



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL DERECHO EN LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Autor:

Ana María Posadas Herrero

Tutor:

Jesús Luis Castillo Vegas

Convocatoria:

Valladolid, 10 julio de 2018

RESUMEN

En el siglo XVIII en Europa surgió un movimiento intelectual denominado Iusnaturalismo, caracterizado por tener su fundamento en el método científico y en la razón. Frente a esta corriente surgió en el siglo XIX el Historicismo, movimiento que dio lugar al auge del Derecho Romano y del Derecho Germánico, así como el regreso a las raíces históricas. Además, en él encontramos el origen de la Escuela Histórica del Derecho. Por su parte, la Escuela Histórica considera que el Derecho es producto del espíritu del pueblo o conciencia popular, la cual se basa en la cultura y las tradiciones, y tiene su origen en la evolución histórica de los pueblos. Analizar el Derecho y su evolución dentro de la Escuela Histórica será el objetivo del presente Trabajo de Fin de Grado.

ABSTRACT

In the XVIII century in Europe an intellectual movement called Iusnaturalism arose, characterized by having its foundation in the scientific method and in the reason. Against this current emerged in the XIX century the Historicism, movement that prompted the rise of the Roman Law and the Germanic Law, as well as the return to the historical roots. On the other hand, the Historical School considers that the Law is product of the spirit of the people or popular consciousness, which is based on culture and traditions, and has its origin in the historical evolution of civilizations. Analyzing the Law and its evolution within the Historical School will be the purpose of this Final Degree Project.

PALABRAS CLAVE

Derecho, Historicismo, Iusnaturalismo, Escuela Histórica, Savigny, Ciencia del Derecho, pueblo, *Volksgeist*.

KEY WORDS

Right, Historicism, Natural law, Historical School, Savigny, Law Science, town, *Volksgeist*.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
1.2 Ilustración versus Historicismo.....	4
1.3 El proceso de codificación.....	8
2. ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO	13
3. LA POLÉMICA SAVIGNY – THIBAUT	22
3.1 Der <i>Volkgeist</i> y el concepto de derecho	29
3.2 El concepto de Ciencia jurídica.....	39
4. LAS CRÍTICAS A LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO.	47
4.1 Rudolf von Jhering.....	47
4.2 Critica de Marx.	55
5. CONCLUSIONES	60
6. BIBLIOGRAFÍA.	62

1. INTRODUCCIÓN

Con este Trabajo de Fin de Grado lo que pretendo es abarcar el estudio de la Escuela Histórica del Derecho, y, más concretamente, su concepto de Derecho. Voy a delimitar las circunstancias de su nacimiento, el desarrollo a través de sus fundadores y defensores, así como sus ideas principales, para finalmente centrarme en las críticas dadas por sus detractores. Para lograr este objetivo me he servido tanto de libros como de artículos de revistas científicas de diversos autores relacionados con la materia propia de este trabajo.

El análisis de la Escuela Histórica del Derecho comenzará con el estudio de dos movimientos culturales e intelectuales europeos de entre mediados del siglo XVIII y el siglo XIX. Primero el Historicismo, una corriente que tiene su origen en la elevación a ciencia de la historia, destacaremos las ideas de este movimiento de la mano de sus precursores y lo compararemos con la corriente inmediatamente anterior, el Iusnaturalismo racionalista.

Seguidamente vamos a analizar el problema de la aplicación de la legislación en el siglo XVIII. Fruto del pensamiento Iusnaturalista surgió la idea de un Derecho racional universal, el cual coincidió con la necesidad de remediar la confusión de normas jurídicas que se daba en Europa debido a la degeneración del Derecho común. Este problema se solventó con la idea de la Codificación. Destacamos en este epígrafe las tres grandes compilaciones, la prusiana, la francesa y la austriaca.

El grueso del trabajo lo encontramos en el epígrafe dedicado a la Escuela Histórica del Derecho. Dicha escuela representa la reacción contra Derecho natural y lucha por recuperar la influencia del Derecho propio alemán. En cuanto a su idea de Derecho cabe destacar que su origen debe estar en la evolución histórica de los pueblos, manifestada en la cultura y en las tradiciones y como precursores de estas ideas nos centramos en Gustavo Hugo y Savigny.

A continuación nos centraremos en analizar la polémica surgida entre Thibaut, defensor de la codificación por ser el mejor medio para la racionalización del Derecho, y Savigny, que expuso una serie razones coyunturales, técnicas y políticas por las cuales no era el momento de llevar a cabo tal codificación.

A continuación se exponen dos sub epígrafes en los cuales se desarrolla el concepto *Der Volksgeist* entendido como el origen único del Derecho, que fue utilizado en la Escuela Histórica de la mano de autores como Pucha y Savigny, además de analizar algunas obras de este último observando la evolución ideológica de los conceptos de Derecho y de pueblo.

Por otro lado examinamos el concepto de la Ciencia Jurídica, la cual para Savigny era el único medio por el que se podía racionalizar el Derecho.

Por último, destacaremos las diferentes críticas realizadas por parte de los autores Jhering y Marx a las ideas expuestas anteriormente por parte de la Escuela Histórica y sus defensores.

1.2 Ilustración versus Historicismo

Tanto la Ilustración como el Historicismo son dos movimientos culturales e intelectuales europeos de entre mediados del siglo XVIII y el siglo XIX.

El Historicismo es un movimiento espiritual complejo que se extiende a todo el campo de la actividad humana. En su rebeldía contra el iluminismo va a combatir la doctrina jurídica propia de este, concretamente, el iusnaturalismo racionalista. Está enmarcado dentro de un movimiento cultural mucho más amplio, el Romanticismo, que también reaccionó contra el iluminismo.

El iluminismo renegaba del pasado, infravalorándolo, para reformarlo todo según los dictámenes de la razón, mientras que los románticos encuentran precisamente en el pasado de las naciones la explicación del presente y sus razones de actuación para el futuro¹.

El intelectual en la etapa de la ilustración se avergonzaba de sus emociones y las ocultaba bajo un velo de racionalidad por lo que se utilizaba sobretudo el pensamiento lógico, la pura razón fría y rígida. Por el contrario, en el Historicismo se termina con ese velo de racionalidad quedando expuestos los sentimientos y las emociones humanas².

En el siglo XVIII con la ilustración se exaltan la capacidad de la razón laica para descubrir las leyes naturales. Se defendía la posesión de una serie de derechos naturales inviolables, además de la existencia de un derecho natural, una religión natural, política natural y el hombre natural.

En el siglo XIX lo que destaca es la Historia, que no es cosa, sino acontecimiento. “Para los historicistas, el hombre no es naturaleza sino historia. Las claves de su identidad

¹ FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: Siglos XIX y XX, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988, p. 43

² CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005. p. 11.

deben ser buscadas no en una inmutable <naturaleza humana> atemporal, sino en los accidentes y vaivenes de la Historia”³.

La aparición del historicismo está relacionada con los cambios socio económicos y políticos de las últimas décadas del siglo XVIII y de las primeras del XIX. El quicio de estos siglos es un momento de crisis, con la Revolución francesa, las guerras napoleónicas, la revolución industrial, el hundimiento del Antiguo Régimen, el éxodo rural, la secularización y los progresos técnico-científicos⁴.

En el siglo XIX la Historia se elevó a la categoría de ciencia, teniendo un gran protagonismo su difusión y su incidencia sobre las otras disciplinas. Existió un proceso de “historización” del pensamiento, la perspectiva histórica se desarrollará en todas las disciplinas humanísticas y, además del historicismo jurídico, vamos a resaltar este historicismo brevemente tanto en la economía, como en la teología.

En la economía política destaca W. Roscher que, frente al sistema ahistórico elaborado por la escuela clásica anglosajona, la cual se basaba en leyes atemporales aplicables a cualquier sociedad, sostiene que la conducta económica depende de un contexto histórico, social e institucional y que hay que examinar la evolución histórica de los modelos económicos y su interacción con el sistema social en su conjunto.

En la teología, que es la disciplina más alejada de la mentalidad historicista, ya que trata de lo eterno, ese historicismo se verá reflejado en un reexamen de la fiabilidad histórica de los evangelios, basada en la idea de una oposición entre el Jesús de la Historia y el Cristo de los evangelios.

Esta historización del conjunto de humanidades termina produciendo una rebelión de éstas frente a las ciencias naturales. Se abre paso la idea del dualismo metodológico como un criterio de demarcación entre las ciencias de la naturaleza y las del espíritu. Mientras las ciencias naturales buscan explicar los fenómenos, las ciencias del espíritu aspiran a comprenderlos, entendiendo por comprensión situarse mentalmente en el contexto de otros seres humanos.

Centrándonos en las ideas del Historicismo, sus defensores rechazan la noción ilustrada de progreso y reivindican la individualidad de las culturas y los pueblos, que no eran

³ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005. p. 23.

⁴ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005. pp. 22 y 23.

susceptibles de comparación o jerarquización, a diferencia del progresismo ilustrado que las concebía como peldaños de una escala, las instrumentalizaba y entiende que son etapas provisionales cuya única función es la de preparar el camino a la razón final.

Cada época, cultura, pueblo, tiene derecho a ser valorada por sí misma, por lo que queda totalmente excluido interpretar la Historia como una secuencia ascendente, como el perfeccionamiento continuo que llevará a la humanidad hacia la libertad, la razón, la justicia.

El Historicismo también es contrario a la noción del derecho natural que primó en el siglo XVIII con la ilustración. La figura más representativa de la reacción iusnaturalista fue E. Burke, entendido como uno de los defensores de la concepción inglesa del “common law” y considerado como uno de los primeros representantes del historicismo jurídico-político a finales del siglo XVIII. Aunque su ataque a este derecho se confunde con el ataque que llevó a cabo contra la Revolución francesa, Burke denunció la arrogancia racionalista del siglo XVIII, que se atrevió a llamarse a sí mismo <siglo de las luces> y también defiende la razón histórica frente a la individual.

Además Burke rechaza la concepción contractualista de la sociedad. En los siglos XVII y XVIII existía la noción de contrato social; la sociedad y el Estado eran el resultado de la asociación de individuos libres y conscientes, su finalidad era la de garantizar los derechos y los intereses de éstos, es lo que entendían por “Estado-maquina” (creado por los individuos y al servicio de éstos). El Historicismo tiene la noción del Estado-organismo, una entidad supraindividual con fines propios y que se sirve de los individuos como instrumentos.

Hay que destacar que la era del Historicismo coincide con un periodo de folclorismo y de máximo interés por la cultura popular, la poesía, la música y los cuentos (por ejemplo a finales del siglo XVIII existían algunas compilaciones de Herder, Macpherson, los Grimm, Von Armin, etc.)⁵.

Encontramos en algunos autores del siglo XVIII pensamientos e ideas que la mayoría entiende como precursoras del Historicismo.

Montesquieu es considerado como uno de sus precursores. En él encontraríamos por primera vez el equilibrio entre la consideración debida a lo individual y la búsqueda de leyes generales.

⁵ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005. pp. 25 a 35.

Su empeño se centró en dar razón de la heterogeneidad histórico-cultural y su punto de partida está en la infinita variedad de leyes y costumbres, abandonando la perspectiva atemporal del iusnaturalismo. Señaló que las épocas y civilizaciones solo son comprensibles desde dentro. Además critica a aquellos que quieren hacer modernos todos los siglos pasados, Montesquieu dice, “trasladar a siglos remotos las ideas del siglo en que uno vive es la más fecunda de las fuentes de error”⁶.

Otro autor fue Möser, un escritor alemán de historias locales que también fue admirador de las instituciones inglesas y contrario a los revolucionarios franceses. Creía en la historia, las tradiciones populares, supersticiones y en todo aquello que los iluministas tachaban de irracional. Entendía que frente aquellos productos de otras épocas o culturas que resulten incomprensibles o extraños para el gusto moderno, lo procedente es intentar captar su justificación histórica, su necesidad interna, antes de precipitarse a juzgarlo.

Para Möser cada pueblo y cada época tienen su atmósfera, su propio estilo, su modo de ser único e irrepetible. Frente a la razón universal reivindica la razón local, la cual estaba enraizada en las tradiciones. En su obra *Historia de Osnabrück* (1768) y en otros textos anticipa buena parte de los motivos historicistas.

Hay que mencionar a Voltaire como otro de los posibles precursores. Fue uno de los principales representantes de la ilustración y representará a menudo la superficialidad y la arrogancia características de esta época, pero también abrió caminos nuevos para la filosofía de la Historia. Ha prefigurado en cierta medida una de las ideas centrales del historicismo, el principio según el cual los verdaderos sujetos históricos son las comunidades más que los individuos.

Voltaire señala en una de sus cartas a D' Argenson “Hasta ahora se ha escrito solamente la historia de los reyes, y nunca de la nación. Parece como si en catorce siglos solo hubiera habido en Francia reyes, ministros y generales. ¿Es que no merecen ninguna atención el carácter de los pueblos, las costumbres, la legislación?”⁷. Este enfoque de Voltaire entraña una democratización de la Historia, una mayor atención a esta, lo que Unamuno llamaría la intrahistoria.

⁶ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005. p. 38.

⁷ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005. p. 41.

Aunque estos autores han adelantado aspectos del historicismo, no cabe duda de que el precursor más destacado es Giambattista Vico. Anticipó aspectos del historicismo tales como la revalorización de lo que hoy llamamos ciencias humanas frente a la ciencia natural. Para él solo cabe el conocimiento cierto de aquello que tú mismo has producido, aquello de lo que eres causa, este principio denominado “verum ipsum factum” tiene implicación en las ciencias naturales que tanto reverenciaban en la ilustración y estuvo presente en las diferentes etapas de su evolución filosófica.

La implicación de este principio en el mundo histórico reside en una proyección analógica de esa experiencia interna a otras personas. Vico entiende que los demás hombres son, en principio, objetos de conocimiento pero además reconoce que son co-sujetos, es decir, que en ellos podemos presuponer juicios, estados de ánimo, intenciones comparables a los de uno mismo y podemos aspirar a comprenderlos con esa extensión analógica de la propia experiencia interna de cada uno.

Por último tenemos a Herder, lo característico de él es su espíritu de reacción cristiana frente al progresismo ilustrado, la idea según la cual un Dios bondadoso no podría engañar a la humanidad haciéndola trabajar durante milenios para que la perfección la disfrutaran unos pocos privilegiados, en este caso los ilustrados y los modernos. Para Herder todas las etapas de la historia han sido igualmente necesarias y valiosas, no habría edades de oro ni edades oscuras.

Frente a la concepción ilustrada de la Historia como objetivo hacia una perfección final siempre futura, Herder busca una interpretación de la Historia en la que encuentre un sentido no puramente instrumental, sino que vaya más allá del hecho de haber preparado esa perfección venidera, incluyendo así a todos sus actores⁸.

1.3 El proceso de codificación

A finales del siglo XVIII había un problema a la hora de aplicar la legislación. Las ideas iusnaturalistas sobre la existencia de un Derecho racional universal y totalmente válido en las últimas décadas del siglo XVIII dieron lugar a la necesidad de adecuación de dicho modelo perfecto a los ordenamientos jurídicos que ya estaban vigentes.

⁸ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005. pp. 36 a 46.

Esto coincidió con la necesidad práctica de remediar la confusión y la incertidumbre de las normas jurídicas en casi todos los países de Europa debido a la degeneración del Derecho común. Buscaban la coordinación, estabilización y racionalización de las normas así como eliminar tradiciones que habían sido heredadas de tiempos no iluminados, también las instituciones y normas creadas por la historia.

Las tesis iusnaturalistas querían además justificar la política de los Estados modernos. Estos afirmaban su soberanía absoluta eliminando los cuerpos intermedios entre el Estado y el ciudadano, dando obligatoriedad jurídica a la ley. Fue una tendencia que tuvo su intérprete doctrinal en Hobbes.

Esa necesidad de racionalización del Derecho fue realizada a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX por las codificaciones, promovidas por las doctrinas iusnaturalistas y por la crisis del Derecho común.

El núcleo central de ese Derecho común fue la legislación Justiniana, que por sí misma era incapaz de adaptarse a las sociedades actuales que estaban tan alejadas en el tiempo de aquella a la que había sido destinada⁹.

Esta necesidad de racionalización del Derecho también se sintió en Alemania que había recibido el Derecho romano desde finales del siglo XV como Derecho común.

Alemania tenía un derecho civil uniforme, el llamado Derecho común, modificado en cierto modo por el derecho municipal. Las fuentes de este derecho eran los libros Justinianos, que por ser aplicados a Alemania habían producido modificaciones.

El Derecho romano tuvo una enorme importancia como modelo en los métodos jurídicos, y más concretamente en Alemania. Pero esta importancia histórica provoca que el Derecho romano fuera incomprensible si no se acudía a las fuentes comunes. Todo esto dio lugar a una confusión conceptual y a un desorden en los estudios.

Savigny dice “El Derecho romano se opone y destruye nuestra nacionalidad, y el estudio exclusivo que de él se hace por nuestros juristas impide que el derecho indígena alcance la perfección científica y original”¹⁰.

⁹ FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: *Siglos XIX y XX*, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988, pp. 16 y 17.

¹⁰ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. p. 69.

Las tres grandes compilaciones que surgieron fueron la prusiana, la francesa y la austriaca.

1. La codificación prusiana

El primer Código verdadero fue el que entró en vigor en el año 1794 en el reino de Prusia. Se realizó con la finalidad y el deseo de producir una obra perfecta.

El rey Federico II estaba comprometido en promover una codificación debido a su concepción de la soberanía absoluta y a su condición de iluminista, por lo que estaba interesado en reducir todo el Derecho a ley del Estado, así como en la unificación del Derecho sobre fundamentos racionales.

La tarea de elaborar este Código se la encargó al canciller Juan Enrique Casimiro von Carmer, que se rodeó de varios expertos. Se tuvo en cuenta como modelo el Derecho natural aunque su fundamento fue otro¹¹.

Esta compilación no debía ser considerada como un Derecho auxiliar del Derecho romano, del Derecho común o de las normas extranjeras, sino que todos los derechos provinciales debían continuar en vigor hasta que se elaboraran en un plazo concreto una serie de Códigos especiales.

El Derecho justinianeo debía ser su fundamento general, el cual podía ser exceptuado por unos motivos especiales, por ejemplo, que algunos principios del Derecho romano podían ser producto de la filosofía estoica y de la índole del gobierno. También consideraron como fundamento a los usos y estatutos locales.

Poco encontramos de iusnaturalismo en este Código pero sí recogió el principio de que el Código debía ser un sistema completo, por lo que al intérprete se le deja la mínima libertad posible. Incluso el juez en los casos de oscuridad o silencio de la ley debía acudir a la Comisión legislativa.

Nadie podía crear Derecho a excepción del legislador, ni siquiera interpretando la ley, que quedaba reservada a los órganos legislativos del Estado. En este sentido el legislador prusiano intentó prever la mayor cantidad de casos, con una legislación amplísima, lo que contradecía la ideología legislativa iluminista que por un lado pretendía tener pocas leyes

¹¹ FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: Siglos XIX y XX, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988, pp. 19 y 20.

claras que pudieran ser conocidas por todos y por otro que el legislador regulara toda la vida jurídica¹².

2. La codificación austriaca

La historia del Código austriaco se asemeja en gran parte a la compilación prusiana. Fue proclamado el 1 de junio de 1811 entrando en vigor el 1 de enero de 1812. El fundamento del Código en este caso fue una obra manuscrita, de ocho volúmenes, cuyo contenido fue sacado de la mayoría de los comentaristas romanos.

Horten hizo un compendio, que fue reducido por Martini a Código. Esta labor fue pública y se examinó por los tribunales y las universidades austriacas resultando finalmente el Código austriaco.

En cuanto a su materia se esperó más originalidad en cuanto a la legislación prusiana, debido a los rescriptos de la emperatriz María Teresa, pero no fue así.

Como ya hemos indicado antes, su fundamento está entre los libros de los comentaristas romanos y por otro lado el examen que se llevó a cabo del Código mostró que se habían utilizado las mismas fuentes, aunque indirectas y menos puras que se utilizaron para la Compilación prusiana.

La principal diferencia la encontramos en la redacción. En el Código austriaco no se logró, como en el prusiano, fijar casos particulares del Derecho, solo se presentan ideas de las relaciones jurídicas y reglas sobre éstas pero muy generales¹³.

3. La codificación francesa

La codificación más importante de ésta época fue la francesa. Gracias a esta se llevó a cabo un cambio fundamental en los estudios de ciencia y filosofía jurídica, además de convertirse en modelo a seguir de las legislaciones de otros países.

¹² SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 106 a 112.

¹³ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 115 a 117.

Hasta aquel momento Francia se regía por dos sistemas jurídicos diferentes, en la parte meridional regía el Derecho escrito, que era Derecho justiniano, alterado en parte por normas consuetudinarias y locales. En el norte existía un Derecho constituido por costumbres procedentes de la época franca y carolingia. Por lo que la unificación y concreción del Derecho fue más urgente que en el resto de países de Europa.

Con la formación en Francia del Estado absoluto, se intentó reducir el Derecho a una unidad. En el campo doctrinal destacan Domat y Pothier, el primero intentó una sistematización racional del Derecho romano con la finalidad de que tuviese un carácter de Derecho válido universal, el segundo llevó a cabo una sistematización del Derecho civil francés inspirado en el criterio de la equidad natural. Pothier estableció unas bases teóricas de reforma legislativa que fueran expresión de la razón pero que esa razón no rechazara lo que había producido la historia.

Gran parte de la obra de Pothier fue recogida por el Código de Napoleón, sin embargo, el iluminismo y el iusnaturalismo están presentes en él.

Las asambleas revolucionarias se propusieron la redacción de un código general de leyes simples y claras. La Constitución de 1791 estableció expresamente la necesidad de un código único para todo el reino. Todos los proyectos de código que precedieron al definitivo tenían en mayor o menor medida influencia iluminista.

El texto definitivo entró en vigor en 1804 con el nombre de Code civil, pero pronto sería sustituido por la denominación de Code Napoleon¹⁴.

Este Código está influido por un elemento político legislativo más que por un elemento técnico, y, por esto, introdujo más innovaciones que el resto de Códigos.

Las causas las encontramos en que la Revolución Francesa había anulado gran parte del Derecho civil, además de las antiguas instituciones. Más adelante Napoleón conservó de esta Revolución francesa lo que a él le convenía, y abrió el camino de la restauración a las antiguas instituciones, pero su intención fue destruir todo aquello que fuese un obstáculo para sus objetivos. Para Napoleón el Código servía de lazo para sujetar al pueblo.

Para Savigny la forma de abarcar la materia no se realizó de manera adecuada. Dependía de la elección de los asuntos, la elección de las disposiciones que convengan a cada

¹⁴ FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: Siglos XIX y XX, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988, pp. 21 y 22.

asunto y la relación con lo que debía servir de suplemento en caso de que el Código fuese insuficiente.

El Código lo hizo mal, por lo que se han advertido vacíos importantísimos. No se inspiró en las reglas de la experiencia y la capacidad práctica, sino en el método ordinario de enseñanza.

Mucho más importante es la elección de las disposiciones para los asuntos ya discutidos y la investigación de la norma. Esto depende de la posesión de los principios fundamentales en que se apoya la eficacia de la obra de los jurisconsultos. Fue en lo que los romanos destacaron, pero que los franceses hicieron mal.

Por último, en cuanto a lo que debe proponerse como subsidiario en caso de que el Código presente vacíos, los franceses se expresaron de diverso modo, por lo que viene a estar formado por un conjunto indeterminado de elementos distintos cada uno con su propio valor. Estos elementos son: 1º ley natural, 2º Derecho romano, 3º las costumbres, 4º los usos, 5º Derecho común, 6º Principios generales, doctrina y ciencia.

Savigny en su examen del Código entiende que las fuentes supletorias deberían ser la orgánica y la teoría científica. La orgánica es aquella en la cual de un punto dado se induce con certeza científica otro que no viene dado. Dice “El que no se haga de ello un uso especial no es cosa accidental tan sólo, supuesto que tal proceso supone en su Código una unidad orgánica, la cual no existe ni desde el punto de vista material, ni desde el formal”¹⁵.

2. ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

La Escuela Histórica del Derecho es una corriente doctrinal que surgió en Alemania durante el siglo XIX, en ella se afirma que el origen del Derecho debe situarse en base a la evolución histórica de los pueblos, cuyo espíritu se manifestaba originariamente en las costumbres y en las tradiciones.

¹⁵ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 86 a 104.

La Escuela Histórica del Derecho surge sobre la base del romanticismo irracionalista, frente a la Escuela del Derecho natural y dentro de la corriente del Historicismo¹⁶.

Fue fundamental para la Jurisprudencia de su época, su importancia se extendió a todos los ámbitos del Derecho, desde la metodología y la dogmática hasta el plano filosófico¹⁷.

A comienzos del siglo XIX en Alemania surge el espíritu de un nuevo Derecho alemán. Se trató de una rebelión contra las fuerzas que creían extrañas y antitradicionales a las suyas propias. La reacción nacionalista alemana se reflejó en todos los campos del saber y concretamente en el ámbito filosófico nació la concepción del orgullo alemán y de la grandeza de Alemania.

Esto surgió a raíz de que en el país habían influido dos grandes fuerzas, La Revolución Francesa de 1789 y las conquistas de Napoleón finalizadas en el año 1814. La conmoción de la Revolución Francesa provocó la intensificación de los ideales nacionalistas y el Derecho consuetudinario alemán frente al viejo Derecho romano.

Por otro lado en 1805 y 1806 Francia hizo de Alemania un conjunto de nuevos estados y les impuso su Código. Napoleón había aplastado a Alemania y los filósofos alemanes humillados por tantas derrotas lanzaron la teoría de la fuerza alemana. Había que rechazar lo extranjero y levantar lo alemán, por lo que filósofos, historiadores y juristas se centraron en la exaltación de las propias tradiciones¹⁸.

En el 1814 cuando cayó Napoleón, Savigny en su ensayo *De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del Derecho*, sostuvo que aún no era el momento de redactar un Código para Alemania. Asimismo, existieron otras corrientes, una favorable a la unificación legislativa para toda Alemania inspirada en el modelo francés, encabezada por Thibaut y otra en la que otros autores preferían un código para cada estado Alemán¹⁹.

¹⁶ BERNAD MAINAR, Rafael, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, N°. 17, 2016. pp. 19 y 20.

¹⁷ GARRIDO MARTÍN, Joaquín, “Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos”, en *Derechos y Libertades*, 37 (junio 2017), p. 212.

¹⁸ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 17 a 22.

¹⁹ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 22 y 23.

La polémica surgida entre Thibaut y Savigny supuso el origen de la Escuela Histórica del Derecho. Entre los autores más destacados encontramos a Gustav Hugo (1764-1844), los hermanos Grimm, Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Friedrich Julius Stahl (1802-1861), aunque su máximo representante fue Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).

La Escuela Histórica representa la reacción contra Derecho natural, así como la lucha por la recuperación de la influencia del Derecho propio alemán.

Para algunos autores, aunque no de forma unánime, Gustav von Hugo viene siendo uno de los precursores de la Escuela Histórica del Derecho. Hugo abordó la concepción historicista del Derecho a través de la enseñanza empírico-histórica de sus maestros Johann Stephan Pütter y Ludwig Timotheus Spittler y también con su personal interpretación del pensamiento kantiano.

Aunque fue Savigny quien con su escrito *Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* fundaba junto con Karl Friedrich Eichhorn la Revista que representará la doctrina de la Escuela Histórica y su punto de partida.

Es cierto que Hugo y Savigny tienen en común algunas actitudes críticas frente a las ideas del lusnaturalismo iluminista, pero se diferencian en que Hugo funda su investigación en el método histórico y Savigny será el que represente a los exponentes de lo que pretende ser un nuevo movimiento doctrinal. “El historicismo, como nuevo método de estudio en el Derecho privado, se inicia con Hugo, y como nueva doctrina general del Derecho, con Savigny”²⁰.

Hugo creía que el Derecho Natural debía ser sustituido por una Filosofía del Derecho positivo, esta idea se vio reflejada en su obra *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts* de 1798. Por lo que será con Gustav Hugo con el que el Derecho positivo recuperará la autonomía que había perdido con los postulados del Iluminismo jurídico, presentándose como un hecho empíricamente verificable, delimitado en el tiempo y en el espacio.

Para Hugo el Derecho no es un producto de la razón, sino un aspecto de la vida histórica, por lo que la Historia es la fuente de todo Derecho y no la razón.

²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 14 (1999), p. 21.

Se considera a Savigny como el mayor representante de la Escuela Histórica. Su pensamiento no se contrapone solamente a las tendencias de codificación sino que superará los presupuestos filosóficos de las teorías iluministas sobre la legislación y la interpretación de Derecho.

Para Savigny el Derecho constituye algo propio de cada pueblo, como las costumbres, el idioma o la organización política, todos estos elementos unidos hacen de cada pueblo un algo individual. Y con el desarrollo del pueblo se desarrolla también el Derecho, por lo que crece con él, se perfecciona con él y, finalmente, muere cuando el pueblo pierde su particularidad²¹.

Savigny además precisó uno de los conceptos más característicos de la Escuela Histórica, el concepto del “espíritu del pueblo” (*Volkgeist*) del que hablaremos más adelante. Este concepto fue utilizado en esta Escuela Histórica por el jurista Puchta convirtiendo dicho concepto en el centro de su doctrina, fundamentando así su obra *El Derecho consuetudinario* (1828-1873)²².

La Escuela Histórica tiene una nueva visión del Derecho, con unos fundamentos delimitados.

En cuanto a estos fundamentos destacamos el papel principal de la historia. La diferencia clara entre la concepción histórica y la racionalista es que en la primera se estudia la realidad bajo una concepción de continua evolución. Por lo que las épocas históricas están vinculadas entre sí, el hoy no puede ser entendido sin lo que le ha precedido. Además la historia se convierte en un instrumento para la construcción del Derecho positivo a través de un método sistemático.

Por otro lado, la formación del Derecho se fundamenta a través del espíritu del pueblo (*Volkgeist*), es decir, un conjunto de lazos comunes que vinculan todas las actuaciones de esa existencia como las costumbres, la política, la religión, el arte.

Y por último, un conservadurismo reflejado en distintos ámbitos. En el filosófico lo encontramos en la clara oposición a los principios de la Escuela del Derecho natural. En el plano político, en el rechazo al movimiento revolucionario francés. En el plano jurídico, en la oposición a la codificación, quedando reflejado en la polémica entre Savigny y Thibaut,

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 14 (1999), pp. 20 a 26.

²² FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: Siglos XIX y XX, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988, pp. 49 a 53

uno representante de la Escuela Histórica del Derecho y otro de la Escuela del Derecho natural²³.

La Escuela Histórica no se dirigirá contra la totalidad de la doctrina Iusnaturalista, sino que su objetivo inmediato era el Derecho Natural producto del pensamiento iluminista, es decir, contra el Derecho natural racionalista.

Desde un punto de vista material la perspectiva que recibió del Iusnaturalismo no era válida, es decir, las normas que reglamentaban la vida no debían situarse en la aplicación deductiva de la razón ya que esto atentaba contra la historia.

Pero desde un punto de vista formal los trabajos metodológicos del Iusnaturalismo sí eran valiosos. Así lo vemos por ejemplo en los tratados de Pandectas de la Escuela Histórica que serán la máxima expresión de esta metodología²⁴.

Existen tres planos que permiten mostrar en la Escuela Histórica una cierta forma de iusnaturalismo a pesar de las críticas al Derecho Natural.

En el plano ontológico la crítica al Derecho Natural como Derecho racional por parte de la Escuela Histórica llevó a los representantes del Historicismo jurídico a una comprensión del Derecho en sus caracteres individuales, empíricos y pragmáticos. Este Derecho ya no se ve como un ordenamiento universal e inalterable, sino como un conjunto de reglas particulares sacadas de la observación de cada realidad histórica.

En el plano metódico tampoco existe una ruptura total con el Derecho Natural. Desde el punto de vista del método de la Ciencia jurídica la Escuela Histórica desarrollaba algunos de sus procedimientos formales, esto daba lugar a la construcción de sistemas de conceptos abstractos, los cuales habían intentado combatir.

Esta idea de sistema se halla presente en el pensamiento de Hugo y también en Savigny en su *System des heutigen römischen Rechts*, definida por él como la conexión que conduce a las instituciones y reglas jurídicas a una unidad fundamental.

En Puchta también encontramos esta idea de sistema la cual se sitúa en el centro de la actividad jurídica. En su *Cursus der Institutionen* dirá que es tarea de la ciencia estudiar las propuestas jurídicas en su conexión sistemática, para buscar la genealogía de cada una desde

²³ BERNAD MAINAR, Rafael, "La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno", *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, N.º. 17, 2016. pp. 23 a 26.

²⁴ GARRIDO MARTÍN, Joaquín, "Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos", en *Derechos y Libertades*, 37 (junio 2017), p. 214.

su principio y descender luego a sus ramificaciones, condicionándose y derivando una de otra.

En el plano deontológico los representantes del Historicismo jurídico sitúan en la cúspide del sistema unos determinados valores que se concretan en los principios de la ética cristiana²⁵.

Centrándonos en la idea de sistema de la Escuela Histórica cabe preguntarse como una Escuela nacida con vocación Histórica había terminado trabajando el Derecho con inclinaciones metodológicas sistemáticas las cuales chocaban con ese historicismo que era la base de su fundación.

A lo largo de los siglos los autores han intentado dar respuesta a esto. Algunos han considerado esta dualidad como una característica de la Escuela Histórica, la cual ha descubierto científicamente la historia para el Derecho trabajando sus resultados de una forma sistemática. Otros ven en la oposición entre Historia y concepto una manera de defender intereses aristocráticos, dándoles una apariencia legítima a través de una fundamentación histórica de éstos.

Para poder entenderlo es necesario concebir la Escuela Histórica en sentido amplio, la cual trabaja en las ramas de la Historia y la filosofía sin que haya contradicción. Y esto da lugar a que algunos de sus miembros opten por metodologías diferentes²⁶.

Es importante destacar que la crítica que llevó a cabo la Escuela Histórica al racionalismo práctico de los legisladores dio lugar al final de la hegemonía del Derecho natural y al descubrimiento del Derecho positivo, aunque estas dos cuestiones no se dieron de forma absoluta²⁷.

La crítica Historicista al Derecho Natural se dio también en el plano ético. El Iusnaturalismo iluminista representaba unos valores éticos absolutamente válidos para todos los tiempos y lugares, lo que daba lugar a una visión subjetivista del Derecho Natural.

En este plano moral la actitud Historicista conducirá a una negación de la existencia de principios éticos intemporales, accesibles a la razón y fuente de toda legislación positiva.

²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 14 (1999), pp. 32 a 36.

²⁶ GARRIDO MARTÍN, Joaquín, “Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos”, en *Derechos y Libertades*, 37 (junio 2017), pp. 212 y 213.

²⁷ GARRIDO MARTÍN, Joaquín, “Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos”, en *Derechos y Libertades*, 37 (junio 2017), p. 216.

Savigny se opuso a este planteamiento y alude al sentido histórico como la única protección contra la idea irreal, consistente en creer como atributo de la humanidad lo que es propio de nosotros.

Por otro lado, en el plano jurídico la actitud racionalista se había traducido en una subordinación de la costumbre a la ley. Esto se dio debido a la desconfianza de los iluministas a las tradiciones y los usos, en los cuales solo veían prácticas supersticiosas.

La Escuela Histórica por su parte llevó a cabo la rehabilitación de la costumbre y su revalorización en perjuicio de la ley. Entendían la costumbre como expresión jurídica del *Volkgeist*, la cual tenía su origen en las tradiciones de la sociedad.

Para la Escuela Histórica la costumbre no es sólo el modo de expresión de una realidad jurídica, sino que constituye un fundamento de la conciencia colectiva del Derecho, cuya fuerza no proviene de ningún tipo de autoridad sino que tiene su origen en la expresión del *Volkgeist*.

Hugo no participó de esta concepción de la Historia, porque, como he mencionado con anterioridad, su actitud historicista es más metódica que doctrinal

Sí la encontramos reflejada en Savigny cuando afirma que tanto el Derecho como las características de los pueblos son fenómenos que se transmiten inconscientemente de generación en generación. La Historia para él se convierte en un valor supremo.²⁸

En conclusión, la Escuela Histórica lleva a cabo la exaltación de la costumbre porque es entendida como el Derecho elaborado por la práctica popular. Para ellos no hay más Derecho que el que se realiza en la historia.

Savigny dice “todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a los cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador”²⁹.

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 14 (1999), pp. 30 a 32.

²⁹ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. p. 48.

La Escuela Histórica consideraba que las fuentes del Derecho eran tres. La primera de ellas era el Derecho consuetudinario, que es la forma más directa de manifestación del Derecho. Se presenta a través del uso o ejercicio de los miembros de un pueblo respecto a un problema.

Hay que dejar claro que sólo la repetición de actos no da lugar al Derecho, podría ser costumbre en sentido estricto, la cual se mantiene dentro de la esfera de la persona a diferencia de los usos que ya son parte de la repetición dada por un colectivo de personas.

Tanto Savigny como los hermanos Grimm hablarán de “un mal llamado Derecho consuetudinario”. Porque la repetición de actos no crea Derecho sino su exteriorización, es decir, podemos deducir la existencia de un Derecho a través de datos materiales que se dan con esa exteriorización³⁰.

“Derecho consuetudinario es el Derecho nacido directamente de la conciencia del pueblo, mientras que el ejercicio solo nos lo hace visible”³¹.

La segunda de las fuentes del Derecho era la ley. Pero la ley no era entendida como un elemento de producción del Derecho sino como una forma de expresión de éste, el cual ya había sido creado por “el espíritu del pueblo”.

La actividad legislativa por tanto tiene un carácter más formal que las demás fuentes debido a que el legislador recibe el material directamente del espíritu del pueblo o los juristas, por lo que su única función es revestir a ese Derecho ya existente con la forma de la ley.

Otra función que tenía la actividad legislativa era la de influir en el desarrollo del Derecho.

La tercera y última fuente es el Derecho científico y el esquema de su construcción tiene lugar con la aparición de la profesión de los juristas.

En un primer momento, cuando los pueblos nacen, el Derecho es algo simple por lo que es un periodo pobre en cuanto a conceptos; el Derecho en este momento se fundamenta en los actos de nacimiento y extinción de las relaciones jurídicas, y no en proposiciones o principios.

³⁰ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La Escuela Histórica del Derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 30 a 32.

³¹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La Escuela Histórica del Derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), p. 31.

Más adelante los pueblos comienzan a interactuar con otros dando lugar a una ampliación de las relaciones jurídicas y las necesidades sociales, dando lugar a la acumulación de normas. Es lo que Puchta entendía como “la multiplicidad del Derecho” un periodo en el cual el Derecho ya no puede ser abarcado de la misma forma que en el periodo primitivo y es necesario otro medio para conocerlo.

Esto es lo que dará lugar a la aparición de la profesión de los juristas. Estos tienen una labor productiva ya que tienen que exponer de un modo científico el Derecho y no solo recibirlo y recopilarlo.

Se trata según Savigny de reducir el material jurídico en forma de sistema, entendiendo el Derecho como una unidad formada por principios. También lo veremos reflejado en Puchta con su “totalidad orgánica del Derecho”.

Por lo que junto a las fuentes anteriores surgirá esta nueva fuente que va a producir un Derecho denominada por Puchta como Derecho de los juristas y por Savigny como Derecho científico³².

A partir de 1840 la Escuela Histórica se dividió en dos grupos, los romanistas y los germanistas. Los romanistas estaban formados por Hugo, Savigny y Puchta y trataban de reparar el Derecho romano excluyendo de éste elementos extraños. En cambio los germanistas formados por Eichhorn, Grimm, Beseler, consideraban el Derecho romano como extranjero y entendían que menoscababa el desarrollo del Derecho germánico.

La rama germanista intentó elaborar un Derecho privado alemán cerrado a partir de los elementos comunes que pudieran extraerse de los diferentes derechos particulares. Para ellos el fenómeno de la recepción del Derecho común en Alemania era una tragedia nacional por impedir el desarrollo de los derechos germánicos.

Como ya he mencionado, alguno de sus precedentes fueron J. Grimm (1785-1863) y G. Beseler (1809-1885), aunque su representante más destacado, ya en el siglo XX, sería H. Brunner (1840-1915).

En cuanto a la rama romanística encabezada por Savigny a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX existieron dos visiones diferenciadas en cuanto al estudio del Derecho romano. Por un lado, la visión puramente histórica del mismo y su evolución, y por otro, la

³² GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La Escuela Histórica del Derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 32 a 37.

visión dogmática -Pandectística-, encaminada a la aplicación práctica de sus normas. Esta última visión de la rama romanística es considerada como la Escuela Histórica moderna, en ella el jurista ha de elaborar Dogmática a través de un sistema de Derecho privado que termine en construcciones jurídicas abstractas³³.

Este sistema de Pandectas se llamó así debido a que este era el nombre que recibían los manuales de Derecho. Fue el modelo más importante para el desarrollo de la ciencia en el siglo XIX.

Uno de los precedentes más importantes fueron las Pandekten de Puchta, el cual asentó las bases sistemáticas sobre las que trabajaría la ciencia Iusprivatista a partir de ese momento³⁴.

El movimiento de la Pandectística pretende sobre la base de las fuentes romanas justinianeas llegar a una construcción dogmática adecuada a su tiempo para solucionar los problemas nacionales del momento. Los seguidores de ese movimiento dieron más importancia al punto de vista dogmático que al punto de vista histórico, por lo que cuanto más se acercaban a la práctica, más se alejaban de la historia.

Los pandectistas aceptan una idea propia del Derecho iusnaturalista por la cual el ordenamiento presenta una configuración similar a la de un sistema matemático de conceptos universalmente válidos.

Algunos autores, representantes de la visión histórica analizada, sirvieron de puente entre esta visión y la visión dogmática de la Escuela histórica del Derecho. Destacan entre ellos autores como C. F. Glück (1755-1831), G. F. Puchta (1798-1846), F. L. von Keller (1799-1860)³⁵.

3. LA POLÉMICA SAVIGNY – THIBAUT

La polémica Thibaut – Savigny tiene su origen en el problema de la aplicación de la legislación en el siglo XIX.

³³ BERNAD MAINAR, Rafael, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, N.º. 17, 2016. pp. 31 a 34

³⁴ GARRIDO MARTÍN, Joaquín, “Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos”, en *Derechos y Libertades*, 37 (junio 2017), p. 218.

³⁵ BERNAD MAINAR, Rafael, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, N.º. 17, 2016. pp. 35 a 44.

Tras las conquistas de Napoleón el territorio alemán se encontraba dividido en pequeños Estados, los cuales seguían rigiéndose por el Derecho Justiniano modificado por las normas locales (con excepción de Prusia).

Debido a esta situación surgieron en los Estados alemanes corrientes favorables a una unificación legislativa que estaría inspirada en el modelo francés, y otras corrientes que se opusieron y que defendían los caracteres nacionales germánicos.

El representante del movimiento defensor de esa codificación en Alemania fue A. F. J. Thibaut (1772-1840). A su doctrina se la conoce como la Escuela Filosófica y era la contrapuesta a la Escuela Histórica.

Thibaut no rechazó del todo el método histórico y sostenía que la realidad histórica no podía ser comprendida si no era racionalizándola. Escribe: “Sin filosofía no está completa la historia; sin historia no existe una aplicación cierta de la filosofía”³⁶.

Esta forma de entender la filosofía fue la utilizada por Thibaut en su estudio científico del Derecho positivo. Pretendía mediante un estudio racional dar al Derecho histórico un orden lógico-sistemático, lo cual logró en su obra *Teoría de la interpretación lógica del Derecho romano*.

Pero la postura de Thibaut era más bien iusnaturalista y, al igual que el resto de autores iusnaturalistas de su época, creía que el mejor medio para poder lograr una racionalización del Derecho positivo y convertirlo en sistema era la codificación.

Escribió su opúsculo *Sobre la necesidad de un Derecho civil en Alemania (1814)*. Thibaut expresaba de esta forma la idea iluminista de la codificación con la base de la universalidad del Derecho³⁷.

Los defensores de la promulgación de un Código decían que este tendría un sentido pragmático ya que permitiría conocer a los prácticos del Derecho cual es la norma que deberán aplicar en los casos concretos debido al descontrol de normas vigentes en aquel momento. Existía tanto el Derecho común, como los Derechos particulares y el Código civil prusiano³⁸.

³⁶ FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: Siglos XIX y XX, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988, p. 48.

³⁷ FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: Siglos XIX y XX, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988, pp. 47 y 48.

³⁸ GARRIDO MARTÍN, Joaquín, “Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos”, en *Derechos y Libertades*, 37 (junio 2017), p. 211.

El escrito de Thibaut está basado en razones pragmáticas y está dirigido tanto a los juristas prácticos como al legislador.

En él se recogen argumentos a favor de la codificación, como por ejemplo, que en ese momento existía contrariedad y confusión del Derecho vigente en el país, lo que se solucionarían con la codificación.

Otro argumento a favor fue que había una gran influencia del Derecho romano (derecho extraño), y Thibaut ve aquí la causa principal de la anarquía jurídica alemana, ya que el Derecho romano de la recepción está formado por fragmentos incompletos e inconexos.

Por lo expuesto, la realización de un Código daría lugar a una serie de ventajas. Desaparecerían así las contradicciones entre las distintas leyes de los diversos Estados, además las Facultades de Derecho podrían formar a sus estudiantes bajo un texto preciso.

Pero también existían desventajas de carácter político y de otra índole que Thibaut no incluyó en su escrito.

La uniformidad del Código daría lugar a una momificación del Derecho consuetudinario. Otra de las desventajas la encontramos en dar carácter sagrado a la tradición evitando cambios y transformaciones, lo que daría lugar a un estancamiento en el Derecho. Esta argumentación podemos encontrarla en Rehberg en su escrito contra el Código de Napoleón³⁹.

Por otro lado, Savigny, a pesar de que reconociera los fines que perseguía Thibaut y de compartirlos, escribió su obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* como respuesta a ese opúsculo.

En ella sostiene que el medio para alcanzar ese objetivo no es la codificación, debido a que por la diversidad histórica que existía entre los diferentes estados alemanes un código no podría ser común para todos ellos. Para Savigny el medio adecuado era “una ciencia del Derecho orgánica y progresiva que pueda ser común a toda la nación” y de esta postura nació la Escuela Histórica del Derecho⁴⁰.

³⁹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La Escuela Histórica del Derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 14 a 18.

⁴⁰ FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: Siglos XIX y XX, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988, pp. 48 y 49.

En su obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* indica que no es el momento para llevar a cabo la realización de un Código. Savigny rechaza la idea de la codificación por razones coyunturales, razones técnicas y razones políticas.

En cuanto a las razones coyunturales podemos destacar, además de las ya mencionadas anteriormente, la confusión en la aplicación del Derecho en aquella época.

Debido a la confusión existente en aquel momento con las fuentes del Derecho en Alemania, formadas como ya sabemos por el Derecho común y el Derecho municipal, dieron lugar a diversas quejas. Unas iban dirigidas al estudio de estas fuentes y otras dirigidas hacia la administración de justicia.

Primero, la combinación de ambas causas es lo que daba lugar a la lentitud y a la excesiva duración de algunos de los procedimientos alemanes. Esto constituía un mal que nacía de las formas defectuosas de los procedimientos vigentes en muchos países. Esta cuestión para Savigny necesitaba de una urgente reforma.

En segundo lugar, las quejas se dirigen contra la deformidad que sufría el derecho municipal, en aquella época⁴¹.

En cuanto a las razones técnicas que aporta en su obra podemos destacar las siguientes.

El problema más complicado e importante que ve Savigny es el que se refiere a la materia del Código, su perfección desde el punto de vista de la amplitud de este. El Código se crearía para ser fuente única del Derecho, por lo que debería contener la solución a cualquier caso que pueda presentarse.

Pero existe una grandísima variedad de casos del Derecho y aunque se ha creído que conocerlos todos para darles solución en el Código es algo posible, lo cierto es que es difícil fijar de antemano todos ellos. En este sentido sería complicado poner los límites para la elección de los casos más importantes que estarían incluidos en el Código, así como cuáles de ellos quedarían fuera o cuántos de ellos ni siquiera quedarían previstos⁴².

⁴¹ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 71 y 72.

⁴² SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. p. 55.

Otra de las complicaciones que encuentra Savigny la apreciamos en que cada parte del derecho tiene una serie de principios de los que se derivan otros, los cuales se pueden llamar teoremas fundamentales. Señalar estos teoremas y descubrir a partir de ellos la relación y la similitud que tienen con todos los principios y teoremas jurídicos es lo más difícil de la ciencia de su época.

Pero si, a pesar de ese imperfecto conocimiento de los principios fundamentales, se lograra en el Código abarcarlo todo, lo que ocurriría será la contraposición recíproca entre las decisiones particulares, lo cual se manifestará lentamente en las aplicaciones.

En conclusión, para Savigny, si el Código se formase en una época como la suya, en la cual la ciencia jurídica está poco desarrollada, sería imposible evitar los problemas⁴³.

Añade, además, que se requiere cierta capacidad para realizar una obra como un Código. Capacidad que los juristas de la época no tenían. Savigny decía que si esta capacidad faltara lo único que se conseguiría sería empeorar la condición del Código, cuando lo que verdaderamente se quiere es mejorar.

Bacon quería que el siglo en que se llegase a dar fin a una codificación sobresaliese por su inteligencia a todos los siglos anteriores. Pero esto, de que todo siglo sea apto para todo, es prejuicio peligroso⁴⁴.

Otro objeto que examinó fue el lenguaje. Savigny se preguntaba si realmente en aquella época tenían una lengua con la cual poder compilar un Código. Para él, el lenguaje no tenía esa aptitud y lo entendía como un indicio más del atraso alemán en esta esfera del pensamiento⁴⁵.

Él veía en el lenguaje otro de los problemas en cuanto a la elaboración de ese Código, un problema que comete cualquiera que no sabe utilizar el lenguaje como instrumento.

⁴³ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 56 y 57.

⁴⁴ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 77 y 78.

⁴⁵ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. p. 84.

Por el momento, con todo lo que hemos aportado sobre las condiciones de un buen Código, está bien claro que el siglo XIX no es la época para formarlo⁴⁶.

En cuanto a las razones políticas Savigny dejó claro que el proceso de Codificación era la consecuencia de la decadencia política.

Savigny admiraba el método de los jurisconsultos del Derecho romano y a su parecer en aquel momento no existía un sistema al que poder admirar del mismo modo, por lo que entendía que su época no estaba preparada para producir un buen Código. Consideraba que la ciencia jurídica alemana no se había elaborado lo suficiente como para proceder a una codificación.

A su juicio los juristas necesitaban tener unas capacidades de la cual carecían. Una capacidad histórica para recoger todo lo característico que hay en cada época y en cada forma del derecho y una capacidad sistemática, para considerar todas las ideas y principios y ponerlos en relación con el conjunto⁴⁷.

Además, Savigny responde directamente a la proposición de Thibaut, el cual dice que el Código podría hacerse en un plazo de tres o cuatro años a través de los legisladores y los jurisconsultos dedicados a cultivar la ciencia y que el resultado sería una obra duradera. A lo que Savigny dice que a través de este medio es imposible tener una obra perfecta.

Para ello compara la época romana del tiempo de Papiniano, en la cual la elaboración de un código era posible debido a que su literatura jurídica constituía un conjunto, con la época suya actual indicando que es la situación contraria.

Los jurisconsultos de la época romana eran personas fungibles, y existían diversos medios para lograr un buen código. Podría ser realizado por uno solo y los demás se lo enmendarían y perfeccionarían posteriormente, o podían realizarlo varios independientemente unos de los otros, redactando diversas compilaciones que se compararían posteriormente y serían completadas y corregidas entre todos.

Mientras que en su época la situación no era así, Savigny invita en su obra a preguntarse si de un trabajo en común realizado por unos cuantos jurisconsultos

⁴⁶ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. p. 58.

⁴⁷ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 77 a 84.

contemporáneos puede resultar algo más que una composición mecánica de su derecho actual⁴⁸.

Como acabamos de ver Savigny siente admiración por los jurisconsultos romanos y por tanto considera necesario detenernos en el siglo de Papiniano y de Ulpiano. Lo que verdaderamente constituye la grandeza de los jurisconsultos romanos son sus principios fundamentales.

Así nació en ellos una seguridad en todo su procedimiento, parecido al de las matemáticas, que fue casi común a todos los jurisconsultos.

Otro de los elementos a destacar de ellos es que tenían cuidado de conservar un excelente lenguaje técnico.

Además los jurisconsultos romanos, cuando tenían que razonar sobre un caso de derecho, partían de la intuición de éste, es decir, como si el caso fuese el punto inicial de toda la ciencia que del mismo debía derivar. Por eso para ellos no existe una distinción determinada entre la teoría y la práctica. La teoría siempre se lleva a una inmediata aplicación y la práctica toma tal importancia como el de un proceso científico⁴⁹.

Otra de las razones fue que para Savigny el Código francés se había extendido por Alemania como si fuera una enfermedad. Además, la idea de compilar un Código para cada Estado iba directamente en contra de la unidad alemana, la cual tenía su origen en el siglo XIX. Se trataba de una rebelión contra las fuerzas que ellos consideraban antitradicionales y extrañas a las suyas⁵⁰.

Lo más importante, indica Savigny en su obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, es que en defecto de la uniformad del Derecho, crece el amor hacia la patria común. El derecho específico de cada ciudad no debe ser tachado como

⁴⁸ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 165 a 169.

⁴⁹ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 62 a 64.

⁵⁰ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. p. 25.

perjudicial y sin la existencia de un Código habría una influencia del derecho civil sobre el sentimiento de la patria⁵¹.

Los defensores de la realización de un Código general pretendían con ello hacer del Derecho civil un interés común en toda la nación y de esta manera afianzar la unidad. Pero lo cierto es que con ese Código lo único que se conseguiría es la división de Alemania en tres grandes zonas: Prusia, Austria y los demás estados.

Además, lo más complicado sería lograr que esta comunidad del derecho civil fuese reconocida en todas las instituciones actuales debido a su gran variedad. Si buscamos un medio en el que este común estudio pueda ser públicamente fundado sería la Universidad⁵².

Por otro lado, para Savigny el Código no puede ser una composición mecánica, le faltaría una de sus cualidades más importantes y necesarias, la vida.

Añade también que no puede ser obra de una asamblea, sino que debería serlo de un solo individuo; y los demás deberían aconsejar, dar opinión y corregir los defectos.

Pero esto sería muy difícil ponerlo en práctica, dada la heterogeneidad de las instituciones individuales y de los conocimientos de sus juristas, ya que ninguno podría nombrarse como representante único⁵³.

3.1 Der *Volksgeist* y el concepto de derecho

El concepto de pueblo había sido desarrollado tanto por Möser como por Herder en líneas generales. Además, en la Escuela Histórica tiene un doble sentido: como concepto natural y como concepto histórico.

Para el autor Puchta la primera determinación del concepto de pueblo estaría fundado en los conjuntos humanos basados en lazos de sangre, es decir, se basaría en la descendencia común.

⁵¹ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 73 y 74.

⁵² SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. pp. 162 y 163.

⁵³ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977. p. 168.

Por esto, para la Escuela Histórica el concepto de pueblo es diferente al que tenía la doctrina política ilustrada. Esta doctrina entendería que el pueblo es un conjunto de individuos aislados capaces de constituir una sociedad a través de los contratos. Mientras que, para la Escuela Histórica, el pueblo es un ente anterior y superior a cada individuo, una unidad natural.

Y cuando se habla de esa unidad natural hay que entenderla como algo que engloba todas las generaciones pasadas y futuras, no solo debemos centrarnos en los individuos que la forman en ese momento. Hay que entenderla como una comunidad de espíritu.

Y como comunidad de espíritu se encontraría en un desarrollo continuo, se va creando así un mundo con un sentido histórico absoluto. Las formas culturales, el Derecho, el lenguaje, la religión, los usos, no son fenómenos aislados sino que están relacionados con las actividades de un pueblo.

Los hermanos Grimm indicaban respecto al lenguaje y las obras culturales que no tenían su razón de ser tanto en la personal que las creaba sino en la vida histórica del pueblo, que es lo que les daba un carácter individual y necesario.

La actividad creadora de los pueblos tiene su expresión en el *Volkgeist*, en el espíritu del pueblo. Este concepto tiene su origen, tardíamente, dentro de la propia Escuela Histórica concretamente de la mano de Puchta.

Este autor como he indicado anteriormente consagra esta expresión dentro de su obra *Derecho Consuetudinario* (1828-1837) y de aquí lo adoptara Savigny más tarde aunque con confusiones en su obra *Sistema del Derecho romano* (1840).

El concepto utilizado por la Escuela Histórica se entiende no como una reacción de los individuos como tal, sino que se trata básicamente de las actitudes de estos individuos en cuanto son miembros de un todo, el pueblo, el cual es superior a ellos y cuya realidad concreta se manifiesta como *Volkgeist*.

Para entender el Derecho es necesario considerar que se trata del producto de la actividad del pueblo y vive en la conciencia común de éste. Por lo que el Derecho no es creado por individuos sino por el espíritu del pueblo que vive y actúa en ellos. El proceso de

creación del Derecho es lento y se desarrolla a lo largo de las generaciones, siempre a través de unas fuerzas silenciosas y no por el arbitrio del legislador⁵⁴.

En cuanto a Savigny podemos observar en su doctrina tres elementos que predominan y que se entrecruzan.

El primero de ellos es la concepción empírico-histórica, la cual entiende que la principal función que tienen los científicos del Derecho es conocer el Derecho histórico tal y como ha quedado preservado en los documentos históricos. No se preocupa de dar una definición de lo que sería el pueblo, básicamente lo equipara al concepto de nación de aquel momento.

En segundo lugar tenemos el concepto evolucionista, el Derecho aquí es entendido como una creación del espíritu humano, entendido como un conjunto de elementos que formarían una cultura, y por tanto se desarrolla a la par que este. En Savigny lo vemos reflejado a partir de su estudio para la *Revista de la Ciencia histórica del Derecho* (1815).

En tercer y último lugar tenemos el concepto romántico, aquí el pueblo es considerado un individuo y su desarrollo da lugar a elementos que lo definen como la cultura, el lenguaje o el Derecho.

La diferencia entre estos conceptos es que los dos primeros se centran en el estudio del pasado más inmediato para conocer el presente, mientras que el concepto romántico aboga por un estudio del pasado lejano⁵⁵.

La tesis sobre de que el Derecho procede del pueblo no fue escrita por Savigny hasta el año 1814 en su escrito *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Es a partir de este momento cuando el pensamiento de Savigny cambia sosteniendo que la fuente primera del Derecho es la conciencia jurídica del pueblo y no la ley como los juristas de aquella época venía entendiendo.

Esta tesis se va a mantener sustancialmente en sus escritos posteriores aunque de manera diferente. Por ejemplo lo veremos en el artículo inicial de la *Revista para la Ciencia histórica del Derecho* (1815) y en su obra *System des heutigen römischen Rechts* (1840)⁵⁶.

⁵⁴ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La Escuela Histórica del Derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 23 a 27.

⁵⁵ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, “Derecho y Pueblo en Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), p. 220.

⁵⁶ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, “Derecho y Pueblo en Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 222 y 223.

La expresión del espíritu del pueblo utilizada por Savigny tiene su aparición en relación con el problema del origen del Derecho. Su afirmación base es que ese espíritu del pueblo es el verdadero sujeto creador de Derecho.

Como ya hemos resaltado con anterioridad, Savigny nos indica, en su obra *De la Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, que el Derecho no nace de las leyes, sino que en realidad el Derecho nace de la conciencia común del pueblo, es decir, que todo Derecho se origina por la costumbre y las tradiciones de éste.

Por lo que en este sentido podemos decir que a Savigny le interesa el *Volkgeist* en cuanto la fuerza creadora del Derecho y en cuanto legislador del Derecho.

Pero hay que decir que la idea de espíritu del pueblo como tal no es una idea original y propia de Savigny, sino que era un concepto ya popular en el ambiente intelectual de aquel momento. Él lo que hizo fue adaptar esa expresión con su propio pensamiento sobre el origen y la naturaleza del Derecho.

Como algunos de los autores que utilizaron primeramente esta expresión del espíritu del pueblo tenemos que destacar a Montesquieu quien utilizó el concepto de “esprit de la nation”.

Montesquieu indicó que el Derecho de un país está condicionado por una serie de factores tanto naturales como sociales, por lo que no puede ser creado despóticamente por un legislador. Dentro de esos elementos encontraríamos ese espíritu de la nación.

En cambio Savigny indica que la conciencia común del pueblo es la única causa del Derecho.

Montesquieu también indica la existencia de una reciprocidad entre el *Volkgeist* y el Derecho. Por lo que, aunque el espíritu de la nación sea un condicionante para el legislador, una legislación buena podría influir en el carácter nacional. Se reconocería de este modo algo de autonomía en relación al legislador.

Savigny por su parte indicó que el *Volkgeist* modela el Derecho, pero el Derecho no puede modelar el *Volkgeist*, negando en este sentido la autonomía del legislador.

Para el autor E.W. Nörr no hay que atribuir especial relevancia a la posible influencia de Montesquieu en la idea del espíritu del pueblo de Savigny, en cambio la lectura de las obras de J.G. Herder, así como la correspondencia con J. Grimm y P.A. Feuerbach nos

permite conocer que es a partir de esos años cuando se forma la combinación de teoría del Derecho y teoría del *Volksgeist* que caracteriza a Savigny⁵⁷.

Si analizamos algunas de las obras de Savigny podemos comparar en qué grado o medida aparece esta expresión del espíritu del pueblo, además del concepto que tiene sobre el Derecho.

Primero analizaremos los conceptos de Derecho y de pueblo en su obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* Savigny no utiliza aún la expresión *Volksgeist*, aunque sí acepta en lo fundamental la idea del *Volksgeist*.

E.W. Nörr cree que Savigny no utilizaba esta expresión porque, como he indicado anteriormente estaba de moda en aquella época. Por ejemplo, F.C.v. Moser escribió una monografía con el título *Von dem deutschen Nationalgeist* (1765), J.J. Bülow utiliza la expresión Geist des Volkes en su opúsculo *Noch etwas zum deutschen Nationalgeiste* (1766), así como Hegel en su obra *Volksreligion und Christentum* (1793)⁵⁸.

Podemos decir que el acontecimiento que dio lugar a la tesis de Savigny sobre el Derecho del pueblo fue el sentimiento de necesidad de llevar a cabo un Código civil para toda Alemania.

Como ya hemos mencionado anteriormente, para Savigny era una equivocación la redacción de un Código civil común para toda Alemania. Las dos razones en las que se basa son que se trata de una secuela de tendencia racionalista abstractiva de aquel momento y que falseaba la cuestión sobre el origen del Derecho positivo.

La tendencia racionalista abstractiva provocaba la pérdida de sentimiento, de peculiaridad y de grandeza de otras épocas, además del desarrollo natural de los pueblos y de las Constituciones. Lo que más le preocupaba a Savigny era que la redacción de un Código civil dejaría al margen la peculiaridad histórica para poder ser utilizados por todos los pueblos.

En cuanto al origen del Derecho los juristas de la época entendían que se encontraba en las leyes, por lo que la Ciencia del Derecho y la legislación tendrán solo el contenido de las leyes, siendo totalmente cambiante.

⁵⁷ CONTRERAS, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), pp. 164 a 167.

⁵⁸ CONTRERAS, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), pp. 167 y 168.

Para Savigny, la Historia documentada indica que el origen del Derecho positivo no es otro que el pueblo, sin que entremos a valorar si el Derecho nacido de esta forma es o no justo. Por esto todo Derecho que provenga de una historia documentada tiene un carácter específico al igual que lo son en cada pueblo el lenguaje, las costumbres o la Constitución⁵⁹.

Así queda reflejado por Savigny en su obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, dice “el Derecho reviste un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política”⁶⁰.

Vincula en esta frase las cuatro principales manifestaciones del *Volkgeist* y entiende el *Volkgeist* como “la convicción común del pueblo”, por lo que se excluye toda idea de nacimiento casual y arbitrario⁶¹.

A partir de aquí Savigny se centrará en el paralelismo entre el lenguaje y el Derecho, además de calificar al pueblo como un organismo vivo el cual evoluciona en tres etapas, la juvenil, el desarrollo y la madurez.

La etapa juvenil es pobre en conceptos aunque Savigny indica que es “clara y natural”. El Derecho dentro de esta etapa está constituido por actos formales como simbólicos, queda claro así que existe una conexión orgánica del Derecho con la esencia de cada pueblo⁶².

Por tanto, en esta etapa el Derecho civil tendría un carácter peculiar y determinado. También estarían determinados el lenguaje, la constitución y las costumbres. De este modo Savigny entiende que en esta etapa el Derecho vive en la conciencia del pueblo.

Podemos entender que el Derecho tiene una doble vertiente, por un lado el origen estaría en la conciencia popular y por otro existirían manifestaciones jurídicas externas, las cuales obviamente serían observables.

⁵⁹ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, “Derecho y Pueblo en Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 224 a 226.

⁶⁰ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977, p. 43.

⁶¹ CONTRERAS, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), p. 168.

⁶² RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, “Derecho y Pueblo en Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), p. 227.

Para él, la forma en que es creado el Derecho en la etapa de juventud de los pueblos no se puede aplicar a su propia época. Todo ello debido a que los pueblos están en continua evolución, por lo que su producción jurídica también varía.⁶³

Esta conexión orgánica va a mantenerse en la siguiente etapa de desarrollo de los pueblos. Vuelve a comparar en esta etapa el Derecho con el lenguaje y añade también que el Derecho se encontraría en una continua evolución, la misma que sufriría el pueblo⁶⁴.

Savigny dice: “El Derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter”⁶⁵.

El desarrollo del Derecho continuará en la última de las etapas, la de madurez. El problema principal de esta etapa es que a pesar de que el Derecho sigue siendo el reflejo de la conciencia común del pueblo, debido al crecimiento de las actividades del pueblo, éstas se separan cada vez más. Lo que antes se cultivaba en común ahora se hace a través de estamentos singulares. Destacando así el de los Juristas los cuales son los representantes de la conciencia popular.

En esta etapa el Derecho se complicará tanto que tendrá un doble sentido. El primero como una parte de la vida del pueblo y el segundo como una ciencia a la que se dedicarán los juristas.

Savigny se referirá a la conexión natural del Derecho con el pueblo como “elemento político” o también como Derecho natural del pueblo y a la vida científica del Derecho como “elemento técnico” o Derecho culto. El límite entre ellos no es claramente diferenciable por lo que dependiendo de las épocas de un mismo pueblo el Derecho será uno u otro según predomine más un elemento sobre el otro.

Como conclusión hay que decir que en esta obra Savigny viene a decirnos que todo Derecho proviene del pueblo, a lo que él se referirá como Derecho consuetudinario, y que tal Derecho es producto de las costumbres y las creencias propias de cada pueblo.

⁶³ CONTRERAS, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), pp. 174 a 177.

⁶⁴ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, “Derecho y Pueblo en Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), p. 229.

⁶⁵ SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977, p. 46.

Pasamos a continuación a analizar el concepto de Derecho y pueblo en el artículo inicial de *La Revista para la Ciencia histórica del Derecho* (1815), la cual fue fundada por Eichhorn, Göschen y Savigny.

Tratan aquí la relación existente entre Derecho y pueblo contraponiendo la Escuela Histórica y la Escuela ahistorica.

La primera cuestión será qué relación existe entre el pasado y el presente, y qué relación existe entre el devenir y el ser. Cada escuela tenía un punto de vista, la Escuela ahistorica entendía que cada época creaba su existencia y la Historia no es más que un conjunto de ejemplos políticos y morales. Por su parte, la Escuela Histórica entiende que todo lo individual forma parte de un todo superior, por lo que cada época no creaba su existencia por sí misma sino que lo hacía estando vinculada con el pasado.

Para Savigny cada época tiene que reconocer algo dado, necesario y libre y que es producido por la superior naturaleza de un pueblo, entendido este como un todo.

La Escuela histórica defendía que la materia del Derecho surgía de la esencia de la Historia. Mientras que la Escuela ahistorica entendía que el Derecho se produce por aquellas personas que tienen el poder legislativo en cada momento, sin tener en cuenta el pasado.

Lo más destacable es que en este escrito Savigny utiliza como sinónimos los conceptos de pueblo, nación y Estado. Esto es debido a que el sentimiento nacional tomó fuerza con el romanticismo y la Restauración política, y que arraigó en Savigny considerando esta vía como la única posible frente a la actitud de algunos autores como Thibaut⁶⁶.

Para finalizar, en su obra *Sistema del Derecho romano actual* (1840-48), volumen I, podemos encontrar lo que Savigny entendía por pueblo y por espíritu del pueblo de manera un poco más clara que en su anterior obra pero sin llegar a eliminar todas las imprecisiones⁶⁷.

Savigny tratará en algunos párrafos de esta obra las fuentes del Derecho y será aquí donde se ocupe de dichos conceptos. Por otro lado, ya no se referirá al Derecho como Derecho civil, en cuyo origen era entendido así, sino que ahora tiene un carácter general y lo entiende como Derecho positivo⁶⁸.

⁶⁶ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, "Derecho y Pueblo en Savigny", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 229 a 233.

⁶⁷ CONTRERAS, Francisco José, "La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), p. 168.

⁶⁸ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, "Derecho y Pueblo en Savigny", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), p. 233.

Para entender mejor la doctrina de Savigny tenemos que distinguir tres puntos. El primero sería el pueblo como sujeto creador de Derecho.

Para Savigny el pueblo es un sujeto para el cual existe el Derecho y, además, es un sujeto en el que el Derecho existe. El Derecho positivo ya vive en la conciencia común del pueblo y, en este sentido, él cree que todo Derecho debería poder ser llamado también Derecho popular (*Volksrecht*).

Lo que produce el Derecho por tanto es el espíritu del pueblo (*Volksggeist*) que vive y actúa en todos los individuos y no la voluntad arbitraria de los sujetos. Dice Savigny que la actuación de este espíritu del pueblo es lo que permite que el Derecho tenga un contenido común y necesario para todos los miembros del pueblo⁶⁹.

Indica Savigny que no se puede obtener testimonio sobre el Derecho, cuyo origen está en el espíritu del pueblo y, de este modo, podemos pensar que aceptar ese origen espontáneo del Derecho implicaría renunciar a las pruebas documentales sobre la Historia.

Pero lo cierto es que en todos los pueblos hay un Derecho positivo que ha sobrepasado esa Historia documentada y las manifestaciones externas permiten inferir la existencia de ese proceso invisible de creación jurídica. Por lo que la conciencia del pueblo se manifiesta a través de actos simbólicos que representan las relaciones jurídicas.

Savigny intenta hacer más comprensible su teoría comparándola con el desarrollo del lenguaje. El origen del lenguaje también sería un producto del espíritu del pueblo y no de la libre elección de los individuos⁷⁰. Dice así que en el lenguaje encontramos “la misma independencia frente al azar y frente a la libre elección de los individuos”; también el idioma “es producto de la actividad del espíritu del pueblo, que actúa comunitariamente en [a través de] los individuos”⁷¹.

También destaca Savigny en esta obra la influencia que ejerce la evolución continua de los pueblos sobre el Derecho positivo y para una mejor comprensión utiliza la comparación con el lenguaje el cual también se encontraría en evolución y desarrollo constantes. De este modo el pueblo con la evolución pasaría por una serie de situaciones que estarían relacionadas con forma de exteriorización del espíritu del pueblo. La exteriorización

⁶⁹ CONTRERAS, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), p. 169.

⁷⁰ CONTRERAS, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), pp. 175 y 176.

⁷¹ CONTRERAS, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), p. 176.

más libre sería la que se encuentra en la etapa juvenil de los pueblos, mientras que irá siendo más compleja cuando mayor sea la diferencia de formación entre los individuos y cuanto más diversidad profesional y testamentaria exista.

El segundo punto lo encontramos en la naturaleza del pueblo como sujeto creador del Derecho. Savigny parte de la idea de que en el pueblo podemos distinguir dos elementos, uno abstracto y el otro de contenido. Si quitáramos el elemento del contenido y solo dejásemos el elemento abstracto, lo que nos quedaría es la convivencia de muchos hombres regulada de cierta manera. Y gracias a la Historia documentada sabemos que donde hay convivencia, existe también una comunidad espiritual. Esta comunidad se desarrolla por el uso del lenguaje y en ella se configura la producción del Derecho. Por lo que el espíritu del pueblo produce el Derecho que se impone a todos los individuos⁷².

Savigny entiende como productor del Derecho positivo al pueblo. Y añade que el pueblo es un todo natural de carácter unitario. Por lo que no podríamos identificarlo en un momento dado como un conjunto de individuos, sino que el pueblo está integrado por generaciones separadas en el tiempo, tanto pasadas como futuras.

Pero lo cierto es que muchas veces no queda clara la línea limítrofe entre los diferentes pueblos. Del mismo modo será complicado determinar si varias colectividades con unas afinidades comunes serán o no un pueblo único⁷³.

El último punto se refiere al Estado como concreción del pueblo y creador de Derecho. El concepto de pueblo que hasta el momento ha expuesto Savigny en su obra no responde como tal a la realidad histórica, si no que se trata de un concepto abstracto en cuanto a su naturaleza, entendido como un todo imperceptible de límites indeterminados. El Estado sería la forma corpórea que tendría la comunidad espiritual que conforma el pueblo. Será el Estado el que determine los límites del pueblo y también una forma de producción del Derecho.

Para aclarar la relación entre los conceptos de pueblo, Estado y Derecho, Savigny comienza dividiendo el Derecho. Pero esto no quiere decir que sean dos sectores comunicados ya que se influirán entre ellos.

⁷² RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, "Derecho y Pueblo en Savigny", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 236 y 237.

⁷³ CONTRERAS, Francisco José, "La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), p. 170.

Por un lado tendríamos el Derecho estatal, cuyo objeto es claramente el Estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo. Y por otro lado tendríamos el Derecho privado, que tiene como objeto las relaciones jurídicas que afectan a los individuos.

A pesar de esto, Savigny acaba afirmando que sólo el Derecho adquiere plena realidad cuando es producto del Estado y que sólo en el Estado adquiere el pueblo su personalidad. Savigny rechaza así la idea de que el Derecho pueda proceder solo del pueblo. Para él, es la unidad del Estado lo que determina la unidad del Derecho. Esto no quiere decir que sea el único medio de producción del Derecho, ya que admite que el Derecho popular proviene inmediatamente de la producción del pueblo, siempre que no rompa la unidad del Estado⁷⁴.

Por último, hay que añadir que en esta obra también indica, al igual que en *De la vocación para nuestro de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, que debido a que la vida social y las relaciones jurídicas cada vez son más complejas, el Derecho, que en su origen fue el fundamento de todo el pueblo, terminara siendo inabarcable para los individuos. De esta manera los juristas pasan a convertirse en los profesionales que lo estudian.

Los juristas tienen por tanto una doble función. En sentido material, debido a que la creación jurídica popular ahora es responsabilidad suya en gran medida. Y en sentido formal, ya que el Derecho es conceptualizado y reformulado de forma científica.

Por otra parte Savigny indica que en las sociedades complejas el Derecho popular debe expresarse a través de la ley y de la Ciencia jurídica. Son considerados dos órganos que a su vez tienen una vida propia, por lo que el Derecho popular poco a poco queda al margen, desplazado por el Derecho científico y Derecho legislativo⁷⁵.

3.2 El concepto de Ciencia jurídica

Como una primera definición de lo que podríamos entender por Ciencia del Derecho, el autor G. Kalinowski indica que Ciencia del Derecho es aquel saber que sistematiza el contenido de las normas jurídicas que hay sobre un determinado territorio, que fueron dictadas para una población en concreto y que forman parte de un sistema jurídico en vigor. Aunque esta definición está lejos de contar con una aceptación unánime.

⁷⁴ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, “Derecho y Pueblo en Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), pp. 239 y 240.

⁷⁵ CONTRERAS, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), pp. 178 y 179.

Las características principales de la versión Dogmática de la Ciencia del Derecho son las siguientes:

- I. Aceptación y respeto de las fuentes positivas como el único ámbito de definición de toda experiencia jurídica.
- II. La aceptación de un monismo legalista como teoría de las fuentes.
- III. Considerar como actividad de conceptualización y sistematización lógica al conocimiento jurídico.
- IV. Entender el saber jurídico como una actividad productiva⁷⁶.

La concepción dogmática de Ciencia del Derecho es el resultado de un modelo científico el cual tiene su origen en el saber jurídico de la Edad Media y llega hasta mediados del siglo XIX donde encontramos su configuración definitiva.

Desde su origen y hasta la fecha de mediados del siglo XIX se van a dar una serie de subprocesos de importancia.

Primero, la primacía del concepto moderno de Ciencia. Segundo, la separación entre teoría y praxis, con la afirmación del saber jurídico como saber teórico. Tercero, la identificación del derecho con la ley y luego la identificación con el concepto científico y la inclusión posterior en el marco de una teoría sistemática. Y, por último, la primacía de la lógica formal y del esquema inducción-deducción abandonando la lógica que había caracterizado el pensamiento hasta aquel momento.

La Dogmática es el resultado definitivo en el plano científico-jurídico del proceso que va desde el idealismo hacia el formalismo y de ahí al positivismo.

Durante el periodo de tiempo transcurrido desde la Alta Edad Media hasta el siglo XVIII existía en Europa una Ciencia jurídica común basada tanto en el Derecho Canónico como en el Derecho Romano. Pero esta Ciencia jurídica común se modificó con la entrada del sentimiento de codificación nacional⁷⁷.

La Dogmática de la Ciencia del Derecho es el resultado tardío de la Ilustración pero además es una instancia antecesora del Positivismo. Su origen será la respuesta de la mentalidad conservadora de la situación que acontecía en aquella época, por ejemplo, con la

⁷⁶ ZULETA PUCEIRO, Enrique, Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 19, 1976-1977, pp. 57 y 58.

⁷⁷ COING, Helmut., "La ciencia del derecho privado en europa en el siglo XIX", *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, N° 7, 1995, p. 169.

Restauración en Francia, la Europa posterior a las guerras napoleónicas y el nacionalismo alemán⁷⁸.

En el siglo XVIII con la Ilustración ya se había planteado la Ciencia jurídica en base a un modelo físico-matemático. Los juristas de aquella época querían desarrollar una Ciencia jurídica reguladora de la conducta humana que se basara en las leyes universales.

Por lo que la Ciencia jurídica de aquella época respondía a unos principios básicos:

- I. Existen leyes que expresan los comportamientos esenciales del mundo social, estas son unas leyes necesarias, permanentes y universales encargadas de regular la conducta humana.
- II. Esas leyes naturales que deben regir la convivencia social pueden ser descubiertas por la razón humana. Esta razón es capaz de vencer la ignorancia o errores sobre la evidencia de los principios básicos de legislación.
- III. El acto a través del cual la razón expresa los principios es declarativo. Por lo que no se trata de crear las leyes sino sólo de expresarlas y mostrarlas⁷⁹.

A comienzos del siglo XIX la Ilustración había dejado un legado sobre la conciencia histórica. Por un parte que la idea de Historia es el escenario de toda posible realidad espiritual, por lo que la lengua, la historia, la religión, la cultura, son manifestaciones que tienen sentido solo en dicho contexto.

Y, por otro lado, la idea de que la reflexión del espíritu no puede tener una forma de discurso abstracto en base al racionalismo, sino que tiene que partir de la concreción de su objeto.

Frente a esta idea del iusnaturalismo racionalista, la nueva conciencia histórica de este siglo considera al Derecho como una manifestación condicionada por la historia. Así quedaría expuesto que no hay más Derecho que el positivo, que sólo puede aspirar a formar como tal la manifestación de voluntad del Estado, por lo que serían la historia y el espíritu de los pueblos los que forjan en su interior las estructuras positivas de este Derecho.

La Ciencia del Derecho es la reflexión sobre dicha voluntad, como un intento de comprensión de la misma, tanto dentro como a partir de la Historia.

⁷⁸ZULETA PUCEIRO, Enrique, Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 19, 1976-1977, pp. 60 y 61.

⁷⁹PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 14 (1999), pp. 16 y 17.

La Escuela Histórica y Savigny se encontrarían en el momento de una primeriza síntesis sistematizadora de evolución de las ideas. Esta nueva concepción la encontramos en el momento de la historia de la Ciencia jurídica moderna.

El paso del Iusnaturalismo racionalista al Positivismo jurídico será el momento decisivo en la constitución de la Ciencia del Derecho. Cabe añadir que la Escuela Histórica marcaría el momento de maduración casi definitiva en tal proceso evolutivo⁸⁰.

Tenemos que añadir que dentro de la Ciencia jurídica alemana podemos distinguir tres Escuelas científicas. La Escuela Histórica del Derecho, la Jurisprudencia de conceptos y la Jurisprudencia de intereses⁸¹.

En cuanto a la Escuela Histórica por su parte lo que pretende es renovar la Ciencia jurídica, dándole el prestigio que en su momento tuvieron los comentaristas romanos⁸².

Como ya sabemos, dentro de la Escuela Histórica existieron dos ramas, la germanista y la pandectista. Los pandectistas, discípulos de Savigny, serán los últimos juristas que estudien directamente las fuentes romanas justinianas, para crear una Ciencia jurídica actualizada al servicio de los problemas y las necesidades actuales.

Los pandectistas tienen una concepción iusracionalista del Derecho. En este sentido el ordenamiento para ellos presenta una configuración parecida a la de un sistema matemático de conceptos universalmente válidos como base de una verdadera Ciencia jurídica⁸³.

Junto con la Pandectística se mantuvo la Ciencia del Derecho privado alemán, la cual se fundamentaba en las fuentes medievales y se había desarrollado a finales del siglo XVIII⁸⁴.

Por otro lado tenemos que destacar a B. Windscheid (1817-1892) y R. Ihering (1818-1892) como los mayores representantes de la Ciencia jurídica del siglo XIX alemán.

⁸⁰ZULETA PUCEIRO, Enrique, Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica, *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 19, 1976-1977, pp. 62 y 63.

⁸¹COING, Helmut., "La ciencia del derecho privado en europa en el siglo XIX", *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, Nº 7, 1995, p. 174.

⁸²BERNAD MAINAR, Rafael, "La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno", *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, Nº. 17, 2016. pp. 22.

⁸³BERNAD MAINAR, Rafael, "La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno", *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, Nº. 17, 2016. pp. 40 y 41.

⁸⁴COING, Helmut., "La ciencia del derecho privado en europa en el siglo XIX", *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, Nº 7, 1995, p. 174.

En cuanto a B. Windscheid, su obra *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862-1870) se centró fundamentalmente en elaborar los conceptos más importantes de la parte general del Derecho de Pandectas.

Su gran labor sintetizando el movimiento de Pandectas y organizándolo sistemáticamente para facilitar su aclaración le ha otorgado una reputación con la cual se le ha llegado a comparar con el jurista romano Ulpiano, así como con Accursio en cuanto a la recopilación de las glosas.

Además la obra de Windscheid tuvo gran influencia sobre el positivismo jurídico moderno y se la considera la mejor obra de la Pandentística tardía.

Por otro lado R. von Ihering pasó de ser un discípulo del maestro Savigny a ser uno de sus adversarios. En su trayectoria observamos dos etapas diferenciadas. La primera, representante de la dogmática pura y partidario de la jurisprudencia de conceptos (Begriffsjurisprudenz). La segunda en la que se acerca al naturalismo jurídico y expone el fin como la fuente de creación del Derecho, en una clara expresión de la doctrina teleológica del Derecho. Ésto pondrá en evidencia las ideas de la Escuela histórica e hizo resaltar sus errores⁸⁵.

Para conocer el origen del fundamento de la Ciencia jurídica tenemos que centrarnos en la Escuela Histórica del Derecho, desarrollada como ya sabemos por autores como Savigny, Puchta, Jakob, Wilhelm Grimm, Eichhorn, Niebuhr y Windscheid.

El autor Ihering destapará el intento de limitar el Derecho por parte de algunos autores. Entendían el Derecho sólo como el producto de la legislación de los Estados, por lo que el resultado de todo esto será que el contenido, tanto de la legislación como de la Ciencia jurídica, sería algo ocasional y variable, complicando la comprensión del Derecho como ciencia y como práctica⁸⁶.

En el año 1840 Savigny escribe el primer volumen de su obra del *Sistema de Derecho romano actual*. Una obra sistemática en que se refleja la nueva etapa de su pensamiento. Savigny ve que el mejor método para restaurar la ciencia jurídica es el estudio del Derecho romano. En esta obra trata de rehabilitar la unidad entre la teoría y la práctica, la cual se había perdido

⁸⁵ BERNAD MAINAR, Rafael, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, N°. 17, 2016. pp. 45 a 48.

⁸⁶ PÉREZ VÉLEZ, Alie, “Vigencia de la escuela histórica en la enseñanza del derecho”, en *Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 8, núm. 8 (2015), pp. 78 y 79.

pero había estado presente en el pensamiento historicista alemán⁸⁷. Para ello tenemos que centrarnos en los aspectos formales del método científico que sigue, los conceptos y los instrumentos para explicarlo. Estos serían la relación de derecho, las instituciones jurídicas y el sistema.

En cuanto a la relación del Derecho cabe decir que en un primer momento Savigny está influido por Kant, pero se irá apartando de su pensamiento. Por lo que finalmente Savigny entiende que la relación de derecho no es pura, ni tampoco es totalmente práctica, sino que tiene una naturaleza orgánica⁸⁸. Para Savigny la función que tiene la Ciencia jurídica es la de entrar en la unidad del sistema orgánico-natural de los institutos. Por lo que la relación del derecho estaría conectada al siguiente concepto de instituciones jurídicas. Por eso el estudio del sistema de derecho vigente debe ir precedido por el estudio sobre la naturaleza del derecho en general, entendido por Savigny como Derecho subjetivo. En este sentido encontramos el punto de partida para su teoría de la relación jurídica y para su teoría de los institutos jurídicos. Savigny entiende que el instituto es un ente destinado a reflejar la realidad. Por lo que los institutos son los que configuran la fuente material del trabajo del jurista. En esta teoría de las instituciones jurídicas Savigny indica que a través de unidades sistemáticas complejas existe una conexión orgánica que alcanza a las relaciones, las reglas y las máximas.

Como he indicado antes el fin de la Ciencia jurídica es penetrar en la unidad del sistema orgánico-natural, y para ello se procede con un método científico-natural. Tratará de descomponer y componer sucesivamente, analizar y sintetizar, formular hipótesis y verificar.

La Ciencia jurídica tiene una doble función. Por un lado tiene una función creadora, ya que el jurista expone el derecho como representante de la conciencia común de los individuos y por otro lado una función científica, traduciendo y recomponiendo el derecho en formas lógicas⁸⁹.

Savigny dice que las instituciones son la base del derecho general y a través de la abstracción se separan las reglas particulares. También indica que el derecho que vive en la

⁸⁷ ZULETA PUCEIRO, Enrique, Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 19, 1976-1977, p. 78.

⁸⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Los tres conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho en el “sistema” de Savigny”, en *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, N° 10, 2006, p. 1198.

⁸⁹ ZULETA PUCEIRO, Enrique, Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 19, 1976-1977, pp. 78 a 80.

conciencia del pueblo se percibe en la realidad en conjunto y cuando hay necesidad de una norma particular ésta se desprende de ese conjunto traducida de un modo artificial.

Por su parte los jurisconsultos, en cuanto a su función científica, lo que hacen es rehacer las leyes de tal manera que estas puedan ser aplicadas a la vida real. El método que utilizan nos permite ver la semejanza que existe entre las reglas abstractas y la institución del Derecho.

En cuanto al concepto de sistema, Savigny indica que todas las instituciones de derecho forman un sistema y la armonía que desprende tal sistema es la que nos da su completa inteligencia. El sistema se caracteriza por su universalidad y su unidad. Cuando alguno de estos elementos falte, es decir en los casos en que exista una contradicción o una laguna legislativa, lo que tendríamos que hacer es restablecer esa unidad que la caracteriza⁹⁰.

El restablecimiento de la unidad “es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de relaciones de derecho y de las instituciones que la dominan”⁹¹.

Hay que advertir que la perspectiva del sistema de derecho que tiene Savigny fue evolucionando. En su escrito juvenil Savigny entiende el sistema jurídico como un sistema de reglas jurídicas, que tienen una vinculación lógica entre sí, de tal manera que las reglas especiales derivan de las reglas generales. En cambio, en su obra de madurez, como he indicado anteriormente, lo que entiende es que las reglas particulares derivan de la abstracción de los institutos jurídicos.

Si analizamos esta posición de Savigny, ya en su madurez, podemos observar dos cuestiones.

La primera, que el sistema no es sólo el hecho de reducir a lo particular el conjunto, sino también el conjunto tiene que ver con el sistema y su omnipresencia, es decir, que afecta también a la historia y le aporta un sentido.

⁹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Los tres conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho en el “sistema” de Savigny”, en *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, N° 10, 2006, pp. 1200 a 1202.

⁹¹ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Los tres conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho en el “sistema” de Savigny”, en *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, N° 10, 2006, p. 1202.

En segundo lugar, el procedimiento sistemático tiene que basarse exclusivamente en consideraciones lógicas y formales.

Por su parte el autor Hernández-Gil junior analiza la sistematicidad del sistema en Savigny. Observa que “Savigny defiende un modelo orgánico para la realidad jurídica y una tarea orgánica para la ciencia; pero, al mismo tiempo, se dice, sienta las bases de la jurisprudencia de conceptos, basada más en el engarce lógico-deductivo de sus términos que en nexo orgánico alguno”⁹².

En la idea de Savigny hay dos conceptos, el de unidad y el de universalidad, que a pesar de estar subordinados a la idea de organismo tienen una entidad propia y explican hasta dónde llega la sistematicidad de las normas. Estos dos conceptos son el sistema en sí mismo y hacen posible su regeneración orgánica. Y esa necesidad de autogenerarse, se pretenderá conseguir con la dogmática conceptualista. La cual Puchta desarrolló y fue precisada con la finalidad de que tal dogmática se implantara con la voluntad del legislador y quedara representada en la ley. Más adelante con el autor Windscheid pasaría a ser la fuente dominante⁹³.

A mediados de siglo se produjo un cambio de orientación. Apareció la Jurisprudencia de conceptos. La cual distingue entre jurisprudencia inferior y superior. La inferior trataba la comprensión de las reglas jurídicas existentes conforme a la voluntad del legislador histórico. La superior es la Dogmática la cual desarrolla conceptos generales para instituciones jurídicas técnicas, por encima del derecho positivo. Como por ejemplo la posesión, la propiedad, la obligación. Estos conceptos están desarrollados por la ciencia y no por el legislador. Así la lógica y la deducción, partiendo de conceptos generales, se convertirá en el elemento decisivo de la Ciencia jurídica.

En las últimas décadas del siglo XIX y principios del siglo XX aparece en la Ciencia jurídica un nuevo punto de vista: La Jurisprudencia de intereses. Esta reconoce que la ley, incluyendo las codificaciones, tiene lagunas, las cuales deben solventarse por la jurisprudencia y la ciencia⁹⁴.

⁹² VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Los tres conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho en el “sistema” de Savigny”, en *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, N° 10, 2006, p. 1205.

⁹³ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Los tres conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho en el “sistema” de Savigny”, en *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, N° 10, 2006, pp. 1203 a 1205.

⁹⁴ COING, Helmut., “*La ciencia del derecho privado en europa en el siglo XIX*”, *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, N° 7, 1995, pp. 175 a 177.

4. LAS CRÍTICAS A LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO.

4.1 Rudolf von Jhering

Voy a centrar las críticas a la Escuela Histórica del Derecho primero en el autor Rudolf Von Jhering, y segundo en el autor Karl Marx.

De manera general a continuación expongo tres factores que posibilitan el entendimiento en cuanto a la evolución de la Ciencia jurídica en el siglo XIX, y que además influyeron en las críticas realizadas por Jhering.

1. La cuestión nacional: se lucha por el Estado unitario y por el Derecho alemán unificado. Podemos destacar tres momentos dentro de este factor. El primero la publicación de Savigny de su escrito *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (1814). El segundo lo encontramos en la disputa entre germanistas y romanistas. El tercero tiene lugar tras la victoria de Alemania en la guerra franco-prusiana (1871) que dio lugar a la constitución del Estado alemán y cuyo resultado fue concluyente para Jhering.
2. La cuestión social: algunas de estas cuestiones son por ejemplo el problema de la explotación en el ámbito laboral, los problemas que causaba el éxodo rural, la emancipación de las mujeres, etc. En cuanto a Jhering este factor empezó a reflejarse en el último volumen de su *Espíritu del derecho romano* (1865), en el cual expone la teoría de los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegidos.
3. La cuestión religiosa: ya que el XIX es el siglo de la secularización, en esta época se dieron desamortizaciones de los bienes eclesiásticos, retirada de prerrogativas a las iglesias. Pero también en cuanto a la ciencia y cultura apareció el darwinismo el cual ejerció una gran influencia en Alemania. Por otro lado, las ciencias naturales se encontrarán presentes en las reflexiones de Jhering, el cual quiso establecer una teoría del derecho histórico-natural⁹⁵.

⁹⁵ LLOREDO ALIX, Luis M., “Rudolf von Jhering: Nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive”, en *Revista en cultura de la legalidad*, N.º. 4, 2013, pp. 238 y 239.

Primero, tenemos que destacar algunos de los errores que cometió la Escuela Histórica del Derecho antes de centrarnos en la crítica que lleva a cabo Jhering sobre ellos.

La Escuela Histórica se encontraba en una dualidad entre la vertiente histórica y la conceptual que se fue desarrollando entre los años 1814 a 1900.

Los autores se preguntan que cómo es posible que partiendo de un punto de vista completamente contrario a la codificación acaben siendo los propios representantes de esta escuela los que impulsarán la redacción del código civil alemán de 1900.

Para intentar dar explicación a esto algunos autores señalan como causa la contradicción que existía en Savigny, diciendo que por un lado acentuaba la historia con la idea del espíritu del pueblo, pero por el otro no renunciaba a la labor de llevar a cabo un Derecho común, completo y coherente.

Otros, en cambio, entienden que este problema de dualidad tiene que ver con los discípulos de Savigny. Mientras que éste fue fiel a la historia, otros autores como Puchta habrían sacrificado la historia por la sistemática.

Ahora vamos a centrarnos en la tensión existente entre el enfoque histórico y sistemático.

El Historicismo estricto lo que pretendía era el estudio de las fuentes centrado completamente en el pasado sin tener en cuenta el presente. Pero el historicismo total era imposible que se diera en este ámbito, debido a que los juristas debían encontrar soluciones para cada caso concreto.

Finalmente fue necesario que se adaptara a la época, por lo que fue previsible el paso hacia el punto de vista sistemático. Aunque este enfoque tampoco fue la solución para dar respuesta a los problemas de aquel momento⁹⁶.

Por otro lado en aquella época entendieron que el problema de la realidad no se podía considerar sin una remisión a la historia. La cual pasaría a ser una entidad metafísica con vida propia, como ya apuntó Hegel en su escrito *Filosofía del Derecho*, la historia y la filosofía se volverán la misma cosa.

⁹⁶ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 256 a 259.

De esta manera el idealismo ya se dividía en dos puntos de vista distintos, los cuales se reflejaban en la escuela histórica, por un lado el punto de vista histórico y por el otro el conceptual.

Con la Escuela Histórica las pretensiones sistemáticas se interpretaron a través de la historia. La idea del *Volkgeist* también se entiende en este proceso, el espíritu del pueblo se transforma en una entidad viva dependiente de la historia de cada nación, y como ya he mencionado con anterioridad, al igual que la lengua el Derecho se va a manifestar en las costumbres.

La Escuela Histórica cometió el error de conciliar ambos puntos de vista, el histórico y el conceptual, ya que tienen orígenes muy diferentes y finalidades distintas. En este sentido, a pesar de que tanto la Escuela Histórica como el propio Savigny propusieron la dualidad entre ambos conceptos, los dos fracasaron⁹⁷.

Por último ambas ramas de la Escuela Histórica, los romanistas y los germanistas entraron en conflicto. Los germanistas debían colaborar en la renovación de la Ciencia Jurídica pero lo cierto es que se menospreció el trabajo de los germanistas, dándole el valor de complemento a los Derechos locales o vistos como un Derecho supletorio⁹⁸.

También discreparon en cuanto al Derecho público. Los romanistas sólo habían desarrollado el Derecho privado, ya que para Savigny la función de los juristas tenía que centrarse en este Derecho, mientras que el Derecho público sería solamente una expresión de la política. En este sentido los germanistas no estaban de acuerdo, ya que ésto entorpecía la idea de formar un Derecho público para toda la nación⁹⁹.

Rudolf von Jhering nació en año 1818 y murió en 1892. En el año de su nacimiento también nació Karl Marx al que nunca conoció pero con quien tiene una cierta similitud en cuanto ciertos puntos de vista, como el historicista y el dialéctico, también con la idea conflictualista del derecho y de las relaciones sociales, y con la idea de la vinculación del derecho con el poder¹⁰⁰.

⁹⁷ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 265 a 269.

⁹⁸ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. p. 271.

⁹⁹ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. las p. 274.

¹⁰⁰ LLOREDO ALIX, Luis M., “Rudolf von Jhering: Nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive”, en *Revista en cultura de la legalidad*, N.º. 4, 2013, p. 234.

Primero vamos a desarrollar la crítica que realizó Jhering centrada en el historicismo, con su debate entre nacionalismo y universalismo y después escribiremos sobre la tensión entre costumbre y legislación.

La crítica de Ihering al historicismo comienza desde la primera obra *El espíritu del Derecho romano* y llega hasta sus obras póstumas. Dentro de su crítica al historicismo vamos a analizar el debate entre el nacionalismo y el universalismo.

La diferencia entre Ihering y Savigny radica en que el primero entendía el historicismo de una manera universal, por lo que desde el punto de vista de Jhering la historia es un escenario en el cual se concentran y se unen los logros de los diferentes pueblos que darán lugar al progreso común. Mientras que en Savigny se visualiza un cierto provincianismo, en este sentido el autor visualiza la historia de una manera estática en cuanto al contacto entre las diferentes culturas.

El espíritu del Derecho romano es una obra fundamental en cuanto a su relación con el historicismo. El punto de salida de este escrito hace referencia a qué sentido o qué valor tiene el Derecho romano¹⁰¹.

Jhering acusó a la Escuela Histórica de deformar el Derecho romano. El autor defendía que la Escuela mezcló el Derecho Justiniano con acontecimientos de etapas anteriores, de tal forma que al armonizarse dio lugar a una versión inexistente del Derecho romano¹⁰².

Además Jhering entiende que el valor del Derecho romano no debe quedarse en el hecho de que haya servido como fuente del derecho, sino que debe entenderse como un elemento cultural del mundo moderno, como un derecho que ha influido en el pensamiento jurídico.

Tuvo que enfrentarse a la cuestión de ¿cómo se explica la supremacía del Derecho romano que existía en Alemania?, pregunta que también se planteó en su momento a la Escuela Histórica, ya que ellos entendían que el motor del derecho era el *Volkgeist* y tal Derecho se entendía como un producto exclusivo de cada nación.

¹⁰¹ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 277 y 278.

¹⁰² BERNAD MAINAR, Rafael, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, N.º. 17, 2016. p. 48.

Por un lado estaban los germanistas, su respuesta viene justificada por el hecho de que era necesario estudiar las instituciones jurídicas tradicionales para poder encontrar la esencia de lo germánico, por lo que con esta idea coincidía la idea del *Volkgeist* alemán con un derecho de raíz alemana. Los romanistas por su parte entendían que el Derecho romano había regido durante muchísimos años en Alemania y que debido a esto se había convertido en el Derecho de Alemania.

Para Jhering ambas corrientes habían sucumbido a una idea existencialista del *Volkgeist*. La respuesta estará en la crítica del Derecho Romano desde un punto de vista histórico-filosófico. Para este autor se trata de dar con la clave interna del derecho con una serie de elementos que no se agotan en el tiempo y que sobrepasan las diferencias culturales entre los diferentes pueblos. En este sentido niega la importancia del Derecho romano en cuanto a su potencial jurídico-positivo y también lo niega en cuanto a documento histórico porque, a su parecer, esto es algo que les corresponde a los historiadores y no así a los juristas.

A partir de este momento Jhering se centró en analizar la anatomía y la fisiología del ordenamiento jurídico. Surgen dos puntos de vista diferentes, por un lado el formalismo con el fin de descubrir la anatomía y por el otro lado el sociologismo cuya finalidad es la de estudiar la fisiología jurídica, es decir, las formas de manifestación del derecho cuando entra en contacto con la sociedad.

En conclusión, lo que hace Jhering es apartarse del positivismo de las fuentes que tanto había caracterizado a la escuela histórica. Jhering entiende que el Derecho romano es importante y no tiene que existir una contradicción entre el *Volkgeist* y el Derecho romano si lo entendemos en términos de universalidad y no como lo hacía Savigny en términos de nacionalidad¹⁰³.

Hay que añadir que también acusó a la Escuela Histórica de un excesivo formalismo y de abstracción. Además rechazó la idea que tanto defendió la Escuela Histórica, el *Volkgeist*, entendido como el medio de generación y evolución del Derecho. A consecuencia de esto el autor expresó que la Escuela Histórica tendía al inmovilismo jurídico¹⁰⁴.

Esta crítica de Jhering estuvo influenciada por razones económicas (capitalismo internacional) y razones políticas (la cuestión del Estado). En cuanto a las razones

¹⁰³ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 279 a 285.

¹⁰⁴ BERNAD MAINAR, Rafael, "La pandectística alemana: columna vertebral impeccedera del iusprivatismo moderno", *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, N°. 17, 2016. p. 48.

económicas, para él la idea del *Volksgeist* no se puede mantener en un mundo basado en el tráfico internacional, en el cual se encontraban en aquel momento, ya que los pueblos se relacionan cada vez más entre sí. Ahora bien, en el caso de mantener la teoría se tendría que volver a formular para que se adaptara a la situación actual.

En cuanto a las razones políticas, Jhering abogaba por un Estado fuerte y centralizado, es decir, una Alemania política y jurídica frente a la idea de Savigny de una Alemania unida por los lazos de la cultura¹⁰⁵. Esta crítica al nacionalismo de Savigny es lo que dio lugar a una nueva vía filosófica, la teoría general del Derecho. La idea de Jhering, con su crítica al nacionalismo de Savigny, era la del Estado como el factor principal del desarrollo del derecho, por lo que su ataque al historicismo sentó las bases del estatalismo¹⁰⁶.

El segundo punto que debemos analizar es la tensión entre la costumbre y la legislación. Como ya sabemos la escuela histórica ensalzaba el Derecho consuetudinario, entendido éste como la emanación del espíritu del pueblo, cuya fuente es la costumbre. Es aquí donde encontramos otro dilema que se le presenta a Jhering.

Hay que destacar que es un planteamiento propio de su época, influido por cuestiones filosóficas y también políticas. En cuanto a las cuestiones filosóficas, este movimiento se encuentra dentro de una etapa de crítica a la ilustración. Mientras que las cuestiones políticas hacen referencia a las reacciones surgidas en contra de la dominación francesa.

La cuestión de la tensión entre ambos conceptos se basa en que la costumbre, al contrario que la ley, es una fuente ambigua, por lo que es necesario un conjunto de juristas que interpreten tanto el alcance como el contenido del derecho. Entendemos así que el derecho según la escuela histórica del derecho era cosa de los estamentos más privilegiados, de los expertos, de los profesores, ya que eran ellos los encargados de recoger las costumbres. Pasando así de una teoría de fuentes populista a una teoría del Derecho elitista.

Jhering se pronunció diciendo que era equivocado plantear la construcción de un Estado exaltando la costumbre y que en el caso de hacerlo sería necesario primero un ordenamiento jurídico sólido. Para él, el único método para conseguirlo se encontraría en la ley.

¹⁰⁵ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 287 y 288.

¹⁰⁶ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 291 y 292.

Cabe destacar que existió una evolución en su pensamiento, en los años 1859-1860 en su cuaderno de apuntes atribuye a la costumbre un valor subsidiario y critica directamente a Puchta. Aunque la crítica total contra el Derecho consuetudinario se dará en el segundo volumen del *Espíritu del Derecho romano* (1854). Más adelante en otro escrito del año 1861 publicado con el motivo de la muerte de Savigny es donde alcanza su crítica más importante.

Las críticas surgen del hecho de que para Savigny y para la Escuela Histórica el Derecho consuetudinario representaba la esencia de la nación y la encarnación de sus intereses, en este sentido ensalzaban la costumbre, mientras que la ley era una imposición arbitraria¹⁰⁷.

Ahora vamos a desarrollar la crítica que realizó Jhering, centrada en el conceptualismo, por un lado su ideología sobre la Ciencia Jurídica y, por otro, la idea de la filosofía jurídica sociológica. Este, el segundo punto de ataque contra la Escuela Histórica, pero también esta crítica sirvió como contribución a la filosofía y a la ciencia del siglo XX.

La crítica realizada al conceptualismo desde el punto de vista del Positivismo jurídico vino a sustituir la rama del formalismo para dar paso al sociologismo.

La personalidad del primer Jhering se muestra en temas relacionados con su tarea como dogmático del derecho. Destacamos las figuras de la *culpa in contrabando* y la posesión, dos figuras que estaban muy ligadas con la vida social¹⁰⁸.

Tenemos que aclarar que la dogmática estricta se asociaba con un sistema externo. Por sistema externo entendemos aquél que opera a través de un esquema exterior, valiéndose de una serie de instrumentos como, por ejemplo, la lógica, las matemáticas, etc. Éste era el tipo de dogmática característico de la época del Iusnaturalismo y se aplicaba a las tareas de sistematización del ordenamiento.

Gracias a la Escuela Histórica se consolidaron las bases de una nueva forma de entender la dogmática. La dogmática de esta época se caracteriza porque opera a través de un sistema interno, el cual se basa en extraer una regla del ordenamiento para hallar la unidad del todo¹⁰⁹.

¹⁰⁷LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012., pp. 294 a 300.

¹⁰⁸LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 307 a 309.

¹⁰⁹LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012., pp. 312 y 313.

Jhering es un autor que parte de una idea perspectivista en cuanto a la historia, por lo que para él la Historia del Derecho tiene que continuar en el futuro y no terminar en el presente. El método por el cual podría darse la evolución de la Historia del Derecho hacia el futuro era el Sistema¹¹⁰. Ésta era una nueva forma de entender la dogmática. El autor Losano sugirió hablar de “construcción jurídica”, aunque el propio Jhering lo solía denominar como “jurisprudencia superior”. Con esto lo que pretendía Jhering era construir una teoría del sistema, no una simple ordenación de las normas que ya existen.

A partir de ese momento la dogmática se considerará un campo comparable al de las ciencias de la naturaleza. Además Jhering utilizaba la denominación de Ciencia jurídica productiva que se oponía a la Ciencia jurídica receptiva de Savigny¹¹¹. Como hemos visto en la primera etapa de su obra existe una perspectiva pragmática pero acaba con un resultado idealista.

En la segunda etapa vemos cómo Jhering cae en el mismo error que la Escuela Histórica del Derecho, adoptando una actitud elitista respecto del derecho. Y no será hasta los años setenta cuando se da cuenta de esto. Vamos a analizarlo desde diferentes puntos de vista.

Desde el punto de vista filosófico se da paso a un pensamiento realista-materialista y este cambio se refleja en obras de Jhering como *en El fin en el Derecho* o en *La Lucha por el Derecho*. El autor pretende en estas obras dar una explicación al sentido de las instituciones jurídicas en base a la necesidad con las que se crearon.

Desde el punto de vista político, tenemos por un lado el anhelo de la unificación nacional, el cual ya estuvo presente en el primer Jhering y, por otro lado, la Realpolitik, término que fue impuesto por el periodista August Ludwig von Rochau. Este término obtiene un significado más concreto tras las victorias de Prusia y con el éxito de las políticas de Bismark.

Desde el punto de vista social el mayor error del primer Jhering es no tener en cuenta el elemento social, cosa que cambió a partir de los años setenta.

Desde el punto de vista jurídico tenemos que destacar varias cosas. En la primera fase de su trayectoria, con el primer Jhering, el autor reformuló la Ciencia del Derecho con

¹¹⁰ FIKENTSCHER, Wolfgang, “La concepción de la historia y del sistema de Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 78.

¹¹¹ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012., pp. 314.

el método histórico-natural, es decir, combinando el historicismo y el cientifismo que se extendía por Europa¹¹². Pero a partir de los años setenta Jhering abandona la idea de formar un sistema jurídico regido por las leyes de la lógica y que no estuviese afectado por el paso del tiempo, y abandona por tanto el método histórico-natural. En su lugar, el autor decide reconducir el sistema a un hecho extrajurídico, el interés. Esto lo vemos reflejado en el tercer volumen del *Espíritu del Derecho romano*.

Continuando con los cambios que se producen en Jhering en esta nueva etapa de los años setenta, el autor entiende que la Ciencia jurídica tiene que acudir a una nueva vía, la filosófica-sociológica, por lo que rechaza completamente la vía dogmática.

Por otro lado desde el punto de vista teórico-jurídico se produjo un abandono de la idea de Sistema, Jhering renuncia a este enfoque y entiende que lo único que determina el nacimiento del derecho son los intereses sociales ya que ni la teoría del sistema externo (Iusnaturalismo), ni la de sistema interno (Escuela Histórica) habían logrado su propósito¹¹³.

4.2 Crítica de Marx.

Por otro lado tenemos al autor Karl Marx (1818-1883), que fue alumno de Savigny en Berlín. En el año 1842 Savigny había sido nombrado Ministro para la reforma de la legislación por Federico Guillermo IV. Fue entonces cuando Marx atacó el *Manifiesto filosófico de la Escuela Histórica del Derecho* y criticó su proyecto de ley de divorcio que había sido mantenido en secreto para el público. Con esto el prestigio de Savigny se vio afectado¹¹⁴.

Marx realiza varios reproches a la Escuela Histórica y, concretamente, a la figura de Savigny. Primero, le recrimina su afición por las fuentes del derecho, llegando a considerarlo como algo extremo. Segundo, Marx habla del espíritu frívolo, del escepticismo y del desconsiderado método de la Escuela Histórica. Tercero, en sus notas manuscritas formula una nueva tesis “la tesis de que no hay historia alguna del Derecho”¹¹⁵.

Centrándonos ya en las críticas, vamos a analizar primero la crítica que realizó Marx al Historicismo.

¹¹² LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 319 a 322.

¹¹³ LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. pp. 327 y 328.

¹¹⁴ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 246.

¹¹⁵ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 248.

Como hemos mencionado anteriormente para Savigny existe una historia del Derecho. Para él la Ciencia jurídica se ocupa del producto de un desarrollo histórico autónomo e independiente. Pero sitúa al Derecho dentro del desarrollo histórico global de cada una de las naciones, indicando que el Derecho es producto de las generaciones.

Con esta afirmación el derecho no puede tener un carácter autónomo, porque la historia que produce ese derecho no es la propia de cada nación, sino la de la totalidad de generaciones y épocas. Y como consecuencia de esto no podría el derecho tener ningún ser específico ya que pertenece a la historia de los pueblos.

Como ya sabemos, la teoría de Savigny es ambigua, además de que él mismo la interpreta de manera confusa. Existen dos formas de interpretarla.

Si partimos de la idea de que el derecho no puede tener un ser específico, Savigny entiende que la Ciencia jurídica lo que debe hacer es estudiar el derecho a través de su propia evolución. Es una interpretación orientada socialmente. Por otro lado, y, en contraposición a la interpretación anterior, tenemos otra a la que Savigny le da más prioridad. Sería aquella que entiende la historia como una tradición cultural.

En este sentido el interés de Savigny está en abordar históricamente el ordenamiento jurídico positivo con “el estudio de las fuentes”.

Marx lleva a cabo la crítica a la Escuela Histórica mofándose de su afición por las fuentes y de su servicio a la historia. Para este autor la Ciencia del Derecho de Savigny es ahistórica y esto se debe a que, a pesar de dar a conocer numerosos hechos, no deja al descubierto la historia real del derecho¹¹⁶.

“Savigny margina la dimensión social de su tratamiento al Derecho con lo que ya no puede captar adecuadamente su objeto. Solo a este precio puede Savigny suponer en el Derecho una historia propia”¹¹⁷.

A continuación analizamos la crítica de Marx al positivismo de la Escuela Histórica del Derecho, reflejado en Savigny.

Savigny indica que su enfoque histórico está fundamentado en la crítica, cosa que Marx cuestiona. Con este enfoque lo que consigue Savigny es reducir la validez de las normas

¹¹⁶ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. pp. 249 a 252.

¹¹⁷ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 252.

jurídicas a la cuestión de su vitalidad y lo hace a través de una investigación del material que tiene. La investigación se basa en llegar al origen de este materia, después descubrir un principio orgánico a través del cual aquello que tiene vida tiene que separarse de lo que está muerto¹¹⁸.

Por tanto, “la conexión orgánica de la historia del derecho fundamenta la validez del derecho positivo y con ello la decisión sobre lo que es justo y bueno”¹¹⁹.

Pero para Marx, el patriarca y creador de la Escuela Histórica del Derecho era Gustavo Hugo, por lo que el resto de autores solo eran seguidores de este. Realizó a través de la crítica a Hugo la crítica a la Escuela Histórica del Derecho¹²⁰.

Las primeras publicaciones de Marx se llevaron a cabo en *La gaceta renana*. Un periódico que a pesar de que solo se publicó durante 15 meses sirvió de instrumento para influir en la conciencia política de aquella época. Como artículo más característico del autor destaca *El manifiesto histórico de la Escuela Histórica del Derecho*¹²¹.

Marx realiza la crítica a la Escuela Histórica del Derecho volviendo a sus orígenes, en este caso se centra en Hugo, cuyo Derecho natural es considerado el antiguo testamento de la escuela. Por eso, dentro del artículo “*El manifiesto histórico de la Escuela Histórica del Derecho*”, una parte estaba dedicada a la crítica contra el “*Tratado de Derecho natural como una filosofía del Derecho positivo*” de Gustavo Hugo.

Una de las críticas de Marx está en el hecho de que Hugo interpreta mal a Kant. Hugo entiende que como no podemos conocer lo verdadero tenemos que entender qué es válido todo aquello que es no verdadero, y esto es así solo por el hecho de que exista. Para Marx, Hugo es un escéptico y dice que no trata de probar que lo positivo es lo racional, sino lo contrario

Como prueba de su crítica, Marx, en este artículo, aporta los textos del propio Hugo referentes a la esclavitud y al matrimonio. En cuanto a la esclavitud Hugo decía que se daban elementos racionales desde el punto de vista histórico, el autor entendía que la esclavitud era posible desde el punto de vista físico y desde el punto de vista de la razón.

¹¹⁸ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 253.

¹¹⁹ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 254.

¹²⁰ PÉREZ-PRENDES, José M., “Gustavo Hugo y Carlos Marx”, en *la España medieval*, N° 3, 1982. p. 254.

¹²¹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La crítica de Marx a la escuela histórica”, en *Revista de ciencias sociales*, N° 43-44, 1981, p. 3.

Mientras que en cuanto al matrimonio Hugo entendía que contenía elementos irracionales y antinaturales, ya que el principio básico que se establece en el matrimonio es un compromiso entre ambas partes en el cual se debe de satisfacer el impulso natural solo con esa determinada persona¹²².

Con la crítica que realiza Marx queda desacreditado el autor Hugo por haber dado la tarea de legislar el derecho a un historiador, el cual presenta como jurídicas y racionales relaciones de miseria o negación de libertad¹²³.

Marx hace crítica a la obra de Gustavo Hugo "*Lehrbuch des Naturrechts als ciner Philosophie des positiven Rechts besonders des Privatrechts*". Hugo proponía construir en esta obra una antropología jurídica, la cual estaría desarrollada en tres puntos. Primero el hombre en cuanto animal, segundo el hombre en cuanto sujeto razonador y por último el hombre en cuanto miembro de una estructura política concreta.

La finalidad de Hugo es demostrar que en todas las sociedades que se puedan examinar siempre existe normativa jurídica. La idea central de Hugo sobre la evolución del derecho es que este ha reposado sobre un relativismo axiológico. Esta idea la asumiría después la Escuela Histórica del Derecho.

De esta idea derivan dos cuestiones de las que luego Marx hará su crítica. Primero la convicción de que a lo largo de toda la historia las cosas han sido tal y como señala el propio autor y, en segundo lugar, la afirmación de que las cosas tienen que ser de ese modo.

La crítica que Marx dirige a Hugo se fundamenta en el hecho de que si Hugo afirma la cuestión de que las cosas han sido así, se entiende que la segunda idea quedaría establecida automáticamente.

La diferencia entre Hugo y Marx radica en que Marx rechaza el empleo reaccionario del positivismo de Hugo. Pero tenemos que decir que Hugo aporta elementos al planteamiento revolucionario marxista¹²⁴.

Hugo, para mejorar el derecho de la época, realiza una crítica de su filosofía del Derecho y la concreta en los derechos positivos¹²⁵. Dice: "Esta Filosofía del derecho no

¹²² GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "La crítica de Marx a la escuela histórica", en *Revista de ciencias sociales*, N° 43-44, 1981, pp. 5 a 7.

¹²³ WOLF Paul, "Marx versus Savigny", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 263.

¹²⁴ PÉREZ-PRENDES, José M., "Gustavo Hugo y Carlos Marx", en *la España medieval*, N° 3, 1982. pp. 248 y 249.

¹²⁵ WOLF Paul, "Marx versus Savigny", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. p. 256.

quiere contentarse con un mero conocimiento del Derecho, sino esforzarse por el examen racional de los fundamentos que solo lleva a una verdadera jurisprudencia ¹²⁶.

La propuesta de Hugo está basada en un fundamento histórico para lograr el conocimiento del Derecho, presumiendo así la positividad de su validez. Para este autor la búsqueda de ese conocimiento no tiene que centrarse solo en las fuentes jurídicas sino que también debe remitirse a fuentes de carácter no jurídico. Estas fuentes las encontramos por ejemplo en los libros, la vida cotidiana, los viajes, etc.

Esto es lo que el autor entiende como la antropología jurídica. Se trata de una fuente jurídica a través de la cual se puede llegar al conocimiento de las doctrinas no jurídicas ¹²⁷.

Marx indica que si la crítica que pretende llevar a cabo Hugo es cuestionar la vigencia y validez de un Derecho positivo no se puede elevar a criterio de contraste los fundamentos racionales y de validez de ese mismo derecho, sin que la crítica se quede obsoleta.

No existe duda para Marx de que el método que expone Hugo, el cual mide históricamente lo jurídico con hechos antropológicos, no está en condiciones de proporcionarnos una crítica. Ya que, como hay que reconocer como válido todo derecho positivo y existente, no podríamos distinguir entre lo que es derecho y lo que no lo es ¹²⁸.

Por otro lado hay que señalar que la teoría de Hugo se centra en indicar que el derecho es un producto de una voluntad superior la cual estaría sometida a condiciones externas, es decir, lo contrario que defendía la Escuela Histórica del Derecho ¹²⁹. Dice “las verdades jurídicas vigentes en un pueblo no son cognoscibles a priori, no son puras, generales, necesarias, sino a posteriori, es decir, empíricas, distintas según el momento y el lugar, casuales, cognoscibles por la experiencia propia y ajena a los hechos” ¹³⁰. Por eso su método es empírico y no filosófico, no está dirigido para su comprensión sino para dar explicación causal al fenómeno jurídico ¹³¹.

Como conclusión, podríamos decir que la crítica que Marx lleva a cabo contra la Escuela Histórica tiene la finalidad de convertir en filosófica la idea de la transformación del

¹²⁶ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 18-19, 1978-1979. p. 256.

¹²⁷ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 18-19, 1978-1979. p. 258.

¹²⁸ WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 18-19, 1978-1979. p. 261.

¹²⁹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La crítica de Marx a la escuela histórica”, en *Revista de ciencias sociales*, Nº 43-44, 1981, p. 9.

¹³⁰ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La crítica de Marx a la escuela histórica”, en *Revista de ciencias sociales*, Nº 43-44, 1981, p. 9.

¹³¹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La crítica de Marx a la escuela histórica”, en *Revista de ciencias sociales*, Nº 43-44, 1981, p. 10.

mundo basada en el principio revolucionario. Este principio está unido a la idea de realidad, que para Marx es entendida como algo que se le entrega al hombre para que a través de las ideas racionales pueda irse conformando¹³². Por lo que la crítica a la Escuela Histórica está basada en el concepto de realidad, dice Marx “Los filósofos solo han interpretado el mundo diversamente, de lo que es trata es de cambiarlo”¹³³.

5. CONCLUSIONES

Para finalizar este Trabajo de Fin de Grado, procederé a exponer, de manera breve, las conclusiones del mismo.

Dentro del movimiento Historicista, que comenzó a darse en el siglo XIX, surgirá la Escuela Histórica del Derecho, la cual fue considerada como la primera corriente del positivismo del siglo XIX. En cuanto a las aportaciones del movimiento Historicista cabe destacar la reivindicación individualista de las culturas y los pueblos, la historización del pensamiento, así como su oposición al Derecho natural propio del pensamiento iluminista de siglo XVIII.

A finales del siglo XVIII existía el problema de la aplicación de la legislación debido a la degeneración que sufría el Derecho común. La solución por parte de los Iusnaturalistas fue la idea de la Codificación. Durante el siglo XIX y tras la polémica surgida entre Thibaut y Savigny se desarrolló en Alemania el pensamiento de la Escuela Histórica del Derecho la cual exteriorizó un rechazo absoluto a la idea de la Codificación. Savigny en su obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* aporta los argumentos para decirnos que no es el momento de realización de un Código y lo fundamenta en la diversidad histórica de los diferentes estados. Para la Escuela Histórica el único modo para resolver este problema es a través de una ciencia del Derecho orgánica y progresiva.

La Escuela Histórica tiene una nueva visión del Derecho con unos fundamentos delimitados. Destacamos el papel principal de la historia, en la cual se estudia la realidad bajo una concepción de continua evolución; después, la idea de que el Derecho se fundamenta a

¹³² GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La crítica de Marx a la escuela histórica”, en *Revista de ciencias sociales*, N° 43-44, 1981, p. 23.

¹³³ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La crítica de Marx a la escuela histórica”, en *Revista de ciencias sociales*, N° 43-44, 1981, p. 23.

través del espíritu del pueblo (*Volksggeist*) y, por último, un conservadurismo reflejado en diferentes ámbitos. Entienden que el Derecho constituye algo propio de cada pueblo, como las costumbres, el idioma o la organización política. Todos estos elementos unidos hacen de cada pueblo un algo individual, por lo que si el pueblo evoluciona el Derecho lo hace con él.

Por otro lado, la Escuela Histórica defiende que las fuentes del Derecho eran tres: el Derecho consuetudinario, la ley y el Derecho científico. Para la Escuela Histórica la relación de unos pueblos con otros da lugar a una acumulación de normas, por lo que es necesaria la aparición de la profesión de los juristas. Defienden la idea de que los juristas deben ser los intérpretes de la conciencia popular y deben reducir el material jurídico en forma de sistema, es decir, exponer de un modo científico el Derecho.

Tenemos que destacar, como una de sus aportaciones principales, la idea de que la evolución constante del Derecho es una manifestación del espíritu del pueblo (*Volksggeist*). Para los defensores de la escuela no hay más Derecho que el que se realiza en la historia. Esto significó el retorno a las raíces de la historia, al Derecho romano y al Derecho germánico. En este sentido la Escuela Histórica llevo a cabo la rehabilitación de la costumbre y su revalorización en perjuicio de la ley. Ensalzaban el Derecho consuetudinario, entendido como la emanación del espíritu del pueblo cuya fuente es la costumbre.

Otra idea aportada por la Escuela Histórica es que la Ciencia del Derecho es predominantemente histórica y tiene como labor fundamental la elaboración de un sistema. Entienden que la Ciencia jurídica tiene una función creadora, ya que el jurista expone el derecho como representante de la conciencia común de los individuos y, por otro lado, una función científica, traduciendo y recomponiendo el derecho en formas lógicas. En cuanto al concepto de sistema que dio Savigny, hay que indicar que tiene como características principales la universalidad y la unidad, y entiende que todas las instituciones de derecho forman un sistema, y la armonía que desprende ese sistema es la que nos da su completa inteligencia.

En cuanto a las críticas que hemos expuesto, cabe resaltar que el autor Jhering se apartó del positivismo de las fuentes que caracterizaba a la Escuela Histórica, la acusó de deformar el Derecho romano, así como de su excesivo formalismo y de su abstracción, indicando que la Escuela Histórica producía un inmovilismo jurídico. Por otra parte también este autor entiende que es equivocado plantear la construcción de un Estado exaltando la costumbre, tal y como defendía la Escuela Histórica, y que de hacerlo el único medio posible sería la ley.

Siguiendo con las críticas, en cuando al autor Marx recrimina a la Escuela Histórica su afición por las fuentes del derecho, habla de su espíritu frívolo, del escepticismo y del desconsiderado método de la escuela. Para Marx no existe historia alguna del Derecho, por lo que entiende que la Ciencia del Derecho que defendía la Escuela Histórica es propiamente ahistórica.

6. BIBLIOGRAFÍA.

1. BERNAD MAINAR, Rafael, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1989-1970, N° 17, 2016. págs. 1-80.
2. COING, Helmut., “La ciencia del derecho privado en europa en el siglo XIX”, *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, N° 7, 1995. págs. 169-182.
3. CONTRERAS PELAÉZ, Francisco José, “La idea de espíritu del pueblo en F. C. v. Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35 (2001), págs. 161-188.
4. CONTRERAS PELAÉZ, Francisco José, *Savigny y el historicismo jurídico*, prólogo de Antonio E. Pérez Lúño, Madrid, Tecnos, 2005.
5. FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III: *Siglos XIX y XX*, trad. de José F. Lorca Navarrete, 5ª ed., Madrid, Pirámide, 1988.
6. FIKENTSCHER, Wolfgang, “La concepción de la historia y del sistema de Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. págs. 49-82.
7. GARRIDO MARTÍN, Joaquín, Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos, en *Derechos y Libertades*, 37 (junio 2017), págs. 207-232.
8. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La crítica de Marx a la escuela histórica”, en *Revista de ciencias sociales*, N° 43-44, 1981, págs. 3-24.
9. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La Escuela Histórica del Derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), págs. 1-48.
10. LLOREDO ALIX, Luis M., “Rudolf von Jhering: Nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive”, en *Revista en cultura de la legalidad*, N° 4, 2013. págs. 234-275
11. LLOREDO ALIX, Luis M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012.

12. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 14 (1999), págs. 15-44.
13. PÉREZ-PRENDES, José Manuel, “Gustavo Hugo y Carlos Marx”, en *la España medieval*, N° 3, 1982. págs. 247-270.
14. PÉREZ VÉLEZ, Alie, “Vigencia de la escuela histórica en la enseñanza del derecho”, en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 8, núm. 8 (2015), págs.75-83.
15. RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, “Derecho y Pueblo en Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79), págs. 219-241.
16. SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, estudio preliminar sobre el Espíritu del nuevo derecho alemán de Enrique de Gandía, trad. de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977.
17. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Los tres conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho en el “sistema” de Savigny”, en *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, N° 10, 2006, págs. 1195-1208.
18. WOLF Paul, “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, 1978-1979. págs. 243-269.
19. ZULETA PUCEIRO, Enrique, “Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica”, en *Anuario de filosofía del derecho*, N° 19, 1976-1977, págs. 57-82.