

ESCUELA HISTORICA Y DERECHO NATURAL

Antonio Enríquez Pérez Luño¹

Resumen: La temática de las relaciones entre la Escuela Histórica y el Derecho Natural sigue constituyendo un punto clave para la inteligencia del discurrir de las ideas jurídicas y filosóficas en el pasado siglo. El interés de la cuestión, lejos de ser meramente retrospectivo, incide de lleno en una serie de problemas que presentan estrecha vinculación con las inquietudes teóricas y prácticas de la Ciencia jurídica de nuestro tiempo. A la vez, sus repercusiones socio-políticas son tan amplias que, sin duda, afectan también al planteamiento general de las nociones de "Revolución, Conservadurismo y Tradición".

Abstract: The theme of the relationship between the Historical School and Natural Law remains a key to the understanding of the flow of legal and philosophical ideas point in the last century. The interest of the question, far from being merely retrospective, falls squarely in a series of problems that have close ties with the theoretical and practical concerns of legal science of our time. At the same time, their socio-political implications are so broad that undoubtedly also affect the general approach of the notions of "Revolution, Conservatism and Tradition."

Palabras claves: derecho natural-historia-iluminismo-historicismo jurídico-conciencia

Key Word: right-natural law-history-enlightenment-legal historicism-awareenes

1. La Escuela Histórica del Derecho y la crisis del Iusnaturalismo de la Ilustración.

Se afirma con frecuencia cómo el tránsito doctrinal de las construcciones del XVIII al siglo XIX vino caracterizado, en la Historia de la Filosofía del Derecho, por la crisis del Derecho Natural más problemático resulta establecer la parte que a la Escuela Histórica pudo corresponderle en ese proceso de desintegración del Iusnaturalismo iluminista. Se hace preciso, siempre que se aborda esta cuestión, fijar, de un lado, la concepción del Derecho Natural, dada la multivocidad histórica de sus expresiones, contra la que se dirigieron los ataques del Historicismo jurídico, y, de otro, captar en su integridad el alcance del pensamiento de la Escuela, sin cercenar arbitrariamente los diversos aspectos de su doctrina, ni las peculiaridades de sus exponentes.

¹ Destacado jurista y filósofo del derecho barcelonés. Curso estudios posdoctorales en las Universidades de Coimbra, Trieste, Friburgo de Brisgovia y Estrasburgo. Fue becario de Max Plank Institut (Heidelberg) y del fondo para la Investigación Económica y Social de la CECA. Encabeza el grupo de "informática, Lógica y Derecho", habiendo sido investigador principal de once proyectos de investigación. Ha sido galardonado con el Premio "Derechos Humanos" otorgado por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y por el Premio Fama a la trayectoria investigadora otorgado por la Universidad de Sevilla.

Por lo que hace referencia al primer punto, debe recordarse que el iusnaturalismo que tiene ante sus ojos la Escuela Histórica —y es esta una de las causas que explican la radicación germana de su génesis— es el de las construcciones de Christian Wolff y sus numerosos imitadores, entre quienes destaca Daniel Nettelblatt, profesor en Halle de Derecho Natural y Matemáticas, y fiel discípulo de Gottfried Wilhelm Leibniz, había defendido Wolff la necesidad de un método único para ambos sectores del saber. Su máxima aspiración en el plano metódico fue la de transportar al ámbito de las relaciones humanas normadas por el Derecho Natural, la precisión del orden matemático universal. Fiel a estos postulados, su construcción jurídica se tradujo en un sistema de principios armónicamente vinculados, deducibles unos de otros, desde los principios supremos hasta descender a los pormenores más irrelevantes del vivir social. Esta tendencia que halló expresión en los ocho volúmenes de su *Jus naturae método científica pertractatum* entre 1740 y 1748, se generalizó entre la mayor parte de juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XVIII. Los procedimientos abstractos de deducciones y silogismos *more geométrico*, así como la búsqueda constante de principios generalísimos y de definiciones que aspiran a una exactitud matemática, se hallan, en mayor o menor medida, en la base de casi todas las manifestaciones doctrinales del período. Luego, con el avanzar del siglo y con el estímulo del pensamiento kantiano, que progresivamente va penetrando las construcciones de los iusnaturalistas, se asiste a una renovación metódica que aspira a conjugar la inspiración wolffiafla con los postulados de la filosofía de Kant. Sin embargo, en estas tentativas de renovación iusnaturalista no se abandona, en la práctica, el criterio de la deducción a partir de principios generales hasta arribar a los particulares, tal como se venía operando según la enseñanza de Wolff.

La inspiración kantiana se revela en la mera referencia a un principio superior de carácter formal que, por otra parte, no hace sino traducir su pretendido formalismo en un principio material, como pueden serlo el de la perfección individual o el del respeto a la libertad y felicidad ajenas, al modo de la tradición iusnaturalista de Thomasio y Wolff.

Sólo con el declinar del siglo XVIII aparecen obras en las que se advierte una recepción abierta y personal de la filosofía kantiana en ellas pueden ya apreciarse ecos del criticismo del maestro de Königsberg. La enseñanza kantiana permitirá al penalista Paul Johann Anselm Feuerbach un replanteamiento de los postulados iusnaturalistas, que se refleja en su concepción del Derecho como "das Produkt der reinen praktischen Vernunft". En la misma dirección se inserta también el pensamiento de Antón Friedrich Justus Thibaut, propugnador de la codificación en abierta polémica con Savigny, y quien insistía en la racionalidad del Derecho fundada en el corazón y la razón del hombre, a la vez que superando la

indiferencia por la Historia del iusnaturalismo iluminista, propugnaba el mutuo condicionamiento existente entre la razón y la historia. "Ohne Philosophie —eran sus palabras—giebt es keine vollendete Geschichte; ohne Geschichte keine sichere Anwendung der Philosophie".

Para Feuerbach y Thibaut la investigación filosófica, mantenida en su legítima autonomía, realiza el papel de criterio de valoración y medida de los conocimientos derivados de la Historia. Pero lo que en ellos es apertura a lo histórico y lo concreto, pasa a ser en Gustav Hugo y Karl Friedrich von Savigny el elemento determinante de toda una nueva consideración de la realidad jurídica, concebida ahora sub specie historiae.

No se crea que el arribo a ese nuevo planteamiento se opera tan sólo por motivos teóricos, como reacción a las construcciones doctrinales del iusnaturalismo iluminista, sino que se dirige también, de modo especial, contra los frutos prácticos de aquella legislación corolario de los principios y dictámenes de la "recta razón". En efecto, mientras la doctrina racionalista se mantuvo en el plano de la teoría, pudo ser ingenua o errónea, pero siempre se hallaba expuesta a la refutación por otra teoría más sólida. Ahora bien, cuando esas premisas teóricas cristalizaron en una legislación con pretensiones de establecer, de una vez por todas, el Derecho justo, se convirtieron en frenos del desarrollo jurídico, que debe hallarse siempre abierto a las nuevas exigencias de cada circunstancia histórica. Tan pronto como la razón dictó el Derecho Natural a sus pueblos —ha escrito Franz Wieacker— se hizo imposible la autocorrección doctrinal tendente a un nuevo espíritu y una nueva realidad, la razón se tornó así en absurdo verídico y azote benéfico. De esta forma, el triunfo del iusnaturalismo racionalista en el plano político y legislativo condujo a la creencia de que ya se había alcanzado la completa realización del Derecho Natural, de lo que forzosamente se tenía que concluir que carecía de sentido, en adelante, la función histórica iusnaturalista. Con el monopolio estatal de la racionalidad jurídica presente y futura se vaciaba de Contenido toda pretensión crítica o innovadora basada en el Derecho Natural.

Frente a este modo de socavar la conciencia y la praxis jurídica que amenazaba también con paralizar todo progreso de la reflexión sobre el Derecho, se dirigió la reacción historicista. Este movimiento, que no se circunscribe a los dominios del Derecho, viene caracterizado por una fundamentación de todas las disciplinas sociales en la realidad histórica, antes que en puros esquemas o criterios racionales.

Esta actitud metódica sirvió para, señalar, en la primera fase de su desarrollo, una especial dirección de pensamiento cuyos caracteres esenciales eran, en opinión de Gioele Solari: "el criterio histórico elevado a criterio de verdad, la realidad

histórica considerada como la única y verdadera realidad, como el objeto propio de las ciencias morales, y el proceso de formación histórica de las instituciones jurídicas invocado como justificación de las mismas". Es conveniente distinguir estos dos niveles, metódico y filosófico, del Historicismo porque el hacerlo permite dar una explicación al problema de los orígenes y ámbito doctrinal de la Escuela Histórica del Derecho.

En muchas ocasiones se confunden los términos de Historicismo jurídico y Escuela Histórica, sin que existan motivos que avalen tal identificación. El progresivo afirmarse del método histórico en la jurisprudencia, que tuvo en Vico y Montesquieu a dos importantes precursores, cristaliza de forma bien definida en las construcciones de Gustav Hugo. Este arribó a su concepción historicista del Derecho a través de la enseñanza empírico-histórica de sus maestros de Goetinga Johann Stephan Pütter y Ludwig Timotheus Spittler y de su personal interpretación del pensamiento kantiano. Por ello, sería erróneo considerarlo, como en ocasiones se ha hecho, el fundador de la Escuela Histórica; en todo caso, su doctrina representaría el "Antiguo Testamento" de la Escuela, según la conocida calificación de Karl Marx. Fue Savigny quien con su escrito programático Ueber den Zweck d&r Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft fundaba junto con Karl Friedrich Eichhorn la Revista que había de representar el sentir doctrinal de la Escuela y su punto de partida.

Es cierto que Hugo y Savigny comparten determinadas actitudes críticas frente a los postulados del iusnaturalismo iluminista, pero mientras Hugo funda su investigación en el método histórico con independencia de que tal método sea o no aceptado por una escuela que se defina como "histórica.", Savigny se presenta encabezando a los exponentes de lo que pretende ser un nuevo movimiento doctrinal. Por decirlo con palabras de Solari: "El historicismo, como nuevo método de estudio en el derecho privado, se inicia con Hugo, y como nueva doctrina general del derecho, con Savigny". Así, años más tarde hubo quienes, pese a considerar a la Escuela Histórica como algo periclitado, no dudaron en continuar predicando la necesidad de aplicar el método histórico para el estudio del derecho. Hecha esta aclaración, no hay inconveniente para que, siguiendo con la actitud doctrinal más difundida, se englobe dentro del rótulo genérico de la Escuela Histórica del Derecho a Gustav Hugo. Si no perteneció a ella influyó decisivamente en su génesis, hasta el punto que muchos de los motivos centrales de aquella encuentran su origen inmediato en su pensamiento. Estas circunstancias aconsejan, desde el punto de vista expositivo, incluir a Gustav Hugo entre los "fundadores y caudillos" —por emplear la terminología de Wieacker— de la Escuela Histórica cuando se procede a un estudio de conjunto de su significación doctrinal.

2. La actitud de la Escuela Histórica frente al Derecho Natural.

En el clima descrito, la nueva consciencia de la historicidad del Derecho supone un radical cambio de perspectiva que se manifiesta en todas las instancias de la teoría y de la práctica jurídica. Se abre así paso, progresivamente, una revalorización de lo individual y lo concreto; de lo histórico, frente al gusto por la sistematización abstracta y universalista que había predominado en las instancias jurídicas del Iluminismo. En particular, se van disolviendo los instrumentos conceptuales del XVIII en un proceso lento y gradual que va socavando los cimientos de aquel, en apariencia, sólido edificio que forman las construcciones de la cultura jurídica del Iusnaturalismo ilustrado. De ahora en adelante, la tarea del jurista no revestirá ya los caracteres de una búsqueda incondicionada de la norma más justa bajo los auspicios de la pura razón, sino que se dirigirá a la sistematización y explicación de un material empírico: el Derecho positivo, a través de la variedad de sus determinaciones históricas. Esta nueva comprensión de la realidad que se inicia en las postrimerías del siglo XVIII puede considerarse como una tendencia general de la cultura alemana. Las influencias del pensamiento francés e inglés, especialmente a través de la penetración de las obras de Montesquieu y Burke, impulsó a los espíritus más inquietos hacia el estudio de la Historia. Importancia decisiva en esta dirección tuvieron también las *Patriotische Phantasien* (1704) y la *Osnabrückische Geschichte* (1768) de Justus Móser, quien con su revalorización de las viejas tradiciones corporativas, sentaba las bases de un nuevo entendimiento y una nueva valoración del pasado histórico.

2.1. Premisas de la crítica anti-iusnaturalista del Historicismo jurídico.

En el contexto hasta aquí delineado, la crítica del Historicismo jurídico a los dogmas del Derecho Natural racionalista se presenta bajo la apariencia de una ruptura total. Dicha ruptura se manifiesta en diversos sectores que conviene distinguir.

Así, en el plano ontológico el Iusnaturalismo ilustrado había concebido el Derecho como una realidad sustantiva, universal y estática, producto del discernir de una razón sedicente libre e incondicionada.

Esta idea del Derecho, expresión de su pretendido significado intrínseco, se circunscribe, en principio, al Derecho Natural, pero luego se predica también del Derecho positivo, por la necesidad lógica de reconducir toda versión posible de juridicidad a un único sistema y un único fundamento. Persuadidos de la homogeneidad fundamental existente entre el Derecho Natural racional y sus determinaciones positivas, los iusnaturalistas iluministas terminan afirmando la naturalidad y racionalidad del Derecho positivo. En contradicción con sus propias

premisas no dudaron, a la postre, en afirmar la armonía de las determinaciones jurídicas concretas de la positividad con los principios del Derecho Natural, llevando a cabo una auténtica mixtificación entre las exigencias de la pura racionalidad y los datos empíricos del Derecho histórico, sobre la que se precipitó la crítica de David Hume e Immanuel Kant.

Frente a estas premisas el Historicismo jurídico concibe al Derecho como un hacerse constante, como una sucesión de procesos en continuo movimiento, en estricta dependencia mutua, y fruto de la sucesión de unos elementos que no pueden ser creados, ni explicados por medio de la razón abstracta.

El Derecho no va a ser para Gustav Hugo el producto artificioso de la razón, sino un aspecto de la vida histórica, sometido, por tanto, al devenir de ésta. Con Hugo el Derecho positivo recupera la autonomía que había perdido en las últimas construcciones del Iluminismo jurídico, y se presenta como un hecho empíricamente verificable, delimitado en el tiempo y en el espacio. La Historia, y no la razón, es la fuente de todo Derecho, hasta el punto de que los elementos irracionales son inherentes a la naturaleza misma del Derecho positivo, que justifica cualquier institución que se realice de jacto en la Historia. De este modo, la tortura, la esclavitud y la poligamia se consideran históricamente formas jurídico-positivas, no obstante su abierta irracionalidad.

Para Hugo las leyes no son expresión de ningún valor jurídico: Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, rezaba el título de uno de sus trabajos. Por ello, a su juicio, el Derecho Natural debe ser sustituido por una Filosofía del Derecho positivo, y a este propósito responde su Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts de 1798, en el que la reflexión filosófica no parte del deber ser del Derecho, sino del Conocimiento racional y conceptual de lo que puede ser jurídico: "die Vernunftserkenntnis aus Begriffen von dem, was Rechtens sein kann"; en otras palabras, de una elaboración de conceptos generales extraídos de la experiencia del Derecho positivo del Estado.

La penetración de las exigencias históricas en el plano de la ontología jurídica se plasma con rasgos definitivos en el pensamiento de Savigny. Se ha puesto de relieve, con razón, cómo mientras en Hugo la Historia se explica todavía mediante principios a priori racionales; para Savigny el proceso histórico posee en sí sus propias leyes que lo determinan y explican. Para Hugo sigue siendo el individuo el autor del Derecho; para Savigny éste será producto de la conciencia colectiva.

Ya en una obra de juventud la Juristische Methodenlehre, afirmaba, de forma rotunda, Savigny el carácter eminentemente histórico de la Ciencia de la

legislación: "die Gesetzgebungswissenschaft ist historisch", y que el estudio histórico de la Ciencia jurídica es indispensable, al ser toda legislación el precipitado histórico de las legislaciones que la han precedido.

En su *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* concretaba el alcance de la nueva *Weltanschauung* historicista al afirmar que no existe ninguna pausa en el desenvolvimiento del Derecho. El Derecho se halla implicado en el mismo movimiento y la misma evolución que todas las restantes tendencias del pueblo, evolución que se halla regida por una ley de necesidad interna. El Derecho —concluía Savigny— crece con el pueblo, se perfecciona con él, y, finalmente, muere cuando el pueblo pierde su peculiaridad.

Savigny criticó también otro de los dogmas más caros al iusnaturalismo de la Ilustración, el del universalismo de la naturaleza humana, idéntica a sí misma a través de los tiempos y lugares, así como el del universalismo de los grupos sociales, integrados en una aspiración radical de cosmopolitismo. En el plano político ya de Maistre había sentenciado: "Il n'y a pas d'homme dans le monde. J'ai vu des Français, des Italiens, des Russes; mais quant à l'homme, je déclare ne l'avoir jamais rencontré de ma vie". Este motivo se repite como un ritornello en casi todas las construcciones historicistas. Afirmando la individualidad, idea arraigada profundamente en el espíritu romántico, los partidarios del Historicismo jurídico señalan cómo en cada nación que posea su propia historia, se verá cómo el Derecho reviste un carácter determinado y peculiar, lo mismo que el lenguaje, las costumbres y la constitución política del pueblo que lo produce.

Estos fenómenos, a juicio de Savigny, no tienen una existencia separada, sino que se hallan inescindiblemente unidos a la naturaleza de un pueblo. Lo que los enlaza con el todo es la convicción común del pueblo, el sentimiento de su necesidad que excluye toda idea de un origen casual y arbitrario. "Was sie zu einen Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Notwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkührliche Entstehung ausschliesst", eran sus palabras textuales.

Johann Jakob Bachofen, discípulo en Goetinga de Hugo y en Berlín de Savigny, fue quien extrajo las últimas consecuencias de esta crítica a la ontología jurídica del iusnaturalismo ilustrado. "Un Derecho Natural—escribía—...que se mueva fuera de la existencia de un pueblo, que se encuentre fuera de la Historia, que no tenga ningún contacto, ninguna relación con situaciones históricas, es algo para nosotros impensable... un sedicente Derecho Natural, que pretenda duración eterna, perfección absoluta y dominio ilimitado, es para nosotros la especulación vacía de una cabeza ociosa, un fantasma que se desvanece entre las manos del que pretende apresarle".

La destrucción en el plano ontológico de la racionalidad, universalidad e inmutabilidad del Derecho, tenía que repercutir, necesariamente, en el método propugnado para su conocimiento. La nueva concepción de la realidad jurídica precisaba un aparato gnoseológico adecuado a sus postulados.

El iusnaturalismo racionalista había cristalizado en un sistema abstracto y deductivo que indujo a los juristas a ver el Derecho como una unidad cerrada y completa, indiferente a los estímulos de la Historia.

En la base de todos sus procedimientos metódicos se hallaba la creencia, firmemente sentida, de que la realidad del Derecho podía ser aprehendida exhaustivamente por medio de categorías lógico-formales.

En el terreno del método la aportación de Hugo puede considerarse fundamental para la nueva consideración empírico-histórica de la realidad jurídica, porque la visión del Derecho como Historia comportaba de forma necesaria el abandono de las teorías abstractas y racionalistas. Influido en gran medida por Montesquieu, Hume y Kant, así como por el jurista Pütter, niega la existencia de principios jurídicos a priori, independientes de la realidad histórica en la que todo Derecho halla su génesis y desenvolvimiento.

Especial interés reviste el estudio de la influencia de Immanuel Kant en la actitud metódica de Hugo. Dicha influencia se origina, como el propio Hugo reconocerá más tarde, con la lectura de una obra poco conocida de Kant, perteneciente a su etapa precrítica, se trata de la *Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral oder über die Evidenz in metaphysischen Wissenschaften* de 1763. En este trabajo el maestro de Königsberg contestando a la cuestión suscitada por la Königliche Akademie der Wissenschaften de Berlín, sobre si las verdades metafísicas y los primeros principios de la Teología natural y de la Moral, son susceptibles de demostración al igual que las verdades geométricas, proclamaba el método empírico en todas las ciencias no temáticas y por tanto también para la Ciencia del Derecho.

Hugo asume el legado kantiano en un doble sentido: de una parte, le sirve para rechazar la pretensión de proyectar los métodos matemáticos a las disciplinas no matemáticas, como había hecho el iusnaturalismo racionalista; de otra, y a medida que va penetrando en el ulterior desarrollo de la filosofía de Kant, deduce la necesidad de considerar los principios del Derecho Natural kantiano como formas cuyo contenido debe ser extraído de la experiencia histórica, sin la cual la forma del pensamiento carece de materia a la que aplicarse.

Según la interpretación de la filosofía kantiana mantenida por Hugo el jurista debe observar y analizar el Derecho vigente en todos sus principios y elementos; sólo a

partir de esa actitud será posible llegar a los conceptos generales; conceptos que, a juicio de Hugo, son tan peligrosos como inútiles: no enseñan más de lo que ya se sabía antes de su construcción. El valor y significado de la postura no escapó a la atención de los filósofos. Así Jakob Fries en su trabajo sobre Reinhold, Fichte und Schelling de 1803 llegó a juzgar la obra de Hugo más consecuentemente kantiana que la del propio Kant ("kantisches als von Kant selbst")! En opinión de Fries, Hugo coincide con Kant en que la máxima fundamental del Derecho Natural es la de concebir toda Filosofía del Derecho como la forma de una legislación general y el principio crítico de cualquier legislación positiva.

Ese formalismo excluye la posibilidad de deducir del imperativo categórico, en el que en última instancia reposa, determinaciones materiales; inconsecuencia en la que había incurrido Kant con su deducción de los axiomas de la libertad personal y de la igualdad jurídica, o su principio de la legislación penal, la ley del talión. Fries veía la mayor coherencia de la construcción de Hugo respecto a la de Kant, en el haber puesto de relieve la necesidad de las relaciones entre la forma racional y los datos de la experiencia sensible. Porque la reflexión crítica de los principios de toda legislación positiva, precisaba el análisis de cómo esos principios se realizan en la experiencia histórica positiva.

Importancia decisiva tuvo, en el plano metódico, la crítica del iusnaturalismo dieciochesco que se desprende de la obra de Savigny. En su ya citada Juristische Methodlehre señalaba, con claridad, cómo todo saber sobre cualquier realidad dada objetivamente es un saber histórico, por tanto, el enteró carácter de la Ciencia de la legislación es histórico: "Alles Wissen von einem objektiv Gegebenen nennt man historisches Wissen, folglich muss der ganze Charakter der Gesetzgebungswissenschaft historisch sein".

Entendido el Derecho como una realidad histórica surge la necesidad de abordarlo históricamente, con lo que, a la postre, el estudio del Derecho se convierte en estudio de la Historia del Derecho.

El método de investigación del Derecho empleado con anterioridad le parece a Savigny inútil, al cristalizar en la trasmisión de irnos juristas a otros de una masa muerta que en nada contribuye al progreso de la Ciencia jurídica! Al margen de la Historia y de la experiencia es imposible, según se desprende de sus premisas, arribar a un correcto entendimiento del Derecho. El enfoque metódico iusnaturalista de la realidad jurídica aparece ante sus ojos como algo ocioso y carente de sentido. La opinión generalizada según la cual el estudio del Derecho Natural debería preceder al del positivo como conocimiento preliminar, se le antoja equivocada, pues entiende que supone una degradación para una ciencia filosófica el considerarla como mero conocimiento preliminar de una ciencia

histórica. Pero incluso como conocimiento previo, opina que la Filosofía no es necesaria al jurista.

En tiempos en que ninguna filosofía era estudiada, concluye Savigny, o cuando era estudiada de tal forma que luego no se consideraría filosófica, la jurisprudencia pudo gozar de una situación floreciente.

Bachofen se encargará de extraer, como tantas veces, las últimas consecuencias de la argumentación de Savigny, al señalar dos posturas metódicas fundamentales en el estudio de las ciencias. La primera se considera a sí misma como fuente única de todo conocimiento, y apela en todas sus creaciones a la propia razón como juez supremo y única autoridad; sus defensores crean un sistema propio que ellos sacan a la luz y desarrollan. La segunda, con menor arrogancia, no adora ningún ídolo de su propia invención, ni convierte a su razón en divinidad, sino que se sirve de ella para el conocimiento de lo que ha creado la razón de toda la humanidad y el esfuerzo unitario de todos los siglos. Estas dos posturas se manifiestan, a juicio de Bachofen, con singular intensidad en el ámbito de la Ciencia del Derecho. "En ella encontramos de un lado, aquellos ideales que, como fantasías de grandes mentalidades, dejan siempre en pos de sí una estela brillante de errores que llenan de asombro al espíritu.

Frente a estos ideales que flotan sobre el escenario de la realidad, vemos situaciones constituidas históricamente, tal como las despliega ante nuestros ojos el drama del acontecer universal. En torno a aquellos ideales se agrupan los defensores de un sedicente Derecho Natural. En pro del mantenimiento de las situaciones jurídicas constituidas históricamente se alzan, en cambio, los juristas positivos, los empíricos del Derecho".

La crítica historicista al Derecho Natural de la Ilustración no se detiene en el plano ontológico y metódico, sino que, necesariamente, incide también en el plano ético.

El iusnaturalismo iluminista representaba no tan sólo una concepción racionalista del Derecho, sino también de la Moral, fundada en la creencia de que existen valores éticos absolutos válidos para todos los tiempos y lugares que se presentan con rasgos de evidencia para el intelecto humano. Esto conducía a una visión subjetivista del Derecho Natural, en la que éste venía entendiéndose como Derecho subjetivo innato; el iusnaturalismo de aquel período se presentaba más como teoría de los Derechos naturales que como teoría de la Ley natural.

En el plano jurídico la actitud racionalista se había traducido en una supeditación de la costumbre a la ley, entendida como expresión racional del valor de la justicia, frente a la desconfianza suscitada por las tradiciones y usos, en los que el Iluminismo había visto meras prácticas supersticiosas repetidas mecánicamente

por la fuerza de la inercia. Es bien significativo al respecto la actitud de Maximilien Robespierre que se refleja en su *Discours sur les principes de la morde politique* de 1794: "Nous voulons substituer... les principes aux usages ... l'empire de la raison a la tyrannie de la mode".

La réplica del Historicismo en este punto es bien conocida, y representa, aquí también, una inversión total de los planteamientos racionalistas. La costumbre es revalorizada en perjuicio de la ley como expresión jurídica del *Volksgeist*, surgida tras un largo proceso de maduración al abrigo de las tradiciones de la sociedad. La costumbre, en la concepción doctrinal de la Escuela Histórica, no es sólo el modo de expresión de una realidad jurídica, sino que constituye un dato inmediato de la conciencia colectiva del Derecho, cuya fuerza no procede de ninguna autoridad sino que es expresión genuina del *Volksgeist*.

Si en el plano jurídico la crítica a los postulados iluministas se había concretado en esa rehabilitación de la costumbre, en el 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. En oposición abierta a este planteamiento Savigny aludirá al sentido histórico como única protección contra la idea ilusoria, que se repite en algunos hombres, pueblos y épocas, y que consiste en considerar como atributo de la humanidad lo que es propio de nosotros. Así, en otro tiempo, se construyó un Derecho Natural derivado de las instituciones con la eliminación de algunas peculiaridades, y se le consideró como el producto inmediato de la razón. Mientras no se tenga consciencia de la conexión de cada uno con su historia, se corre el peligro de ver las propias ideas bajo una falsa luz de generalidad y naturalidad. Sólo el sentido histórico puede protegernos contra esto, aunque resulte difícil dirigirlo contra nosotros mismos: "Dagegen schützt nur des geschichtliche Sinn, welchen gegen uns selbst zu kehren gerade die schmerste Unwendung ist".

La negación de los valores universales va unida a una concepción pesimista y determinista de la Historia, la cual no es ya, como lo fue para el Iluminismo, el libre desenvolvimiento del espíritu humano en su camino de transformación del mundo hacia el progreso, sino que aparece como un drama fatal determinado por fuerzas irracionales superiores a la voluntad humana.

La actitud pesimista frente a la Historia se había reflejado con claridad en el pensamiento del prerromántico inglés Edmund Burke quien en sus *Reflections on the Révolution in France* de 1790, escribía: "La Historia, en efecto, está compuesta, en su mayor parte, del relato de las desgracias atraídas sobre el mundo por el orgullo, la ambición, la avaricia, la venganza, las pasiones, las sediciones, la hipocresía, el celo desordenado y el conjunto de los apetitos

desatados que sacuden la sociedad. La Historia aparece, a la vez, como se ha dicho, envuelta en una atmósfera de fatalismo en la que el individuo cree poseer libertad, cuando de hecho se encuentra inexorablemente abocado a fines predeterminados. Es inútil rebelarse contra el fatum de las leyes del devenir histórico.

Hugo no participó de esta concepción de la Historia porque, como se ha intentado poner de relieve, su actitud historicista es más metódica que doctrinal. Sin embargo, en Savigny la vemos reflejada con toda nitidez cuando afirma con respecto al Derecho y a los restantes caracteres peculiares del pueblo como el lenguaje, la costumbre y la constitución política, que son fenómenos que no poseen existencia consciente y voluntaria, sino formas necesarias que se transmiten inconscientemente de generación en generación.

La historia se convierte así en un valor supremo, en la última fuente de valoración de las instituciones sociales, las cuales encuentran en ella un criterio inmanente, su propia existencia y mantenimiento, como exclusivo título de justificación. Se trata del concepto de prescripción histórica (prescription) empleado en tantas ocasiones por Burke para significar la sanción jurídico-política del tiempo hacia aquellas instituciones que por el hecho de su pervivencia se hacen dignas de respeto. Idea que afloraba en Bachofen cuando mantenía que en la Historia se encuentra un fundamento mucho más sólido de las instituciones humanas, "que la que puede dar la inteligencia individual, aun la más perfecta, a los sistemas que ella misma se fabrica".

2.2. Pervivencia de elementos iusnaturalistas en el pensamiento de la Escuela Histórica.

Con lo expuesto hasta aquí sería fácil concluir que la Escuela Histórica supuso una crítica implacable del Derecho Natural, que llegó a ser calificado por Hugo, en expresión que luego haría fortuna, Derecho muerto (Todschlagsrecht). Sin embargo, esta impresión no sería del todo acertada, es más, se hallaría en abierta oposición con numerosas interpretaciones que han visto en la Escuela Histórica una forma de Derecho Natural o una pervivencia del pensamiento iusnaturalista.

Esta era la crítica que Karl Bergbohm, desde una perspectiva iuspositivista radical, dirigía a Savigny y Puchta, quienes, a su entender, habrían reivindicado el Derecho Natural después de haber pretendido eliminarlo del orden jurídico. La escuela Histórica ha podido así ser calificada por Heinrich Mitteis de Pseudomorphosys des Naturrechts, por Franz Wieacker de Kryptonaturrechts, y por Alf Ross de Natural law in disguise. \JQ cierto es que se ha observado cómo "cuanto más dilatada aparece a una consideración externa la contraposición entre

la Escuela Histórica y la teoría iusnaturalista, tanto más reducida se halla en su interioridad; y cuanto más detenida tal consideración, tanto más amplia se patentiza la oposición entre la Escuela Histórica y el positivismo" (Mariano Hurtado).

Conviene ahora pormenorizar el alcance de esta aproximación sumaria a esa aparente contradicción doctrinal de la Escuela. Para ello es preciso advertir, desde el principio, que los ataques de la Escuela Histórica no se dirigían contra el iusnaturalismo en la totalidad de su tradición doctrinal, sino que tenían como objetivo inmediato el Derecho Natural producto de la especulación iluminista. Los principales exponentes del Historicismo jurídico, por su formación e inquietudes, tienen muy pocas veces en cuenta otras versiones históricas de la doctrina iusnaturalista. Tan sólo a través de sus estudios del Derecho romano advierten la existencia de concepciones del Derecho Natural distintas de la que en su tiempo prevalece, pero, en todo caso, su conocimiento de la tradición iusnaturalista es fragmentario, y en lo que respecta a su filón aristotélico-tomista prácticamente nulo.

Esto no es obstáculo para que en su pensamiento no existan puntos que permitan predicar de la Escuela Histórica una cierta forma de iusnaturalismo, o, mejor, una sensibilidad hacia la problemática iusnaturalista.

En el plano ontológico la crítica al Derecho Natural como Derecho racional condujo a los representantes del Historicismo jurídico a una comprensión del Derecho en sus caracteres individuales, empíricos y pragmáticos. La Escuela desarrolló, al avanzar por esta dirección, una tendencia que ya se podía advertir en algunas construcciones del iusnaturalismo alemán tardío como ha puesto de relieve Hans Thime. La Escuela Histórica sustituye, de este modo, la noción de *Natmrecht* por la de *Natur der Sache* o *Natur der Dinge*. Este recurso a la idea de naturaleza de la cosa supone el tránsito del método abstracto al inductivo, o, si se quiere, un viraje desde la deducción a la empirie. Ernst Landsberg llegó a considerarla el término de mediación entre las doctrinas abstractas del racionalismo jurídico del XVIII y las nuevas elaboraciones del XIX. "Die Natur der Sache —escribía a finales del pasado siglo— ist das Mittelglied, welches von dem abstrakten Vernunftrecht des achtzehnten Jahrhunderts zu den Konstruktionen unseres Jahrhunderts hinüberführt".

El Derecho Natural ya no es visto como un ordenamiento universal e inmutable de las relaciones sociales, sino como un conjunto de reglas particulares, extraídas de la observación de cada realidad histórica. A partir de estas premisas define Savigny la "naturaleza de la cosa" como el ámbito de libertad, mediante instituciones jurídicas, con todo lo que deriva de la naturaleza y destino de esas

instituciones para las consecuencias prácticas: "Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute, mit allem, was aus der Natur und Bestimmung dieser Institute durch praktische Konsequenz hervorgeht". La naturaleza de la cosa aparece así para Savigny como una fórmula para determinar la "naturaleza" de todas las instituciones que se ofrecen en cualquier sistema jurídico, en base a su propia estructura empírica y práctica, y en cuanto constituyen el entorno de la vida humana hallándose dirigidas a garantizar su libertad.

En el plano metódico tampoco la ruptura con el Derecho Natural puede considerarse total. Desde el punto de vista del método de la Ciencia jurídica, la Escuela Histórica, bajo su, en apariencia, irreductible contraposición a toda la actitud metódica del iusnaturalismo iluminista, heredaba y aun desarrollaba algunos de sus procedimientos formales. En última instancia, se advierte cómo las construcciones de la Escuela Histórica desembocan en algo que con tanta determinación habían pretendido combatir: la edificación de sistemas de conceptos abstractos.

La idea de sistema se halla presente en el pensamiento de Hugo hasta el punto de que Fritz von Hippel pudo referirse, con razón, a un Gustav Hugo juristischer Arbeitsplan. En Savigny el sistema viene definido en su System des heutigen römischen Rechts como la íntima conexión que conduce a todas las instituciones y reglas jurídicas a una unidad fundamental. Con Puchta la noción de sistema se sitúa en el centro de la actividad jurídica.

En su Cursus der Institutionen afirmará Puchta que es tarea de la ciencia el estudiar las proposiciones jurídicas en su conexión sistemática, condicionándose recíprocamente y derivando una de otra, para buscar la genealogía de cada una de ellas hasta su principio y descender luego desde los principios a sus ramificaciones.

La influencia metódica iusnaturalista —y no precisamente la más viva y provechosa— siguió vigente en los procedimientos de la Ciencia jurídica, recibiendo, paradójicamente, un renovado impulso en las obras de los exponentes de la Escuela Histórica.

Por último, en el plano deontológico sería incurrir en parcialidad el soslayar el esfuerzo de los principales representantes del Historicismo jurídico para situar en la cúspide del sistema los principios de la ética cristiana.

Así Gustav Hugo llegó a postular la necesaria apelación al sentimiento natural y la conciencia moral como supremos criterios de la bondad y valor de los principios jurídicos. Savigny, por su parte, reconocía junto al fin particular que cada pueblo debe perseguir en la Historia, un fin universal que, en su pensamiento, venía

entendido como el destino ético de la naturaleza del hombre tal como es prescrito por la moral cristiana. Tampoco Puchta y Stahl fueron ajenos a estas inquietudes. El primero al señalar que la libertad humana que constituye la esencia del Derecho, y de la que éste surge, no puede entenderse sino en relación con la libertad infinita y la omnipotencia de Dios. A juicio de Puchta el Derecho se manifiesta en la conciencia humana en parte por la vía sobrenatural de la revelación, y en parte por la vía natural de un sentimiento e impulso innato. A su vez, Friedrich Julius Stahl intentó conciliar los dogmas historicistas con un rígido espiritualismo religioso de corte luterano. El Derecho es entendido por Stahl, fiel a esas premisas, como relación entre el orden ético de la subjetividad que se realiza en el individuo, y el orden ético objetivo que se realiza en el pueblo, unificados ambos en el orden eterno establecido por Dios.

3, Valoración crítica de la Escuela Histórica por el Iusnaturalismo tradicional.

Se han expuesto hasta aquí en la abierta tensión de sus polaridades las contradicciones que agitan el pensamiento del Historicismo jurídico sobre el Derecho Natural, es ahora necesario llevar a cabo un justiprecio de conjunto sobre la significación de la actitud de aquellos autores. Los tres criterios que sirvieron para la exposición del alcance de la crítica y pervivencia de la teoría iusnaturalista en la Escuela Histórica, nos servirán ahora de punto de referencia para esbozar esta valoración crítica desde la perspectiva doctrinal de la tradición iusnaturalista cristiana.

a) En el plano ontológico se reprocha a la Escuela Histórica, desde el punto de vista del Derecho Natural tradicional, el haber desligado el orden jurídico del orden moral y divino. Así lo hizo, entre nosotros, Enrique Plá y Deniel en un trabajo publicado en la "Revista Jurídica de Cataluña" en el año 1900 bajo el expresivo título de Crítica de la Escuela Histórica según los principios de Santo Tomás sobre la mutabilidad de las leyes. En este trabajo censuraba a la Escuela el que "si bien admite que el orden moral y el jurídico originariamente proceden de Dios, concede, sin embargo, tal autonomía al orden jurídico que pueda subsistir aun siendo contrario al orden divino".

Crítica Plá y Deniel el carácter contingente que la vinculación de lo jurídico a lo moral posee en Savigny, al admitir éste la posibilidad de subsistencia de determinados contenidos jurídicos al margen, o en contradicción, con la regla moral. Ahora bien, como explica Plá, afirmar que existe un nexo entre la Moral y el Derecho, pero que tal nexo no es perpetuo, significa defender que el Derecho puede, en ocasiones, contradecir al orden moral divino conservando el vigor de Derecho y la fuerza de obligar como fundado en la legítima autoridad cuya potestad ha sido recibida de Dios. "¿Pero —se preguntaba Plá— puede darse algo

más absurdo e injurioso a la santidad de Dios? ¿Puede ciertamente la autoridad humana faltar hasta tal punto a su deber y al encargo de Dios recibido que presuma erigir en Derecho contra la ley divina el humano arbitrio perverso y depravado ... o hacer a Dios partícipe de la humana malicia sancionando con su divina autoridad aquello que con la misma autoridad absolutamente prohíbe?".

Esta falta de consistencia de la vinculación del Derecho al orden moral en la Escuela Histórica fue también evidenciada por Joseph Charmont en su libro sobre *La renais sanee du droit naturel* al señalar cómo la fundamentación del Derecho en la moral cristiana proclamada por Savigny obedece más a la expresión de un sentimiento íntimo que a la consecuencia de su doctrina. "En réalité —afirma Charmont— cette doctrine ne donne aucune solution á la question de la détermination du fondement du droit".

b) Desde otro ángulo, la pretensión de reemplazar en el terreno ontológico la doctrina clásica del Derecho Natural por la noción de *Natur der Sache*, ha sido rebatida con firmeza por Francisco Elias de Tejada en su discurso de apertura de las "Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural". En opinión de Elias de Tejada no pueden identificarse, en modo alguno, la *Natur der Sache* con el Derecho Natural hispánico "que contempla la función del hombre por participación de la criatura racional en la ley eterna, ley con la cual Dios ordena al universo".

c) En el plano gnoseológico se reprochó a la Escuela Histórica su radical empirismo y su actitud determinista. Como puso de relieve Guillermo Augusto Tell y Lafont en su discurso *Un siglo de Escuela Histórica* de 1914, la actitud metódica de la Escuela se resolvía en dos consecuencias: "1.a, el determinismo del Derecho, cuya formulación o cuyo precepto aparecen como una consecuencia necesaria, no libre, de los hechos históricos y la consiguiente equiparación de los fenómenos jurídicos con los de la naturaleza física; y 2.a, la negación de todo criterio de razón aplicable a la formación y determinación de la regla de Derecho".

A su vez François Géný en su *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, censuraba, con razón, a la Escuela Histórica; y, en especial, a Savigny el haber olvidado "de parti pris et sous l'empire d'une sorte de déterminisme exclusif, la part incontestable de l'activité consciente et réfléchie de l'homme dans la formation du droit".

d) La Escuela Histórica se revelaba así incapaz, en su acercamiento al Derecho, de preguntarse si el Derecho existente debe ser Derecho; pregunta que no se satisface ni queda contestada por el dato empírico de la mera existencia o antigüedad del Derecho.

El método iusnaturalista tradicional establece entre sus postulados, la necesidad de que la investigación jurídica no quede relegada al estudio del Derecho existente, sino que exige que tal consideración se complete con la referencia a lo que "debe ser". Es evidente, por tanto, que la Escuela Histórica del Derecho no pudo satisfacer nunca las exigencias que comporta la aceptación de la postura metódica iusnaturalista.

e) En lo que respecta al plano deontológico la Escuela Histórica es obvio que supuso una quiebra de la posibilidad de un orden permanente de valores, fundamento objetivo de la justicia y criterio inspirador del Derecho.

Esta tesis fue combatida, desde el principio, por el pensamiento católico. Así lo hizo Giuseppe Prisco en su *Filosofía del divino dalle basi dell'Ética* al afirmar cómo: "Confundido el Derecho con sus manifestaciones, la Escuela Histórica debe considerarlo como cosa variable, porque variable es la cultura de los pueblos, de la cual depende. Pero un Derecho mudable en sí mismo —concluía Priscoes una verdadera contradicción". Plá y Deniel insistía, a su vez, en el carácter absolutamente necesario, antecedente a toda ley y a toda costumbre del Derecho Natural.

Tal Derecho debe tener vigencia en todos los lugares y tiempos, y sólo puede ser violado por la malicia o, en algunos casos, por los errores de los hombres. "Por lo demás —concluía Plá— no puede nadie medianamente versado en la lectura de los teólogos y filósofos escolásticos poner en duda que no reconocer tal Derecho es ir abiertamente contra la filosofía tradicional cristiana".

Conclusiones

Hemos visto los principales aspectos de la actitud doctrinal de la Escuela Histórica con respecto al Derecho Natural; se ha expuesto también someramente la impugnación de que tal postura ha sido objeto por parte del iusnaturalismo tradicional; sólo resta, pues, hacer aquí balance de lo vivo y lo muerto de su legado intelectual.

A un siglo de sus construcciones Tell y Lafont podía escribir que la Escuela Histórica parecía "definitivamente enterrada"; y, sin embargo, a la hora de trazar una estimación objetiva de su proyección, no se puede negar el favor de que gozaron sus doctrinas en nuestra Cataluña.

En efecto, las circunstancias que acompañaron al proceso codificador español con el problema que representaba la subsistencia de los derechos forales, crearon una situación paralela a la de Alemania a principios del siglo XIX. Esto condujo a una revalorización de la costumbre en cuanto producto de las convicciones populares

de cada región foral, actitud que en Cataluña, por las peculiaridades de su Derecho civil, y de modo especial de su sistema de legítimas y su régimen económico matrimonial, alcanzó especial eco. Sin embargo, como ha puesto de relieve Juan Vallet de Goytisolo en sus trabajos

La libertad civil según los juristas de las regiones de Derecho foral de 1968, y en el dedicado al estudio de la Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral de 1970, la llamada Escuela jurídica catalana "si bien es cierto que volvió los ojos a la Escuela Histórica y a su ilustre capitán Federico Carlos Savigny, no tuvo ni asomos de caer en el positivismo de su antecedente filosófico Schelling, ni de muchos de los continuadores jurídicos de aquél". El movimiento jurídico-científico que iniciaron en Cataluña Samponts y Barba, Ferrer y Subirana, Reynals y Rabassa, Permanyer y Tuyet y que culmina en Durán y Bas "viene a ayudar —en palabras del propio Durán— al de aquellas escuelas filosóficas y jurídicas que hacen descansar el Derecho sobre la base de la Ética, que hacen desenvolverlo dentro de las condiciones históricas de los pueblos, y que hacen aplicarlo en conformidad de las realidades de la vida". Fiel exponente de esta tendencia fue Durán y Bas a quien el conocimiento y fidelidad al pensamiento de Santo Tomás, de Suárez y de Vico, le permitió, en todo momento, discernir lo que el Historicismo jurídico tenía de positivo para la defensa de la tradición jurídica catalana frente al uniformismo codificador corolario del monopolio estatal de la producción jurídica, de aquello en lo que el Historicismo podía suponer un menoscabo de la tradición iusnaturalista hispana. Aspectos que trataba de poner de relieve en mi trabajo *Experiencia histórica y experiencia jurídica en Durán y Bas de 1971*.

"Los autores catalanes que se ampararon en el prestigio de la Escuela Histórica —nos dice Vallet de Goytisolo—, de lo que trataron fue de oponerse al racionalismo de la escuela francesa de la exégesis, entonces dominante. Pero lo fundamental es que, en el fondo, lo que todos ellos reflejaron es una realidad social anterior a todas estas doctrinas, que no pasan de ser vestidos y adornos añadidos a una substantividad real y viva que todos querían defender".

En esa actitud tenemos —y recordándolo cierro estas palabras— un criterio inestimable para valorar lo vivo y lo muerto en la doctrina de la Escuela Histórica, desde la óptica de nuestra tradición iusnaturalista.