

Divertimento pandectístico

José María Sainz-Ezquerro Foces
Profesor Titular de Derecho Romano

¿Qué suponen, en esencia, los movimientos *historicista* y *dogmático* en los que se manifiesta el pensamiento jurídico alemán del siglo XIX? ¿Qué relación guardan entre ellos? He aquí un pequeño boceto, producto de una reflexión sosegada sobre datos clásicos.

1.- La Escuela Histórica del Derecho es una corriente de pensamiento que cristaliza en Alemania a partir de principios del siglo XIX y que, frente a la concepción iusnaturalista del Derecho, abstracta y racional, ve en éste un producto histórico, en un doble sentido: *histórico*, en primer lugar, en tanto que contingente y particular de cada tiempo y cada pueblo y, por lo tanto, cambiante en las distintas circunstancias históricas, frente a la concepción de los dos siglos anteriores de un Derecho inmutable y universal; e *histórico*, en segundo lugar, en tanto que explicable sólo no *desde sí mismo*, como ente abstraído de la realidad, sino en conexión con el resto de las características y manifestaciones culturales de la sociedad y tiempo en que está vigente.

La primera sistematización de las ideas de la Escuela Histórica se halla en la obra de F.K. v. Savigny *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), en cuya introducción se congratula ya el autor del «nuevo espíritu histórico que comienza a despertar por doquiera», frente a la arrogancia y falta de sentido histórico de la época anterior. Naturalmente, estas ideas suponen una concepción *positivista* del Derecho.

2.- Expuesto lo anterior, es procedente, sin embargo, introducir de inmediato un matiz de gran importancia: el entendimiento de las ideas de la Escuela Histórica como

una simple reacción contra el pensamiento abstracto y ahistórico de la Ilustración responde a un esquema con el que, es cierto, operaron los inspiradores del movimiento historicista, a la búsqueda de su propia identidad, pero no hace justicia a la completa realidad histórica. Savigny propone sus ideas imbuido del espíritu general del Romanticismo frente a la época anterior, que, según él manifiesta, «había perdido el sentido y el sentimiento por la grandeza y la peculiaridad de otros tiempos» (*Vom Beruf*, Introducción); pero hoy sabemos que esto es sólo parcialmente cierto. González Vicén, en su artículo «La Escuela Histórica del Derecho» (en el Vol. *De Kant a Marx. Estudios de historia de las ideas*, 1984), cuya erudición y clarividencia de análisis lo hacen imprescindible a la hora de abordar esta manifestación del pensamiento jurídico, nos recuerda que «sabemos, al menos desde Dilthey, que, al contrario de esta imagen, la Ilustración es la época que ‘descubre’ el mundo histórico, que pone al descubierto las raíces de lo que, mas tarde, iba a llamarse el historicismo. Y ello, no de un modo esporádico, sino como un rasgo constante que recorre todo el pensamiento del siglo, desde sus mismos comienzos en las postrimerías del siglo XVII, a través de la *Enciclopedia*, la obra ilustrada por antonomasia, hasta las grandes construcciones del materialismo de la época». Y continúa: «En la tradición de esta gran corriente se halla inserto el historicismo de principios del siglo XIX, y de ella recibe no sólo incitaciones fundamentales, sino gran parte también de su aparato conceptual. La idea corriente, sostenida por el mismo Savigny, que ve en la Escuela Histórica una reacción de principio contra la mentalidad ilustrada requiere, por eso, una corrección esencial. La Escuela Histórica no es, sin más, una reacción contra el pensamiento de la Ilustración, sino, en realidad, una reacción contra una de las formas de pensamiento de esta época. Y lo que es más importante: una reacción que se instrumenta con categorías que había elaborado y formulado la reflexión sobre el mundo histórico de la misma Ilustración» (pág. 103).

Y, ciertamente, conceptos tales como *pueblo*, *continuidad orgánica de la historia*, *unidad del mundo de la cultura*, *autonomía de las formas históricas*, etc., tienen sus antecedentes en la época ilustrada, si bien el historicismo decimonónico procedió a perfilarlos de manera definitiva y sistematizarlos en «una teoría coherente, en la que la comprensión del mundo histórico se convierte en principio metódico universal de las ciencias del espíritu» (*ob. cit.*, pág. 104).

Constituyen ejemplos significativos de los precedentes historicistas en el pensamiento del siglo XVIII Montesquieu, con su reflexión sobre el espectáculo de la variedad infinita de las leyes e instituciones humanas, Justus Möser, con su sensibilidad histórica por lo real y empírico frente a lo abstracto y teórico, proveniente de sus vivencias en el minúsculo principado eclesiástico de Osnabrück, y Johann Gottfried Herder, con su vitalismo empírico en el que consiste la historia, preferible, por ello, al mundo irreal del intelecto.

3.- Con estos antecedentes en la época racionalista, asistimos en el siglo XIX a un cambio en la orientación del método jurídico, que se inserta en una transformación más general del pensar y sentir de los pueblos: el Romanticismo se impone al

racionalismo, la «espontánea manifestación natural» a la «funesta manía de ordenar todo» que, en la Introducción de su *Vom Beruf*, atribuía Savigny a la centuria pasada. Sobre estas nuevas bases surge la Escuela Histórica del Derecho, en relación con la cual, y aparte la bibliografía general y el artículo de González Vicén aludido en el apartado anterior (que estimo indispensable), pueden consultarse los trabajos de Paradisi, St. Koschaker II, 309 ss., Kunkel, SZ 71 (1954), 535 ss., Paresce, NNDI 16 (1969), 823 ss., así como, para la mejor comprensión de su sentido a través de las concepciones metodológicas de Savigny, las páginas que a esta cuestión dedica Larenz, en su *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), 9-18.

Los precursores inmediatos de este movimiento fueron Niebuhr, Wolff y, sobre todo, un importante jurista formado en el racionalismo, contra el que, no obstante, reacciona enérgicamente haciendo el papel de auténtica bisagra en el giro del pensamiento jurídico hacia el historicismo: Gustav Hugo, que fue, por demás, el maestro de Savigny y que, por todo ello, requiere un comentario especial.

En rigor, G. Hugo, afamado profesor de Derecho Romano en Göttingen que ya había alcanzado gran notoriedad en los últimos años del siglo XVIII, no contrapone directamente *racionalismo e historicismo* para decantarse por éste último abandonando el primero, sino que se limita a llevar a cabo una crítica hacia el fundamento último del Derecho que proclama el racionalismo, esto es, el *derecho natural* derivado de la razón. En su *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts* (1798), reflexiona sobre la dificultad de formular postulados seguros y universalmente válidos a partir de las exigencias de la razón, que puedan, por lo tanto, servir de base a normas e instituciones jurídicas. Y, para ilustrar la variabilidad histórica del juicio sobre lo racional, apunta cómo una institución tan inaceptable en el sentir de su época (también de la nuestra) cual es la esclavitud, era algo incuestionado en el mundo antiguo, porque contiene elementos racionales desde aquella perspectiva histórica; y, por el contrario, una institución tan natural a nuestros ojos como es el matrimonio monogámico, contiene ingredientes antirracionales y, desde luego, antinaturales (en la ed. de 1819, págs. 242 ss., 276 ss.).

Con estas ideas, Hugo no consagra, evidentemente, el *historicismo*, con todo el sentido filosófico y emocional que esta orientación adquirirá para Savigny, pero abre las puertas, sin duda, a una concepción del Derecho sin un anclaje necesario en la razón, sino como manifestación de la voluntad circunstancial de los pueblos y, por lo tanto, *positivista*, que será la que albergará en definitiva la Escuela Histórica.

Quede constancia, en todo caso, de un matiz importante: la consideración de Hugo como precursor de la Escuela Histórica adquiere su mayor sentido en lo que hace a su reacción contra el derecho natural, que, ciertamente, tuvo una gran trascendencia en su tiempo; pero las ideas fundamentales de aquella Escuela son aún ajenas a su pensamiento. Dijo *no* al iusnaturalismo, pero no diseñó todavía la concepción histórica del Derecho. Contrapuso, en fin, *positivismo a iusnaturalismo*, pero no, en toda su trascendencia, *historicismo a racionalismo*. Sobre todo ello, puede consultarse Wieacker, «*Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*» (*Juristische*

Studiengesellschaft Karlsruhe». *Schriftenreihe*, 77) (1967), 6 ss. En relación con Hugo y el significado de su obra, Ebel, *Gustav Hugo Professor in Göttingen* (1964), y Viehweg, Festsch. f. K. Engisch zum 70. Geburtstag (1969), 80 ss.

4.- Como he adelantado en el apartado 1, el primer sistematizador de las ideas historicistas y, en este sentido, el fundador de la Escuela Histórica del Derecho fue F.K. v. Savigny, sin duda uno de los juristas más preclaros de todos los tiempos. Sobre su personalidad y significación para la ciencia jurídica me parece recomendable, entre la numerosa bibliografía especial existente, la que sigue: Kunkel, *Juristenzeitung* 17 (1962), 457 ss.; Demelius, *Labeo* 11 (1965), 287 ss.; la publicación conjunta «Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny» (*Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno* 9) (1980); Jakobs, *SZ* 106 (1989), 587 ss.; el cap. correspondiente, ya citado, de Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), 9 ss.; Rückert, *TR* LXI (1993), 65 ss., con una cuidada selección bibliográfica posterior a 1984, en págs. 94-95.

También he avanzado que la aludida sistematización de las ideas historicistas fue llevada a cabo por Savigny en su *Vom Beruf*, que constituye, por lo tanto, un verdadero escrito programático de las bases de la Escuela Histórica. Sobre él han de hacerse dos precisiones, a saber:

a) No fue concebido como respuesta a Thibaut en la polémica sobre la codificación, sino que desde años antes de esta discusión venía siendo preparado por Savigny, como una introducción a su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (1815-1831). La aparición en 1814 del escrito de Thibaut *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* decidió a Savigny a adelantar la publicación de su trabajo como obra independiente. Sobre ello, v. Wieacker, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte* (1959), 123 ss.

b) Su finalidad no es, pues, tanto oponerse a la idea codificadora en sí misma, como exponer una *concepción historicista del Derecho*, inconciliable con el punto de partida filosófico en el que se situaban los defensores de la codificación y, entre ellos, naturalmente, Thibaut; un punto de partida inercialmente racionalista, que supone que el legislador puede crear racionalmente el Derecho con olvido de la historia. Este es el pensamiento al que contraponen Savigny, entusiásticamente, la idea clave de su concepción jurídica: el Derecho se inserta en la historia, es una creación de los pueblos históricos (en el sentido de realmente existentes en cada momento histórico) revestida de *necesidad interna*, y no una creación abstracta y racional del legislador.

5.- El punto de arranque en la concepción historicista del Derecho es el concepto de *pueblo*, entendido no al estilo de la Ilustración, como un agregado de individuos que se constituyen en sociedad por medio de un contrato (idea formulada por J.J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), en esp. Lib. I, VI), sino como un organismo natural y necesario fundamentado por todo su pasado. El pueblo está constituido, en definitiva, en una *comunidad de espíritu*, de la que forma parte cada uno de los individuos que lo integran; idea de la que deriva otra noción básica, denominadora de ese espíritu colectivo: el *Volksggeist*.

Si bien ya me he referido a los precedentes historicistas en la época ilustrada, procede ahora precisar, en relación con el *Volksgeist*, que, en realidad, ni el término ni el concepto son creación de la Escuela Histórica. Moeller pretendió detectarlos ya en la Antigüedad clásica; en el sentido en que los utiliza la Escuela Histórica aparecen por primera vez en Herder, si bien bajo la denominación *Geist des Volkes*, y Hegel, quien ya emplea la expresión *Volksgeist*. El término reaparece (curiosamente) en Thibaut y, por fin, es oficializado por Puchta en su *Gewohnheitsrecht* (1828-1837), de quien lo toma, no sin reparos, Savigny. Sobre todo este proceso, puede consultarse González Vicén, 124 ss. Este espíritu o alma colectiva, denominado también por Savigny en la Introducción de su *Vom Beruf* «convicción común del pueblo» y «conciencia común del pueblo», lo mismo que por Puchta («Volksüberzeugung», por ej. en *Institutionen*, Leipzig 1871, 26 ss.), constituye el fundamento último de todas las convicciones morales y jurídicas, así como de las creaciones culturales en general, de los pueblos y de cada una de las personas individuales que los integran. Creencias, ideas, concepciones de la vida, folclore, manifestaciones literarias, artísticas en general y religiosas, costumbres, lenguaje y, desde luego, el Derecho, emanan del espíritu popular y constituyen, en su conjunto, un patrimonio espiritual propio y distintivo de cada pueblo. El paralelismo, en relación con su arraigo en el *Volksgeist*, entre lenguaje y Derecho resulta especialmente ilustrativo. Como expresa González Vicén (pág. 128, con indicaciones bibliográficas), esta comparación, que procede de Herder y de J. Grimm, pareció singularmente afortunada a Savigny. Como el Derecho, también el lenguaje nace con «total independencia del acaso y de la libre elección por parte de los individuos», sólo en virtud de la «función propia del *espíritu del pueblo*, activo en todos los individuos» (Savigny). Tanto el lenguaje como el Derecho tienen sus raíces en el pasado del pueblo, y tanto en el uno como en el otro alienta un impulso de renovación y evolución, al que se debe que ni lo originario pueda subsistir siempre en su forma primitiva, ni lo nuevo pueda producirse desde sí mismo y por propia fuerza: tanto el lenguaje como el Derecho tienen historia, es decir, en ambos se da un lazo que funde pasado y presente, necesidad y libertad (Savigny y J. Grimm). Y por eso, tan vano es querer inventar un lenguaje, «como pretender que el hombre pueda, valiéndose de su razón unilateral, encontrar un Derecho que se extienda tan suave y vivo como el Derecho nacido en el propio suelo» (J. Grimm).

6.- En coherencia con estas ideas, para la Escuela Histórica la única *fuerza del Derecho* en sentido propio, esto es, en el sentido de *órgano o ente en general del que emana el Derecho* es el *Volksgeist*. Ahora bien, en un sentido más amplio, y toda vez que las exigencias jurídicas del *Volksgeist* deben ser concretadas y exteriorizadas, puede también llamarse *fuentes del Derecho* a las formas o modos de realización de dicho cometido, esto es, en expresión de Puchta (*Institutionen*, 27), el cometido de «conformación visible del Derecho». Desde esta perspectiva, tres son las fuentes del Derecho en las que se manifiesta el espíritu popular, a saber, la *costumbre*, la *ley* y la *doctrina científica*.

La costumbre, al ser la más espontánea forma de manifestación del *Volksgeist* en lo jurídico, es la principal de las fuentes del Derecho. Las actuaciones individuales

ante los problemas concretos, manifiesta Puchta, *Institutionen* I, 28, se repiten de manera uniforme en los mismos casos, ya que tienen como trasfondo una convicción común. Así se forman y consolidan los usos, que constituyen el derecho consuetudinario.

En cuanto a la ley, se ha exagerado, en la medida en que se ha malentendido, el rechazo que la Escuela Histórica sintió hacia ella. En realidad, la aceptación o el rechazo de la ley como fuente del Derecho no tiene que ver, para la Escuela Histórica, con la norma en sí misma, en tanto que aseveración o postulado imperativo que expresa la voluntad del legislador y que señala el rumbo del *deber ser* jurídico, sino *con la finalidad que el legislador persigue mediante la utilización instrumental de dicha norma*: si con la ley se pretende la ordenación racional de las relaciones sociales al estilo de la Ilustración, entonces es, obviamente, rechazable; pero si el legislador utiliza la ley como cauce de manifestación del *Volksgeist*, a efectos de la fijación de sus exigencias en circunstancias concretas, se tratará, en tal caso, de una importante fuente del Derecho. Mediante ella, el legislador pondrá de manifiesto la conciencia común del pueblo, bien sea para marcar los límites precisos de una convicción existente, o bien impulsando, conforme al auténtico sentir popular, la concreción de convicciones en vías de constitución (Puchta, *Institutionen* I, 29). La ley ofrece, en todo caso, garantía de *certeza* en cuantas cuestiones existe ambigüedad sobre los imperativos del espíritu del pueblo, como, v.g., los plazos de las prescripciones o la vigencia o no vigencia de algunos de los aludidos imperativos en momentos intermedios de cambios de costumbres, ideas o necesidades, toda vez que el *Volksgeist* es fundamentalmente dinámico y evolutivo.

En consonancia con estas ideas, Savigny (*Vom Beruf*, Cap. 3) dice, en cambio, de las leyes tendentes a la modificación del derecho existente, por muy elevados que puedan ser los fines políticos que muevan al legislador, que son una inútil corrupción del Derecho y que, justamente en ellas, ha de conducirse el Estado con la máxima moderación, como nos prueba la historia. He aquí una de las claves del pensamiento conservador de la Escuela Histórica, en manifiesta discrepancia con el actual entendimiento de la función legislativa como instrumento de transformación y, desde luego, ordenación social, de acuerdo, por lo tanto, con los postulados racionalistas. Como esto sucede con todas las *consecuencias* (y no sólo con las llamativamente positivas), se trata, a mi entender, de uno de los temas de reflexión más trascendentes para la filosofía jurídica.

La tercera de las fuentes del derecho, para la Escuela Histórica, es la doctrina científica. En los comienzos del desarrollo de los pueblos, el Derecho es de gran elementalidad y la conducción del pueblo conforme al mismo es absolutamente espontánea y natural. Como explica Savigny (*Vom Beruf*, Cap. 4), esta etapa es pobre en conceptos y, en ella, el Derecho no se manifiesta mediante principios explícitos transmitidos por escrito u oralmente, como sucede en nuestro tiempo, lo cual, por demás, requiere un imprescindible grado de abstracción, sino por medio de actos simbólicos y formales, de sensible evidencia, que explicitan y dignifican el nacimiento o la finalización de las relaciones jurídicas. Esta característica es propia, por ejemplo, de las antiguas tribus germánicas e itálicas.

Pero la multiplicación de las relaciones sociales y la ampliación de los contactos del pueblo con otros pueblos y culturas originan una complejidad en las relaciones, normas e instituciones jurídicas, en el Derecho en su conjunto en definitiva, que requiere, para el adecuado conocimiento y aplicación de éste, la *sistematización* o, en palabras de Puchta [*Ueber die Perioden in der Rechtsgeschichte*, Zivilistische Abhandlungen (1823), 177], la reconducción de la multiplicidad material del Derecho a una estructura formal simple. Esta es la labor científica propia de los juristas, que colaboran así en la toma de conciencia del pueblo respecto del Derecho emanado del espíritu colectivo y, en su consecuencia, en la mejor utilidad funcional del aludido Derecho.

Repárese en la trascendencia de esta idea en relación con el nacimiento de la dirección sistemática pandectista, que, de esta manera, se nos presenta plenamente coherente con los principios de la Escuela Histórica. Conforme manifiesta Savigny [*System des heutigen romischen Rechts* (1840-1848) I, XXXVI], la esencia del método sistemático se halla en el conocimiento y exposición de la conexión interna o de la afinidad por virtud de la cual las reglas y los conceptos jurídicos se encuentran relacionados en una gran unidad. En esto consiste, para él, el carácter científico de la actividad de los juristas. Sobre la noción de «sistema jurídico» en el pensamiento de Savigny, puede consultarse la rigurosa exposición de K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), 11 ss., con bibliografía.

Estas concepciones sobre la *sistematización como función de los juristas, de carácter netamente científico*, toman forma definitiva mediante la noción de *totalidad orgánica* del Derecho, formulada por Puchta. En sus *Institutionen* I, 31 ss., expresa cómo normas e instituciones jurídicas se hallan en una conexión orgánica interna, al provenir todas de una fuente unitaria, el espíritu del pueblo. El jurista debe descubrir y poner de manifiesto dicha conexión orgánica, llevando a cabo la sistematización del Derecho, esto es, produciendo lo que Puchta denomina «Derecho de los juristas». Esta cuestión, en concreto, dio lugar a su famosa polémica con G. Beseler, de trascendental importancia en relación con las concepciones jurídicas en la Alemania del siglo XIX, máxime, desde una perspectiva romanística, por cuanto en el fondo de ella laten dos valoraciones opuestas del Derecho romano y del papel que éste había representado y debía aún representar en un país en el que el sentimiento nacionalista estaba a flor de piel. Reproduciré, por su interés, las palabras con las que González Vicén (pág. 135, nº 233) compendia esta polémica:

«El problema de las relaciones entre el Derecho creado por la conciencia del pueblo», el *Volksrecht* de Savigny, y el «Derecho de los jurista», que aquí Puchta da por resuelto, va a convertirse con la publicación del libro de G. Beseler *Volksrecht und Juristenrechts*, Leipzig 1843, en el centro de una de las polémicas más resonante en el mundo jurídico del último siglo. Beseler parte de la creación del Derecho en la conciencia del pueblo, tal como lo había sostenido Savigny, pero, precisamente por ello, elimina a los juristas y a la reflexión científica de toda participación en la producción jurídica. Los juristas alemanes, a los que Beseler hace responsables de la recepción del Derecho romano en Alemania —«un desastre nacional» (pág. 42)— no

crean derecho en el sentido estricto de la palabra, «como el minero no crea tampoco el mineral que extrae de las entrañas de la tierra» (pág. 87). El llamado Derecho de los juristas se opone, al contrario, al Derecho del pueblo y al Derecho consuetudinario (págs. 86-87); es la suma de opiniones extraídas, las más de las veces, de un Derecho extraño, y aceptadas por inercia y por la autoridad de sus autores. Mientras que el pueblo tiene un «conocimiento directo» del Derecho basado en su contacto con las situaciones y relaciones nacionales (pág. 109), los juristas carecen de este contacto, se encierran en sus propias elucubraciones y son reos de esa «erudición total» y de ese «divorcio entre teoría y práctica» que aquejan a la vida jurídica alemana (págs. 345 ss., 351 ss.). Al libro de Beseler responde con acritud Puchta en los ya citados *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, Jahrg 1844, Bol. I, Sp. 1 ss., y pronto la polémica se extiende constituyendo el punto de arranque decisivo para la escisión de la Escuela Histórica del Derecho en un ala romanista y un ala germanista. La respuesta de Beseler a Puchta, en *Völkrecht und Juristenrecht. Erster Nachtrag: G.F. Puchta*, Leipzig 1844, donde dice patéticamente (pág. 20): «¿Y si los sacerdotes administraran al pueblo un culto impuesto a la fuerza? ¿y si la violencia, la hipocresía o el fanatismo lo hubieran llevado a adorar a dioses extraños? ¿serían estos sacerdotes representantes de la fe nacional?».

En cualquier caso, las ideas de sistematización científica del Derecho sostenidas por la mayoría de los teóricos de la Escuela Histórica, en conjunción con el arraigo de la tradición romanista, dio lugar al trascendental movimiento Pandectista, del que más adelante me ocuparé.

7.- Para la reflexión jurídica en general, la Escuela Histórica del Derecho supuso, en síntesis, la implantación de dos ideas que perduran en la actualidad, a saber, la positividad esencial del Derecho, por una parte, de tal modo que «Derecho» y «Derecho positivo» vienen a ser, en la práctica, nociones equivalentes y, por otra, la categorización formal de los conceptos jurídicos, como característica identificativa de la ciencia del Derecho. Pero, sentado esto, la cuestión esencial para el romanista es otra: ¿Qué significó la Escuela Histórica para el Derecho romano, para su estudio, para el método de acercamiento a sus fuentes? ¿Qué significó, en definitiva, para la tradición romanística europea?

Dos nociones nucleares del pensamiento de la Escuela Histórica van a constituirse en sendos puntos de arranque de corrientes metodológicas bien diferenciadas, pero en modo alguno incompatibles, como a veces, equivocadamente, se ha pretendido: el entendimiento del Derecho como manifestación cultural *histórica*, es decir, no eterna e inmutable, sino propia, en cada pueblo concreto, de unas circunstancias históricas determinadas, da lugar al movimiento historicista que, adoptando y perfeccionando la metodología crítica del humanismo, afronta el estudio riguroso de las fuentes romanas, estableciendo sólidamente las bases de lo que es la moderna ciencia romanística; de otro lado, está la idea de la *sistematización* como objeto de la ciencia del Derecho. Pese a que el Derecho romano fuera considerado por algunos como un ordenamiento extraño a la cultura alemana (de ahí la polémica entre Beseler y Puchta),

se entendió por la mayoría de iusprivatistas, historiadores y filósofos del Derecho en general, adscritos metodológicamente a la Escuela Histórica, que los principios de dicho ordenamiento, por su arraigo secular en la tradición nacional, formaban ya parte indiscutible del *Volksgeist*. La utilización, por lo tanto, de las fuentes jurídicas romanas como punto de arranque para la elaboración y ordenación de conceptos generales en un *sistema* que respondiese a una estructura formal lógica, se consideró un cometido científico de primer orden, a efectos de dotar de una base doctrinal firme al moderno derecho alemán.

La corriente historicista, que habría de prolongarse después, en el siglo XX, en el movimiento que desde Koschaker (*Europa und das römische Recht*, 290 ss.) se denominaría *neohumanismo* y su método histórico-crítico, se integró de nombres de la talla científica de Bluhme, Mommsen, Huschke, Karlowa, Gradenwitz, Lenel, Krüger, Bruns, Mitteis o, en Italia, Alibrandi y Ferrini, por citar sólo algunos sobresalientes a título de ejemplo.

8.- A partir de la unidad inmanente de las reglas y conceptos jurídicos que había proclamado Savigny (*System I*, 36), puesto que todo el Derecho proviene, en definitiva, del *Volksgeist*, se desarrolla la *Pandectística*, o *Begriffsjurisprudenz*, como fundamental aportación de Puchta a la metodología jurídica (Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, 20 n° 5). El objeto de la ciencia del derecho es la construcción y deducción de conceptos jurídicos, así como su ordenación en un sistema lógico-formal; o, en palabras del propio Puchta (*Institutionen I*, 33), «el conocimiento de las proposiciones jurídicas en su conexión orgánica, como condicionadas unas por otras y procedentes unas de otras, pudiéndose así seguir la genealogía de cada proposición particular hasta sus primeros principios y, de la misma manera, descender después desde dichos principios hasta sus últimas ramificaciones. Mediante este proceder, las proposiciones jurídicas se hacen conscientes y se patentizan las que, ocultas en el alma del derecho nacional, no han surgido ni en la convicción próxima de los integrantes del pueblo y sus actuaciones, ni en las disposiciones del legislador, surgiendo a la luz solamente como resultado de la reflexión científica. Por esta razón, la ciencia ha de añadirse como tercera fuente del Derecho a las dos primeras; el Derecho que ella alumbraba es el derecho de la ciencia o, en razón de dicho alumbramiento por la labor de los juristas, Derecho de juristas» (*Juristenrecht*).

Para llevar a cabo este objetivo, y por las razones ya expuestas en el apartado anterior, la *Begriffsjurisprudenz* se nutre materialmente de las fuentes jurídicas romanas y formalmente de categorías lógico-filosóficas que se remontan al pensamiento aristotélico, como ha destacado P. Landau [*Puchta und Aristoteles. Überlegungen zu den philosophischen Grundlagen der historischen Schule und zur Methode Puchtas als Zivilrechtsdogmatiker*, en SZ 109 (1992), 1 ss.]. Acaba primando la idea de coherencia interna del sistema conceptual sobre la idea de correspondencia entre este sistema y la realidad [Ehrlich, *Die juristische Logik* (1918), 133], con lo que se rompen las amarras de la actividad científica de los juristas con la problemática social que el Derecho está llamado a resolver. Las construcciones dogmáticas se hacen cada

vez más perfectas desde el punto de vista lógico, al tiempo que se encierran en sí mismas y su propia perfección ocasiona el espejismo de entender que no precisan de realidad alguna ajena a ellas, porque ellas mismas son la realidad. Ya Savigny (*Vom Beruf*, Cap. 2) había establecido la distinción entre lo que él llama *elemento político* del Derecho, esto es, la conexión del mismo con la vida general del pueblo, y el *elemento técnico* o vida científica independiente de aquél, pero sería Puchta (*Institutionen* I, 86 ss.) quien llevaría a cabo definitivamente la acentuación de la *realidad aislada* de dicho *elemento técnico*: los conceptos jurídicos adquieren para él (y para el resto de los pandectistas) la categoría de *entidades reales*, como si se tratase, incluso, de seres vivos, lo que suscita las siguientes reflexiones:

a) La Pandectística recibe una influencia directa de la metodología científica general del siglo XIX, en el que experimentaron un gran auge las ciencias positivas y su método empírico. La función que en la Química desempeñan los *elementos* o en la Biología los distintos individuos del mundo animal o vegetal o, en su caso, las estructuras vivas más simples, viene atribuida en la ciencia del Derecho al *concepto jurídico*.

b) Desde otra perspectiva, y a pesar de que la evolución del Derecho hacia la codificación sigue vías netamente diferenciadas en Francia y en Alemania, como observaré en el apartado siguiente, resulta patente que la construcción conceptual sirve directamente a la idea de *certeza del derecho* que obsesionó a los juristas de la Escuela de la Exégesis: en efecto, para que se garantice de manera absoluta la exclusión de la arbitrariedad en las resoluciones jurídicas (fundamentalmente en las judiciales) no basta la vigencia de un código de preceptos legales con pretensión de plenitud en cuanto al ámbito de su cobertura, sino que se requiere además que los *conceptos* utilizados por el legislador tengan un sentido preciso y unívoco; de no ser así, las zonas de ambigüedad en las nociones jurídicas serían potenciales ventanas abiertas a la arbitrariedad.

Para una rigurosa visión de conjunto sobre el movimiento de la *jurisprudencia conceptual*, me remito a K. Larenz, quien, en el Cap. 2 de la primera parte de su *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), págs. 19-36, hace un repaso de las direcciones metodológicas más destacables dentro de aquél, a saber, la «Genealogie der Begriffe» de Puchta, el «naturhistorische Methode» de Ihering, referido, claro es, a la primera etapa de su pensamiento, el «rationalistische Gesetzespositivismus» de Windscheid y la «objektive Auslegungstheorie» de Binding, Wach y Kohler. También resulta de obligada referencia el Cap. 23 de la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967) de F. Wieacker, en mi opinión uno de los más logrados de esta siempre sugerente obra.

Además de los referenciados, los más famosos cultivadores del método dogmático conceptual, y autores de tratados de Pandectas, fueron Dernburg, Vangerow, Brinz y Glück.

9.- En paralelo a los movimientos doctrinales revisados en los apartados anteriores, la Escuela Histórica del Derecho y la Pandectística, tiene también lugar a lo largo del siglo XIX la parte fundamental del movimiento codificador europeo, cuyos dos

códigos más emblemáticos, el *Code Civil* napoleónico de 1804 y el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán que entra en vigor con el comienzo del año 1900, vienen a jalonar el principio y el fin de la centuria.

Desde la perspectiva del Derecho romano, la codificación supone la culminación de la tradición romanística europea que, recogida en conjuntos legales orgánicos que adquieren vigencia como derecho positivo, cede la antorcha, por así expresarlo, al moderno Derecho civil. Exclusivamente desde este punto de vista, me limitaré a formular las observaciones que siguen.

Tanto en Francia como en Alemania, la codificación se lleva a cabo sobre la base material de la tradición romanística, que suministra por lo tanto, e inequívocamente, su contenido a ambos códigos, pero las pautas metodológicas a que se ajusta la elaboración de uno y otro son sustancialmente diferentes.

En Francia, dichas pautas son, en esencia, dos: por una parte, y como consecuencia del pensamiento de la Ilustración, la *ordenación racional y uniforme de la sociedad, diseñada desde el poder*, y, por otra, según los objetivos sociopolíticos revolucionarios, la *certeza del derecho* que habría de aportar a todos los ciudadanos una seguridad jurídica absolutamente excluyente de la arbitrariedad del Antiguo Régimen, idea ésta que obsesionó a los juristas de la Escuela de la Exégesis. Sobre esta dirección doctrinal debe consultarse la obra clásica de Bonnetant, *L'école de l'exégèse en Droit Civil* (1924) y Perelman, *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique* (1976), 1^a Cap. I, en esp. § 16. Con estos criterios se redacta el *Code civil*, cuya entrada en vigor es anterior a que en Alemania se hubiesen desarrollado y, desde luego, asentado las ideas historicistas y, como consecuencia de ellas, las pandectistas, por lo que nada tiene que ver con estos movimientos, ni filosófica ni cronológicamente.

En Alemania, en cambio, la idea codificadora tarda más en imponerse y, cuando lo hace, la labor se asentaría directamente sobre los logros doctrinales de la Pandectística y, más indirectamente, sobre las ideas de la Escuela Histórica y del propio Savigny. La aparente paradoja que esta aseveración encierra, a la vista de la postura de Savigny frente a Thibaut, se desvanecerá si se tiene en cuenta la reflexión que he avanzado en el apartado 4: la finalidad del *Vom Beruf* no es oponerse a la codificación en sí misma, sino, en defensa del historicismo jurídico, a las concepciones filosóficas de creación racional del Derecho que a la sazón estaban en la base de la idea codificadora; en tanto en cuanto la ley (y los códigos) sea una formulación clarificadora de las exigencias del espíritu popular, nada tiene que objetar Savigny a la codificación.

Sobre los criterios medulares de que el Derecho es un producto del *Volksgeist*, cuya revelación adecuada requiere la intervención de la actividad científica de elaboración y sistematización conceptual, y de que la cultura jurídica romanística formaba parte, por derecho propio, de ese espíritu popular, se elabora finalmente el BGB. Dos obstáculos fundamentales que estimo interesante destacar, aparte, lógicamente, las dificultades técnicas de la empresa, debieron ser salvados a lo largo del siglo: la oposición a la misma idea codificadora, sustentada por muchos

historicistas que no habían acertado a entender adecuadamente la idea de Savigny, por una parte, y, por otra, el rechazo a la tradición romanística que habían alentado Beseler y el *ala germanista*.

Pese a tan distintos procesos de formación que precedieron, respectivamente, a los Códigos francés y alemán, aun podemos reflexionar sobre algunas interferencias mutuas entre el pensamiento jurídico decimonónico de ambos países: Francia le presta a Alemania la propia idea codificadora que acabó imponiéndose en este último país: y, por otra parte, es innegable que la elaboración y sistematización conceptual, producto de la ciencia jurídica alemana viene, en definitiva, a servir a la idea de la *certeza del derecho*, tan cara a los juristas de la Escuela de la Exégesis.

La codificación supuso ciertamente (y en términos generales) el cese de la vigencia práctica del Derecho romano; pero también supuso, por ello mismo, el inicio de un renovado interés por la investigación histórica de sus fuentes, con arreglo a un riguroso método crítico, en razón de lo cual continúa viviendo nuestra ciencia un espléndido neohumanismo.