

DR 01 60

Carrera Derecho, Asignatura Derecho Natural, título El Historicismo Jurídico, autor Antonio Fernández Galeano, fecha de grabación 25 de abril del 83. La noción general de historicismo es la de un conjunto de corrientes que coinciden en subrayar el carácter histórico del hombre y aún de la naturaleza. Veamos de aclarar y explayar esta definición.

Afirmar la historicidad quiere decir que la naturaleza y el hombre, así como los productos culturales de éste, son diacrónicos, esto es, se desenvuelven en el tiempo a través de un proceso lento pero efectivo que va provocando constantes cambios y mutaciones. Este que pudiera llamarse descubrimiento de la historia, o por mejor decir, de la historicidad de las cosas, es un rasgo muy característico del siglo XIX que responde al nombre genérico de romanticismo. Y se trata de una concepción del mundo y de la vida muy extendida que afectó prácticamente a todas las áreas culturales.

Y así, durante la pasada centuria, se dan, entre otros, un romanticismo literario, un romanticismo político, es lo que se conoce con el nombre de tradicionalismo, un romanticismo musical, bien conocido, un romanticismo filosófico, representado por ejemplo por Hegel, y también, que es lo que a nosotros nos interesa, un romanticismo jurídico encarnado en la escuela histórica del derecho y al que vamos hoy a prestar atención. Ya hemos señalado, en alguna ocasión anterior, que los movimientos filosóficos y, en general, los ideológicos, están encadenados unos a otros, siendo cada uno prolongación o derivación del anterior, o, por el contrario, una reacción contra éste, pero, en cualquier caso, con una referencia siempre al anterior. Al segundo supuesto, es decir, al supuesto de reacción, responde el historicismo, que efectivamente reacciona contra el pensamiento racionalista y, más concretamente, contra su plasmación en el iluminismo del siglo XVIII.

La mentalidad del racionalismo había conseguido reducir toda la realidad a esquemas rígidos e inmutables producidos por la razón. Todo, el estado, la lengua, el derecho, sería, según esta tesis, un producto racional y, como tal, dotado de universalidad, porque la razón humana es universal. Pero, de pronto, el siglo XIX descubre la historicidad y se da cuenta de que, al contrario de lo que se había pensado y enseñado en el siglo anterior, todo está sometido a un curso, a un movimiento.

Y así Darwin habla de la transformación de las especies, la filología descubre la evolución de las lenguas, los políticos y los juristas contemplan el pasado, no como algo despreciable que haya que olvidar como definitivamente acabado, sino como un momento más del proceso, un momento que explica el presente y le da sentido, a la vez que puede encauzar la actividad del futuro. Hay, por tanto, que volver al pasado para encontrar en él las raíces de los pueblos. Recuérdese, por ejemplo, cómo los escritores románticos acudieron con frecuencia al pretérito histórico, a la leyenda, a la tradición, y a la tradición patria, además, para dar argumento a sus obras.

Dentro de este marco se produce la doctrina de la escuela histórica del derecho, que considera el derecho no como un producto de la razón, elaborado de un modo consciente y sistemático, tal había sido, recuérdese, las tesis del racionalismo, sino que como todo elemento cultural, como la lengua, las costumbres, las leyendas, el arte, el simple folclore, fluye espontáneamente de la actividad del pueblo a lo largo de su historia. Porque cada pueblo, o mejor dicho, cada nación, como preferían decir los autores de la escuela, posee su propio espíritu, lo que llaman los autores de esta dirección el Volksgeist, es decir, el espíritu popular, locución que usó por primera vez Jorge Federico Puigta, uno de los autores de la escuela, y que, con toda seguridad, la tomó del pensamiento de Hegel. Este espíritu popular es la fuente de donde va brotando el derecho del pueblo, que aporta las soluciones más adecuadas a cada momento histórico.

La verdad es que el espíritu del pueblo es un concepto difuso que los autores de la escuela no acabaron de perfilar. Lo que sí quedó claro es que tal concepto constituía un elemento imprescindible para construir la idea de nación y que al mismo tiempo era el factor creador del derecho. Interesa ahora conocer las circunstancias concretas que dieron nacimiento al movimiento de la escuela, y decimos concretas porque, como al principio señalamos, ésta obedeció al sentimiento romántico de la primera mitad del siglo XIX que inundó literalmente todas las manifestaciones culturales, primero de Alemania y después del resto de Europa.

A comienzos de dicha centuria, del XIX repito, Alemania estaba dividida, fraccionada en numerosos estados, la mayoría pequeños, en los que todavía se hallaba vigente el derecho romano, por supuesto en su versión justinianeas, complementado por el derecho constitucionario local. Esta dispersión de normas jurídicas hacía muy dificultosa la elaboración de una ciencia jurídica y sobre todo multiplicaba los inconvenientes prácticos, pues con frecuencia los juristas se perdían en un bosque legislativo y llegaban a dudar incluso del derecho vigente en cada caso. Se hacía pues patente la necesidad de una modificación legislativa que consistiese en una unificación, en una recopilación de todo el derecho vigente, haciendo al mismo tiempo una suerte de discriminación de la propia vigencia de muchas de esas normas.

Y el ejemplo de lo que podía hacerse lo daba el código Napoleón, recién publicado en Francia, y que había terminado en el país vecino con la afronta legal y caótica que había padecido reduciendo el derecho civil a un ordenado sistema codificado. No es de extrañar pues que surgieran en Alemania corrientes doctrinales que abogaban por seguir el modelo francés elaborando un código único para todo el territorio alemán. Entre estos valedores de la codificación se destacó Antonio Federico Thibault, quien sin negar el valor de lo histórico pretendía, sin embargo, someterlo a la razón.

Sin filosofía, afirmaba Thibault, no está completa la historia. En realidad, este autor se inspiraba en la tradición yus naturalista y su pretensión no era otra que la de aplicar al derecho positivo, en concreto al derecho civil, que es sobre el que se proyectaba la pretensión de codificación, de aplicar al derecho positivo, decimos, el esquema sistematizado que había elaborado el yus naturalismo racionalista. Es decir, Thibault estaba pensando en aquellos sistemas de derecho

natural elaborados a lo largo del XVII y sobre todo el XVIII y veía en ellos un modelo a imitar para someter a ese esquema el propio derecho civil alemán.

En defensa de su tesis, Thibault escribió en 1814 un opúsculo titulado Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania. Opúsculo que inició la célebre polémica entre su autor y Savigny, este último el más representativo de la escuela histórica del derecho. En efecto, en el propio año de 1814 publicó Savigny en respuesta a Thibault el trabajo titulado Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia jurídica en el que expone ya las líneas generales del historicismo jurídico que después perfila en otras obras posteriores y singularmente en su sistema del derecho romano actual.

En aquella primera obra establece Savigny la comparación entre el derecho y el idioma Parangón que después será muy utilizado por los autores de la escuela afirmando que al igual que la lengua el derecho crece, dice Savigny, crece con el pueblo toma forma con él y finalmente muere cuando el pueblo ha perdido su personalidad. Y siguiendo el paralelismo con el idioma justifica también la existencia de regionalismos jurídicos como existen regionalismos lingüísticos, es decir, dialectos en los que una nación dentro de otra nación decide utilizar un idioma distinto de la nación grande, por así decirlo. Lo mismo en el caso del derecho hay también ordenamientos jurídicos constitucionarios que rigen en parte del territorio de una nación porque esa parte ha conseguido tener una personalidad propia que le permite alcanzar o producir, mejor dicho, ese derecho diferenciado.

Y el paralelismo no acaba aquí. El jurista tiene respecto del derecho la misma función que el gramático respecto de la lengua. El gramático no crea la lengua.

El gramático trabaja sobre la lengua que se encuentra ya constituida, ya formada y no hace sino sistematizar el habla popular que es un producto espontáneo, como todo lo demás, del espíritu del pueblo. De igual manera los juristas no crean derecho. Se encuentran ya con un derecho, el derecho popular y lo único que hacen es sistematizarlo, depurarlo examinar las conexiones internas de sus normas en definitiva, la misma función que el gramático respecto de la lengua.

Se crea así el derecho de los juristas que es más perfecto técnicamente que el derecho popular pero que en ningún caso puede justificar una afirmación de que el derecho sea producto de un acuerdo o invento consciente y racional de los hombres. Esta concepción del derecho como producto espontáneo y cambiante tenía que chocar con la idea de codificación. Tenía que chocar porque en el sentir de los hombres de la escuela histórica del derecho la introducción de una norma jurídica dentro de un código provoca, como es natural, la inclusión de la norma en un sistema fijo, inmutable y esa fijeza y esa inmutabilidad se transfunden y transfieren a la norma que se ha insertado en el sistema producen una especie de fosilización, de cristalización de la norma interrumpiendo, por tanto, la natural y espontánea evolución a la que todo derecho está sometido.

Por consiguiente, a Savigny y a sus secuaces no podía convencerles de modo alguno la idea

codificadora que de manera tan frontal chocaba con su propia concepción de un derecho siempre vivo, siempre evolucionando siempre adaptándose a las circunstancias históricas del momento. Y, por último, habría que abordar otro punto que es el de la actitud de la escuela histórica frente al justnaturalismo. Evidentemente, si toda doctrina justnaturalista defiende la existencia de un orden normativo de aplicación universal y generalizada y esto es típico, es el denominador común de todo justnaturalismo, como bien sabemos si esto es así, repito una historia, una tesis como la historicista que afirma que cada pueblo tiene su personalidad fraguada en la historia y se rige por su propio Volksgeist, por su propio espíritu popular tiene necesariamente que repudiar la idea de un derecho universal que es la antítesis de las particularidades nacionales.

Por otra parte, la escuela histórica, como todo el romanticismo exalta lo vario, lo cambiante, lo espontáneo, lo irracional. Irracional adviértase no en el sentido de lo que no tiene lógica o carece de sentido sino en el sentido de lo que ha sido originado por la razón que no ha sido originado por la razón, queremos decir sino por otras fuerzas, como por ejemplo el sentimiento. Desde estas exaltaciones de lo vario, de lo cambiante, de lo espontáneo, de lo irracional no podía haber conagrado la escuela histórica del derecho un derecho natural construido por el racionalismo. Derecho natural que es fruto de la pura y fría razón es decir, la negación de la variedad, del cambio, de la espontaneidad. Por eso hubo que descartar la escuela histórica la solución del derecho natural racionalista más en verdad por racionalista que por derecho natural.

Por lo demás, no deja de ser notable que aunque la escuela histórica rechace la idea de just naturalista, no cae por ello en el positivismo jurídico ya que la tesis mantenida por este, de que no hay otro derecho que el que procede de la voluntad del legislador viene desmentida por la afirmación de los autores de la escuela de que el derecho, todo derecho, se origina en las secretas intimidades del siempre vivo espíritu del pueblo.