

# La codificación posible

## Hegel entre Thibaut e Savigny [\*]

PAOLO BECCHI

En sus escritos de 1814 Thibaut y Savigny expusieron de forma programática su visión del derecho y su consiguiente posicionamiento sobre el tema de la codificación (1).

En este trabajo intentaré reconstruir los motivos de fondo de esa polémica para después poner de manifiesto la postura de Hegel según se sigue de sus obras. En este sentido se podrán subrayar algunas diferencias significativas entre su obra publicada y sus lecciones.

### 1. LA PROPUESTA DE THIBAUT

Cuáles fueran las verdaderas intenciones de Thibaut, ya por entonces eminente civilista y conocido entre los estudiosos por su enorme

---

[\*] Este trabajo, traducido del italiano por JOXERRAMON BENOETXEA, forma parte de una investigación más amplia y ha sido realizado gracias a una estancia de estudio en la Universidad del Sarre hecha posible por una beca de estudio de la Fundación Alexander von Humboldt.

(1) Para una reconstrucción general de dicha polémica véase P. BECCHI, «La polémica sulla codificazione tra Thibaut e Savigny», en los *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII 2, 1987, pp. 357-384. Los escritos de Thibaut y Savigny se citan a partir del volumen A.F.J. Thibaut-F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a cargo de G. MARINI, Napoli, Esi, 1982. Aquí se presentan en la versión de M. PERETTI, con introducción a cargo de G. MARINI, los dos textos fundamentales sobre la oportunidad de la codificación en Alemania. Los escritos originales de Thibaut y Savigny, junto con otros documentos sobre la polémica se recogen ahora en el volumen *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, a cargo de H. HATTENHAUER, München, F. Vahlen, 1973.

producción científica (2), resulta claro ya en las primeras páginas de su intervención y en la motivación que anima a su propuesta. Thibaut dice ser «ardiente amigo de la ... patria» y declara haber sido requerido por «personas estimables» para desarrollar un tema sobre el que por otra parte «hace ya tiempo» se había ocupado (3).

En efecto, Thibaut se había ocupado del mismo problema en una extensa recensión crítica al libro de un exponente típico del pensamiento contrarrevolucionario alemán: August Wilhelm Rehberg (4).

Rehberg, a fin de cuentas, abogaba por la abolición del código francés en aquellos territorios alemanes en los que se había introducido dicho código, considerando completamente factible un simple retorno a la situación preexistente. El orgullo nacional y las ideas abiertamente reaccionarias se encontraban en el rechazo del derecho civil francés. La oposición al Código de Napoleón no era novedad. Nueva era, más bien la situación política en la que dicha oposición se expresaba. Independientemente de las conclusiones del escrito de Rehberg permanecía un problema real: ¿Cómo debía organizarse el derecho civil en Alemania una vez que la resistencia había conseguido su victoria sobre la ocupación napoleónica?

La cuestión había suscitado una amplia serie de publicaciones que trataban no sólo de la organización del derecho civil sino que a la vez abrían la discusión en torno a la cuestión nacional y constitucional (5).

(2) La mejor confrontación crítica con la obra de Thibaut sigue siendo un ensayo de H. KIEFNER (que por otra parte sólo se refiere a la polémica incidentalmente): «A.F.J. Thibaut», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, LXXVII, 1960, pp. 304-344. Del mismo autor véase «Thibaut und Savigny. Bemerkungen zur Kodifikationsstreit» en *Festschrift für Rudolf Gmür. Zum 70. Geburtstag 28 Juli 1983*, Hrsg. von A. BUSCHMANN, F.-L. KNEMEYER, G. OTTE, W. SCHUBERT, Bielefeld, Gieseking, 1983, pp. 53-85. Sobre Thibaut véase también la obra (con el enorme material de las cartas puesto a disposición) de R. POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinem Selbstzeugnissen und Briefen*, Frankfurt a. M., P. Lang 1982; y más recientemente, A. KITZLER, *Die Auslegungslehre des Anton Friedrich Justus Thibaut*, Berlín, Duncker und Humboldt, 1986.

(3) A.F.J. THIBAUT, *La necessità di un diritto civile generale per la Germania*, en la obra citada THIBAUT-SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, p. 51.

(4) A. W. REHBERG, *Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, Gebrüder Hahn, 1814. La recensión de Thibaut apareció en *Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur*, 1814, pp. 1-34.

(5) En este sentido me limito a señalar los títulos de algunos (de los primeros de) tales escritos, sin poder aquí comentarlos: P.J.A. v. FEUERBACH, *Ueber die Unterdrückung und Wiederbefreiung Europens*, München, 1813, Id. *Was sollen wir? Worte eines Bayern an das Bayerische Volk*, München, 1813; Anónimo, *Was war Deutschland? Was ist es jetzt? Was darf es von der Zukunft hoffen?*, Germanien, 1813; Anónimo, *Geburt, Thaten und Ende des Rheinbundes, kein Roman sondern eine wahre Geschichte mit einigen Bloss in schwachen Umrissen hingeworfenen Ideen zur künftigen Regeneration einer teutschen Staatsverfassung an das Licht gestellt von einem teutschen Patrioten in der Wüste des unterjochten Deutschlands*, Germanien, 1814. Una colección de algunos documentos significativos se encuentra en *Die Erhebung gegen Napoleon: 1806-1814/15*, a cargo de H. B. SPIES, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1981.

En lo que concierne específicamente a la organización jurídica alemana el escrito de Rehberg había suscitado múltiples reacciones. Uno tras otro aparecieron escritos de Brinkmann, Schmid, Pfeiffer, Gönner mientras en las revistas las recensiones se multiplicaban (6).

Entre estos escritos rápidamente sobresalió la recensión de Thibaut. Sin haber sido jamás un defensor oportunista del *Code Napoléon* en la época de la ocupación, Thibaut no había perdido la ocasión de dar un juicio muy equilibrado sacando siempre a relucir sus indiscutibles valores. Precisamente por eso, aún sin hacerse impulsor de la extensión del Código a otros territorios alemanes, previno en contra de la propuesta de Rehberg de atropellar la validez del mismo en aquellos países en que se había introducido.

Sin embargo Thibaut era de la opinión que había llegado la hora de proponer un código nacional elaborado por y para los alemanes. Aunque el movimiento nacional, incrementado durante las guerras antinapoléonicas, no estaba todavía en condiciones de producir una acción para la unificación política de Alemania lo estaba sin embargo para la unificación jurídica, para la creación de un código nacional (7).

En este sentido se había expresado ya Thibaut en su recensión al escrito de Rehberg. Pero de una recensión difícilmente podía haber salido un programa de política del derecho. De ahí la necesidad de transformarlo en un *panfleto* político, en un manifiesto a favor de la codificación. Cada página del escrito de Thibaut suena como una apasionada denuncia del desorden y de la incerteza presentes en la organización jurídica existente. Veamos un ejemplo significativo:

Todo nuestro derecho nacional es un maremagnum de disposiciones desordenadas que se anulan o se contradicen recíprocamente, hechas aposta para dividir internamente a los alemanes y para impedir a los jueces y a los abogados un

---

H. R. BRINKMANN, *Weber den Wert des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Franzosen, mit besonderer Rücksicht auf die Schrift des Herrn geh. Cabinets-Raths Rehberg über das selbe, sowie auf unsere jetzigen Bedürfnisse in der Gesetzgebung*, Göttingen, Vandenhöck u. R., 1814; W. E. SCHMID, *Deutschlands Wiedergeburt. Ein politischer Versuch*, Jena, F. Frommann, 1814; N. T. v. GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Erlangen, Palm, 1815; B. W. PFEIFFER, *Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung für Teutsche Staaten*, Göttingen, Dietrich, 1815. Cito estos escritos (aunque habría muchos más) sólo para indicar un hecho que suele estar bastante olvidado, esto es, que la polémica sobre la codificación no fue solamente la polémica entre Thibaut y Savigny, sino que puso en juego un complejo de fuerzas, que quizás no se puedan reconducir sólo a estos dos autores. Sobre este particular me permito remitir al lector a mi trabajo, P. BECCHI, «Anselm Feuerbach e la polemica sulla codificazione» in *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè 1990, vol. I, pp. 61-116.

(7) «En este justo momento se presenta una ocasión favorable inesperada para la reforma del derecho civil... Si los gobiernos alemanes quisieran reunirse para la redacción de un código civil, penal o procesal y sólo por cinco años gastasen lo que cuesta medio regimiento de soldados, entonces no dejaría de producirse algo excelente y sólido». La recensión de Thibaut apareció, como se ha dicho, (cifrar nota 4) en los *Heidelbergsche Jahrbücher der Litteratur* 1814, cit. pp. 24-25.

conocimiento profundo del derecho. Pero incluso un conocimiento perfecto de este barullo no lleva muy lejos ya que todo nuestro derecho nacional es tan incompleto que de cien cuestiones jurídicas al menos noventa deben siempre resolverse mediante el recurso a códigos extranjeros de recepción, al derecho canónico y al derecho romano (8).

La codificación podría haber puesto fin a aquella dispersión que aún caracterizaba a la organización jurídica de Alemania en los inicios del siglo XIX. La gran innovación que supondría la introducción del código habría consistido en la superación de aquella situación conocida como «particularismo jurídico». Para Thibaut era hora de poner fin a la confusión existente entre las fuentes del derecho e introducir el plano de un nuevo código único para toda Alemania. Criticando la propuesta del nuevo código, Savigny reafirmaba al mismo tiempo el valor de la ciencia jurídica y de su mejor expresión: el derecho romano. A la hora de hacer los planes para el código Thibaut era en cambio crítico respecto al derecho romano.

Se puso sobre el tapete el argumento, históricamente falso pero ideológicamente útil, que el uso del derecho romano equivaldría a la adopción de un derecho extranjero. Puestos a escoger un derecho extranjero era mejor optar por el código francés ya que estaría mejor adaptado a las exigencias del tiempo. Thibaut en cambio criticaba la forma en que el derecho romano se había recibido en Alemania. El derecho romano actual no era sin embargo el derecho justiniano sino el *Corpus Iuris* en su interpretación medieval, o sea dotado de los aparatos de las glosas y comentarios: «tenemos en el derecho romano un código cuyo texto no poseemos y cuyo contenido es por tanto parangonable a un fuego fatuo» (9).

También Savigny habría podido subscribir esta crítica del derecho romano recibido, pero sólo para tomar la dirección opuesta respecto a la de Thibaut. En Savigny latía muy vivo el deseo de volver a los orígenes; la doctrina de los prácticos del medievo había, según él, alterado el auténtico derecho romano. Se trataba por tanto de realizar un gigantesco esfuerzo para reconstruir el auténtico derecho justiniano y de comprenderlo mediante el estudio de su génesis. Para Thibaut tal empeño era inútil y contraproducente. El derecho romano ya no era actual y serían vanos los intentos de reactualizarlo. No era este el camino a seguir sino el del código, que habría opuesto a la falta de unidad y coherencia del conjunto de las leyes vigentes un derecho unificado por una codificación uniforme: la codificación entendida como simplificación de la organización jurídica.

---

(8) A. F. J. THIBAUT, *La necessità di un diritto civile generale per la Germania*, en la obra citada THIBAUT-SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, p. 58.

(9) *Ibid.* p. 61.

Cuando Thibaut habla del código, el adjetivo que aparece con mayor frecuencia es «simple» (10). La codificación se consideraba bajo el perfil de una doble simplificación de la organización jurídica: material, pues un contenido uniforme sustituiría a la pluralidad de derechos precedentes; formal, pues habría un texto único para toda Alemania en vez de la confusión de fuentes existente. El código debería convertirse en la única fuente del derecho; ello no equivale a decir que habría refundido simplemente el derecho vigente preexistente sino que lo habría abrogado y por tanto no sería compatible con los contenidos jurídicos previgentes. La materia civilística debería entrar íntegramente en el código que, en consecuencia se presentaría como una reglamentación simple y al mismo tiempo completa y exhaustiva de las relaciones civiles. Pero ningún sistema jurídico puede ser estructuralmente simple si conlleva diferencias subjetivas. Y por eso el código prusiano de 1794, no obstante su perfección formal, dada su complejidad debida a la permanencia de una pluralidad de *status* subjetivos (además de por su carácter de ley supletoria) no podía definirse como un código moderno. Desde este punto de vista la propuesta de Thibaut se coloca sin duda en la línea del Código Napoleón y del código civil general austriaco. El nuevo código debería garantizar la igualdad ante la ley y contener en su seno las reglas para resolver cualquier controversia. De este modo el código sustancialmente excluiría las heterointegraciones, las cuales habrían reproducido los conflictos entre distintos sistemas normativos. El derecho codificado daría origen a relaciones estables e inderogables, basadas en la unidad del sujeto jurídico.

En la base de la propuesta de Thibaut estaba la idea que todo el derecho positivo estuviera contenido en el código y disciplinado de un modo completo y exhaustivo. La ideología que emerge de tal propuesta se caracteriza sobre todo por la creencia en que la disciplina jurídica sea capaz de solucionar todo tipo de controversias, esto es la idea de la completud del derecho positivo. Una consecuencia directa de esta idea es la doctrina según la cual se estima que es jurídicamente posible y deseable en la práctica que el juez sólo se atenga (o deba atenerse) a lo establecido en la ley. Si el código contiene todo el derecho, entonces es posible que el juez se atenga tan sólo a lo querido por el legislador. La actividad del jurista se reduce esencialmente a una actividad técnica. Thibaut parangonó la profesión de jurista con la de un médico capaz de curar automáticamente (*mechanisch*) todas las enfermedades con unos

---

(10) He aquí algunos ejemplos: «código nacional simple» (p. 64), «simples leyes de la patria» (p. 66), «un código simple para toda Alemania» (p. 67), «un sabio código, razonado, simple y sensato» (p. 68) y «el código austriaco con su bella pureza y simplicidad» (p. 80).

cuantos remedios universales (11). Los operadores jurídicos profesionales debían cumplir todas las funciones a ellos atribuidas institucionalmente mediante el empleo técnico de una ciencia que elaboraría un objeto externo y anterior a ella: el código, que de este modo se convertiría en el objeto exclusivo de estudio de los juristas.

Es un modo de concebir el trabajo del jurista y la función de la ciencia jurídica que revela no pocas semejanzas con la escuela conocida con el nombre de la «Exégesis». Aquí no es posible reconstruir las líneas probables de influencia, pero se puede afirmar que el modelo de ciencia jurídica que se estaba afirmando allí donde mejor se había plasmado el proceso de codificación, en Francia, se convirtió en el modelo de quienes, como Thibaut, auspiciaban la realización del proceso de codificación en Alemania.

En las intenciones de Thibaut la propuesta del código estaba igualmente ligada a una precisa política del derecho, trazada en el albor de la Ilustración. El código debía ser «patrimonio de todos», sus principios debían ser puestos al «conocimiento de todos» (12). La exigencia de transparencia del derecho se reivindicaba como insignia insuprimible de los nuevos tiempos. Aquí el contraste político de fondo se daba entre quienes, como Thibaut (13), querían un derecho que pudiese ser conocido por todos y quienes, como Savigny, querían un derecho conocido y elaborado por un grupo de juristas. Es desde este punto de vista que sobresalen las reivindicaciones políticamente liberales de Thibaut.

Al claro programa de política del derecho no se correspondían aún los medios adecuados para su realización. Con su propuesta Thibaut se oponía a aquella tendencia reaccionaria que tras la victoria sobre Napoleón simplemente auspiciaba la vuelta a la organización jurídica anterior, pero no conseguía en el fondo aportar todos los elementos necesarios para una política realista del derecho que presentara una alternativa a dicha tendencial (14). De hecho Thibaut parece mantener que la buena voluntad de los príncipes y de los gobiernos alemanes, bajo «la protección de los grandes soberanos que han dado ahora la paz

---

(11) *Ibid.* p. 62: «la felicidad de los ciudadanos no requiere de los abogados, y sería de agradecer fervorosamente al cielo si con leyes simples se consiguiera al menos que nuestros abogados pudieran pasarse sin tanta erudición, como también tendríamos todos los motivos para alegrarnos si nuestros médicos pudiesen curar automáticamente todas las enfermedades con sus remedios universales».

(12) *Ibid.* p. 64.

(13) Hegel no dejó de retomar esta crítica de Thibaut cuando al hablar del derecho consuetudinario (pero sin citar a Savigny) concluía que siguiendo este tipo de organización jurídica «el conocimiento del derecho de tal o tal otro lugar es en general una propiedad accidental de unos pocos» (G. W. F. HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, hrsg. von K.-H. Ilting, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1974, vol. II, *Rph* § 211 A p. 655. 24-25).

(14) Este aspecto lo recalcó bien Giovanni Tarello en un escrito inconcluso publicado póstumamente. «La Scuola storica del diritto e la sua diffusione in Italia», en *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino 1988, pp. 103-122.

al mundo» (15), son condiciones suficientes para promover la redacción de un código. Tales expectativas fueron pronto derrumbadas, pero no creo que por eso se pueda concluir que el programa de Thibaut fuera del todo irrealista. En la época en que formuló su propuesta la situación de Alemania era muy fluida, abierta a varias soluciones. La reacción no había aún comenzado y al menos hasta diciembre del 1819 (fecha del despido de Humboldt) los gobiernos alemanes no eran un dócil instrumento para la política reaccionaria de Metternich. Por ello las esperanzas que todavía albergaba Thibaut en los príncipes y en los gobiernos alemanes no parecen carentes de fundamento. Ciertamente testimonian la moderación de su posicionamiento político pero no su inconsistencia. El que Thibaut estuviera lejos de un posicionamiento político revolucionario o democrático se sigue también de este escrito donde es máxima la tensión a favor de una reforma de la situación jurídica existente. Así las últimas batutas sugieren ya, más allá del tradicional posicionamiento filosoberano, un cierto temor respecto a la confrontación a las iniciativas populares. El proyecto de reforma debe originarse desde lo alto pues de otro modo «la voz popular no se apaciguará y la violencia de los tiempos actuará irresistiblemente desde abajo» (16). Pero todas estas limitaciones tampoco pueden anular la distancia que separa políticamente a Thibaut de Savigny.

## 2. LA CRÍTICA DE SAVIGNY

La más reciente *Savigny-Forschung*, al discutir el «dualismo demasiado simplista que contraponía al primer liberalismo con la restauración» (17), corre el riesgo de ignorar la innegable diferencia entre el programa político de Thibaut y el de Savigny. Al intentar aproximar a Thibaut y Savigny bajo el perfil político se termina por ocultar la auténtica divergencia de opciones y estrategias políticas. La posición de Savigny contra Thibaut representa de hecho la oposición a la introduc-

---

(15) A. F. J. THIBAUT, *La necessità di un diritto civile generale per la Germania*, en la obra citada A. F. J. THIBAUT-F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, p. 85.

(16) *Ibidem*.

(17) Así J. RÜCKERT, «Lacune palesi e carenze occulte nella ricerca su Savigny» en *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, IV serie LXIII, octubre-diciembre 1986, pp. 498-535 (504). Este denso artículo retoma algunos aspectos tratados en una de las obras más significativas de la reciente *Savigny-Forschung*: J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, R. Gremer, 1984 (en especial pp. 160-193). Esta nueva línea interpretativa pone radicalmente en tela de juicio la tendencia de los estudios que parten del célebre libro de W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1958 (traducción al italiano *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974).

ción en Alemania de un tipo estructural de organización jurídica a través del derecho codificado, la cual era sin más la mejor adaptada a las exigencias de la burguesía liberal. Dicho esto, no creo en cambio que todos los problemas suscitados en la polémica se resuelvan adecuadamente. El problema decisivo no es realmente el de descubrir si el pensamiento de Thibaut fuera liberal o el de Savigny reaccionario, sino más bien el de establecer si una explicación política de sus escritos pueda hacer justicia a la potencialidad de sus doctrinas. Ahora bien, si del escrito de Thibaut se refleja sin duda la función política precisa de su posicionamiento, también la crítica de Savigny, analizada desde esta perspectiva, resultaría desnaturalizada sin más. En efecto de las críticas de Savigny emergen reflexiones de tipo teórico destinadas a permanecer en la sombra siempre que se reduzcan a la mera caracterización política. En resumen, no creo que pueda decirse que los aspectos teóricos y metodológicos presentes en el escrito de Savigny sean solamente una máscara tras la cual se escondería una opción política concreta antiliberal y antiburguesa.

De una primera lectura tampoco puede ignorarse que el escrito de Savigny, aun solicitado por la situación política específica, no puede reducirse a dicha situación. El escrito de Thibaut constituye sólo la ocasión externa, sólo aporta el pretexto para intervenir públicamente en el debate y tomar parte políticamente respecto de la organización jurídica alemana, pero la complejidad de los problemas tratados y la claridad conceptual con que son tratados son la prueba más evidente del hecho que Savigny había estado meditando sobre ellos desde hacía tiempo. Muchos indicios dejan así suponer que una parte del *Berufes-tuviera* ya preparada antes de la publicación del escrito de Thibaut. Y Savigny, aprovechando hábilmente el interés suscitado por dicha publicación, había ya decidido desarrollar ulteriormente sus reflexiones añadiendo toda la así llamada «recensión de los códigos modernos» que por sí sola constituye un tercio de la obra (18). Pero si esta parte en la que Savigny somete el código civil francés, el prusiano y el austriaco a un severo juicio, puede considerarse en ciertos aspectos unilateral, la primera en cambio, de mayor extensión, representa la auténtica acta fundacional y el manifiesto de la Escuela histórica del derecho. El *Beruf*, aun antes de ser una crítica a la propuesta codificadora avanzada por Thibaut es una crítica de sus presupuestos filosóficos. Emerge de forma potente un nuevo modo de pensar *historicista* que se contrapone a la raíz iusnaturalista e ilustrada del pensamiento de Thibaut. No es que Thibaut no hubiese tenido en cuenta la historia, sino que la concep-

---

(18) Sobre la génesis del *Beruf* sigue siendo fundamental P. CARONI, «Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des "Berufes"» en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, LXXXVI, 1969, pp. 97-126. En la misma línea interpretativa G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida, 1978.



ción general de la historia que toma expresión en Savigny representa algo nuevo y diverso. Ya al inicio del segundo capítulo, breve pero muy denso, dedicado al «origen del derecho positivo» escribía Savigny:

Donde quiera que encontramos historia documentada el derecho civil tiene un carácter determinado, peculiar al pueblo así como lo son la lengua, las costumbres, la constitución. Ninguna de estas instituciones tiene existencia separada sino que, siendo energías especiales y actividades de un único pueblo, están indisolublemente unidas en su naturaleza y sólo ante nuestra observación se presentan como elementos independientes. Lo que les une en un todo único es la común convicción del pueblo, el sentimiento común de una necesidad interior que excluye toda idea de un origen accidental y arbitrario (19).

En esta visión ya no hay espacio para un único derecho igual para todos los tiempos y todos los lugares: el derecho no es una construcción artificial de la razón como pretendían que lo fuese los iusnaturalistas, sino un producto de la historia; nace y se desarrolla en la historia como todos los otros fenómenos sociales: la lengua, las costumbres, la constitución. A la universalidad del derecho natural moderno contraponen Savigny una perspectiva substancialmente historicista. A la concepción iusnaturalista que había pretendido fundar el derecho sobre una naturaleza universal abstracta del individuo contraponen Savigny la historia particular concreta de un pueblo. El derecho no resulta de un cálculo racional, sino de la «común convicción del pueblo». Y cada pueblo tiene características peculiares, específicas que lo hacen distinto de cualquier otro pueblo: «el derecho se desarrolla por lo tanto junto al pueblo, se perfecciona con éste y desaparece a medida que el pueblo pierde su peculiaridad» (20). Savigny avanza una concepción relativista de la historia que de un lado tiene sus raíces en Montesquieu y de otro preconiza el moderno *Historismus*.

En esta concepción del derecho, la intervención del legislador no podía dejar de aparecer como arbitrio y violencia en el afrontar el lento acaecer de la historia. La propuesta de Thibaut implicaba por tanto hacer violencia al desarrollo espontáneo del derecho: «el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares y después por la jurisprudencia... y es siempre obra de fuerzas interiores que actúan silenciosamente y no del arbitrio de un legislador» (21).

---

(19) F. C. v. SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A. F. THIBAUT-F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, op. cit., p. 97.

(20) *Ibid.*, p. 99.

(21) *Ibid.*, p. 101.

No es que de este modo Savigny quiera negar de forma radical la actividad del legislador. En este mismo escrito hay al menos dos casos respecto a los cuales Savigny reivindica un rol no secundario para la legislación. Es necesario recurrir al instrumento legislativo sea en el campo procesal, sea en lo que toca al registro escrito de las antiguas costumbres. Por lo tanto la crítica de Savigny, también en el escrito en el que mayor es su polémica con el «derecho legislativo», no expresa una toma de posición absolutamente contraria a la legislación. Lo que se discute no es tanto el instrumento legislativo en sí, sino su presencia tendencialmente exclusiva, es decir aquel tipo instrumental de organización jurídica que, primando a la ley de manera exclusiva, priva a la jurisprudencia de toda incidencia en el ámbito de la formación del derecho. «Según tal concepción, en condiciones normales la fuente de todo derecho son las leyes, normas explícitamente emanadas de la potestad suprema del Estado. La ciencia jurídica tiene por objeto exclusivamente el contenido de las leyes» (22).

Es precisamente contra esta concepción que se alza Savigny presentando un esbozo de sistema de fuentes que prefigura a aquél de su posterior *System*. También la doctrina según la cual todo el derecho se origina en la «convicción común del pueblo» puede reconducirse al interior de este sistema. Esta es de hecho la fuente de las fuentes sobre la cual se integran la costumbre, la ciencia jurídica y la misma legislación. Ciertamente la actitud al afrontar esta última fuente será más favorable en el tratamiento más orgánico y completo del primer libro del *System* (1840), pero tampoco faltan en el *Beruf* recursos al instrumento legislativo. En la línea de continuidad que va, con ligeras variaciones de tono, del *Beruf* al *System*, resulta siempre evidente que Savigny considera la formación del derecho de forma tal que concede amplio espacio a la actividad teórica y práctica de los juristas.

Para Thibaut el centro de atención estaba constituido exclusivamente por la ley. Derecho era sólo aquéllo que se manifestaba en forma de ley. El resultado era el vínculo estrecho del jurista y del juez con el texto de la ley: sólo un tipo de organización jurídica con «derecho codificado» podía asegurar al ciudadano aquellas garantías jurídicas formales de las que tenía necesidad contra toda forma de arbitrio.

Para Savigny esta visión del derecho substruía a la jurisprudencia toda incidencia efectiva en el campo de la formación del derecho: el derecho era legal y a la jurisprudencia se le privaba formalmente de todo poder sobre el derecho. Pero la jurisprudencia no podía limitarse a desempeñar un rol ancilar respecto a la legislación, no podía reducirse (como quería Thibaut) a tener «por objeto exclusivamente el contenido de las leyes»; puesto que la misma contribuía a la formación del

---

(22) *Ibid.*, p. 96.

derecho era fuente del derecho, o por decirlo de otro modo, el «derecho» era también «creado» por la jurisprudencia.

Para comprender este punto de vista es necesario decir algo más preciso sobre el modo en que Savigny concebía la ciencia jurídica. La polémica sobre la codificación era también de hecho una polémica sobre el modo diverso de concebir la ciencia jurídica. Thibaut, al afirmar la necesidad del código, afirmaba al mismo tiempo el rol exclusivo de la voluntad del legislador, esto es, de un cuerpo sustancialmente extraño a la ciencia jurídica, en la producción del derecho. Los científicos del derecho se convertían así en «sirvientes del derecho», de un derecho que les permanecía extrínseco; estos se limitarían a la explicación de un objeto externo: el código. La ciencia jurídica se configuraba como un medio para la interpretación de las normas positivas ya dadas. Para Savigny en cambio la ciencia jurídica era intrínseca al derecho, productora del derecho.

A primera vista parece al menos problemático afirmar que la ciencia jurídica, en cuanto tal ciencia, esto es, considerada en su peculiar función cognoscitiva, pudiera ser fuente productora de derecho. Si la labor de la ciencia es limitarse a describir su objeto, no se entiende a primera vista cómo puede al mismo tiempo producirlo. Si la ciencia ha de describir la realidad del derecho entonces deberá presuponer esta realidad como externa a sí misma. Pero es precisamente esta visión de la ciencia la que pone en entredicho Savigny. No hay alienidad entre el objeto de su conocimiento; así la ciencia se limita a descubrir aquello que ya está presente potencialmente en el objeto. La ciencia jurídica constituye una unidad sistemática porque tal unidad está ínsita en el derecho (23); será ciencia histórica porque el derecho mismo es intrínsecamente histórico. La ciencia y su objeto no están separados sino compenetrados, de tal forma que mientras la ciencia estudia su objeto al mismo tiempo lo desarrolla, desvela su íntima esencia. Es esta relación de copertenencia entre la ciencia jurídica y el derecho lo que hace que la ciencia jurídica participe activamente en la producción del derecho: los resultados a los que llega la ciencia se convierten en parte integrante del derecho.

De esta diversa concepción de la ciencia jurídica se derivaba una diversa consideración del rol de la actividad interpretativa y de la función judicial. Para Thibaut, como se ha visto, el código debía poner al juez en la condición de «tener vivo y presente el derecho para todo caso singular». Podía por tanto garantizarse en líneas generales una in-

---

(23) El sistema «derecho» aparece como un sistema autoreferencial, en el sentido que es el desarrollo reflexivo de la sistematicidad intrínseca al derecho que produce las categorías de la ciencia jurídica, las cuales sin embargo no son externas sino que pertenecen constitutivamente al derecho: son su reproducción desvelada. Sobre la noción de ciencia jurídica en Savigny ha escrito páginas significativas. F. VIOLA, *Autorità e ordine nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 228-262.

interpretación lo más cercana posible a la letra de la ley y ello salvaguardaría «la pacífica seguridad del ciudadano». La disciplina del código ofrecería la posibilidad de resolver toda controversia poniendo al juez en la condición de no tener que añadir nada a la voluntad del legislador. Criticar la propuesta codificadora significaba entre otras cosas rescatar al juez de esa posición subalterna respecto al código al que estaba supeditado: «la peor situación en este sentido es aquella en la que el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente al pie de la letra un texto dado que no puede interpretar» (24). Si al favorecer la idea de la codificación Thibaut había vinculado a los juristas teóricos y prácticos de forma estrecha a la voluntad del legislador, Savigny, criticando su postura, revalorizaba ampliamente la labor de los mismos. Su escrito representaba la primera voz de desacuerdo contra el *pathos* jurisprudencial que se estaba difundiendo con la llegada de los códigos. Alcanzaba así su primera expresión la doctrina del *Juristenrecht* que desde entonces permanecería como una constante en el pensamiento jurídico alemán (25).

### 3. HEGEL EN EL DEBATE SOBRE LA CODIFICACIÓN

Aún cuando el tema de la sociedad civil haya sido objeto de múltiples estudios, no sólo con referencia al «sistema de necesidades» (sobre todo por parte de autores de inspiración marxista) sino también respecto a la «administración de justicia», el modo en que Hegel se situó en este contexto respecto a la polémica sobre la codificación ha estado bastante dejado de lado (26).

Después de haber indagado de forma difusa en los párrafos precedentes las posiciones de Thibaut y de Savigny es por tanto oportuno tomar en consideración el punto de vista de Hegel sobre este problema tan decisivo para su tiempo y para la cultura jurídica moderna. Los términos de esa polémica deberían emerger con bastante nitidez. Por una parte Thibaut afirma el principio de la supremacía de la legislación sobre la ciencia de los juristas, por otra parte Savigny somete a discusión dicho principio sobre la base de una teoría muy elaborada de las fuentes del derecho.

---

(24) A. F. J. THIBAUT-F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, op. cit., p. 176.

(25) Esto lo ha resaltado A. BARATTA, *La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho*, en *Las fuentes del Derecho*, Barcelona, 1983, pp. 41-54.

(26) Véanse sin embargo las observaciones contenidas en el ensayo de O. D. BRAUER, *Dialektik der Zeit. Untersuchungen zu Hegels Methaphysik der Weltgeschichte*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1982, pp. 40-42. Ahora también A. V. BOGDANDY, *Hegels Theorie des Gesetzes*, Freiburg-München, 1989, pp. 206-217.

Si uno se atiene al texto publicado (*Rph*) por Hegel no es difícil establecer de qué parte estaba. Las argumentaciones contenidas en ese texto, como ya se ha visto, no parecen dejar lugar a dudas. Aunque no se mencione nunca a Savigny, éste está presente en la polémica, a decir verdad, un tanto superficial, mantenida contra Hugo especialmente en la nota al §3 (27). Si luego se recuerda el contenido del §211 y la nota correspondiente en que Hegel identifica el derecho positivo con la ley, entonces resulta inequívoca su toma de partida favorable a la codificación.

También la publicación del curso de lecciones, más cercano en el tiempo al texto publicado (*Rph* III) parece confirmar ampliamente esta postura. En este curso Hegel, después de haber hecho una auténtica apología del *Code Napoléon* (*Rph* III p. 172), afirma de forma incisiva:

La forma en que el derecho es ley es una forma esencial. Cuando se pregunta qué es ahora derecho, de acuerdo a qué derecho puedo yo ser tratado, la respuesta es: aquello que es ley (*Rph* III p. 173. 3-6).

En el primer curso de filosofía del derecho del periodo berlinés (*Rph* II) Hegel, desde el prefacio, se presenta como el auténtico antagonista de las concepciones de la Escuela histórica del derecho. Es una pena que Homeyer, el autor del cuaderno de notas, aunque fiel alumno de Savigny, en relación al decisivo §104 se limitara a transcribir: «Un código es en sí y por sí absolutamente necesario» (Vocación del tiempo hacia la legislación, *Rph* II §104 p. 263. 24-25). Habría por lo tanto buenas razones para considerar cerrado el argumento, si la reciente publicación de la *Rph* I no presentase alguna sorpresa interesante.

Sólo en el primer curso de lecciones aparece explícitamente el nombre de Savigny. El orden problemático en el que se realiza dicha referencia ya ha sido analizado en otro lugar. Pero dicha referencia puede interpretarse ahora también como índice de un interés científico relativo por la obra de Savigny por parte de Hegel; interés que en cambio la polémica política, aunque soterradamente, consigue ya sofocar en Berlín. Esta hipótesis viene verificada también por algunos textos preliminares. Los elementos polémicos presentes en la Nota al §3 de *Rph* no vuelven a aparecer en la nota correspondiente del primer curso de lecciones (*Rph* I §1 A). Además en *Rph* I no hay señales del §211 de la obra publicada, párrafo éste en que es máximo el enfrentamiento con la Escuela histórica.

---

(27) Véase ahora a este respecto la reciente contribución de G. MARINI, «Ragione e storia nel diritto: per un'interpretazione sistematica del §3 della Filosofia del diritto hegeliana», en *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990 pp. Los textos *Rph* I, II, III, hacen referencia a las distintas versiones de la *Rechtsphilosophie* o Filosofía del Derecho (*Rph* I y II: G. W. F. HEGEL, *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817-1818) und Homeyer (Berlin 1818/1819)*, hrsg. von K.-H. Ilting, Stuttgart, Klett-Cotta, 1983; *Rph* III: G. W. F. HEGEL, *Philosophie des Rechts (1819/20)*, hrsg. von D. Henrich, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983).

Sobre la base de estos indicios creo que puede lanzarse una primera conclusión: la polémica con la Escuela histórica del derecho se inscribe de lleno en el periodo Berlínés. Ahora se trata de ver si, y en que medida, este mismo hecho haya podido influir en la postura de Hegel sobre la polémica acerca de la codificación. Dicho sea de entrada y con máxima claridad: también en las primeras lecciones de Heidelberg Hegel es sin lugar a dudas favorable al proceso de codificación. Pero todavía en estas lecciones parece indicar Hegel una posición original intermedia, e incluso diría, a fuer de parecer paradójico, de síntesis entre Thibaut y Savigny.

Ante todo Hegel no comparte ninguna de las ingenuidades propias a la ideología dieciochesca de la codificación que afloran todavía en Thibaut. Para Hegel, sin duda, un código es necesario, pero con la clara consciencia que se trata de una obra destinada a permanecer incompleta y constitutivamente abierta a continuas integraciones y perfeccionamientos:

Un código perfecto, completo es un ideal irrealizable; debe siempre ir perfeccionándose. Un código del derecho debe por tanto existir, pero este código se perfecciona siempre, se hace siempre (*Rph I* §109 A p. 126. 25-28).

Hegel reconoce por tanto la necesidad de una codificación del derecho privado y un poco más adelante (cfr. *Rph I* §115 A p. 133 18-19) observa que la codificación en materia penal es aún más necesaria que en materia civil; pero, aún haciendo suya la tesis de Thibaut, sostiene que dicho código no debería cerrar el curso de la historia en la cristalización de su propia imagen. Y con este argumento Hegel se acerca a las objeciones lanzadas por Savigny, o al menos demuestra tenerlas en cuenta.

Nótese que esta idea, aunque retocada, puede verse todavía en las versiones sucesivas de la *Filosofía del derecho*. Así, Hegel no escatima sus críticas al código prusiano (28). A la luz de una integración propuesta por Ilting esto puede colegirse de la nota al §105 de *Rph II*: «Las leyes son sólo formales. Como todas las cosas acabadas el código tampoco puede ser nunca completo. El error del *Allgemeine Landrecht fuer die Preussischen Staaten* fue el querer ser un código completo, perfecto» (*Rph II* §105 A p. 264. 6-9). Una crítica al código prusiano —aunque no declarada explícitamente— resulta de la obra impresa. Hegel en efecto escribe: «exigir de un código la perfección, para lo

---

(28) Según testimonio de Rosenkranz Hegel dispuso de este código, sobre el cual escribió observaciones que aún no han sido superadas (cfr. K. ROSENKRANZ, *G. W. F. Hegels Leben* (1844), traducción italiana, *Vita di Hegel*, a cargo de R. BODEI, Milano, Mondadori, 1974, pp. 105). La influencia de este código sobre la *Filosofía del derecho* la acentúa R. HÖCEVAR, *Hegel und der Preussische Staat*, München, Goldmann, 1973, pp. 13-53.

cual éste debería ser absolutamente completo y no susceptible de ulterior determinación es una pretensión que es significativamente una enfermedad alemana» (*Rph* §216 A p. 662. 25-28). Para sintetizar: un código sí, incluso antes que varios códigos, pero sabiendo que no supondrá la solución de todos los males. Un código con la más absoluta consciencia que dicho código no debe ir en busca de una perfección inalcanzable, ya que será el producto «de su pueblo» y «de su tiempo» (*Rph* II §104 A p. 263. 25-26) y será por ello susceptible de transformaciones e integraciones.

La solución hegeliana al problema de la codificación, expresada ya lúcidamente en el primer curso de lecciones, vuelve a aparecer ya en los cursos sucesivos, ya en el texto publicado de Hegel. Hasta este punto por lo tanto, no habría razones suficientes para hipotetizar una supuesta originalidad de *Rph* I: como mucho podría hablarse de una diversidad de acentos, debida a la polémica que Hegel lleva a cabo en Berlín contra la Escuela histórica. Pero esta primera impresión debe someterse a discusión.

En el primer curso de lecciones Hegel hace derivar de su postura sobre la codificación una consecuencia que en lo sucesivo no volverá a mencionar. Si en efecto un código es necesario, pero por otra parte será incompleto, entonces podría seguirse que todo el derecho positivo no se identificara con el derecho codificado, es decir, con la ley y junto a esta fuente del derecho se presentara inmediatamente el problema del rol y de la actividad del jurista (sea en cuanto científico o en cuanto juez [29]) en el campo de la producción del derecho; problema dejado de lado, cuando no dado por resultado un tanto ingenuamente por la doctrina del iluminismo jurídico a la que sin embargo Thibaut se inscribe. En efecto para este último las leyes simples, claras y sucintas, formando un sistema coherente y completo habrían reducido a términos casi mínimos la intervención de los juristas.

Uno de los aspectos más significativos de su primer curso de lecciones consiste en el hecho que Hegel no parece dispuesto a aceptar esta opinión. Si en el texto publicado Hegel se había detenido, en lo tocante a la relación entre derecho legislativo y derecho consuetudinario, para hacer resaltar la necesidad de un código (*Rph* §211 A), en este primer curso de lecciones la relación dominante es, por decirlo así, aquella entre derecho legislativo y derecho jurisprudencial. Lo que emerge de esta postura inicial de la *Filosofía del derecho* no es tanto la positivación del derecho en forma de ley cuanto más bien y sobre todo la complejidad del desarrollo del derecho en la sociedad. Al estar cons-

---

(29) La actividad del jurista en cuanto científico del derecho y la actividad del jurista como intérprete y aplicador del derecho (en particular como juez) son dos aspectos que se consideran diferentes. En la continuación de este artículo me ocuparé sobre todo de esta segunda actividad y especialmente, del rol del juez, aunque algunas observaciones puedan extenderse al rol de la ciencia jurídica.

titutivamente entrelazado con el «sistema de necesidades», el derecho debe tener una «existencia libre»:

El derecho formal funciona por representaciones. Ya que está imbricado en el ámbito de las necesidades y encuentra en ellas su contenido esencial, del mismo modo debe recibir como su sustancia una existencia libre de dicho contenido (*Rph I* §108 p. 125. 26-29).

En esta cerrazón del derecho respecto a la sociedad la ley desempeña un papel fundamental, pero no a costa de otros elementos, aquellos elementos que el mismo Savigny había intentado hacer valer en su polémica con la codificación.

La complejidad de la posición de Hegel se muestra en toda su amplitud en el párrafo §109 (y la nota correspondiente) de la *Rph I* con la cual se abre el capítulo dedicado a la administración de justicia. En la primera parte Hegel reafirma el rol de la ley en la administración de justicia. El que allí se de un sistema de leyes, en el nivel de la sociedad civil-burguesa, es dado por supuesto, ya que la actividad legislativa, en cuanto tal, pertenece a otra esfera: al Estado. Hegel dice:

Para la administración de justicia, como para las relaciones jurídicas reales, las leyes públicas se presuponen como algo válido de por sí, y vienen consideradas esencialmente como tales. La actividad de legislar misma pertenece a una esfera distinta de ésta (*Rph I* §109 p. 126. 3-6).

En la nota (que tomo en cuenta junto al párrafo ya que sigue a la par el corpus del mismo) Hegel, después de rebatir este punto añade:

Que la actividad de legislar y de dictar sentencia no puedan reconducirse a la misma persona resulta del hecho que si fueran unidas, el poder judicial haría las leyes a través de la actividad judicial y así la subsunción del caso particular en la ley no tendría lugar (*Rph I* §109 A p. 126. 15-18).

Hegel acepta la separación del poder legislativo y del judicial pero esta separación no implica, como en el paradigma clásico del iluminismo jurídico, la absoluta subordinación de un poder (el judicial) a otro (el legislativo). Esto me parece que resulta del modo de proceder en la argumentación en la segunda, y decisiva, parte del párrafo. Las leyes son sí fuente de producción del derecho, pero también lo es en igual grado la actividad judicial, y aquí el acento recae en especial sobre la actividad interpretativa-aplicadora del juez.



Las prácticas de los tribunales y las distinciones resultantes de los casos, aquello a partir de lo cual se desarrolla la necesidad de ulteriores determinaciones y el perfeccionamiento indeterminado del intelecto jurídico contrastan con la necesaria simpleza de las leyes (*Rph* §109 p. 126. 6-10).

Hegel no discute la legítima demanda de un código, pero subraya lo ilusorio que resulta pensar que su realización conseguiría reducir la actividad de los operadores del derecho a la aplicación mecánica de la ley. La misma necesaria simpleza del código a su vez requeriría una constante intervención interpretativa. Sobre esta cuestión Hegel se distancia netamente de los estrechos vínculos puestos a la interpretación por el *Allgemeine Landrecht fuer die Preussischen Staaten* (30). En esta crítica al código prusiano Hegel se mueve en la misma dirección que Savigny. Se abre así un amplio espacio para la actividad interpretativa y para la decisión judicial que Hegel no duda en definir: como «perfeccionamiento indeterminado del intelecto jurídico».

Hegel, de forma intencionada, no profundiza en estos temas porque piensa que se da una división del trabajo entre juristas y filósofos. No es labor del filósofo indagar el modo en que el «intelecto jurídico» se perfecciona: el filósofo debe más bien limitarse a atribuir un espacio bien determinado a dicha actividad competencia de los juristas. Es de notar el rol que juega la contraposición entre *Verstand/Vernunft* en el sistema hegeliano y puede resultar oportuno recordarla aquí en relación a este tema (31). Para Hegel la filosofía no debe ocuparse de lo accidental, está demasiado empeñada con la idea (razón), esto es, con el concepto y su realización, para poder al mismo tiempo ocuparse de lo que es simplemente contingente. En cambio el intelecto conduce a buen término su labor cuando, sin pretender alcanzar la cima de la razón, se desenvuelve entre las inmensas laderas de lo accidental y encuentra en ellas lo que ha de interpretarse y mejorarse. En este nivel pone Hegel la labor de un constante desarrollo del «intelecto jurídico».

Así, retomando una conocida metáfora, el núcleo de la ley se reviste de la corteza de la interpretación: el juez que tiene la ley ante sí, la

---

(30) El *Entwurf* de Suárez y Klein establecía (§§ 34-36) la prohibición al juez de interpretar la ley y la obligación de recurrir, en los casos dudosos, a la Comisión Legislativa. En la redacción definitiva (Einleitung §§ 46-48) aún se le permitía al juez la analogía *legis* y la analogía *iuris* para limitar el recurso a la Comisión Legislativa. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 492 e.s.).

(31) Véanse, sin embargo, a este respecto las interesantes observaciones de J. SCHILD, «Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 13/19 (1978-79), pp. 271-320.

debe aplicar al caso concreto y se mueve así en el ámbito de lo cuantitativo al que no alcanza el concepto. Debería estar claro ahora qué es lo que entiende Hegel al decir: «el desarrollo de las leyes jurídicas y la distinción de los casos es cuestión del intelecto» (*Rph* I §109 A p. 126. 19-20). Y es significativo que Hegel continúe destacando cómo la ley, con su carácter general, abstracto, no consiga nunca satisfacer completamente de igual modo la multiplicidad de los casos concretos. Estaría en todo caso fuera de lugar el querer atribuir a Hegel una propensión hacia el decisionismo equitativo, en cuanto que Hegel no deja de tener en cuenta el derecho reconocido en contacto con el caso concreto, y habla de una auténtica «*Rechtspflege der Billigkeit*» (*Rph* I §115 p. 132. 28-43). No es tanto que Hegel quiera primar esta dimensión equitativa, sino más bien ponerla junto a la legalista (formalista) reconociendo la importancia de ambos criterios.

Más allá de este aspecto específico, aquello que más le importa subrayar a Hegel es que la actividad interpretativa es en todo caso necesaria e inevitable dada la necesaria abstracción y generalidad de sus enunciaciones. Cuanto más generales y abstractos son los términos en los que el precepto jurídico se formula tanto más se advierte la necesidad de que sean reelaborados, adaptados y adecuados a los hechos del caso concreto. La interpretación de la ley es necesaria ya que la aplicación de la norma se refiere siempre y sólo a los casos particulares concretos. Es así que una vez codificado, el derecho tendrá una estructura constitutivamente abierta, o como dice Hegel, una «existencia libre».

Lo que Hegel quiere subrayar en particular es el elemento creativo del derecho judicial. La actividad interpretativa le parece un aspecto decisivo del mismo proceso de creación del derecho. Después de rebatir la necesidad de un código añade Hegel:

... en este campo de lo infinito la materia es empírica; las determinaciones del intelecto se dividen cada vez más: este es el terreno de los pros y de los contras, donde no hay nunca un final. Esta auténtica actividad judicial, esta práctica de los tribunales es aquello de lo que derivan originalmente todas las leyes; la auténtica jurisprudencia da decisiones que en tanto que adaptadas a los casos singulares se convierten en leyes generales; y así una ley se forma también por los *similiter judicatis*. Los tribunales no pueden ser órganos muertos de la ley, sino que siempre implican el intelecto y el entendimiento propio del juez (*Rph* I §109 A p. 126. 27-35).

Este pasaje es de notable importancia pues afirmaciones de este género no se encuentran en el texto publicado ni en los otros cursos de lecciones. Es precisamente este el punto en que mayor es la distancia

que le separa de Thibaut. Este pasaje parece lejano de las ideas de Hegel hasta tal punto que si se saca del contexto en que se inserta y se considera aisladamente nadie pensaría en atribuírselo. Aquí no sólo asigna a los juristas un rol decisivo en la formación y ulterior perfeccionamiento del derecho sino que llega al punto de declarar que la propia decisión judicial es el único momento en que es posible atribuir cognoscibilidad a la norma jurídica, ya que es «a través de la praxis de los tribunales por lo que se derivan todas las leyes». Leído de este modo Hegel estaría todavía más allá del mismo Savigny y anticiparía las modernas teorías del realismo jurídico. Pero esta interpretación, aunque pueda apoyarse en pasajes singulares, no se justifica completamente por el contexto.

El punto de partida de Hegel es más bien que el derecho, aun estando intrínsecamente ligado a la sociedad, debe cobrar autonomía respecto de esta y alcanzar una «existencia libre». Cuanto más compleja se hace la sociedad tanto mayor es el desarrollo de las determinaciones jurídicas que la regulan y «tanto más se desarrollarán las leyes, tanto más diversas se harán respecto a los casos concretos» y en consecuencia «tanto más dependerán el juicio y la aplicación de la subjetividad del juez» (*Rph* I § 115 p. 132. 32-34).

Esta es una cadena asociativa de la que Hegel es plenamente consciente. Sin embargo se le escapó a Thibaut y por ello fue el blanco de crítica de Savigny. Cuando Hegel dice que el juez no debe ser un mero órgano de la justicia, sino que más bien «su reflexión es muy relevante» (*Rph* I § 115 A p. 133. 24-25), está aludiendo claramente a la importancia de su función en una sociedad compleja. La decisión judicial se convierte en un hecho productivo de derecho junto a la mismísima ley.

Si se compara esta posición con la que emerge de la polémica sobre la codificación entre Thibaut y Savigny no se puede dejar de concluir que en su primer curso de lecciones Hegel acogió en gran medida las críticas lanzadas por Savigny a Thibaut. En efecto, Hegel habría podido sin más subscribir lo que Savigny achacaba a Thibaut manteniendo que «la peor situación ... es sin duda aquélla en la que el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente al pie de la letra un texto dado que no puede interpretar», y por otra parte no habría compartido el optimismo ingenuo de Thibaut para quien «la felicidad de los ciudadanos no requiere de abogados doctos» (el discurso se refiere claramente a la totalidad del rango de los juristas) «sino de leyes simples». Se llega así a la sorprendente conclusión que en su primer curso de lecciones Hegel se interesó hasta tal punto por Savigny y por la Escuela histórica que fue inspirado por dicha Escuela.

Un análisis más profundo nos permite así entresacar del texto de Hegel una posición original, que teniendo en cuenta las razones de Thibaut y las críticas de Savigny supera a ambas. Para Thibaut el derecho era sólo lo que se manifestaba en forma de ley. Para «garantizar la fe-

licidad de los ciudadanos» era necesario superar la incertidumbre del derecho que permitía a los jueces actuar a discreción y superar tal situación sólo era posible vinculando la actividad del juez a un código constituido por leyes claras, simples y sucintas.

Esto es lo que sucedió en Francia con la introducción del código Napoleónico, y esto era en sustancia lo que auspiciaban en Alemania aquellos que, como Thibaut, luchaban a favor de la codificación. En el frente opuesto se declaraba Savigny, quien con su concepción, afirmaba el rol preponderante de la actividad de los juristas en la producción del derecho.

La intuición hegeliana, en este primer curso de lecciones, reside en mostrar la falsedad de tal alternativa. El juez no debe reducirse a aplicar mecánicamente la ley, ni tampoco está en condición de hacerlo por otra parte. Esto sólo sería posible si derecho y ley fueran una y la misma cosa. Pero la ley es sólo una norma abstracta y general válida para una multiplicidad de casos posibles, mientras que el juez debe siempre dar la decisión en una situación real concreta. La abstracción de la norma requiere del juez para ser aplicada al caso concreto. Es en este paso de lo abstracto a lo concreto donde el juez encuentra el espacio para llevar a cabo su labor creativa. La ley, como tal, representa sólo una garantía formal, pero el juez debe actuar de tal modo que al ciudadano no sólo le sea garantizada la seguridad formal sino que también se haga justicia concreta. Es labor del juez actuar de tal forma que la determinación abstracta de la ley en contacto con los casos concretos de la vida pueda hacerse concreta, y para llevar a cabo dicha labor debe tener un margen suficiente de intervención y de libertad. Debe operar de tal modo que las determinaciones de la ley puedan perfeccionarse libremente. Si surgiera un conflicto entre el formalismo de la ley y el derecho justo del ciudadano el juez debe primar este último:

En un testamento por ejemplo faltan algunas formalidades, que parecen completamente insubstanciales, y todo el testamento se derrumba. El juez puede decir: si estas formalidades fueran ignoradas podrían darse falsos testamentos. Pero de este modo el juez actúa en interés de la ley y quiere primar al auténtico derecho antes que a una posibilidad, a una posibilidad remota. Al hombre sencillo le debe parecer algo horrible el que la ausencia de una formalidad, la vaga posibilidad que pueda verificarse una falsificación de un contrato lleve a una sentencia contraria al auténtico derecho... En el ordenamiento judicial debe haber formalidades para el conocimiento cierto del derecho. Estas formalidades no deben obstaculizar el derecho; en caso de colisión entre el derecho y el formalismo debe ceder el paso el formalismo (*Rph I* § 115 A p. 133. 5-13 y 20-22).

La distinción que hace Hegel entre ley y derecho es fundamental. Está en la naturaleza de la ley que sea universal, que haga abstracción de los casos concretos y adquiera así validez general. Pero esta característica de la ley hace que represente sólo un momento en la vida de la realización del derecho. Otro momento viene representado por la actividad del juez que debe llevar la ley a la realización concreta. En este punto del argumento el formalismo de la ley, si no negado en abstracto, si es relativizado o superado dialécticamente. En un pasaje de la nota arriba citada Hegel dice:

El derecho debe por lo tanto acaecer como derecho, pero los tribunales deben decidir según sus fórmulas y no pueden prescindir de la ley formal (*Rph* I § 115 A p. 133. 33-34).

El juez debe decidir en una situación concreta, en un aquí y en un ahora; debe asegurarse de que se haga justicia, de que se realice el derecho, pero la actividad de los tribunales, en cuanto innovadora respecto de la ley, permanece dependiente de ésta. En efecto Hegel, aun reconociendo la falsedad de la imagen que reduce la función del juez al mero automatismo de la subsunción, no acepta la idea que equipara tal función a la del legislador. La relación del juez con la ley no debe entenderse como si la actividad de éste pueda sustituir a la del legislador. Toda decisión judicial depende de la ley, presupone la ley. Ninguna decisión judicial sería posible sin la existencia de una norma. Las actividades del juez y del legislador deben mantenerse separadas y distintas. Hegel lo afirma en un pasaje ya citado (cfr. *Rph* I § 109 A p. 126. 15-18) en el que observa que si las dos actividades se unieran entonces el juez se encontraría en condiciones de deber producir él mismo la norma para el caso concreto sometido a juicio y de esta manera «ya no tendría lugar la subsunción». Aquí habla Hegel de «*Subsumtion*» pero ello no significa que acepte la imagen según la cual la decisión judicial se reduce a una mera subsunción del caso concreto bajo la ley. Ciertamente tal subsunción debe tener lugar, pero constituye una parte y no la más importante de la actividad del juez. Si Hegel habla de «subsunción» es porque la decisión del juez no es una creación originaria del derecho sino el resultado de una actividad referida a la actividad del legislador, a la ley. En este sentido hay subordinación de la decisión judicial en su encuentro con la ley, pero se trata de una subsunción innovadora o creativa. En este sentido la aportación del juez depende de la ley. Una subordinación razonable del juez a la ley, aún reconociendo el carácter innovador de su actividad, sigue siendo la mejor garantía para la seguridad del ciudadano y es además la elección políticamente más coherente con la exigencia de una mayor transparencia y publicidad del poder. Desde este punto de vista Hegel, sin duda, presenta trazas del iluminismo jurídico. El subraya en efecto la importancia de someter la actividad del juez al control crítico de

la opinión pública: la institución del jurado, la forma colegiada y la publicidad de los tribunales se introducen con esta finalidad (cfr. *Rph* I § 116 e A).

Por otro lado Hegel sostiene como fundamental establecer una relación de mutua fe entre el ciudadano y el jurista. Esta fe es de extrema importancia en cuanto que la creciente complejidad de las relaciones sociales lleva consigo a su vez un desarrollo de las determinaciones jurídicas de modo tal que el ciudadano no está ya en condiciones de tener plena conciencia de las mismas. En una situación tal, en la que el derecho, en cuanto sistema de leyes cada vez más complejo y automatizado, parece hacerse extraño y ajeno a la conciencia del hombre, es tarea del jurista actuar de tal modo que este sentido de alienación pueda superarse a través de su actividad concreta.

Para el individuo la administración de justicia y el procedimiento judicial se convierten en un auténtico destino, un poder completamente ajeno. El mismo derecho, en el que el hombre debe tener conciencia de su libertad, el derecho y sus procedimientos se convierten para él en un poder extraño. Los costos que requieren los juristas y el Estado operan de tal forma que el hombre vea en contra suya una conjura desde las altas esferas, una conjura de las clases superiores que crean una laceración entre el hombre y su derecho. El hombre sólo alcanza a conocer el derecho con respecto a sus líneas generales. Desde el punto de vista subjetivo, el individuo no sabe cómo le afecta el derecho. En lo tocante a este extrañamiento del derecho respecto a la conciencia subjetiva debemos agradecer a los miles de jóvenes alemanes que estudiaron el derecho romano en Bolonia. Una de las cosas más importantes es que a causa de la multiplicación de las leyes, de no ser por ellos ya no sería posible recuperar la confianza entre el jurista y quien exige justicia (*Rph* I § 116 A p. 134. 13-24).

El juez se encuentra así en el centro de un movimiento doble: por una parte depende del formalismo de la ley, por otra debe superar tal formalismo y decidir de acuerdo con la justicia. Estos dos aspectos, el de la dependencia y el del carácter innovador de la actividad judicial en la aplicación de la ley deben ser tenidos en cuenta. De otro modo se cae o bien en el extremo de infravalorar el rol del juez o bien en el opuesto, de supervalorarlo. El carácter de la dependencia del juez respecto a la ley garantiza al ciudadano su seguridad formal y la certeza del derecho. El carácter innovador de la actividad judicial es en cambio aquél del que puede esperar el ciudadano que se le haga justicia.

Estos dos caracteres no están necesariamente contrapuestos sino que se complementan mutuamente. En esta complementariedad el de-

recho de los juristas no aparece ya como un derecho que se contraponen a la ley. La función ideológica de tal contraposición era evidente en la época de Hegel y constituía el nudo del desacuerdo entre Thibaut y Savigny. Quien como Savigny «quería salvar la ciencia contra los códigos» (para retomar la conocida expresión de Hugo) quería en realidad salvar las prerrogativas de la clase de los juristas frente al legislador. El derecho de los juristas debía limitar el rol preponderante del derecho legislativo.

Así Savigny en la época de la restauración representó sin duda una posición conservadora, aunque la tesis del derecho de los juristas (una vez aclarado que entre legislación y jurisprudencia no hay relación de exclusividad sino de complementariedad) no es de por sí señal de una política conservadora. En otro contexto histórico la subordinación automática del juez a la letra de la ley y la falta de reconocimiento del carácter innovador de su actividad podría contribuir a formar en el juez (y en el jurista) una actitud servil, de mera aceptación de cualquier legislación. En los orígenes del derecho burgués, en definitiva, Hegel se oponía a Savigny, pero, como hemos intentado probar, ello no significa que aceptara de lleno la solución ofrecida por Thibaut.

