

# UN PRECURSOR DEL POSITIVISMO: FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY Y LA ESCUELA HISTÓRICA

DR. LINO RODRIGUEZ ARIAS B.

Catedrático de la Universidad de Panamá

## INTRODUCCION

Presento hoy, una de las figuras insignes del Derecho, "Federico Carlos de Savigny y la Escuela Histórica", tema a que ya dediqué mi atención, allá en mi juventud, durante mis estudios de Licenciatura en la Universidad de Salamanca, en que ya me ocupé de este gran juriconsulto y cuyo trabajo recibió un galardón académico, en la época en que estudiaba el segundo curso de la Licenciatura.

Traigo a relación este primer éxito de mi vida universitaria, no con el propósito pedantesco de exaltarme como jurista, puesto que los que me conocen y tratan a diario saben cuán alérgico soy a las pompas y vanidades de este mundo percedero y caduco, sino con el sano afán de estimular a aquellos profesionales y estudiantes que parecen vivir en nuestro tiempo tan sólo absorbidos por la realidad social que les circunda, como si la humanidad hubiese alcanzado la etapa histórica actual algo así como por generación espontánea.

De aquí la importancia de que el jurista no se encierre en las concepciones estrechas de su tiempo y obre con esa intransigencia que Napoleón llamaba "la audacia hacia atrás". Es menester, por el contrario, que nos proyectemos en los vastos campos de la Historia, por la sencilla razón

de que, en cierto sentido, somos su producto, salvando lo que todo hombre conlleva de eterno e inmortal.

Es inconcebible que en nuestro tiempo y en nuestra tierra hayan aún individuos que dejándose obsesionar por el calificativo que nos endilgan las naciones más cultas y civilizadas de que ocupamos la escala inferior de los pueblos subdesarrollados, tengamos que renunciar a cultivar las grandes manifestaciones del espíritu, y resignarnos a interesarnos tan sólo por los problemas cotidianos que concretamente angustian nuestra vida actual.

No somos partidarios de dar la espalda a la realidad social, pero tampoco somos tan miopes como para dejar de dirigir nuestra mirada más allá. Nos gusta remontarnos como el águila hacia los confines de lo infinito en el tiempo y en el espíritu con el fin de vernos libres de aquellas influencias demasiado apegadas a la contingencia del presente, cuando todos sabemos que la humanidad se dirige hacia un nuevo alborear social, que creará estructuras institucionales más en concordancia con las nuevas exigencias del hombre moderno.

Aun cuando vamos a ocuparnos a continuación de un jurista, Savigny, de quien Adolfo Posada dijo que fue precursor del positivismo moderno (1), él estuvo muy lejos de concebir su derecho absolutamente alejado de la especulación filosófica y del espiritualismo jurídico, puesto que en última instancia estimó que el fundamento último del derecho es siempre un orden ético objetivo cuyo Autor está fuera del mundo y de la historia, lo cual no deja lugar a dudas acerca de su adhesión a la doctrina espiritualista.

Hacemos esta advertencia sobre todo para aquellos individuos que intentan mutilar los afanes especulativos de la Universidad, cuando propician una educación nacional práctica, experimental y científica.

(1) Cfr. Lino Rodríguez-Arias B., *Concepto y fuentes del Derecho Civil Español*, Barcelona, Ed. Bosch, 1956, p. 59.

Sin los vuelos de la especulación filosófica nunca la historia de la humanidad hubiese contado con la pléyade de hombres ilustres que iluminan la senda del progreso social. ¿Qué habría sido del mundo sin la filosofía griega? ¿Qué hubiera sido de la Revolución francesa sin la filosofía de los enciclopedistas? ¿Qué hubiera sido de Carlos Marx sin las construcciones abstractas e ideales que concebió Hegel? Luego el mundo de la experiencia, de lo histórico, siempre hay que pulsarlo a través del principio del "deber ser", no en el sentido logicista de Kelsen sino en el más profundo y humano que graba en nuestras mentes el orden moral.

## CAPITULO I

### RASGOS BIOGRAFICOS

*Federico Carlos de Savigni,*

romanista alemán, iniciador y mantenedor de los principios de la Escuela Histórica, a quien Mignet, en la Academia de Ciencias Morales y Políticas francesas, calificó como "eminente en su erudición, profundo en su doctrina, célebre por sus obras e inmortal por su talento".

Nació en Francfort el 21 de Febrero de 1779. En la Universidad de Marburgo recibió el grado de Doctor el año 1800 escribiendo la disertación "De concurso delictorum formalis". Fueron en esa Universidad sus maestros Albrecht Erxleben y Felipe Federico Weis. Estudioso, con deseo de penetrar en el conocimiento de la ciencia jurídica, recorrió diversas universidades alemanas, siguiendo así la costumbre, entonces muy generalizada, de asistir a las conferencias de cátedra de los más renombrados profesores. Fue discípulo, en la Universidad de Gottinga, de Luis Timoteo Spittler, famoso historiador. Posteriormente cursó estudios en las universidades de Leipzig y Jena. A los 21 años se hizo "privata Dozent".

La primera obra verdaderamente importante, de entre sus muchos trabajos sobre el Derecho Romano, es el "Tratado de la Posesión" (1803) (Das Recht des Besitzes) que provocó la formación de una de las más ricas y potentes literaturas jurídicas, siendo revisado más tarde en sus ideas capitales por Ihering. Esta obra, como señala Posada, fue un fenómeno de extraordinaria precocidad. Dicho estudio, que dio a su autor renombre universal, fue completado en solo cinco meses, lo que prueba la extensa preparación de su autor, su versación sobre el tema, la claridad de su inteligencia y la facilidad extraordinaria de comprensión que le caracterizaba. A partir de esta publicación magnífica, se lo disputaron todas las Universidades, que lo querían tener en su seno para así atraer la juventud estudiosa; pero él por entonces, se dedicó a recorrer algunas bibliotecas como las de Heidelberg, Stuttgart y Turinga.

En 1810 pasó a ocupar una cátedra de la naciente Universidad de Berlín, a requerimiento del Ministro de Instrucción Pública, Sr. Humboldt, cátedra donde conoció a Niebuhr. Ocupó también cargos meritorios, en el Senado y Tribunal Universitario, Consejo del Estado, etc.

Aunque de sus doctrinas principales subsista poco, siempre quedará como una de las obras en que se consagra el gran movimiento de renovación de los métodos de investigación del Derecho. La Escuela Histórica que tenía ya en Hugo su primer impulso encuentra en el "Tratado de la Posesión", su fórmula.

Antes de marchar a ocupar la Cátedra naciente de Berlín estuvo desempeñando el puesto de profesor en la Universidad de Landshut.

Sus obras principales, además del Tratado de la Posesión, antes citado, son "Historia del Derecho romano en la Edad Media", en la que se modifica el primitivo plan de la Historia de los glosadores; "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y para la ciencia del Derecho";

y, sobre todo, "El sistema del Derecho romano actual", en la que se resumen orgánicamente los estudios todos de la Escuela Histórica, considerando el Derecho romano, no como tratado, sino como sistema, siguiendo el desenvolvimiento histórico de aquellas instituciones que subsisten, no en lo que pertenece al Derecho público, sino en lo que constituye el Derecho privado (positivo). Nadie hasta entonces había concebido así el Derecho romano o había sido insinuado confusamente. De lo que puede llamarse parte especial, se publicaron dos volúmenes relativos a "Las Obligaciones".

Además de las obras citadas, escribió: "Sobre la enseñanza del Derecho en Italia"; "Origen y progreso de la Latinidad"; "El jus Italicum"; "El Interdicto Quorum Bonorum", etc.

## CAPITULO II

### LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO: SENTIDO TRASCENDENTE DE LO HISTORICO

Volvemos los ojos al pasado para admirar y aprender en las grandes acciones de nuestros predecesores, pero sin incurrir en el error de creer en aquello que ya no puede transplantarse, sino en esencia y lección, para evitar lo cual, tengamos presente el último fin alcanzado por la ciencia que nos dice, que toda producción del hombre es imperfecta, aunque todo pensamiento suyo, transmitido de generación en generación encuentra duración inmortal dentro de la vasta comunidad de los servidores de la ciencia, que necesita de la acción combinada de muchas facultades y principios diferentes; pues no satisfacen las exigencias científicas, ni una sola facultad ni un punto de vista determinado, por lo cual designamos una de estas facultades, la histórica, con su correspondiente dirección científica, sin despreciar las demás ciencias sino que al estar diseminado el elemento histórico podría ser rehabilitado en sus derechos.

Y hasta llegar a alcanzar la sana concepción de Savigny, observamos una evolución histórica, de luchas y progresos, tomando como punto de partida a la jurisprudencia cuando sirve sumisa durante la Edad Media al criterio de autoridad y permanece sierva de la Dialéctica escolástica, por la falta de crítica histórica y de una sana exegésis de las fuentes. Entonces Alemania se nos presenta como la nación destinada a engendrar la reforma y difundirla por todos los pueblos, ya que el siglo XVIII marca para ella una época fecunda en vida intelectual, teniendo —entre otros— a Lessing, que asesta el golpe de gracia a los pseudoclásicos del siglo pasado, con lo cual deja libre el paso a las concepciones acendradas de las legiones románticas, que perfumarían de suave aroma todas las ramas de la literatura, al mismo tiempo, que la Historia sufría una desintoxicación volviéndose a presentar límpida, para servir de espejo a las generaciones venideras.

Bien es verdad, que esta reacción se produjo en todas las partes, pero hay que reconocer que quizá debido al abatimiento en que se encontraba la jurisprudencia en Alemania, fuese la causa de que en ésta se incubase plétórica la Escuela Histórica, que vino a nacer con sentido ideal en el momento preciso, rasgando con su genialidad inaudita el conglomerado legislativo que se agrupaba bajo el nombre de "Usus modernus Pandectarum", que englobaba disposiciones de los distintos derechos de la época desfigurándolos en su puro contenido hasta el punto que no se hubiese conocido se trataba del Derecho romano a no ser por las citas marginales que hacían de sus jurisprudencias. Por eso la reacción que produjo la Escuela Histórica a favor de encaminar los pasos hacia las fuentes auténticas del Derecho, fue magnífica por su trascendental acogida ante la profunda ciencia jurídica de su inspirador Savigny, que completaba sus sabias cualidades con un estilo sobrio y una erudición elegante.

En estas luchas jurídicas tuvo Savigny como antecedente al profesor de la Universidad de Gottinga, Gustavo Hugo,

que con sentido claro y recto se reveló contra los prejuicios de la época, en que los juristas limitábanse a dar a conocer aquello que les proporcionaban, sin fijarse en la verdad que contenían tales escritos, dando lugar de esta forma, a un tecnicismo falso y a sofisticas afirmaciones, como la de que anteriormente a Adriano no se conocían Constituciones imperiales, cuando las mismas Pandectas prueban lo contrario; y es que, por una parte, la petulancia era un mal general, unido al otro no menos propagado, y que en realidad vienen los dos a constituir el mismo cuerpo: es la ignorancia de la doctrina.

Gustavo Hugo nace en Leorrh, Bade, en 1764, y muere en Gottinga en 1844. Los años en que le tocó actuar y pensar explican en cierto modo sus ideas. En su vida influyeron sobre Alemania dos grandes fuerzas: la Revolución francesa de 1789 y las conquistas de Napoleón, concluidas en 1814. Ideas extrañas a la tradición de Alemania penetraron hondamente en el espíritu alemán. La reacción nacionalista alemana se hizo sentir en todos los campos del saber. En historia hubo un movimiento; en filosofía nació la concepción del orgullo alemán y de la grandeza de Alemania. Napoleón había aplastado tranquilamente a Alemania. Los filósofos alemanes, humillados por tantas derrotas y enorgullecidos por un triunfo aparente sobre Napoleón, lanzaron la teoría de la fuerza alemana, de su superioridad sobre otros pueblos, etc. Fue la prédica de la vanidad, del orgullo de raza y de cultura. Lo extranjero comenzó a ser mirado con desdén. En esta rebelión histórica y filosófica hallábanse gérmenes de la antigua rebelión de Lutero. Los golpes contra la Iglesia de Roma se dieron, también, contra el Derecho de Roma y el Código civil de Napoleón. Había que alejar lo extranjero y levantar lo alemán. La independencia y la unidad se buscaron, pues, en lo nacional. Filósofos, historiadores y juristas se empeñaron en la exaltación de las propias tradiciones.

Hugo fue el primero en reaccionar contra el culto ciego del Derecho romano. En Francia, especialmente con el

estudio de Montesquieu, aprendió a considerar el derecho como fuerza viva y no como elemento muerto. Los fundamentos de su teoría los expuso en 1809. El derecho, a su juicio, podía compararse, en su origen y en su supervivencia, a las costumbres. Las leyes nacían y morían como las costumbres. El pueblo las hacía: unas y otras.

La ciencia del derecho alemán halló en Hugo un renovador brillante. No obstante, en contra de lo esperado, la nueva concepción desarrollada por Hugo no triunfó tan pronto como se presumía, en buena parte debido a los defectos de que éste adolecía respecto a la exposición, ya visible en la explicación de las lecciones que daba en la Universidad.

Esta árdua empresa de reconstrucción legislativa que tiene su principio en Hugo, encuentra su resultado en Savigny, que llevado de su espíritu delicado y visión exacta de los problemas, impregna la árida ciencia del Derecho de algo del estilo de Goethe, ya que cree acertado retocarla de cierto sentido literario, emprendiendo, al mismo tiempo con entusiasmo, la investigación histórica de tanta necesidad y de tan completa aceptación aun por aquellos partidarios de la Escuela Natural.

Los partidarios de la Escuela Histórica logran alcanzar tan acabados estudios formulando concepciones macizas en su contenido y bellas en su forma, que arrancan la admiración hasta de sus adversarios, consiguiendo queden grabados a manera de preceptos que se suelen legar a la posteridad para su dirección. Y así, al referirnos al conocimiento científico del Derecho y al de todo organismo, se afirma el principio de que solo es posible si se parte de su Historia, de su tradición. Es Savigny, quien moldea el sentido de la frase para mostrarnos ese pasado de hace millares de años en que está el germen de la legislación que nos rige en la actualidad, ya que nos dice con prosa de fuerte convicción, que es necesario que la semilla perezca para que se forme el fruto; pero ¿puedo acaso concebir la existencia del fruto

sin remontarme a su ser actual, a su formación y de su formación al fundamento primero de su vida? Sólo el vulgo se queda perplejo ante lo que existe sin ver ni querer ver más allá: el cómo y el por qué queda reservado a los hombres superiores.

Por este procedimiento la Escuela Histórica influyó más allá de los límites de su especialidad contribuyendo a que penetrase en todas las ramas de la ciencia la idea de la evolución, por ser la Historia el único camino para el conocimiento de nuestro propio estado, pues cuando una ciencia como el Derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte; y, además, de las verdades comprobadas que forman como la base de este patrimonio, tenemos también las tentativas del espíritu científico, bien o mal dirigidas, pero que nos enseñan el camino a seguir con nuestros esfuerzos y el que debemos evitar, añadiendo de esta manera, a nuestros afanes el trabajo de los siglos pasados. Herencia que no se puede romper por presunción y pereza, pues con ello se rompería la continuidad del progreso científico.

Sobre todo ésto dicen unos, que cada edad produce libre y arbitrariamente su vida, su organización bien o mal en la medida de su inteligencia y de sus fuerzas, pero aun en esta manera de considerar las cuestiones tiene importancia el examen del pasado, toda vez que por él puede aprenderse qué resultados ha obtenido de su propia conducta: la Historia en tal sentido, es una creación de ejemplos políticos y morales.

Dicho examen, sin embargo, no es sino uno de tantos conocimientos auxiliares de que el genio puede muy bien prescindir, y según la otra teoría no se da en ninguna existencia humana completamente individual y separada, sino que todo lo que se puede considerar como individual ha de mirarse como miembro de un todo superior, cada período de

la historia de un pueblo como continuación y desarrollo de las edades pasadas, no creándose cada tiempo de por sí y arbitrariamente, sino que se produce en indisoluble comunidad con el pasado; tiene, por tanto, que reconocer cada época en sí algo dado ya, que es al mismo tiempo necesario y libre; necesario, en cuanto no depende del arbitrio especial del presente; libre, puesto que no es tampoco impuesto por voluntad ajena sino que nace de la esencia suprema del pueblo, como un todo que deviene y evoluciona continuamente, y la edad presente, siendo miembro de este todo, y lo que éste produce se puede decir que es producido libremente por la parte.

La Escuela Histórica admite que la materia del Derecho está dada por el pasado de la nación, no de una manera arbitraria, sino como procedimiento de la íntima esencia de la nación misma y de su Historia, y cada tiempo, deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca, esta materia nacida por obra de una necesidad interna.

### CAPITULO III

#### LA NUEVA CONCEPCION DEL DERECHO

Ulpiano define el Derecho diciendo: "Jus, justuum"; pero no significaba para los romanos "lo justo" otra cosa que lo elaborado con arreglo a su derecho, no estando por tanto en armonía con la concepción de hoy día: "Virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo", idea que expresaba este culto pueblo por medio de los términos: "Honestum" o "aequum", es decir, lo fallado con arreglo a un principio racional. De aquí, que el Pretor inspirado en el precepto de Ulpiano, "Suum cuique tribuere", resuelve la antítesis que se le presenta entre éste y la misión oficial que tiene de aplicar el Derecho civil, armonizando su doble misión, dejando subsistente la llamada fórmula procesal con lo que sigue

siendo la encarnación del Derecho Civil, pero adaptándola al caso particular a fin de no cometer un atropello jurídico, encarnando de esta manera la razón al dar el fallo con arreglo a la equidad. Por eso Celso dijo sobre el Derecho: "Ars boni et aequi", que tiene entre otros panegiristas a Bonfante, por no amoldarse a la mera interpretación de las leyes, remontándose —por el contrario— a su espiritualidad, para sacar la norma inmanente en ellas, teniendo en cuenta los preceptos de lo bueno y de lo equitativo. Por ello, el Digesto, al hablar de las cualidades del jurisconsulto, les llama "sacerdotes", porque les asigna la misión de propagar lo bueno y lo equitativo separando lo justo de lo injusto, ya que desea hacer buenos hombres con filosofía verdadera. De aquí que Savigny al estudiar el Derecho no lo hace de manera "strictus juris", pues rechaza los ataques enemigos que le impugnan pretender sujetar el Derecho autóctono a un rigorismo exagerado del Derecho extranjero, algo así como el sujetarle a las normas rígidas del Derecho romano, saturando su derecho patrio de una indigestión que pudiéramos llamar histórico-narrativo; sino que demuestra atender fundamentalmente a la idea del conocimiento puro de la materia histórica, considerada ésta como un campo de estudio propio en el que los hechos tienen una clara relación causal; claro está, sin excluir todo aspecto narrativo y toda misión pragmática rectamente interpretada, sin olvidar el punto "objetivo" de la Historia, para evitar su degeneración en el "subjetivismo", aberración que la trueca en fuente partidista.

Por eso, partamos de la naturaleza del hombre para el cual solamente existe el Derecho. El ser humano mediante su voluntad genera los diversos organismos jurídicos. Véamos el origen del Derecho en la costumbre de un pueblo, como expresión espiritual de su libre manifestación en el seno de la sociedad a través de un proceso interno realizado a instancia de diferentes fuerzas que imprimen al Orden jurídico un carácter ordenador. Así el Derecho nace del con-

junto de individuos que integran una comunidad popular, cuando tienen relaciones intelectuales comunes, refiriéndose no tan sólo a los que viven en una época determinada, sino considerando al pueblo como una unidad en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que enlaza el presente con el pasado y el porvenir.

La tradición vela por la conservación del Derecho, que se desenvuelve en aquellos usos y costumbres a las cuales se da el nombre de Derecho consuetudinario, es decir, se crea primero por las costumbres y creencias populares y luego por la jurisprudencia; pero siempre, en virtud de una fuerza interna: la conciencia del pueblo, y no en virtud del arbitrio de ningún legislador.

No quiere decir esta expresión que en un principio se dejaran las cuestiones de Derecho al arbitrio o a la causalidad y que más tarde se consolidasen por la costumbre, es decir, que volviéndose a presentar el mismo caso en vez de buscar solución nueva se encontraría más fácil adoptar la primera; sino todo lo contrario: una serie de actos uniformes acusa un origen común, la esencia del pueblo, lo más contrario a la arbitrariedad y al acaso, mostrándose en sus actos exteriores: los usos y los hábitos.

Porque el Derecho positivo reviste un carácter peculiar en cada pueblo del mismo modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas manifestaciones están indisolublemente ligadas e integran un todo acorde con las íntimas necesidades de ese pueblo. En lo que pudiéramos llamar juventud de los pueblos, el Derecho vive igual que la lengua, en la conciencia popular.

Pero estas funciones intelectuales necesitan un organismo que asegure la estabilidad de su ejercicio; la lengua lo encuentra en el constante y no interrumpido uso que de ella se hace y el Derecho en los cánones promulgados en nuestra época por medio de la escritura, suponiendo ésta un grado de organización y cultura que no reunían las edades primi-

tivas. En éstas encontramos que los principios de Derecho toman su vigor y fuerza en ciertos actos simbólicos y a veces se encuentran absorbidos y dominados por ellos de tal manera que se atiende más a su observación que al contenido del principio jurídico.

Ahora bien, el Derecho como cualquier otra primitiva manifestación, evoluciona respondiendo a la ley de la necesidad; progresa con el pueblo y se perfecciona con él y a medida que ese pueblo evoluciona todas las varias actividades que antes formaban un conjunto se van separando y dando lugar a diversas ramas, una de las cuales es la del Derecho que toma un carácter científico y se convierte, lo que antes vivía en la conciencia popular, en materia de competencia de los juristas que en tal concepto representan al pueblo.

La existencia del derecho desde este momento se hace cada vez más artificiosa y complicada, ya que al elemento político y a la dependencia del Derecho de la vida social del pueblo, se ha añadido el elemento técnico o jurisprudencial, y el Derecho será natural (no en el sentido que le atribuye la escuela filosófica racionalista) o científico, según predomine uno u otro elemento, pero ese elemento natural, social, no desaparecerá nunca, sino que mostrará su acción en todo tiempo en distintas aplicaciones. Porque los iusnaturalistas entendían el Derecho natural como derecho verdadero y propio, contrapuesto al Derecho positivo, considerado por ellos como un derecho inferior; en Savigny y en Puchta el Derecho natural aparece como elemento del Derecho positivo, inescindible de éste. Al dualismo sucede, como todos ven, la síntesis entre lo ideal y lo real que residía en el espíritu de la concepción romántica de la realidad.

Pues considerando el espíritu que se manifiesta en los diferentes pueblos, —que no es otro que el humano—, hace se revele en el Derecho positivo constantemente el pensamiento y la acción, ya que la cooperación no es posible sino

donde existe esta comunidad, que sólo se encuentra en el seno de cada pueblo; de aquí, que sea éste el que elabore el Derecho positivo, que tiene los rasgos peculiares de cada nación y otros comunes a todos los pueblos, dándose frecuentemente en éstos los dos elementos, el general y el particular, que no difieren en nada y obran como dos fuerzas idénticas, apareciendo algunas veces opuestas el uno al otro, que se combaten y limitan mutuamente; y en medio de esta oposición se manifiesta el elemento especial o racional.

La consideración de estos dos elementos abre nuevo horizonte para la legislación, puesto que el legislador siempre debe tener en cuenta el fin general y dirigirse a él constantemente, sin poner obstáculos por esto a la energía de la vida individual.

Aprecia Savigny el Derecho positivo no sólo en su parte formal, sino en la substancial; instituciones jurídicas cuyo fondo son —a la vez— morales y sociales; y en esta última considera en las condiciones de su vida de acción, las influencias que le dan nacimiento, la alteran o la destruyen, es decir, lo que tiene de general e independiente de las circunstancias de lugar y tiempo con la traducción real e histórica que le dio la legislación romana, considerándole con el carácter de sistema, toda su parte como un organismo y sus instituciones enlazadas entre sí lo mismo que se compenetran todas las reglas del Derecho para formar la unidad del llamado Derecho positivo nacional.

La idea de presentar el Derecho positivo como organismo responde a una necesidad como un hecho inevitable en la realidad histórica, ya que la relación del Derecho tiene naturaleza orgánica, y si lo práctico, no es rutina, sino aplicación de principios, es necesario dar por base al conocimiento del precepto legal, la filosofía del Derecho positivo; es decir, la ciencia del Derecho no debe ser simplemente conocimiento de una categoría de hechos, sino comprensión de los principios que nos suministró la abstracción.

Es importantísimo, por tanto, la unión de estos dos elementos: la teoría y la práctica. En este punto se distingue principalmente el método de los juristas romanos. Cuando tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica va siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental se advierte a un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo como en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa.

Por la teoría, los trabajos realizados para el establecimiento y exposición del sistema de Derecho, no crean un derecho nuevo, sino que ayudan a esclarecer las reglas ya existentes. No se puede, por consiguiente, considerar la teoría como fuente propiamente, pero la autoridad de que goza le da un carácter casi semejante. Y por la práctica, se conoce el estudio que tiene por objeto no sólo el contenido de los orígenes sino también sus relaciones con la realidad del Derecho, es decir, todo lo que toca a su aplicación inmediata y necesidades del tiempo, lo que se consigue en el concepto jurídico de este siglo, haciendo predominar la equidad, y esto es así, porque cuando hay pugna entre legislaciones de diversos pueblos no debe irse a un principio común que la resuelva, de igual manera cuando la obra del legislador no llena las necesidades sociales, siendo necesario apelar a los principios de las doctrinas fundamentales.

Decimos lo anterior, por cuanto la base del Derecho es ética, y armoniza el fin del Derecho con un fin general más trascendental que el señalamiento de los límites dentro de los que ha de moverse la voluntad libre del hombre en

sociedad, porque hay que considerar el precepto legal no sólo como norma reguladora de las acciones humanas a fin de enunciar los intereses de cada uno, sino armonizándose con todas las demás en el seno de cada institución que, a su vez, forman parte del Derecho positivo, inspirado en un principio superior en que impera e influye el concepto de Bien: aspiración suprema de todo ser racional y del que el Derecho es uno de los aspectos y elementos de realización; y Savigny le presenta con el carácter de cristiano.

Por ello, dice, que el derecho positivo es la idea cristiana del derecho que cada pueblo realiza históricamente, si bien el sistema de derecho privado de Savigny se desarrolla absolutamente al margen de toda preocupación ética. Las referencias a una concepción ético-religiosa de la vida y de la humanidad no tienen con el derecho privado más que una relación indirecta, y responden a la conciencia filosófica del autor. Esto no desconoce la acción moderadora de la ética cristiana en el dominio del derecho privado contra las intemperancias del egoísmo, pero nunca pensó fundarlo sobre postulados morales. La superioridad de Savigny sobre los partidarios del racionalismo jurídico consiste no tanto en haber dado una nueva noción del derecho y de las relaciones privadas, cuanto de haberlos fijado en su concreción histórica y real, de haberlos entendido distintos y, al mismo tiempo, conexos con los otros aspectos de la vida social.

En vano se buscará, pues, en Savigny un orden ético objetivo superior a las relaciones privadas de donde éstas derivan la norma: la relación jurídica se origina en relaciones reales de la vida y la norma que la regula es la expresión de un orden natural que se revela en la conciencia colectiva. Por eso no se excluye que el derecho privado tenga en cuenta elementos éticos, pero no como tales sino en cuanto el elemento ético entra en la naturaleza de la relación que el derecho regula para sus fines, que no son los de la moral. El sentido jurídico triunfó en Savigny

sobre la tendencia del historicismo espiritualista —al que se inclinaba— a subordinar el derecho privado a un orden ético objetivo: prefirió dejar sin solución el dualismo entre su conciencia jurídica y su conciencia filosófica y moral. Por consiguiente, entiende el derecho no tanto como una fuerza ética cuanto como una fuerza social.

El derecho es un producto histórico de la vida común humana cuyo nacimiento y modificación no es sino una parte del proceso general de la cultura y su estado actual se condiciona y determina por la acción y reacción entre su fuerza ordenadora y las otras fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social. Esto lo expresa Savigny diciendo que el Derecho en realidad no existe de por sí, sino que es más bien la vida misma del hombre mirada desde el punto de vista especial.

Y como consecuencia de lo dicho deducimos, que el procedimiento puramente histórico parte de lo existente y examinando todas sus variaciones encuentra su origen en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo; es decir, toma el dato positivo que aparece como algo material y sin vida y lo transforma contemplándole espiritualmente como fuerza viva y actividad del pueblo, establece pues que cada uno y en especial su Derecho, tiene en su vida individualidad no accidental sino esencial y necesaria fundada en todo su pasado, y por tanto, no se puede implantar un Derecho común para todos los pueblos, como tampoco se puede pretender suplir todas las lenguas vivas existentes, con una lengua universal; no desconociendo, sin embargo, que junto a lo individual y vario se encuentran direcciones universales humanas y uniformes, que podemos designar como el elemento filosófico de todo Derecho positivo.

Luego tengamos siempre presente que la costumbre —como decía Puchta— es el espejo donde el pueblo se reconoce, ya que el Derecho nace por el "consensus tacitus populi", no por elaboración artificial; aunque debido al

progreso de la vida se deduce que para la formulación de normas de Derecho se necesita un pueblo culto que vaya en relación acorde con esa evolución; por ello son admisibles los dos tipos que de Derecho consuetudinario nos presenta Beseler: de un lado la espontánea y pura manifestación del pueblo generando el producto sin elaborar, sin formas ni contornos, por la que es quizá impreciso; y, de otra parte, la revelada por los jurisconsultos, pero no de una manera artificiosa, sino creada sobre esa convicción popular; es el producto bruto ya acomodado a la necesidad de la vida por tener que el legislador es un órgano de la conciencia jurídica del pueblo, cuidando de no tomar como convicción común hechos individuales y accidentales.

El Derecho, por consiguiente, no es obra de la voluntad arbitraria del legislador como pretendía Rousseau, sino de la conciencia del espíritu del pueblo, y la tarea del jurista, no es crear el Derecho, inventarlo, sino más bien depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes dominantes en el seno mismo de las sociedades o mejor de los pueblos. Así, en la doctrina de Savigny, tanto el jurista como el legislador no son un órgano pasivo sino consciente de la conciencia jurídica colectiva. A través de la conciencia reflexiva del jurista, tanto la materia como la forma del derecho adquieren nuevas características y son susceptibles de los más fecundos resultados. El jurista debe ponerse en grado de dominar la materia jurídica, esto es, de apreciar los hechos en la medida en que expresan necesidades reales, tendencias constantes de la conciencia popular. Y debe saber librarse de los hechos para descubrir sus nexos causales, para hallar el principio que los regula y los ilumina, para reducirlos a unidad orgánica.

Savigny pues, afirma la importancia de la costumbre como fuente del Derecho y la necesidad de estudiar la Historia íntima de los pueblos para comprender cómo elaboran su Derecho particular y nacional. De este modo, mientras los Códigos traducían en normas el estado de las mentes y

de los ánimos adversos a la costumbre, en Alemania se preparaba con el romanticismo su exaltación y su preeminencia en las relaciones con la ley. En efecto, el romanticismo, rehabilitaba lo irracional, lo individual concreto, las manifestaciones colectivas: restauraba contra el imperio de la razón la autoridad del sentimiento, de las actividades espontáneas, inmediatas, del espíritu, originando la fe en el alma popular, de donde la costumbre tanto en el orden ético cuanto en el orden jurídico constituye las más características creaciones.

La doctrina de las fuentes del derecho vino a confundirse así con el problema mismo del origen y de la naturaleza del derecho, a reflejar en la forma más categórica las tendencias y las finalidades de la nueva dirección histórica. No sólo la costumbre se eleva a dignidad de fuente autónoma del derecho, sino que aparece para los representantes del historicismo como la única, la verdadera fuente del derecho de la que todas las demás extraen vida y significado. Al culto por la ley y por la razón escrita sucede la idolatría por la costumbre, expresión viva de la conciencia jurídica popular.

Ahora bien, las fuentes del Derecho necesitan para pasar a formar parte de la vida real, la asimilación por parte del ciudadano o del legislador no teniendo la ley más importancia que aquella que le da su propia función, en su traducción del Derecho popular, interpretando las necesidades y costumbres del país, la forma de la ley está determinada por la naturaleza misma del poder de quien ella emana y por la autoridad absoluta de que está revestida, puesto que en ella se revela la voluntad legislativa, pero el contenido es suministrado por la experiencia empírica.

En cuanto a la legislación, considera Savigny que no se debe estimar como verdadera fuente del Derecho, aunque ciertas leyes lleguen a modificarlo por requerirlo así fines políticos (v. gr., la lex Julia y Pax Papia Popena, en Derecho

romano). También la ley interviene cuando en el Derecho legislado existen principios dudosos, desvaneciendo tales dudas y poniendo en evidencia el Derecho real que es la verdadera voluntad del pueblo manteniéndole puro; pero, como ya se dice, no puede ser fuente única.

En primer lugar, ¿cuál es el contenido del Derecho legislado? Algunos sostienen que el Derecho racional, pero este Derecho siempre obra sobre el existente, aportando aquellas mejoras y modificaciones que por motivos políticos se creen necesarias y aquellas leyes nuevas que complementan el Derecho vigente, sin que tengan el carácter de un Derecho nuevo porque lo que es nuevo en un país es antiguo en otro, por lo que la legislación es ampliación del Derecho ya vigente entre razas afines.

Dice Bacón, que en la ley hay que tener siempre en cuenta las fuentes del Derecho que estuviesen vigentes.

Ahora bien, si consideramos la ley como única fuente del Derecho es menester que en ella estén comprendidas las soluciones para todos los casos que puedan presentarse, lo cual exigiría conocer por experiencia la totalidad de los supuestos para resolverlos en el lugar correspondiente de la ley, cosa evidentemente imposible dada la enorme variedad del Derecho. Claro es, que en el Derecho existen lo que pudiéramos llamar teorías fundamentales de las cuales se derivan todos los demás principios y teoremas jurídicos por la relación y afinidad. Precisamente, el reconocimiento de la existencia de estas reglas normativas comunes en un plano extraño y superior a la ley, supone recurrir a la verdadera fuente del Derecho, que se conoce con diferentes nombres: Derecho natural, jurisprudencia o analogía del Derecho, aun cuando, en definitiva, no es más que el Derecho de origen popular antes dicho.

Otro fin de la ley como única fuente del Derecho es la de que las fórmulas de las leyes, su exposición, expresen perfectamente el sentido que haya querido dársele para evitar malas interpretaciones.

Por otra parte, la Historia humana, concebida según los principios de la Escuela Histórica, no puede considerarse como la fórmula exacta en la Historia real y positiva. En efecto, lo que se llama Derecho, no se ha formado solo orgánicamente y en pacífica evolución, sino que la humanidad lo ha impuesto, en abundantes ocasiones, mediante lucha.

Savigny rechaza la impugnación que se le hace de asignar al legislador un papel secundario y condenar a la legislación como inútil. La intervención de la legislación tiene importancia para la determinación precisa de aquellos principios dudosos que pueden dar lugar a interpretaciones varias.

Cuando el cambio de costumbre, opiniones y necesidades exigen una reforma del Derecho y ésta se hace lentamente hay una época de transición en la que el Derecho es incierto: la ley está llamada a hacer cesar esta incertidumbre. Por otra parte, cuando en las instituciones del Derecho un principio nuevo contradice uno antiguo no puesto en duda, la legislación interviene como una acción personal y reflexiva obviando todas las dificultades con condiciones que pongan a todos de acuerdo. Y, por último, cuando existen circunstancias que se oponen a que el Derecho nazca de la conciencia del pueblo interviene también la legislación realizando este trabajo. Como se ve tiene importancia la legislación, pero nunca debe creerse que constituya la fuente del Derecho y que el Derecho popular sirva únicamente para llenar las lagunas accidentales de la legislación.

En vista de lo anterior, se plantea el problema a resolver de la conveniencia o no de codificar, cuestión que fue muy discutida, principalmente entre dos grandes escuelas.

La filósofa de Thibaut, proponía para la formación del Derecho, un Código común, de reglas fijas, fórmulas universales, lo que decía no encontrar en el Derecho romano,

que consideraba antiguo, erudito, y, por tanto, no adaptado a las necesidades del pueblo. De esta manera se aspiraba a un derecho cierto, uniforme, unitario, emanación de la razón iluminada por el legislador, y, por otro lado, era tendencia a resolver el derecho privado en un sistema de relaciones lógicas, abstractas, inter-individuales. Los códigos prusiano, francés y austriaco fueron la realización gradual de los tiempos. Este movimiento codificador, aparte de las razones prácticas que lo abonaban, de las razones políticas que lo aconsejaban como medio para consolidar la unidad familiar, del ejemplo de los códigos prusiano y francés, había toda una tradición de pensamiento desde Leibniz a Wolff, y a Kant, en favor de la unificación del derecho privado en Alemania. Thibaut se hace intérprete de esta tradición y de estas aspiraciones y proyecta un código único de consenso universal. Es cierto que, a pesar de la exigencia del método y de la investigación histórica proclamada por Thibaut, a pesar de la defensa hecha por él del derecho germano y la áspera crítica del derecho romano, a pesar de su abierta profesión de fe nacionalista, Thibaut concebía la codificación alemana con los criterios del racionalismo jurídico que había hecho del derecho romano una especie de "ratio scripta" y que era íntimamente hostil al nacionalismo jurídico particularmente alemán.

En contra de esta posición se pronuncia Savigny en su "Vocación de nuestro siglo para la legislación", quien, como Thibaut, advierte la necesidad de unificar el Derecho; sin embargo, no cree oportuno para lograrlo la formación de un Código, ya que decía, éste no puede hacerse a capricho del legislador, como expresión formal y sistemática del Derecho positivo, en un momento dado y como se quiera, sino producirse cuando las condiciones y circunstancias de la cultura jurídica lo permiten, a mejor, lo imponen. Así surge frente a la Escuela filosófica de Thibaut, la Escuela histórica de Savigny, que inspirándose en las fuentes eternas del Derecho romano proclaman el carácter esencialmente

popular, nacional, humano, en suma, del Derecho. Para esta Escuela, la Escuela filosófica es ajena a todo sentimiento y amor por todo aquello que es característico y grande en los demás siglos, por cuanto desconoce lo que de provechoso produce la Historia para el conocimiento de las instituciones y de los pueblos, fijando exageradamente la atención en la época actual en la cual se cree posible la realización de una perfección absoluta, movimiento que no dejó de influir en el Derecho civil, para el que se soliciaban nuevos Códigos, dechados de perfecciones técnicas que garantizasen una mecánica exactitud en la administración de justicia, de modo que el magistrado, dispensado de todo juicio propio, debía limitarse a una simple aplicación de la ley.

Estos Códigos debían estar completamente libres de toda influencia histórica y adaptarse a todos los pueblos y tiempos.

En relación con estas teorías está una opinión más antigua sobre el origen del Derecho positivo: el Derecho en su estado normal no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado, de tal manera que el contenido de la legislación misma, al igual que el de la esencia del Derecho, es completamente accidental y variable, siendo perfectamente posible que el Derecho de hoy sea completamente distinto del de ayer.

Ambas teorías —la filosófica y la histórica— tienen en común, el convencimiento de que hay un práctico Derecho natural o racional, especie de legislación ideal, ciencia para todos los tiempos y para todos los casos, lo cual es preciso descubrir a fin de perfeccionar definitivamente el Derecho positivo. Sin embargo, la unidad del derecho, su nacionalidad, estaba mejor garantizada por las nuevas corrientes románticas en que se inspira Savigny que por las abstracciones jurídicas y el cosmopolitismo revolucionario

francés que propiciara Thibaut. Más tarde Alemania llegaría a su codificación, la que cerró el período de consolidación política de la nación germana y resumió la obra de elaboración teórica de los Pandectistas. Con todo, en la época de Savigny la codificación era prematura en Alemania, o bien inoportuna; y fue un sabio consejo el haberla impedido.

#### CAPITULO IV

##### EL DERECHO ROMANO Y LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO

Roma, que lleva en su ser la magia de su dominio y en su etimología la clave de su poder, que son símbolo de sus eternos destinos universales, nos aparece en lontananza, como cabeza del mundo, con un Derecho primitivo, rígido y formalista, que, por una parte, culmina en el "Fas" o mito religioso, enlazando esta fuerza supersticiosa de carácter divino, que integra un sistema de preceptos jurídico-religiosos para regular las relaciones sociales, con las tradiciones de los antepasados o las "Mores majorum" por otra, que es un Derecho consuetudinario, en que palpita la espiritualidad de un pueblo rudo que se siente ligado a sus antepasados por lazos de obediencia inviolable. Este pueblo, sin embargo, con un sentido práctico de la vida, asimila lo provechoso de los demás que le rinden tributo, emprendiendo una evolución jurídica paulatina que culmina en la transformación del "quiris" en "cives". Es decir, en este pueblo semi-pastor y semi-agricultor, organizado en Estado gentilicio, la personalidad individual queda integrada en el organismo político de la "gens", constituida por un conjunto de familias. Por ello, al surgir el "cives", el individuo pasa a ser ciudadano del Estado, convirtiéndose Roma en la gran "civitas", a medida que ensancha sus confines por la inmigración de gentes pertenecientes a pueblos extraños, ampliando así las bases de su Derecho, aunque persista como Derecho de la ciudad hasta fines de la República.

El "jus civile" era el Derecho de los ciudadanos de la "civitas". Como se manejaban arbitrariamente las normas en perjuicio de la plebe, se consideró la precisión de plasmarle en un cuerpo de leyes a cuyo fin se organizó una comisión compuesta sólo por patricios que parece marchó a Grecia a estudiar su Derecho, promulgando a su vuelta diez Tablas, siendo añadidas posteriormente las dos restantes, por nueva comisión en la que ya entraron a formar parte plebeyos, en circunstancias un tanto anormales. Estas tablas se confeccionaron en bronce exponiéndose en el Foro, y siendo también recitadas en las escuelas. Sufrieron bastantes modificaciones en el transcurso de los tiempos, conociéndolas nosotros por pasajes de Cicerón. Son las XII Tablas el Derecho elaborado por la jurisprudencia de los Pontífices, suponiendo a pesar de la rigidez de sus normas, un grado progresista de civilización jurídica, pudiendo calificarlas como el Derecho civil propio de labriegos.

Este sentido estricto del Derecho romano fue necesario adaptarlo a las nuevas exigencias del avance social de aquella civilización. Mas como el espíritu romano era refractario a todo lo que significase reforma de su legislación vigente se logró superar esta discordancia entre la realidad jurídica y la vida social mediante la aplicación de la institución de la "interpretatio", creada por los Pontífices.

También se creó la pretura del extranjero, que se denominó "pretor peregrinus", para atender a las relaciones con éstos, sirviendo este nuevo Derecho de supletorio al civil, en un principio, aunque debido a que sus normas se nutrían de las que regían con los demás pueblos, y de que reunían todos los caracteres precisos, por ser también escritas y tener un cuerpo de jurisperitos que le prestaban apoyo en su elaboración, llegó un momento en que se superpuso a él, teniendo lugar la antinomia entre estos dos derechos, que sólo logró acabar en tiempos de Justiniano.

La importancia de las relaciones comerciales llevan a Roma a concertar varios pactos de este tipo, entre otros

pueblos con Cartago, que influyen en su Derecho, como también sucede con el "jus honorarium" del pretor, que en silencio y paulatinamente va incubando en él la formación de otro Derecho que había de nacer, para cumplir la misión de ser el Derecho universal de la época del Imperio; pues si el Derecho pretorio no era patrimonio del cives, sino de la Humanidad (jus gentium) así, bajo él, podía ella ampararse.

En este tiempo florece la jurisprudencia clásica, porque una vez que Roma en la evolución progresiva de su historia logró cimentarse sólidamente bajo la clara y técnica dirección del llamado Augusto, vemos como emprende su labor científica cultivando todas las ramas del saber, vertiendo su cultura en los demás pueblos que se acogían a su seno como el hijo lo hace al regazo de la madre. Por entonces surgen dos tendencias jurídicas opuestas, la una racionalista e histórica la otra, conocidas bajo las denominaciones de Proculyana y Sabiniana, cuyos representantes eran, respectivamente, Labeón y Capiton.

La primera escuela de las citadas acusa un ideal republicano basado en un sistema innovador que encuentra su precedente en la filosofía peripatética, cuyo procedimiento racionalista establece en el proceso la necesidad de ajustarse a la letra de la ley, dando lugar por esta causa a que algunos autores la atribuyan el tener a su cargo la defensa y difusión del "jus civile". No obstante, se aparta de éste cuando de acuerdo con el raciocinio de su doctrina, sostenía que en el caso de la "Especificación" el artífice era el dueño, argumentando que la nueva especie no era el mismo objeto ya que la forma esencial le hizo ser otro.

En contraposición con esta concepción rígida, formalista y filosófica cuyo sentido podemos resumir en la práctica racionalista, se nos presenta la escuela jurídica Sabiniana que se ocupa del Derecho en su evolución histórica, y toma como base de partida en su ardua empresa, el estoicismo,

con su principio "sufre y abstente". Su método de investigación se dirige, principalmente, al conocimiento del contenido de la norma, que luego considera en su desarrollo a través de la Historia, siendo estimada esta doctrina por la utilización de este método como la que sirvió por aquella época de salvaguardia al "jus gentium". Parece ser que existió una persistente rivalidad entre estas dos escuelas de juristas, aunque haya quienes pretenden atribuirles una mera profesión docente.

Veamos pues, como Roma por su floración de Derechos, escuelas y jurisconsultos atraviesa por una "edad de oro" que la sitúa en el pedestal de la soberanía, por su sabiduría y dominio. En este sentido, constituye un paso afirmativo hacia el progreso civilizador del pueblo romano, el Decreto de Caracalla del año 212, el cual extiende la condición de ciudadanos a todos los súbditos del Imperio. De esta manera se amplía el ámbito del derecho de gentes, establecido sobre postulados de equidad, que convirtió el derecho romano en universal y común, al sobreponerse a sus características nacionales, y llegar a coincidir en sus principios fundamentales con el derecho privado de otras naciones, principalmente con el griego, que en esta época ejercía acción más notoria sobre los pueblos del Mediterráneo alcanzando el "jus gentium" de este modo, desempeñar el papel capital de Derecho internacional de los tiempos. Así, Roma, con pleno espíritu político, de actividad y de vida, se renovaba incesantemente en los diferentes aspectos sociales de tal manera que lo nuevo no fuese más que una continua explicación de lo antiguo logrando una justa proporcionalidad entre el elemento estable y progresivo ya que un pasado que no es revivido por su futuro, es como un espíritu inanimado.

Pues bien; sabemos que la legislación civil de Roma fue la más perfecta y completa y de un conjunto más sistemático, por lo que fue admitida sin dificultad por los pueblos sometidos a su yugo, conservándose a través de la

Historia de manera estable y progresiva, con su tipo primitivo modificado y con la influencia de nuevos elementos transformadores de la civilización romana.

Nos hemos referido a importantes transformaciones en la ciencia jurídica, a las virtudes de Roma y al gran acierto del Emperador Caracalla, al hacer el Derecho romano admisible a todos; pero tampoco hay que omitir ese reinado de Adriano en que tuvo lugar la fijación del Derecho Pretorio, que ya no era la expresión de voluntad del magistrado, sino del Emperador, que establece las normas con carácter perpetuo, compilando los postulados del peregrinus y urbanus, con un apéndice relativo a los ediles curules, cuyo Edicto recibe el nombre de Adriano o Salvio Juliano, ya que fue este conocidísimo jurisconsulto, el que lo promulgó siendo confirmado posteriormente por un senadoconsulto, afirmando su persistencia de una manera empírica, por haber perdido toda su vitalidad al ser definitivamente controlado por el emperador. Por consiguiente, se considera al siglo II, como el momento de verdadero apogeo para la jurisprudencia, que ve coronado sus triunfos con Salvio Juliano (al que ya hemos citado con motivo del "Edicto perpetuum"), quien llegando a las más altas esferas del poder es continuador de la Escuela Sabiniana, que cuenta también entre otros partidarios a Gayo, unificando a los juristas en su Alta Escuela.

El protegido de Séptimo Severo, Papiniano, quien tiene en sus venas la estirpe oriental, hermana la elegancia helénica con la agudeza romana y lleva a la perfección su método casuístico. Posteriormente, con Ulpiano y Paulo, se perpetúa la labor de estos grandes juristas clásicos, iniciándose para la jurisprudencia, en esta época, su declive, pues a fines del siglo III se dejó de otorgar el "jus respondendi", que fue concedido por el Emperador Tiberio y, mediante el cual, eminentes jurisconsultos fueron investidos para emitir dictámenes obligatorios para los tribunales de justicia. También entre los juristas dignos de no ser omitidos, encontramos

a Modestino, oriundo del Oriente, que vive en el momento en que la rica fuente jurisprudencial se nutre de la riqueza acumulada en el pasado, transmitida a través de los siglos como la semilla germinadora del "jus gentium", el cual cristaliza en normas definidas como expresión del valor de la "buena fe", adornándose con la aureola de la belleza el sentido jurídico de la vida social.

La forma genuina que adopta en estos tiempos la legislación, es el senadoconsulto, que viene a recoger la herencia de los comicios. En la época imperial adquiere el carácter de poder legislativo; pues era presidido por el príncipe que así le placía, que presentaba la "oratio". Desde tiempos de Adriano ya es una imposición, quedando reducido el voto de los magistrados a pura fórmula por lo que muchas veces en vez de citar el senadoconsulto, los juristas se remiten a la "oratio" imperial o propuesta que le precedió. Así el Derecho vigente se halla contenido en los Senadoconsultos y en las Constituciones imperiales, que ejercen su función legislativa principalmente mediante los rescriptos que se anulan en la época de Diocleciano. Este emperador realiza una verdadera jerarquización del poder, a base de monopolizar la vida jurídica, lo cual consigue mediante Constituciones que permiten al "jus gentium" modelar el Derecho civil, cuyo fundamento continúa siendo las XII Tablas, como base legislativa de todo el Derecho.

Más tarde el Derecho romano se despoja de los elementos propios de la antigua civilización y da entrada en sus instituciones al elemento cristiano que es adoptado con facilidad en todos los pueblos que incorpora a su imperio sin necesidad de tener que renunciar por ello a su idiosincrasia, puesto que junto a este Derecho romano subsisten otras instituciones de diferente procedencia, ya como tales o influyendo en otras, que forman, en unión de las anteriores, el Derecho propio nacional de cada pueblo, conforme a sus ideas, sentimientos y costumbres.

Y prevalece el Derecho romano, porque en él se dan con mayor pureza los cánones del Derecho, de tal manera que se puede considerar como la expresión de los sentimientos que Dios ha puesto en el corazón de los hombres.

Durante el Bajo Imperio, se nos presenta junto al "jus vetus", que refleja el sentido de las XII Tablas, un Derecho nuevo —el "jus novum"—, elaborado por las Constituciones imperiales en su segundo período, que preside y completa con éstas la evolutiva vida jurídica del Derecho romano hasta entonces, siendo su órgano capital, los edictos, limitándose los emperadores a confirmar las opiniones de los grandes jurisconsultos de la época clásica, como ocurre en la llamada Ley de Citas de Valentiniano III, dada la penuria porque atravesaba la ciencia jurídica que no acertaban ni siquiera a interpretar los doctos en la materia. Y así llegamos al reinado de Justiniano, en el que se encuentra vigente toda esta legislación que ha sido objeto de la publicación de Códigos privados, en que figuran las "leyes generales" promulgadas por Constantino, y, poco después, el Código Theodosiano, con fuerza de ley y sus Novelas posteriores.

A través de la evolución histórica, vemos como ya Ofilio y Juliano pretendieron confeccionar un cuerpo de Derecho, sin conseguir reunir más que el material que integraba el Edicto de los Pretores. Sin embargo, esta importante labor codificadora, habría de cumplirse en la última fase del Derecho romano cuando entra en contacto con la civilización griega, la cual consigue influenciarlo hasta el punto de que algunos autores han hablado de un Derecho romano helenizado. En este momento es cuando el Oriente, pueblo más bien artístico que práctico, emprende en la persona de su emperador Justiniano las tareas de la Codificación.

Justiniano decide codificar, pues, desde las XII Tablas, los romanos no habían vuelto a intentar esta árdua tarea

con carácter oficial. Ya nos hemos referido a las codificaciones privadas. En la codificación justiniana se recogen las valiosas aportaciones de la jurisprudencia clásica. El Emperador encuentra en Triboniano un inteligente colaborador. Su alma artística y su criterio armonizador le permiten realizar exitosamente tan grandiosa empresa que servirá para perpetuar un Derecho que parece emanar de los preceptos divinos, si bien la influencia del pensamiento oriental habrá de legarnos un Derecho romano desnaturalizado por las "Interpolaciones".

Por ello es preciso que juzguemos la obra de Justiniano, lejos de encasillarnos entre los que le acusan de bárbaro o le encomian como insuperable. A nuestro criterio su obra fue magnífica pero incompleta. Nos ha hecho llegar un Derecho romano transformado de su primitivo ser substancial. Fácilmente aquellos ilustres jurisconsultos se quedaron entre sus manos las vestiduras de algunas instituciones valiosas, obras de Papinianos y Gayos, que con entendimiento genial supieron transmitir a sus escritos lo que elaboraban con suma inspiración sus mentes.

Desde el "Corpus juris", los jurisconsultos meramente se limitan —por orden prohibitiva de la Constitución "Tanta" de Justiniano—, a traducir del latín al griego las compilaciones, haciendo extractos, por cuanto que la decadencia del Imperio Bizantino no requería otra cosa. No obstante, a pesar de la orden restrictiva de Justiniano, pretendiendo no se hiciesen comentarios y críticas a su legislación, las nuevas exigencias de la realidad social la hicieron franqueable por necesidad.

Y como el Derecho romano influyó en la civilización de los pueblos europeos, se comprende que a la caída del Imperio de Occidente se salvase aún y subsistiese de tal manera que durante siglos se ha podido llamar Derecho común de Europa, conservándose su tecnicismo en el lenguaje y el sistema de las instituciones, a pesar de que éstas en lo

sucesivo se configuran de acuerdo a las exigencias de los nuevos Derechos nacionales y por la influencia del espíritu de la Iglesia; sin embargo, se continúa proclamando la superioridad científica del Derecho romano por jurisconsultos de todas las épocas y lugares: así Troplong, lo enaltece llamando a Italia: Patria ilustre del Derecho civil.

De esta manera el Derecho romano, permanece incólume a la erosión de las más distintas circunstancias históricas; y así en Italia, por el principio de la personalidad del Derecho, los romanos le siguen aplicando; y la Iglesia, lo considera como supletorio del suyo. Asimila del Derecho germano, que surge con la invasión de los bárbaros, aquello que le conviene para su revitalización. Sobrevive en Italia con el mismo espíritu que tuviera en el "Corpus juris", estudiándose en algunas escuelas como Pavía, juntamente con el Derecho longobardo. Su estudio facilita la existencia de una literatura jurídica compuesta de producciones y obras de este Derecho, que en la versión de los tiempos van nutriendo sus raíces hasta aflorar de nuevo en el próximo amanecer boloñés.

El genio plástico de los longobardos crea la Escuela del Derecho que lleva su nombre, confecciona un Código, que adornan con glosas y fórmulas procesales; pero, en resumen, aunque aparentemente triunfa la jurisprudencia longobarda sobre la romana, en realidad lo que realiza aquélla, es alentar al Derecho de todos los tiempos, dándole impulsos, que es vida para su renacer.

Aparecen las diferentes escuelas que beben en su fuente: los glosadores, que nacen con Irnerio en la Universidad de Bolonia, por la donación que a los pisanos verifica el emperador entregándoles un manuscrito de las Pandectas. El Derecho romano para los jurisconsultos de esta escuela es algo como la Biblia: escrito que contiene verdades eternas.

Los postglosadores, van a la fuente de las glosas, sin remontarse a los textos originales, considerando al Derecho romano, como "ratio scripta"; van al de los conceptos —sin esclavizar la vida a éstos—, llevándole a la práctica del momento y preparando la recepción del Derecho romano en Alemania.

Tanto los glosadores como los postglosadores, abandonan toda perspectiva histórica y filológica. Estos últimos crean conceptos abstractos y teorías generales con los métodos de la Filosofía escolástica. Relegan el Derecho popular, que es el elaborado por las multitudes ignorantes e indoctas en materia jurídica. Su obra significa un enorme progreso hacia la Filosofía del Derecho. Antes, los glosadores con su concepción ideal, supieron extraer del Derecho romano la pureza en él inmanente, haciéndole asequible a todos los pueblos, por medio de una doctrina abstracta que les apartó de la realidad, lo cual les impidió buscar la forma de llegar al establecimiento de la unidad legislativa italiana, para lo cual hubiesen procurado limar las diferencias que separaban las instituciones de estos diferentes estados, aun cuando les hubiese sido fácil llegar a ver cumplidos sus deseos de proporcionar a Italia su propio Derecho común.

Los glosadores fueron objeto de veneración excesiva por parte de los postglosadores, quienes consideraron a la "Glosa Magna" de Acursio como imprescindible para sus estudios, quizá un tanto exageradamente, aunque en verdad resultase en aquel tiempo, hasta cierto punto contra-productiva, elevarse directamente a las fuentes por las dificultades que para ello había; si bien su estudio indirecto trae consigo vicios innumerables con un abuso de la autoridad, que al limitar la libre expresión corta de raíz toda acción inspirada. Es por lo que podemos calificar el siglo XVI de evolución progresiva, por venir a desterrar de los pueblos esta política absolutista.

De donde que si digna de elogio fue Bolonia, por ser la cuna de la recepción del estudio del Derecho romano, durante la Edad Media, no menos se lo merece en este siglo del Renacimiento la hermosa Florencia, en cuyo seno se fecunda y da vida a este renacer de la Historia, que supone la ruptura con el movimiento exegético de los glosadores orientándose los estudios jurídicos hacia una etapa creadora que encuentra la génesis en los humanistas, dedicados a los afanes históricos y filológicos con la innovación de la crítica, que bien encauzada siempre impide extravíos que pudieran apartar al investigador del nervio de la ciencia jurídica.

Vanguardistas de esta transformación experimentada en el seno de la ciencia jurídica, les corresponde el honor de ser a Petrarca y Boccacio, que se revelan contra el sentido exclusivamente práctico de los que ignoraban el origen del Derecho y de la Ley. Después en Alciato y Zassius, los que podemos llamar los primeros jefes de la escuela, tomó cuerpo el movimiento reformista de la Jurisprudencia, a pesar de su incipiente preparación que les aferra durante una temporada a los añejos métodos, aun cuando posteriormente se superan y entonces se reviste de esplendor la concepción renacentista en tiempos del más esclarecido representante de la acción modificadora: Cujas.

Se trata del estudio del Derecho a través de la Historia a fin de ocuparse del Derecho romano con toda clase de investigaciones originales que no reduzcan su radio de acción tan solo a Justiniano, como creen los glosadores, sino extendiéndolas a los jurisconsultos clásicos con el propósito de que afloren a la luz sus pensamientos íntimos.

La decadencia de este resurgimiento, se inicia a partir del siglo XVII, al faltar los verdaderos jurisconsultos capaces de realizar el examen crítico necesario para el éxito de investigaciones bien encaminadas. Únicamente en Holanda persistió en su apogeo el estudio del Derecho, gracias a

las aportaciones que reciben de Francia cuando ésta entra en su etapa decadente.

En los siglos XVII y XVIII, la Escuela Histórico Crítica, se ve dominada por los partidarios de la tendencia práctica, apartándose así de las investigaciones teóricas e históricas, para venir a ser casi unos meros continuadores de la obra de los postglosadores. Después la Escuela del Derecho natural, desde un ángulo opuesto basándose en principios filosóficos, expresa la razón subjetiva de un modo exagerado y su desprecio hacia los hechos sociales y todo lo que significase tradición, admitiendo un Derecho válido para todo lugar y tiempo cuyo descubrimiento es obra de la razón y su realización tiene lugar mediante la ley. No obstante, se considera que este movimiento iusnaturalista tiende a la intromisión de un Derecho extraño que se opone y destruye la nacionalidad e impide alcanzar al Derecho indígena su perfección científica y original, cuando el desenvolvimiento nacional de un pueblo moderno tiene que estar abierto a su transformación gradual autóctona, de la misma manera que su religión no es un producto espontáneo de sus peculiares condiciones, sino fruto de una tradición sólidamente sedimentada a través del tiempo en las conciencias individuales. El Derecho natural, en cambio, aspira a consagrar un principio universal válido para todo Derecho mediante un conocimiento racional que lo hace eficaz, por lo tanto, para todo lugar y tiempo, realizándose mediante la ley.

La libertad y la ley son, conforme a la posición iusnaturalista, los dos principios jurídicos fundamentales de su concepción.

Pero la libertad, no es el Derecho —declara la Escuela histórica negando toda posibilidad en tal sentido—, sino su condición esencialísima, desde el momento que el Derecho subjetivamente es poder moral para un fin racional, lo cual conlleva una restricción de la libertad. Y la ley tampoco

es el Derecho. En su alto sentido objetivo, éste es el organismo integrado por relaciones jurídicas o conjunto de normas a que se halla sometido el hombre en sus relaciones.

Adoptemos pues el Derecho positivo a las exigencias de la sociedad natural, de tal manera que se identifique con los elementos constitutivos de la personalidad histórica de la nación a que se aplica, pues mientras un pueblo conserva su autonomía tendrá un Derecho privado cuyo desenvolvimiento dependerá del progreso de su civilización, sin que esto signifique ruptura con su espíritu de continuidad y el común a todos los pueblos. Es así que las instituciones del Derecho privado existen en todos los pueblos con diferentes sentido y forma según su analogía, pero siempre poseen su elemento propio o indígena, formado por los que integran la civilización de ese pueblo y que no destruyen totalmente las alteraciones que sufra ese Derecho a través de la historia y en sus relaciones con el de los demás países.

Por eso, para conocer bien el Derecho actual, es imprescindible beber con conocimiento de causa en las fuentes del Derecho romano. Es inexacto el afirmar, que únicamente deben dedicarse a su estudio en los países donde está en vigor creyendo que en aquellas otras naciones regidas por Códigos modernos, el ocuparse de él, es tiempo que se quita a materia de más vivo interés, puesto que este estado del Derecho moderno es más próspero. De ser esto así no merecería la pena ocuparse del Derecho romano, aun en aquellos estados en que se rigen por él, desde el punto, que le sería más útil al legislador acomodarse a uno de estos Derechos modernos o crear él uno nuevo.

No desconocemos el espíritu de nuestro siglo, y por lo tanto, no pretendemos la tiranía del Derecho romano aferrándose al pasado con detrimento del Derecho germánico y de las instituciones nuevas; estudiamos el Derecho en su evolución histórica, considerando la importancia e independencia de cada siglo, aclarando el lazo vivo que

une al presente con el pasado única manera de conseguir captar la esencia del mismo, ya que no creemos conveniente conformarnos solamente con las manifestaciones exteriores del Derecho.

Y fueron las extravagancias de la escuela natural las que causaron la reacción a favor de la Escuela Histórica.

Así tenemos que contra esta teoría racionalista que nos acaba de presentar la Escuela Natural, que rompe con el Derecho romano, surge la escuela Histórica del Derecho, que trae a la cabeza a Savigny, en que se reúne el ímpetu de la juventud deseosa siempre de saber más y la reflexión del genio, compaginando sus cualidades con el cálculo en visión acertada del cometido a realizar.

No viene a repetir lo que intentaron realizar glosadores e históricos críticos, porque los hechos se suceden y, por consiguiente, los tiempos cambian y exigen nuevas investigaciones y enfoques de la realidad jurídica. De aquí, que marque esta nueva aparición en la Jurisprudencia de la Escuela Histórica, la perfección del estudio de las fuentes romanas. Así, el objeto especial de este gran jurisconsulto, se encamina hacia el estudio del Derecho romano, a disminuir las dificultades y apartar los obstáculos que estorban a los prácticos el acceso a las fuentes. Luego, allí donde existe una legislación nacional el Derecho romano vivificará la teoría, la desembarazará de los errores subjetivos y arbitrarios y, sobre todo, la relacionará con la práctica, que es lo más esencial.

Savigny se absorbe en los textos de la jurisprudencia clásica, ya que Justiniano no supo presentarnos el verdadero sentir de la misma, y capta el pensamiento allí inmanente, y que nadie ha podido comprender, ampliando el conocimiento de las fuentes con el consiguiente enriquecimiento de la ciencia del Derecho romano, valiéndose de la Filosofía y de la Historia y de la Crítica con aplicaciones completamente nuevas, llegando en sus investigaciones a la conexión

sistemática de las prescripciones aisladas del Derecho romano, infundiéndole el soplo de su vida pasada.

El servicio prestado por Savigny al Derecho, es el fin culminante de toda una larga evolución jurídica, que requería la aparición del hombre que viviéndola la mostrase al mundo límpida de errores, como ella se engendró, para ser luz inextinguible, que alumbra las sendas de esta ciencia con normas imperecederas por los siglos.

Savigny semeja, para la ciencia del Derecho romano, el astro sol que lanza sus rayos potentes y luminosos en medio de las tinieblas para sembrar la claridad, no habiendo sido capaz la densa niebla de quebrar su poder, ni la resplandeciente luz anublar su luminosidad; pues espera el mundo anhelante la hora de la llegada del hombre, que se sienta con fuerzas suficientes para relevar de su pedestal a esta esclarecida mentalidad jurídica que dedicó su vida entera a luchar por un Derecho más justo y más popular.

## DELITO, SOCIEDAD Y DERECHO\*

Prof. ISRAEL DRAPKIN  
Instituto de criminología,  
Universidad Hebrea de Jerusalem

Se nos recuerda constantemente el hecho de vivir en un mundo que cambia continua y rápidamente. Cada uno de nosotros tiene conciencia de ello, por cuanto formamos parte integral del fenómeno. Simultáneamente somos testigos y actores de este extraordinario panorama de la sociedad humana en movimiento, en remolino. Sin embargo, no siempre logramos captar sus verdaderas perspectivas y sus notables consecuencias. Con frecuencia queremos creer que este cambiar, en este mundo nuestro, es una experiencia exclusiva de nuestra generación, jamás vivida antes por nuestros antepasados. Por cierto que ésto es una mera ficción, por cuanto cada época ha presenciado cambios tan trascendentales que no sólo han influido sino que han alterado incluso el curso de nuestra propia historia. Olvidamos con suma facilidad que los filósofos presocráticos,

\* Texto de la Conferencia pronunciada por el Prof. Dropkin en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica con las siguientes palabras introductorias:

Señor Decano, Señores Profesores, Señoras, Señores:

Nos resulta particularmente grato y extraordinariamente honroso el ocupar hoy día esta tribuna, con la intención de tratar de expresar nuestra posición frente a las encontradas corrientes de opinión que predominan actualmente en la disciplina criminológica. La Criminología, por razones comprensibles, no puede lucir con orgullo los atributos de otras ciencias más antiguas y tradicionales. En efecto, carece aún de límites definidos a su campo de acción, de precisión en su metodología y de nitidez en sus postulados básicos. Esta ingrata situación deriva del hecho de que los planos en que se desenvuelven los estudios criminológicos tienen, por lo menos,