

dio de la historia del derecho, todos los elementos vivos, todos los dogmas, normas e institutos reconocidos que se encuentran en las fuentes del derecho romano, canónico y germánico, haciéndoles confluir en provecho de las generaciones presentes y de transmitirlos con las nuevas conquistas a la posteridad.

Encuétrase ese desenvolvimiento de la ciencia jurídica en un perfecto acuerdo con la corriente del siglo. Todo, como el deseo de reformas de los diez últimos años del siglo pasado, tenía su causa particular y su justificación en la situación decrepita del Estado y de la sociedad, y ha de considerarse como una lucha necesaria de la razón contra los inconvenientes intolerables de una sociedad envejecida, así se buscó en la ciencia del derecho la salvaguardia de la barbarie, gracias a las armas afiladas de la razón y de la filosofía, haciendo valer el derecho que nace a la vez con nosotros.

Habíase la jurisprudencia momificada hasta tal punto en un hueco formalismo, en un espíritu pedantesco y sin tacto, en una adoración estéril de la autoridad, que la doctrina racionalista del derecho natural en consideración a este estado y a esta manera de ver, no sólo encontró acogida sino también base. Lo que existía parecía tan sin razón, que se huyó del desierto ininteligente del presente por el campo de la abstracción que se esperó de un estado ideal y de la igualdad eterna del derecho por todos los hombres, derecho que con intención se estableció sobre las bases mal comprendidas del derecho positivo.

Aun cuando se pudo considerar ese celo por las reformas como un progreso, no podía sin embargo, vista su tendencia superficial, considerarse como una transacción. Fué sobre este terreno en el que se elevaron hombres que, como Gustavo Hugo, —1764-1844,—en Gottingue, Heise en Jena, Thibaut en Heidelberg, etc., aplicaron a la jurisprudencia los resultados y los métodos tomados a otros campos, provocando una manera más profunda y más lógica de estudiar el derecho. Sin embargo, todos esos hombres estaban aún colocados en el terreno del racionalismo, y aun cuando apreciaban mejor que sus antecesores el valor de la historia del derecho, no veían aun la tarea esencial de la ciencia más que en un método filosófico, para concordar las prescripciones de Justiniano con las exigencias del sentido común y de la razón natural.

Sólo la escuela románica que al lado de tantas cosas enfermizas y barrocas produjo tan nobles aspiraciones, que de las ruínas del pasado supo ex-

traer tantos materiales preciosos para el ornato y enriquecimiento del presente, comunicó a la jurisprudencia su poderoso estimulante.

Juntando a su espíritu crítico y filosófico la profunda investigación histórica, penetrando con tacto e inteligencia en la misma naturaleza y carácter particular de los pueblos y de los tiempos, siguiendo el trabajo intelectual de las generaciones pasadas y presentando bajo su verdadero aspecto sus ideas y sus modos de ver, obtuvo ese resultado, que los célebres jurisconsultos, que se habían impresionado por el espíritu románico, llevaron la ciencia del derecho a una altura considerable.

Federico Carlos de Savigny, —1779-1861,—descendiente de una noble familia de la Alta Lorena emigrada a Alemania, el mismo originario de Francia, profesor muy estimado de las universidades de Masburg, de Landshut y Berlín, y en fin, hecho célebre como hombre de Estado y ministro, llevó todo el ardimiento intelectual de su época por la ciencia del derecho y dió a la nueva era que se abría para la jurisprudencia una poderosa impulsión, convirtiéndose en jefe de la escuela histórica del derecho. Luego de haber establecido en su excelente libro *El derecho de propiedad*, el modelo de un verdadero método jurídico, puso una base sólida para el estudio histórico y dogmático de esta rama capital de la ciencia del derecho en sus dos obras capitales: *Historia del derecho romano en la Edad media* y *Sistema del derecho romano actual*.

Con la caída de Napoleon y la constitución de la confederación germánica, se manifestaron un nuevo fin y nuevas tendencias en la doctrina política y en la doctrina jurídica, logrando eco en la ciencia.

Thibaut, —1772-1840,—pidió en el verano de 1814, «desde lo más íntimo de su corazón,» en un folleto célebre, *Sobre la necesidad de un derecho político común a toda Alemania*, el establecimiento de un código común arreglando el derecho público en Alemania; Savigny, por lo contrario, en su pequeño escrito: *De la misión de nuestra época sobre la legislación y la ciencia del derecho*, desaconsejó semejante tentativa y probó que el verdadero derecho nacional de un pueblo no era el producto de una sabiduría legislativa, sino como su lengua, su arte y sus costumbres, el resultado orgánico del genio de la nación, el resumen de los trabajos de todos los siglos. En esta disensión podíanse ver los gérmenes y las raíces de la antigua y doble escuela; pero llegada ya a una tal elevación que la reconciliación y el acuerdo eran posibles habiendo entrado por el buen camino.

Basábanse los dos puntos de vista, como sus representantes, en una cultura científica y un conocimiento del derecho muy extensas; los dos perseguían un método histórico filosófico científico; los dos tenían un fin patriótico. Las opiniones sólo diferían acerca de la concepción y la naturaleza del bien supremo en la justicia.

La última palabra del derecho nacional, el fin verdadero y el objeto de la ciencia del derecho se encontraban en la suma de las costumbres populares, en el derecho de las costumbres, y en las instituciones legadas a la nación por el pasado, ó se encontraban en una actividad legislativa producida por el concurso de la ciencia y de la autoridad gubernamental con todos los recursos de la razón, de la experiencia y de la inteligencia.

Era esta, pues, una guerra civil que producía los mejores resultados para la jurisprudencia y en la cual no había más que victorias por celebrar y en modo alguno derrotas que deplorar. De una y otra parte se mantenían en el campo de batalla y de una parte y otra se había puesto el botín en punto seguro. Habíanse aprendido a conocer las partes, habíanse ensayado las armas y se las podría emplear en adelante para nuevas conquistas.

Si la historia, con sus ciencias accesorias, la crítica y la interpretación, fué de un gran auxiliar a la lingüística y a la arqueología para crear, clasificar y elucidar los materiales, y si, gracias a un método científico sano, se habían elevado hasta resultados positivos, no por esto quedó menos a la razón y a la filosofía la grande tarea de aplicar a la vida práctica los productos del trabajo intelectual, los resultados de estudios escrupulosos y atildados.

Armados de tales fuerzas y de tales experiencias, continuaron los sabios colaborando a la edificación del templo grandioso de la ciencia del derecho, y aun cuando por sus trabajos se hubieran separado y hubieran seguido caminos particulares, jamás por esto perdieron de vista el plan de conjunto, las leyes del trabajo y el fin general.

Si Savigny y Thibaut tenían puntos de vista diferentes acerca de la misión de la época en cuanto a las creaciones legislativas, los dos, sin descanso, esforzábanse en explicar el derecho romano en sus cursos académicos y en sus escritos, probando por la historia de su origen, de su desenvolvimiento, de su coronamiento, de su potencia y de su alcance en todas las épocas, la marcha del progreso en la ciencia jurídica, refiriendo a las disposiciones aisladas de los Pandectas, sobre todas las situaciones de la

vida social, un juicio jurídico para todos los casos del derecho privado.

Encontraron los jefes de los romanistas un digno colaborador en el historiador Niebuhr, citado más arriba, cuyo espíritu de investigación, tan penetrante y tan rico en saber, hizo una luz inesperada, no sólo sobre el desenvolvimiento interior de la civilización romana, sino también, gracias al método indicado, sobre todas las ciencias históricas del interior y del exterior.

Jóvenes escritores siguieron luego las huellas de esos jefes de fila, guardando el tesoro conquistado, lo aumentaron y presentaron la historia del derecho romano durante todos sus períodos en numerosos manuales y resúmenes, clasificando y explicando la materia jurídica contenida en el *Corpus juris*, de conformidad con los métodos especiales y haciendo el comentario de cuestiones ó de problemas particulares en tratados separados.

De esta suerte enseñó el sucesor de Thibaut en la cátedra de derecho romano, K. A. de Vangeroso, un romanista muy querido en toda Alemania hasta el día de su muerte, —10 de Octubre de 1870;— así interpretaron el derecho romano, imbuidos de la doctrina de Savigny y Niebuhr, Ed. Böckiny y Fernando Walter en Bonn; K. G. de Wächter en Leipzig; así enriquecieron la ciencia del derecho con ingeniosos trabajos sobre la historia y la dogmática que difundieron la luz y la vida por el campo entero del derecho romano G. Fr. Puchta, —falleció en 8 de Enero de 1846;— F. L. Keller, —muerto el 12 de Septiembre de 1860;— Bethman Hallweg, en Berlín; Jhering, en Giessen y en Viena; Windscheid, en Munich y más tarde en Heidelberg, amén de otros profesores que profesaron en otros puntos.

No fué sólo el derecho romano el que tomó tan poderoso vuelo gracias al auxilio e influencia de esos hombres; el *derecho germánico*, también, ganó en ser desenvuelto y profundizado por sus estudios científicos.

Ya en el siglo XVIII se había separado el derecho alemán del derecho romano, y el sabio Püter, —1725-1807,—había intentado el ensayo de establecer un derecho común privado en Alemania. Pero no fué más que el interés despertado por la escuela romana, por el pasado histórico y la vida intelectual de la Edad media, lo que condujo al escrupuloso estudio de las instituciones jurídicas alemanas.

Tras Biener, —1748-1828,— que comenzó sin poderla terminar una obra muy notable por su exactitud y su estudio de las fuentes, sobre la his-

toria del derecho germánico; K. Fr. Eichorn,—1781-1854,—que dirigía con Savigny y Göschen la *Revista histórica de la ciencia del derecho*, con su gran obra *Historia de la política y del derecho alemanes*, y Jaime Grimm, igualmente amigo y discípulo de Savigny, con sus *Antigüedades del derecho alemán*, inauguraron un nuevo período para la concepción e interpretación del derecho germánico.

Cuando este último, penetrando en las profundidades de la vida del pueblo, reunió e hizo valer todo lo que las costumbres, la lengua y la vida íntima tenían de común con las costumbres jurídicas, Eich-



ENRIQUE MARÍA DE HESS, pintor alemán

horn presentaba sistemáticamente la rica materia con orden y clasificación científicas, reportando los estudios hechos en el sentido de las instituciones existentes y del derecho actualmente en vigor, y dió con su ejemplo y con su iniciativa, un poderoso impulso al estudio del derecho alemán.

Manifestóse después, un gran celo y un interés eminentemente patriótico por este estudio, publicándose las fuentes examinadas con minucioso cuidado y con una crítica concienzuda y severa, trabajos sobre la historia de ese derecho en Alemania entera ó respecto de algunas localidades, redactándose

manuales de derecho privado como los de Mittermaier, Maurenbrecher, Gerber, etc.; y profundos exámenes de ciertas cuestiones.

Abriéronse paso con esto muchas maneras de ver iluminándose, con vivo esplendor, ciertos puntos oscuros de la historia.

Así como los trabajos históricos de Niebuhr hicieron dar grandes pasos sobre el conocimiento del derecho romano, de la misma suerte fué desenvuelto el derecho germánico por las investigaciones históricas y las obras ya citadas más arriba de Waitz, Pertz, Wattenbach, Giesebrecht, etc.; á las cuales vinieron á juntarse los trabajos sobre la historia del derecho de Stoble, Homeyer, Albrecht, Beseler, Philipps, Walter, Zoepfl, etc. Waitz sobre todo había adoptado un método fecundo, no procurando explicar la antigüedad más que por sí misma, pero siempre refiriendo y presentando cada hecho aislado con sus consecuencias ulteriores.

*Derecho público y político.*—Esos estudios emprendidos y sostenidos por el espíritu nacional y

por el patriotismo, no fueron menos útiles al derecho civil que al derecho público, tanto más cuanto que esta parte de la jurisprudencia, como en toda la ciencia política, se manifiesta una doble corriente, de las cuales una era histórico-positiva, y la otra filosófica-política. Esta última tenía por punto de partida la teoría del contrato social originaria de Francia; la primera tenía su base en el sistema feudal del antiguo imperio alemán.

El derecho público que se refiere directamente á las situaciones políticas existentes, se encuentra mejor que otro alguno bajo la influencia de las ideas del tiempo y de los sucesos históricos. Es, pues, de todo punto natural que el método de Pütter y de su escuela, que tomaba por base el antiguo derecho público del Imperio, se haya hundido á la vez que se disolvía el imperio alemán.

La fuerza de los sucesos y el desacuerdo en las opiniones sobre la Revolución francesa y sus doctrinas, se hicieron sentir igualmente en adelante en las teorías del Estado y en el derecho público.

La filosofía, sobre todo el idealismo de Fichte, procuró ante todo establecer teóricamente, de conformidad con el ejemplo de Rousseau, las nociones sobre el Estado y sobre la vida social, y sin tener en cuenta la realidad, llegó á resultados que proclamaban, al igual del político francés, que un contrato social era el lazo legal de todas las comunidades políticas, pero que, al mismo tiempo, daban al organismo político una fuerza que contenía los gérmenes del absolutismo; pero bien pronto, bajo la influencia de los sucesos históricos y de las ideas de restauración histórica y románica, se produjeron

las más grandes divergencias en las opiniones y en los sistemas sobre la política y el derecho público.

Los hechos cumplidos en Francia distraían los espíritus de los principios republicanos que descansan sobre la soberanía del pueblo y la voluntad nacional. Desde Burke y Gentz el principio conservador del *statu quo* se convirtió en creencia de la sabiduría política; con el tiempo la doctrina del poder sagrado de la legitimidad asocióse á ella.

Durante el período de la confederación del Rin se desarrolló la idea política, desde el punto de vista filosófico y práctico, en el sentido de un ultra-



Cuadro de E. M. de Hess

monarquismo; la omnímoda facultad del Estado ó del soberano se convirtió en un dogma.

Después del Congreso de Viena, y sobre todo después de la Revolución de Julio, la constitución mixta ó representativa que había tomado raíz en el suelo inglés y que, cambiada en constitucionalismo ó parlamentarismo se había introducido en todos los Estados alemanes, se convirtió en la forma política dominante, esgrimiendo en pro ó en contra sus armas intelectuales los más eminentes profesores de derecho público. En su consecuencia, las obras sobre el derecho público y la política, aun cuando las teorías en los detalles tengan más de un punto común y se toquen por más de un extremo, pueden reunirse en tres grupos.

Mientras Klüber,—1762-1837,—«el padrino de la alianza Alemana» discípulo de Pütter, mantenía en su *Manual del derecho público alemán* el punto de vista histórico, pero tomando en consideración las teorías políticas del siglo; los profesores de derecho público tan reputados como Carlos de Rot-

teck y Teodoro Welcker,—1790-1869,—predicaban con sus discursos y con sus escritos por la extensión de los derechos del pueblo y de la libertad individual, en frente del poder gubernamental y de sus órganos.

Rotteck proclamaba más bien, bajo la influencia de Kant, el derecho natural y racional, sintiéndose más arrastrado hacia la democracia ideal de Rousseau que hacía la monarquía constitucional.

Welcker aspiraba, siguiendo el camino filosófico histórico, por un régimen legal, basado en la razón, el libre arbitrio y la historia, y cuyo fin debía ser, por la conjunción de la virtud y de la filantropía la felicidad universal; dando la preferencia á un gobierno representativo moderno con una mezcla de elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos.

Como adversario de esos primeros defensores del liberalismo se presentó Carlos Salomón Zachariä,—1769-1843.—En su principal obra *Cuarenta libros sobre el Estado* y en sus otros escritos consagrados á las ciencias políticas, emitió la opinión de