

El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de F. K. von Savigny

Por JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA
UNED

Este tema es un problema epistemológico de primer orden a la hora de estudiar el pensamiento jurídico de F. K. von Savigny, en la medida en que constituye una interesante *pedra de toque* para la comprensión general de la doctrina historicista del Derecho savigniano. Sin embargo, también es uno de los más difíciles de tratar debido a la diversidad de interpretaciones existentes al respecto por parte de los autores que lo han abordado y a su escasa coincidencia en cuanto a los resultados, de ahí que pueda calificarse como uno de los más confusos en la abundantísima bibliografía en torno al jurista alemán.

En efecto, la gran proliferación de interpretaciones (algunas de ellas radicalmente contrarias entre sí) ha dado pie a multitud de conclusiones en la valoración de este problema en el pensamiento savigniano. Denominaciones como *criptoiusnaturalismo*, *positivismo científico-jurídico*, *iusnaturalismo conceptualista*, *iusnaturalismo metafísico-historicista* o *iusnaturalismo tácito*, por poner algunos ejemplos ¹ no dejan duda sobre el hecho de que se trata de un problema de gran complejidad y de difícil solución para el caso de Savigny.

¹ Estas denominaciones corresponden respectivamente a M. Hurtado Bautista, A. Ollero e I. Peidró (vid. HURTADO BAUTISTA, M., «Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny», *Anales de la Universidad de Murcia*, XVIII, 1, 1958-59, pp. 53-78; OLLERO, A., «Savigny: el legalismo aplazado», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Chile, vol. I, 14, 1979, pp. 543-586; DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1984, p. 264; y PEIDRÓ PASTOR, I., «La huella del Derecho natural en Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho*, op. cit., vol. II, pp. 449-494).

Contribuye a ello el que el propio Savigny no tratase directamente esta cuestión en su obra. No es un problema que preocupe a primera vista al autor alemán, de manera que no existe por su parte un pronunciamiento expreso al respecto ². Así pues, se puede afirmar sin temor a exagerar que estamos ante el que quizá sea el más polémico aspecto de la teoría jurídica de Savigny.

Asimismo, la causa de esta situación radica en buena medida también en la gran confusión que existe a la hora de determinar qué sea Derecho natural y cuáles sus características propias. Como afirma descorazonadamente M. Villey, bajo el término *Derecho natural* encontramos *une cinquantaine de sens* ³. La disparidad de interpretaciones tiene su razón, pues, en que se aborda este problema a veces sin tener suficientemente claros los presupuestos sobre los que se sustenta la valoración final, de manera que se trata sin establecer con anterioridad las bases sobre las que ésta se va a fundamentar. Es por ello que se impone realizar esta tarea en primer lugar.

1. LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL

1.A) El problema del Derecho natural

La expresión *Derecho natural* presenta la curiosa particularidad de haber sido utilizada por las tendencias y escuelas filosóficas más diversas ⁴. Ello se explica por el carácter marcadamente ambiguo que presenta la expresión. Esta ambigüedad se desprende del hecho de que, tanto el término *Derecho* como el término *natural*, presentan multitud de significados, cuyo número se amplía enormemente cuando se combinan ambos; además su larga Historia ha motivado que, según las épo-

² Como dice H. Welzel, por parte del jurista alemán «... una verdadera polémica con el Derecho natural no la hubo en realidad» (WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, trad. de F. González Vicén, Madrid, Aguilar, 1971, p. 170; cfr. también GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela histórica del Derecho», *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX-Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Universidad, 18-19, 1978-1979, p. 39).

Esta circunstancia puede ser ya interpretada como expresión de que, frente a la tradición iusfilosófica anterior, las preocupaciones de Savigny iban por otros derroteros y que, por tanto, no era el Derecho natural entendido en sentido *tradicional* o *clásico* (si se pueden emplear tales términos) el centro sobre el que iba a girar su reflexión. Sin duda, esto es una muestra de que, en relación con este problema, las cosas empiezan a cambiar, lo cual ha de tenerse en cuenta, por otra parte, a la hora de valorar el pensamiento de Savigny al respecto.

³ VILLEY, M., *Philosophie du Droit*, vol. II: *Les moyens du Droit*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1984, p. 115.

⁴ Desde la clásica *Escuela española de Derecho natural*, pasando por el racionalismo jurídico dieciochesco, hasta un autor como el sociologista E. Ehrlich, quien se sirvió de la expresión *natürliches Recht* para calificar su propia doctrina.

cas y autores, haya adoptado diversidad de significaciones⁵. Su pretensión de ser *el Derecho que proviene de la naturaleza* impone previamente, en la determinación de su concepto, la discusión en torno a *qué es naturaleza*, y en qué modo se hace posible de ella la deducción de preceptos rectores de la conducta humana⁶.

⁵ El concepto de Derecho natural procede de la Grecia clásica, sobre todo merced a la actividad filosófica de los sofistas, que fueron quienes introdujeron la expresión a propósito de su especulación en torno al *nomos* y la *physis*, contraponiendo lo convencional y artificial a lo natural. Se encuentra conceptualizado germinalmente en Platón (en el diálogo *Sobre las leyes*), en el sentido de una ley eterna y un Derecho divino que constituye la *razón* ordenadora del cosmos y del hombre; y se completa en su desarrollo por Aristóteles (en el libro V de la *Ética a Nicómaco*), entendiéndolo como *justo natural* que en todas partes tiene la misma fuerza y que no depende de la arbitrariedad del hombre, frente al *politikón dikaíon nomikón* o Derecho civil, que es propio de cada pueblo y que considera como *justo legal mutable*.

En la Jurisprudencia romana se acoge esta tradición iusnaturalista, sobre todo merced a Cicerón y Gayo, quienes recogen la idea aristotélica de Derecho natural y la colocan en un mismo plano objetivo que el *ius civile*, concretándolo en aforismos y brocardos que a veces resultan confundidos con el propio *ius gentium*.

El Cristianismo prosigue esta tradición fundamentándose en la existencia de un Dios creador, ordenador y legislador del Universo, del cual provienen todas las verdades fundamentales sobre las que asienta la concepción cristiana de la *Ley* y el teocentrismo jurídico que caracterizará el iusnaturalismo cristiano de todos los tiempos. Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, con su distinción entre *ley eterna*, *ley natural* y *ley positiva*, dotan de base doctrinal a este iusnaturalismo.

Posteriormente, la escolástica *Escuela española del Derecho natural* elabora una Filosofía del Derecho natural y de gentes junto a una Filosofía del Derecho internacional y otra del Derecho penal en estricta colaboración con la Teología. En referencia al Derecho natural, los teólogos-juristas españoles se vieron obligados a buscar un fundamento nuevo del mismo, bien en la *naturaleza humana* sin más, bien en la *razón* humana autónoma que no reconocer criterio superior. Con ello se negaba el entronque (tradicional en el iusnaturalismo cristiano) con el orden moral y con el orden ontológico universal regido por la ley eterna. Ello dio pie en un caso y otro a un Derecho natural *demasiado natural*, o bien *demasiado racional*, representados, respectivamente, por la Escuela protestante del Derecho natural y por el prerracionalismo de Grocio que desembocó en el racionalismo iusnaturalista iluminista y kantiano (Sobre la Historia del iusnaturalismo desde la Grecia clásica hasta principios del siglo XIX la bibliografía es inabarcable. Resultan interesantes: LIPP, M., *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeines Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1980; SERRANO VILLAFANE, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales*, 2.ª ed. Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977; FERNÁNDEZ-GALIANO, A. y CASTRO CID, B., *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho natural*, 2.ª ed., Madrid, Universitas, 1995; SANCHO IZQUIERDO, M. y HERVADA, J., *Compendio de Derecho natural*, vol. II: *Desde el Renacimiento hasta la actualidad*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Historia del pensamiento jurídico*, vol. I: *De Heráclito a la Revolución Francesa*, 7.ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 1992).

⁶ No debe olvidarse, como señala G. Robles, que el Derecho natural constituye también un problema fundamental, no sólo de la Filosofía jurídica, sino también de la Filosofía política, en el sentido de que está íntimamente vinculado al problema de la política jurídica; esto es, a la reflexión en torno al tipo de sociedad que se estima como idealmente justa y a su Derecho correspondiente. Ello lo incardina en el ámbito de la Ética, de forma que el Derecho natural pasa a ser también objeto de las preocupaciones de moralistas y teólogos, y no sólo de juristas. Aquí reside uno de los puntos fundamentales de confusión en torno a este problema en la medida de que en muchas ocasiones resulta difícil discernir en que ámbito conceptual y metodológico se mueven los autores que se ocupan de él. En palabras de G. Robles, «... constituye, pues, un *símbolo* cargado de resonancias, y respecto del cual

1.B) El concepto de naturaleza

Como ya se puso de manifiesto al hablar del concepto de *Derecho natural*, resulta imposible entender el concepto de *naturaleza* en toda su riqueza sin acudir a la Historia de la Filosofía. Ésta nos demuestra que, en la inmensa mayoría de sentidos que ha presentado ⁷, se encuentra íntimamente ligada al problema del *ser*, de manera que constituye un problema *ontológico* fundamental ⁸.

Debemos partir de la ontología aristotélica ⁹ y de su concepto de *physis* para establecer lo que M. Villey denomina como el *concepto clásico de Derecho natural*, en la medida en que su concepto de *naturaleza* es fundamental para tal determinación ¹⁰. Así, teniendo en cuenta que para el filósofo griego la ontología tiene como objeto central a los *seres naturales* del mundo *sublunar*, *physis* es: «... la esencia de los seres, que tienen en sí y por sí mismos el principio de su movimiento. La materia no se llama en efecto naturaleza, sino porque es capaz de recibir en sí este principio, y la generación, así como el crecimiento, sino porque son movimientos producidos por este principio. Y este principio del movimiento de las cosas naturales reside siempre en ellas, ya

es muy fácil confundir los diversos planos de tratamiento» (ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1988, p. 18).

⁷ Resultan de gran utilidad las exposiciones que realizan E. Wolf y R. Panikkar. Ambos ponen de relieve esta diversidad. Así, Wolf distingue *Natur als Originalität, als Kausalität, als Idealität, als Kreativlichkeit, als Realität*, etc..., y Panikkar habla de *naturaleza* como *nacimiento*, como *principio engendrante*, como *Dios*, como *forma*, como *esencia*, como *ser*, etc. (cfr. en general, WOLF, E., *El problema del Derecho Natural*, trad. de M. ENTENZA, Barcelona, Ariel, 1960; y PANNIKAR, R., *El concepto de Naturaleza. Análisis histórico y metafísico de un concepto*, 2.ª ed., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filosofía «Luis Vives», 1972, pp. 21 a 51).

⁸ Afirma Panikkar en este sentido: «No es sólo un problema preteológico o cosmológico, sino ante todo metafísico. El concepto de naturaleza (...) tiene todo el ámbito del ser y afecta a la raíz misma del problema nuclear de la metafísica (...). La cuestión de la naturaleza vista con toda su amplitud y generalidad es el problema del *ser* y del *sentido del ser*. En él se entroncan todas las visiones acerca del mundo, y su concepto es un constitutivo esencial de los distintos sistemas filosóficos» (PANNIKAR, R., *op. cit.*, pp. 2-3).

⁹ Arrancamos desde Aristóteles porque en toda su obra su idea de la *naturaleza* tiene una importancia fundamental (aparece en todos sus escritos) y sincretiza todas las acepciones que de ella imperaban en la Grecia clásica. Así por ejemplo, desde los filósofos jónicos de la naturaleza, pasando por Solón, los sofistas, Platón o por historiadores y médicos como Tucídides e Hipócrates tenían una conciencia clara de la importancia fundamental del concepto de *naturaleza (physis)* sobre todos los demás. Como dice W. Jaeger, «... los griegos tienen un sentido innato de lo que significa *naturaleza*» (JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Trad. de J. XIRAU y W. ROCES, 2.ª ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 9; y en general TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. I: *De los orígenes a la Baja Edad Media*, 3.ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1961, pp. 100 ss.).

¹⁰ No obstante, debe señalarse que fue Platón quien puso las auténticas bases del concepto aristotélico. Fundamentalmente, el platonismo trasplantó el concepto a un mundo trascendente, de manera que las cosas terrestres forman parte y participan de él, y lo imitan en su actividad. Sobre la base de este planteamiento formal, Aristóteles entiende que la verdadera naturaleza de las cosas se halla en los conceptos forjados por la mente; y estos conceptos tienen un carácter abstracto y general.

sea en potencia, ya en acto»¹¹. De las anteriores palabras, se puede inferir un concepto de *naturaleza* en Aristóteles como principio *individual* del movimiento que se encuentra dentro de cada ser, de manera que podrá hablarse desde ahora de *naturalezas* y preguntarse por una *naturaleza* de una determinada clase de seres, o de un ser particular, puesto que su *physis* es suya y de ningún otro ser más. De esta noción, el Estagirita deduce que el hombre (como *ser* que es) vive sometido al imperio del orden *natural*, de manera que nuestro cuerpo no difiere de los del resto de los animales.

Asimismo, para Aristóteles el cuerpo no está radicalmente separado del espíritu: cuando yo envejezco no significa sólo que pierdo mis cabellos, sino también la memoria. Esto es consecuencia del orden natural. La prueba de ello se encuentra en la psicología, los caracteres y en los modos de vivir del hombre con total constancia y regularidad. Las situaciones típicas de valentía, bestialidad, inteligencia, templanza o ignorancia se dan en todo tiempo: son fenómenos *naturales* sobre los que se puede edificar una teoría de las virtudes y los vicios; en definitiva, una *moral natural*.

Por otra parte, Aristóteles observa la existencia natural de *comunidades* humanas; en concreto, la familia y la ciudad. La primera cambia a través de los tiempos como cambia todo ser natural¹² y puede ser más

¹¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. de P. DE AZCÁRATE, 12.ª ed., Madrid, Austral, Espasa Calpe, 1988, p. 136.

Más tarde la Escolástica reformularía este concepto en el célebre aforismo: *Natura est principium motus et quietis eius in quo est, per se primo, et non secundum accidens* («Naturaleza es el principio último de toda energía, intrínseco al ser de que se trata y que es en él algo sustancial y no un mero accidente»).

Una buena exposición del concepto de *naturaleza* en Aristóteles se encuentra en: NESTLÉ, W., *Historia del espíritu griego. Desde Homero hasta Luciano*, trad. de M. Sacristán, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1975, pp. 203 ss.

¹² En Aristóteles tiene una gran importancia la idea de *cambio* (*kinesis*). Ésta tiene por objeto el *movimiento*, entendido este término en su sentido más amplio: no sólo como movimiento *local* (cambio de lugar en el espacio), sino también en el sentido de alteración cualitativa (génesis, crecimiento y corrupción).

En este sentido, existen seres inmutables, como las entidades matemáticas, como el círculo o el cuadrado, que son entes de razón; o los astros, cuya trayectoria *circular* era tenida por invariable, atribuyéndosele una esencia divina. Sin embargo, como se apuntó *supra*, Aristóteles fija su atención en el mundo de aquí abajo, lo que el llama mundo *sublunar*, de tal manera que la Astronomía no forma parte de la Física. Las *cosas naturales* (*ta physei onta*) tienen como carácter específico y fundamental el de la movilidad (*dynamis*).

Esta movilidad es de carácter *interno*. El paradigma es la planta: nace a partir de una semilla y produce una rosa que muere. El ser *natural* es un ser vivo y corruptible que se mueve y cambia por sí mismo. Si el crecimiento de las plantas está condicionada por el clima, las estaciones, el sol y la lluvia, quiere decirse que está ordenado por una fuerza *interna*. Aquí reside la oposición entre la génesis espontánea de las cosas naturales y la producción de los objetos *artificiales* que fabrica el hombre, en los que el movimiento está regido por una causa externa. Este dinamismo *natural* se halla presente también en el hombre y en los grupos humanos (familia o *polis*) en tanto que son *naturales*.

A su vez, este dinamismo de las cosas *naturales* tiene un fin (*telos*) determinado, y tiene también un *sentido*: la tendencia al *orden*. En consecuencia, en el seno de la naturaleza se encuentra el *Bien* (*agathon*). Según Aristóteles, esto es un hecho perfectamente *observable*: la semilla produce el árbol, las flores y los frutos. Por tanto, el *Bien* es una

o menos amplia. Con respecto a la ciudad, la cual entiende como comunidad política (*polis*), considera que tiene también un origen natural, y los organismos que ella desarrolla (gobierno, jueces, etc.) son fenómenos *naturales*. De esta manera, no existen tantas diferencias entre las sociedades humanas (aun cuando en ellas exista una mayor diversidad) y las sociedades de animales tales como abejas u hormigas. Así pues, el orden *natural* llega también a la vida política y al Derecho¹³.

1.C) Significados del término *Derecho natural*

Como dice G. Robles, todos los significados del término *Derecho natural* pueden ser reducidos a dos grandes categorías: el *Derecho natural como postura epistemológica* y el *Derecho natural como contenido de tal postura*. En este segundo sentido, sería un conjunto de principios de carácter ético-social que tienen como objetivo el influir en la estructuración jurídica de una determinada sociedad o de toda sociedad existente. Estos dos aspectos no son separables, ya que, en palabras del autor, «... todo contenido de pensamiento necesariamente ha sido o es pensado desde una determinada opción gnoseológica, y toda opción gnoseológica produce –por hablar en sentido metafórico– el contenido respectivo»¹⁴.

De las dos concepciones hay que preguntarse sobre cuál es el aspecto fundamental, el que define el carácter propio de una u otra. Si se considera que lo decisivo es el contenido, el problema del *Derecho natural* estaría ligado al problema de la justicia: *Derecho natural* sería teoría de la justicia¹⁵. En cambio, si se estima que el aspecto funda-

parte integrante del ser, como su causa final o formal; lo que más tarde Santo Tomás de Aquino ilustraría con sus famosos brocardos *Ens et bonum convertuntur* y *Bonum est in re* (los estudios en torno a la Física aristotélica son también muchísimos; no obstante merecen considerarse en general: JAEGER, W., *Aristóteles: bases para la Historia de su desarrollo intelectual*, trad. de J. GAOS, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993; JUDSON, L. (ed.), *Aristotle's Physics: a collection of essays*, Oxford, Clarendon Press, 1995; MANSION, A., *Introduction à la physique aristotélicienne*, 2.ª ed., Louvain, Ed. de L'Institut Supérieur de Philosophie, 1946; SOLMSEN, F., *Aristotle's system of the physical world: a comparison with his predecessors*, Ithaca, New York, Cornell University press, 1960; WATERLOW, S., *Nature, change and agency in Aristotle's physics: a philosophical study*, Oxford, Clarendon Press, 1982; y WIELAND, W., *Die aristotelische Physik. Untersuchungen über die Grundlegung der Naturwissenschaft und sprachlichen Bedingungen der Prinzipienforschung bei Aristoteles*, 2ª Aufl., Göttingen, Vandenhoeck and Ruprecht, 1970).

¹³ Es famosa la caracterización que del hombre hace Aristóteles como *animal político* (*zoón politikón*). El sentido de esta concepción se encuentra en que, como afirma J. Habermas, para Aristóteles la realización de la naturaleza humana depende directamente de la *polis* (cfr. HABERMAS, J., *Teoría y praxis. Estudios de Filosofía social*, trad. de S. MAS TORRES y C. MOYA ESPÍ, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 50).

¹⁴ Para la consideración de este tema seguimos básicamente el esquema propuesto por G. Robles al entender que sintetiza esta problemática de manera ejemplar (*vid. Robles, G., op. cit.*, p. 19).

¹⁵ Si se identifica *Derecho natural* con la idea de justicia sin más se pierde la capacidad para entender el proceso histórico de esta concepción filosófica en torno al

mental para calificar a una determinada estructura de pensamiento como *iusnaturalista* es su configuración desde el punto de vista epistemológico, no se entra a argumentar a favor o en contra de su contenido ni de su carácter y validez como *teoría*, sino que se persigue sólo indagar y descubrir los rasgos de dicha teoría del conocimiento; se trataría, pues, de describir la estructura que subyace a *cualquier* teoría del Derecho natural. De esto se deduce que existe una estructura formal común a todas las diversas formas en que se ha expresado la doctrina del Derecho natural, de manera que si se pretende calificar a una determinada concepción del Derecho como *iusnaturalista* deberá discutirse sobre si la estructura que constituye la forma de pensar propia de ella encaja o no en la estructura anteriormente establecida como *común*. Así pues, se puede afirmar la existencia de algo que puede ser denominado *iusnaturalismo* y de lo que se puede llamar *iusnaturalismos*, entendiendo el iusnaturalismo en singular como lo común a los iusnaturalismos en plural ¹⁶.

1.D) Caracteres del Derecho natural

De la epistemología *iusnaturalista* pueden ser predicados los siguientes rasgos característicos: *a)* la unión del ser y del deber ser o, en otras palabras, de la naturaleza y el valor; *b)* el Derecho natural como objeto propio de análisis científico; *c)* el dualismo jurídico; y *d)* posibilidad de conocimiento humano del Derecho natural.

a) La unión del ser y del deber ser. El *iusnaturalismo* parte de una concepción metafísica del ser que se corresponde con lo *trascendente* y lo *ideal*. El ser no es lo que aparece empíricamente ante nosotros, sino la esencia que está detrás de la apariencia sensible; o lo que es lo mismo, su *naturaleza* ¹⁷.

Derecho que es la *iusnaturalista*. Asimismo, tampoco se está en condiciones de comprender el sentido último del positivismo y, en consecuencia, de entender el problema de los valores desde una perspectiva analítica. Esto se justifica en la medida en que para esta concepción el *Derecho natural* no es otra cosa que un modo de entender el fenómeno jurídico, un modo de aproximación intelectual al Derecho; en tanto que sólo de manera secundaria constituye un conjunto de principios prácticos de carácter ético-social. Así entendido, el Derecho natural es, pues, una filosofía del Derecho, y no un Derecho.

¹⁶ En definitiva, se trata de diferenciar entre doctrina del Derecho natural (como teoría) y Derecho natural, como objeto de dicha teoría; en otras palabras, entre Derecho natural como metalenguaje y Derecho natural como lenguaje objeto (Sobre esta distinción, *vid:* KAUFMANN, A., «Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus», en *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt am Main, Athäneum, 1972, pp. 68 y 69; VERDROSS, A., *Statisches und dynamisches Naturrecht*, Freiburg, Rombach, 1971, pp. 14 y 15; y en España: PUY, F., *Lecciones de Derecho natural*, vol. I: *La ciencia del Derecho natural*, Santiago de Compostela, Porto y Cia., 1967, pp. 14 y 15).

¹⁷ Como ya vimos a propósito del concepto clásico de naturaleza, cuando el *iusnaturalismo* se refiere a *naturaleza* pretende expresar que ésta no tiene nada que ver con lo artificial, que se encuentra en un nivel distinto al mero arbitrio o voluntad humanas.

Así pues, en el ámbito del Derecho este esquema que identifica *ser* y *deber ser* se manifiesta en que el ser del Derecho (el que verdaderamente es: la unión de *ser* y *deber ser*) no está en el Derecho positivo (el Derecho puesto por los hombres, por lo tanto dependiente de su arbitrio), sino un Derecho trascendente que es expresión de la verdadera naturaleza de las relaciones humanas. De manera que este Derecho trascendente no es sólo el verdadero Derecho (su realidad auténtica), sino también el Derecho que *debe ser* (el Derecho ideal: el Derecho *justo*).

b) *El Derecho natural como objeto propio de análisis científico.* El objeto científico del iusnaturalismo es el Derecho natural, es decir, el Derecho *justo e ideal*. Ello deriva de la característica anterior: desde el momento en que se considera al Derecho natural como encarnación de la unidad esencial entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho, el conocimiento científico-filosófico de éste debe centrarse en su estudio, ya que es el verdadero y auténtico Derecho. En este sentido, el Derecho positivo queda relegado a un segundo plano, puesto que el objeto fundamental de la *ciencia del Derecho natural* (en el sentido escolástico de *scientia*) ha de ser forzosamente ese Derecho trascendente e ideal que no sólo es, sino que también constituye expresión del *deber ser*¹⁸.

c) *Dualismo jurídico.* La primacía del Derecho natural no excluye la existencia del Derecho positivo (o humano). Ahora bien, si éste quiere llamarse verdaderamente *Derecho* tiene que estar de acuerdo con las exigencias del Derecho natural, de manera que se admite la existencia de dos *Derechos*: el natural y el positivo¹⁹.

En determinadas formas de iusnaturalismo lo *natural* es concebido como sinónimo de lo permanente, lo inmutable y lo *necesario* (recuérdese la definición aristotélica expuesta en la *Metafísica* de la *necesidad* y de lo *necesario* como «... aquello que es la causa cooperante sin la cual es imposible vivir (...). La necesidad es por consiguiente (...) aquello en cuya virtud es imposible que una cosa sea de otra manera». ARISTÓTELES, *op. cit.*, pp. 136-137). Efectivamente, la existencia de iusnaturalismos que no tienen una concepción de la *naturaleza* como algo inmutable y eterno (esto es, una concepción entera y genuinamente aristotélica), sino como una realidad que puede ser susceptible de cambio, corroboran la idea de que la *naturaleza* es entendida aquí como lo que se contrapone a la apariencia (lo que el hombre capta empíricamente a través de sus sentidos) y al arbitrio o voluntad humanas (lo que el hombre quiere o desea: a su *capricho*).

Asimismo, el hecho de que se identifique con lo *ideal* significa que la naturaleza es lo que *debe ser*. Ello supone que la naturaleza no constituye sólo el ser en sí perfectamente construido, sino también el ser como valor en su plenitud, de manera que ser y valor se identifican totalmente.

¹⁸ Tras la crítica positivista este panorama se complica enormemente, ya que el iusnaturalismo pasa a reconocer determinadas aportaciones de aquél (como por ejemplo la existencia de nuevas y múltiples formas de conocimiento jurídico tales como la Sociología jurídica, la Dogmática jurídica, etc.) y reserva para la reflexión filosófica en torno al Derecho el problema de la justicia, en donde el iusnaturalismo ubica el problema del Derecho natural. De esta manera, se introduce por determinados autores (fundamentalmente N. Bobbio) la posibilidad de ser positivista en el ámbito de la Ciencia del Derecho y iusnaturalista en el filosófico o ideológico. Es lo que se ha venido en llamar *Derecho natural deontológico* o *Teoría deontológica del Derecho natural*.

¹⁹ Este rasgo es el que R. Hernández Marín entiende como definidor de lo que él denomina como *tesis iusnaturalista*. Según el autor: «... para toda entidad jurídica positiva existe un Derecho natural del cual deriva o en el cual se inspira (...). O lo que es lo mismo: para toda entidad positiva, si no existe un Derecho natural del cual derive no es

d) *Posibilidad de conocimiento humano del Derecho natural.* El hombre puede conocer fácticamente el contenido material del Derecho natural aunque no haya sido él su autor. Ello quiere decir que el hombre tiene esta *posibilidad*, lo cual no implica que siempre se lleve a efecto tal extremo, puesto que depende de la concepción que se tenga de *hombre* y del modo en que se entienda el Derecho natural ²⁰.

Sin duda, la característica más importante es el dualismo jurídico, puesto que alrededor de ella se estructuran las demás. La Historia del iusnaturalismo lo demuestra: para los griegos el dualismo se expresa en la distinción entre *physis* y *nomos*, en el Medievo en la distinción entre *ius naturale* y *ius positum* y en la Modernidad en la contraposición entre *razón* (como *libertad*) y *coacción*. En los tres casos, el segundo elemento (*nomos*, *ius positum*, *coacción*) posee una connotación peyorativa con respecto al primero, considerándose por los distintos autores como elementos secundarios e imperfectos, por entender que es el primero el que verdaderamente ha de centrar la atención de quien pretenda *conocer* el Derecho natural. Por tanto, he aquí la base sobre la que se sustenta la epistemología común a toda doctrina del Derecho natural.

2. LA CUESTIÓN DEL DERECHO NATURAL EN LA DOCTRINA HISTORICISTA DEL DERECHO DE SAVIGNY

Ya se adelantó que Savigny no combatió directamente el Derecho natural racionalista, sino que simplemente lo ignoró o silenció. El jurista alemán se limitó a contraponer al iusnaturalismo racionalista una concepción totalmente opuesta de la Ciencia del Derecho y de su objeto, de manera que no afrontó el problema del Derecho natural de manera expresa o directa. Esta circunstancia condiciona en grandísima medida el tratamiento de esta cuestión en Savigny, puesto que se trata de un problema meramente doctrinal y su resolución depende casi exclusivamente del punto de vista que adopte el intérprete de su doctrina a la hora de abordarlo. Por tanto, parece lo más adecuado examinar en primer lugar las más importantes opiniones aportadas por los autores que lo han estudiado.

jurídica; o también: las entidades positivas que no derivan de un Derecho natural no son jurídicas» (HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 63). Esta idea tiene su origen en Platón, en concreto en el dualismo que plantea el binomio *realidad-idea*.

He aquí el rasgo fundamental en que coinciden los autores que han abordado esta problemática (vid. por ejemplo: BERGBOHM, K., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, vol. I: *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, p. 145; Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Trad. de M. Nilve, Buenos Aires, Editora Universitaria, 1977, pp. 106 y 107; y ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Eudeba, 1970, pp. 232 y 233).

²⁰ Esto está vinculado directamente con el modelo de hombre que se considera en cada período histórico del iusnaturalismo como el que puede acceder a ese conocimiento.

En este sentido, hay dos grandes líneas de interpretación: la que considera que Savigny no rompió con la tradición iusnaturalista anterior, hasta tal punto que no sólo no superó el Derecho natural racionalista ²¹, sino que propició su transmisión a la Ciencia jurídica posterior ²²; y la que estima que Savigny es en la reflexión iusfilosófica, como pone de relieve (irónicamente) A. Ross, «... el San Jorge de la Ciencia jurídica alemana, que derrotó al dragón del Derecho natural» ²³.

– *Argumentos en favor del iusnaturalismo de Savigny.* Los autores que defienden esta postura emplean argumentos de diversa índole para justificarla. Los más comunes e importantes son los siguientes:

a) *Desde el punto de vista de su doctrina en torno al origen del Derecho y de su teoría de las fuentes.* En este orden de ideas, se señala que la doctrina de surgimiento del Derecho en el *Volksgeist* responde a un intento de determinar de manera científica (natural-causal) el origen del Derecho, subordinando, pues, el proceso de aparición de aquél a una suerte de *legalidad* científica de carácter sociológico-natural. El método empleado para ello por Savigny es de carácter empírico, en la medida en que son los hechos los elementos centrales en la investigación. Desde el momento en que se considera que el Derecho natural no precisa su manifestación como fenómeno empírico, sino que atañe a la problemática de si existe o no para quienes han de establecer para el Derecho una causa básica y determinante de valor universal que constituye un elemento *a priori*, ha de admitirse que lo que al legislador pudiera afectarle empíricamente resulta completamente indiferente a sus relaciones con ese elemento apriorístico y, por tanto, éstas no se excluyen en absoluto ²⁴. Esto supone que Savigny no ha desechado en última instancia la posibilidad de un Derecho natural en estos términos, a pesar de que su preocupación preferente haya sido la investigación de los factores (los hechos) que influyen positivamente en la conformación de la organización jurídica de un pueblo ²⁵.

²¹ Cfr. por ejemplo R. Stammler, quien afirma taxativamente que «... es un hecho incontestable que los corifeos de la Escuela histórica del Derecho no nos han dado una refutación científica de la cuestión del Derecho natural» (STAMMLER, R., «Sobre el método de la teoría histórica del Derecho», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., I, p. 108).

²² Cfr. en este sentido por ejemplo: BERGBOHM, K., op. cit., pp. 507, 521 y 525.

²³ ROSS, A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1929, p. 129.

²⁴ Señala Stammler (el principal valedor de esta opinión) a este respecto: «Del mismo modo la idea de la virtud en su realidad es por completo independiente de la cuestión de si podrá existir jamás un hombre completamente virtuoso, y no por la negativa de esto último (que en verdad tampoco podría probarse) habría de ser aquella idea una pura fantasía» (STAMMLER, R. «Sobre el método...», op. cit., p. 117).

²⁵ A este respecto, afirma con cierta sorna Stammler: «... la Escuela puramente histórica del Derecho, al declarar que no quería ocuparse de esa duda [el problema del Derecho natural, se entiende], que nada tenía que ver con ella, que desde su punto de vista no existía tal cuestión, le pasó como a aquel hombre que recibió admirado la condena en rebeldía porque él no quería tener un pleito» (*ibidem.*, p. 123).

Asimismo, en el *Sistema del Derecho romano actual*²⁶ se refiere Savigny a las normas jurídicas que no tienen su origen, ni en el elemento general del Derecho popular, ni en su elemento individual, sino en la *utilitas*. Estas normas son calificadas por el autor como *Derecho anormal, contra rationem iuris*. En estas afirmaciones se ve una proyección de la doctrina iusnaturalista de la *corrupción de ley* de Santo Tomás de Aquino, la cual básicamente se daba en la ley humana que no se inspiraba en el Derecho natural.

Con respecto a aspectos concretos de la teoría savigniana de las fuentes del Derecho, se ha puesto de relieve el papel central que ocupa en el primer Savigny (especialmente en su *Metodología jurídica*) la ley y el Estado-legislador como fuentes del Derecho, y por ello el iusnaturalismo que de fondo impregna la doctrina historicista del Derecho savigniana. Según M. Fioravanti (defensor de esta tesis), los términos *Jurisprudenz*, *Rechtswissenschaft* y *Gesetzgebungswissenschaft* son tratados por el jurista alemán con total indiferencia en cuanto a sus respectivos significados. Por el contrario, los términos *Derecho* y *ley* coinciden en el sentido de que reduce el primero al segundo, de manera que la ley es considerada por Savigny como la única fuente del Derecho, circunscribiendo la actividad interpretativa a ella y declarándose contrario, pues, a la interpretación extensiva y restrictiva de la ley, sin admitir el criterio teleológico. En este sentido, Savigny se lamenta, a propósito del ejercicio del poder legislativo por muchos Estados alemanes, de una cierta inercia que ha propiciado el hábito justamente contrario a estos tipos de interpretación en la praxis; esto es, una tendencia excesivamente creativa. Esta situación para Savigny resulta peligrosa en la medida en que genera una gran confusión en el ámbito de las fuentes del Derecho y en la propia convivencia social. El remedio a esto lo ve en la ley, ya que ésta constituye el punto de apoyo más adecuado para imponer la *objetividad* en este terreno por su capacidad racional de constituirse en elemento regulador de la convivencia. En esta actitud ve Fioravanti una influencia clara del iusnaturalismo alemán (de la sistemática wolffiana en concreto), en cuanto que es una resonancia del mito iluminista alemán de la racionalidad y de la plenitud de la ley, considerada por él como forma necesaria de organización²⁷.

²⁶ SAVIGNY, F. K. von; *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, pp. 52 y 53. Sostiene esta tesis DUFOUR, A., «Droit et Langage dans l'École historique du Droit», *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1974, pp. 174 y 175; y HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, pp. 83 y 86.

²⁷ No obstante, el comentarista italiano puntualiza que el problema que presenta su interpretación ha de ser valorado en la medida en que pueda ser comprendido el verdadero significado del término *iluminista* en la Alemania de 1802. En este contexto, la ley es expresión coherente de la *racionalidad*, la cual es considerada como un orden natural y necesario.

Aquí juega un papel fundamental la comprensión de las relaciones que existen entre Kant y Savigny. Ambos comparten en este aspecto su rechazo a la intervención del Estado en los mecanismos de autodesarrollo de la sociedad, pues sienten que tal intervencionismo conlleva la introducción del arbitrio y la subjetividad en la esfera de la certeza y de la objetividad, ya que ambos confían en la capacidad de autorregulación de la sociedad y en el orden ético-jurídico en ella insito. Ello explica la preferencia de Savigny por el Derecho pri-

Por otra parte, en cuanto al papel de la legislación se ha argumentado a favor del iusnaturalismo de Savigny basándose en el hecho de que el jurista alemán la entendiese (sobre la base de unas afirmaciones realizadas en 1819 en unas lecciones dictadas por él) como el medio para fijar el *esencial e invisible* Derecho popular²⁸; es decir, el Derecho natural.

b) *Desde el punto de vista de las relaciones entre Historia y sistema en su doctrina, y de su noción de sistema.* En la doctrina savigniana del Derecho los dos polos básicos son la preocupación por la historicidad del Derecho y la atención hacia la organización y ordenación del pensamiento científico-jurídico, de tal manera que la doctrina historicista de Savigny constituye una síntesis de ambos principios²⁹. El primero de

vado, como expresión privilegiada de esta capacidad de autoregulación y, en última instancia, de realización de este orden racional. Aquí se encuentra la explicación del anti-iluminismo que de hecho caracteriza a Savigny. El dogma de la plenitud y racionalidad de la ley comporta una consecuencia fundamental desde el punto de vista político: la posibilidad e intervención por parte del Estado para transformar lo existente según una determinada voluntad política. Este argumento no es admitido por Savigny y es en este sentido, pues, en el que Savigny es profundamente anti-iluminista: su kantismo, en 1802, prefigura la posterior hegemonía cultural del Romanticismo (cfr. FIORAVANTI, M., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 21, 22, 25 ss.).

²⁸ Afirma Savigny al respecto en palabras recogidas por E. Ehrlich: «El único objetivo de la legislación debe ser necesariamente el de fijar de esa manera el esencial e invisible Derecho del pueblo. Desgraciadamente, muchas legislaciones no han obrado así y, como consecuencia, el Derecho ha sido mortificado muchas veces en su esencia» (cit. por HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, p. 83).

²⁹ Ilustrativas al respecto resultan las siguientes palabras de Savigny sobre lo que consideraba que debía ser un tratado *sistemático* en torno a lo que él entendía por *Derecho romano actual*: «Desde mi punto de vista, la condición esencial de una obra de este tipo es la de penetrar y tratar de poner en claro cuál es el vínculo íntimo y las afinidades que hay entre todos los conceptos y normas jurídicas, y que conforman su gran unidad» (SAVIGNY, F. K. von, *System des heutigen römischen Rechts*, *op. cit.*, p. XXXVI).

En el iusnaturalismo racionalista predominaba una idea de sistema basada en la elección de los principios del mismo por parte del iusnaturalista, en razón de lo que él consideraba como datos de la realidad objetiva (naturaleza o Derecho positivo), de manera que elegir, en el ámbito científico, constituye una forma de crear. Pero no basta con la elección; además los nombra, los define y los divide, como si realmente dijera algo de lo definido y no de las palabras que define; como si escindiera verdaderamente un fragmento del mundo, y avanzara en su conocimiento. Así pues, a partir de tales principios, la configuración del sistema comporta la sustanciación de inversiones epistemológicas por deducciones. Al final el sistema resulta ser un sistema de conceptos, y este conceptualismo será absolutamente decisivo para el saber jurídico posterior. En consecuencia, la realidad empírica nunca pudo ser esgrimida contra la razón quintaesenciada en la forma del sistema (axiomático) y el sistema quedó libre para desarrollarse y tener vida propia sin necesidad de preocuparse de otra cosa que de sí mismo.

Esta noción de sistema significa la continuidad con respecto a la existente hasta entonces en la tradición jurídica occidental, de tal forma que va a presidir la idea de sistema en que se basaron los codificadores. Así, para éstos se produce un *reencuentro* entre el sistema y la realidad normativa por mor de aquél. Ahora bien, tal realidad no constituye todavía el punto de partida para la sistematización, sino su *continente*. Los patrones sistemáticos tienen una existencia a priori respecto de lo que sistematizan. Vienen a ser una forma impuesta (o puesta) a lo informado, ya que la imposición no es forzada. En consecuencia, la sistematicidad del sistema y la realidad normativa, si bien con orígenes distintos, pudieron de este modo interpenetrarse en una relación dialéctica que culminaría con un nuevo sentido de la sistemática en Savigny.

ellos representa una novedad fundamental en la Historia del pensamiento jurídico, en tanto que el segundo es deudor del iusnaturalismo. En este sentido, se afirma que la epistemología jurídica savigniana se encuentra vinculada a la tradición sistemática iusnaturalista. La introducción de la experiencia en la sistematicidad a través del elemento histórico reduce en gran medida el carácter apriorístico que presenta dicha sistematicidad, y sirve para que el sistema tenga en cuenta la índole plural, variada e interdependiente de la realidad, de tal manera que el sistema es en sí mismo realidad. Esta concepción no implica una ruptura epistemológica con el iusnaturalismo racionalista precedente, ya que, además, Savigny se basa en buena medida en las sistematizaciones de Thibaut, del pandectista Heise y, en última instancia, en los discípulos de Wolff, Darjes y Nettelbladt, y en la metodología y sistemática de Puffendorf³⁰.

En esta transición jugó un papel fundamental el racionalismo kantiano. La gran importancia que con Kant adquiere el concepto de *forma* como constitutivo del concepto de *ciencia* jugó un papel primordial en la idea de ciencia savigniana. Como señala A. Schiavone, «... la *forma* es el dios escondido de la nueva razón jurídica (...): en Savigny la presencia del concepto de *forma*, aun cuando no recurra explícitamente a la palabra, condiciona de modo decisivo el estatuto de los conceptos de *método* y de *sistema*». Es por ello que en Savigny el concepto de *forma* reducido sólo a formalismo pasa a ser totalmente dominante. Así, prosigue el autor italiano, «... un constructivismo que en Kant se presenta sin duda desvaído y menor, formalista y sistematizante, se convierte -erradicado del conjunto de la reflexión que la contenía- en el alma misma del método de Savigny» (SCHIAVONE, A., *Los orígenes del Derecho burgués. Hegel contra Savigny*, trad. de A. BAFFI y H. KANEMANN, Madrid, Edersa, 1986., pp. 60 y 65).

Asimismo, Kant criticó el método del Derecho natural racionalista, aunque las críticas las dirigió más hacia su fundamentación epistemológica que hacia sus propósitos sistemáticos. El peculiar racionalismo kantiano pasa a ser ahora la nueva fuente del sistema. Su fundamento explícito pasa de la naturaleza a la razón. Todavía más: no ya la razón es la fuente del sistema, sino también de lo sistematizado (el Derecho). Dado el Derecho, como cualquier objeto de la ciencia, la organización sistemática de su conocimiento era una exigencia impuesta por la razón. En la tensión constante entre realidad y sistema, el sistema prevalece; no al margen de la realidad, como antes, sino frente o junto a ella. De este modo, según Kant, el sistema es *la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea*. Ello dio lugar a la construcción del Derecho en un sistema lógico de principios absolutos e inmutables fundados en la razón, es decir, en la ciencia misma, así como la desvinculación del sistema con respecto a la Historia.

En consecuencia, esta noción de sistema en Savigny supone la definitiva unión entre sistema y realidad; heredera de la sistemática anterior. Como dice A. Hernández-Gil A.-Cienfuegos, «... si bien el tránsito fue, lógicamente, gradual y la Escuela histórica parte de las realizaciones sistemáticas precedentes, y en gran medida las asume, ahora el sistema se fundamenta en la realidad misma; en ella encuentra la sistematicidad su origen: la forma impuesta a la materia jurídica ha acabado por depender de lo informado hasta cierto punto al menos» (HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, A. «La noción de sistema en Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales, op. cit.*, vol. I, pp. 293 a 303).

Sobre la noción de sistema en Savigny, vid. por ejemplo: HANISCH ESPÍNDOLA, H., «Sentido de las instituciones y del sistema jurídico en F. C. von Savigny», *ibidem*, pp. 421-447; LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Ariel, 1994; ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX, 1976-77, pp. 57-81).

³⁰ Cfr. WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. de F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Madrid, Aguilar, 1957, p. 342. Sobre el modo en que se produjo la

Asimismo, la concepción savigniana del sistema como *methodus disponendi* es reflejo también del iusnaturalismo racionalista, concretamente de la sistemática de Leibniz. La sistemática entendida como *modo de disponer* resulta a todas luces congruente con el racionalismo y con la sistemática iusnaturalista.

Por otra parte, en Savigny el sistema se presenta como *conjunto de fenómenos reales* que forman un organismo, y no como *cualidad* que hace de tal conjunto un organismo, de manera que entiende el sistema en sentido *material*. Sin embargo, cuando Savigny atiende a la función específica de la Ciencia del Derecho, y deja entrever que crea verdaderamente un sistema que no es sólo un reflejo de la realidad, parece adoptar un sentido de sistema de carácter formal, en la medida en que el sistema sería elaborado por la ciencia en cuanto *forma*; es decir, en cuanto orden o criterio determinante de la sistematicidad. En este sentido, Savigny estaría vinculado con la tradición iusnaturalista de corte racionalista, puesto que la realidad, que prevalece siempre en la concepción de los elementos del sistema (en el material ordenado), no lo hace en tal grado en la forma de su disposición sistemática (en la ordenación de ese material) ³¹.

Finalmente, Savigny es iusnaturalista en lo referente al conceptualismo de su sistemática. En la medida en que la relación jurídica presupone el sistema, y este sistema es de instituciones jurídicas (las cuales, como tipos, tienden a la abstracción y se organizan según un modo *conceptual*), no resulta ser la conexión *orgánica* de las instituciones, sino la conexión *lógica* de los conceptos (de carácter abstracto y general) lo que otorga forma al sistema. En este aspecto tampoco rompe Savigny con la tradición iusnaturalista: la relación jurídica que se describe en el lenguaje de las normas está en la realidad; pero en la medida en que la descomposición de sus elementos es expresión y tiene como exigencia el *sistema*, Savigny se eleva desde la realidad a conceptualizaciones que remiten directamente a la sistemática racionalista del iusnaturalismo ³².

Se ha argüido en favor del iusnaturalismo de Savigny en este aspecto de su metodología basándose en la consideración de que las ideas del jurista alemán suponen un avance y un perfeccionamiento en el desa-

recepción de la sistemática iusnaturalista por Savigny por esta vía, *vid.* WILHELM, W., *Metodología jurídica en el siglo XIX*, trad. de R. BETHMANN, Madrid, EDESA, 1980, pp. 54 a 56.

³¹ Algunos autores califican esta tendencia de *iusnaturalismo formalista* (siguiendo la terminología de K. Bergbohm: *formaler Naturrechtler*), en el sentido de que la Ciencia jurídica debe tener un carácter lógico-sistemático. Esta pretensión de unidad lógica del sistema era la misma que en el siglo XVIII habían intentado satisfacer los iusnaturalistas (cfr. ROTHACKER, E., «Savigny, Grimm, Ranke. Ein Beitrag zur Frage nach dem Zusammenhang der historischen Rechtsschule», *Historische Zeitschrift*, 128, 1923, p. 422; BÖCKENFÖRDE, E., «Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts», *Collegium Philosophicum. Studien J. Ritter zum 60. Geburtstag*, Stuttgart, 1965, pp. 19 a 24; FASSÒ, G. *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 3 (s. XIX-XX), trad. de J. F. LORCA NAVARRETE, Madrid, Pirámide, 1988, p. 55; y DUFOUR, A., «Droit et Langage dans l'École historique du Droit», *op. cit.*, pp. 175, 179 y 180).

³² Cfr. HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, A., *op. cit.*, pp. 314, 320, 321, 332, 348, 373 y 374.

rollo de lo que viene en llamarse *parte general*, elaboración que como se sabe corresponde fundamentalmente a la tradición sistemática iusnaturalista³³.

c) *Desde el punto de vista de su teoría de la interpretación.* Cuando al hilo de su concepción en torno a la interpretación jurídica³⁴ Savigny se refiere a la interpretación de las leyes *defectuosas* y de las que contienen *expresiones erróneas* afirmando la necesidad de interpretar no sólo éstas, sino también las que puedan parecernos absolutamente claras (en contra del viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*), se pone de manifiesto, en palabras de A. Ollero, el *iusnaturalismo conceptualista* que de fondo impregna toda su doctrina jurídica. Desde el momento en que el jurista alemán se preocupa de las *leyes defectuosas*, está aludiendo a un aspecto *patológico* y por tanto, admitiendo implícitamente la existencia de un modelo o patrón que resulta realizado de manera incompleta o insuficiente; esto es, de un tipo de *ley perfecto o ideal* (de una suerte de *concepto de ley*) con el que no vendría a coincidir. Aquí se parte de que la interpretación implica la aproximación progresiva del supuesto de hecho general previsto y el hecho particular concreto, en aras de hacer confluír de forma ponderada la consecuencia práctica que se deriva del texto legal y la norma que el caso concreto propone desde su exigencia particular de solución, a través de un proceso circular de acercamiento, y con el fin último de no llegar al conflicto que supondría, bien la quiebra frontal con la ley en aras del *Derecho libre*, bien una solución inadecuada y desajustada del caso en aras de la, en palabras de Ollero, *summa lex*³⁵.

d) *Desde el punto de vista del fundamento último del Derecho para Savigny.* Se aduce aquí que para Savigny existe un orden ético objetivo que actúa como fundamento último del Derecho (de cada Derecho particular, se entiende), y que ese orden ético es la moral cristiana, la cual constituye el fin último de la naturaleza humana. Este orden ético es considerado como el *Derecho natural*³⁶. Asimismo, el hecho de que Savigny se refiera al *elemento general del Derecho basado sobre la común natu-*

³³ MANTILLA PINEDA, B., «La metodología jurídica de Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho- Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., I, pp. 248 a 251; y TUHR, A. von; *Derecho civil*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp. X y XI.

³⁴ La teoría de la interpretación de Savigny es expuesta por el autor alemán: SAVIGNY, F. K. Von, *System...*, op. cit., I, pp. 206 y sigs. Sobre ésta, *vid.*, por ejemplo: ZULETA PUCEIRO, E., *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho reunidas, 1981, pp. 90 ss., ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría moderna de la interpretación», *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX-Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, op. cit., pp. 199-218; TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bologna, 1976, pp. 67 ss., HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, A., op. cit., pp. 273-408; y WILHELM, W., op. cit., pp. 67 ss.

³⁵ Cfr. OLLERO, A., «Savigny: el legalismo aplazado», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., II, p. 576.

³⁶ Autores que sostienen esta tesis son: ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría de la ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 81; PÉREZ LUÑO, A. E., «Escuela Histórica y Derecho natural», *Verbo*, 128-129, 1974, p. 1006; y PEIDRÓ PASTOR, I., op. cit., pp. 454-455.

raleza humana junto al elemento individual del Derecho privativo de cada pueblo, se interpreta como una alusión al Derecho natural ³⁷.

e) Desde el punto de vista de la consideración del Derecho romano por Savigny. De sobra es conocida la gran importancia que para Savigny tenía el Derecho romano ³⁸. Los motivos de esta consideración se cifraban, básicamente, en que para la doctrina histórica savigniana el Derecho romano no era entendido como un Derecho extranjero desde el momento en que éste pasaba a formar parte integrante de la conciencia jurídica nacional ³⁹. Tal circunstancia se daba de lleno en Alemania como consecuencia de la *recepción* que del mismo se dio allí. Por otra parte (y esto es lo que nos interesa realmente en este punto), para Savigny el Derecho romano constituía una especie de *Derecho tipo* en cuya Historia se revelaba más claramente que en otros ordenamientos la íntima y genuina naturaleza del Derecho según los patrones establecidos por su doctrina histórica, deviniendo así *Derecho ideal* cuyas pautas había que seguir en la elaboración científica del Derecho vigente en Alemania. Así lo afirma el propio Savigny: «... el Derecho romano es el único Derecho de un pueblo grande y de larga vida, el cual tuvo un desarrollo completamente nacional y no interrumpido, y que, además, fue administrado con un celo cuasi-religioso en todos los períodos de su Historia» ⁴⁰. Tal circunstancia ha inducido a pensar en ocasiones que el Derecho romano cumplía en la doctrina histórica savigniana esa función de *Derecho perfecto* (de *ratio scripta*) que satisfacía el Derecho natural en el iusnaturalismo anterior ⁴¹.

³⁷ Defienden esta tesis: STERN, J. (ed.); *Thibaut-Savigny. La Codificación, una controversia programática basada en sus obras*, trad. de J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970, p. XXXVII; OLLERO, A., *op. cit.*, p. 563; y PEIDRÓ, I., *op. cit.*, p. 479.

³⁸ Esta importancia era ya apuntada por el propio Hugo, quien afirmó sin recato que el Derecho romano era su *Derecho natural*.

³⁹ Dice Savigny al respecto: «... el método histórico (...) exige la investigación del Derecho romano, puesto que éste ha sido en nuestra Historia una parte de nuestro Derecho» (SAVIGNY, F. K. von; «Recensión del libro de N. Th. Gönner sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo (Erlangen, Palm, 1815)», en SAVIGNY, EICHORN, GIERKE, STAMMLER; *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 32).

⁴⁰ SAVIGNY, F. K. von; *Vom Beruf...*, *op. cit.*, p. 28.

Como es fácilmente deducible de estas palabras, el verdadero valor del Derecho romano para Savigny residía en la relevancia que en él tenían los elementos empíricos y nacionales. Es por ello que resultaba ser el más adecuado para estudiarlo a la luz de los principios historicistas; esto es, la indagación en su proceso íntimo de formación y de desarrollo como producto del *Volksgeist* romano, y la investigación del proceder metodológico de los juristas romanos.

Por otra parte, no resulta especialmente significativo que Savigny (y en general la Escuela histórica alemana) no hayan elaborado una Historia del Derecho romano, ni general ni parcial, a pesar de los reproches que en numerosas ocasiones se les ha hecho en este sentido. El motivo de ello estriba en que para Savigny (y la Escuela histórica) tal cometido no estaba dentro de sus finalidades teóricas, en tanto que la Historia en general (y la del Derecho romano en particular) tenía un valor de instrumento de estudio y conocimiento del Derecho vigente, y no de fin en sí mismo (cfr. SOLARI, G., *Filosofía del Derecho privado*, vol. II: *La idea social*, trad. de O. CALETTI, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 312).

⁴¹ Autores que piensan así son, por ejemplo: THIEME, H., «Savigny und das deutsche Recht», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische*

Un ejemplo de opinión en este sentido es la que atribuye este papel al Derecho romano en Savigny sobre la base de su doctrina en torno al carácter científico de la actividad de los jurisconsultos latinos. La afirmación savigniana de que para estos juristas *la idea y los teoremas del Derecho* no aparecen como fruto de una creación arbitraria, sino que son auténticos *seres reales* que se les han manifestado por un hábito muy prolongado, ha inducido a pensar que en Savigny existe una *clara ontología jurídica* de índole genuinamente iusnaturalista, puesto que el contraste entre la arbitrariedad del jurista y el descubrimiento por éste de esos *seres reales* ponen de manifiesto la existencia de ciertas *esencias jurídicas* que no son otra cosa que el Derecho natural, desconocido para Savigny, pero que se revela palpablemente en su pensamiento a este respecto ⁴².

En general, éstos son los argumentos más importantes ⁴³ en favor del iusnaturalismo de Savigny.

– *Argumentos en contra del iusnaturalismo de Savigny.* Los más importantes son los siguientes:

a) *Desde el punto de vista de su doctrina en torno a la naturaleza y origen del Derecho, y de su relación con su concepción sobre la Ciencia jurídica y sus funciones.* La tesis savigniana del origen y desarrollo *invisibles* del Derecho en un proceso lento, casi *natural* (semejante al de las plantas) va en contra de la tesis iusnaturalista (racionalista) en virtud de la cual la razón puede y debe hallar normas intemporales y universales por el mero análisis discursivo de la naturaleza humana. Según Savigny, el Derecho no es producto de la actividad del hombre, sino que tiene un origen superior: el *Volksgeist*. De esta forma, Savigny protesta frente a la existencia arbitraria del Derecho. Aquí la Ciencia del Derecho pierde el carácter de ciencia *constructiva* (*creadora*) que le atribuye el iusnaturalismo, pasando a ser *histórica*, la cual se distingue de la Historia del Derecho en sentido estricto porque ésta se ocupa de aquella parte de Historia que llamamos pasado, y aquélla de lo que entendemos como presente. Como afirma F. González Vicén (defensor de esta tesis), «... la última consecuencia de esta concepción del

Abteilung, LXXX, 1963, p. 17; SCHULER, Th., «Jacob Grimm und Savigny. Studien über Gemeinsamkeit und Abstand», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, LXXX, 1963, p. 258; y HURTADO BAUTISTA, M., *op. cit.*, p. 71.

⁴² Cfr. PEIDRÓ PASTOR, I., *op. cit.*, p. 475.

⁴³ Otros manejados por la doctrina son, por ejemplo:

– El hecho de que Savigny se refiera explícitamente al Derecho natural sin negar su existencia. Dice el jurista alemán al referirse al sistema de fuentes del código francés, y al Derecho natural como fuente subsidiaria en el mismo. Esto ha llevado a afirmar que Savigny entiende el Derecho Natural como una especie de legislación ideal, válida para todos los tiempos y para todos los supuestos, la cual es necesario descubrir a fin de perfeccionar definitivamente el Derecho positivo, que actúa como elemento formativo de éste.

– La idea savigniana de Estado. En tanto que Savigny afirma que el Estado tiene un origen natural, puesto que cree en la imposibilidad de que haya pueblo sin organización política, se piensa que el jurista alemán está abrazando la idea de un Derecho natural que propicia tal existencia (cfr. PEIDRÓ PASTOR, I., *op. cit.*, pp. 464 y 480).

Derecho es, no sólo la imposibilidad de una labor legislativa *creadora*, sino la imposibilidad de que exista otro Derecho que no sea el *positivo*, es decir, el dado con y por la vida del pueblo»⁴⁴.

b) *Desde el punto de vista de la idea savigniana de historicidad del Derecho.* El hecho de que el Derecho haya de contemplarse, no sólo en relación con el pueblo, sino también con el elemento *tiempo*, hace pensar en un rechazo del iusnaturalismo en la doctrina jurídica de Savigny. El tiempo actúa sobre el Derecho en dos sentidos: por una parte, aumentando la fuerza de éste por el arraigo que adquiere en la medida en que es recibido, aceptado, toma una forma determinada y es aplicado por el pueblo; y por otra, transformando y modificando el Derecho; así, el tiempo examina, rejuvenece y mantiene fresco lo que se ha originado por obra de una necesidad interna. Ello no significa que se niegue la posible existencia de algo común a los distintos Derechos y permanente, pero sólo en cuanto a algún principio fundamental que aún no es Derecho propiamente dicho. La regulación específicamente jurídica escapa a toda generalización e inmutabilidad. El Derecho no surge a través del Estado (pues éste presupone ya la existencia jurídica, cuya protección es su fin), sino que antecede al Estado; éste no es más que un complemento necesario de aquél. De esta tesis se sigue como consecuencia la repulsa al Derecho natural, en tanto que Savigny afirma la elaboración espontánea y no racional del Derecho, ya que éste depende en su origen directamente de los hechos⁴⁵.

c) *Desde el punto de vista de su consideración del papel del legislador y de la ley como fuente del Derecho.* La idea savigniana de que la ley constituye un mero *complemento* de la costumbre, en cuanto que es un trasunto de ella y de su contenido, induce a pensar que el jurista alemán se opuso al iusnaturalismo racionalista. Éste pretendía deducir unas normas universales e inmutables de validez general por encima de cualquier tiempo y lugar, las cuales tenían su expresión técnica más perfecta en la figura de la *ley*⁴⁶. En este sentido, el legislador actúa como mero *cooperador* en el crecimiento orgánico del Derecho, y nunca como su creador desde la nada⁴⁷.

⁴⁴ GONZÁLEZ VICÉN, F., «Introducción», en BACHOFEN, J. J., *El Derecho natural y el Derecho histórico*, trad. de F. GONZÁLEZ VICÉN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 32. En idéntico sentido se manifiesta también Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen*, op. cit., p. 141.

En esta actitud ve A. Ollero un *positivismo científico-jurídico*, ya que Savigny identifica Derecho positivo y Ciencia del Derecho. Se diferencia del *positivismo científico* en que éste último proyecta la teoría positivista de la ciencia sobre lo jurídico; y del *positivismo legalista* en que no identifica Derecho positivo con ley (cfr. OLLERO, A., op. cit., p. 555).

⁴⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., «La Escuela Histórica. Iniciación de los métodos dogmáticos», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., I, pp. 220 y 221.

⁴⁶ Cfr. por ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 243 a 245.

⁴⁷ Dice A. Ross al respecto: «El legislador es un jardinero; puede proteger y exigir el crecimiento orgánico de las flores, pero se apena cuando quiere intervenir y buscar alterar arbitrariamente el crecimiento: su trabajo se desmorona bajo sus propias manos» (Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen*, op. cit., p. 158).

d) *Desde el punto de vista de su teoría de la interpretación.* El hecho de que Savigny se incline por la voluntad del legislador histórico como criterio decisivo de la interpretación de las normas (rechazando, pues, la interpretación *extensiva* y la *restrictiva*) lleva a pensar que el jurista alemán se confiesa partidario de la *teoría subjetiva de la interpretación*, de manera que la teoría *teleológico-objetiva* que da primacía al sentido o finalidad de la ley (*ratio legis* o *ratio iuris*) es rechazada por él arguyendo que el fin de la ley no forma parte de su contenido real. Al constituir éste un distintivo fundamental del pensamiento positivista, ya que el positivismo se caracteriza por no aceptar cualquier intento de trascender la ley en razón del sentido de ésta, se califica a Savigny como positivista⁴⁸.

e) *Desde el punto de vista del fundamento último del Derecho para Savigny.* Se dice en este sentido que el historicismo savigniano redundó en una relativización de la escala de valores éticos que miden la fundamentación del Derecho, al perder ésta su carácter abstracto y absoluto debido a la diferente situación histórico-jurídica de cada pueblo particular⁴⁹.

El examen de estas interpretaciones obliga a tener muy presente, si se quieren comprender las auténticas dimensiones del problema del Derecho natural en Savigny, que el jurista alemán (y por ende, toda la Escuela histórica alemana) no se consideró en principio a sí mismo como un refutador del Derecho natural. Lo que pretendió fue ofrecer una fundamentación absoluta del Derecho positivo como única realidad y objeto para la Ciencia jurídica. Por tanto, se trata de fundamentar la positividad como carácter esencial de la realidad jurídica desde el criterio de lo *histórico*; esto es, no como una *explicación* pragmática de los Derechos históricos, sino como *comprensión* del Derecho como parte del desarrollo histórico. En este sentido, en palabras de F. González Vicén, la obra de Savigny constituye «... la carta de independencia del Derecho positivo»⁵⁰. Este planteamiento inicial ya condiciona en gran medida el acercamiento al problema del Derecho natural en Savigny.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta también el uso que del término *natural* hace Savigny cuando lo aplica al Derecho. Así, emplea la expresión *Derecho natural (natürliches Recht)* refiriéndose al *Derecho popular*, y no la expresión *Naturrecht*, que es la que se utiliza en lengua alemana para designar *técnicamente* a lo que entendemos nosotros por *Derecho natural*. Es más, el propio Savigny se cuida de diferenciar el sentido de ambas expresiones señalando al respecto: «... el Derecho será en el mismo pueblo en épocas distintas, *Derecho natural (natürliches Recht)*, en un sentido diferente del Derecho natural (*Naturrecht*)

⁴⁸ Cfr. KAUFFMAN, A., «Panorama histórico de los problemas de la Filosofía del Derecho», en KAUFMANN, A., HASSEMER, W., ROBLES, G. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, varios traductores, Madrid, Debate, 1992, p. 114.

⁴⁹ Cfr. ROSS, A. *Theorie der Rechtsquellen*, op. cit., pp. 141, 142 y 157.

⁵⁰ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela histórica del Derecho», *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX*, op. cit., p. 39.

del que comúnmente se habla»⁵¹. De esta circunstancia se desprende que Savigny era plenamente consciente del uso concreto que tenía el término *Naturrecht* en su momento, y que lo podría haber aplicado perfectamente a algún aspecto determinado de su doctrina cuando lo hubiese considerado oportuno, cosa que no hizo.

Teniendo en cuenta las tesis expuestas anteriormente, puede afirmarse:

– En lo que se refiere a la consideración de la teoría de las fuentes, y más en particular de la ley, la argumentación favorable a su iusnaturalismo tiene cierta razón, en la medida en que el dogma iusnaturalista de la racionalidad y plenitud de la ley es acogido por Savigny, pero más por imposición de su propia concepción de la interpretación que por profesar su observancia incondicionada. El que el jurista alemán se muestre partidario de la *teoría subjetiva de la interpretación* constituye el motivo de que indirectamente admita este dogma iluminista, puesto que no puede ser de otra manera por la misma naturaleza de este modo de entender la interpretación. Efectivamente, no le falta razón a Fioravanti en sus argumentaciones; sin embargo, me parece excesivamente reduccionista calificar de iusnaturalista a Savigny por el mero hecho de defender en 1802 (doce años antes del *Beruf*) la importancia de la ley como fuente del Derecho. Es claro que la ley mantiene en la teoría de las fuentes savigniana un papel de primer orden, pero creo que no con la suficiente entidad como para calificar a Savigny de iusnaturalista por esta simple razón, ya que es la costumbre la auténtica protagonista de fondo en su teoría y sistema de fuentes, y el papel pasivo que Savigny otorga al legislador en la formación y desarrollo del Derecho es radicalmente contrario a la importancia primordial que tenía para el iusnaturalismo racionalista. Si se tiene en cuenta además que Fioravanti se basa en sus primeras reflexiones, bastante lejanas todavía de lo que serían los fundamentos y la formulación acabada de su doctrina historicista del Derecho, se entiende todavía mejor esta circunstancia.

– En relación con la noción de sistema y la sistemática savigniana, y su vinculación con el iusnaturalismo en este sentido, debe admitirse como tal en la medida en que supone una continuación de esta tradición en lo que respecta a su modo de proceder *científico* (la ordenación y organización del pensamiento). No obstante, como pone de relieve F. Wieacker, a Savigny no le quedaba otro remedio que aceptar este proceder metodológico, ya que no podía retroceder –más allá del racionalismo– al *formalismo escolástico* de la vieja exégesis de textos, ni conocía la derivación de normas jurídicas del planteamiento social de fines o de conexiones causales⁵².

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que Savigny introduce en la sistemática un elemento ausente hasta entonces en esta tradición: la

⁵¹ SAVIGNY, F. K. Von; *Vom Beruf...*, *op. cit.*, p. 13.

⁵² Cfr. WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 342.

experiencia en la sistematicidad a través del elemento histórico. Ello redonda en la introducción de la *realidad* en el sistema, como factor de diversidad que adquiere una gran importancia en el posterior desarrollo y elaboración del propio sistema, hasta tal punto que éste será en sí mismo entendido como *realidad*, reduciendo así su carácter apriorístico. Esta circunstancia impone ciertas reservas a cualquier intento de vinculación incondicional de Savigny al iusnaturalismo en este aspecto.

– Por lo que respecta a los argumentos ofrecidos en relación con su teoría de la interpretación, debemos rechazar el que ve el iusnaturalismo de Savigny en su invocación de un tipo de ley *modelo* como patrón y pauta de la interpretación de las leyes. El que pueda invocarse un determinado modelo o *concepto* de ley no implica directamente ser iusnaturalista. Uno se puede referir a la *imperfección* de un determinado objeto o entidad (en el presente caso una ley) desde un punto de vista estrictamente técnico. En este supuesto hay simplemente una valoración *técnica* (*científica*) en torno al objeto y se propone un medio *científico* para subsanar esa deficiencia. El llamar iusnaturalista a esta actitud supone tener una visión inusitadamente amplia sobre lo que es y significa, y sobre cuál es el contenido de la doctrina iusnaturalista, ya que esta opinión da por hecho que el Derecho natural ofrece alguna norma o normas que definen cuál es el modelo *natural* (perfecto) de ley desde el punto de vista técnico.

– En cuanto a las afirmaciones del iusnaturalismo savigniano por su consideración del Derecho romano, debemos plantearnos ante todo la consideración que del mismo tenía el racionalismo en contraposición a la de Savigny (romántica). En el siglo XVIII era común la tendencia a concebir el Derecho romano *sub specie aeternitatis*, como un Derecho racional (una *ratio scripta*, como se decía), sobre cuya base se formaría un verdadero código del Derecho natural. El cometido del jurista-filósofo consistía esencialmente en abstraer de las fuentes, todo lo más justinianeo, los elementos de verdad y de justicia eternos que ellas contenían. Se veía al Derecho romano como una especie (en palabras del propio Savigny) de *Derecho natural sancionado*⁵³.

Por el contrario, con Savigny esta actitud cambia. Para el jurista alemán, el Derecho romano debe su importancia y su significado a esos elementos empíricos y nacionales que los iusnaturalistas y los racionalistas más despreciaban. Con Savigny el conocimiento romántico del Derecho romano se afirmaba así, tanto frente a la concepción de los iusnaturalistas, como frente a la dirección histórico-erudita de Putter o el propio Hugo. Para Savigny, no se trataba de investigar en el Derecho romano esos principios eternos de razón que constituían para los iusnaturalistas su mayor valor y que cada uno podía descubrir por sí mismo, ni tampoco de estudiarlo con un método nuevo y positivo, sino más bien de captar su proceso íntimo de formación y de estudiarlo a la luz

⁵³ SAVIGNY, F. K. Von; *Vom Beruf...*, *op. cit.*, p. 33; cfr. también SAVIGNY, F. K. Von; *System...*, *op. cit.*, I, pp. 231 y 232.

de la doctrina histórica, como un producto de la conciencia jurídica del pueblo romano. Savigny creyó encontrar en la Historia del Derecho romano la comprobación de sus ideas acerca del origen y naturaleza del Derecho ⁵⁴.

Es por ello que no se puede incluir a Savigny dentro de la actitud mantenida por el iusnaturalismo racionalista frente al Derecho romano, y por tanto debe excluirse cualquier opinión en el sentido de que lo consideraba como *ratio scripta*.

En definitiva, debe afirmarse la incompatibilidad de la doctrina histórica del Derecho con el iusnaturalismo racionalista (que es el que impera en su época) ⁵⁵, si bien admitiendo ciertas vinculaciones, especialmente en lo que respecta a la sistemática savigniana. Teniendo en cuenta la exposición previa realizada en torno a la Teoría del Derecho natural, he de indicar:

1. Savigny no emplea el término *Naturrecht* con las connotaciones que ello conlleva en su época. Por el contrario, utiliza el término *natürliches Recht*, entendiendo por *natürliches* lo que se contrapone al arbitrio humano, a la voluntad humana, tanto en sentido cognoscitivo como volitivo, ya que en él no interviene la razón y/o la voluntad humana como algo independiente de un patrón superior a ella: el *Volksgeist*. Ahora bien, no entiende este *natürliches Recht* como el Derecho que es y, al mismo tiempo, *debe ser* (aspecto valorativo). De hecho acude a otra instancia (la moral cristiana) para expresar y satisfacer este *deber ser*. Por tanto, no se produce la identificación necesaria entre Derecho

⁵⁴ En la práctica Savigny aplicó los métodos y conceptos propios de los románticos al estudio del Derecho romano. Por lo demás, resulta fácil destacar la influencia romántica en la tendencia a atenuar el valor de la actividad legislativa, en el papel que se atribuye a la tradición y en las energías espontáneas de la conciencia popular. También romántica es su paralelismo con el organismo, y el significado y aplicación de las expresiones *pueblo*, *sentido histórico*, *sentido jurídico*, etc., que aparecen frecuentemente en la *Vocación*, aplicadas al Derecho romano y a los juristas clásicos; así como la predilección por el Derecho romano clásico y la doctrina de la fungibilidad de los jurisconsultos, cuya capacidad para comprender lo continuo y lo inconsciente, para entenderse y darse sentido a sí mismo en el todo con el fin de comprender mejor la vida profunda, era una característica propia del espíritu romántico. Por otra parte, esta fue la manera específica de entender el Derecho romano que tuvo la dirección romanística en el seno de la Escuela histórica.

⁵⁵ Sin duda, una razón importante de que se considere abiertamente iusnaturalista a Savigny se encuentra en la tendencia tan común a identificar *lo natural* exclusivamente con lo que está fuera del ámbito de la disponibilidad humana, de manera que se amplía considerablemente la extensión del concepto *doctrina del Derecho natural* (cfr. en este sentido, ELLSCHEID, G., «El problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática», en KAUFMANN, A., HASSEMER, W., ROBLES, G. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit., pp. 149 y 150).

En efecto, desde este punto de vista Savigny sería incontrovertiblemente iusnaturalista, puesto que no habría inconveniente en identificar su *natürliches Recht* con el *Naturrecht*, en la medida en que el Derecho popular escapa totalmente a la disponibilidad del hombre. Sin duda esto es llevar las cosas demasiado lejos si se tiene en cuenta la idea de naturaleza aristotélica en virtud de la cual el hombre vive sometido y forma parte también del orden *natural*, no es una instancia que esté al margen o se pueda oponer a ella.

que es (*natürliches Recht*) y Derecho que *debe ser*, que sí se da en el *Naturrecht*, de manera que le falta esta condición necesaria para ser propiamente *Naturrecht*.

2. El objeto del análisis *científico* de la Ciencia jurídica según Savigny no es el *Naturrecht*, sino el Derecho que le viene *dado* (*positum*); de manera que en su doctrina no se centra la atención de la Ciencia jurídica sobre un Derecho trascendente.

3. No se da el dualismo jurídico en la doctrina historicista del Derecho savigniana, porque el *Naturrecht* no es su objeto preeminente de estudio, ni el Derecho *dado* tiene por qué estar de acuerdo con aquél, en la medida en que no se afirma explícitamente su existencia como realidad.

4. De la circunstancia anterior, resulta la inviabilidad desde el punto de vista lógico de cualquier posibilidad de su conocimiento por el hombre; de ahí que no haya iusnaturalismo desde el punto de vista ontológico.

No obstante, ello no implica la recusación automática del Derecho natural, en tanto que Savigny admite implícitamente su existencia como *idea* que ha existido o existe, pero no como realidad *per se stante*. Esto lo aleja de la fe del racionalismo iusnaturalista en la posibilidad y conveniencia de normas jurídicas *positivas*, que, apoyadas tan sólo en la racionalidad, aspiran a ser prescripciones indiscutibles y de valor universal. Así, teniendo en cuenta que estamos en el momento histórico en que se está gestando el positivismo jurídico como doctrina, podemos afirmar de la doctrina histórica de Savigny que se halla más o menos próxima al positivismo, si bien tampoco cabe incluirla con todas sus consecuencias dentro de esta corriente.