórico-espirituales tenían que concordar en una exacta sintonización para desarrollar la gran ciencia del Derecho civil del siglo XIX, cuyo rigor metódico y armonía aún hoy, tras la decadencia casi total de sus presupuestos materiales, siguen siendo decisivos para la cultura jurídica formal del continente europeo, y quedaron hasta hoy como formas ejemplares de educación del jurista científico.

§ 20. FUNDADORES Y DIRIGENTES DE LA ESCUELA HISTÓRICA

I. Romanistas: Hugo, Savigny, Puchta.—II. Germanistas: Eichhorn, Jacobo Grimm y Jorge Beseler.—III. Las relaciones entre ambas tendencias y la lucha político-nacional acerca del Derecho romano.—IV. Separatistas y contradictores de la escuela histórica: hegelianos y prácticos.

I. La historia alemana del Derecho privado, del siglo XIX se tornó nuevamente, a causa del creciente prestigio de la ciencia jurídica, en historia de maestros, aún más que en los tiempos de los Glosadores y comentaristas. Con la Escuela histórica comienza también el dualismo entre «romanistas» y «germanistas» con repercusiones hasta la actualidad en la ciencia del Derecho privado; aquéllos, los fundadores y representantes peculiares de la misión de la ciencia histórica del Derecho; éstos, siguiendo a los romanistas y al final separándose de ellos. En suma, los romanistas realizaron la edificación representativa de la ciencia pandectística, mientras que los germanistas, o cultivaban la ciencia de las antigüedades germanísticas en estrecha unión con el conjunto cultural romántico, al que pertenecía enteramente, p. ej., Jacobo Grimm, o, en cambio, establecieron el campo del Derecho privado alemán en el abandonado por la pandectística, tal como, p. ej., la ciencia del Derecho mercantil, el Derecho de títulos valores, o la teoría de la corporación. Esta división del trabajo la enriqueció, pero también produjo prejuicios y estériles discusiones.

1. Como el primer fundador de la ciencia histórica del Derecho,

tras precursores como Humboldt y Beckmann, cuyos trabajos sobre la antigüedad se hallan bajo la influencia del filólogo de Goetinga Heyne, se considera con razón a Gustavo Hugo (1764-1844) ¹.

Nacido en Lörrach, aunque más tarde se asentó en el Norte. Desde 1782 realizó estudios en Goetinga con Pütter y Spittler; fue allí mismo docente en 1788, y en 1792 profesor; permaneció en dicha ciudad hasta el fin de su vida, con creciente influjo y honrosos títulos; fue superado ampliamente por los realizadores de la escuela histórica y no indiferente a esta manifestación, que eclipsó su peculiar significación.

a) Hugo formuló la crítica del antiguo pragmatismo histórico, que había alcanzado en Goetinga su mayor florecimiento, contra el Derecho natural teórico y codificado para el dominio de la ciencia especializada, y, por cierto, aún como representante del Derecho natural «histórico», en el sentido de la corriente introducida por Thomasio y Montesquieu; él mismo fue autor de un «Derecho natural como Filosofía del Derecho positivo». Encuentra la especulación general desprovista de valor para la legislación al no ser posible en ella la experimentación. Se puede conceder tan poca consideración a todo el Derecho natural general en los preceptos jurídicos y en las leyes de un determinado pueblo como a la «Metafísica de los cuerpos» (es decir, los principios de la Física) en las recetas de los médicos. De ese modo, opone la consideración individualizadora del historicismo frente al procedimiento generalizador del Derecho racionalista y que desde Descartes busca la vigente ley de la sociedad.

Por ese motivo, hubo de dirigirse contra la arrogancia del legislador de la Ilustración: «Los profesores de Derecho que presentan a la firma del gobernante sus opiniones», así opina ásperamente, «tomados en su término medio, debieran ser tan prudentes y no más prudentes que sus contemporáneos». Por consiguiente, reprobó especialmente la casuística tuteladora de esas leyes, pues sería un absurdo querer incluir el Derecho en leyes; ya que su fuente genuina es más bien el Derecho consuetudinario y el «que se hace por sí mismo»; por lo tanto, el que

¹ LANDSBERG, III, 2, 61 y sigs.; KANT U. HUGO (§ 19, n. 3); A. MERKEL: *Gustav Hugo juristischer Arbeitsplan* (1931); H. WEBER: *Gustav Hugo* (1933).

posteriormente se ha designado como naturaleza de las cosas. Antes bien, ha de derivarse de la observación histórica y comparativa de lo existente, lo que ha de ocurrir en el futuro; frente a esas realidades, el Derecho natural no ofrece ninguna regla para lo justo y lo conveniente. Pues visto desde él no habría «ninguna relación jurídica que no pudiera embrollarse» (es decir, interpretándola caprichosamente como contraria al Derecho natural). Hugo, de ese modo, es también, pues, un crítico del Derecho natural, mas no en el sentido de la inmanencia del proceso histórico o del espíritu del pueblo, sino en el del empirismo fundado por Montesquieu a imitación de los moralistas franceses, perfeccionado por J. Möser y que penetró profundamente en Alemania y en Inglaterra (Burke) por la impresión causada por la revolución francesa, creyente en la razón y amiga de abstracciones.

b) Este mismo empirismo ha hecho de Hugo, no sin el influjo de los historiadores y filólogos de Goetinga ², el primer renovador de las fuentes romanas con los medios del segundo Humanismo. Su «Historia literaria romana», una exposición de la ciencia del Derecho común medieval y moderno, su obra sobre la *bonorum possessio* romana y su edición de los fragmentos de Ulpiano y de la *Lex Rubria*, abarcan ya todo el plan de trabajo histórico jurídico de Savigny y de sus continuadores, y realizan la estricta «inducción histórica» por él exigida; así como su «Tratado del Derecho romano actual» completa con el mismo espíritu el abandono de la especulación de Derecho privado del Derecho racionalista. Si el importante fundador se vio —no sin amargura— superado por el desarrollo posterior de la escuela, ello estribó en la renuncia a una programática fundamentación espiritual tal como la que le dio la ilustre personalidad del propio caudillo de la Escuela.

2. A) Federico Carlos von Savigny ³ (1779-1861), de linaje lorenés, que abandonó su patria en 1630 a causa de su fe protestante, estudió

² V. HIPPEL: *ob. cit.*; digno de nota también WOLF, 453 y sigs.

³ Sobre todo, LANDSBERG, III, 2, 186 y sigs.; ZWILGMAYER: *Die Rechtslehre Savignys* (Leipzig, 1929); E. WOLF: 436 y sigs.; en *ibid.*, lista de obras y la extremadamente rica literatura acerca de Savigny; a este respecto también, p. ej., KOSCHAKER, 256 y sigs. y *passim*; H. R. HOETINK: *Historische Rechtsbeschouwing* (Amsterdamer Rektoratsrede, 1950); WESENBERG: *S. Z. Rom.*, 67 (1950), 459 y sigs.

de 1795 a 1799 en Marburgo, donde muy temprano fue orientado por sus profesores Weis y Hopner hacia las ciencias de la antigüedad y atareado en planes consecuentes científicos y académicos. De 1799 a 1800, tras una primer *peregrinatio academica* para recoger infatigablemente manuscritos y extractos, fue pronto maestro famoso y nombrado en 1803 profesor de Marburgo; en 1804 a 1805 reanudó sus viajes de estudios por Alemania y a París; en 1808, profesor en Landhust; en 1810, nombrado cofundador de la nueva Universidad prusiana de Berlín, cuyo rector fue de 1812 a 1813. En 1814, en la cumbre de su actuación como fundador de la Escuela Histórica y de su órgano científico, la «Revista para la ciencia histórica del Derecho», que aún perdura hoy tras múltiples variaciones en la actual «Revista de la Fundación Savigny para la Historia del Derecho».

A los veinte años se vio relegado por una seria dolencia al trabajo silencioso y a la práctica de una devoción *pietista*, pero continuó con regularidad su actividad en la Academia berlinesa de ciencias. Llevado ya desde 1812 a la revisión legislativa, fue nombrado como preceptor del príncipe heredero Federico Guillermo IV para la comisión codificadora (hasta 1848), encargado de la revisión del «Allgemeines Landrecht», un cargo en el que, prescindiendo del patrocinio del *Corpus inscriptionum latinorum* meramente científico, sólo aportó discretos frutos en el Derecho matrimonial y en el de cambio a causa de lo desfavorable de la época y de lo limitado de la actividad de su representante. Murió en 1861 lleno del más alto prestigio en Alemania y en Europa.

Por la circunstancia de pertenecer al mismo tiempo a la *élite* cultural y social del antiguo Imperio alemán⁴ y de Prusia, Savigny se tornó en reorganizador de la ciencia y de la enseñanza jurídica; por el equilibrio de sus aptitudes éticas, estéticas y espirituales, en príncipe de su ciencia y maestro de su idioma, y, por ambas, en uno de los pocos juristas especializados que han entrado en la conciencia universal de la educación científica.

b) Su primera obra fundamental, el famoso «Derecho de posesión» (1803) de sus veinticuatro años, fue, no por su objeto, sino por su método y por la forma de su exposición, la obra maestra de una dogmática del Derecho civil renovada por el genio del Humanismo; ya no más exégesis en la forma tradicional de la jurisprudencia ele-

gante, sino una creación artística y genial⁵ partiendo de un principio constructivo y unitario (la voluntad de poseer). La rápida y extraordinaria resonancia de la obra se puso de manifiesto tanto por el sentimiento cualitativo y por la disposición aceptadora de la romanística ya concebida de modo renovador, como por los fundamentos de ese interés⁶, no sólo histórico o anticuario, sino más bien dogmático-naturalista. La obra se convirtió en modelo para las monografías clásicas de la ciencia pandectística alemana.

c) Las obras *programáticas* de Savigny, como partes integrantes de una polémica sobre la ciencia del Derecho, decidida casi un siglo, y no sólo a causa de su autor, han de contarse entre los documentos más importantes de la moderna Historia europea del Derecho⁷.

aa) La primera fue el artículo introductorio para la Revista para la ciencia histórica del Derecho, fundada en 1814 por Savigny en colaboración con Eichhorn, y cuyo mismo título era ya una consigna consciente⁸. Tras el gran artículo introductorio se enfrentaron para siempre una escuela histórica y otra (así llamada tendenciosamente, como ya lo censuraba Thibaut) «ahistórica» (Derecho natural, mero pragmatismo). Ésta pretendía «producir el Derecho arbitrariamente por su propia virtud e inteligencia»; aquélla estaba persuadida de que no había «en absoluto una existencia singular y separada»: un reco-

⁵ Atinadamente, LANDSBERG, 194; últimamente, WOLF, 454 y sigs.

⁶ LANDSBERG, 195. La enorme impresión de la obra, de la que el lector actual sólo elogiará su magistral lenguaje y el método clásico conocido en tantísimas monografías de la pandectística, ya no puede entenderse hoy de modo espontáneo, precisamente por haberse convertido en precursora del referido método clásico de la pandectística.

⁷ Metódicamente son precedentes importantísimos en SAVIGNY joven: *Anleitung zu einem eigenen Studium der Jurisprudenz* (1802-3) y la recepción al *Lehrbuch der röm. Rechtsgeschichte* de HUGO (1806, *Verm. Schriften*, V, 1 y sigs.).

⁸ *Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* en esta misma, I (1815) 1-17: *Verm. Schriften*, I, 105 y sigs. [Hay trad. esp. de ese art. «Sobre el fin de la revista de la escuela histórica», incluido en «La escuela histórica del Derecho», documentos para un estudio, por Savigny, Eichhorn, Gierke y Stammler, trad. de R. Atard, Madrid, 1908].

⁴ THIEME: *Der junge Savigny*, *Dtsch. R. wiss.*, VII (1942), 55 y sigs.

nocimiento de lo colectivo supraindividual. Con necesidad ineludible, que nos gobierna irremisiblemente, el Derecho está sujeto a supuestos históricos previos, y la materia del Derecho actual dada, por todo el pasado de la nación; de ahí que no pueda encontrarse ni conservarse sino mediante una ciencia histórica. La historia del Derecho es en este caso la «revelación de lo Absoluto» en el sentido de Schelling, y en el anterior, la idea del Derecho. En esta tesis ya es palmaria tanto la fecundidad como la proyección del concepto de evolución de la Filosofía de la inmanencia: el Derecho se manifiesta como función de la existencia conjunta de sus portadores, puede ser «comprendido» en sí mismo; pero la sujeción a lo que hoy precisamente existente (con histórica necesidad) no tiene en cuenta que la actividad libre de la actualidad como *Historia Futura* tiene idéntica necesidad e idéntico Derecho que la actividad anterior de lo que hoy es pasado⁹. La decisión recayó a favor del contemplativo sentimiento romántico de la vida.

bb) Éste domina también en la obra «Sobre la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho» (Mohr, Heidelberg, 1814). Este trabajo, una de las más hermosas aportaciones al tesoro literario de nuestro idioma, era un contraataque a la obra de Thibaut, aparecida poco antes en el mismo año y en la misma editorial, titulada «Sobre la necesidad de un código civil para toda Alemania»¹⁰, y es a la vez una de las obras de política nacionalista más importantes de la literatura jurídica alemana.

A. E. J. Thibaut (1772-1840), jurista y musicólogo, amigo de Goethe y de Schiller, profesor en Jena en 1802 y desde 1806 en Heidelberg, era un representante del tardío Derecho racionalista y un importante romanista dogmático.

⁹ La peculiar reserva de Savigny no resuelve esta antinomia de libertad e historicidad del hombre en el pensamiento y la comprensión histórica: «Esté predominante influjo del material existente no es, por tanto, en manera alguna nocivo, pero lo será cuantas veces lo sirvamos instintivamente, y será benéfico si le oponemos vivamente una fuerza constructiva, lo sometemos mediante la fundamentación histórica, apropiándonos de ese modo de toda la riqueza de la Historia transcurrida».

¹⁰ Reproducción sumaria de ambos escritos, junto con otras voces importantes en la polémica, de JACQUES STERN: *Thibaut und Savigny* (1914).

Este delicado trabajo, hermoso testimonio de un patriotismo imparcial y de un despierto sentido de ciudadanía, reclamaba, en vísperas de la restauración política, una codificación común para toda Alemania según el modelo del A. B. G. B., y sobre todo del *Code civil*, de lo que esperaba un despertar conjunto a la unidad de sentimientos de la nación desmembrada, una garantía contra lo que él suponía «embate de la reacción»¹¹, y, sobre todo, un reavivamiento de las doctas tradiciones muertas en la común posesión de la nación. Thibaut, aunque algo más viejo que Savigny, con tales exigencias de un porvenir lejano, pertenece a una democracia nacional en un sentido muy noble, tanto, que de primer momento no le dio la razón el rumbo de las cosas. Al cerrarse Alemania en el Congreso de Viena el camino para constituirse en un Estado nacional unitario y libre, sólo el movimiento de 1848 recogió su programa, y cuando finalmente, en el posterior Imperio de Bismarck, se realizó, se dejó pasar la ocasión de una gran integración ciudadana mediante un código nacional como consecuencia de un nuevo proceso social.

Savigny objeta a Thibaut en la «Vocación» que toda codificación, como «inorgánica», es siempre perjudicial o superflua, quizá también recordando el juicio de Schelling acerca del Estado como mero producto industrial. Más bien se realiza el desarrollo «orgánico» del Derecho mediante la común convicción del pueblo (del «espíritu del pueblo» sólo habla Savigny, por cierto, en el primer tomo de su «Sistema», por el empleo muy invocado de la palabra en las guerras de liberación)¹², por el Derecho consuetudinario y por el influjo de la

¹¹ «Miedo a la revolución» veía ya THIBAUT en el *Heidelb. Jahrb. d. Literatur* (1814), 177, 183; habla de la «tendencia pietista», y aún a últimos de su vida, y bajo la impresión de la convicción democrática nacionalista que comenzaba a abrirse paso, bastante ásperamente del «misticismo y santurronería», del carácter flojo y melancólico de la escuela histórica: «Über die sog. historische und nichthistorische Rechtsschule» (*Arch. f. d. civil. Praxis*, 21, 1839, 391 y 408). A este respecto, SCHÖNFELD, 169, y RADBRUCH: *Rechtphilosophie*⁴ (1950), 108 [hay traducción esp. de la 3.ª ed., Rev. de Dcho. Priv., Madrid]; ERIK WOLF: *cod. loco*, 318. Con parecido modo de sentir escribe en 1818 Anselmo Feuerbach contra Savigny (§ 19, n. 19). La réplica del ya envejecido Thibaut fue rápidamente acogida por Jorge Beseler y sus maestros de Kiel (*infra*, n. 28).

¹² *Supra*, § 19, n. 11.

práctica y de la ciencia. Con tal motivo Savigny llama la atención acerca de la excelencia de la jurisprudencia romana (prácticamente independiente de las leyes) y, por el contrario, con criterio notoriamente injusto, de los defectos de los códigos iusnaturalistas, de los cuales, quizá por influjo de la restauración conservadora, aún coloca en el plano más bajo al *Code civil*¹³, y en el más elevado al A. L. R. Por causa, sobre todo, de esta frase, los contradictores de Savigny le imputaron ser un reaccionario políticamente. De este modo se incorporó el concepto cultural del pueblo, ya antes preparado por el joven romanticismo, pero sólo completamente desarrollado por aquél. La vida del Derecho es una «parte individualizada de la vida del pueblo», que brota de una manera callada e ineludible del sentimiento de íntima necesidad, del mismo modo que el lenguaje procede de la intuición popular. Por eso no se puede imponer violentamente sin arbitrariedad a un pueblo un Derecho «natural» o «racional», como se ha pretendido (especialmente, en la codificación de Derecho racionalista de la Ilustración) con «inmenso orgullo» y con «afán de cultura completamente imprudente». Con la atención puesta en el Estado autoritario y en defensa íntima contra el racionalismo de la Revolución francesa, no se dio cuenta Savigny de que el Derecho muy bien puede ser una creación espontánea de la voluntad de la nación en el sentido de un *plébiscite des toutes les jours* (Renan), como la teoría romántica del lenguaje no tuvo en cuenta a los grandes creadores personales del lenguaje y a la consciente educación lingüística de las naciones. «Pueblo», para Savigny, en verdad, no es la realidad política y sociológica de la nación histórica, sino una individualidad ideal, la comunidad espiritual y cultural que se constituye mediante inconscientes prácticas creadoras.

Sólo partiendo de ese concepto de pueblo se explica la sorprendente inclinación de Savigny por el Derecho romano, inconsecuencia que muy pronto fue advertida. El Derecho romano para él, y, en verdad, justificadamente, es el elemento constitutivo de la cultura jurídica alemana en cuanto se le comprende como acontecimiento edu-

¹³ Acerca de la posición conjunta de la escuela histórica con respecto al *Code civil*, CONRAT: *Deutschland-Frankreich*, II (1943), 54 y sigs.

cador. Conforme a sus principios, Savigny, por cierto (118), concede a la investigación del Derecho patrio, así como a las nuevas codificaciones de ambos Derechos, su plena razón: pertenecen también, igual que el *Corpus iuris*, a la Historia Alemana del Derecho. Ha de abandonarse, empero, la censura contra la recepción del Derecho romano, «pues no hubiera ocurrida nunca sin una íntima necesidad». Precisamente por la «aceptación orgánica del Derecho romano se ha mantenido la saludable marcha paralela de Derecho y cultura, pues toda la cultura de los pueblos modernos ha permanecido siendo internacional». Si con esto Savigny, con plena razón, y en el sentido al que también este libro sirve, reconoce que la unidad de la cultura histórica y jurídica europea procede de la conciencia educadora del Humanismo europeo, por otra parte manifiesta la vinculación expuesta del Derecho a la convicción (necesariamente nacional o particular) del pueblo como una arriesgada adhesión verbal al romanticismo nacional de la guerra de liberación, con el fin de desvirtuar la exigencia de política nacional de Thibaut; una adhesión verbal a la que indulgentes contradictores hubieran podido hacerle el reproche de ser una ilusión más piadosamente que el de ser un engaño.

Aparece, pues, así cómo había tenido que llevar Savigny el pensamiento evolutivo histórico a la investigación del Derecho romano en la Edad Media y en la Edad Moderna. En realidad, convenía al amor del joven Savigny la investigación de tales fuentes, quien de su grado escudriñó en las bibliotecas europeas, y quien comenzó muy temprano la «Historia del Derecho romano en la Edad Media». Pero en su programa vuelve atrás otra vez el curso de sus ideas. Notoriamente sugestionado por la pasión filológica y por la ejemplaridad de la antigüedad clásica para el segundo Humanismo, al que pertenecía, exige Savigny el estudio del Derecho romano en sus orígenes, especialmente en las fuentes justinianeas (119). Lo dispone reclamando «separar todos los elementos formativos de la ciencia histórica y, por su medio, alcanzar el dominio de ésta». Pero en la obra conjunta de Savigny y su escuela no se le concedió toda su importancia al Derecho común recibido y perfeccionado en Alemania, sino al Derecho justiniano, pues sólo en éste encontró su clasicismo y su sentido estético por las formas espirituales el ideal de una creación científica

del Derecho. Si el programa había ya sacrificado el concepto romántico del pueblo al Humanismo europeo, también ahora renuncia al concepto orgánico de evolución en favor del antiguo ideal de la forma. No hay en esto un reproche para la humanista pretensión educativa de Savigny, sino contra su afán propagandístico, aunque inconsciente, de adornarse con las corrientes románticas y conservadoras de su tiempo. Savigny pasa por encima de esa contradicción con este conjuro: «La Historia aún tiene, en épocas como la nuestra, otro cargo más sagrado. Pues sólo mediante ella puede mantenerse la conexión con la condición originaria del pueblo, y la pérdida de esa conexión tiene que privar a todo pueblo de la mejor parte de su vida espiritual». En el conflicto entre la vivencia nacional y espontánea de la Historia y la tradición europea (pues de ésta y no de la nacional se tiene que hacer mención aquí), el europeo Savigny (como Goethe) se decide por la defensa del conjunto de la cultura europea y de sus antiguos fundamentos¹⁴.

La Escuela histórica tiende a una renovación de la ciencia del Derecho y de su participación en la vida de la nación a expensas de la creación del Derecho por el Estado. Pero para ello con dificultad podría invocar la callada existencia del espíritu del pueblo en el Derecho (que hasta ahora había contrapuesto a la legislación del Estado). La formación científica no es disposición alguna de una existencia que repose en sí misma, sino una creación volitiva. La tarea de mostrar como grado necesario del desarrollo de la conciencia histórica hoy el monopolio de la ciencia para la formación jurídica condujo a la obra programática a aquella última violencia de hacer a los *juristas* representantes del pueblo. En tiempos antiguos el Derecho se producía por el conjunto del pueblo mediante sus sacerdotes y jueces; más tarde se desgajó (y de nuevo, opina Savigny, con «necesidad histórica») una clase social de juristas doctos que fue desarrollándolo. Esta fundamentación del monopolio del Derecho por la ciencia, solamente por Puchta llevado a su cima, condujo a la crisis de la Escuela histórica cuando los revolucionarios demócratas nacionales de

mediados de siglo proclamaron frente al Derecho de los juristas el Derecho del Pueblo.

Los programas son expresión de empeños conscientes y de efectos intencionados y, por lo tanto, sólo alumbran las tendencias queridas y no las inconscientes de un movimiento. Tampoco el gran programa de la Escuela histórica es ninguna orientación digna completamente de fe. Sus contradicciones, que rayan en traiciones así misma, indican una gran avidez científica de poder, que parece valerse instintivamente de la corriente romántica y orgánica de la época, para imponerse a ellas. La verdadera función de la Escuela fue su actuación efectiva, el emprender y, consiguientemente, sostener la renovación de una ciencia jurídica en modo alguno histórica, sino positiva, de modo que los puntos del programa, no compatibles con esa tarea de política jurídica, fueron muy pronto rechazados o proseguídos sólo como mitologías científicas. Esto es especialmente aplicable a un concepto de la Historia, de la evolución y del pueblo que no podía ser recogido en serio por una ciencia dogmática eficiente. Esta ciencia pretendía —ya en el sentido de su programa— instruir a los jóvenes, no en la investigación, sino en la aplicación y en la creación del Derecho, es decir, en influir sobre la vida política y social, y ello, en verdad, con el instrumento de la comprensión lógica y sistemática. De manera diversa, por ejemplo, que en la misma ciencia renovada de la Historia, que pretendía formar inmediatamente a la juventud de la nación en un pasado nacional popular o en uno humanístico, las fuerzas propiamente románticas no podían en modo alguno lograr aquí repercusión. La oposición se hizo patente si se considera la grandiosa uniformidad de concepto histórico y de método que halló, p. ej., para la Historia del lenguaje la «Introducción a la gramática de la lengua Kawi» o para la ciencia de la Historia la «Histórica» de Droysen. Esta situación, en la que una jurisprudencia responsable política y nacionalmente a causa de sus tareas de actualidad no podía ser una ciencia histórica, condujo con necesidad legítima al abandono del concepto histórico de evolución y de la teoría del espíritu orgánico del pueblo.

En cambio, en la comparación entre Savigny y Thibaut se enfrentan, en realidad, posiciones de combate tales como cultura y política,

¹⁴ Acertadamente, KOSCHAKER, 261 y sigs.

tradición europea y nacional (si se prefiere: reconociente y actuante), posiciones en las que se repiten, precisamente, las diversas situaciones, tales como las de Goethe y Schiller frente a la revolución francesa y la nación moderna¹⁵: Savigny, el contemplador que conserva y preserva; Thibaut, el ético-político revolucionario; uno, el discípulo de Plotino, de Spinoza y de Leibniz; otro, el de Kant joven. Al ser ambas posiciones condiciones fundamentales de la existencia humana, la evolución de ambos hombres ha producido la concepción del Derecho en diversos sentidos: Thibaut¹⁶, en su exigencia de un código nacional como promotor de la ciudadanía de la unidad nacional y en su pronóstico para el papel del Derecho romano en Alemania; Savigny, en su diagnóstico de que sólo mediante una ciencia jurídica humanística, esto es, mediante una cultura científica, había de estar Alemania en un tiempo lejano madura para ese código nacional. La polémica entre Thibaut y Savigny se convirtió, según el juicio general, en el sino de la política jurídica del siglo pasado.

d) La «Historia del Derecho romano en la Edad Media» prudente en el plan y en el planteamiento del problema, que sabe de la continuidad de la cultura antigua, persiste en este gran rasgo en la descripción general de la época de los glosadores, pero se queda retrasada en los tomos posteriores y amenaza deshacerse al final en advertencias biográficas e histórico-literarias. Sirvió de fundamento para las investigaciones posteriores, no como historia del proceso espiritual de las tradiciones, sino como examen crítico y esclarecimiento de éstas.

c) Tras largo silencio (*sat prata bibere*) volvió a alcanzar Savigny con su «Sistema del Derecho romano actual» (desde 1840, en ocho volúmenes) la altura de la gran dogmática. Esta obra, tardíamente aparecida y fragmentaria (no se extiende más allá de la teoría general) y una de las más hermosas de la literatura jurídica alemana, ha influido profundamente sobre la siguiente generación de juristas por el perfecto clasicismo de su lenguaje, de su exposición y de su crea-

ción de conceptos. Si ya revela en el título el giro, contrario al programa, pero conforme al íntimo cometido de la Escuela, hacia el Derecho de la actualidad¹⁷, indica también la estilización general del Derecho común, completamente diferente de la consideración práctica de su antigua literatura, según las antiguas fuentes tal como las concebía la Escuela histórica. Desde Thibaut hasta H. U. Kantorowicz (*infra*, § 29, II, 4) y el formalismo tan repetidamente censurado en los últimos años, cuyo sentido de política legislativa era la independencia de la política, la validez general y el rigor de la teoría del Derecho privado le debe a aquélla la ciencia pandectística alemana su éxito mundial a fines del siglo XIX.

3. Precisamente esos rasgos quien logró hacerlos imperar muy decisivamente fue el enérgico y unilateral sucesor de Savigny en la dirección científica de la Escuela.

Jorge Federico Puchta (1798-1846), hijo de un famoso juez de Ansbach, estudió en el Gimnasio de Nüremberg (1811-1816) bajo la influencia de Hegel: fue profesor en Munich (desde 1828), en Marburgo (1835), en Leipzig (1837) y desde 1842 sucesor de Savigny en la cátedra de Berlín.

a) La significativa obra de Puchta desde el punto de vista de política legislativa *El Derecho consuetudinario* (dos vols.; 1828 y 1837) llevó a término el tránsito, ineludible para el positivismo científico, desde el romántico espíritu del pueblo a la soberanía del especialista en Derecho, en una teoría de las fuentes del Derecho que se vale, como de un artificio, de la dialéctica de la Filosofía de la Historia de Fichte y Hegel¹⁸. Puchta hace seguir sucesivamente, enlazando con la «Vocación» de Savigny, un «período de inocencia», un «período de diversidad» (es decir, de práctica empírica) y un período, que fusiona la diversidad en una unidad superior, de «cientificidad», bajo la soberanía del jurista docto. En este último período el Derecho tan sólo lo genera el jurista

¹⁵ Últimamente, H. V. SRBIK: *Geist, u. Gesch. u. dtsh. Humanism. b. z. Gegenwart*, I (1951), 146 y sigs., 152 y sigs.

¹⁶ Ya LANDSBERG, III, 2, 79 y sigs., 82, le atribuye el éxito histórico.

¹⁷ De «forzamiento liberador de los grillos del programa» habla LANDSBERG, 231. En el primero tomo (1840) XIII se encuentran salvedades expresas contra la investigación anticuaria del Derecho.

¹⁸ Respecto a la relación de Puchta con Hegel, últimamente, SCHÖNFELD, 172.

idea de PUCHTA o COMPLETAM

docto, al que Puchta le adjudica un monopolio de formación del Derecho en la teoría y en la práctica. Cuando con una, en verdad, asombrosa petulancia caracteriza al pueblo como «la manifestación exterior junto a la que sólo se queda detenida la no cultivada comprensión vulgar»¹⁹ para la que lo imperceptible no existe», ahí desapareció ciertamente todo sentimiento para la realidad sociológica del pueblo tal como, empero, se había conservado siempre en todos los lances espirituales del romanticismo, y como ocurrió justamente entonces con F. List y Riehl en una proporción fecunda y realista. Para que la ciencia pudiera dominar la vida, Puchta hizo, al mismo tiempo, en una inversión del programa, «inocuo» al espíritu del pueblo, con lo que se proclamó adversario irreconciliable del plan (III).

b) Mediante sus «Pandectas», Puchta convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia conceptualista en principio metódico de la ciencia pandectística. El tratado, que influyó antes y quizá más duraderamente que el «Sistema» de Savigny²⁰, es uno de los más claros testimonios de lo que la Escuela histórica debe al método deductivo, tanto del Derecho racionalista más reciente como al de Cristian Wolff, apenas atenuado por el empirismo y la observación. Sus resultados fueron logrados por la constante aplicación del método, llamado más tarde por la crítica de la jurisprudencia de intereses (§ 29, II, 3), «método de inversión», es decir, aquel procedimiento que infiere de los conceptos los principios doctrinales dogmáticos y las decisiones y no de las leyes, de los principios doctrinales,

¹⁹ Estos términos, por cierto, no están propiamente desvirtuados según el uso lingüístico de la época; significan, quizá, «la comprensión general, no enseñada teóricamente».

²⁰ Por eso IHERING se burla irónicamente en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* [1884, 9.ª ed., 1904 (hay trad. esp., «Jurisprudencia en broma y en serio», de R. Ríaza, Rev. de Dcho. Priv., Madrid)] de que el paraíso de los conceptos había quedado vacío, en favor del paraíso de los juristas, hasta que Puchta apareció; desde entonces se presentaron en él tropiezos de juristas de conceptos; hasta el propio Savigny, con gran trabajo, se dejó introducir tras muchas exhortaciones. Si la agudeza de esta burla, no precisamente delicada, provenía del antiguo aniversario de Puchta (1846) y del mucho más posterior de Savigny (1861), lo acertado de la imputación estribada en que Puchta había, en definitiva, convertido a su maestro en jurista de conceptos.

WA.

de la tradición o de las decisiones la formación de los conceptos. Este procedimiento se halla en coincidencia necesaria con la peculiar Filosofía de la ciencia del «Derecho consuetudinario» //

II. Mientras la Filología germánica procede de una vivencia básica del romanticismo más temprano, del nuevo descubrimiento de la cultura popular alemana, especialmente de la de la Edad Media, los germanistas de la Escuela histórica más bien aparecen, ante todo, como discípulos que como ayudantes de Savigny. Sólo con una creciente autonomía se unen estrechamente a la común concepción romántica²¹. Al lado de representantes de la más antigua dirección pragmática del Derecho privado alemán aparecen ahora maestros que, en gran contraste con la tarea diaria de los juristas, ven al Derecho alemán más antiguo como parte exclusivamente de un conjunto cultural pretérito. Al sumarse a ello la unión al movimiento político nacionalista, se convirtieron en adversarios de la Escuela histórica. Finalmente, otros germanistas fueron llevados desde el Derecho privado alemán a disciplinas que se hubieron de formar completamente independientes de la dogmática del Derecho común, en especial a las del Derecho mercantil y del de títulos valores.

1. El primer grupo lo representó Carlos Federico Eichhorn (1781-1854), habilitado para la docencia en Goettinga en 1803, profesor de Francfort del Oder en 1805, desde allí trasladado a Berlín en 1811, de donde cesó en 1829 a causa de enfermedad, pero no obstante, nombrado miembro del Tribunal Supremo en 1835, y más tarde, con actividad y eficiencia cada vez menores, se dedicó a sus fincas²².

a) Este eminente maestro, de desigual linaje que Savigny, fue considerado como fundador de la rama germanística de la Escuela histórica, como coeditor de la «Revista para la ciencia histórica del

²¹ Sigue siendo muy importante O. v. GIERKE: *Die historische Rechtsschule d. Germanisten* (Berlín, 1903) [incluida su trad. esp. en la ya citada «La escuela histórica del Derecho», trad. de R. Atard, Madrid, 1908].

²² LANDSBERG, III, 2, 262 y sigs.; HÜBNER: *K. F. Eichhorns u. seine Nachfolger, Festschr. f. Brunner* (1910), 807 y sigs.; JELUSIG: *Die hist. Methode K. F. v. Eichhorns (Veröff. d. Semin. f. Wirtsch. u. Kultugesch. an d. Univ. Wien, XII, 1936).*

Derecho» y como autor de la «Historia del Derecho y del Estado alemanes» (desde 1808), cuya importancia se halla en la concentración sincrónica de los antiguos detalles, investigados hasta entonces aisladamente, en vivos cuadros de época, en la valoración crítica de las fuentes y en la unión entre la historia constitucional y el Derecho privado, que quedó permanentemente como peculiar de la Germanística²³. En ese sentido, proclamó Savigny en 1851 a su compañero durante diecisiete años: «Ha abierto nuevos rumbos por primera vez y sin ningún precedente al Derecho alemán y proporcionado a esta ciencia una nueva vida...». Pero de hecho, Eichorn, con la animación de sus cuadros de época, aparece imitando al mundo más genial J. Moser, otras veces, como continuador de la historiografía pragmática, y en todas, como representante del Historicismo prerromántico del siglo XVIII, y nunca como romántico²⁴.

b) Justamente a esa dirección de Eichorn se debe la concepción e investigación científica del «Derecho privado alemán de la actualidad». Su disertación programática de 1815 enseñó a entender el Derecho privado alemán como existencia actual y supraterritorial de la unidad jurídica alemana, como «Suma de las reglas más elevadas derivadas de los Derechos particulares alemanes»²⁵. Como ensayo de ese concepto programático emprendió la «Introducción al Derecho privado alemán» (1823).

2. Jacobo Grimm (1785-1863), procedente de una familia de funcionarios de Hesse, huérfano muy pronto, fervoroso estudiante en Marburgo y ayudante científico en París en 1805, amigo íntimo desde mucho tiempo de Savigny y tan esencialmente diverso de él, estuvo hasta 1827 en Kassel al servicio de la biblioteca real de Westfalia y de la del electorado de Hesse; en 1828 fue profesor de Goettinga, de donde en 1837, a causa de su fundada resistencia moral contra la violación cons-

²³ Acerca del método sincrónico de exposición y su aceptación por la escuela de Goettinga, THIEME: *S. Z. Germ.*, 57 (1937), 699 y sigs. (con referencia a JELUSIC: *ob. cit.*, 29 y sigs., 53).

²⁴ JELUSIC, 162 y sigs., 140 y sigs., 144 y sigs., 153; THIEME, 700 y sigs.; ERLER: *S. Z. Germ.*, 66 (1948), 537 y sigs.

²⁵ LANDSBERG, 265.

titucional del rey Ernesto Augusto, con los demás «Siete de Goettinga» fue destituido de su cargo y desterrado con algunos de éstos; fue miembro de la Academia Prusiana de Ciencias y desde 1840 del partido imperial hereditario en la iglesia de San Pablo [el *Reichstag*]²⁶.

Jacobo Grimm, juntamente con su hermano Guillermo, uno de los más apreciados y populares educadores de su pueblo en cuanto a su pasado, personificó purísimamente la aportación del alto romanticismo a la rama germanista de la Escuela histórica. Fue el fundador por excelencia de la Filología germánica, del folklore y de la lingüística alemana. Su aportación a la *Historia del Derecho*, a la que le inclinó Savigny, está en proporción más escasamente determinada por la cuestión acerca del Derecho que por la situación de éste en el conjunto de la cultura del pasado. «De la poesía en el Derecho», «Antigüedades jurídicas alemanas» (primera edición, 1825), «Colección de costumbres» (hasta 1863 todavía cuatro volúmenes cuidados por él mismo), todas estas obras están signadas por el calor y la fantasía de una personalidad fascinante y creadora, sin par en nuestra historia del espíritu; las «Antigüedades jurídicas» están caracterizadas al mismo tiempo por la unión de esas propiedades con un amplio conocimiento de las fuentes y la precisión filológica. Una alusión a la «Historia de la lengua alemana», la fundamentación del «Diccionario alemán» y los «Cuentos caseros e infantiles» de los hermanos Grimm indican los orígenes de esas aptitudes, con las que Jacobo Grimm no sólo fundó la ciencia de la antigüedad alemana, sino influyó también en un sentido originario y limpidísimo sobre la comprensión de sí misma de Alemania.

③ En los pliegues íntimos de la teoría del espíritu del pueblo y en la antítesis entre Humanismo europeo / Romanticismo nacional existía una tensión que tenía que manifestarse a medida que las relaciones amistosas entre los fundadores de la Escuela histórica iban disminuyendo para la generación siguiente y se volvían a impulsar las luchas constitucionales del siglo XIX entre la nación cultural y la na-

²⁶ LANDSBERG, III, 2, 277 y sigs.; añáctase WILH. SCHERER: *Jacob. Grimm*² (1921); R. HÜBNER: *Jac. Grimm u. d. dtsh. R.* (1895).

ción política. Pero también hubo de volver a reanimarse al mismo tiempo con ese movimiento la exigencia de democracia nacional de Thibaut. El más importante de los paladines de esa exigencia fue:

Jorge Beseler (1809-1885), como relativamente muchos juristas sabios de la Edad Moderna, de ascendencia frisia bajo-sajona, se negó en 1831, por motivos de conciencia, a prestar juramento a la monarquía danesa, y por tal motivo se habilitó para la docencia en Heidelberg en 1834. En 1835 fue profesor de Basilea, en 1837 de Rostock, en 1842 de Greifswald (una característica serie de etapas para muchos profesores de Derecho del siglo XIX); escribió en apoyo de los siete de Goettinga, y en 1848, justamente con Dahlmann, Jacobo Grimm y Droysen en la iglesia de San Pablo* por el «Imperio hereditario», y más tarde en la cámara prusiana y en el Senado, con gran influencia en la legislación²⁷.

a) La labor propiamente histórico-jurídica de Beseler («Acerca de la teoría de los contratos de herencia», 1837-1840; «Sistema de Derecho común privado alemán», 1847-1855) está determinada, conforme a su interés esencialmente de política jurídica, por la unión de un pathos histórico-nacionalista con un empirismo práctico. Tanto de su fundamental vivencia nacional democrática como de su origen racional procede el trascendental descubrimiento de la «Corporación (Genossenschaft) del Derecho alemán» («Derecho privado alemán», § 66 y sigs.; «Derecho popular y Derecho de juristas», págs. 158 y sigs.).

b) Al mismo tiempo que dogmático, Beseler es un pensador político. En 1847 aparecen (con alusiones directas contra el «Derecho consuetudinario», de Puchta), «Derecho popular y Derecho de juristas», una revisión del programa de la Escuela histórica mediante una peculiar asociación de conclusiones románticas y de nacionalismo político. Beseler califica a la recepción del Derecho romano de desgracia nacional ocasionada por los juristas doctos y que provocó la tensión entre el Derecho popular y el Derecho de los juristas. Aquél aún perdura reconocible no sólo en las fuentes históricas, sino también en la esencia popular actual, especialmente en los ámbitos po-

* [El «Reichstag»].

²⁷ LANDSBERG: *ob. cit.*, 507 y sigs.

pulares cada vez más interesados en él: el Derecho corporativo en los estamentos, el derecho mercantil en los comerciantes. De ahí que exija la participación de legos como conservadores y continuadores de la creación del Derecho en los tribunales de escabinos y de jurados; soluciones que hizo suyas el liberalismo alemán e influyeron profundamente en la reforma procesal del siglo XIX. Si con esto Beseler falseó durante mucho tiempo la imagen de la recepción, interpretando, erróneamente, un común proceso europeo como un accidente nacional, al mismo tiempo indicó, en cambio, justamente el peligro de una jurisprudencia especializada para la conciencia jurídica de la sociedad²⁸.

Por eso, pues, Beseler desechó también el quietismo propio de la Filosofía de la Historia de la Escuela histórica y retornó con gran trascendencia política a Thibaut. La codificación sería posible, necesaria y benéfica si recurriese al «Derecho popular» o lo reconciliase con el Derecho de los juristas. La consideración histórica de todas las disposiciones fijadas por escrito no sería indispensable donde una justa prudencia política y concepción nacional de la actualidad acelerasen el trabajo. En todas estas exposiciones, Beseler representa demasiado característicamente el espíritu de la democracia nacional del siglo XIX, en la que se unían la soberanía popular del occidente de Europa, el nacionalismo romántico y el sentido de independencia de la antigua burguesía. La herencia del romanticismo y la tensión franco-alemana del año 40 le vedaron también a Beseler el conocer lo mucho que su programa era fruto de la revolución francesa. El fracaso del movimiento democrático de 1848 y la victoria de la monarquía prusiana y de la idea del Estado nacional desde 1866 sólo hicieron abandonar en su programa las tendencias del nacionalismo político,

²⁸ Esta posición se preparó durante mucho tiempo por los maestros de Jorge Beseler en Kiel. Ya FALCH (*Kieler Blätter*, 1819, I y sigs.) había exigido una «justicia popular» que descubriera «el Derecho aún viviente en los conceptos del pueblo» [acerca de esto, WOHLHAUPTER: *Hist. Jb.*, 59 (1939), 388 y sigs.]. La disertación de REYSCHER (1802-1880) acerca de «Daseyn und Natur des deutschen Rechts» en el primer tomo (1839) de su *Zeitschrift f. dtsch. Recht u. dtsch. Rechtswiss.* (a tal respecto, SCHÖNFELD, 180 y sigs.) se anticipó con mucho al *Völksrecht und Juristenrecht* de BESELER.

que en sí mismas apenas significaban un progreso de la cultura jurídica y de la conciencia individual del Derecho²⁹.

III. La polémica de Beseler fue la segunda gran disputa de política legislativa producida en el siglo XIX en Alemania. La lucha acerca del Derecho romano, con todas las deficiencias de una disputa académica llevada a cabo bajo un ropaje ideológico y con engaño de sí propio, en cuanto (y sólo en cuanto) auténtica discusión política, fue como la reanudación del duelo entre Thibaut y Savigny, cuyo tema verdadero era la proporción entre la responsabilidad del conocimiento científico y la de la actuación política³⁰. Esta vez la hora de la pretensión política parecía más favorable que entonces con la irrupción de la restauración en Europa. Ambas ramas de la Escuela habían estado estrechamente unidas en su fundación, ambas sostenidas por la unión entre la nación cultural y la nación política que aún no había permitido la tensión entre la «ciudadanía mundial y la idea del estado nacional»³¹, pues los germanistas aún estaban arrebatados e inspirados en la energía resolución de Savigny. Pero con el giro de Puchta desde el romanticismo histórico al positivismo científico, por un lado, y desde el romanticismo nacionalista a la pretensión política, por el otro, tenía que promoverse aquella antítesis que encontró su pública expresión en las grandes «asambleas de germanistas», que se reunieron en el Ayuntamiento de Francfort en 1847 y en el de Lübeck en 1848, congresos en los que se congregaron las mejores tradiciones científicas de la antigüedad alemana, de la historiografía, lingüística y vida jurídica, y, al mismo tiempo, constituyeron un indicio del inminente resurgimiento político nacionalista³². Ocupó en 1847 la presidencia Jacobo Grimm, y no sólo su elección, sino también el programa, indicaban la tendencia hacia las exigencias de la época: 1. La cuestión del Schleswig-Holstein;

²⁹ Réplicas contemporáneas: PUCHTA: *Jb. für civil. Kritik*, 1844, Sp. I y sigs. (réplica); THÖL: *Gemeines Recht*, 1846, 101; cfr. LANDSBERG, III, 2, 629.

³⁰ Por eso vería KOSCHAKER, 152.

³¹ Con el título de la exposición clásica de esta polémica por F. MEINEKE (1.^a ed., 1908).

³² Acerca de estas asambleas, LANDSBERG, III, 21 y sigs.; SINZHEIMER: *Jüd. Klassiker d. dtsch. Rechtswiss.* (Amsterdam, 1938), 141 y sigs.

2. Los tribunales de jurados; 3. La idea de la codificación (para la ordenación cambiaria y mercantil: ¡los romanistas protestaron!) y, lo más fecundo desde el punto de vista histórico-jurídico; 4. Significación y legitimación de la recepción. La atinada fórmula: «es un error creer que el Derecho romano sólo haya estado vigente en Alemania como Derecho común; el Derecho romano y el alemán, más bien complementándose e influyéndose recíprocamente, formaron el derecho común (que se tornó alemán)», facilitó, fructífera y materialmente, frente a los germanistas radicales, que tuvieron que dejar de oponerse el que el crecimiento del prestigio del Derecho alemán no dependiera de «principios generales», sino de llevar concienzudamente a efecto elementos jurídicos alemanes en la legislación y en la práctica.

IV. Si ese debate muestra a la Historia del Derecho alemana unida al movimiento de 1848 por la libertad y la unidad, aún les surgieron otros contradictores a los grandes pretensiones de la ciencia pandectística. Hasta alrededor del 1840 la ciencia pandectística estuvo en constante auge en la jurisprudencia especializada; su método conquistó disciplinas como el Derecho político, el Derecho canónico y el Derecho penal que tenía tradición propia; al mismo tiempo, el programa de la Escuela histórica influyó también sobre una teoría de la economía nacional que Roscher había fundado sobre la ciencia histórica. Pero, sin embargo, la soberanía de la victoriosa ciencia pandectística no era ilimitada.

1. Ciertamente que el influjo del «patente» Derecho natural (en oposición al «cripto-Derecho natural» de la Escuela histórica) quedó durante largo tiempo quebrantado. Se mantuvo hasta mediados de siglo en los sistemas de Fries, Abrens y Krause, quien encontró rápidamente una potente continuación en España y en los Estados ibero-americanos y aún continúa influyendo con más fuerza en los países románicos, inclusive en Bélgica y Austria. Pero hasta en su dominio más peculiar, la Teología moral católica, y no menos en la protestante, se le consideró como quebrantado por la Crítica de Kant y retrocedió ante la fundamentación histórica y positiva del Derecho. La antigua tradición católica cayó también bajo el influjo de la Escuela histórica o del positivismo³³ hasta su nuevo florecimiento a comienzos del siglo XX (§ 30, I, I, a). Y hasta el Derecho penal fue desalojado el Derecho natural kantiano de Feuerbach y de sus continuadores.

2. Pues a la Filosofía y a la dogmática del Derecho penal las dominó hasta el segundo tercio del siglo, y no siempre con feliz resultado, «la derecha hegeliana»³⁴. Pero allí donde la Filosofía de la Historia de Hegel había podido dar al descubrimiento de la Historia un sentido análogo para la ciencia jurídica, como antes la Antropología iusnaturalista al Derecho privado de la Ilustración³⁵, no consiguió imponerse. El prudente hegeliano y o dispuesto a compromisos Eduardo Gans (1798-1839)³⁶, con su resistencia contra el no filosófico empirismo, contra el irracionalismo y el determinismo del programa histórico que finalmente desembocó en una agria polémica con Puchta, no pudo imponerse metódicamente a pesar de debérsele el primer intento desde el punto de vista histórico universal de la Historia del Derecho: el «Derecho hereditario en su universal desarrollo histórico» (1829-1835). También la dogmática jurídica hegeliana de Fernando Lasalle³⁷ quedó siendo un caso aislado dentro de la ciencia del Derecho civil, por la tendencia a la vida política de esta socialista y por su temprana muerte. Al año de morir Gans Kierulff (1806-1879)³⁸, presidente desde 1852 del Tribunal superior de apelación hanseático en Lübeck, uno de los más importantes tribunales superiores de aquel tiempo en Alemania, unió la crítica hegeliana con una tendencia decidida a la justificación práctica de la ciencia del Derecho. Esto condujo al Idealismo objetivo a la pretensión de entender en la racionalidad del Derecho, «lo que es», es decir, el actual, no el histórico.

El que la Filosofía que en sus tres grandes direcciones, después de la muerte de su fundador Hegel transformó radicalmente la concepción teórica del mundo y fundamentó al mismo tiempo el Estado

³³ GERH. HAMMERSTEIN: *D. Entwickl. d. N. R. Gedankens in d. Kath. Rechtsphilos. d. 19 Jhs.* (Freib. Diss., 1950), 37 y sigs., 70 y sigs. del Ms.

³⁴ Últimamente, EB. SCHMIDT: *Einf. in d. Gesch. d. dtsh. Strafrechtspflege* (1947), §§ 267 y sigs.

³⁵ La realización de un proyecto semejante la emprendió ahora con gran vigor metódico DULCKEIT: *Philosophie der Rechts geschichte* (1950).

³⁶ LANDSBERG, III, 3, 37 y sigs.

³⁷ LANDSBERG, III, 3 (notas), 594. Su «sistema de Derechos legítimamente adquiridos» aún aguarda una investigación científica especializada.

³⁸ LARENZ: *Festschr. z. 275 jährl. Bestehen d. Univ. Kiel* (1940), 116 y sigs.

del siglo XIX, del mismo modo que preparó y legitimó las revoluciones de nuestro siglo, no haya logrado una ciencia del Derecho privado basada históricamente, podría parecer paradójico y necesitado en todo caso de fundamentación. Ello consistió en que la Escuela histórica surgió de una Filosofía humanística y romántica de la cultura, que en el fondo no era una Filosofía histórica, sino humanística y filológica, y en que en su axiomas éticos estaba firmemente aferrada a Kant y en el sistema y el método a la época racionalista.

3. No sólo entre los germanistas despertó oposición la pretensión de la jurisprudencia humanística del dominio de la vida jurídica. Expresión no tanto de una posición espiritual peculiar, sino más bien síntoma de la creciente resistencia de una práctica realista contra la arrogancia de una especulación científica e indicio del inminente positivismo legal (jurídico-político) es la conocida frase del fiscal von Kirchmann (1804-1884)³⁹ en su discurso «Sobre la carencia de valor de la jurisprudencia como ciencia» (1848) al decir: «Tres palabras rectificadoras del legislador y todas las bibliotecas de obras científicas de Derecho se convierten en papel mojado». Esta breve conclusión de una presunta sana razón sólo se hace posible y se convierte en una admonición seriamente amenazadora, cuando el pensamiento jurídico pierde su autoridad. En ella se hizo patente la situación equívoca de la ciencia pandectística en el moderno Estado constitucional (*infra*, § 28, I), que de momento sólo estaba oculta porque gobierno y partidos en las grandes codificaciones de entonces todavía confiaban en la autoridad de los especialistas científicos.

El año 1848 en que las aspiraciones idealistas y románticas de la Escuela histórica se evidenciaron como agotadas, en el que la romanística y la germanística se habían enemistado, y en el que el movimiento por la unidad alemana comenzaba a exigir una codificación nacional que debería sustituir a la teoría científica, indicaba el término de la Escuela histórica.

³⁹ Acerca de esta significativa política liberal, TH. STEMBERG: *J. H. v. Kirchmann u. seine Kritik d. Roms.*; LANDSBERG, III, 739 y sigs.

§ 21 / EL DESCUBRIMIENTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

I. Historia del Derecho romano y «antiguo». — Historia del Derecho alemán y germánico. — La relación de la «pura» Historia del Derecho con la ciencia jurídica.

(I.) 1. La Escuela histórica renovó la ciencia jurídica bajo el signo de una ciencia histórica, pero su obra esencial fue la dogmática jurídica y no la Historiografía. Si el programa de la Escuela favoreció a la Historia del Derecho, su enlace con las tareas dogmáticas de la jurisprudencia, reprimió, en cambio, su plena participación en la realización de la ciencia histórica del siglo XIX. Por el contrario, sacó provecho del florecimiento de las ciencias de la antigüedad, compartió su evolución hacia el positivismo y, por último, también su aplicación material y depuración crítica. Se olvidó su origen humanístico o romanístico, con lo que romanistas y germanistas caminaron a igual paso pero por distinto camino.

La época de aparición de la Escuela histórica fue la del primer descubrimiento de la historia del Derecho romano. La *Historia de Roma*, de Niebuhr, hecho públicamente sensacional en aquella época cultivada, puso los cimientos para una historia de la constitución romana en la que laboraron Huschke, Dirksen, Haenel y otros, hasta que Mommsen erigió de nuevo el edificio del «Derecho público romano». El descubrimiento por Niebuhr del Gaio de Verona por iniciativa de Savigny (1816) dio por primera vez a los juristas europeos una noticia del Derecho clásico, que inmediatamente comenzó a re-

volucionar la Historia del Derecho romano y de la que, sobre todo el romanista suizo Keller, extrajo una imagen anticuada, aún no completa, del procedimiento civil clásico. Algo más tarde (1819), el joven Bluhme descubrió las reglas de la compilación del Digesto, hallazgo tan estimulante como sin consecuencias durante mucho tiempo. Por la misma época, Boeckh investigaba el Derecho público griego y Dirksen, con gran vigor crítico, el primitivo derecho romano y la historia de los juristas, Heimbach editaba las Basílicas posjustinianas y Zachariä von Lingenthal descubría la jurisprudencia romana oriental posterior a Justiniano. Hacia mediados del siglo emprendió Rudorff la primera reconstrucción del Edicto del pretor. Por el mismo tiempo ocurren los primeros trabajos de Teodoro Mommsen, que, procedente de la Escuela histórica, se convirtió no sólo en príncipe de la ciencia de la antigüedad, sino también en el primer verdadero historiador del Derecho.

Teodoro Mommsen (1817-1903)¹, cuya gloria colma las ciencias de la antigüedad, jurista originariamente y procedente de la Escuela histórica, siempre mantuvo parte de su inflexible voluntad, de su extraordinaria inteligencia y de su prodigioso vigor de trabajo, dedica-

¹ Nacido en Tönning, de linaje frisón; en Kiel y Berlín, como *jurista*, fue partidario de la escuela histórica y de su dirección anticuaria; ya hacia el año 1840 inició su giro hacia la ciencia de la Antigüedad, en cuyo mayor organizador (tras Niebuhr, Bernhard y Trendelenburg) se convirtió. En 1848, profesor en Leipzig, fue sancionado por el Gobierno de Sajonia por ser apasionado partidario del movimiento nacional democrático; en 1851 fue llamado a Zurich; en 1854, a Breslau, y de allí, en 1857, a Berlín en donde ya no perteneció a la Facultad de Derecho, sino a la de Filosofía y a la Academia prusiana de Ciencias. Ya desde el año 1860, con creciente fama científica mundial e influjo cada vez mayor sobre el desenvolvimiento científico de su especialidad. El desarrollo del Estado imperial le vio decididamente al lado de la tendencia política liberal, sin que participara de modo directo en las tareas políticas como Virchow y otros maestros. Testimonio conmovedor de su preocupación por el desenvolvimiento científico y político de su patria lo constituye la cláusula de su testamento no publicada hasta 1947 [*Wandlung*, III (1947), 69 y sigs.]. Acerca de Mommsen, la necrología de L. MITTELS: *S. Z. Rom.*, 24 (1904), V y sigs.; EDUARD SCHWARTZ: *Nachr. d. Gött. Gesellsch. d. Wiss.*, 1904, *Gesch. Mitt. Feft*, 1; añádase LANDSBERG, III, 3, 866 y sigs.; LUDOLF HARTMANN: *Theodor Mommsen* (1908); ALFRED DOVE: *Ges. Aufsätze* (1925); WILH. WEBER: *Th. Mommsen* (1925).

da a la Historia del Derecho romano. A la universalmente valiosa obra de arte de su «Historia de Roma», comenzada en 1853 con el *pathos* y la desconfianza propia de un incorruptible paladín de la democracia y con el conocimiento propio del político acerca del papel de la importancia del poder, le siguió, además de numerosas investigaciones singulares, la titánica obra editorial que ya maduraba en 1870, la primera, y hasta hoy no rectificada, edición crítica del Digesto. Después organizó y cuidó Mommsen la edición completa del *Corpus Iuris* y aún editó, en edad muy avanzada, el *Codex Theodosianus*. Esos últimos diez años vieron también la construcción total, grandiosamente organizada, un poco rígida, del «Derecho público de Roma» (desde 1877) y el «Derecho penal romano», que, de todas las obras principales de este *princeps philologorum*, es la que lleva las más funestas huellas del positivismo dogmático. Esta aportación jurídica es sólo un trozo de la obra de toda una vida de un hombre que pertenece a las más potentes figuras de la Historia de la ciencia y cuya íntima grandeza y crepuscular y hasta trágica situación sólo hoy comienza a descubrirse y no puede ser agotada en sólo una Historia de la ciencia del Derecho².

2. La época madura de Mommsen nos introduce en la segunda etapa de descubrimiento de la Historia del Derecho desde fines del siglo XIX que aquí hemos anticipado. La Escuela histórica había acogido y superado las labores y las esperanzas de la antigua jurisprudencia humanística; no podía convertirse en ciencia histórica mientras el Derecho romano estuviese al servicio de una gran dogmática jurídica. Una libre comprensión histórica hubiera embrollado la *interpretatio moderna* de las fuentes romanas, que ayudara a la actualidad, y una crítica filológica de las fuentes hubiera amenazado los seguros resultados de una ingeniosa harmonística³ de modo parecido a como la

² Acerca de la posición de Mommsen en la Filología de su época, U. v. WHAMOWITZ-MÖLLENDORFF: *Th. Mommsen* (1925); últimamente, KARL REINHARDT: *Von Werken und Formen* (Frankfurt, 1948), 431 y sigs.

³ Acerca de este dilema de la Historia del Derecho, KOSCHAKER: *D. Krise d. röm. R. u. d. romanische R. wiss.* (1938); WIEACKER: *D. Stellung d. röm. Rechtsgeschichte in d. (1938)*; WIEACKER: *D. Stellung d. röm. Rechtsgeschichte in d. heut. Rechtsausbildg.*, *Z. A. k. D. R.* (1939), 403 y sigs.; KOSCHAKER: *Eur. u. d. röm. R.* (1947), especialmente 337 y sigs.; además, las citadas notas 5 y 9 de los escritos crítico-metódicos.

crítica bíblica produjo siempre una revolución en la Teología. Es digno de observación el que los trabajos verdaderamente críticos e históricos de Mommsen apenas han rozado el campo de las fuentes privatísticas del Derecho moderno.

La emancipación de la Historia del Derecho sólo se hizo posible cuando la ciencia pandectística comenzó a desistir del fundamento propio de sus fuentes con la preparación de una fijación por escrito del Derecho privado. No es casualidad el que precisamente a los ochenta años, cuando el Código civil ya estaba próximo y en que habría de terminar la aplicación práctica del *Corpus iuris*, surgiesen también grandes trabajos que convirtieron la romanística en una ciencia jurídica realmente histórica: el *Edictum perpetuum* (1884), de Otto Lenel³; las *Interpolaciones en las Pandectas* (1887), de Otto Gradenwitz, y *El Derecho imperial y el Derecho popular* (1891), de Luis Mitteis; obras que, cada una de por sí, se tornaron en puntos de partida de nuevos métodos y materias. Desde aquí en adelante se cuenta sencillamente con un crecimiento más rápido de la Historia del Derecho romano y de la antigüedad clásica, no sólo en Alemania y casi al mismo tiempo en Italia, la antigua patria del Derecho romano y su ciencia, sino también en Francia, en Holanda y en Inglaterra, donde resurgieron las antiguas tradiciones del Humanismo, y en la Europa central y del Sudeste, donde éstas fueron estimuladas por la influencia de la Escuela de Viena. Hoy pocos países quedan alejados de una investigación científica metódicamente realizada de la Historia del Derecho de la antigüedad⁴.

El resultado fue el profundizar y ampliar al mismo tiempo el campo de la investigación:

a) Junto a la técnica editorial, durante tanto tiempo acogida por la Filología clásica, muy depurada por la Escuela de Bonn, cuya culminación son el Digesto de Mommsen y la *Collectio librorum iuris*

³ (1849-1935). Acerca de su persona y del investigador, PRINGSHEIM: *Studia et Documenta*, I (1935), 466 y sigs.

⁴ Acerca de la difusión actual de la romanística y de la Historia del Derecho romano en Europa y en otras partes del mundo, sobre todo, KOSCHAKER, 348 y sigs.; en los Estados Unidos, RICCIBONO: *Bull. di Diritto Romano*, 34, 314 y sigs.

anteiustiniani, con una introducción de éste, se coloca la crítica de textos por primera vez ansiada en el planeamiento histórico-jurídico de los problemas, la llamada investigación de las interpolaciones, que, enmendándose y depurándose cada vez más y más, dejó al descubierto profundos estratos desconocidos de la Historia del Derecho romano.

b) El descubrimiento, publicación, descifrado y aprovechamiento de documentos egipcios y del Asia occidental por la arqueología europea en el próximo Oriente (papiros demóticos y griegos y ostraka en Egipto, inscripciones cuneiformes y pergaminos, sobre todo en Mesopotamia) revelaron una cantidad inconmensurable de un nuevo Derecho en leyes, procedimiento judicial y documentos. Sobre todo de Derecho griego (en forma ptolemaica, «greco-egipcia»), antiguo egipcio («demótico») y provincial romano en Egipto; Derechos babilónico antiguo, asirio, neobabilónico, hetita y elamita entran por primera vez en el ámbito de la Historia del Derecho. Los efectos de tales descubrimientos constituyeron una inagotable posibilidad de comparaciones, una tendencia decidida de toda la Historia del Derecho a las investigaciones de la realidad científica (histórica, sociológica y cultural), una relativización del propio valor, hasta entonces único, de la cultura jurídica romana y el programa de una Historia universal del Derecho antiguo en la que se fue eclipsando la tradición dogmática y humanista del Derecho romano⁵.

c) Una Sociología jurídica general, una Jurisprudencia etnológica (Post, Kohler) y una Lingüística, especialmente la Indogermanística (Leist), fortalecieron esas tendencias y contornearon

⁵ Sobre todo, tal como se representó por LEOPOLDO WENGER (por primera vez, *Röm. u. antike Rechtsg.*, 1905) y su escuela; cfr. también su sinopsis: *D. gegenwart. Stand d. röm. Rechtswiss. Erreichtes und Erstrebtes* (1927) al mismo tiempo; la orientación general más accesible. Respecto a los peligros de tal ampliación necesaria para las tradiciones dogmáticas del Derecho romano en Europa, KOSCHAKER: *Eur. u. d. r. R.*, 298 y sigs., y especialmente 302 y sigs.; tanto más notable cuanto que es la opinión de un conocedor acreditado e ingenioso apreciador de la Historia orientalista del Derecho para una comparativa investigación estructural del Derecho privado: también ahí respecto los puntos de partida de la difusión material orientados en el Derecho romano. Cfr. también WIEACKER: *ob. cit.* (n. 3): *Vom röm. R.* (1944), 281.

la ampliación de la materia. Y, con algunos desaciertos metódicos, proporcionaron enriquecimientos y depuraciones.

Mediante todos estos descubrimientos, la antigua Historia del Derecho en cuanto a la investigación, se convirtió hacia 1900 en una parte de las ciencias de la Antigüedad, en tanto que, en cuanto a la enseñanza, siguió siendo durante largo tiempo un curso preparatorio de la dogmática jurídica.

II. Camino parecido siguió la Historia del Derecho germánico y alemán⁶, sólo que, por su mayor independencia de la ciencia pandectística y su anterior franqueamiento de las fuentes de la antigüedad germánica y de la Edad Media alemana, también incorporó antes y más equilibradamente sus métodos a la ciencia de la antigüedad alemana o a la de la Historia de la Edad Media.

1. La investigación de las fuentes desde la fundación de los *Monumenta Germaniae*, por el barón de Stein, permaneció siempre en unión muy estrecha con la Historia de la Edad Media alemana y en la fase de crítica germanística de ediciones y textos. Las fuentes del antiguo Derecho de Frisia, de von Richthofen; las *Formulae*, de Zeumer; las *Leges barbarorum*, de Haenel, y el *Espejo de Sajonia*, de Homeyes, son conocida labor de la más antigua Germanística.

2. También el conocimiento histórico del Derecho privado alemán más antiguo estaba comprometido por las tareas actuales del derecho privado, en las que llama la atención sobre todo la vinculación, basada en un error, pero muy fructífera, de la germanística con el Derecho mercantil. En la tradición menos recargada de ciencia del Derecho privado alemán la *Historia del Derecho alemán*, tanto en sus resultados más seguros como en sus más fecundos errores, ha podido ejercer un influjo mayor y más activo sobre la dogmática, que el Derecho romano sobre la ciencia de las Pandectas; fundamentó propiamente el Derecho de Sociedad, el del régimen matrimonial de bienes, y el de títulos valores, como disciplinas científicas, y ejerció una influencia decisiva sobre la formación moderna de dogmas en el De-

recho mercantil, Derecho de asociación y Derecho inmobiliario, así como en la teoría de la «Gesamthand» y de la «Treuhand»⁷.

3. En el campo de la Historia del Derecho medieval y del constitucional, la Historia del Derecho alemán estuvo siempre en un estrecho intercambio de opiniones y de división del trabajo con la ciencia de la Historia de la Edad Media alemana, por lo que a ésta le correspondió más la Historia constitucional y a aquélla más, en general, la Historia del Derecho privado.

4. Pero al mismo tiempo, con una conciencia de comunidad, ya perteneciente al Romanticismo, y fecunda ya para Jacobo Grimm incluyó siempre en conjunto a todo el ámbito de fuentes germánicas; así, pues, fue también desde siempre Historia del Derecho germánico y en cuanto que incluía los Derechos «germánicos» de los países románicos, casi una Historia del Derecho europeo: tal como en las Investigaciones sobre el Derecho hereditario de los germanos orientales de Ficker, las Prelecciones nórdicas de Maurer, el Derecho de obligaciones de los germanos septentrionales de von Amira, las Leyes de los anglosajones de Liebermann y el Derecho penal de las Sagas islandesas de Heusler. De este modo, también parejamente a la nueva Historia del Derecho de la Antigüedad, está unida por encima de las delimitaciones de facultades con las ciencias germanísticas de la antigüedad y con la Filología, síntoma asimismo de la irrupción de la auténtica Historia.

5. A ambas ramas de la Historia del Derecho les fue perjudicial la valla separatoria erigida durante el Romanticismo entre la germanística y la romanística hasta en los últimos diez años, especialmente a las nuevas Historias alemana y europea del Derecho privado (cfr. pág. 5, nota 3), y para el campo limítrofe entre la antigüedad bajorromana occidental y la Edad Media del occidente europeo, cuyas fuentes, por cierto, fueron afianzadas en común pero no mutuamente apreciadas⁸.

⁷ Dos ejemplos en esta exposición, § 20, II, 3 (respecto a Jorge v. Beseler), e *infra*, § 22, III, 3 (Otto v. Gierke).

⁸ Como ejemplo más reciente de esta cooperación, p. ej., por una parte, E. LEVY: *Vulgarisation of Roman Law in the Early Middle Age*, etcétera, en *Mediævalia et Humanistica*, I (1943), 14-40, y F. BEYERLE: *S. Z. Germ.*, 67 (1950), I y sigs., por la otra.

⁶ Visión sinóptica, en SCHWERIN: *Einführung in d. Stud. d. germ. Rechtsgesch* (1922).

III. 1. Las dos disciplinas fundamentales de la Historia del Derecho en Alemania son hoy, como ramas de la investigación, partes de las ciencias de la Antigüedad y no de la dogmática jurídica; son, para decirlo con una expresión de la teoría de las ciencias, ciencias individualizadoras y no nomotéticas, ciencias del ser y no ciencias del deber ser, aunque sus representantes en su mayor parte hayan permanecido siendo juristas formados dogmáticamente, por estar los límites de las facultades fundamentados más firmemente en motivos sociológicos que en límites científicos. Su método crítico y propio de las ciencias de la realidad está determinado por esa vinculación, y, aunque su conservadurismo metódico sea también reprochable en juristas, es de alabar su agudo análisis de los problemas. En más problemática se ha convertido su relación con la ciencia del Derecho cuya renovación en un tiempo procedió de la Historia del Derecho⁹. Bajo

⁹ Acerca de esto, además de los citados en la n. 3, especialmente F. E. BRUCK: *Röm. R. u. Rechtsprobl. d. Gegenw.* (1930); MITTEIS: *Vom Lebenswert d. Rechtsgesch.* (1947); GENZMER: *S. Z. Rom.*, 67 (1950), 595 y sigs.; WIEACKER: *Gnomon*, XXI (1949), 187 y sigs. (ambos con referencia a KOSCHAKER: *Europa u. d. r. R.*); DULCKEIT: *Philos. d. Rechtsgesch.* (1950), 9 y sigs.; COING: *Grundzüge d. Rechtsphil.* (1950), 279 y sigs. De la literatura extranjera, además del característico escrito polémico de RICCOBONO contra el «Neohumanismo» crítico del romanticismo (especialmente *Nihilismo critico-storico*, etc., *Annuario dell'Universita d. Palermo*, 1929-30; introducción a Astuti, Alberico Gentili, § 5, n. 22), especialmente BETTI: *Archiv. giurid.*, 99, 129 y sigs., 100, 26 y sigs.; *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, XV (1937) y sigs.; *Diritto romano*, I (1935), *Parte generale*, XI y sigs. (acentuando el cometido dogmático-histórico); BIONDI: *Prospettive romanistiche* (1933); LAURIA: *Foro ital.* (1936), 49 y sigs.; GIUS. GROSSO: *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, en *Annali Triestini*, 20 (Trieste, 1950), 13 y sigs.; GEORGESCU: *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, XVI (1938), 404 y sigs.; junto también con otras aportaciones en *Problemele actuale ale dreptului roman* (Bucarest y París, s. a., 1943; contra Betti por la actualización histórico-antecuaría): añádase, más modernamente, HOETINK: *Historische Rechtsbeschouwing* (*Amsterdamer Rektoratsrede*, del 10 de enero de 1950), en especial acerca de la «interpretatio duplex» dogmático-histórica y con notable profundidad acerca del problema de la comprensión histórica. En esas consideraciones, caracterizadamente para la crisis, prepondera la polémica: o contra el Neohumanismo filológico-antecuario (Riccobono, Koschaker y también Betti), que abandona la responsabilidad dogmática de la Historia del Derecho (como ciencia) ante la Jurisprudencia de la época, o contra el dogmático Pandectismo convencional (Wieacker, y también Georgescu y Dulckeit), que rechaza la comprensión histórica y, con ello, la apreciación justificable

ella padeció tanto el plan de trabajo y la posición de la Historia del Derecho en la enseñanza del Derecho como, sobre todo, su misma razón de ser. La Historia del Derecho, como el Historicismo y la Filología en conjunto, no se excedió tampoco de su limitación, grande en renuncia, a la investigación de los hechos; a tal positivismo científico le debe su prestigio y sus resultados.

2. Sólo asegurará ciertamente el pleno rendimiento de la labor de la Historia del Derecho para la ciencia jurídica una nueva orientación de su meta y no de sus métodos. Ésta no es posible sin el conocimiento de la vía que ha de seguir el pensamiento jurídico tras la quiebra del positivismo (§ 28), y de la superación del naturalismo jurídico (§ 29). Nosotros, por lo pronto, intentamos realizar la nueva tarea de la Historia del Derecho en una fenomenología de las circunstancias jurídicas orientada históricamente en una «Historia de problemas en el sentido de Enrique Mitteis»¹⁰. La Historia del Derecho, de un material casi inagotable, siempre vuelve a descubrir sólo un número limitado de estructuras institucionales, es decir, de agregados armónicos y estables de ordenaciones que, en todo caso, no pueden volver a coordinar sino un número limitado de tipos vitales, económicos y sociales (en el sentido del tipo ideal de Weber), por ejemplo, patrimonio doméstico, sucesión hereditaria, dominio compartido, re-

del saber histórico. Estas posturas antitéticas son conciliables, pues en su defensa contra la crítica ajena decláranse partidarias cada una de las dos direcciones de una investigación comparativa de las estructuras, que ni se empeña en una interpretación histórica dogmático-autoritaria del Pandectismo, ni sacrifica la dependencia del saber histórico-jurídico a la profesión del juriconsulto. De esta manera de comprender resulta el equilibrio de problemas indicado en el texto que sigue. Acerca de análogos problemas de la Historia del Derecho alemán, últimamente, BADER: *Aufgaben u. Methoden d. Rechtshistorikers* (Tübinga, 1951), págs. 5 y sigs. Respecto al problema de la Historia del Derecho en general, profundamente persuasivo, W. SCHÖNFELD: *Schriften der Königsberger Gelehrtengeellschaft*, IV, 6 (Halle, 1927).

¹⁰ *Vom Lebenswert der Rechtsgesch.*, especialmente 83 y sigs.; no de modo distinto en resultados KOSCHAKER: *Europa*, 343 y sigs., y BETTI: *ob. cit.* (además, KOSCHAKER: *Apéndice*, págs. 365 y sigs.). A una interpretación material de las instituciones históricas, partiendo de la Metafísica jurídica de Hegel, puede arriesgarse DULCKEIT: *ob. cit.*, 60 y sigs.

gistro de la propiedad, constitución feudal. «Treuhand», comercio por cuenta ajena, condición. La observación ¹¹ de estas estructuras lógicas materiales proporciona aquella «naturaleza de las cosas» en la que estriba la medida de una justicia concreta ¹². No podremos, ciertamente, expresar cuál de las varias soluciones de un problema estructural sería la más justa, pero sí qué elementos, dentro de una solución previamente elegida, son los ofrecidos desde un punto de vista lógico-material y, por tanto, los más justos. El aparente formalismo de este principio se desmiente porque también es aplicable para la correlación de varios tipos concretos en una ordenación jurídica total, y, consiguientemente, dentro de una ordenación total previamente dada, por ejemplo, la occidental, proporciona aquellos criterios lógico-materiales determinados en su contenido a los que, p. ej., intentó aproximarse en vano el Derecho racionalista. Una Historia del Derecho que separe esos fenómenos de lo profundo del tiempo y en cierto modo los agrande como un pantógrafo, y una comparación jurídica que los diferencia espacialmente en sentido análogo ya es precisamente una

¹¹ Acerca de esto, detenidamente, *infra*, págs. 254 y sigs., § 30 y n. 32. Últimamente, de modo especial, WEIZEL: *Natur. u. nat. Gerechtigkeit*, 197: «Los resultados permanentes del Derecho natural no se encuentran en el dominio medular axiológico, sino — la mayor parte de las veces inadvertidamente — en la zona marginal ontológica. Independientemente de la controversia y de las dudas acerca de las cuestiones materiales del valor, existen determinados datos fundamentales ontológicos a los que se halla vinculada toda valoración imaginable y a la que fijan límites seguros... El legislador... tiene que observar también en su objeto determinadas estructuras de lógica material; de lo contrario, su regulación se tornaría necesariamente falsa». Semejantes convicciones encaminan a una cuestión fundamental de la Teoría del Derecho a F. v. HIPPEL: *Das Problem der Rechtsgeschäftlichen Privatautonomie* (1936). Correspóndese con una concepción jurídica afín de este libro cuando el texto intenta el cometido de la Historia del Derecho para «juristas» en hacer perceptible tales circunstancias ónticas; cfr. § 30 y n. 32.

¹² Cfr., en especial, RADBRUCH: *Vorschule d. Rechtsphilos.* (Heidelberg, 1947), 19 y sigs.; *D. Natur d. Sache als jur. Form*, *Festschrift für R. v. Lamm* (1948); *Rechtsphilosophie* (1950), 98 y sigs. [Hay trad. esp. de la 3.ª ed., Madrid, Rev. de Derecho Privado]. Literatura más extensa, ahí, 318. En el mismo, acerca de la «determinabilidad de las ideas» y respecto a la teoría de F. GÉNY de los «datos» (*données*): *Science et technique en droit privé positif*, I (1922), 96 y sigs.; II (1929), 370 y sigs. Confróntese también § 30, n. 32.

Teoría del Derecho sugestiva, y, entendida así, presupuesto imprescindible para una Filosofía del Derecho. El grado más próximo para ésta sería una Teoría estructural general del Derecho como la que Bierling intentó bajo los falsos supuestos del positivismo jurídico en su Teoría de los principios jurídicos y como la que metódicamente mejor dispuesta ha emprendido la Fenomenología.

3. Para el mismo proceso evolutivo de la Historia del Derecho privado la emancipación de la Historia del Derecho respecto de la dogmática jurídica significaba una nueva época, aun no justamente percibida por la conciencia general, especialmente una emancipación del Derecho privado europeo con respecto al Derecho romano. Esto no es en nada inferior a la liberación de las grandes autoridades bajo las cuales había estado colocada la ciencia europea del Derecho privado a lo largo de ocho siglos. De ello dependió una nueva libertad o desenfreno, la que sólo podría bendecir o maldecir quien supiera lo que trajese en su seno el futuro del Derecho. Menos permite, en general, establecer la presunción de que aquel rescate de la tradición haya de inquietar (y sólo, por tanto, inquietar) cuando a ella no corresponda una renovación primaria de la conciencia jurídica. Pues no le es dado al hombre como es debido el vivir tanto sin autoridad, como si una conciencia independiente.

§ 22. LA CIENCIA DE LAS PANDECTAS O LA SOBERANÍA DEL POSITIVISMO CIENTÍFICO

I. Supuestos previos y esencia del positivismo científico.—II. Función social y justificación del positivismo jurídico científico.—III. Representantes de la ciencia pandectística.—IV. Contracorrientes y sus dirigentes.

I. 1. En todos sus peculiares trabajos históricos la Escuela histórica se apartó muy pronto, casi en el mismo momento de su aparición, del concepto de evolución y de la teoría del espíritu del pueblo y dedicó su energía intelectual a la erección de un sistema dogmático del Derecho privado, cuya expresión más significativa fueron los sistemáticos tratados doctrinales de Pandectas. La Escuela histórica se tornó en «ciencia pandectística». La primera justificación de ello la emprendió Puchta al excluir, por el ímpetu arbitrario de una época de «cientificación del Derecho», al espíritu del pueblo de la tarea de creación jurídica y a favor de la ciencia del Derecho, haciéndole de ese modo estéril.

En esa ciencia se basaba la imagen jurídica del positivismo científico, es decir, una concepción jurídica que derivaba todos los preceptos jurídicos y todas las resoluciones de la suma de conceptos y preceptos doctrinales de la ciencia jurídica, sin conceder fuerza jurídica creadora o modificadora a valoraciones extrajurídicas, p. ej., ético-sociales (o también «iusnaturalistas»), ni a conveniencias económicas o sociológicas, es decir, sin darles cabida en el *ethos* o, ni siquiera, en la

conciencia del jurista. «Las consideraciones éticas, políticas o económicas no son asunto del jurista como tal», decía en 1884 Windscheid, el clásico del positivismo científico, al oponer «al jurista como tal» al legislador o el político legislativo.

El positivismo científico (derivado del «Derecho positivo») ha de distinguirse: en primer lugar, del positivismo legal («positivismo normativista»); la idea hoy predominante y perniciosa que agota la justicia y el Derecho en el imperativo legal del Estado que los genera; en segundo lugar, del positivismo científico universal erigido por Comte en Filosofía, que restringe la explicación del mundo a la observación y clasificación sistemática de los «hechos» naturales, psicológicos y sociológicos. Este positivismo (nacido no en la ciencia del Derecho, sino en las de la realidad), que fácilmente puede confundirse por las demás direcciones científicas con el jurídico¹, surgió más tarde y bajo supuestos distintos que el científico jurídico. De sus importantes efectos sobre una etapa posterior de la concepción jurídica, la por nosotros llamada «naturalismo jurídico», se tratará más adelante (*infra*, § 29, I, 2).

2. El positivismo científico derivaba el Derecho exclusivamente de los resultados reconocidos de la Teoría del Derecho (de la «Teoría del Derecho comprobada» del art. 1.º del Cod. civil suizo), especialmente del sistema y del acopio de conceptos predominantes y de teorías tal como la gran labor metódica y ético-social del Derecho racionalista se los había puesto a su disposición; de lo que se sigue inmediatamente que:

¹ Ocurre esto, en parte, en SCHÖNFELD: *Gesch. d. Rechts im Spiegel d. Metaph.* (1943), especialmente 16 y sigs., en donde el Positivismo europeo occidental (Feuerbach, Comte, John Stuart, Mill, 29 y sigs.) y el jurídico científico se distinguen, en general, tan poco como, dentro del Positivismo jurídico, el jurídico científico del legal («normativista») y del naturalista. También la apreciación preponderantemente negativa de Erif Wolf (589 y sigs.) atañe tanto al naturalismo (así la referencia a su «contacto con las ciencias naturales») como al Positivismo científico (así, especialmente, 591). Su crítica de la terminología «positivista», que equipara «el» matrimonio en el Código de Hammurabi con el de la Ley Sálica, del mismo modo que la histórico-artística «el» relieve griego, etc., con otras culturas (592) —lo que, por lo demás, ocurre con pleno Derecho—, concluye en sus consecuencias en una reprobación de las estructuras ideales típicas del ser humano (y del Derecho natural), que no puede fundamentarse en todo caso con los medios de la crítica del Positivismo.

a) Una dada ordenación jurídica es en sí un sistema totalmente organizado e independiente. De ahí que sea fundamentalmente posible decidir «rectamente» (y esto quiere decir aquí justamente) todas las cosas imaginables por una operación lógica que incluya al caso particular en el juicio lógico hipotético contenido en un precepto doctrinal científico e implícitamente también en un concepto científico. Los conceptos jurídicos, además de su valor sistemático, pedagógico y mnemotécnico, por el que sirven como fichas o abreviaturas de la explicación científica (p. ej., en la enseñanza y en los fundamentos científicos del juicio lógico o argumentación), tienen una vida independiente, tal como, por ejemplo, las fórmulas matemáticas la tienen realmente en virtud de la estructura matemática del mundo. Son realidades lógicas en las que se han independizado para siempre valores jurídicos (el derecho subjetivo, la exigencia, los derechos reales limitados, la accesoriedad del derecho de prenda, la imposibilidad de la prestación). Esta jurisprudencia de conceptos, predominante desde Puchta, ofrece una taquigrafía de los conceptos que recuerda la vida independiente de una frase hecha y que por eso podía censurársela (Ihering) como una «función de tópico elevada a Método científico», que conduce a resoluciones aparentemente indiferentes al valor y hurtadas al problema de la justicia. Verdad es que los críticos pasan por alto la posibilidad de una existencia fenoménica de los conceptos jurídicos; no se plantean el problema de si se refleja o no² una existencia ideal de relaciones fundamentales de tipo lógico-material en ciertas formas conceptua-

² Cfr. acerca de esto, p. ej., WIEACKER: *R. u. Ihering. Eine Erinnerung zu seinem*, 50. Todestag (1942), 28 y sigs. y n. 41, con referencia a RÜMELIN: *R. u. Ihering* (1922), 46, n. 2: «Analogías entre la causalidad en el acontecer perceptible y las condiciones del modificado establecimiento de fines», «especialmente en la institución humana del Derecho, en donde el "establecimiento de fines", por tanto, es un elemento naturalístico de la Jurisprudencia de intereses y no puede manifestarse la analogía óptica». Cfr., además, G. HUSSERL: *Recht und Welt* (1929); SOMMER: *Krit. Realismus u. positive Rechtswiss.*, I (1929); WIEACKER: *Z. f. d. ges. Saatswiss.*, 102 (1941), 183 y sigs. (comentario de ESSER: *Die Fiktion*); así, como ya BIERLING: *Prinzipienlehre*, IV (1911), 383; WEIZEL: *Naturalismus und Wertphilos.* (1935), 74 y *passim*; últimamente, ENGISCHE: *Vom Weltbild. d. Juristen* (Heidelberg, 1950), especialmente 9 y sigs.

les de percepción intelectual que se repiten en toda jurisprudencia especializada. Pues al suscitar el comportamiento natural de las cosas de nuestro mundo circundante formas de intuición intelectual antropológicamente dadas frente al mundo exterior, que también se transmiten a la percepción interna de realidades espirituales, por ejemplo, a los efectos jurídicos, tanto la objetividad como el enlace lógico-material de los conceptos es una exigencia de toda diferenciada consideración del Derecho. Principios fundamentales como el de impenetrabilidad (donde está A no puede al mismo estar B), el de identidad (la propiedad pasa de A a B), el de simultaneidad (sólo en la misma concurrencia temporal de a, b y c se sigue d), el de evolución («el Derecho caduca») y otras representaciones aptas para el trabajo peculiar de la jurisprudencia de conceptos no son, por lo tanto, meras imágenes «de historia natural», es decir, de mitología científica, sino una exigencia de toda percepción metódica y de toda comprensión científico-jurídica, pues percepción y comunicación hablada están enlazadas por representaciones temporales, locales y funcionales. Lo mismo puede decirse del enlace lógico de los enunciados jurídicos exigido por la jurisprudencia de conceptos, al menos en tanto que la percepción humana no sea posible sin una lógica material y la comunicación entre los hombres sin una lógica del lenguaje. Antes de ser tales relaciones comprobadas en el sentido de una Ontología y Lógica modernas, estamos aún hoy muy alejados de una crítica convincente de la jurisprudencia de conceptos³.

b) El sistema del positivismo científico requiere plenitud, es decir, estar exento de lagunas. Para ello se sirve de un incesante limar y pulir los conceptos jurídico-científicos hasta la completa legitimación del sistema. Por eso la inclusión (subsumpción) dentro del concepto de todo caso jurídico imaginable es posible e indispensable. De ahí que el «hallar el Derecho» por el juez sea siempre una subsumpción, por tanto, un acto lógico (la crítica lo tilda de «autómata»/de la subsumpción», y, en efecto, esa idea del juez recuerda de lejos la fun-

³ WIEACKER: *Jhering*, 29: *Z. f. d. ges. Stw.*, ob. cit., 184.

ción de las máquinas de calcular «pensantes», manejadas electrónicamente, de la actualidad presente). El buscar un nuevo Derecho ante las aparentes «lagunas del Derecho»⁴ (tal como, por cierto, en modo alguno las toleraría una hábil doctrina), tampoco al juez le es en sentido estricto absolutamente posible: cuando aparentemente lo hace, ha creado en realidad una nueva teoría argumentando científicamente, pero no juzgando. Se verá que esa estrecha vinculación del juez a la Teoría tiene la función político-legislativa de servir a la apreciación y seguridad del Derecho y a la neutralidad del juez.

c) Con ambas exigencias, la ciencia pandectística se opone a las demás grandes culturas jurídicas positivas de la Historia. Los glosadores y postglosadores fundamentaban la resolución en la autoridad de las fuentes y en la exégesis dialéctica de éstas; los juristas ingleses, en la tradición y en los precedentes; los romanos cultivaban sumamente la reflexión «histórico-natural» y lógico-objetiva, pero repudiaban en cambio el derivar las resoluciones de principios teóricos generales: *omnis definitio periculosa est*: cfr. Dig. 50, 17, 1, 1, 3, 21⁵. El postulado de la existencia de lagunas y de la vinculación estricta del juez les ha sido, al menos en la época clásica, según los supuestos históricos jurídicos y constitucionales, completamente desconocido.

En una oposición originaria más general se coloca todo positivismo frente al pensamiento iusnaturalista, revisa las leyes y la teoría jurídica para preservarlas de toda ética social material, y por eso los epígonos

⁴ Respecto al problema de las lagunas, el santo y seña del Positivismo: ZITELMANN: *Lücken im Recht* (1903); STAMMLER: *Theorie d. Rechts* (1911), 641 y sigs.; BRÜTT: *Kunst d. R. Anwend.* (1907), 74; ELZE: *Lücken im Gesetz* (1913); HECK: *Gesetzesans. u. Interessenjurispr.* (1914), 162 y sigs.; EHRLICH: *Jur. Logik* (1918); BURCKHARDT: *Die Lücken d. Gesetzes* (1925); E. HUBER: *Recht u. Rechtsverw.* (1925), 352; KÖPFELD: *Soziale Machtverhältn.* (1911), 123 y sigs.; SAUER: *Jur. Methodenlehre*, § 34; JUNG: *Arch. ziv. Pr.*, 118 (1920), 107 y sigs.; G. BALIS: *D. Richter u. d. Lücken des bürgerl. Gesetzgeb.*; *Festschr. zur 100. Jahrsfeier d. Univers. Athen* (1939); WIEACKER: *Arch. f. öff. R.*, 48 (1938), 1 y sigs.; *Richtermacht u. Privatrechtsverhältnis*; últimamente, ENGEL: *Festschrift für Sauer* (1950), 85 y sigs. El postulado de la falta de lagunas recuerda precisamente la referencia de Schönfeld a la exigencia de las Matemáticas (aunque en este caso con razón de tener que responder a todo problema: DAVID HILBERT: *Das axiomatische Denken, Mathemat. Annalen*, 78 (1918), 412.

⁵ Cfr. p. ej., WIEACKER: *Vom röm. Recht* (1944), 20.

del positivismo la persiguen con característica saña hasta en sus últimos rincones⁶; por otra parte se oponen también a las culturas jurídicas precientíficas que derivan el Derecho de los usos, costumbres, hábitos y convicciones de los consortes en Derecho, y, finalmente, al naturalismo jurídico, que espera del Derecho la satisfacción de los intereses vitales económicos, sociales o de otra índole, de los particulares o de la sociedad (más extensamente, *infra*, § 29).

3. A la vinculación judicial respecto a la teoría científica corresponde un nuevo ideal científico de educación de los juristas. Como en toda cultura jurídica positiva, se une a la ciencia pandectística un determinado programa de educación especialista del Derecho y, por cierto, un programa que, a pesar de todas las crisis de los juristas y judiciales, ha permanecido válido hasta hoy^{6a}; el candidato a jurista, preparado por cursos históricos, recibe inmediatamente en la Universidad la materia doctrinal en una sucesión sistemática y ordenada totalmente en forma estrictamente lógica; después se ensaya en la aplicación del Derecho, no en casos litigiosos vivos o al menos en los propios autos, sino en casos jurídicos imaginarios, realizables como supuestos de hecho, cuya ajustada inclusión en pretensiones jurídicas (*qualis sit actio?*) es tarea exclusiva suya. El mismo objetivo persigue la organización del primer examen de licenciatura. Este ideal formativo a menudo acusado, muchas veces caricaturizado y efectivamente espantoso, tiene, no obstante, originariamente un fondo ético y de nacionalismo político: la renovación de la Universidad alemana basada en el espíritu del ideal formativo preconizado por Humboldt, cuyo símbolo característico fue la fundación de la Universidad de Berlín en el año 1810, y el ideal ético del funcionario público cultivado humanística y científicamente acogido al concepto kantiano del de-

⁶ Esta tendencia fue, sobre todo, introducida por BERGBOHM: *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie* (1892).

^{6a} Acerca de esto, FORSTHOFF: *Z. f. d. ges. Staatsw.*, 96 (1936), 53 y sigs. De la literatura europea: DUGUIT: *L'État, le droit objectif et la loi positive* (París, 1901); DEL VECCHIO: *Sulla positività come carattere del diritto* (Módena, 1911). Además, entre los tratados de Filosofía del Derecho, últimamente, RADBRUCH: *R. phil.*³ (1950), 128 y sigs., 168 y sigs.

ber. En este sentido había descrito Savigny en su «Vocación» la formación del jurista para el Estado; a causa de la cultura jurídica nacional debía ser práctico en el manejo de las fuentes y cultivar la teoría pura. El prestigio del jurista especializado procedente de una semejante formación conjunta, ética e intelectual estribaba así en el prestigio público de la ciencia ante el régimen y ante la opinión pública. Si la clase alemana de los juristas ya había logrado su integridad ética en la formidable escuela de Federico Guillermo I y de Federico el Grande y de sus iguales en otros países alemanes, su prestigio espiritual ante toda la nación lo adquiere ahora por esa renovación de su ciencia mediante el espíritu del Humanismo puesto en obra por la nación cultural alemana alrededor del 1800. Sólo así se explica el increíble crédito público de la ciencia pandectística durante un siglo, pero sólo así también se hace patente toda la extensión de la crisis social y espiritual en que ha entrado hoy el jurista académico por la decadencia del ideal formativo humanista.

II. 1. También la función político-judicial del positivismo científico^{6b} ha sido desdibujada hasta desfigurarla por las convulsiones sociales y políticas de los últimos cien años y por la crítica constantemente reiterada por nuevas fuerzas y nuevos poderes. Una aplicación del Derecho, que excluye fundamentalmente las «consideraciones políticas, sociales o económicas»⁷ tiene que provocar equívocos en una época llena de ideales y de luchas ideológicas y sociales. Fácil es, por tanto, no darse cuenta que la mentalidad de la misma ciencia pandectística fuera un principio de valoración y una decisión ético-social y política, y una decisión, por cierto, que precisamente puso de manifiesto la situación jurídica constitucional de la jurisprudencia en el constitucionalista Estado de Derecho del siglo XIX. Esto se confirma por el intachable sentido de ciudadanía y por la disciplina ética de los representantes y discípulos del positivismo científico, lo que no se modifica en su trágico desbordamiento por el proceso evolutivo.

^{6b} Respecto a las condiciones sociales de la realización del Derecho: KORNGOLD: *Soziale Machtverhältnisse* (1911); C. K. ALLEN: *Law in the making*³ (1946); ROSCOE POUND: *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, *Harvard Law Review*, 24-25 (1911), 591 y sigs.; *Law and morals*² (1926); FRIEDMANN: *Legal Theory*² (1947), 125 y sigs.

La neutralidad de una jurisprudencia científica y ella misma responsable tiene una función inmediata de justicia. Al vincular al juez a unos preceptos doctrinales estables, aprobados por la opinión pública y comprobables, aleja del espacio de la jurisprudencia los contradictorios intereses egoístas políticos, sociales y económicos de una sociedad libre, cuyo principio funcional es la lucha regulada, la concurrencia. Pero con ello no hay que pasar por alto, por cierto, que esa misma sociedad libre es la expresión (por pálida que sea) de la Ética social del Derecho natural, es decir, sigue siéndolo de un concepto material del Estado. El decaimiento de ese concepto en la conciencia general hizo, pues, posible y necesario el del positivismo. Únicamente porque en la época del positivismo se carecía de una imagen transjurídica del Derecho podía ponerse en su lugar una dogmática científica especializada, en todo caso afirmada por la conciencia jurídica y cultural pública. Esa dogmática se convirtió en campo de compromiso entre fuerzas e intereses sociales contradictorios: en primer lugar, entre el Estado autoritario y la sociedad civil; después, hasta en nuestra época, entre las formaciones pluralistas de la moderna sociedad colectiva, las clases, confesiones y concepciones del mundo, los partidos y los grupos profesionales y económicos. Sólo bajo estas condiciones podía emanar una fuerza dirimente de una regla formal. A tal función es a la que sirven los tres principios de la administración de justicia del Estado de Derecho: la división de poderes, la independencia judicial y la vinculación del juez al Derecho (científico).

② Además, en la peculiar situación alemana, a la ciencia pandectística le incumbieron tareas especiales:

(a) En primer lugar, una misión de política nacional. En la incesante disgregación jurídica de la Confederación germánica y del primer Imperio bismarckiano puso a salvo la unidad de la teoría y de la práctica jurídica y de la jurisprudencia especializada, con lo que anticipó la unidad jurídica del código civil de 1900, y, por cierto, con una libertad espiritual bien grande. La ciencia pandectística ha puesto en sazón a Alemania para un código nacional en el sentido pleno del vaticinio de Savigny frente a la exigencia prematura de Thibaut. Por medio de ella se apretó el lazo disimulado, pero fuerte, de la unidad alemana, que venció al particularismo jurídico alemán.

b) El positivismo científico pudo también resolver ese problema porque, a pesar de la tendencia conservadora de sus fundadores, expuesta a tantos y tantos reproches desde la revolución de 1848, se hallaba inconscientemente de acuerdo con las exigencias políticas y económicas de su época, la liberal. Al proceder su Ética social del concepto kantiano de libertad, como se destaca especialmente en los conceptos básicos de Derecho subjetivo y sus formas más importantes de aparición, como la propiedad y la pretensión, en realidad la ciencia del Derecho común complacía cumplidamente al individualismo político y económico de su tiempo. También el rigor del sistema y los conceptos de validez lo más general posible y, por consiguiente, abstractos de esa ciencia se manifiestan sólo a primera vista como una creación lógica de un frío clasicismo y enemiga de la vida. En realidad, era un Derecho privado abstracto, favorecedor, especialmente, de la tendencia a la revolución industrial, de su expansión y de la racionalización de la economía, al desdeñar o casi eliminar los elementos orgánicos y conservadores del antiguo Derecho privado alemán, por ejemplo, en el Derecho inmobiliario, el hereditario y el del régimen familiar de bienes. Del lado débil de esa generalización se tratará más adelante (*infra*, págs. 414 y sig.).

3. Con tales resultados, la ciencia pandectística traspasó pronto los límites alemanes, sobre todo los de la pequeña Alemania. La ciencia suizo-alemana del Derecho privado⁷, mediante la enseñanza de J. J. Bachofen en Savigny, por la obra del discípulo suizo de Savigny Keller en Alemania, por los comienzos privatísticos de Bluntschli en Zurich y por la vocación continua de jóvenes pandectistas de lengua alemana, especialmente en Basilea, desde la época de Savigny hasta Andrés von Tuhr, se convirtió en una acuñación autóctona de uno de los ámbitos más vivos de la Escuela histórica. El Derecho privado de Zurich, por Keller y Bluntschli (1853-1856), y el código civil suizo de 1907, de Eugenio Huber, son racionalismo jurídico mucho más obje-

⁷ Sobre esto, especialmente, A. B. SCHWARZ: *D. röm. R. an d. Univ. Zürich im ersten Jh. ihres Bestehens* (1938); *Andreas v. Tuhr* (Zürich, 1938), 14 y sig. y *passim*; KOSCHAKER, 264, 275 y sigs.; E. GENZMER: *S. Z. Rom.*, 67 (1950), 605 y sigs.

tivo, sin el que no serían imaginables, y son quizá su más hermoso fruto⁸. En *Austria* se impuso algo más tarde, pero allí desarrolló una técnica importante con Hasenöhr, Unger, Exner y sus continuadores; en cuanto a la Historia del Derecho de la antigüedad en sentido estricto adquirió una posición preeminente por medio de Franz Hofmann y Luis Mitteis.

Al mismo tiempo comenzó la ciencia pandectística a influir más allá del ámbito cultural y lingüístico alemán⁹. Su método y su sistema adquirieron un influjo predominante en países de tradición científico-jurídica más reciente, sobre todo en la Europa suroriental. Aún más impresionantes fueron sus efectos sobre los países medulares de la ciencia jurídica europea. En Italia suscitó a su vez un brillante renacimiento de la dogmática romanista y de la Historia del Derecho tras la unidad nacional de 1870. Por todo el territorio del *Code civil*, principalmente en la misma Francia, no se detuvo su influjo metódico y sistemático, en especial sobre Gén y Saleilles, ni aun por la contienda entre ambas naciones después de 1871. También influyó en Escandinavia y Rusia¹⁰, y hasta en la misma Inglaterra, que siempre atajó la entrada a toda participación en las corrientes espirituales europeas de los métodos jurídicos especializados del continente, pudo afirmarse no sólo por el significativo no especialista Austin y por la intervención de los historiadores del Derecho ingleses¹¹. Aunque ya antes de fines del siglo XIX las codificaciones alemanas y el proyecto de código comenzaban a influir decisivamente por el Próximo y Lejano Oriente y hasta en Iberoamérica, y de ese modo, junto a las familias jurídicas inglesas y «francesa», hizo su entrada una familia alemana¹² (en el mismo sentido amplio que la «francesa»), y así se constituyó el rédito de aquella pacífica y unificadora «conquista, con

⁸ Con detalle, *infra*, § 25, I.

⁹ Acerca de esto, especialmente, A. B. SCHWARZ: *Einflüsse dtsh. Zivilistik im Auslande, Symb. Freiburg. i. hon. O. Lenel* (Leipzig, s. a., 1935), 425 y sigs.

¹⁰ SCHWARZ: *ob. cit.*, 474; KOSCHAKER, 133, 138 y sig. (Rusia), 276, n. 1, (Dinamarca), cfr. también WOLF, 495.

¹¹ SCHWARZ: *ob. cit.*, 470; ID.: *John Austin and the German Jurisprudence of His Time, Política*, I (1934), 178 y sigs.

¹² *Infra*, § 25, II y III.

el que la ciencia pandectística alemana descontó y pagó una parte de lo que desde siglos antes había venido recibiendo de otras naciones, desde el siglo XIII al XVI de Italia, en el XVII y en el XVIII de Holanda, y en el XVI, y de nuevo en el XIX, de Francia.

4. (a) El juicio desfavorable divulgado acerca del Positivismo científico requiere, pues, rectificación. En lo atañente a confundirlo con el positivismo legal, que quedó comprometido por la terrible experiencia de los últimos diez años, en los que al final revistió de forma de ley el asesinato en masa y otros crímenes, ello carece de fundamentación. Porque el peligro de que la demagogia de una mayoría ocasional, o de que una dominación apoyada en una autorización plebiscitaria de los pueblos por ella tiranizados, erija en Ley su fuerza y sus intereses, precisamente había sido excluido de la Ley por la libertad del positivismo científico.

(b) En un mundo de trastornos económicos y sociales y de necesidades, la exigencia del positivismo de que el juez no pueda dejarse influir en su cargo por consideraciones religiosas, éticas, sociales o económicas, aparece a primera vista como un testimonio de falta de responsabilidad moral, cuando no de libertad. Y, sin embargo, esta exigencia es precisamente un supuesto previo de toda cultura jurídica que se base en la autonomía del Derecho: es decir, esa neutralidad es, no la renuncia, sino el mismo sistema de valores de toda cultura jurídica que no se remite inmediatamente a instancias metajurídicas (revelación religiosa, doctrina ética, concepción del mundo). Y precisamente las más grandes y persistentes culturas jurídicas son las que han recurrido a una autonomía semejante: la romana antigua, la inglesa, la de los glosadores y postglosadores y, en general, todas las situaciones jurídicas precientíficas de las comunidades humanas bien ordenadas. En ellas se supone precisamente la existencia de una justicia inmanente en el nacimiento y en los axiomas del Derecho positivo y su realización por un método autónomo de aplicación jurídica: p. ej., por la salvaguardia de la costumbre¹³,

¹³ Intento de caracterización e interpretación psicológico-social de una situación semejante, que se abstiene de toda reflexión acerca de la «Justicia en sí», de una superior cultura jurídica sobre el ejemplo de la Jurisprudencia romana, en WILCHER: *V. röm. R.* (1944), 26 y sigs. y, sobre todo, 78 y sigs.

o se espera de la aplicación lógica de conceptos justamente definidos. Ante la variabilidad de la existencia y de la estructura alógica de la realidad, tal procedimiento es ciertamente acrítico. Lo que no excluye que una aplicación positivista del Derecho sea tan justa como otra fundada metajurídicamente (desde un punto de vista teológico, iusnaturalístico o ideológico), o sea, que garantice una aplicación equilibrada de los preceptos imperativos dados por buenos por la conciencia jurídica de una sociedad concreta, siempre bajo el supuesto de que la conciencia jurídica esté viviente en sus mismos representantes profesionales. La ciencia pandectística correspondió inicialmente a esas condiciones al estar sus axiomas basados en una ética autónoma del deber y de la libertad, que exteriorizaba la conciencia moral de la mayor parte de los hombres de su tiempo y, por consiguiente, sus resultados correspondían a la conciencia jurídica de esa Sociedad. Eso confirmó su éxito: esa ciencia refrenó el enorme trastorno de la revolución industrial por medio de su auténtica cultura jurídica y por lo menos hasta la gran crisis europea de 1914 conservó totalmente su fuerza moral ordenadora.

Ⓢ Esto es, ciertamente, válido con una gran, y quizá decisiva, limitación, que podría, en cambio, dejar casi en suspenso la alabanza de la ciencia pandectística. Su abstracto Derecho privado favoreció la libertad contractual, inclusive la del contrato «libre» de trabajo o de inquilinato, el desmenuzamiento de la propiedad territorial, la partición de la herencia, el crédito territorial y los negocios crediticios, y significó una ventaja para los iniciadores y propulsores de una economía expansiva en las finanzas, en el comercio y la industria en provecho de los grupos del pueblo y clases de escaso capital, del trabajador asalariado, del artesano, del campesino y de las profesiones liberales económicamente dependientes —a pesar de los obstáculos que precisamente la dogmática del Derecho común ha opuesto, ocasionalmente a un desarrollo del Derecho de títulos-valores y de sociedad y del crédito inmobiliario—. Sólo la gran propiedad territorial, gracias a su influjo social y político en la monarquía constitucional, y en parte también en los Parlamentos, fue capaz de eludir los ataques del liberalismo contra su posición.

Al ser rechazado por la mayor parte de los contemporáneos de hoy el liberalismo económico y social del siglo XIX, se hizo bastante

natural el reproche de que la ciencia pandectística con su favorecimiento del capitalismo industrial (el del contrato «libre» de trabajo, es decir, sin protección), del liberalismo («libre» desmenuzamiento de la propiedad territorial y «libre» establecimiento de gravámenes sobre la misma) y de la economía dineraria capitalista («libre» Derecho de obligaciones, «libres» formas de créditos) se convirtió en instrumento de una sociedad injusta. Este reproche, en la tendencia romántica o nacionalista de que la ciencia pandectística lo haya realizado como producto de una «segunda» o «postrecepción» del Derecho romano, es infundado, pues las formas específicas del capitalismo (Sociedades de capital, formas crediticias inmobiliarias, títulos-valores, Derecho del gran comercio) son «jurídico-germánicas», es decir, comunes a Europa y no romanas, como lo confirma una ojeada al mundo anglosajón. Por lo demás, el reproche en su concepción restringida es irrecusable, ya que el abstracto Derecho privado, si no ha acarreado ciertamente ese abuso del ordenamiento jurídico, tampoco lo ha hecho imposible. A lo que hay que añadir que la ciencia de las Pandectas (como todas las ordenaciones jurídicas de su época) expresaba completamente el espíritu de su tiempo, y, por lo tanto, sucumbió ante el juicio histórico sobre éste.

III. 1. La ciencia pandectística desde la cumbre de su prestigio ha donado a Alemania un número no escaso de clásicos de la ciencia del Derecho civil, cuya gloria sobrevivirá a su época. Pues por la productividad de su método, la altura general de la labor científica y con su inmenso campo de trabajo, aun gente profesional de limitado vigor intelectual pudo realizar cosas bonísimas extraordinarias, sumamente ingeniosas. Si nos fijásemos en los perfiles más agudamente acusados, señalaríamos, sobre todo de entre la generación posterior, a Puchta¹⁴,

¹⁴ Exposición de su vida y obras, así como detallada información de la literatura más antigua, en LANDSBERG, III, 3, 606 y sigs., n. 264 (Vangerow); 842 y sigs., n. 352 y sigs. (Brinz); 853 y sigs., n. 358 (Regelsberger); 931 y sigs., n. 389 y sig. (Dernburg). Acerca de éste y del mundo de la más moderna ciencia pandectista en general, A. B. SCHWARZ: *Andreas v. Tühr* (Zürich, 1938), 39 y sigs.; SINZHEIMER: *Jüd. Klassiker d. dtsh. Rechtswiss.* (Amsterdam, 1938): en él también biografías de Unger, Lenel, Wild, Laband y Ehrlich, esenciales para las corrientes aquí observadas.

por la influencia extraordinariamente extendida de sus cursos en Heidelberg y de sus «Pandectas», tantas veces editadas, a Vangerow (1808-1870)¹⁴; por la originalidad, la fantasía constructiva y eminente inteligencia, a Aloys Brinz (1820-1887), sobre todo uno de los primeros dogmáticos del Derecho civil por su sagacidad y energía, Regelsberger (1831-1911), y por la riqueza de ideas y significativa cultura general, ya al fin del período, a Manuel Bekker (1827-1916). Aún corresponde una mayor importancia a Enrique Dernburg, no tanto por sus «Pandectas» como por su práctico raciocinio jurídico, que le llevó a extender el método pandectístico a materias que se hallaban fuera del dominio del Derecho común y que fueron con preferencia cultivadas científicamente en sentido estricto por él, como, p. ej., el Derecho privado prusiano. Quizá en él resaltaron de modo más hermoso por sus propias condiciones las posibilidades del positivismo científico para el realismo de la vida y para la exigencia de la práctica científica.

2. Por su disciplinada objetividad, por la clásica exposición de los resultados y por su predominante influjo en la cultura jurídica y en la legislación de su tiempo, aunque no por su audacia, originalidad ni productividad, se adelantó a la mayoría Bernardo Windscheid (1817-1892)¹⁵.

Nacido en Dusseldorf, atraído por la sugestión de Savigny del estudio de las ciencias del lenguaje al de la jurisprudencia, se licenció en Bonn en Derecho romano-francés, fue profesor en 1847 de Basilea, en 1852 de Greifswald (de donde su amistad por toda la vida con Ihering), en 1858 de Munich (allí se hizo amigo del círculo poético gran burgués de Geible y Hayse), en 1871 de Heidelberg y en 1875 de Leipzig. Desde 1880 hasta 1883 formó parte de la primera comisión para el proyecto de Código civil (280). Sus obras principales son: *La teoría de la presuposición* (1850); *La actio del Derecho romano desde el punto de vista del*

¹⁴ Sobre su extraordinaria influencia en la exposición magistral, A. B. SCHWARZ: *Einflüsse*, 468 y sigs.; STÖLZEL: *Schulung f. d. civ. Pr.* (1891), 29 y sigs.; LANDSBERG: *ob. cit.*, 603; últimamente, KIESSLING: *K. A. Vangerow, Lebensbilder aus Kurhessen u. Waldeck* 1830-1930, IV (1950), 387 y sigs.

¹⁵ Acerca de él, sobre todo, LANDSBERG, III, 3, 584 y sigs.; notas biográficas y recuerdos de su vida, 361 y sigs.; E. WOLF², 556 y sigs.; obras, 586, y allí mismo, 587, copiosa literatura hasta 1843; también WIEACKER: *Dtsch. Recht* (1942), 1440-43.

Derecho civil (1856: una fundamentación del moderno concepto de la pretensión jurídico-material); Discursos universitarios: «el Derecho romano en Alemania» (1885: digna defensa contra los ataques germanísticos); «Savigny» (1879: confesión e interpretación inconsciente de sí mismo).

La obra propiamente capital de Windscheid son las «Pandectas», que fueron apareciendo desde 1862, y cuya séptima edición, la última cuidada por él mismo, que apareció en 1891, se convirtió muy pronto en primera autoridad científica para la práctica jurídica. Esa influencia extraordinaria se basaba en su perfecta correspondencia con las necesidades de la época anterior a la codificación que hicieron de ese tratado científico la única instancia doctrinal y autoridad del Derecho privado común¹⁶, por no ser aún posibles sin código los grandes comentarios que lo sustituyeron más tarde, y no existir, por falta de un Tribunal Supremo en lo civil en la confederación germánica, una general instancia superior decisoria. Y así se alió, bajo condiciones favorables al tratado de Pandectas, una autoridad hoy distribuida entre diversos factores: la Ley, la resolución decisoria suprema, el gran comentario para la práctica y el tratado. De uno como éste requería, por tanto, la práctica un edificio doctrinal exhaustivamente completo y armónico que tuviese en cuenta y examinase todas las tradiciones acreditadas y excluyese enérgicamente todos los rasgos anticuarios y de exégesis de fuentes. Windscheid satisfizo esos anhelos por el científico inventario y la extremadamente clara disposición de los resultados comprobados, el profundo discernimiento en la elección de las soluciones practicables y la convincente proyección de la tradición sobre un plano dogmático. Así surgió, ya el término de la pandectística y de modo equiparable, p. ej. a los grandes comentarios de Ulpiano o a la glosa de Accursio, una gran Suma del Derecho privado cuya extensa soberanía hasta sobre países extraños es un síntoma característico de la autoridad general de la ciencia positivista. La obra tuvo, p. ej., en Grecia influjo legislativo¹⁷ y motivó en Alemania el nombramiento de Windscheid y su determinante influencia en la primera comisión.

¹⁶ Respecto de esa función de los tratados de Pandectas, WIEACKER: *ob. cit.*, 1441 y sigs.

¹⁷ A. B. SCHWARZ: *Einflüsse*, 468.

El impresionante retrato moral que en esa labor aparece¹⁸ pone de manifiesto las fuerzas éticas de ese positivismo: el concepto del deber del idealismo, el amor antiguo burgués al Derecho y al orden, un rígido sentido de la forma y hasta un sentido espiritual de la belleza: todo ello se une a la clásica construcción de su obra capital, de la que no es indigno su claro y hermoso lenguaje. Adversario de la política jurídica y siervo del concepto, no es que Windscheid tuviese miedo a la vida ni a la responsabilidad, cosa que ya desmiente su personal colaboración social, sino sólo una aversión, basada en principios religiosos, éticos y culturales, a la parcialidad exigida por toda actividad política.

IV. Siendo la posición política del positivismo científico el sistema de equilibrio de poderes del burgués Estado de Derecho, tenía que afectarle cualquier perturbación de ese equilibrio, ya procedente de los intereses del Estado autoritario, ya de la industrial sociedad liberal, ya de la crítica reformadora social o de la socialista. Por eso en la segunda mitad del siglo surgieron corrientes a él contrarias de tipo autoritario, romántico-nacionalistas y utilitaristas, que no se impusieron inmediatamente en la práctica alemana porque el prestigio profesional y moral de la clase de los juristas aún extendió más durante diez años la cultura jurídica externa del positivismo, y porque la fidelidad a la ley de la clase judicial se sustrajo durante mucho tiempo a la exigencia de optar por las pretensiones de los singulares grupos influyentes de la sociedad. Pero hay que advertir primero que la soberanía de la teoría del Derecho privado sobre la práctica no fue nunca omnipotente.

1. La tradición autoritaria del Estado territorial alemán siempre había logrado privar al extenso dominio del Derecho judicial de un Derecho privado estrictamente estatal y universal para todos los ciudadanos, sin que se hubiera tomado la molestia de una fusión espiritual. El representante más vigoroso de aquella tradición era la propia Administración, que logró hasta el día de hoy (salvo en Prusia) afirmar sus limitaciones ya autoritarias, ya de beneficencia pública. En el

dominio peculiar del Derecho privado excluyó del Derecho privado general, basado en la libertad y en la igualdad jurídicas, hasta 1918, el «Derecho privado de los príncipes»; en el del Derecho inmobiliario los fideicomisos y los bienes troncales y en el dominio del Derecho laboral la reglamentación de la servidumbre doméstica y la de los trabajadores agrícolas.

Junto a estos elementos reaccionarios de los países alemanes se hallaban también los autoritarios por causa de beneficencia pública. El Derecho público del suelo, con sus limitaciones de carácter público de la propiedad, tales como la policía de la construcción, el Derecho de guardería forestal, el crédito agrario obligatorio, las prohibiciones de particiones y desmembraciones territoriales; así como los patrimonios familiares hereditarios, ha estado siempre exceptuado de las formas jurídicas del Derecho civil y lo mismo se puede decir del Derecho de protección de los jóvenes. Con esto pudo inmediatamente vincularse en una permanente tradición el Derecho social de inquilinato y de colono nacido tras la primera guerra mundial (*infra*, § 27, II, 1, 2, 3, 4). También el Derecho registral inmobiliario, basado formal y materialmente en el catastro territorial público, y el Derecho minero, creación especial de la administración prusiana que está totalmente fuera de los rasgos fundamentales de la Historia del Derecho privado y sólo tarde e imperfectamente y con los medios abstractos de la pandectística se acabó con ella. Cuéntanse, además, entre todos ellos todas las restricciones del Derecho nacional la ley introductoria del B. G. B., así como las materias que la exégesis «histórica» del concepto de las «controversias jurídicas civiles» sustrajo a los tribunales ordinarios. Estos baluartes de una contextura jurídica autoritaria muestran cuán imperfectamente la abstracta y liberal cultura jurídica de la ciencia pandectística dominaba el espíritu de la vida alemana del Derecho, por lo demás, no sin excepciones, con perjuicio del desarrollo, posterior, por soler esperarse en Alemania la realización de la justicia social de la autoridad estatal, o más precisamente, de una burocracia.

2. Más profundo origen ideológico tienen, por el contrario, las nuevas corrientes adversas a la ciencia pandectística. Coinciden en reprocharle el que el predominio de la ciencia jurídica ha neutralizado el extraer el Derecho de la realidad y que supeditó la vida al concepto

¹⁸ Descripción afectuosa en WOLF, 561 y sigs.; discrepando algo, WIEACKER: *ob. cit.*, 1440 y sigs.

o, al menos, al Derecho abstracto, en vez de que fuera el Derecho quien sirviese a la vida, etc. A todos estos argumentos les es común la idea de que el derecho es una función de la realidad, con lo que, en el fondo, se reconocen partidarios de aquel naturalismo que en el siglo XX había de invadir en una gran extensión, o, al menos, socavar la cultura jurídica tradicional (§ 29, III). Son, sin excepción, esclavos clandestinos del positivismo científico naturalista de la época fundado por Comte, contagiados por los grandes descubrimientos de Darwin sobre la explicación de la vida, y, sobre todo, por la explicación de Nietzsche acerca de la Moral. La crítica filosófica trascendental de este positivismo jurídico quedó por completo retrasada en esta época de Bouvard y Pécuchet, y sólo en nuestro siglo fue de nuevo acogida.

Concordes en sus negativos supuestos previos, están estas corrientes en una profundísima y recíproca oposición, y, por supuesto, proceden de la quiebra de los fundamentos espirituales de una imagen cerrada de la sociedad. De la manera más ingenua se manifiesta el espíritu del tiempo en la crítica realizada por el utilitarismo individualista, desde Bentham hasta Ihering, al idealismo latente y al realismo conceptual de la dominante ciencia del Derecho, con cuyo liberalismo económico concuerda esta dirección de los retoños de la Ilustración tardía. La crítica socialista, por el contrario, desde Marx, pasando por Proudhon, hasta Menger, atacó con la más genuina pasión ética desde la posición del materialismo económico, tanto el formalismo idealista como el individualista del Derecho privado dominante. Otra corriente, la tercera, autoritaria y social, coincide con ésta en su crítica del liberalismo, pero se separa de ella fundamentalmente por su Filosofía idealista de la Historia y su *pathos* nacionalista y políticamente autoritario, que aún se reviste de modo desconcertante con una evocación romántica del Derecho alemán. Estas dos últimas corrientes tienen su común origen en la Filosofía de la inmanencia de Hegel, y la última representa a la «derecha» hegeliana, y la anterior a la «izquierda» del Hegel joven.

3. En tanto que la crítica socialista del Derecho privado se expresa fuera de la ciencia jurídica, sobre todo en la teoría de la economía nacional, las otras dos pueden simbolizarse en la figura de dos de sus representantes principales: en Ihering y Otto von Gierke.

a) Rodolfo von Ihering (1818-1892)¹⁹, de familia de la Frisia orien-

tal, bisnieto de Conring (pág. 163), licenciado en Berlín en 1843, profesor de Basilea (1845), de Rostock (1848), de Giessen (1852), donde comenzó a producir sus principales obras, cuya fama le llevó a Viena en 1868; en 1872 profesor de Goettinga, donde murió en la cumbre de su fama de maestro; es una personalidad llena de vida, sugestiva, alegre y atractiva, de un extraordinario vigor intuitivo, soberbia inteligencia y fantasía constructora. Sus obras principales son: *Espíritu del Derecho romano en las etapas de su desarrollo* (desde 1852; más tarde, en nuevas elaboraciones, de las que la primera comenzó a aparecer antes de haberse acabado la publicación de sus obras completas); *El fin en el Derecho* (1877-1884, 2 tomos); *Voluntad de posesión* (1889), así como innumerables e importantes monografías dogmáticas, especialmente en el anuario por él fundado para la dogmática del Derecho civil («Iherings Jahrbücher»), la famosa obra ocasional *La lucha por el Derecho* (1872) y las satíricas *Cartas confidenciales de un desconocido al editor de la revista judicial prusiana* (1861-1866; en 1884, editadas de nuevo en «Bromas y veras en la jurisprudencia»).

En Ihering, el amigo y coetáneo de Windscheid, adquiere el viraje de la ciencia pandectística al naturalismo jurídico su más impresionante expresión. Criado en la escuela de Puchta, quien, como la mayor parte de sus contemporáneos, ya había desterrado la Metafísica jurídica. Ihering, gracias a su brillante fantasía, tan intuitiva como constructora, y su sentido para lo concreto de las soluciones jurídicas, enriqueció primeramente la dogmática con descubrimientos decisivos como la *culpa in contrahendo*²⁰ y al mismo tiempo describió y elogió el arte de la construcción jurídica como «la jurisprudencia más elevada»; una descripción que ha sido igualmente fecunda tanto por la ingenuidad como por la productividad del método «histórico-natural» del positivismo científico. Con el mismo talento describió de modo sumamente sugestivo en los primeros volúmenes e impresiones del «*Espíritu del Derecho romano*» el sistema de los juristas romanos.

Pero al final de su cincuentena comenzó, encabezada por la sátira de las «cartas confidenciales», la autodestrucción crítica de la jurisper-

¹⁹ LANDSBERG: *ob. cit.*, 788 y sigs.; WOLF, 589 y sigs.; WIEACKER: *Rudolph v. Ihering. Eine Erinnerung zu seinen 50. Todestage* (1942), en ésta, 61 y sigs., y en WOLF, 635, bibliografía más extensa, entre la que ha de destacarse el metódico estudio de HURWICZ *R. u. Jh. u. d. dtsch. R. wiss.* (1911).

²⁰ *Jahrbücher f. Dogmatik*, IV (1861), 1 y sigs.

dencia conceptual, poniendo de manifiesto la falta de realidad de sus concepciones. En este proceso único de desilusión influyeron conjuntamente en Ihering el extrañamiento de la Metafísica jurídica del Derecho natural y el de la Metafísica histórica del romanticismo, y una fuerza de intuición que, con madurez creciente, se alejaba de la fantasía lógica de la contemplación interna dirigiéndose a la realidad social. Con tales rasgos expresaba simplemente y de modo representativo la experiencia de Ihering un sino, no sólo de su ciencia, sino de su tiempo. Los tomos y ediciones posteriores del «Espíritu» vuélvense ahora cada vez más hacia las condiciones sociológicas del Derecho, que Ihering describe históricamente de una manera ingenua, pero de modo sociológicamente muy impresionante. Ya en la *Lucha por el Derecho* (1872) el Derecho se ha convertido en mera realidad social, en un medio de imponer el poder y los intereses. En el *Fin en el Derecho*, metódicamente diletante y, como expresión de la época, torso potente, eligió como motivo: «el fin es el creador del Derecho». Para expresarlo con leyes causales, partiendo de la realidad de la sociedad, el Derecho está al mismo tiempo motivado por el fin de cada particular o el de la sociedad. Ciertamente que Ihering, igual que sus sucesores, no logró determinar con seguridad el gran tópico del fin: tan pronto éste aparece siendo el fin del individuo como —en mero lenguaje figurado— el fin de la sociedad y, por último, también (como la «artimaña de la razón de Hegel, sin cuya dialéctica de la evolución el mismo Ihering no se comprendería) como sentido inmanente de la vida o de la existencia.

La patente afinidad electiva, cuando no dependencia, de tales ideas con respecto al positivismo sociológico de Comte, al utilitarismo de J. Bentham y a la idea de la selección natural de Darwin, explica los fundamentos histórico-espirituales que juegan medio inconscientemente en Ihering. Ya la consigna «Lucha por el Derecho» no es concebible sin la *Struggle for Life*, la «lucha por la existencia» («Kampf ums Dasein», como en seguida se tradujo en Alemania). Pero tales dependencias no permiten engañar que la autodestrucción se hallaba yacente dentro del mismo positivismo científico. Este mismo ya había, efectivamente, eliminado los valores metajurídicos (la justicia, la «idea del Derecho») de su conocimiento metódico. Desde el instante en que ya no se orientó inconscientemente entre tales lími-

tes la construcción jurídica, se impuso a un sentido intrépido de la realidad al explicar el Derecho por causas naturales, a lo que necesariamente siguió su explicación por los fines humanos. Pues la explicación causal de una actividad humana necesariamente es su explicación por imposiciones determinadas (es decir, no libre) de fines, por motivaciones. La jurisprudencia conceptual y el naturalismo jurídico son, por tanto, dos fases consecutivas de una fundamentación del Derecho que renunció a una Metafísica jurídica y está buscando ahora el sustitutivo de la idea del Derecho (*infra*, § 29, I). El desenvolvimiento científico de Ihering es el símbolo personal de ese proceso.

Al no ser ahora la idea del Derecho sino el Derecho positivo, de hecho, cualquier expresión de voluntad despótica o de interés, la determinación del contenido del Derecho quedó entregada, por abandono de la idea de justicia, al arbitrio de los intereses en lucha y en controversia. El mismo Ihering titubea indeciso aún entre lo «útil» al individuo y lo útil a la sociedad, cuyo conflicto inevitable no parece verlo claramente en una época de liberalismo económico. Más tarde inclinará la balanza a favor del poder colectivo y el Derecho se determinará como lo útil a la sociedad, a una victoriosa clase social del pueblo («Derecho es lo que útil al pueblo»), o, más confusamente, como lo «útil común», o cínica o acusatoriamente, como «Derecho del más fuerte» sencillamente. Responsabilidad de Ihering es el haber introducido esta revolución de la cultura jurídica europea sin clara conciencia de su alcance, así como fue extraordinario servicio suyo el haber descubierto el primero dentro de la ciencia especializada el fundamento de la realidad del Derecho, su función social, sin la que no es posible una política jurídica reflexiva.

b) Consecuentemente, una generación más tarde expresa Otto von Gierke, ya con más claridad, la decisión a favor de lo colectivo contra el individuo.

Otto von Gierke (1841-1921)²¹, hijo de un juez prusiano, se habilitó para la docencia en Berlín con el germanista Homeyer; nombrado para

²¹ LANDBERG: *ob. cit.*, 912, WOLF, 637 y sigs., cuya descripción sigue en todo la exposición del texto; sin embargo, la discrepancia de los orígenes históricos de su época aparece algo esfumada. Bibliografía, *eod. loco*, 677 y sigs.; literatura, 679 y sigs. Por el contrario, resalta notablemente las antinomias FRIEDMANN: *Legal Theory*² (1949), 171 y sigs.

Breslau en 1872, y en 1884 para Heidelberg, y en 1887, con fama constantemente creciente, para Berlín. Sus obras principales son: su temprano estudio, interpretando la *Poesía en el Derecho*, de Jacobo Grim, titulado *Humor en el Derecho alemán*; la que concibió desde 1868, pero modificándola toda su vida, *Derecho de la corporación* («Genossenschaftsrecht», 4 tomos, el primero en 1913), una de las más grandiosas monografías de la literatura jurídica; el notable escrito dogmático, precursor de la teoría moderna de la persona jurídica, *Teoría de la corporación y la jurisprudencia del Tribunal imperial* (1887); el *Althusius* (1880, *supra*, pág. 243); el trascendente escrito polémico *El proyecto de un Código civil y el Derecho alemán* (publicado como libro en 1889, *infra*, pág. 418); el *Manual de Derecho privado* (comenzado en 1895; tres tomos, 1917; la suma de la obra de toda su vida) y los importantes discursos universitarios, y otras, *La esencia de las asociaciones humanas* (1902) y *Moralidad y Derecho* (1916-1917).

En la forma poderosa y apasionada de Otto von Gierke, la tendencia al futuro y el pleno reconocimiento del Derecho como función social está recubierta por la herencia romántica, de Filosofía de la Historia y democrática-nacionalista. Estas dislocaciones de la línea espiritual son la expresión de una forma rica, creadora y contradictoria, en la que se unen una ingenuidad genial y grave solemnidad con añadiduras socarronas y una perfecta honradez. Honradez que no impide, por cierto, que su vigorosa sensibilidad no dé importancia a contradicciones lógicas, o las concilie falazmente. Tal personalidad en muchos aspectos es el polo opuesto de un Savigny, en sentido cultural mucho «más antiguo», y de un Ihering mucho más consciente y realista.

Gierke se alejó pronto de los intereses peculiarmente anticuarios de la germanística de sus años de aprendizaje, pero no de sus orígenes románticos, de la Filosofía de la Historia y del concepto de organismo de Schelling²², ni tampoco de la postura de defensiva resistencia democrática-nacionalista de Jorgen Beseler contra el Derecho romano. Del positivismo científico acogió el sistema y el patrimonio

²² Por intermedio de G. v. Beseler (WOLF, 657); no me parece comprobado el influjo de Dilthey (en el sentido de una «profundización metafísica») conjeturado por Wolf. Acerca del influjo de Hegel, ALFRED SCHULTZES *Jher. Jb.*, 73 (1923), 1 y sigs.

conceptualista, al que este gran adversario de la ciencia de las Pandectas siempre estuvo extraordinariamente ligado, y la imagen constitucionalista de la organización política. Pero, por fin, las experiencias sociales de su época le condujeron rápidamente al abandono del liberalismo económico y a la apología de las reformas sociales. Combatió a la Pandectística como germanista, como pensador histórico de la *Filosofía de la vida* y como partidario de la política jurídica social. Y, sin embargo, sólo sus singulares obras podrían enseñar si su decisiva influencia sobre la vida jurídica de su tiempo corresponde al romántico, al gran dogmático del Derecho civil o al político social de prometedoro futuro.

Gierke es un pensador original. Los grandes descubrimientos de su «Derecho de corporación» se convirtieron en modelo tanto para el origen del estado como para las relaciones de la comunidad, el Estado y el mismo individuo. Gierke luchó en pro de la unión orgánica contra las dos tendencias de su tiempo: contra la omnipotencia del Estado moderno preparada por el Estado absoluto y realmente llevada a cabo por la Revolución francesa, y contra el individualismo social surgido de la Ilustración y realizado por la industrializada sociedad burguesa. La fórmula que debe superar al Estado mecánico y ligar al individuo egoísta es para él el «Organismo» de las uniones humanas, en cuya superior «personalidad unitiva» se articula la persona como miembro. La sociedad humana es una jerarquía de tales uniones, que va ascendiendo desde el individuo, pasando por la familia, la corporación, las corporaciones administrativas autónomas, hasta el Estado como forma corporativa de todo el pueblo y en las que la antítesis (constitucionalista) entre Estado y ciudadanos, y Derecho público y Derecho privado, está reducida a la trinidad Derecho privado, Derecho social y Derecho público. La teoría jurídica de Gierke se transformó con esto en una teoría social, en una doctrina social, que es al mismo tiempo tradicionalista y reformista social. Ésta domina, caracterizando la última unidad de este pensador en toda la riqueza de matices, todas las grandes concepciones suyas hasta su redescubrimiento de Althusius y su lucha contra el proyecto de Windscheid del B. G. B. Y se ha acreditado como una de las grandes construcciones ideológicas vigentes de la teoría social ya que hoy, tras

tan grandes trastornos, la idea del Derecho social se ha hecho realidad (§ 27, II).

Verdad es que en un pensador tan original y filosóficamente ingenuo queda indeciso si su gran concepción fundamental, la personalidad unitiva, es idea o realidad, determinada metafísica o naturalísticamente. El que Gierke no se canse de extraer inmediatamente consecuencias jurídicas de las imágenes de organismo, de órgano y de *personalidad unitiva*, le coloca dentro de las antiguas tradiciones de la Metafísica romántica del Estado; pero el que revista de intenso sentido realista esas ideas de la realidad histórica y de la vida social de su tiempo, hace de él un precursor de una Sociología jurídica naturalística muy cercana a la realidad. La misma conciencia de Gierke no acabó de resolverse²³, por haber sacrificado por lo general el rigor metódico del pensamiento a la vigorosa expresión de un nuevo sentimiento de vida y de responsabilidad, y de una voluntad ética, como cuando, con el concepto de organismo, lucha contra la Lógica jurídica o como cuando, con las fuentes jurídicas germánicas, pelea en pro de un contrato social de trabajo. Tal vez prepondere en este «gran hombre con su contradicción» la decisión íntima por la sociedad del futuro. Y, sin embargo, su sino (típicamente alemán) fue que su voluntad efectiva no quiso separarse tanto de la tradición romántica como de la actualidad del Estado nacionalista, de tal modo que la obra de toda su vida puede parecer, a primera vista, como anticuada. Otto von Gierke es, como algunos otros importantes pensadores alemanes, «de hoy y de mañana», no tiene «ningún hoy»²⁴.

c) Si nos volvemos, en cambio, hacia la más reciente crítica de la pandectística, la socialista, la decisión se inclina por la sociedad y el fa-

²³ Diversamente, WOLF, 662, que intenta salvaguardar a O. v. G. del reproche de un lenguaje metafórico metódicamente inadmisibile; a este respecto, especialmente las referencias, *supra*, n. I.

²⁴ NIETZSCHE: *Jenseits von Gut und Böse*, cap. 8, núm. 99, a. E. Esta famosa interpretación del «alemán en sentido optimo y pésimo» en el testimonio de la obertura de *Los maestros cantores* abre también sorprendentes perspectivas en lo profundo de la gran personalidad de Gierke, WOLF, 675, ve en él, por lo demás, «más bien» al precursor que al epigono.

llo sobre tal decisión es claro y terminante. Al más importante representante de esa crítica, al «socialista de cátedra» vienés Menger, no le ligan, como a teórico social, las tradiciones jurídicas, ni tampoco como a socialista científico, las metafísicas. En su importante escrito polémico, mucho tiempo desdeñado por los juristas profesionales. «El Derecho civil y las desposeídas clases populares» (1890; 3.^a ed., 1904), se subleva Menger²⁵, y no por casualidad por los mismos motivos que el escrito de Gierke, contra el primer proyecto de Código, no contra los ideales metódicos del Derecho privado de la sociedad burguesa, sino contra los de su contenido, expresados por el positivismo científico y por el proyecto, su obra. Argumentaba con un análisis de la realidad que la verdadera función social del aparentemente abstracto y neutral Derecho privado ponía de manifiesto despiadadamente las ventajas ya anteriormente descritas (II, 4, c) para los iniciadores y beneficiarios de la revolución industrial a costa de las clases más débiles de la sociedad, con lo que Menger, como marxista, hablaba más en favor de la clase trabajadora que acababa de lograr conciencia política, que a favor de los pequeños campesinos y pequeña burguesía, quienes, a pesar de su divergente ideología, se veían en una situación análoga. Por lo demás, su análisis acerca de la situación de su tiempo es irrefutable y aún hoy no está anticuado. Su ofendido sentimiento jurídico reconocía que la abstracta libertad de organización de Derecho privado, es decir, las oportunidades organizadoras en la económicamente desigual posición inicial del individuo con más escasas ocasiones, conduce a la larga a la desigualdad, pues así como en general el Derecho privado, después de perder la orientadora idea del Derecho, puede convertirse en medio para tiranizar las clases, así también puede tornarse en el de explotación de las clases económicamente más débiles. El arte epigramático de Anatole France consignó en una fórmula convincente ese estado de cosas al hacerle hablar al poeta de la revolución social Choulette en su

²⁵ Es de señalar, además, el discurso de Menger de 1895 cesando en el rectorado de la Universidad de Viena, acerca de los problemas sociales de la ciencia del Derecho, que lleva, y no por acaso, igual título que el discurso de Gierke.

socialista querella contra la tercera República de la «majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre, de coucher sur les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain»²⁶. Con ello planteó el problema que todavía hoy sigue siendo la cuestión decisiva del Derecho civil en el mundo de las masas: al ser imposible o estar destruida la armonía natural, postulada por el liberalismo, de la libertad de actuación, la oportunidad igualitaria del Derecho privado tiene que convertirse en arma de los fuertes contra los débiles. ¿Cómo hemos de representar el contenido de los ideales jurídicos del Derecho privado para que permanezca siendo posible al mismo tiempo la igualdad social y la individual? No conociendo el naturalismo jurídico una fundamentación y determinación metafísicas del Derecho subjetivo del individuo, sacrifica en esta situación la libertad jurídica de organización del individuo al bien de la sociedad, es decir, teóricamente responde con la abolición del Derecho privado, prácticamente con su subordinación al Derecho social. También esta crítica a la cultura jurídica del positivismo sólo en nuestro siglo, desde la primera guerra mundial, ha sido trasladada del pensamiento a la realidad.

²⁶ *Le Lys rouge*, cap. VII, I; en conjunto una impresionante acusación socialista contra la burguesía del tercer estado y la gran Revolución, cuyos resultados se reservó aquella para sí: «Sí, somos ciudadanos... Lo que para los pobres consiste en conservar y proteger a los ricos en su poderío y su holgazanería. Han de trabajar bajo la mayestática igualdad ante las leyes que prohíbe tanto a los ricos como a los pobres dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan. Este es uno de los beneficios de la Revolución. Como los locos e idiotas que hicieron la Revolución la llevaron a cabo a favor de los pescadores a río revuelto de los bienes públicos del patrimonio nacional, y ésta, en el fondo, sirvió sólo para enriquecer a campesinos codiciosos y a burgueses prestamistas, bajo el nombre de igualdad elevó la riqueza al trono..., y lo que yo digo aquí, ni siquiera podría imprimirse». Adviértase que FRANCE pone esas palabras en boca del antiguo *communard* Verlaine.

§ 23/ EL TRÁNSITO DEL POSITIVISMO CIENTÍFICO AL POSITIVISMO LEGAL

I. Positivismo científico y positivismo legal.—II. Supuestos previos y efectos de la codificación del Derecho privado del siglo XIX.—III. Codificación del Derecho territorial de los países y del Derecho alemán común anterior a la fundación del Imperio.—IV. La antigua codificación judicial del Imperio.

I. 1. La ciencia jurídica alemana del siglo XIX dominó el Derecho privado a consecuencia sólo de la situación peculiar por la que el *Corpus iuris*, es decir, la dogmática del Derecho común, hubo de representar el papel del código de Derecho privado común a todos los alemanes, que había fracasado por la restauración política posterior a 1814 y por el programa de la Escuela histórica. Por eso los rasgos distintivos de la jurisprudencia de los tribunales alemanes resultaron semejantes a los del positivismo científico, aun en Prusia y Austria, los dos grandes países de codificación iusnaturalista¹. A la larga

¹ La exposición científica al modo pandectístico del *Allgemeines Landrecht* comienza (tras las lecciones de Savigny desde 1819) con el comentario de Koch (1833-1837), llega a la cumbre de la Pandectística con la *Theorie und Praxis des Preussischen Privatrechts auf der Grundlage des dtsh. gemeinen Rechts* (1865-1873), de FÖRSTER, y alcanzó su perfección con el *Preussischen Privatrecht* (1871-1878), de DERNBURG. De lo mismo sirvió para el Derecho privado austriaco el *System d. österr. Pr. R.* (1856-1864), de UNGER. Cfr., últimamente, KOSCHAKER, 263 y sigs.

había de preverse que el Estado nacional no renunciaría a la codificación; desde mediados del siglo XIX surgen, especialmente en el Derecho penal y procesal, nuevos códigos particulares, y desde 1848 luchó el movimiento unificador liberal, vencido de momento políticamente, por un código nacional común a los alemanes. Al positivismo científico le había sustituido el positivismo legal. Explica el sentido de ese proceso la victoria del Estado sobre la ciencia jurídica, de la nación política sobre la nación cultural². Por primera vez desde la recepción la legislación se separó fundamentalmente en toda Alemania de la cultura científico-jurídica. El lugar de ésta lo ocupó la voluntad popular», en realidad, por lo común, la voluntad, primero de una burocracia ministerial más o menos meditada científicamente, y en un estadio posterior, la de un despotismo.

Pero esas consecuencias aún estaban lejos de realizarse. La codificación de la justicia alemana hasta el año 1900 fue preponderantemente obra del mismo positivismo científico. Pues aunque el Derecho en el Estado constitucional ya no se fundamentaba desde un punto de vista formal en la acreditada teoría de la ciencia, sino en la ley elaborada por el órgano legislativo, sin embargo, al menos en la administración de justicia, perduraba el monopolio de la ciencia. Las leyes judiciales sin excepción fueron formuladas por representantes de la ciencia jurídica, comisionados para ello por los órganos legislativos: por profesores, altos magistrados y altos funcionarios judiciales que habían pasado por la escuela de la ciencia pandectística y cuyas valoraciones llevaban dentro de sí, aun cuando su mera competencia práctica contribuyó mucho al éxito. También para este positivismo legal siguieron valiendo los métodos y postulados de la ciencia: la jurisprudencia de conceptos, la carencia de lagunas de la ordenación legislativa, la vinculación del juez a un método científico y la función de política judicial de neutralizar la jurisprudencia por medio de la científicación. Por el contrario, esa etapa previsor de la soberanía de la ley en realidad no realizó el ideal en que se basaba la fe democrática en la ley, porque los mandatarios del pueblo, juzgando y decidiendo libremente con arreglo a su con-

ciencia jurídica, elaboraban las leyes en concordancia con los fundamentos éticos de su comunidad.

2. El positivismo legal científico —como podemos denominar a esta fase— no estaba, por tanto, preparado y sí especialmente indefenso frente a su vinculación formal a las voluntades políticas de poder de un legislativo éticamente irresponsable. Una cultura jurídica conquistada a lo largo de siglos tenía, por tanto, que ser invadida o socavada tan pronto como se derrumbó la esperanza tácita, aunque ni siquiera garantizada por un tribunal, del Estado constitucional de que la «voluntad común», expresada por el legislativo, era siempre una voluntad justa, de que la legalidad garantizaba siempre la legitimidad. La democracia continental, en suma, ha hecho poco para garantizar los derechos fundamentales del individuo o de las minorías frente a la soberanía de la mayoría; cierto que formula efectivamente los derechos fundamentales, pero sin procurarles una suficiente garantía mediante un poder judicial independiente, tal como ha cuidado de hacerlo, sobre todo, la constitución de los Estados Unidos. Ello respondió a la rápida marcha de la revolución industrial y a la preponderancia del sentimiento jurídico abstracto y revolucionario en el continente con respecto a lo tradicionalista y formalista de las formas jurídicas anglo-sajonas y de las viejas y pequeñas repúblicas europeas. De ese modo se quebrantaron ya los presupuestos éticos del positivismo legal en el continente europeo tan pronto como motivos e intereses de los grupos más poderosos, de los grandes partidos o de las coaliciones de éstos crearon un injusto Derecho de intereses, al que el juez, la mayoría de las veces sin un derecho material de vigilancia, estaba sujeto precisamente por su vinculación a la ley (cfr. § 28, I y II). La ulterior degeneración del positivismo tras la destrucción de la democracia del Estado de Derecho (§ 28, IV) no era, sencillamente, previsible en el siglo XIX. Precisamente en Alemania el ciudadano veía en la ley el más firme baluarte contra el arbitrio de un ejecutivo del Estado autoritario, que sólo estaba sujeto a la intervención de la representación popular por la legislación.

II. 1. Las naciones modernas también podían vivir sin extensos códigos no sólo en un justo orden, sino en una elevada cultura jurídica formal, como lo muestra la ciencia del Derecho común del siglo

² Vigorosamente dibujados en KOSCHAKER, especialmente 261 y sigs.

XIX y hasta hoy el ámbito jurídico anglo-sajón. Sin embargo, sobre el continente europeo, tanto el absolutismo como la Revolución francesa, es decir, la fe en la razón y la creencia en la racionalidad de la voluntad popular, acarrearón la pretensión propia de un estatismo racional de ordenar por completo normativamente la vida de la acción por medio de codificaciones, de sustituir la tradición por la planificación. En Alemania, esa pretensión de la nación moderna se demoró, por el carácter federativo y restaurador de la Confederación germánica, hasta la fundación del Imperio por Bismarck, y aun en este Estado federativo, que no comprendía todo lo alemán, sólo a duras penas pudo ser impuesta por el liberalismo nacional. Pero ya antes de esto habían comenzado los intentos de crear una legislación común a todos los alemanes por las uniones entre los Estados de la Confederación antes ya de la unidad política. Si tales intentos fracasaron en su mayor parte, ello indica cómo muchas codificaciones eran obra de la centralización política. Por ese motivo, Alemania, de todos los países de antigua cultura científica en Derecho privado, después de Suiza, fue la última en alcanzar una codificación.

2. El fijar el Derecho por escrito está ligado no sólo a un estatismo fuerte y centralizador, sino también a supuestos espirituales previos; ocurre en la mayoría de los casos al final de los períodos creadores de la ciencia, cuando el trabajo ideológico y sistemático de generaciones hace posible el plan de conjunto resuelto y el lenguaje abstracto y conceptual del código racional. Concepto y sistema en la ciencia del Derecho son también el término de una larga inducción de la materia casuística de la vida jurídica. Así como las grandes fijaciones definitivas o las compilaciones de períodos anteriores, cual el *Corpus iuris*, la glosa de Accursio o las codificaciones iusnaturalistas clausuran épocas de florecimiento científico, así también los códigos pandectísticos alemanes desde el B. G. B. sajón hasta el Código civil suizo y sus derivados-extranjeros son el extracto de la ciencia de Pandectas que con ellos encuentra su término. Con esto se explica también su aspecto anticuado: sólo el otón científico crea, y el incipiente decadentismo utiliza, las condiciones artesanas de un código científico.

3. A) Finalmente, las codificaciones son también la expresión de ideas de valor sociales, políticas y económicas. También el Código

civil, tan aparentemente abstracto e intemporal, es hijo de la unión de la sociedad burguesa con el Estado unitario, concertada en la cuna del imperio de Bismarck, pero también de Italia, de la Suiza del siglo XIX y de muchos Estados recientes del Sudeste de Europa y Sudamérica. La historia de la codificación y el contenido del B. G. B. muestra que la burguesía liberal nacionalista fue el más vehemente portavoz de la codificación del Derecho privado del Imperio, en la que ya antes de 1871 veía el hito de la unidad alemana. Su historia, cual la del Código suizo de Obligaciones de 1884 y la del *Codice civile* italiano de 1865 está estrechísimamente entrelazada con el movimiento de unidad nacional desde 1848 y con las ideas del liberalismo político y económico.

b) La tendencia de la sociedad *burguesa* [«bürgerliche» = ciudadana] a un «Bürgerliches Gesetzbuch» [«Código civil»] es una reminiscencia externa en ningún modo casual³. Si la palabra «bürgerliches Recht» [«Derecho civil»] traduce originariamente el *ius civile* (en el sentido medieval de contraposición al Derecho canónico), alcanza en primer lugar en la Revolución francesa y en el *Code civil* el *pathos* político del Derecho de los ciudadanos («Staatsbürger», *cives*, *citoyens*) libres e iguales; consecuentemente lo combatió la reacción en las últimas fases de la historia del «Allgemeine Landrecht». El Estado napoleónico, que en el absolutismo francés había encontrado consumada la destrucción de los antiguos estamentos feudales por la Revolución francesa, pudo crear por primera vez el Derecho privado general e igual de una nación unificada, sin estamentos e igualitaria, que se convirtió en modelo de todos los siguientes códigos nacionales y, por tanto, también del alemán. Ello explica el hecho, gustosamente desatendido por la conciencia nacional alemana, de que el programa codificador del movimiento de unificación alemán (como el italiano) sea, entre 1804 y 1811, una exacta repetición del

³ Acerca de la terminología, p. ej., WIEACKER: *Dtsch. R. wiss.*, III (1937), 1 y sigs.; y sobre todo, últimamente, BOEHMER: *Grundlagen d. bürgerlich. Rechtsordnung*, 1 y sigs., 11 y sigs.; respecto a la (lógica) polémica del nacionalsocialismo contra el término técnico, p. ej., KOSCHAKER, 312, n. 1.

napoleónico; lo que nuevamente confirma el instinto político de Thibaut. También en Alemania, el tercer estado, que en Francia como gran burguesía, en Alemania como burguesía de propietarios y hasta 1918 como «burguesía cultivada», enseñoreaba no al Estado, ciertamente, mas sí a la opinión pública, aspiraba conscientemente a un Derecho privado que correspondiese a su concepción de la humanidad; sin embargo, ese *pathos* político fue atenuado por la unión del posterior movimiento unificador con un Estado confederado dinástico y autoritario. El § 64 del proyecto de ley fundamental del Imperio alemán atribuía al poder imperial el cometido «de fundamentar la unidad jurídica del pueblo alemán mediante la promulgación de códigos generales sobre Derecho civil, Derecho mercantil y cambiario, Derecho penal y procedimiento judicial»; la constitución imperial de Bismarck en su forma originaria ponía en lugar del Derecho civil solamente el Derecho de obligaciones (art. 4, cifra 13).

Pero esta imagen jurídica de la sociedad conjunta alemana sin estamentos y progresiva era en la realidad alemana sólo una ordenación peculiar de la sociedad *burguesa*. Desgajó el dominio jurídico común al excluir del centro de la conciencia jurídica alemana, no sólo el Derecho agonizante de los viejos estamentos por nacimiento (Derecho privado de los príncipes, bienes troncales y fideicomisos), sino también el Derecho profesional de los más antiguos gremios (campesinos, artesanos), y el Derecho profesional de las recientes clases jornaleras. Este Derecho más antiguo fue celosamente preservado como privilegio del Derecho territorial peculiar de los países alemanes, pero paralizado conceptualmente y deficientemente desarrollado de modo científico, mientras sólo con trabajo nacía un Derecho social completamente nuevo y autónomo del círculo vital profesional de las clases trabajadoras en forma de Derecho laboral y Derecho de inquilinato (§ 27, II). La unidad del Derecho civil ya fue desde un principio obtenida con ficciones, y en cuanto a su materia se convirtió en un Derecho patrimonial justamente adaptado a una sociedad económica individualista y capitalista. De modo diverso al que antaño el «Allgemeine Landsrecht» tras el acontecimiento del *Code civil*, el *pathos* unitario e igualitario de la burguesía poseedora, que se había identificado con la sociedad nacional, ya allanó demasiado el relieve de la realidad social de entonces.

c) Con una significativa excepción. En su Derecho mercantil y de títulos-valores la clase empresaria en el comercio y en la industria creó para sí, de nuevo siguiendo el modelo francés, un derecho especial, que ciertamente es accesible a todos y, por tanto, los §§ 1-104 del H. G. B. [«Handelsgesetzbuch» = «Código mercantil»] y, quizá también, el Derecho de transporte marítimo), sino un Derecho peculiarmente abstracto, adaptado a la *función* mercantil, que, con una feliz expresión, fue «pionero» del universal Derecho de tráfico comercial de la sociedad burguesa. Hasta qué punto fue la clase empresaria burguesa la interesada, tanto en un Derecho universal de tráfico comercial, como del Derecho mercantil, lo indica la historia política anterior de la primera fijación del Derecho para toda Alemania después de 1848: la ordenación cambiaria, el «Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch» [«Código mercantil general "alemán"»] (1861) y el proyecto de Dresde de un Derecho de obligaciones (1865).

III. 1. Son éstas, pues, las primeras leyes y proyectos comunes a toda Alemania que el tercer estado, a pesar de su derrota política después de 1848, exigió de los gobiernos unidos en la Confederación germánica. A ello concurrió el que el Derecho de los títulos valores, el Derecho mercantil general y el Derecho de obligaciones, a causa de su carácter técnico y abstracto, sean los más fáciles de unificar, como lo muestran el Derecho de obligaciones suizo de 1884, el proyecto franco-italiano de un Derecho común de obligaciones de 1931 o la actual ley cambiaria europea. En 1848 ya se promulgó la ordenación cambiaria⁴, y hasta 1861 fue elaborado por la Cámara confederal y aprobado por la Asamblea confederal de Francfort el Código mercantil general alemán [«Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch»: A. D. H. G. B.]⁵. Al faltarle a la Confederación tal competencia legislativa, se puso en vigor en la mayor parte de los Estados alemanes como Derecho territorial alemán común, de modo comparable al del actual Derecho cambiario, cuya vigencia, en la mayor parte de los países, estri-

⁴ STOBBE: *Gesch. d. dtsh. R. qu.*, II (1864), 490 y sigs.

⁵ STOBBE: *ob. cit.*, 492 y sigs.; GOLDSCHMIDT: *Z. H. R.*, 5, 204 y sigs.: protocolos al A. H. G. B. editados por Lutz (Würzburg, 1858-1867).

en la mayor parte de los países, estriba en los convenios internacionales y en la propia legislación del país.

Estas dos leyes fueron ya fruto de la ciencia jurídica mercantilista de la primera mitad del siglo, cuya formación es el mérito de germanistas y dogmáticos orientados prácticamente. Muestran en ellas, al lado de un conocimiento suficiente de los conceptos, una gran razón práctica; pero no hay que olvidar la activa colaboración de los competentes no profesionales del Derecho procedentes del mundo de las empresas y de las finanzas, de la que tan pocos indicios hay en el posterior B. G. B. Ambas siguieron vigentes tras la disolución de la Confederación germánica en el Imperio alemán y en Austria; en ambos países, hasta la introducción del Derecho internacional cambiario (Ley alemana cambiaria de 1933); el A. D. H. G. B., hasta la entrada en vigor en 1 de enero de 1900 del «Handelsgesetzbuch» [«H. G. B. = «Código mercantil»], derivado del B. G. B., en Austria hasta su misma derogación por la anexión de 1938, y en los territorios que pertenecieron a la Confederación germánica, hoy Estados sucesores del Austríaco, especialmente Checoslovaquia, hasta hoy.

Desde 1861 comenzaron los trabajos preparatorios de notables profesores y jueces para un Derecho general alemán de obligaciones, los que ya condujeron en 1865 a un «Proyecto de Dresde», cuya inminente entrada en vigor por los países alemanes la impidieron la crisis y la desaparición de la Confederación. Su muy importante labor se basa, empero, en el correspondiente dominio material del primer proyecto del B. G. B., y bajo este aspecto ha sido apreciado. Mas también el proyecto de Dresde influyó muy pronto sobre legislaciones extrañeras: sirvió de modelo para el código chino de obligaciones de 1912.⁶

2. Junto a las codificaciones de la Confederación prosiguieron en parte los planes de codificación del Derecho privado de los Estados particulares. Mientras que el proyecto prusiano (1841-42), el bávaro (1860-64) y el de Hesse del año 40 y 50 ya no maduraban en Leyes, en parte por que les privó de sustentación la esperada codificación confederal, el B. G. B. sajón de 1863 en cambio entró en vigor: labor muy impor-

tante y característica de la ciencia de Pandectas, desde el punto de vista de la política jurídica un rezagado de la codificación de los países particulares, en su elaboración conceptual y sistemática y sus efectos, por el contrario, predecesor y ensayo general del futuro código civil alemán y en conjunto totalmente digna de un país que siempre estuvo en la cumbre de la cultura alemana de Derecho privado.

IV. 1. Al pertenecer la administración de justicia y el proceso a los más importantes órganos de una comunidad jurídico-política, hacia ese campo de política judicial se dirigió el especial interés de la ascendente burguesía política. También le sirvió de modelo exterior e interno un código napoleónico, el *Code de procédure*, en el que de modo monumental se habían realizado las exigencias de política judicial de la revolución, tan importante y primaria fue también su realización por una propia ciencia procesal prestigiosa.

a) En la administración de justicia es donde más claramente se unen las aspiraciones nacionales a la unidad y a la libertad: su uniformidad apareció como expresión de la unidad política en la jurisprudencia de los tribunales y la independencia judicial y la determinación legal de su competencia como garantía de la «estatalidad» del Derecho, cuyo fundamento es una estricta división de poderes.

b) También el proceso civil fue objeto de aquella importante recepción del Derecho francés mediante una ciencia por lo demás técnica y metódicamente de igual alcurnia, si no superior. En el procedimiento jurídico las exigencias de política judicial de una Sociedad respecto al Estado cobran expresión de modo más inmediato y pronto que en el Derecho privado material y, para ellas, en la tradición procesal del Derecho común no había precisamente ningún espacio adecuado. Así como la ordenanza general prusiana de tribunales de 1786 precedió al A. L. R., del mismo modo al Código civil le precedieron las leyes judiciales alemanas. Si el Derecho civil de la ciencia de Pandectas, que, efectivamente, era independiente del Derecho francés, está, sin embargo, en una concordancia tan ajustada con este Derecho procesal, ello es muestra de nuevo de en qué medida ambos eran expresión de la economía y de la sociedad del siglo XIX.

Los ideales de la reforma francesa del procedimiento eran: inmediación y oralidad, principio dispositivo y concentración del procedi-

⁶ J. W. HEDEMANN: *Der Dresdener Entwurf von 1866* (1935).

miento, que procedían de la desconfianza frente al poder absoluto del Estado y sus doctos órganos judiciales y de la confianza en el activo sentido ciudadano. Por ambos impulsos luchó contra el procedimiento del Derecho común, en el que, con razón, veía la expresión del antiguo Estado estamental autoritario. En la ciencia del Derecho procesal de Alemania, el espíritu político de la reforma, que con el *Code de procédure* rápidamente había arraigado en la orilla izquierda del Rin y desde allí había causado fuerte impresión también en el resto de Alemania, adquirió al mismo tiempo el carácter de una reacción contra el proceso del Derecho común y el autoritario proceso prusiano del Allg. Ger. O. Su invocación en pro de la oralidad y de la inmediatez se dirigía contra el procedimiento escrito y la mediatez de la prueba; la aspiración a la concentración del proceso, contra su articulación; el acentuar la intervención de las partes correspondía al sentido cívico liberal; la disposición de las partes sobre la materia del proceso (principio dispositivo), al ideal de la autonomía privada propio del Derecho material, especialmente al de la libertad contractual. Si ya en Francia había colaborado a tales exigencias el recuerdo de las antiguas libertades estamentales, en los juristas alemanes por el ataque de G. Beseler contribuyó políticamente la germanística al llamamiento a la participación de los no profesionales en la administración de justicia, especialmente en el proceso penal⁷. Pero también colaboró en el Derecho civil con la erección de las cámaras de comercio y los tribunales de comercio y de la industria.

2. Estrechamente unidos con las ideas políticas del 1848, comenzaron a imponerse rápidamente estos ideales desde entonces en las leyes y proyectos con la colaboración de un elevado cuerpo la legislación procesal en Hannover (1850), Oldenburgo (1857), Baden (1862), Wurtemberg (1868) y Baviera (1869), así como del proyecto prusiano de 1868, del de la Dieta confederal de 1864 y finalmente del «Proyecto

⁷ Hoy, detalladamente, EIL. SCHMIDT: *Einf. in d. Gesch. d. dtsch. Strafrechtspf.* (1947), §§ 289 y sigs. Acerca de los antecedentes históricos del St. P. O. del 1 de febrero de 1877, DOCHOW: *Holtzendorffs Hdb. d. dtsch. Strafprozessrechts*, 105 y sig.; LÖWE-ROSENBERG: *St. P. O.*¹⁹, § 2, págs. 2 y sigs.

de la Alemania del Norte» de 1870 (para la Confederación germánica del Norte), que se basaba en el «Proyecto de Hannover» de 1866, quizá el más prestigioso código de Derecho procesal civil de aquel tiempo⁸.

3. Las leyes judiciales imperiales del joven imperio de Bismarck, que procedían inmediatamente de esos trabajos preparatorios, son políticamente la expresión de la alianza federativa del fundador del Imperio con el movimiento nacionalista liberal de unidad y muestran iguales rasgos. Para la sin demora proyectada ordenanza procesal civil del Imperio⁹ se juntó el proyecto recientemente acabado de la Alemania del Norte, al que retocó una comisión presidida por el preeminente ministro de Justicia, antes de Hannover y ahora de Prusia. Leonhart, con el proyecto de una ley de organización de la justicia. Estos proyectos fueron revisados de nuevo por una sección del Reichstag, la comisión imperial de justicia, publicados en el 30 de enero de 1877 como «Civil procesordnung» («C. P. O.») y «Gerichtsverfassungsgesetz» (G. V. G.) y en 1 de enero de 1879 entraron en vigor. La ley orgánica judicial sustituyó a las estructuras judiciales, hasta entonces particulares, y a los residuos de la justicia de patronato y las Facultades decisorias (pág. 136). En lugar del meritisimo Tribunal Supremo mercantil de Berlín, ya existente en relación con el Código mercantil general alemán, se instauró en Leipzig el *Tribunal imperial*, que inició su actividad en el mismo plazo, y al que se deben, en suma, los más famosos capítulos de la práctica jurídica alemana, que sólo en 1945 encontró rápidamente su fin.

Al mismo tiempo que la C. P. O. entró en vigor una ordenanza imperial sobre quiebra¹⁰ derivada cuidadosamente del Derecho de ejecución del C. P. O., una ley que corresponde especialmente a los intereses mercantiles y crediticios de la sociedad lucrativa burguesa y, des-

⁸ *Hannoverscher Entwurf*, edit. por Struckmann (1866), con aclaraciones según los protocolos de la comisión (Wiesbaden, 1867).

⁹ Acerca de la historia de la codificación, HELLWIG: *Arch. ziu. Pr.*, 61, 78 y sigs.; STEIN-JONAS: *Z. P. O.*¹⁷, introducción a § 2: «La historia del origen del Z. P. O.».

¹⁰ Acerca de la historia de su codificación, JÄGER: *Komm. z. K. O.*, introducción, XIV y sigs.

de el punto de vista de la Economía política, es expresión exacta de la estricta Ética económica del liberalismo clásico. Materialmente, la C. P. O. se caracteriza por una escrupulosa preparación de Derecho comparado y una unificación jurídica demasiado circunspecta¹¹. Es una de las mejores, sino la mejor, de las leyes imperiales alemanas del siglo XIX.

4. En contraposición con el B. G. B., las leyes imperiales sobre administración de justicia son menos creaciones de la ciencia que de un estamento judicial igualmente prestigioso, tanto profesional como moralmente, aun cuando haya contribuido a su elaboración una importante ciencia procesal. Surgieron de las necesidades de la práctica y de la recepción de la reforma judicial y procesal realizada por la revolución francesa y el constitucionalismo del Occidente europeo, que, a su vez, se fundamentaba en la alianza de la teoría constitucional del iusnaturalismo tardío con un renacimiento político de las ideas jurídicas germanísticas. Su origen es, pues, esencialmente diverso del B. G. B. Esta tensión aún hoy se muestra en que el graduado en Derecho no se hace fácilmente cargo de las leyes imperiales de justicia, por estar preparado en una ciencia de Derecho privado, cuya estructura de conceptos no trata de explicar la función del Derecho material en el pleito. Así, p. ej., la plena significación de la antítesis entre Derechos reales y Derechos de obligaciones sólo podría ser entendida partiendo de la ejecución forzosa y de la quiebra; pero en las teorías generales del Derecho privado falta una comprensión conceptual del patrimonio como objeto de garantía.

Las leyes de justicia del imperio son, a la vez, testimonio del equilibrio político entre un Estado autoritario muy poderoso y las pretensiones de autonomía política y económica de la sociedad burguesa. Aunque estas excelentes leyes por la época de su formación y por su origen espiritual pudieran parecer anticuadas, lograron sobrevivir sin ninguna reelaboración importante, no sólo a los nuevos códigos el Derecho privado del Imperio de Bismarck, el B. G. B. y el H. G. B., sino también a todas las reformas posteriores. Verdad es que, espe-

cialmente la Z. P. O. [*«Zivilprozessordnung»*: ordenamiento procesal civil] (desde 1898), con sus necesarias reformas para acomodarla a la política judicial del día, experimentadoras o poco meditadas, ha perdido mucho en estilo y en pureza de lenguaje con respecto a su redacción original. Con todo, por la persistencia de la ley procesal imperial con sus ahora setenta años, que el práctico prudente aprecia aún más que el teórico del Derecho privado, la razón y la apasionada objetividad, y, por tanto, también, la justicia material de las creaciones del estamento judicial alemán de entonces adquirieron una digna expresión.

¹¹ Materiales: IV. Bd. d. ges. Mater. z. d. Reichsjustizgesetzen, C. HAHN (Berlín, 1883). La continuación hasta 1930, JAGER: D. J. Z. (1930), 33 y sigs.

§ 24. EL CÓDIGO CIVIL

- I. El proceso de la codificación.—II. Los legisladores del Código civil.—
III. Características y origen espiritual.—IV. Su apreciación y repercusión.

I. 1. Los trabajos preparatorios para un Código civil alemán se enlazan inmediatamente con los últimos trabajos legislativos de la Confederación germánica. Verdad es que ésta se mantuvo dentro de los estrechos límites de la Constitución de la Confederación alemana del Norte y de la primitiva del Imperio de Bismarck, que sólo preveían competencia imperial para el Derecho de obligaciones. Sólo el utilitarismo y el liberalismo de los liberales nacionalistas, que como partido dominante entró en el primer Reichstag de 1871, impuso la penetración de la legislación imperial en el Derecho inmobiliario, en el de familia, en el hereditario y en el de asociación: una victoria jurídico-política de la ciencia de Pandectas sobre las tradiciones de los derechos de los países alemanes sumamente significativa por su fundamento ideológico. Tras las propuestas, cinco veces repetidas, de los diputados liberales nacionalistas Miquel y Lasker, los promotores de este proceso, y por una enmienda al art. 4, cifra 13 («Lex Lasker»), se extendió la competencia del Imperio a todo el Derecho civil, contra la oposición de los conservadores, de los federales y del Centro, receloso de un Derecho de familia de tendencia de «Kulturkampf», con lo que se hizo sólo posible un código nacional (R. G. de 20 de diciembre de 1873). En esa decisión política, que caracteriza la cul-

tura jurídica externa de Alemania desde entonces como labor de fuerzas liberales y nacionales, influyeron, quizá del modo más poderoso, junto a intereses económicos y jurídico-políticos por un Derecho unificado y libre, intereses culturales por un Derecho matrimonial laico sobre el que la «Kulturkampf» en ciernes ya había proyectado su sombra, e intereses del liberalismo económico por un Derecho inmobiliario e hipotecario libre y equilibrado. Esa decisión tropezó con el particularismo jurídico de tradiciones en parte anticuadas y socialmente retrasadas, en parte también objetivamente y socialmente sanas. Sólo «liberalizó» los dominios, tan importantes para toda la organización social del Derecho de propiedad territorial, del régimen familiar de bienes y de Derecho hereditario, en los que ahora tomó posesión de su plena soberanía el espíritu de la ciencia pandectística.

2. Ya en 1874 se había nombrado una «antecomisión» de cinco prácticos para que formulase un plan informativo. A su propuesta se nombró en 1881 otra antecomisión de once miembros, la más tarde llamada primera comisión, para la elaboración de un proyecto que debía examinar «el Derecho privado vigente en Alemania» desde el punto de vista de su «conveniencia, verdad intrínseca y consecuencia lógica», como se dijo con una fe en la exactitud lógica y sistemática característica del positivismo científico. La presidió un práctico notable, Pape, el presidente del Tribunal Supremo mercantil hasta hace poco existente; prácticos eran también los demás miembros con excepción de Planck, von Roth, Mandry, el entendido en materia de régimen familiar de bienes, y Windscheid, bajo cuyo relevante influjo cayó el primer proyecto.

Los redactores prepararon cada uno un libro: von Schmitt, el Derecho hereditario; Planck, el Derecho de familia; Johow, el Derecho de cosas; Gebhard, la Parte general; como fundamento del Derecho de obligaciones se adoptó el proyecto de Dresde de 1864. Las deliberaciones conjuntas, en las que había de predominar el vigor intelectual de Windscheid, condujeron a un primer proyecto que en 1887 fue dado a la publicidad con cinco tomos de motivos: para bien o para mal, el documento más significativo del positivismo científico del siglo que entonces acababa.

3. Al entrar en contacto, o con la práctica jurídica, o con la econó-

mica, provocó el proyecto inmediatamente una crítica borrasca y ésta, a su vez, una anticrítica. Se le censuró casi unánimemente su lenguaje seco y además oscuro, el número horroroso de remisiones y el doctrinarismo de su forma interna. Aún más gravemente ponderó la crítica de importantes contemporáneos lo ajeno a la vida de sus resultados. En esta crítica, de todos modos, se resaltaba, aunque en ello se propasó, una insuficiente relación de los redactores con la vida de la nación.

Entre el raudal de cerca de 600 opiniones de autoridades, prácticos jurídicos y profesores, asociaciones y agrupaciones económicas, que anunciaban un interés, procedente todavía de la idea de unidad, por el inminente Código nacional sobresalen *El proyecto de un Código civil y el Derecho alemán* (1888-1889), de O. v. Gierke, y *El Derecho civil y las clases populares desposeídas*, de Menger (1891) (*supra*, §§ 22, III).

Gierke censuraba especialmente el abandono del viviente Derecho privado alemán y el individualismo del proyecto. Con los oportunos atavíos de historiador del Derecho y de patriota, hablaba en él el político social, que tenía presente la idea de una comunidad nacional orgánica. Con su rápidamente creciente prestigio y su temperamento de educador popular, contribuyó Gierke, en efecto, a procurarle en lo sucesivo cierta influencia al Derecho privado alemán y a sus exigencias sociales. Sin ropajes históricos, Menger advirtió los motivos sociológicos de lo rezagado del proyecto, especialmente su latente individualismo económico apenas percibido por la misma ciencia. Su voz fue escuchada por las clases concernidas, pero no pesó en la balanza.

En todo caso, impuso la crítica, en suma, el que en las posteriores redacciones del proyecto llegaran aquéllas, tan menudo sobrestimadas, «gotas de óleo social». Como un ejemplo de su efecto sociológico externo, y a menudo poco meditado, puede servir el fortalecimiento de la posesión inmediata (hasta entonces «Innehabung» = *detentio* del Derecho romano [detentación] o de la adquisición de la propiedad del manufacturero, que, por cierto, es esencial para las relaciones entre Bancos, acreedores de mercancías e industria, pero enteramente indiferente para la situación social del trabajador en la empresa manufacturera. Más eficaces fueron las decisiones de Derecho social protectoras del Derecho de arrendamiento urbano y de servicios. En suma, en la propensión a tales intentos se expresa la impar-

cialidad y el conocimiento de sí mismo de una codificación, a la que, con arreglo al espíritu de su época, apenas le era posible un pleno viraje hacia el Derecho social.

Con todo eso, la crítica, al menos tal como el Gobierno la interpretó, explica el proyecto como fundamento de un trabajo posterior, no obstante, con mejor consideración de las necesidades económicas y del Derecho alemán.

4. Por otra parte, tampoco el Ministerio de Justicia, al que incumbía la codificación, desoyó en ello a los críticos cuando hizo reunir y examinar las propuestas críticas, y en 1890 estableció una «segunda comisión» a la que pertenecían, junto a diez miembros permanentes, doce «no permanentes», escogidos entre hombres prestigiosos de la vida económica. Miembros permanentes eran dos profesores (nuevamente Planck y von Mandry) y ocho prestigiosos juristas prácticos; entre los no permanentes se contaba Rodolfo Sohm¹. En 1895 se publicó el *segundo proyecto* junto con los «protocolos, los más extensos e importantes materiales para la elaboración del Código civil, y se presentó al Consejo federal (Bundesrat). Como la nueva comisión había trabajado a la luz de la publicidad y se había visto forzada de antemano a estrechos intercambios de pareceres con los factores de la opinión pública, el resultado de su labor no pudo ni sorprender, ni desilusionar, y por eso encontró exigua repercusión crítica. Y, sin embargo, este proyecto mejorado todavía acusa para nuestra mentalidad muchos de los defectos que antes se habían opuesto al primer proyecto: un lenguaje demasiado abstracto y dogmático, una intrincada técnica de remisiones y el predominio del Derecho de Pandectas. La persistente obstinación en esos rasgos es muy significativa para la solidez y vigor de la convicción del espíritu científico de aquel tiempo.

5. El segundo proyecto no fue esencialmente modificado por el Consejo federal y se presentó a un *memorándum* al Reichstag ya en 1896. Las modificaciones en el pleno no atañeron más que a puntos aislados

¹ Acerca de este gran maestro, tan lleno de carácter, HANS FEHR: *S. Z. Germ.*, 38 (1918), LIX y sigs. (necrología); un esquema de su propia vida, en D.: *J. Z.* (1909), 1017 y sigs.; F. RENDTORFF, RICH, SCHMIDT, A. HAUCK, V. EHRENBURG: *Rudolph Sohm, Gedenkwoorte* (1917). Además, H. BARION: *R. Sohm u. d. Grundlegung d. Kirchengrechts* (1951).

de interés político como el Derecho de asociación y el Derecho matrimonial. En aquél, la tendencia liberal y del Estado de Derecho, y en éste, la conservadora y eclesiástica, consiguieron éxitos reales y aparentes. Algunos intereses peculiares profesionales aceptaron los grandes partidos: a ellos debemos, p. ej., el idílico Derecho de las abejas. Las luchas decisivas ocurrieron, en cambio, en un llameante combate contra la Lex Lasker de 1873, por excluir de la ley introductoria los derechos territoriales de los países. En la duración tan persistente de esta «lista de bajas de la unidad jurídica» se expresaba la gran importancia política, no sólo de las tradiciones jurídicas particulares, sino, además, las del autoritarismo político, las feudales, autoritarias conservadoras y muy a menudo también las de protección pública, especialmente a favor de las clases poseedoras o vinculadas a la tierra, y las tradiciones administrativas de los países que jamás habían absorbido enteramente la ciencia pandectística. Era, pues, también una lista de bajas del pandectismo y del liberalismo.

En 18 de agosto de 1896 se promulgó el Código y entró en vigor el día primero del nuevo siglo².

6. A la redacción del B. G. B. en sus últimas etapas la había acompañado una labor de reforma de otras leyes judiciales menos advertida en su publicidad. Se acomodaron parcialmente antiguas leyes al nuevo Derecho privado, como, sobre todo, el trascendental trabajo de la nueva redacción del Z. P. O. (1898), la ordenación de la quiebra (1898) y la ley de subasta forzosa de 1897, y especialmente el A. D. H. G. B., profundamente modificado y promulgado de nuevo en 10 de mayo de 1897 como Código (ya sólo del Imperio alemán) de comercio². Fueron especialmente eliminadas las «determinaciones de pioneros» (pág. 410), que se habían trasladado ahora a la Parte general del B. G. B. Se perdió con ello la unidad jurídica del Derecho mercantil con los países austríacos de la monarquía danubiana.

² Cuadro satírico de la época, en LUDWIG THOMA: *Ges. Werke* (Munich, s. a.), III, 248 y sigs. («El certificado de aptitud»).

² Acerca de los antecedentes del H. G. B., cfr. *Komm. u. R. G. Räten*⁷, introd., 2 y sigs.; STAUB: *H. G. B.*¹⁵, introd., 1 y sigs.; PAPPENHEIM: *Z. H. R.*, 46, 375 y sigs.; *Rechtner* (n. 6).

Otras leyes importantes y técnicamente excelentes se establecieron de nuevo en estrecha derivación del nuevo Derecho privado. Especialmente la ordenación registral de la propiedad que, materialmente, como Derecho registral del B. G. B., seguía las huellas de la ley prusiana de la propiedad territorial de 1872 y que, por lo demás, intentaba, con una básica regulación del procedimiento, un camino intermedio ^{2b} entre el Derecho material registral ahora unificado en el Imperio y las tradiciones registrales fuertemente mantenidas en la legislación territorial de los países: añádase también la magnífica ley sobre los asuntos de la jurisdicción voluntaria [«Freiwilligen Gerichtsbarkeit»] (F. G. G.), de 17 de mayo de 1898. Todas estas nuevas redacciones o nuevas leyes entraron en vigor al mismo tiempo que el Código civil, en 1 de enero de 1900.

II. El caracterizar y apreciar esta importante legislación no es posible sin un conocimiento de los hombres a cuyas manos se encomendó el trabajo. Si se preguntase en primer lugar si era obra de la teoría o de la práctica, la achacaríamos, juzgando por el resultado, sin duda a hombres de gran intelectualidad, aunque de escasa intuición práctica. Pero, en realidad, los miembros de las dos comisiones eran muy preponderantemente prácticos, especialmente altos magistrados y funcionarios ministeriales ³. La paradoja se explica, no sólo por la influencia científica de Windscheid sobre la primera comisión, sino (para la segunda) por la procedencia de esa *élite* de prácticos de la ciencia de Pandectas. Jamás la cátedra había influido tanto sobre la práctica como en la primera mitad del siglo, en la que casi todos estos hombres habían hecho sus estudios; precisamente como prácticos no poseían la osadía intelectual, pero tampoco la arrogancia, del siglo de la Ilustración, para lograr rehuir ese aprendizaje.

^{2b} Acerca del G. B. O.: *Gütthe-Triebel*, introd., n. 21 y sigs.

³ De los cinco profesores que conjuntamente pertenecieron a ambas comisiones (Windscheid, Planck, Roth, Sohn y V. Mandry), Planck no era teórico, sino práctico, según su inclinación propia; Sohn, miembro solamente de la comisión interina especializada: sólo el influjo de Windscheid fue dominante en la primera comisión. Acerca de la influencia de los profesores y del «Derecho profesoral» en general, reflexivo, pero, no obstante, algo escéptico, KOSCHAKER, 242 y sigs. *et alibi*.

A los no profesionales que se habían agregado a la segunda comisión al fin expresado de proporcionar el conocimiento de la vida (tres propietarios, un consejero de minas, un inspector de montes, un director de banco, etc., etc.) les pasó, igual que muchas veces a los jurados y escabinos, tal como generalmente, en particular en nuestro país, les suele ocurrir a los no profesionales ante el modo de pensar de especialistas eminentes: se sometieron a la autoridad de los profesionales y rara vez impusieron con fundamental vigor sus propias experiencias y su manera de sentir.

3. También de entre el seno de la misma ciencia surgieron poderosos y atrevidos críticos de la ciencia de Pandectas. Pero a estos hombres no los hallamos participando en la redacción; y ello no parece ser casual. El temperamento veleidoso de Ihering y su originalidad le excluyeron, como él mismo sintió ⁴, del abnegado trabajo modesto, que no rehuía el sentimiento del deber, de Windscheid. G. Beseler murió a los pocos años de iniciados los trabajos; Otto Gierke sólo llegó a ser generalmente conocido por su crítica al primer proyecto. También, con razón, se invitó de mala gana a colaborar en la obra efectiva a los críticos apasionados que tan necesarios son para el éxito del trabajo. El vigor intelectual reflexivo de Windscheid no era el de las obstinadas grandes figuras, sino el del fiel y servicial conservador. Pues bien: la experiencia del Derecho municipal de Friburgo de Zasio, pasando por el Derecho territorial de Suarez, el Código de Napoleón, el A. B. G. B. de Zeiller y el Código penal bávaro de Anselmo Feuerbach, y hasta el Z. G. B. suizo de E. Huber, muestran, empero, que los códigos extraordinarios sólo surgen cuando una sola e importante personalidad la moldea de una vez. La monumentalidad y la pureza de estilo de los grandes Códigos provienen de la intuición personal y de la capacidad voluntariosa, virtudes que las debilidades, limitaciones y el tesón de una sola persona equilibran ampliamente,

⁴ De Ihering a Windscheid: *R. v. Ihering in Briefen an seine Freunde* (edit. por Helene Ehrenberg, 1912), 298. Acerca de los planes de Althoff y Dernburg para lograr la codificación, ARNOLD SACHSE: *Friedr. Althoff u. seine Werk* (1928), 300, según la referencia de A. B. SCHWARZ: *D. Sch. Z. G. B. in d. ausländ. Rechtsentw.* (1950), n. 26.

ya que éstas pueden ser dominadas y, por lo demás, no es privativo del jurista el arbitrio individual y el propósito subjetivo de originalidad. El trabajo de colaboración en comisiones, por el contrario, debilita la responsabilidad y la autocrítica, y favorece la irresolución y la persistencia en lo antiguo, rebaja también de por sí la superior calidad de los miembros al nivel ya del promedio más inferior; sólo es imprescindible para la comprobación y examen de un proyecto acabado. También se someten al penoso y molesto trabajo de comisiones más gustosamente los trabajadores concienzudos y objetivos que los talentos cuyos pensamientos proceden directamente de su corazón. En el B. G. B. se advierte perceptiblemente la ausencia de un solo y eminente codificador.

III. En su forma externa e interna se repiten las anteriores condiciones espirituales, sociales y políticas de la Ley. Al no estar orientado el Derecho privado general y abstracto a una determinada imagen social histórica, su plan no aprecia el orden de vida de la sociedad alemana de entonces (como, p. ej., el A. L. R.), sino preponderantemente las diversas formas abstractas de aparición del Derecho subjetivo (exigencia, Derecho real, Derecho de personas). Sólo en el IV y en el V libros se impone con más fuerza, por motivos evidentes, la consideración objetiva de las manifestaciones coherentes de la vida (matrimonio, familia, sucesión hereditaria), con lo que se produjo una ruptura sistemática⁴¹: en especial, las manifestaciones del Derecho de familia, sobre todo las prerrogativas vinculadas a un deber del Derecho de familia, los patrimonios singulares del régimen matrimonial de bienes y las facultades de disposición de propio Derecho sobre patrimonio ajeno (p. ej., del marido en la condición legal de los bienes) y, finalmente, la comunidad jurídica de bienes, se intercalan sin conexión alguna en la dogmática romanista de los tres primeros libros. Así se explica que sea embrollada la comprensión lógica de este campo, y que su dominio lo logre sólo el conocedor del

⁴¹ De «división cruzada» habla ya ZITTELMANN: *Z. f. d. pr. u. öff. R.*, 33, 9 y sigs.; cfr., además, WIEACKER: *Zum Syst. d. dtsh. Vermögensrechts* (Leipzig, 1941), 12 y sigs.

Derecho privado alemán. Cuán grande era el alejamiento del Derecho patrimonial de los tres primeros libros respecto la realidad de la organización social económica alemana lo pone de relieve la destrucción de ese sistema en la época siguiente.

2. El B. G. B. es, en concordancia con la exigencia del positivismo de carencia de lagunas y vinculación del juez a la ley, codificación, lo que significa su intención de fijar el Derecho por escrito de manera agotadora y definitiva. Su meritoria precisión y claridad las alcanzó gracias a una abstracción muy desarrollada y a la renuncia a la casuística⁵. Entre las codificaciones más antiguas y el B. G. B. se halla la rigurosa concentración abstracta de la pandectística. Si, p. ej., el A. L. R. constantemente pinta con amplias pinceladas Derechos y obligaciones, y el *Code civil* y el A. B. G. B., por el contrario, adquieren su laconismo a costa de lo incompleto de su regulación, el B. G. B. coloca todas las notas conceptuales comunes de los hechos constitutivos en la parte general (Libro I; Libro II, desde la primera hasta la sexta sección) antes de los paréntesis⁶. Y de esa manera el análisis jurídico, por ejemplo, de un asunto tan simple como el contrato de compraventa requería el mirar cinco dominios diversos de normas: el de la Parte general del B. G. B. (§ 116 y sigs.), el de las relaciones obligatorias o de crédito (§§ 241 y sigs.; p. ej., 175), el de las prescripciones generales sobre las relaciones de crédito contractuales (§ 305 y sigs.: por ejemplo, el 313), y entre éstas, otra vez los contratos recíprocos (§ 320 y sigs.; p. ej., el 323) y, finalmente, el de la compraventa (§§ 433 y sigs., p. ej., el 446). Ciertamente que ha de atribuirse a los grandes defensores de la Parte general frente a sus críticos⁷ su elevado

⁵ Algunas contadísimas excepciones requeridas por los interesados o convenientes para prevenir pleitos, en el § 98 (pertenencias), §§ 908-923 (Derecho de vecindad), §§ 961-964 (Derecho de abejas).

⁶ Según una felicísima expresión de G. BOEHMER en su excelente *Einf. in d. bürgerl. Recht* (1932), 28.

⁷ La discusión sobre la justificación y conveniencia de una Parte general se remonta hasta el mismo florecimiento de la Pandectística. Crítica, en ZITTELMANN: *ob. cit.*, 1 y sigs.; KOHLER: *Arch. ziv. Pr.*, 96, 340. Es un problema interno de la ciencia jurídica europea y no preponderantemente una hostilidad nacional-socialista frente a lo conceptual, y has-

ta frente a lo espiritual, como pretende KOSCHAKER, 280, aunque parezca darle razón el silencio de los precursores y quizá también la referencia de LITT (*Das Allgemeine im Aufbau des geisteswissenschaftl. Erkenntnis*, 1941, 6 y sigs.) a los orígenes afines de los criterios enemigos de la abstracción. Cfr. también, recientemente, la ordenación de los estudios de 1935 [K. A. ECKHARDT: *D. Stud. d. Rechtswiss.* (Hamburgo, 1935), 12 y sigs.] contra la Parte general; su fundamento teórico, en LARENZ: *Arch. ziv. Pr.* 145 (1938), 99 y sigs.; acerca de ello, la defensa pronunciada por HECK (*Arch. ziv. Pr.*, 146, 1940, 25 y sigs.). Hoy, esmeradamente, A. B. SCHWARZ: *Schweiz. Z. G. B. in d. ausländ. Rechtsw.* (1950), 25; también DÖLLE: *Das B. G. B. in der Gegenwart* (1950), 26 y sigs.

La cuestión de la conveniencia de codificar una Parte general tiene, en todo caso, muy poco que ver con semejantes corrientes de la época. Más bien la línea fronteriza discurre entre las esperas de influencia del B. G. B., partidario del conceptualismo, y del Z. G. B., del intuicionismo: de ahí que salte a la vista que las codificaciones independientes (Holanda, el *Codice civile* italiano) con el Z. G. B. abandonan la Parte general, mientras que a los países extraeuropeos, como Brasil y el Lejano Oriente (Siam, China, Japón), les interesará notoriamente la generalización sistemáticamente ordenada del B. G. B. Aunque también Grecia, profundamente influida por la ciencia pandectística, recogió la Parte general en su nuevo Código civil de 1946.

La crítica acierta, en primer lugar, con la consistencia, lógicamente llena de contradicciones, de la Parte general del B. G. B. Las personas naturales, y las personas jurídicas, y la parte de cosas no son generalizaciones, sino fragmentos del Derecho de personas, del Derecho de asociaciones y corporaciones, así como del Derecho de cosas, que, a causa de tal tricotomía, *personae, res y actiones*, del sistema de la Instituta, han permanecido separadas hasta aquí; la sección acerca del «ejercicio y aseguramiento de los Derechos» (§§ 226 y sigs. del B. G. B.) es un rudimento de la realización extrajudicial del Derecho, que habría de constituir un apéndice al Derecho procedimental. Materia «general», en el uso del lenguaje, es sólo la Teoría del negocio jurídico en relación con los negocios jurídicos del Derecho de obligaciones, de cosas, de familia y hereditario (cfr. WIEACKER: *ob. cit.*, 24 y sigs.). Los defensores de la Parte general no han alegado hasta ahora nada concluyente en contra de que el primer libro del B. G. B. no cumple precisamente su pretensión de tal. No es preciso siquiera indicar que una Parte general lógicamente consecuente y materialmente satisfactoria es uno de los cometidos más importantes de toda ciencia del Derecho privado merecedora de ese nombre; precisamente por ser indispensable para salvaguardar la unidad armónica intelectual y metódica de la ordenación jurídica privada, y con ello la conciencia misma de una cultura jurídica. Pero esto no quiere decir que una codificación haya de ser imagen de una sistemática científica, ni que tenga que contener asimismo una Parte general [cfr. BEYERLE: *Schuldenkenner und Gesetzgebung*, en *Z. f. ges. Staatsw.*, 102 (1942), 209 y sigs.]. La identificación de ambas cuestiones es característica para una consideración académica de la tarea del legislador; así, era típico para una ciencia positiva el orientar su programa de estudio acomodándolo a las divisiones del Código civil y exigir, por lo tanto, de la Ley aquella sistemática que con razón requería para una enseñanza científica del Derecho. Si, en consecuencia, nosotros (con A. B. SCHWARZ, 25) consideramos a la Parte general más bien como superflua,

vigor intelectual y el análisis preciso que corresponde a tales abstracciones, pero no la pertinencia y la armónica claridad por las que se distinguen las perfectas creaciones del pensamiento. Pero, además, la ganancia en abstracción ha de ser compensada al punto con inexactitudes ineludibles o remisiones totalmente inexactas, p. ej., la impugnación por error según el § 119, II B. G. B. en los vicios de la compra (§§ 459 y sigs.) a causa de su especialidad tiene que excluirse⁸. Con respecto a las conexiones reguladoras de la realidad social puede también quedar oscurecida la justificación del Derecho frente a los problemas materiales concretos.

En algunos casos, sin embargo, la ley ha esquivado muy felizmente la difícil elección entre pesada casuística y desdibujada generalización mediante una regulación con pautas, las llamadas cláusulas generales, que como máximas reservadas a la destreza del juez, del mismo modo le legan que le desligan⁹. Son concesiones notables del positivismo a

en cambio una recopilación de las máximas más generales para la aplicación y el ejercicio del Derecho, tal como las contenidas en la hermosa introducción al A. L. R. y los artículos 1 al 9 del Código civil suizo, hubiera sido ciertamente indispensable para la integración ética de la ordenación del Derecho privado en la conciencia jurídica general. Del B. G. B. han provenido la mayor parte de las «cláusulas generales», así como las máximas formuladas por la ciencia (*venire contra factum proprium*, interpretación de la declaración de voluntad frente al declarante, explanación de los negocios simulados *in fraudem legis* y fiduciarios) (cfr. WIEACKER: *ob. cit.*, 25). Esta idea no se menoscaba por estar algunas de ellas entre las «reglas fundamentales» previstas por el llamado «Código popular» [*Volksgesetzbuch* (Proyecto), Reglas fundamentales y libro I (1942), 40 y sigs.] y porque, en especial, la mayor parte de los «preceptos previos» (*Vorsprüche*) de la Ley nacionalsocialista mostrasen demasiado la tendencia demagógica nacional y estuvieran también desgastadas hasta la ridiculez por su frecuencia como regulaciones fundamentales en todas las demás.

⁸ Últimamente, FLUME: *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948).

⁹ A tal propósito, la, ya tornada en lema, *Flucht in die Generalklauseln* (1933), de J. W. HEDEMANN, que en ellas tiene más en cuenta la posibilidad de que se apliquen por un juez educado en la fidelidad a la ley en una desintegrada comunidad de valores, que la función instructiva indispensable de las repudiadas máximas del Derecho. Ponderado y prolijo, F. V. HIPPEL: *Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnung* (1941), y a tal respecto, p. ej., WIEACKER: *Schmollers Jb. f. Gesetzgeb.*, 67, 117 y sigs., y demasiado poco considerado, H. BRANDT: *Dtsch. Rechtsw.*, VI (1940), 76 y sigs.; últimamente, A. B. SCHWARZ: *ob. cit.*, 28 y sigs. (al art. 1, del Z. G. B.), 32 y sigs. (al art. 2), y DÖLLE: *ob. cit.*, 18.

la ética social metajurídica de la comunidad, cuyo ejemplo más ilustre es la autorización del pretor romano al *iudex* para que fallase sobre la prestación debida *ex fide bona*. Mediante tales cláusulas, más o menos amplias, que se remiten ¹⁰ a la «buena fe», «usos del comercio», «buenas costumbres», «razón importante», «desproporcionalidad», «aprovechamiento de la situación de necesidad o de la inexperiencia», el legislador ha hecho su obra más fácilmente transformable y duradera, aun para los trastornos de las guerras venideras, de lo que él mismo hubiera podido pensar. El peligro de inexactitud o de arbitrariedad que tan significativo era para el desnaturalizado positivismo con su judicatura políticamente encadenada, estuvo muy lejos de darse con esas antiguas cláusulas generales ¹¹. Más bien dio pruebas la jurisprudencia civil alemana de hallarse en general al alto nivel de las grandes exigencias que las cláusulas generales, con su remisión a una ética formal del deber y de la libertad, imponían al «dócil pensante» juez (Heck); pues a esa neutralidad propia de su concepción del mundo correspondió el papel político del juez en el Estado de Derecho del siglo XIX y de comienzos del XX (§ 22, II). Finalmente, esta jurisprudencia, frente al propósito y esperanza del legislador positivista, con ánimo silencioso y reflexivo ha comenzado a llenar las cláusulas generales con una nueva ética material jurídica y económica (p. ej., en la revalorización, en el contrato de agarrotamiento, en la transferencia del seguro y en la reserva del dominio) y con ello preparó una prudente acomodación del Derecho privado a la evolución social.

¹⁰ En los dos primeros libros, especialmente §§ 133, 138, I; 138, II: 157, 162, 242, 276, I; 317, I; 321, 343, 616, 723, 826. Se encuentran también incluyendo referencias normativas en preceptos, cuya estructura, más compleja, no es de este lugar el investigarla.

¹¹ Los recelos apuntados por Hedeman (nota 9) antes del dominio político del nacional-socialismo sólo más tarde tuvieron realización, y aun en el campo de la jurisprudencia civil del Tribunal del Reich, únicamente en el reducido ámbito de los fallos políticos. Por el contrario, apenas habría sido posible la beneficiosa evolución del Derecho civil mediante la jurisprudencia judicial suprema de nuestro siglo (*infra*, § 25, II) sin las cláusulas generales. Las cláusulas generales habrían quedado, por cierto, sin función alguna allí donde se las hubiera postergado a una justificable teoría del Derecho, prestigiosa tanto desde el punto de vista ético-social e individual como desde el sociológico. Acerca de esto, también BRANDT: *Dtsch. Riviss.*, VI (1940), 76 y sigs.

La abstracta técnica ¹² del B. G. B., con su orientación a las determinaciones abstractas, sus generalizaciones y remisiones, tienen las ventajas y las flaquezas de una solución definitiva. Sus ventajas: la disciplina lógica, la claridad pedagógica, la universalidad y la veracidad formal, pesaron sobre los contemporáneos, que aún debían contar con una firmísima tradición ética y un cuerpo de juristas extraordinariamente cultivado, con más fuerza que las desventajas que una época posterior hubiera percibido y que aspire, como la nuestra, a comprender una ética universalmente obligatoria perdida, a determinar la expresión de una concepción del mundo, y a una justicia social y no individual. Y sus defectos: la falta de claridad y comprensibilidad, el pasar por alto la situación material concreta, lo descolorido de sus imperativos éticos, y, en resumen, su renuncia a una eficacia educadora. Estamos justamente contra esa decisión al acordarnos cómo hasta ahora, descaradamente, se ha abusado por el legislador amoral de imperativos éticos, de reconocidas concepciones del mundo y de consideraciones jurídicas concretas. Pero también opinamos, por otra parte, que esos verdaderos valores sólo pueden hurtarse cuando su legítimo poseedor los descuida. En el fondo, la decisión se determina entre dos ideales legislativos que no pueden fusionarse, mediante la pregunta por el *destinatario* de la ley ¹³. Cuando se piensa como tal en el juez científicamente cultivado, cuya ética profesional es la de un incorruptible servidor de la ley, se sacrifica la claridad y el carácter popular de la ley; donde esto se estima, el hacer un código para posesión general del pueblo ha de ser a costa de la claridad conceptual, de la concesión y generalización lógica. Al confesarse el B. G. B.

¹² A tal respecto, especialmente GUTHEY: *Studien zur Gesetzestchnik* (1909); F. BEYERLE: *Z. f. d. ges. Staatsw.*, 102 (1942), 209 y sigs.; KOSCHAKER, 202 y sigs. y *passim*; H. TRIEPEL: *Vom Stil des Rechts* (1947), 91 y *passim*; DÖLLE: *Vom Stil der Rechtsprache* (1949), especialmente 32 y sigs.; *Das B. G. B.*, etc. (1950), 1 y sigs. Para Francia, GÉNY: *La technique législative dans la codification civile moderne [Libre du centenaire du Code civil]*, II, 1006 y sigs.; para Suiza, especialmente ISO KELLER: *Rechtsethik u. Rechtstechnik in d. mod. Kontinental-europ. Zivilgesetzg.* (Zürich, 1947); A. B. SCHWARZ: *ob. cit.*, 7 y sigs. En general, C. K. ALLEN: *Law in the Making*² (1946), 373; FRIEDMANN: *Legal Theory*² (1947).

¹³ Acerca de su efecto, de modo excelente, SCHWARZ: *ob. cit.*, 7 y sigs.; serenamente ponderado también, DÖLLE: *V. Stil d. Rpr.*, 36 y sigs.

partidario de la judicatura científica, no ha podido convertirse en una «Biblia temporal» de su pueblo (pág. 315, nota 22).

3. La forma lingüística de una ley delata a menudo sus conexiones culturales. Frente a una crítica, muchas veces nada meditada, contra el «alemán jurídico» de la ley y de las supremas resoluciones judiciales, el lenguaje del B. G. B. es preponderantemente de una exquisita pureza exactitud y claridad¹⁴, manchada sólo por la germanización muy poco viva de algunos términos romanos. Descarríos ocasionales, como el extraño § 164, II, o el desacreditado amojonamiento (§ 919), no son sintomáticos. Este lenguaje carece, en efecto, para bien o para mal, de *pathos* y huella personal alguna: un Stendhal alemán difícilmente hubiera intentado aprender de él. Con ello se expresa el *ethos* de neutralidad y la disciplina del pensamiento, pero también la ausencia de representaciones apasionadas de valor y de impulsos de voluntad.

4. Técnica y lenguaje del B. G. B. denotan su origen espiritual radicante en las condiciones sociales y políticas de un positivismo científico cuya hora histórica ya había sonado. Lo trágico de tantas grandes leyes que son fruto y no simiente de grandes pensadores juristas, oscurece también al B. G. B. y tiene la culpa de que una labor tan primorosa y tan alemana no la haya acogido la nación como antaño la francesa al *Code civil*, y ni siquiera como casi inmediatamente el pueblo de la Confederación helvética al Código civil suizo. Apenas media generación más tarde de que esta creación típica de la sociedad burguesa del siglo XIX surgiere a la vida, comenzaron los trastornos de la historia universal, que pusieron fin a la libertad del individuo y, por cierto, del mismo modo a la restringida éticamente, como a la abusiva. El B. G. B. está en consonancia con la grande y creadora época burguesa que, en sentido estricto, había comenzado con la Ilustración.

¹⁴ Esta fue casi totalmente desatendida en los acostumbrados reproches, sobre todo en Alemania desde la aparición de la ley, a su falta de general comprensibilidad, y en las (justificadas) alabanzas al lenguaje del Código civil suizo; también DÖLLE: *ob. cit.* (n. 13, defiende más bien los méritos materiales del lenguaje del Código civil, y ello, por cierto, con poca razón. En el pulido lenguaje antiguo-franco de las comisiones, aún es poco perceptible la decadencia de la lengua alemana desde los días de la «Joven Alemania» y, sobre todo, desde la época de sus fundadores.

Comenzaron entonces a convertirse en pluralismo impersonales fuerzas económicas, que habían de conducir a formas económicas colectivas, a las cuales nos vemos hoy vinculados, y no sólo a definidas concepciones del mundo. Esta posición en la víspera de una catástrofe determinó, tanto el elevado vigor intelectual como la exigua juventud de la obra. Sabe del verdadero y hermoso *pathos* de la objetividad que vive en lo mejor de nuestro pueblo, pero no del llamamiento inmediato de los consortes en el mismo Derecho y ciudadanos a la conciencia de sí mismos y a la responsabilidad activa, tal como se manifiesta en las constituciones y códigos de los pueblos que acababan de acomodarse a una nueva comunidad de valores. Tampoco interpreta la biografía de una nueva sociedad tal como lo logró el revolucionario *Code civil* después de la lucha victoriosa de la *bourgeoisie*, sino sólo la de las capas sociales de la sociedad burguesa, que no habían conquistado una plena victoria sobre el conservador Estado autoritario, ni tampoco habían podido ganarse ya al inminente cuarto estado.

Pero tampoco tenía nada de la prudente visión de la vida de las épocas persistentes, como la facilitada por el ideal racionalista y humanitario de la Ilustración alemana con las codificaciones iusnaturalistas, especialmente el A. L. R., que pretendía dar a cada estamento lo suyo. Tampoco los grupos del pueblo más amplios y antiguos, como los artesanos y los campesinos, pudieron recuperar en él justamente lo que habían perdido.

5. Además de esto, el código es no sólo el programa de una dirección política y de concepción del mundo, sino un intento de equilibrio entre sistemas de valores, que en la misma historia social alemana del siglo XIX no pudieron fusionarse. Ciertamente que preponderó la imagen jurídica del liberalismo, pero junto a él se conservaron rasgos autoritarios y conservadores y en muy pocos casos se dio cabida a las exigencias sociales del futuro.

a) La idea conservadora manifiéstase en forma patriarcal, como en el Derecho matrimonial y en el régimen matrimonial de bienes con la intensa preponderancia de los derechos del marido. Ha de recordarse que los trabajos de la primera comisión, en los que esta regulación se funda, fueron anteriores a los primeros movimientos de emancipación y aún no tuvieron en cuenta las transformaciones de la revolución industrial. La si-

tuación legal de los bienes se puntualizó cual si fueran bienes dotales de la mujer puestos a rédito (como francamente se suponía en los matrimonios de oficiales y de funcionarios de aquel tiempo). También los derechos de los menores se basaban en una consideración conservadora de la realidad, por lo demás éticamente sana y realista, anterior al movimiento juvenil. Patriarcal y de previsión benéfica del Estado es el Derecho de tutela. El Derecho liberal social respecto a menores de después de la primera guerra mundial aún está muy lejos. El Derecho de asociaciones y fundaciones ostenta rasgos de régimen policiaco. Aún más fuertes e influyentes aparecen esos rasgos en la estampa negativa de la reserva de los derechos territoriales de los *países*, pues el Derecho territorial es el verdadero representante en Alemania de un conservadurismo jurídico autoritario y de previsión benéfica pública, aunque también realístico.

b) Nada uniforme es el origen de los elementos *sociales*. Éstos surgen unas veces de la preocupación del mismo liberalismo clásico por la limpieza de las reglas del juego de la competencia económica; así, especialmente, las determinaciones contra el abuso de la libertad contractual (§§ 138, I; 138, II, más extensamente que la legislación del Derecho común sobre usura; § 242, § 343: reducción de las cláusulas penales de los contratos; § 1.229: prohibición de la *lex commissoria*; § 1.136: contra el agrotamiento del deudor hipotecario, aunque también para la seguridad del mercado inmobiliario); otras veces de la preocupación por determinados grupos profesionales, sobre todo de la economía agraria (Derecho de las abejas, vicios ocultos del ganado, la novela de 1908 sobre tenencia de animales; todas con intenso interés de los partidos conservadores), o de los funcionarios (570), o de los grupos socialmente más débiles (protección del inquilino: 571). De modo preponderantemente patriarcal influyeron las saludables disposiciones protectoras a favor de las clases trabajadoras en el contrato de servicios (§§ 616-619; 626 del B. G. B., cfr. la protección del «Lidloh» * en la quiebra, § 61, cifra I del K. O.). A ello pertene-

* [Denominación anticuada del *Gesindeohn*, que aún se usa en caso de concurso o subasta y administración forzosa de las explotaciones agrarias o forestales, por el que se consideran créditos privilegiados los jornales de los trabajadores y sueldos de los empleados y demás ingresos de los mismos del año corriente y el anterior, cuando tales personas tuvieran contratados sus servicios o trabajos para la explotación de la finca o de industria derivada.] (N. del T.)

ce también la ley aparecida ya en 1894 referente a las ventas a plazos. El legislador aún no había visto la formación de un frente proletario en el cuerpo nacional. Su postura corresponde a los propósitos originarios de aseguramiento social de Bismarck, lo que permite disculpar, hasta cierto punto, la insuficiencia de la protección del trabajo por el Derecho privado en el contrato de servicios. Por el contrario, la adquisición de la propiedad por el manufacturero (§ 950 B. G. B.), un homenaje al principio alemán de producción, quizás tuviera el propósito, pero no las consecuencias, de un efecto de protección social; favoreció al fabricante y al acreedor bancario con perjuicio de los suministradores de primeras materias, dificultó, por consiguiente, la rapidez del crédito y, finalmente, condujo a la jurisprudencia al principio asistemático y oscuro de que la adquisición de la propiedad se determina según la voluntad del manufacturero (cfr. R. G. Z. 138, 88; 161, 113). En total se han mantenido los elementos sociales del B. G. B. en el estrecho marco de la mínima exigencia ética de un honroso y racional liberalismo económico, cuya responsabilidad ha de recaer no tanto en la mala voluntad del legislador como en la aplicación parcial del Derecho común a los «Pioneros» de la libre sociedad económica con su Ética de responsabilidad y de lucro.

c) Pues aún es más importante el influjo del liberalismo económico en su forma clásica, entonces ya anticuada. A tal respecto es característico en el Derecho de obligaciones, además del reconocimiento de la libertad contractual, revestido del aspecto de una mera fórmula técnica (§ 305 B. G. B.), la decisión fundamental contra el principio de equivalencia de la ética contractual aristotélica, tomista y de Derecho racionalista, la preferencia por el contrato abstracto y el relegamiento de la *laesio enormis* y de la cláusula *rebus sic stantibus* (excepción § 321, B. G. B.) y un Derecho material de virtualidad numérica: la deuda en dinero es una deuda nominal. En suma, se pone de manifiesto no sólo la confianza absoluta de una época de gran seguridad económica, sino también la imagen directora del individuo cuidadoso, económicamente competente y responsable. De modo diverso al Derecho justinianeo y las codificaciones absolutistas, concuerda el B. G. B. con el Derecho clásico romano en el *leges vigilantibus scriptae*, aunque no en la extensión, p. ej., de los Derechos anglosajones.

Más característicos aún para esa posición que el Derecho de obli-

gaciones, en todos los tiempos abstraído de la ciencia, son el Derecho inmobiliario con la libertad de disposición (sólo prácticamente muy limitado por el Derecho público territorial) del propietario, el crédito territorial articulado con gran riqueza y especialmente movilizad y comercializado intensamente con la hipoteca al portador y la deuda hipotecaria, y, finalmente, el Derecho hereditario con la no admisión fundamental de patrimonios especiales hereditarios, la restricción de los patrimonios familiares hereditarios de Derecho regional, así como con la comunidad hereditaria relativamente más aflojada, en la que la referente a los hijos no conquista ninguna situación particular. Por el contrario, el testamento ológrafo fue no tanto un favorecimiento del arbitrio del testador como una concesión a círculos populares recelosos de la autoridad. Este mismo espíritu manifiéstase aún con más pureza en las leyes accesorias de asociaciones y en la reglamentación de la subasta forzosa y de las quiebras.

En todos estos rasgos la ley quedó rápidamente rezagada no sólo ante la comprensión del pueblo de los países alemanes, de las clases trabajadoras y de la organización de la beneficencia pública, sino también ante el progreso del clásico liberalismo económico hacia la «democracia económica» con sus colectivas formaciones de grupos, asociaciones, sindicatos y contratos de trabajo. Si con ello provocó la creciente oposición entre casi todos los grupos y clases, la jurisprudencia, en cambio, justamente por ese alejamiento de la vida del Derecho civil, pudo guardar su neutralidad en la lucha de los grupos poderosos. En esas polémicas es donde el Código civil ha prestado tantos buenos servicios, aunque la irrupción de un nuevo sentimiento jurídico seriamente acogido muy pronto desbordará tales elementos.

IV. Con todos esos obstáculos e íntimas quiebras no podía la ley, como una campana de desigual metal, repicar anunciando una nueva era. La nación la recibió sin un gran interés¹⁵. Más desproporcionadamente in-

¹⁵ Permítaseme insertar un diálogo entre un abogado y su cliente, sacado de la sátira contemporánea de LUDWIG THOMA [*Kl. Gesamm. Werke* (Munich, s. a.), III, 308, «El título de aptitud»]: —¿Con arreglo a qué nueva ley? —¡Ah!, pues al Código civil, que no trae nada de penas para las lesiones corporales. —No puedo creer que los que hacen las

tenso fue su influjo fuera de las fronteras, pues, como trabajo de juristas, el Código civil era una obra maestra y entonces, por cierto, la última y la más moderna de la ciencia jurídica europea. Fue saludado como el código más progresivo del mundo¹⁶, y alcanzó en Europa, y por tanto en el mundo, casi el mismo abolengo que el *Code civil*, modelo hasta entonces de codificaciones. Tras él estaba el prestigio espiritual que la ciencia pandectística del siglo XIX había adquirido. Si hasta entonces el *Code civil* había dominado, y no sólo en los países románicos, ahora el B. G. B. se colocó de opositor afortunado ante los Estados que aún luchan por una codificación moderna.

1. En Europa fue Austria la primera que se unió estrechamente al Derecho civil alemán en la ciencia, en la legislación y en la judicatura. Hungría, que tras el equilibrio constitucional de 1867 había comenzado la preparación de un Código de Derecho privado, se inspiró en él¹⁷. Luego los recientes Estados del sudeste europeo encontraron en él un modelo para sus codificaciones; Grecia, desde el siglo XIX, bajo el inmediato influjo de la pandectística alemana, especialmente de las Pandectas de Windscheid, se apoyó estrechamente en él para sus proyectos y aún para su Código civil, llevado a cabo en 1940¹⁸. Los Estados sucesores de Austria lo han tenido en cuenta junto con el A. B. G. B. para sus trabajos preparatorios. El Derecho polaco de obligaciones

leyes se hayan olvidado de tal cosa; para eso, maldita la falta que hacía que me hubieran dado una nueva ley. En modo alguno puedo creerlo, ni mucho menos. En este caso se expresa poco el profundo orgullo con que los pueblos toman partido por su Derecho tradicional con una cultura jurídica popular más viva que por sus Códigos.

¹⁶ Comprobantes minuciosos (especialmente frente al escepticismo que aún expresa KOSCHAKER, 138 y sigs. y *passim*); últimamente, en A. B. SCHWARZ: *ob. cit.*, págs. 7 y sigs. y ns. 16 a 19.

¹⁷ En cuanto al proyecto de 1928, RONAY: *D. Privatrechtsgesetzg. Ungars seit 1835. Z. f. ausl. u. int. Pr. R.*, 40-41, 536 y sigs.

¹⁸ Νόμος αστικός (Cód. civ.) del 3 de marzo de 1940, en vigor sólo desde 23 de febrero de 1946; en cuanto al sistema y al Derecho de obligaciones, influido por el B. G. B., y en cuanto al Derecho de cosas (carente de un Registro inmobiliario), más por el *Code civil*, y en lo restante, por el B. G. B., el Z. G. B. y el *Code civil*: cfr. DEM. GOGOS: *Arch. ziv. Pr.*, 21, nueva serie (1943), 78 y sigs. Acerca de las ideas fundamentales en la elaboración del proyecto, MATRIS: *Z. f. aut. int. Pr. R.* (1935), 586 y sigs.

de 1927 fue sugerido, especialmente desde 1917, por los territorios antes prusianos. También la legislación yugoslava ha tenido en cuenta con gran amplitud, junto al Derecho de los territorios hasta entonces austríacos, el Derecho civil y judicial alemán.

2. También en el resto de Europa, especialmente en Francia y en Dinamarca, y hasta en la misma Inglaterra¹⁹, se prestó atención al B. G. B., sobre todo a su Derecho registral, técnicamente modelo, a pesar de un cierto doctrinalismo, aunque no se le imitó o recibió —lo que ya excluía su relación con la topografía histórica y con su organización administrativa—. Alcanzó, sobre todo, avances en el propio dominio del *Code civil*. La ciencia italiana del Derecho civil se había ido romanizando cada vez más desde el segundo tercio del siglo pasado, alejándose, por consiguiente, del ámbito jurídico francés y acercándose cada vez más a la ciencia alemana del Derecho privado; el *Codice civile* del 16 de marzo de 1942, con su mayor independencia científica y de política legislativa, ha tenido en cuenta constantemente el B. G. B., en parte lo continuó desarrollando autónomamente y, por otra parte, se emancipó esencialmente del *Code civil*.

3. De manera particularmente rápida se extendió la fama y la influencia del código por los países extraeuropeos, especialmente en Iberoamérica y en los países que, en vías de europeización, en lugar de una cultura jurídica patria a menudo importante, introdujeron codificaciones del tipo occidental. En ello pesaron justamente más las ventajas científicas y técnicas de un código que la ejemplaridad de un *pathos* político o la firmeza de una tradición. Además, lo abstracto de la construcción jurídica alemana favorecía la apropiación civilizadora mediante las culturas y ordenaciones sociales totalmente extra-

¹⁹ Respecto a las repercusiones en Francia, cfr. *Travaux de la commission de réforme du Code civil* (1945-46), 53 y sigs.; respecto a Inglaterra y la resistencia latente a la implantación del Registro inmobiliario, KOSCHAKER, 215 y n. 3; en cuanto al *Tinglysning-Gesetz* dinamarqués de 1925 (su promotor), VINDING KRUSE: *Das Eigentumsrecht*, III (1936), 1376 y sigs.; a este respecto, p. ej., WIEACKER: *J. W.* (1937), 453 y sigs. Cfr., además, J. W. HEDEMANN: *Fortschr. d. Zivilr. i. XIX Jh.*, tomo II, 2.ª mitad: *Formelles Bodenrecht* (1935), 127.

ñas. En Sudamérica, sobre todo el Brasil (Código civil de 1916)²⁰ y contemporáneamente el Perú (1936)²¹, han recurrido al B. G. B. Fue recibido esencialmente por el Japón (1907); también se basa en él el código siamés de 1925. China ya había utilizado el proyecto de Dresde de un Derecho de obligaciones de 1865; más tarde influyó el mismo B. G. B.²² Turquía, por el contrario, aceptó un Código que era al mismo tiempo sucesor y feliz heredero de los europeos y de la universal influencia del B. G. B.: el código civil suizo de 1907-1912.

²⁰ Ley de 1 de enero de 1916 (sobre la base del proyecto de C. Bevilacqua) y del 15 de enero de 1919 (modificaciones). El Derecho sobre matrimonio, familia y Registro inmobiliario es esencialmente Derecho brasileño consuetudinario codificado; de los Códigos europeos influyeron vigorosamente sobre él el *Code civil* y, sobre todo, el Código civil portugués; del B. G. B. influyó el sistema y 62 párrafos recogidos (de los 1807 del Código). Introducción (por Miranda) y traducción, en HEINSHEIMER: *Zivilgesetz der Gegenwart*, III (1928); además, J. ALVES: *Código civil da Republica dos Estados Unidos do Brasil* (Río, 1923), según mención de Schwarz, n. 80.

²¹ Respecto a la situación del Derecho anterior al 1936, WIELAND: *Rugl. Hdwb.*, I, 889 y sigs. Sobre el influjo del Código civil suizo, A. B. SCHWARZ: *ob. cit.*, 22 *et ibi*. Igualmente aplicable al Código civil de Méjico (1928).

²² Respecto a los Códigos del Asia oriental, *Rugl. Hdwb.*, 1.ª Sec., informes sobre países de Betz y Lautenschlager, 328 y sigs. (China), 470 y sigs. (Siam); añádase ROSCOE POUND: *Harvard Law Review*, 61 (1948), 747 y sigs.; A. B. SCHWARZ, 22 y n. 84. Respecto al Derecho anterior, cfr. § 25, n. 26.