

La teoría de la representación como aleph de la filosofía jurídica de F. C. Savigny *

Por FEDERICO FERNÁNDEZ-CREUHET
Universidad de Almería

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. ALGUNAS INTERPRETACIONES POCO ADECUADAS.-III. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN: RELACIONES E INSTITUTOS JURÍDICOS.-IV. EVOLUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA. V. LA IMPORTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN EN LA PERSONA JURÍDICA. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha afirmado autorizadamente que el ámbito propio de la representación es el de la Teoría General del Derecho¹. Sin embargo, en las siguientes líneas no se trata de esbozar una teoría sistemática sobre la representación jurídica, sino de utilizarla para desentrañar algunas de las complejidades del pensamiento jurídico de Savigny. La representación se presta a esta estrategia por dos razones: en primer lugar, es uno de los lugares centrales de la obra de Savigny que, con el paso de los años, se reconstruye, de diferente modo, plasmando la evolución

* En el semestre de invierno 2003-4 realicé una estancia de investigación en el Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt; este artículo es uno de sus resultados. Quisiera agradecer a la Pr. Dr. Marie Theres Fögen la amabilidad que tuvo al brindarme una excelente atmósfera intelectual, así como todos los medios necesarios para desarrollar mi trabajo.

¹ «La representación es una figura que, en línea de principio, comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los que no tienen carácter negocial. Por ello trasciende al Derecho Privado y se sitúa como un supraconcepto en la teoría general del Derecho» (DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1979, p. 33).

jurídica de su pensamiento. Y, en segundo lugar, la representación incide sobre conceptos jurídicos fundamentales –como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la persona jurídica, etc.– que, por el papel central que ocupan en su pensamiento, constituyen un síntoma de cómo se construye –bajo qué presupuestos y cosmovisiones– un sistema jurídico.

En este trabajo tratamos de hacernos eco tanto de la nueva bibliografía como de otra, ya más clásica; ambas dibujan, conjuntamente, un nuevo perfil de la figura del insigne jurista y, de este modo, ofrecen algunas claves para comprender más adecuadamente el pensamiento jurídico de Savigny y la Ciencia Jurídica alemana en el siglo XIX².

II. ALGUNAS INTERPRETACIONES POCO ADECUADAS

Es necesario despejar el campo de la literatura secundaria de algunos tópicos. El paradigma que, a veces, se ha empleado para reflexionar sobre el pensamiento de Savigny y de la Escuela Histórica, se establece –primer *Leit Motiv* erróneo– sobre la base de un tratamiento histórico-anticuario del material histórico. A menudo, la Escuela Histórica ha sido criticada por adoptar una postura hierática frente el acontecer histórico-jurídico: defiende un punto de vista estático que ordena, clasifica y mitifica los diferentes institutos jurídicos, sin tener en cuenta la realidad presente. El estado jurídico mitificado –segundo lugar común–, desde el que se interpreta y se crean conceptos jurídicos poco aplicables, sería el Derecho Romano. Estas dos afirmaciones

² La recuperación y el nuevo impulso del estudio de la obra de Savigny comienzan con la ya clásica monografía de RÜCKERT, J., *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1984. Joachim Rückert ha estimulado la recuperación de las lecciones de Savigny. Entre estos nuevos textos se encuentran: SAVIGNY, F. C., *Vorlesungen über juristische Methodologie, 1802-1842*, editada por Mazzacane, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993. SAVIGNY, F. C., *Materialien zum «Geist der Gesetzgebung»*, editados por Hidetake Akamatsu und Joachim Rückert, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000. SAVIGNY, F. C., *Landrechtsvorlesung*, editado por Wohlschläger, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993, y segundo volumen, 1998. SAVIGNY, F. C., *Pandektenvorlesung, 1824/25*, editado por Horst Hammen, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993. Sobre la teoría de la representación en la obra de Savigny, HÖLZL, F. J., *Friedrich Carl von Savignys Lehre von der Stellvertretung. Ein Blick in seine Juristische Werkstatt*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2002. Sobre el concepto de persona jurídica, en concreto: HENKEL, W., *Zur Theorie der Juristischen Person im 19. Jahrhundert. Geschichte und Kritik der Fiktionstheorie*, Universität Göttingen, Göttingen, 1972, p. 29. Sobre la idea de organismo, COING, H., *Bemerkungen zur Verwendung des Organismusbegriffs in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in Deutschland*, 1973, pp. 147 ss. Otros textos, que afrontan la obra de Savigny, y son clásicos: LARENZ, K., *Methodenlehre*, Berlín, Springer, 1983, p. 11 ss. y WILHELM, W., *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Laband aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1958, pp. 46 ss.

se pueden encontrar en diversos pasajes de la literatura filosófico-jurídica moderna. Uno de sus principales y más insignes defensores fue —al menos, en un primer momento— Hermann Kantorowicz en su trabajo *Was ist uns Savigny?* (1912)³.

La perspectiva desde la que, a mi juicio, se puede abordar con mayor coherencia y éxito el estudio de la totalidad de la obra de Savigny —y de este modo, se aleja de estos y otros lugares comunes— es, precisamente, expuesta por Savigny en su *Metodología Jurídica* y repetida, de un modo u otro, en toda su obra: la Ciencia del Derecho está unida tanto a la Historia como a la Filosofía; entendiendo esta última como el análisis sistemático del Derecho⁴. La idea de que el Derecho es, al mismo tiempo, Historia y Sistema, es uno de los sillares fundamentales sobre el que Savigny construye su sistema jurídico⁵.

La teoría de la representación, desarrollada por Savigny a lo largo de su obra, es la plasmación de este principio. La representación es un instituto jurídico que refleja las diferentes relaciones jurídicas existentes en la realidad y, por tanto, cuando la realidad social se transforma, las instituciones jurídicas también se modifican. Será necesario, aunque sea brevemente, analizar estos dos conceptos —relaciones jurídicas e institutos jurídicos—, pues muestran, de modo general, el funcionamiento y la relación entre Historia y Sistema (Filosofía).

Aclarando cuál es el significado de estos conceptos —relación jurídica e instituto jurídico—, no sólo se aclaran dos lugares centrales de la

³ KANTOROWICZ, H. U., *Was ist uns Savigny?* Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1912. En un trabajo posterior, titulado *Schriften*, de 1930, Kantorowicz reconoce sus errores, causados por el desconocimiento de la Metodología Jurídica de Savigny. KANTOROWICZ, H. U., «Rechtshistorische Schriften», en *Freiburger Rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen* (Hrsg. v. Helmut Coing u. Gerhard Immel), Karlsruhe, C. F. Müller, Bd. 30, 1970, pp. 465 ss.

⁴ SAVIGNY, F. C., *Vorlesungen*, cit., pp. 88 y 87. Este aspecto ha sido subrayado claramente por Mazzacane en su estudio introductorio a la metodología. MAZZACANE, A., «Jurisprudenz als Wissenschaft», en *Vorlesungen*, cit., p. 30.

⁵ Precisamente en sus dos principales obras Savigny recoge ambos aspectos. En *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, se trata de mostrar la continuidad del Derecho Romano en la Edad Media. Allí se presenta una ligera filosofía de la historia, cuyos principales tópicos son la evolución y el desarrollo del Derecho por medio algunos sujetos colectivos (Universidad, Nación, Glosadores, etc.). En *System des heutigen Römischen Rechts* el punto de partida es el sistemático; así se afronta la persona jurídica, los derechos reales y, por último, los derechos de obligaciones en su *Obligationenrecht*, que, como es sabido, aunque separado de *System*, es un elemento fundamental de éste. Pero, además, en *Geschichte* se presentan algunos elementos que, años más tarde, se desarrollarán en *System*; «estructura jurídica», «instituto» y «relación jurídica» —por citar algunos ejemplos—. También en *System* se nos ofrece una comparación entre dos momentos históricos: la codificación justiniana, de un lado; el derecho agrario prusiano, de otro. No se trata de un sistema de Derecho Romano en reposo, sino en evolución. Historia y Sistema —Filosofía— se complementa, no se excluyen. SAVIGNY, F. C., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, Mohr, 1834-1851 (hoy en la edición fotomecanizada de Scientia Verlag). SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp, 1840-48. SAVIGNY, F. C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp, 1851-53.

obra de Savigny, sino que, además, se establecen las bases para comprender adecuadamente otras importantes figuras jurídicas como la representación.

III. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN: RELACIONES E INSTITUTOS JURÍDICOS

En la obra de Savigny, el Derecho no se escinde de la vida, sino que «el Derecho es la vida misma contemplada desde un punto de vista concreto»⁶. Savigny subraya, por medio de la teoría de la representación, el lugar preferente que corresponde a la vida en sus obras, así como su importancia para modular el Derecho.

Sobre este doble principio vital, enunciado en *Beruf*⁷, según el cual el Derecho se escinde en una parte histórica y en otra técnica, se profundiza en *System*, en concreto en los §§ 4 y 5⁸. Allí se aborda la diferencia entre relaciones jurídicas (*Rechtsverhältnisse*) e institutos jurídicos (*Rechtsinstitute*). Estos conceptos presentan una enorme complejidad⁹. Por ahora, baste con subrayar que las relaciones jurídicas miran al lado de la vida; los institutos, en cambio, están orientados hacia los conceptos jurídicos, tratados éstos desde el punto de vista sistemático del Derecho¹⁰. La representación jurídica es un instituto

⁶ SAVIGNY, F. C., *Beruf*, cit., p. 30 (*Materialien*, cit., p. 230).

⁷ SAVIGNY, F. C., *Beruf*, cit., *ibid.*

⁸ SAVIGNY, F. C., *System I*, cit., pp. 6 ss.

⁹ Utilizo la expresión institutos jurídicos, y no instituciones jurídicas, para evitar el carácter, *a priori*, de realidades ya constituidas que posee el término institución jurídica. Sobre el concepto de relación jurídica y su genealogía debe traerse a colación el excelente trabajo de HANS KIEFNER, «Zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte des §52 über das "Wesen der Rechtsverhältnisse"», en KIEFNER, H., *Ideal wird, was Natur war. Abhandlungen zur Privatgeschichte des späten 18. und 19. Jahrhunderts*, Goldbach, Keip, 1997, p. 154. Allí ofrece una interpretación auténtica de la génesis de este texto. Para ello utiliza algunas cartas de Savigny dirigidas a distintos amigos –Rudorff, Puchta, Bentahm-Hollweg– donde muestra cómo Savigny une la esencia del Derecho a Dios. Sin embargo, sus colegas, sobre todo Rudorff, haciendo gala de un sentido jurídico ayuno de espíritu iusnaturalista, le convence para que excluya sus reflexiones teológicas en el marco de un estudio sistemático del Derecho Romano. La redacción final del § 52 no queda libre, no obstante, de cierto carácter críptico.

¹⁰ Se ha tratado, incluso, de establecer una relación entre el institucionalismo de Hariou y el concepto de relación jurídica e instituto jurídico expuesto por Savigny y Stahl. FORSTHOFF, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1*, München, C. H. Beck, 1966, p. 159, nota 1. Una crítica acertada para diferenciar entre los conceptos de institución jurídica e instituto jurídico en KIEFNER, H., «Lex Fratre a fratre Institution und Rechtsinstitut bei Savigny», en: KIEFNER, H., *Ideal wird, was Natur war. Abhandlungen zur Privatgeschichte des späten 18. und 19. Jahrhunderts*, Goldbach, Keip, 1997, p. 130. Tal y como Kiefner argumenta, Savigny confiere al contrato matrimonial un carácter especial; sólo en este sentido emplea el término institución. No he encontrado ningún lugar de la obra de Savigny donde utilice el término institución; en cambio sí emplea, frecuentemente, la palabra *Institut*.

jurídico, que regula una serie de relaciones jurídicas, las cuales se transforman a lo largo de la historia. En orden a la claridad expositiva es conveniente tener presentes las siguientes consideraciones:

1. La diferencia entre relaciones jurídicas e institutos jurídicos –queremos enfatizar sobre este aspecto– puede ser mal comprendida si no se acentúa su estrecha vinculación con la Historia en la que, según Savigny, está anclado el Derecho. En ninguno de los dos casos se trata de estructuras meramente formales¹¹. A mi juicio, si entendemos de este modo el sistema jurídico de Savigny, lo distorsionamos.

Con este enfoque, que imbrica las relaciones jurídicas y los institutos jurídicos en la realidad vital, Savigny quiso distanciarse de una Ciencia del Derecho extraña a la vida, peligro que no exorcizaron algunas construcciones del Derecho Romano y, también, coordinar el aspecto técnico jurídico con el político. No creo que sea adecuado afirmar, como lo hace Walter Wilhelm, que «la institución jurídica es un cómodo expediente expositivo, más que una figura exactamente delineada»¹². Los contornos de ambas figuras, relaciones jurídicas e institutos jurídicos, recortan sus siluetas sobre el fondo del otro, de modo que una teoría como la expuesta por Savigny en *Beruf y System*, nos debe hacer dudar del aserto de Wilhelm¹³.

2. Las relaciones jurídicas se pueden clasificar a juicio de Savigny en tres esferas distintas. Se emplea en *System* el símil de los tres círculos concéntricos: el primero de ellos recoge el yo, el yo original (*ursprüngliches Selbst*). En el segundo ámbito, se incluye la familia que amplía el propio yo y que, por tanto, ineludiblemente, también algunas de sus actuaciones deben permanecer al margen de la regulación jurídica. Por último, el mundo exterior en el que se desarrolla el derecho patrimonial, en su doble vertiente: derechos de obligaciones y derechos reales¹⁴. Las relaciones jurídicas, que acotan el instituto jurídico de la representación, se insertan, como exponremos a continuación, en el segundo y tercer ámbito, por eso nuestras consideraciones se circunscribirán a ellos.

¹¹ En su *Metodología Jurídica*, Karl Larenz ha interpretado la teoría jurídica de Savigny, creando una pirámide de conceptos que, con la ayuda de la teoría del dominio de la voluntad, forman un sistema jurídico cerrado y demasiado formal. Así, escribe: «respecto a esto, es característico el modo como el propio Savigny construye su sistema de Derecho privado. Forma un concepto abstracto de relación jurídica como una “soberanía de la voluntad” y, a partir de él, efectúa una división lógico formal de las relaciones jurídicas-privadas según los objetos principales de “soberanía de la voluntad”» (LARENZ, K., *op. cit.*, p. 15).

¹² WILHELM, W., *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Laband aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1958, p. 47.

¹³ El propio Savigny pone de manifiesto la importancia de la vida en el Derecho: «el Derecho no tiene existencia por sí mismo, su esencia reside, más bien, en la propia vida de los hombres, vista desde un punto de vista determinado» (SAVIGNY, F. C., *Beruf, cit.*, p. 30).

¹⁴ SAVIGNY, F. C., *System, I, cit.*, pp. 344 ss.

IV. EVOLUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA

La teoría de la representación defendida por Savigny mantiene una estrecha conexión con su teoría de las relaciones e institutos jurídicos. Pero aquélla, además, debe ser interpretada teniendo presente los distintos períodos, que jalónaron su vida académica. Tres ciudades, Marburg, Landshut y Berlín son importantes puntos de referencia para delimitar sus construcciones teórico-jurídicas.

a) La época de Marburg

Durante estos años son varios los lugares de sus obras en que Savigny trata la representación jurídica¹⁵. Un espectro tan amplio de materiales, como era de esperar, ofrece una riqueza de consideraciones que no puede ser resumidas con justeza en las breves líneas que les dedico a continuación.

La primera referencia que se encuentra en la obra de Savigny sobre la teoría de la representación está recogida en las notas sobre las pandectas de Böhmer. Según Savigny, en los albores del Imperio Romano, la representación estaba restringida al ámbito del *ius civile* y limitada a casos muy concretos como, por ejemplo, la adquisición de la posesión y de la propiedad. Esta interpretación, que circunscribe la representación al ámbito del derecho de familia, es decir, al segundo de los círculos concéntricos al que hacíamos referencia anteriormente, subraya el carácter orgánico que para Savigny define el Derecho: las personas no son seres aislados, sino que su realidad jurídica, sus relaciones jurídicas deben ser contextualizadas en relación con el lugar que ocupan en la sociedad, en este caso, en la familia. Sólo será posible la representación —aplicando de modo estricto el lugar del digesto D 41.I. 53¹⁶— cuando ésta sea realizada por el esclavo o por el hijo, esto es, por aquellos que están bajo nuestro poder o en los casos anteriormente mencionados —adquisición de la propiedad o de la posesión—.

¹⁵ En concreto, los materiales son los siguientes: las anotaciones realizadas por Savigny de los *principia iuris civilis* de Hofacker (semestre de invierno de 1798/1799); las notas sobre las pandectas de Böhmer (semestre de verano de 1801); las glosas de las lecciones de Historia de Hugo (semestre de invierno de 1801/1802); los materiales que Savigny emplea para la redacción de *Besitz*, así como el propio manuscrito de esta obra y, por último, las notas manuscritas de los Grimm, tomadas en las lecciones de Metodología dictadas por Savigny (semestre de invierno de 1803/1804). HÖLZL, F. J., *Lehre, cit.*, pp. 70 ss.

¹⁶ El texto completo del Digesto es: «Adquirimos para nosotros lo que adquirimos por Derecho Civil mediante los que se hallan bajo nuestra potestad; por ejemplo, por estipulación; lo que se adquiere naturalmente [y no por Derecho Civil], como la posesión, lo adquirimos para nosotros, mediante cualquier persona, si queremos poseerlo» (AA. VV., *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, Madrid, 1975, D, 41, I, 53).

Quizá la obra más señera del período de juventud de Savigny sea *Das Recht des Besitzes*¹⁷. Una comprensión de la representación jurídica –en el seno de este trabajo– se obtendrá analizando no sólo el texto finalmente publicado, sino los materiales empleados para su redacción¹⁸. Además, las tesis sobre la teoría de la representación defendidas en ambos lugares presentan algunas diferencias. Efectivamente, en los notas para la redacción de *Besitz* –escribe Hölzl– no hay una teoría sistemática sobre la representación aplicable a las obligaciones jurídicas sino, tan sólo, algunas reflexiones sobre la adquisición de la posesión por medio de tercero¹⁹. Savigny diferencia, como había hecho en otros trabajos anteriores, entre la adquisición de la posesión por aquellos que dependen del *pater familias* y la realizada por el extraño. A este último lo designa como representante que, en este contexto concreto, significa: «persona que interviene como intermediario voluntariamente»²⁰. Y a él hace corresponder la segunda parte del D. 41. I. 53, esto es, el pasaje que comienza en *quod naturaliter* y concluye en *adquiritur*. La conclusión: Savigny, en los materiales utilizados para la redacción de *Besitz*, admite la representación por medio de persona extraña, pero requiere la voluntad del representado. Curioso es que, poco tiempo después, en el texto definitivo de *Besitz*, sostenga que la posesión puede ser adquirida por un extraño que no esté bajo la potestad del *pater familias* e, incluso, también se pueda adquirir la propiedad cuando ésta se produzca a través de la posesión, esto es, por la *traditio* o por la *occupatio*»²¹.

Las relaciones jurídicas, que se articulan por medio del instituto jurídico de la representación, ya no quedan tan sólo en el seno del derecho de familia, es decir, no son sólo relaciones que regulan las actuaciones del padre con respecto al hijo o al esclavo, sino que, en determinados casos, se extienden más allá: a los espacios patrimoniales que regulan las relaciones con terceras personas ajenas al espacio doméstico. Este aspecto es de especial importancia, pues supone un

¹⁷ SAVIGNY, F. C., *Das Recht des Besitzes*, Giessen, Heyer, 1803.

¹⁸ La importancia de estos materiales es de primer orden, ya que Savigny tarda tan sólo seis semanas en escribir esta obra, mientras que trabaja sobre los materiales –que se recogen en 368 cuartillas– durante cinco meses.

¹⁹ HÖLZL, F. J., *Lehre, cit.*, p. 79, en concreto nota 378. Estos materiales son consideraciones sobre las fuentes y citas de ellas.

²⁰ HÖLZL, F. J., *ibidem*.

²¹ SAVIGNY, F. C., *Besitz*, § 26, S. 249. «Así, la posesión puede ser adquirida también por medio de los representantes que no están bajo nuestro poder, e incluso la propiedad debe ser adquirida a través de la posesión, esto es, por medio de la *Traditio* o de la *Occupatio*...». Caso distinto es la adquisición de obligaciones por medio de representante que, construida de modo paralelo a la adquisición de la posesión, requiere: 1. El actuar del representante debe contener *factum apprehensionis* y ser realizado con *animus possidendi*. 2. Es necesario que el poseedor adquiera esa posesión para él. 3. Entre representante y poseedor es necesario que exista una relación jurídica (*juristisches Verhältniss*). SAVIGNY, F. C., *Besitz, cit.*, § 26, pp. 242 ss. Sin embargo, hay que insistir en que, en estos primeros trabajos, aún no se aplica la teoría de la representación ni al nacimiento ni a la pérdida de obligaciones.

desplazamiento del instituto de la representación hacia el espacio más exterior de los círculos concéntricos, aquel que contenía las relaciones patrimoniales y los derechos reales.

Otra de las fuentes importantes –y raramente traída a colación, para analizar el período de Marburg– son los manuscritos de Jacob y Wilhelm Grimm²². Pues bien, en estos escritos, se nos presenta una interpretación de carácter casuístico de este lugar fundamental del Digesto (D. 41.I.53)²³. La representación, por medio de representante voluntario, sólo es admitida en el caso de la posesión y de la adquisición de la propiedad y respecto a las obligaciones solo en las llamadas *adiectitiae actiones*²⁴.

b) La época de Baviera del Sur

De nuevo para analizar las lecciones de la época de Savigny en Landhut, se deben tener presentes las notas anónimas redactadas por uno de sus estudiantes sobre las lecciones de Instituciones e Historia del Derecho, dictadas en el semestre de invierno de 1808/1809²⁵. En ellas no hay un desarrollo ni una profundización en la teoría de la representación. Aparece, no obstante, la dicotomía *ius civile/ius gentium*²⁶, y a partir de ella se realiza una importante modificación de la teoría de la representación. En el ámbito del *ius civile*, la representación sólo será posible entre el padre y aquellos que estén bajo su potestad. Con la ampliación de las fronteras romanas y la aparición de nuevos negocios jurídicos más complejos, que relacionaban al ciudadano romano con el «bárbaro», es necesario ampliar el concepto de representación –al menos así lo creía Savigny– al *ius gentium*²⁷. La ruptura con la teoría clásica de la representación,

²² Como es sabido, los hermanos Grimm fueron alumnos de Savigny y estaban profundamente impresionados con sus clases y su talante intelectual.

²³ Se trata de las notas tomadas de las lecciones de Instituciones (07.02.1803-03.03.1804) y Obligaciones (08.11.1803-14.02.1803), dictadas por Savigny.

²⁴ Entre ellas se incluyen la *actio in rem verso* (enriquecimiento injusto), *actio institoria* (que faculta al esclavo para actuar frente una industria o comercio terrestre), *actio de peculio* (con la que el esclavo era capaz de administrar su patrimonio), *actio quo iussu* (por la que el amo otorga al esclavo poder para realizar las gestiones pertinentes para dirigir un negocio marítimo), etc.

²⁵ HÖLZL, F. J., *Lehre, cit.*, pp. 91 ss.

²⁶ Ya en los primeros períodos se podía hablar de un *ius gentium*. Éste tuvo que ser cada vez más generalizado a medida que se ensanchaban las fronteras de Roma. En estos períodos encontramos que el *ius gentium* y el *ius civile* se forman completamente el uno junto al otro. El *ius civile* se administra por el *praetor urbanus*, el *ius gentium* por el *praetor peregrinus*». ANÓNIMO, *Rechtsgeschichte 1808/9*, Bl. 97. *apud* HÖLZL, F. J., *Lehre, cit.*, p. 94.

²⁷ Kunkel ha encontrado en la aparición del pretor peregrino el nacimiento del *ius gentium*: «[...] hacia la mitad del siglo III a. C. crecieron las relaciones comerciales de Roma tan deprisa que hubo que crear un magistrado especial para procesos entre extranjeros y ciudadanos romanos, el pretor peregrino, *praetor inter peregrinos* o *peregrinus*, como se le llamó para contraponerlo al pretor urbano (*praetor urbanus*), es decir, al antiguo magistrado para procesos entre ciudadanos». KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 84

que limitaba ésta a los casos ya citados –representación del esclavo o del hijo respecto al padre– en el ámbito del *ius civile*, se produce en el estudio de las Pandectas y en las anotaciones que Savigny realiza sobre ellas²⁸. De tal modo que, al final de su época en el sur de Baviera, Savigny admite, de modo general, la teoría de la representación directa por medio de representante voluntario.

La metamorfosis está casi concluida: el instituto jurídico de la representación, que empezó regulando las relaciones jurídicas sitas en el ámbito del derecho de familia, se extiende ahora a las que se producen en el campo del derecho patrimonial. Tan sólo en sus años en la capital prusiana, en Berlín, se desarrollará, hasta sus últimas consecuencias, la teoría de la representación.

c) Bajo los tilos²⁹

Desde 1810 hasta 1842, años centrales de la tarea académica de Savigny, se matiza y precisa, a través de la dicotomía *ius civile/ius gentium*, la teoría de la representación: la representación civil es aquella que realizan las personas sujetas a nuestra potestad (el hijo o el esclavo, por ejemplo). En el ámbito del *ius gentium* se admite la representación, pero sólo en sentido activo, es decir, como representante del acreedor no del deudor. Esta explicación casuística del D. 41.1.53, se encuentra enunciada en las primeras lecciones del semestre de invierno de 1810/1811³⁰. Habrá que esperar al tercer volumen *System* (1840) para encontrar una teoría más desarrollada de la representación. Allí, en nueve condensadas páginas, Savigny admite la teoría de la representación directa, introduciendo importantes reflexiones sobre el carácter histórico de la representación, aceptándola incluso en las épocas más antiguas³¹.

Las últimas reflexiones, que muestran la evolución de la teoría de la representación, las encontramos en el segundo volumen de *Obligationenrecht*. Más de diez años después de la publicación de *System*, Savigny trabaja y publica (1851-1853) dos volúmenes sobre derecho de obligaciones, donde culmina su teoría sobre la representación directa. Desde un punto de vista sistemático, esta obra pertenece al plan de trabajo elaborado años antes para desarrollar *System*³². Pero

²⁸ Cfr. SAVIGNY, F. C., *Pandektenmanuskript*, Bl. 74 y 75 *apud* HÖLZL, F. J., *Lehre*, cit., pp. 99 ss.

²⁹ Bajo los tilos (*Unter den Linden*) es la famosa calle berlinesa donde está ubicada la Facultad de Derecho.

³⁰ REINERT, *Institutionen*, 1811, *apud* HÖLZL, F. J., *Lehre*, cit., pp. 91 ss.

³¹ «¿Qué queda de este sistema justiniano de representación en nuestro Derecho actual? No tenemos estipulaciones ni esclavos. Por ello, para nosotros sólo permanece: la admisibilidad ilimitada de la representación voluntaria, ya que en nuestro Derecho todas las acciones son naturales y porque la representación necesaria por medio de los esclavos no existe ya» (SAVIGNY, F. C., *System*, III, cit., § 113, p. 98).

³² En el prólogo de esta obra Savigny advierte de la relación que enlaza estos dos últimos volúmenes con su sistema de Derecho Romano. SAVIGNY, F. C., *Das*

será en el texto definitivo del segundo volumen del Derecho de Obligaciones, cuando se concluya la estructura de la teoría de la representación. Savigny asegura que éste es el lugar principal de su obra sobre la teoría de la representación³³. La relación entre el representado y el representante no es una relación familiar, basada en el poder, sino una relación jurídica³⁴.

Parece conveniente realizar algunas puntualizaciones que nos permitan recapitular, con cierto orden, los argumentos centrales de nuestra exposición.

1. Desde sus primeros escritos, Savigny no admite la representación directa ni en el Derecho Romano ni en el Derecho actual. Sin embargo, tras el análisis realizado de la teoría de la representación, se percibe una evolución en el pensamiento de Savigny. Estas etapas corresponden, desde luego no casualmente, a la metáfora de los círculos concéntricos, propuesta por el propio Savigny en el § 53 *System*.

1.1 En un primer momento, en los años de joven docente en Marburg y Landhut, la representación se incluye en el ámbito de las relaciones jurídicas que regula el derecho de familia. Así, respecto a las relaciones existentes entre hijos y padres, el Derecho constituye «ciertas limitaciones de la fuerza del padre [*väterliche Gewalt*] sobre los hijos», pero, al mismo tiempo, estos límites han de compaginarse «con la educación de los hijos»³⁵. El punto de vista empírico es patente, pues se trata de regular la relación de una persona concreta con otra; Savigny no alude —al menos, por ahora— a la idea de la voluntad. Además, las relaciones jurídicas (*Rechtsverhältnisse*) pertenecientes

Obligationenrecht, I, cit., p. III, IV. En las notas empleadas para su elaboración se recoge, siguiendo el consejo de Rudorff, la idea de la *bona fides*. Por medio de ésta divide el ámbito del *ius gentium* entre *stricti iuris iudicia* y los *bonae fidei iudicia*, aceptando la representación directa tan sólo en estos últimos. Incluso hay testimonios escritos de las recomendaciones de Rudorff a Savigny. Rudorff es el director de tesis de Jhering. HÖLZL, F. J., *Lehre*, cit., pp. 140 ss.

³³ SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, volumen II, pp. 22 ss.

³⁴ SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, volumen II, pp. 40 ss. Será, también, en el segundo volumen de *Obligationenrecht*, cuando se trate de diferenciar la representación jurídica directa de los contratos realizados por tercero. No obstante, Savigny no concede mucha importancia a una delimitación clara de estos dos institutos jurídicos. SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, volumen II, pp. 83 ss. Esta relación jurídica —entre representante y representado— es una mera relación contractual. En *Obligationenrecht* se recoge una construcción histórico evolutiva de la teoría de la representación. Savigny diferencia entre una representación de primera clase, articulada por medio de las *adiectitae actiones*, con carácter excepcional, típica del antiguo Derecho Romano, ejercitada por el propio pretor para tutelar un interés que no estaba protegido en el *ius civile* de modo directo, y otra clase de representación que aparece posteriormente, en el período justiniano, y, consecuente, es considerada por Savigny como desarrollo del primer tipo. El motivo de la transformación de una acción en otra lo encuentra Savigny en la esencia vital y poliédrica del tráfico jurídico. Así, por medio de la acción adjectiva, Savigny no sólo argumenta a favor de la representación en los casos de pérdida y adquisición de la propiedad sino también en la adquisición de obligaciones.

³⁵ SAVIGNY, F. C., *System*, I, cit., p. 340.

al campo del derecho familiar se conectan entre ellas de un modo completamente distinto al empleado en el derecho patrimonial. Si éstas –las referidas al derecho patrimonial– se basan, bien en la no lesión, bien en el resarcimiento del daño causado³⁶, aquéllas, las relaciones jurídicas de carácter familiar, no se dirigen al resarcimiento del daño causado, sino que «son una relación de una persona con todos los hombres»³⁷. Esto es, no se trata de voluntades, sino de relaciones determinadas entre personas concretas³⁸.

1.2 En el periodo berlinés, Savigny se encamina, cada vez más, a encuadrar la teoría de la representación en el marco del derecho patrimonial, proceso que culmina, como ya hemos mostrado, en su obra *Obligationenrecht*. El punto de partida de la teoría de Savigny sobre las relaciones jurídicas, y especialmente en las relaciones patrimoniales, es la «autonomía de la voluntad» de cualquier persona con capacidad jurídica³⁹.

2. La teoría de la representación no es una construcción teórica creada *a priori*, sino que los argumentos esgrimidos proceden –como hemos tratado de poner de manifiesto– de un análisis, de enorme hondura científica, del Derecho Romano. Después, se construye el concepto jurídico. A pesar de que este modo de proceder adolece de algunos errores –principalmente abstracción– representa un hito en la forma de entender la teoría del Derecho. Savigny tal vez sea el primer teórico del derecho con una auténtica formación jurídica que no crea los conceptos *ex ante* –al modo filosófico iusnaturalista– y luego los aplica a la realidad jurídica; el procedimiento es, justamente, el inverso: se estudian las fuentes, el material jurídico y luego se crea el concepto⁴⁰.

³⁶ SAVIGNY, F. C., *System*, I, *cit.*, p. 337.

³⁷ *Ibidem*, p. 335.

³⁸ En sentido contrario, De Castro presenta la teoría de la representación de Savigny fuertemente unida a una teoría de la voluntad de carácter abstracto: «la explicación ofrecida por Savigny es bien acogida por los partidarios de la teoría de la voluntad en el negocio jurídico. No era aceptable, por el contrario, para los seguidores de la *teoría de la declaración*. Por el hecho mismo de haber centrado el negocio jurídico en la declaración de voluntad, quedaba en segundo término el representado». DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Marisal, 1972, p. 107. Esta interpretación es, a mi juicio, poco adecuada. La teoría de la declaración de la voluntad es un lugar central de la obra de Savigny y, de modo concreto, de su teoría del negocio jurídico. Interpretar a Savigny desde el punto de vista de la voluntad es confundirlo con las teorías de Puchta, de las que el mismo se distancia. SAVIGNY, F. C., *System*, I, *cit.*, p. 337.

³⁹ El reconocimiento de la autonomía privada consagrado en la obra de Savigny [*System*, I, *cit.* p. 12, nota b)], se opone a la idea que se sostiene en la carta enviada a J. Grimm, en la que apoyaba sin titubeos a los señores: «Cuando deseo las clases, no es para limitar el poder de los monarcas, sino para fortalecerlo». STOLL, A., *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlug seiner Briefe*, 3 Bände, Berlín, 1927, II, 261. Cualquier lector atento percibirá que en las cartas personales de Savigny se respira una atmósfera elitista, que no pretendo ocultar. Sin embargo, en sus obras científicas sus afirmaciones son mucho más cuidadosas y matizadas.

⁴⁰ En este caso concreto, Bobbio tiene razón cuando sostiene que la Filosofía del Derecho que permanece en el tiempo es realizada por juristas con preocupaciones

V. LA IMPORTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN EN LA PERSONA JURÍDICA

Como hemos tratado de poner de manifiesto, los romanistas, que se han ocupado de la teoría de la representación jurídica, siguen de modo excesivamente descriptivo los distintos jalones en que Savigny presenta su teoría de la representación. Hay algunos aspectos que arrojan realmente serias dudas sobre la coherencia de esta teoría y que no han sido resaltados con la intensidad debida⁴¹. Estas aproximaciones eluden el importante papel que juega la representación en la persona jurídica y, al mismo tiempo, eluden reflexionar sobre ella. Creo que una de las preguntas centrales de todo el pensamiento de Savigny —pues desvela una forma muy concreta de argumentar— es la siguiente: ¿Por qué la persona jurídica se ciñe exclusivamente a los contornos del Derecho Privado? ¿Por qué, del mismo modo que se acepta la representación como un instrumento fundamental de la persona jurídica, no se emplea para definir la naturaleza del Estado? Será necesario detenerse en la primera cuestión —la naturaleza, funciones y el papel de la representación en la persona jurídica— para luego tratar de analizar el segundo aspecto —por qué no se hace extensible esta construcción a la teoría del Estado—. De estos dos aspectos se desprenden, a mi juicio, importantes consecuencias de carácter filosófico-jurídico.

La construcción jurídica que Savigny erige en torno a la idea de la persona jurídica posee dos facetas que es preciso diferenciar claramente, pero que, al mismo tiempo, guardan una estrecha relación: de un lado, la naturaleza de la persona jurídica; de otro, sus funciones. Advirtamos desde el principio que, en comparación con otros autores que anteriormente habían abordado este tema —por ejemplo aquellos que defendía el *Vernunftrecht*, en concreto Nettelblatt⁴²—, Savigny otorga muy poca importancia a la naturaleza y mucha a cuáles son sus funciones. La esencia se diluye en la función jurídica⁴³. Sin

filosóficas. Esta afirmación no creo que deba ser generalizada, más bien, me parece que es predicable a partir de un momento histórico determinado en que el Derecho y la Filosofía se hacen tan complejos que se dificulta la interdisciplinariedad. Savigny es un magnífico ejemplo —tal vez el primero— de jurista que afronta la Filosofía del Derecho desde una formación jurídica y no desde la filosofía, en sentido estricto. BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres (ed), 1980, p. 93.

⁴¹ La obra de Holz, que es una excelente monografía sobre la representación jurídica, está enfocada desde un punto de vista demasiado romanista. El trabajo de Rückert, que es una obra de envergadura monumental —y al que no queremos hurtar un ápice de su reconocido mérito— se centra en aspectos de naturaleza filosófica que, a mi juicio, distorsionan la obra de Savigny que, salvo algunas alusiones, en aspectos muy concretos, a la *Metafísica de las Costumbres* de Kant y de la *Filosofía del Derecho* de Hegel, permanece ajeno a las cuestiones filosóficas. Ambas perspectivas, que afrontan la obra de Savigny desde diferentes puntos de vista, deben ser interpretadas de modo complementario, ya que, en los dos casos, hay aspectos tratados adecuadamente.

⁴² HENKEL, W., *op. cit.*, pp. 30 ss.

⁴³ KIESOW, R., *Das Naturgesetz des Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 48. El mundo no debe ser justificado sino explicado. La obra de Kiesow ana-

embargo, este «giro» —que podía ser denominado funcionalista-sistemático, ya que estudia el papel que desempeña la persona jurídica en todo el sistema jurídico— no es radical: en la construcción jurídica, esbozada por Savigny, se advierten aún ciertos elementos, materiales, enfoques y planteamientos propios de la visión de antaño.

La naturaleza de la persona jurídica posee unos contornos nítidos en el pensamiento de Savigny: persona jurídica es, exclusivamente, un patrimonio unido «artificialmente» a la idea de persona. El concepto de persona jurídica no es, por tanto, predicable de todos los sujetos colectivos. En principio, las relaciones jurídicas requieren del hombre, de la persona física, de un espacio «dominado por una voluntad individual», que dependa directamente de una persona física. Ahora bien, por medio de una «mera ficción»⁴⁴, es posible crear un sujeto «artificial» que, de este modo, pueda ser portador de relaciones jurídicas —sólo relaciones jurídicas de carácter patrimonial—. Como es bien sabido, el derecho patrimonial está constituido por el conjunto formado por los derechos de obligaciones y derechos reales que puede ser abstraído a unidad cuantitativa por medio del valor de cambio del dinero⁴⁵. La persona jurídica queda enclaustrada en los estrechos márgenes del derecho privado patrimonial. No se puede —ni, a juicio de Savigny, se debe— ir más lejos.

Por tanto, uno de los rasgos esenciales de la persona jurídica es su artificialidad. Ésta es el resultado de una ficción: el hombre individual y físico es el punto de partida para construir ese «algo artificial». Su finalidad, ser portador de relaciones jurídicas patrimoniales. Lo «artificial» se enfrenta a lo «natural»: la persona física es natural, pues tiene un contacto directo con la propia naturaleza que la crea y la des-

liza el pensamiento de Albert Hermann Post, un jurista que, impulsado, entre otros motivos, por la obra de Kirchmann, trata de aplicar a la Ciencia Jurídica los métodos de la Ciencia de la Naturaleza. La Escuela Histórica se enfrenta a esta corriente. De todos modos, a mi juicio, en el pensamiento de Savigny hay un germen de empirismo.

⁴⁴ «La persona jurídica es un sujeto patrimonial supuesto artificialmente». SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 239.

⁴⁵ SAVIGNY, F. C., *System*, I, *cit.*, p. 376. Savigny es uno de los primeros autores que, desde el plano del Derecho, perfila una teoría del dinero. Una de sus funciones es, sin lugar a dudas, la construcción de un orden jurídico civil que, por medio de los conceptos jurídicos, proteja y aliente el incipiente orden burgués-liberal. Savigny asienta en su derecho de obligaciones su teoría, ya expuesta en las páginas de *System*, que una de las principales funciones del dinero es ser «una mera herramienta para medir para medir el valor de los distintos componentes del patrimonio» (p. 405). Diferencia entre el valor de nominal (p. 423), valor metálico (p. 426) y el valor de curso (p. 432), que es el valor que le concede la opinión pública. Y, advierte, que este último no está limitado a las fronteras de los países, aunque el Estado puede, dentro de su territorio, influir sobre él (p. 433). SAVIGNY, F. C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp, 1851, Volumen I, pp. 403 ss. Sobre la teoría del dinero en la obra de Savigny KIEFNER, H., «Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts», en: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. Band V, Geld und Banken* (Hrsg.), COING, H., y WILHELM, W., Frankfurt an Main, Vittorio Klostermann, 1980, pp. 27-42.

truye, que provoca su nacimiento y su muerte⁴⁶. La persona jurídica, en cambio, es un «sujeto ideal»⁴⁷; su nacimiento y su muerte se producen en el terreno jurídico, por medio de «una regla jurídica de carácter positivo»⁴⁸.

Esta construcción artificial no puede ser realizada por cualquier «operador jurídico», requiere un procedimiento especial. De este modo, al igual que Heise, Savigny requiere para la constitución de la persona jurídica la autorización estatal⁴⁹; las razones de este reconocimiento pueden ser clasificadas en torno a dos criterios: jurídicos y políticos.

Las primeras se fundamentan en lo que se podría denominar «tesis fuerte del sujeto individual»; según la cual «sólo el hombre individual puede ser portador de relaciones jurídicas», ya que sólo él posee voluntad y, por medio de ella, es capaz de constituir un poder sobre un espacio determinado que otros sujetos individuales han de respetar. Ahora bien, inevitablemente, por razones económicas y sociales el individuo no es suficiente para construir un sistema jurídico; la persona jurídica es una necesidad. Esto impulsa al jurista a crear «construcciones jurídicas» que fingen la personalidad jurídica. Esta ficción que, en realidad, es una «extensión», una «expansión», una «traslación»⁵⁰ de las características de la persona física a un «sujeto ideal», sólo puede ser llevada a cabo por el poder que ejerce «la más elevada coacción»; si, por el contrario, se permitiera que el arbitrio individual creara tales ficciones se produciría una elevada «incertidumbre». De este modo, Savigny se adhiere al requisito de la *aprobatio* por parte de la *publica auctoritas*. Ella será, por tanto, también competente, para disolver las personas jurídicas si «fueran en contra del bien común»⁵¹. Sobre la naturaleza de esta ficción volveremos posteriormente.

La segunda razón complementa la primera. Es posible que aparezcan corporaciones que sean peligrosas o inmorales, que publiquen libros peligrosos o, lo que para Savigny es aún más grave, que traten, desde el ámbito privado, de inmiscuirse en cuestiones de carácter público. Las fundaciones cuyo fin es el bienestar o el dar limosna a los

⁴⁶ «El principio de la capacidad jurídica *natural* está determinado por el nacimiento...». SAVIGNY, F. C., *System*, II, cit., p. 4. «La muerte, como frontera de la capacidad jurídica *natural*, es un acontecimiento natural tan nudo que no requiere, a diferencia del nacimiento, una determinación precisa de sus elementos». SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, p. 17. Adviértase que, aunque se otorga a la muerte un carácter más «natural» y palmario —como no podía, por otra parte, ser de otro modo—, en ambos casos habla de realidades naturales.

⁴⁷ SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, p. 278.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 275.

⁴⁹ HEISE, *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, Heidelberg, Mohr und Winter, 1814, pp. 98 ss. SAVIGNY, F. C., *System*, II, cit., pp. 277 ss.

⁵⁰ SAVIGNY, F. C., *System*, II, cit., p. 236.

⁵¹ *Ibidem*, p. 279.

más necesitados quedan proscritas para Savigny, pues superan el ámbito de lo privado⁵².

Aunque hayamos prestado cierta atención a la naturaleza de la persona jurídica, ésta se nos presenta reducida a unas pocas páginas en *Sistema de Derecho Romano*; en cambio, a las peculiaridades que presenta en el ejercicio de sus derechos patrimoniales se dedica una generosa centena. Desde luego, éste no es un argumento definitivo, pero —eso sí— ilustrativo de cuáles son las preocupaciones de Savigny.

De modo esquemático se pueden hacer al respecto las siguientes consideraciones. La persona jurídica puede disfrutar de la propiedad y de los derechos reales de todo tipo. «Esta propiedad se refiere, como todos los demás derechos, de modo indivisible a la persona jurídica como unidad, y los miembros individuales no pueden tener participación en ella»⁵³. Las personas jurídicas pueden ser también *consideradas como* acreedores o deudores, debido a los contratos que hubieran llevado a cabo sus representantes⁵⁴. Asimismo, pueden ser demandadas y demandantes en un proceso. Esto último es consecuencia del disfrute de sus derechos, así, ante la lesión de éstos pueden defenderlos ante un tribunal, para ello requieren de un «procurador» o de un «síndico», si lo fuera, de modo estable, para todos los casos judiciales.

Es sorprendente la argumentación sobre la posesión en referencia a las personas jurídicas⁵⁵. «En el caso de la posesión, se duda de su aplicación a las personas jurídicas debido a su carácter fáctico, que no parece compatible con una mera ficción (como, ciertamente, lo es la persona jurídica)»⁵⁶. Savigny mantiene que la posesión se puede adquirir por

⁵² En este sentido es curiosa la alusión a Saint Simon: «Hay gente rica entre los Saint-Simonistas, y ¿por qué no se les podría ocurrir a alguno de ellos establecer una gran fundación para llevar a cabo su teoría». SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 278, nota e).

⁵³ SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 285. La forma principal de la propiedad es el fundo. Éste puede ser utilizado de tres modos distintos: a) por la propia corporación; b) para finalidades de los miembros individuales o, por último, c) se puede hacer un uso mixto, es decir, que beneficie tanto a la corporación como todo y a los miembros individuales. Consecuentemente, como una expansión de su derecho de la propiedad, las personas jurídicas pueden gozar de servidumbres prediales y también del usufructo. No así el mero *usus*, pues éste requiere un elemento personal, de carácter físico, del que carece la persona jurídica, SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 289.

⁵⁴ De estas obligaciones y de los delitos que hubieran nacido de ellas es responsable la persona jurídica como totalidad, de modo que los miembros individuales no pueden ser imputados por ellos. SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, pp. 294 ss. De este aserto se desprenden unas consecuencias —muy actuales— en el campo del Derecho Penal: del mismo modo que al niño o al representante no les hacemos responsables por las decisiones tomadas por el tutor, a las personas jurídicas no se les puede trasladar la responsabilidad de las actuaciones de sus representantes.

⁵⁵ En *Besitz*, es decir, casi cuarenta años antes de la elaboración de *System*, se mantiene una postura parecida. Esto subraya la coherencia del pensamiento jurídico de Savigny, que tiene una tendencia al sistema desde sus primeros escritos. La solución proporcionada compagina dos elementos que, aparentemente, parecían incompatibles: la facticidad prístina de la posesión y la ficción de la persona jurídica. SAVIGNY, F. C., *Besitz*, *cit.*, p. 248.

⁵⁶ SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 291.

medio de los representantes, de igual modo que en determinadas personas físicas –loco o tutelado–⁵⁷. Esto quiere decir que, desde el punto de vista del funcionamiento de la persona jurídica se la equipara a los casos de representación –hoy denominada representación legal– para una persona que carece o tiene alguna merma en su capacidad de obrar. Del mismo modo que se representa al demente o al menor, se debe representar a la persona jurídica para que ésta pueda disfrutar de sus derechos.

El funcionamiento de la persona jurídica a la hora de disfrutar y ejercer sus derechos –debe ponerse precisamente en primer plano este argumento– está basado en el modelo de la tutela del demente o del niño. Este argumento es predicable no sólo de la posesión sino respecto al goce, disfrute y administración de todos los demás derechos. Esto es, la representación como ha sido comprendida y explicada por Savigny respecto a la persona individual –en el sentido expuesto en los apartados III y IV– se aplica a la persona jurídica.

Resumiendo los dos aspectos expuestos: a la pregunta por la naturaleza de la persona jurídica se responde con la idea de «ficción jurídica». A la pregunta que inquire por el funcionamiento jurídico de la persona jurídica se responde con la teoría de la representación.

Si es así, ¿qué impide trasladar esta construcción jurídica al campo del derecho público?, es decir, ¿por qué Savigny está en contra de la teorías contractualistas del Estado, en las que éste se constituye, precisamente, por los mecanismo de la representación y de la ficción? ¿Por qué no se acepta el contrato social como una ficción si maneja estos mismos términos respecto de la persona jurídica? En estas preguntas se deja notar el peso filosófico-jurídico que, tras las ideas de representación y ficción, se oculta. Para contestarlas adecuadamente quisiera volver, brevemente, sobre la teoría de la ficción.

Hans Vaihinger ha defendido en *Die Philosophie des als ob* –un libro que se ha convertido en un clásico– que las ficciones –incluidas también las de carácter jurídico– son «desvíos del pensamiento», donde se contraponen «lo ficticio a lo real»⁵⁸, donde se trata «algo que no ha sucedido como si hubiera sucedido», de modo que la ficción es «una analogía que contradice severamente la realidad». Es mérito de Josef Esser haber puesto al descubierto esta forma ingenua de entender las ficciones jurídicas. Las ficciones jurídicas no se deben tratar con el mismo método interpretativo que las ficciones que se producen en las matemáticas, la teología, etc. –tal como hace Vaihinger⁵⁹–, pues aquéllas tienen un carácter normativo del que éstas últimas carecen⁶⁰.

⁵⁷ SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 292.

⁵⁸ VAIHINGER, H., *Die Philosophie des als ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit. Auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, Leipzig, Scientia Verlag, 1927, p. 175.

⁵⁹ VAIHINGER, H., *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰ ESSER, J., *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik der Privatsrechts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, p. 22.

La ficción jurídica es una «expansión analógica» que, en ningún caso, puede contradecir la realidad, pues pertenecen a un plano normativo y no empírico; por expresarlo con terminología kelseniana: pertenece al *Sollenbereich* y no al *Seinbereich*. No es posible, pues, hablar de «errores» de conocimiento, ni de comparaciones con otras ciencias cuando las ficciones no son normativas.

Este breve excursus nos facilita advertir qué carácter se otorga a las ficciones jurídicas en el pensamiento de Savigny. Así, en el volumen primero de su *Sistema de Derecho Romano* las ubica –desde luego, no de modo casual– en el epígrafe que dedica a la analogía. Allí, Savigny advierte que el derecho no se construye sólo por una lógica basada en «causa y consecuencia» –al modo de las Ciencias de la Naturaleza, se debe advertir–, sino que, además, posee una lógica de carácter «orgánico», que tiene en cuenta «la visión total de la naturaleza práctica de la relación jurídica»⁶¹. Como ejemplo de este tipo de construcción se cita la *bonorum possessio* que «en toda su formación se debe pensar como una ficción sobre la *hereditas*»⁶². Cuando, tiempo después, en el segundo volumen de *System* afronta la ficción de la persona jurídica, escribe: «del mismo modo que el *bonorum posesor* es un *heres*, la persona jurídica es una persona»⁶³.

No quisiera llegar a exagerar las consecuencias que se pueden desprender de esta argumentación, pero parece claro que la ficción jurídica, en el pensamiento de Savigny, se hace eco de un enfoque positivista sobre el fenómeno jurídico: el Derecho posee una lógica propia –de la que es buen ejemplo la analogía– que no se reduce a la que articula las Ciencias de la Naturaleza. He aquí un rasgo del positivismo jurídico que se muestra de modo germinal en la obra del jurista alemán⁶⁴.

Estas aclaraciones pueden ser útiles para advertir por qué Savigny se niega conceder al Estado el *status* de ficción contractual y las consecuencias que, lógicamente se desprenden de ello. Savigny escribe: «en el caso del Estado no puede funcionar la voluntad como una causa de nacimiento, es sólo una ficción»⁶⁵. Esta vez el término ficción es utilizado en un sentido despectivo, como un engaño; se niega la posi-

⁶¹ SAVIGNY, F. C., *System*, I, *cit.*, p. 292. Esto significa que el sistema jurídico es una totalidad de carácter orgánico. No es éste el lugar adecuado para abundar en argumentos que nos permitan entender qué significa «orgánico». Baste, sin embargo, apuntar dos aspectos: a) orgánico se enfrenta a mecánico, a algo que se produce sin libertad y teniendo sólo en cuenta determinadas partes; lo orgánico, en cambio, requiere la totalidad de los miembros para su funcionamiento vital. b) Lo orgánico evoluciona paulatinamente, pero no por medio de mutaciones o revoluciones.

⁶² SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, p. 295.

⁶³ SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 241, nota h.

⁶⁴ Creo que este argumento no se puede hacer extensible a todas las instituciones jurídicas en la obra de Savigny, pues hay parcelas –como, por ejemplo, el derecho de familia, en general– que quedan al margen del positivismo y donde se pueden desvelar elementos y reflexiones de carácter iusnaturalista.

⁶⁵ SAVIGNY, F., *System*, III, *cit.*, p. 321.

bilidad de hacer una analogía respecto a la persona jurídica. La razón es sencilla: el Estado para Savigny es un producto de la Historia, del espíritu común del pueblo –si se quiere utilizar la expresión de Puchta–, en ningún caso de «la voluntad individual»⁶⁶, ni de las normas jurídicas⁶⁷. El Estado es «la forma corporeizada de la unión espiritual del pueblo»⁶⁸, es una «necesidad» producida por la historia, pero no por la voluntad individual de los hombres; no se puede comprender si se lo reduce a mera representación, a un mero contrato; no pertenece al campo del «deber ser» sino al del «ser».

El origen del Estado es completamente distinto que al del Derecho Privado; uno nace de la necesidad histórica, el otro de la autoría individual. Por tanto, no se trata de que el Estado no exista –para Savigny nunca pudo existir un estado de naturaleza, pues todo pueblo nace junto a un Estado⁶⁹–, sino que su misión es garantizar, de modo adecuado, las bases del Derecho Privado de la autonomía de la voluntad, ofreciendo los mecanismos necesarios para ello –jueces y medidas represoras, en su caso–.

En orden a precisar más nuestra argumentación se debe discriminar dos tipos de problemas, que relacionan el Estado con el Derecho Privado –en concreto con la representación y con el contrato–: *a)* si el Estado puede realizar contratos, y *b)* si el Estado es producto de algún tipo de contrato. El Estado no puede ser producido por medio de un «contrato». Ahora bien, sí que puede realizar contratos con otros pueblos tras las guerras o revoluciones por medio de los que se reconoce la independencia de un país⁷⁰. Quién realiza esos contratos o si se hace por medio de algún tipo de representación del pueblo es silenciado. *b)* El Estado no es producto de ningún contrato original. Esta idea es una crítica directa a la teoría del contrato social de Rousseau. Según Savigny, el Estado depende –como ya hemos mencionado– de

⁶⁶ SAVIGNY, F., *op. cit.*, p. 319.

⁶⁷ Savigny no niega que el Estado deba respetar las normas jurídicas; pero no cree que sea producto de ellas.

⁶⁸ SAVIGNY, F. C., *System*, I, p. 22.

⁶⁹ Desde luego, el Savigny, de *Geschichte*, otorga mucha menos importancia al Estado que el de *System*. En el tercer volumen de *Geschichte* se narra el nacimiento de la Universidad de Bolonia como algo que sucede completamente al margen del Gobierno. Su apertura es, sin lugar a dudas, el punto culminante de la recepción del Derecho Romano en la Edad Media; los glosadores –como colectividad– se convierten en el centro del mundo científico, y la Universidad es –del mismo modo, una comunidad– una realidad que permanece al margen de las nacionalidades: es el sueño convertido en realidad: la unión de Europa impulsada por el celo de la Ciencia Jurídica. SAVIGNY, F. C., *Geschichte*, III, *cit.*, p. 84.

⁷⁰ Los ejemplos que Savigny nos ofrecen hacen precisamente referencia a la independencia de Holanda respecto a España; la independencia de las colonias portuguesas y españolas y, por último, la independencia de americana. Savigny evita hablar de representación del pueblo en estos casos y sostiene que son Estados soberanos a los que, debido a las guerras o la revolución, se le reconoce su soberanía. SAVIGNY, F. C., *System*, III *cit.*, p. 310, nota a.

la necesidad histórica, de la conciencia común de un pueblo que se corporiza en Estado.

El contrato social es contemplado por Savigny no como hipótesis —tal como debe ser, en puridad, interpretado— sino como realidad histórica. Si se comprende de este modo, el contrato social es fácilmente descalificable por medio de argumentos histórico empíricos.

Las razones de esta crítica son de carácter político como jurídico: políticas, pues suponen la defensa de un Estado fuerte que, por medio de una serie instrumentos jurídicos —Derecho Procesal Civil⁷¹—, garantice el Derecho Privado, basado, principalmente, en la autonomía del sujeto individual. Jurídico, pues el Estado no se construye por medio de un contrato o de la representación, ya que estas figuras tienen como rasgo fundamental su pertenencia exclusiva al campo del Derecho Privado.

De este modo —desde luego realmente lúcido—, el jurista alemán hace compatible las reformas de carácter económico-social que se introducen paulatinamente en Prusia, con la idea de un Estado fuerte que permanece al margen del Derecho Privado. Esto, desde un punto de vista histórico, posee una doble lectura: *a)* paralización de las fuerzas revolucionarias, o *b)* bien —como sostiene Koselleck— se puede mantener que las reformas de Prusia durante el XIX fueron más revolucionarias que la propia Revolución francesa⁷². En cualquier caso, los instrumentos teórico-jurídicos ofrecidos por Savigny ofrecen —entre otros muchísimos factores— las bases para que un capitalismo incipiente derroque al absolutismo, ya jaqueado por los movimientos revolucionarios. Otra cosa distinta es que él fuera consciente de ello.

VI. CONCLUSIONES

Parece aconsejable —debido a la complejidad del tema expuesto— ofrecer algunas conclusiones que se desprenden de las reflexiones expuestas:

1. Savigny inaugura una nueva forma de hacer Filosofía del Derecho. El ejemplo de la representación jurídica ofrece una solución sobre un tema que es recurrente en la literatura secundaria sobre Savigny y en las reflexiones generales sobre la Filosofía del Derecho: ¿Quién es competente para hacer filosofía del Derecho: el filósofo o el jurista? Savigny ejemplifica un nuevo modo de hacer filosofía jurídica: es el jurista el que, partiendo de un conocimiento exhaustivo del material jurídico, afronta temas de naturaleza iusfilosófica.

2. La representación es un instituto jurídico que muestra la evolución del Derecho y, de otro lado, es abordado en todas las épocas de

⁷¹ SAVIGNY, F.C., *System*, I, *cit.*, pp. 25 y 26.

⁷² KOSELLECK, R., *Preussen zwischen Reformation und Revolution*, Stuttgart, Klett, 1967, p. 2.

su vida científica. La evolución histórica del instituto se muestra en cómo se extienden su campo —desde el Derecho de Familia al Patrimonial— en el Derecho Romano. En el caso de Savigny sucede algo similar. Los conceptos jurídicos se modifican con el devenir del tiempo: Historia y Derecho están imbricados.

3. La representación jurídica se produce en el campo del Derecho Privado y no es trasladable al Derecho Público. Usualmente se presenta una imagen de Savigny preocupado por temas tales como las fuentes del Derecho, la interpretación de las leyes, el nacimiento del Estado o la costumbre jurídica. Esto es, a mi juicio, una distorsión. La mirada y las reflexiones del jurista alemán se dirigen, principalmente, al Derecho Privado, a sus instituciones —de las que la teoría de la representación es un buen ejemplo—. Esto debe ser subrayado: Savigny es, sobre todo, un iusprivatista. Sin embargo, sus argumentos sobre el Derecho Privado conllevan una visión muy concreta sobre algunos problemas del Derecho público; éste es el orden de la argumentación, no el inverso.

4. Por último, se debe subrayar un argumento fundamental: muchos de los lugares centrales de la obra de Savigny no ofrecen sólo soluciones de carácter teórico, sino que están impregnados de carga política. En el caso de la representación jurídica, su afianzamiento en el Derecho Patrimonial y su negación en relación con el Estado se puede traducir en el plano «político» en una apuesta por una sociedad incipientemente capitalista con un Estado monárquico, es decir, la Prusia de mediados del XIX. Si esto es política en sentido estricto o la oferta de un conjunto de teorías jurídicas que, posteriormente, deberían ser llevadas a la práctica, es un tema que queda fuera del objeto de nuestro trabajo⁷³.

⁷³ Afrontar este tema es responder a la pregunta ¿fue Savigny un jurista o un político? Algunas claves se ofrecen en mi trabajo: *Savigny: ¿político o jurista práctico?*, que será publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Granada, en su volumen séptimo.