

SOBRE SAVIGNY: INFLUENCIAS EN EL DERECHO CHILENO A TRAVÉS DE BELLO Y CONEXIÓN DE SU PROPUESTA METÓDICA CON LA CONCEPCIÓN HERMENÉUTICA DE DWORKIN

ABOUT SAVIGNY: INFLUENCES ON CHILEAN LAW THROUGH BELLO AND THE CONNECTION OF HIS METHODICAL PROPOSAL WITH DWORKIN'S HERMENEUTIC CONCEPT

ALEJANDRO VERGARA BLANCO*

RESUMEN

A partir de la obra de Savigny, se ofrece en este trabajo dos análisis sobre la circulación de las ideas jurídicas. Primero, se muestra las influencias que la obra de Savigny, a través de Andrés Bello, produjo efectivamente en el derecho chileno decimonónico, como asimismo dos falsas influencias y otra frustrada. En seguida, conecta la obra metódica de Savigny con propuesta hermenéutica de Ronald Dworkin, desarrollada a fines del s.XX.

Palabras clave: Carl Friedrich von Savigny – Andrés Bello – Ronald Dworkin – derecho chileno decimonónico (influencias) – tradición jurídica hermenéutica.

ABSTRACT

Based on Savigny's work, this paper offers two analyses of the circulation of legal ideas. First, it shows the influence that Savigny's work, through Andrés Bello,

*Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Post Doctorado en Derecho, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Pau, Francia. Correo electrónico: alvergar@uc.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0111-7641>.

Trabajo recibido el 29 de mayo de 2025 y aceptado para su publicación el 28 de junio de 2025.

effectively had on nineteenth-century Chilean law, as well as two false influences and another frustrated one. It then connects Savigny's methodical work with Ronald Dworkin's hermeneutical proposal, developed at the end of the 20th century.

Keywords: Carl Friedrich von Savigny – Andrés Bello – Ronald Dworkin – 19th-century Chilean law (influences) – hermeneutical legal tradition.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo gira en torno al gran jurista alemán Carl Friedrich von SAVIGNY (1779-1861) y sus influencias en el derecho chileno decimonónico, mostrando, primero, los antecedentes que prueban las efectivas influencias suyas, varias de las cuales aún perduran; buena parte de las cuales se inician a través de un hispanoamericano contemporáneo suyo: Andrés BELLO (1781-1865); igualmente muestro las falsas influencias como aquellas frustradas. Inserto, además, una revisión de la propuesta sobre el método de Savigny y su conexión con la actual concepción hermenéutica; elijo para esa comparación la actual y conocida propuesta de Ronald DWORKIN (1931-2013).

De ese modo puedo mostrar tanto la huella histórica (en un país y a través de un autor hispanoamericano: Bello) como la perennidad de las ideas metódicas de Savigny, las que aún perduran entre nosotros a través de la tradición hermenéutica que está en plena fase de desarrollo en la actualidad (uno de cuyos representantes mayores es Dworkin).

I. LAS INFLUENCIAS DECIMONÓNICAS DE SAVIGNY: EL CASO DEL DERECHO CHILENO A TRAVÉS DE ANDRÉS BELLO

En esta parte reviso la circulación de ideas jurídicas que se produjo en Chile al inicio de la República, en que las ideas de Savigny produjeron una notoria influencia. De ahí, además, la relevancia del conocimiento entre nosotros de la obra Savigny, en el estado original conocido por Andrés Bello y sus contemporáneos en Chile: a través de su versión francesa.

A partir de algunos datos biográficos liminares podemos observar las influencias de Savigny en Bello. Al respecto, como intento demostrar, hubo influencias ciertas de Savigny, identificadas en la obra de Bello; hubo además una influencia frustrada o que no se produjo en mayor profundidad; en fin, también se ha podido identificar una falsa influencia. A todo ello me refiero en seguida, luego de exponer un brevísimo contexto histórico de las obras de Savigny y del posible contacto de Bello con ellas.

Es este, entonces, un balance de las influencias de Savigny que es posible percibir en el derecho chileno, si bien algunas han sido fuentes de discusiones; me pareció oportuno incorporar en esta compilación castellana, esta especie de *status quaestionis* de la situación en Chile, la que está dirigida, como es natural, a especialistas españoles y de los distintos países iberoamericanos, los cuales, por su parte, podrán ofrecer el estado de la cuestión en sus respectivos países. En el caso de Chile, pareciera que los especialistas del Derecho civil y del Derecho administrativo podrán profundizar las respectivas influencias; lo mismo que los autores dedicados a la disciplina de la Teoría y fuentes del derecho.

1.1.- La introducción de la obra de Savigny en Chile a través de Bello

Aún existe cierta discusión entre especialistas, pero también desconocimiento del público en general, de las influencias recibidas por Bello en su ideario de jurista, entre otros, de Friedrich Karl von Savigny. Está bastante documentado el contacto que tuvo con su obra como reviso más adelante.

Sólo la tercera etapa de la vida de Bello, trascurrida en Chile (las dos etapas anteriores trascurrieron en Caracas y Londres), es relevante para estudiar las posibles influencias que recibió su pensamiento por parte de Savigny; y, dentro de este período de su vida, es un subperíodo el que es importante para el análisis de circulación de las ideas jurídicas: el momento en que tomó contacto con la obra de Savigny, que es a partir de 1840 o 1841. Desde su llegada a Chile en 1829 habían transcurrido al menos once o doce años, y ya era reconocido no sólo como un sabio sino también como un jurista. En esta etapa Bello aplicó todas sus convicciones a la praxis administrativa y legislativa de una República en plena efervescencia de institucionalización, en que los elementos jurídicos cobraron importancia. La gran habilidad intelectual de Bello le permitió rescatar de sus experiencias anteriores muchos elementos jurídicos, y comenzó así a profundizar sus conocimientos de derecho o, si se quiere, a completar su formación jurídica.

1.1.1.- El contacto de Bello con la obra de Savigny y período vital en que se produce

A partir de la década de 1840 (con casi 60 años), Bello comienza a conocer la obra de Savigny y podemos preguntarnos si contrajo el *virus savigniano*, por decirlo así metafóricamente. En la biblioteca de Bello¹ existían ejemplares de las traducciones francesas de las siguientes tres obras relevantes de Savigny:

- i) *Historia del derecho romano en la Edad Media*, de 4 vols., publicada en

¹ Ello según VELLEMAN, Barry, *Andrés Bello y sus libros*, Ed. La Casa de Bello, Caracas, 1995, pp. 256, lo que transcribo al final en la sección de fuentes.

alemán en los años 1815, 1816, 1823 y 1826, y traducida al francés en 1839 por Guenoux;² por lo tanto, Bello sólo pudo conocerla a partir de esta última fecha.

ii) *Sistema de derecho romano actual*, que comenzó a publicarse en alemán en el año 1840 (los primeros tres volúmenes), en 1841 los vols. IV y V, en 1847 el vol. VI, en 1848 el vol. VII y en 1849 el vol. VIII final; en 1851 el vol IX, que es el índice general de la obra, nunca traducido este último. Las traducciones se fueron publicando después de esos años, aunque de un modo muy rápido. La traducción francesa de Guenoux se publicó desde los años 1840 hasta el año 1851, en el siguiente orden: en 1840 el tomo I; en 1841, el tomo II; en 1843 el tomo III; en 1845 el tomo IV; en 1846 el tomo V; en 1849 el tomo VI; en 1850 el tomo VII; en 1851 el tomo VIII final. Esto es, cuando Bello, en 1851, ya tenía 70 años.

iii) También había en la biblioteca de Bello un ejemplar del primer tratado de Savigny, *Sobre la posesión*, de 1803, que tuvo seis ediciones en alemán, hasta 1837. Bello tenía la traducción francesa de Fraivre de 1845.³

Bello expresó su deseo de que se consiguieran esas tres obras de Savigny para la Universidad de Chile.⁴ Cabe consignar desde ya que hay una ausencia ostensible en la biblioteca de Bello: no está el archi-famoso folleto *Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho)*, de 1814,⁵ escrito programático éste con el cual Savigny se enfrentó con Thibaut; ni tampoco tenía Bello noticia, al parecer, de la fundación de la *Revista para la ciencia del derecho desde un punto de vista histórico*, en 1815, con la cual, al mismo tiempo se funda la *Escuela Histórica del Derecho*.

La influencia que recibe Bello de las obras de Savigny, como veremos, no es polémica, pues es aceptada y ampliamente documentada por diversos autores; cabe anotar también que es algo tardía, pues sucede a partir de 1840 o 1841. Bello ya había *recorrido* sus vidas intelectuales anteriores; en efecto:

i) sus primeros años de formación, en Venezuela, hasta los 29 años, en que los elementos propiamente jurídicos casi no existieron o fueron menores; años en que su formación propiamente filosófica se la suele calificar de iusnaturalista; pero

² SAVIGNY, Frederich Karl von, *Histoire du droit romain au Moyen Âge* (trad. del alemán por M. Charles Guenoux), Charles Hingray éditeur, Paris, 1839, 3 vol.

³ SAVIGNY, Frederich Karl von, *Traité de la possession en Droit romain* (trad. del alemán por Ch. Faivre d'Audelange), Joubert, Fain et Thunot, Paris, 1845.

⁴ Vid. la evidencia de ello en BELLO LÓPEZ, Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello*, Vol. XXII: Temas educacionales, II. Fundación La Casa de Bello, 2da edición facsimilar, Caracas, 1982, p. 478.

⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, (traducido al castellano como *De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del derecho*, por Adolfo Posada, Editorial Comares, Granada, 2008, 102 pp.; actualmente superada por la traducción de Juan Antonio Gómez García, Valencia, Tirant lo Blanc, 2017, 212 pp.).

no se sabe cuan iusnaturalista lo fue, a pesar de sus estudios en un colegio militante con tal pensamiento;

ii) además, ya había pasado su primera época adulta, desde los veintinueve hasta los cuarenta y siete años, en Londres, años en que se agregaron, entre otros, todos los conceptos y convicciones benthamitas.

Así, en 1840, a once años de llegado a Chile y con casi sesenta, en que ya era entonces un jurista consagrado, conoce la obra de Savigny y se impresiona con ella. Por cierto, coincide igualmente con su toma de conocimiento de múltiples otros autores de derecho y filosofía, cuyas obras plagan su biblioteca, como es el caso, por ejemplo, de Francis Bacon (1561-1626) e Inmanuel Kant (1724-1804), los que menciono por su conexión con la materia de las fuentes del derecho. Lo que hizo, entonces, fue agregar estos nuevos conceptos jurídicos historicistas o savignianos a su anterior caudal de ideas, y lo más notable fue su intento por darle coherencia, al mismo tiempo a los siguientes elementos, unos anteriores otros nuevos: (i) por una parte, a los elementos legalistas previos (provenientes no sólo del benthamismo, sino del ambiente de la época, de exaltación de la ley como fuente única del derecho), lo que no cabe confundir con un supuesto positivismo suyo, que es una tendencia filosófica que a esas alturas desconoce Bello como tal; y (ii) por otra parte, a los nuevos elementos provenientes de Savigny, quien anteponía el espíritu o convicción del pueblo a la Ley, como génesis del derecho, lo que lo llevaba a exaltar a la costumbre y a la posición de jueces y juristas en el sistema de fuentes, sin desconocer a la ley como fuente principal del derecho positivo.

Todo lo anterior no podía escapar de la fina investigación de JAKSIC,⁶ el máximo biógrafo actual de Bello, quien afirma rotundamente que “seguía de cerca al estudioso alemán Friedrich Karl von Savigny mientras redactaba el código” (a través de las tres traducciones francesas que cito más arriba); agrega que “un examen de los manuscritos de Bello sobre derecho romano muestra una constante referencia a las obras de (...) Savigny”.⁷

1.1.2.- Los vuelcos historicistas y metodológicos que Savigny produjo en Bello

El conocimiento de Savigny por parte de Bello, como se ve más adelante, le produjo una profunda impresión, y el historicismo (por resumir así el método propuesto por Savigny) constituyó desde 1840-1841 una de las ideas más importantes suyas.

⁶ JAKSIC ANDRADE, Iván, *Andrés Bello: La pasión por el orden*. Editorial Universitaria, Santiago, 2001, pp. 204-207.

⁷ JAKSIC, cit. (n. 6), p. 206 y en especial en notas.

Así, según Guzmán,⁸ el historicismo alemán sería una cuarta idea presente en el pensamiento jurídico de Bello (la primera idea sería a su juicio el iusnaturalismo; la segunda, el benthamismo; y la tercera, el positivismo científico).⁹ Este historicismo de Bello lo habría aprehendido a través de sus lecturas de la obra de Savigny, el que propugna la relación entre la ley y el modo de ser de cada pueblo. Guzmán califica esta etapa como un “vuelco historicista de Bello”, pues recién se produce en el año 1848, en su Cuenta de rector de la Universidad de Chile correspondiente a ese año (Cuenta que cito *infra*, en seguida).

También califica Guzmán las ideas historicistas tardías de Bello como “vuelco metodológico”.¹⁰ Como digo más adelante, a esa época ya habían aparecido los dos primeros volúmenes del *System des heutigen römischen Rechts*, de Savigny (de 1840, en alemán),¹¹ los que luego comenzarían a editarse en francés según la traducción de Charles Guenoux, de 1840¹² (bajo el título de *Traité de Droit romain*). Guzmán señala que es posible que en Bello “el historicismo haya atenuado tanto su benthamismo como su iusnaturalismo racionalista”.¹³

Efectivamente, su Cuenta quinquenal como rector de la Universidad de Chile de 1848 (dato que no escapa a dos de sus grandes biógrafos: Jaksic,¹⁴ y Guzmán¹⁵) es efectivamente un rastro expreso de la huella de Savigny en Bello pues, como se lee en sus obras completas,¹⁶ recurre en dicha instancia a la autoridad de Savigny para fundamentar la importancia del estudio del derecho romano dada su utilización por los jurisconsultos franceses para ilustrar y completar el estudio del *Code Civil*. Lo cual prueba que en esta década de 1840 Bello ya se había imbuido de la obra del autor alemán, antes de terminar de redactar el primer proyecto de Código Civil para Chile, entregado en 1852.

⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Vida y obra de Andrés Bello*, Editorial Globo, Santiago, 2009, p. 112.

⁹ GUZMÁN, cit. (n. 8), pp. 110-112.

¹⁰ GUZMÁN, cit. (n. 8), p. 90.

¹¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Scientia, Aalen, 1840 (reimp. Berlín, 1981). Este texto en su traducción castellana: SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, (Trad. Mesía y Poley), Góngora y Compañía, Madrid, 1878; SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*. Reedición, Ed. Comares, Granada, 2005, 1882 pp.

¹² SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Traité de Droit Romain*, traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux. Firmin Didot frères, Paris, 1840-1851, 8 vols.

¹³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello Codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Ediciones Universidad de Chile. Santiago, 1982, Tomo I, p. 258.

¹⁴ JAKSIC, cit. (n. 6), p. 205.

¹⁵ GUZMÁN, cit. (n. 8), p. 112.

¹⁶ Véase BELLO LÓPEZ, Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello*, vol. XXI: Temas educacionales, I., Fundación La Casa de Bello, 2da edición facsimilar, Caracas, 1982, p. 69; misma obra, Vol. VIII: Opúsculos literarios y críticos, III. Ed. Pedro G. Ramírez, Santiago, 1889, p. 388.

1.1.3.- *La polémica de Savigny con Thibaut fue desconocida para Bello*

No hay huella alguna de que Bello hubiese conocido o leído un libro muy importante de Savigny, el cual no estaba en su biblioteca ni en la de los Egaña (como se comprueba por Salinas¹⁷) la que Bello frecuentaba, ni al parecer en ninguna otra en el Santiago de la época. Me refiero a uno de los libros más importantes e impactantes de la historia del pensamiento jurídico de la modernidad y que Bello entonces no conoció: se trata del citado *Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (traducido al castellano como: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*), cuya primera edición en alemán es de 1814 y la 2^a. ed. con anexos de 1828, en el cual despliega todo su arsenal a favor del espíritu o convicciones del pueblo, en las que a juicio de Savigny se encuentra la génesis de las leyes y no al revés.

¿Por qué no llegó a las manos de Bello? Bello no leía alemán y recién se tradujo al castellano a fines del s.XIX (por Posada, en 1892),¹⁸ y para qué decir lo renuentes que estuvieron los franceses en traducirlo (se comprende, pues el *Von Veruf*, fue considerado por ellos como una ofensa contra el *Code Civil* de 1804): recién se tradujo en 2006. No obstante que antes se tradujo a múltiples lenguas desde principios del s.XIX. Hay una edición inglesa de 1831, en Londres, esto es, solo dos años después de que Bello abandonó Inglaterra. Lo más probable es que Bello nunca leyó *De la Vocación*. Habría sido un problema para él, la verdad, pues se habrían enfrentado dos convicciones sobre la codificación: la de Bentham, que la propiciaba; y la de Savigny que en ese folleto la rechazaba, al menos temporalmente. Quizás Bello, con su sistema de absorción de ideas ajenas, habría tomado algún elemento y rechazado otro.

1.2.- *Influencias de Savigny en el derecho chileno a través de Bello: cuatro efectivas, una falsa y otra frustrada*

1.2.1.- *Influencias efectivas de Savigny en Bello*

En varias materias existen trazas de influencias de Savigny en Bello (y de ahí en el *Código Civil*), para lo cual son fundamentales los aportes de Ávila (*La*

¹⁷ SALINAS, Carlos, “La biblioteca de Mariano Egaña”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1982, N° 7, pp. 389-540.

¹⁸ SAVIGNY, cit. (n. 5).

filosofía jurídica de Andrés Bello),¹⁹ Guzmán²⁰ y Hanisch, entre otros. Así:

i) *Personas jurídicas*. Está bien documentado entre nosotros (en especial por Hanisch²¹) la amplia influencia de Savigny en materia de personas jurídicas, en el título XXXIII del Libro I del *Código Civil* (materia e idea jurídica que a su vez está contenida en el tomo II del *System*). El propio Bello lo consigna paso a paso en el proyecto de *Código Civil* de 1853.

Siguiendo a Hanisch en el análisis de este proyecto, es posible establecer que los elementos utilizados por Bello en esta materia fueron tomados de Savigny. El jurista alemán postula en su *System* los siguientes elementos fundamentales de toda persona jurídica: “a) se trata de personas ficticias, términos que le son originales y que deduce del latín *fingere*; b) que tal calidad sólo se aplica a entes de derecho exclusivamente en lo que se refiere a la capacidad artificial de las personas jurídicas; c) que la persona jurídica sólo tiene alcance patrimonial, pero no se refiere a las situaciones de familia, que es un atributo exclusivo de la persona humana; d) en materia de bienes, la reglamentación se refiere tanto a la persona humana como a la persona jurídica; e) que la extensión del poder sobre los bienes que tiene la persona jurídica está relacionada con la obtención de sus fines específicos”.²²

Bello incorpora estas ideas en la definición de persona jurídica en el *Código Civil*. El art. 545, inc. 1 del Código dispone que “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. En esta definición se aprecian dos expresiones tomadas de Savigny, “persona jurídica” y “persona ficticia”. A mayor abundamiento, “[...]a expresión clara de que Bello sigue a Savigny la constituye el Apéndice de sus *Principios de Derecho romano*, contenido en el tomo XIV de las obras completas editadas en Caracas en 1959, que expresamente señala en el final: “Este apéndice es un breve extracto de la doctrina de Savigny, *Droit romain lib. II. 2 párr. 85 a 102*”. Y la nota que coloca en el proyecto de 1853 al pie del art. 645, que se remite a “Savigny, *Droit romain*, párr. 87 a 100”.²³

Savigny clasifica las personas jurídicas de la siguiente manera: “las personas jurídicas tienen una existencia natural o necesaria o una artificial o contingente. Son de existencia natural el Estado, las ciudades, el fisco, de modo que su personalidad no

¹⁹ ÁVILA MARTEL, Alaimiro de, “La filosofía jurídica de Andrés Bello”, en COMISIÓN NACIONAL DEL BICENTENARIO DE DON ANDRÉS BELLO (Eds.), *Congreso Internacional: Andrés Bello y el Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 41-62.

²⁰ GUZMÁN, cit. (n. 13).

²¹ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1980, n° 5, pp. 167-198.

²² HANISCH, cit. (n. 21), p. 171.

²³ HANISCH, cit. (n. 21), p. 172.

es dudosa; en cambio, tienen una existencia artificial o contingente las asociaciones y las fundaciones a las que se da el carácter de personas jurídicas. En efecto, ellas existen evidentemente en razón sólo de la voluntad de uno o muchos individuos".²⁴

En fin, Andrés Bello, siguiendo a Savigny, reconoce los siguientes grupos de personas jurídicas: "las necesarias como la nación, el fisco, los municipios, etc.; y las contingentes o artificiales, que se subdividen en dos grupos; las corporaciones y fundaciones regladas por el título XXXIII del *Código Civil* y las sociedades industriales que se rigen por el título sobre la sociedad de este mismo Código y por el de Comercio".²⁵

ii) *El Fisco como persona jurídica.* La idea de la incorporación del Fisco como persona jurídica en el *Código Civil*, sin confundirlo con los demás órganos administrativos, proviene de Savigny. Gracias a ello este tema de la personalidad jurídica del Fisco fue resuelto en nuestro país desde entonces, y en nuestra tradición no existe discusión jurídica al respecto, descartando una supuesta personalidad jurídica del Estado (como una supra persona jurídica, integrando los tres poderes del Estado), quedando este como un concepto político y no jurídico. El concepto jurídico que explica el aspecto patrimonial del Estado es desde entonces precisamente el de Fisco, el cual es considerado una especial persona jurídica o corporación pública.

Bello se dejó influir notoriamente por Savigny en esta idea de la personalidad jurídica, sobre lo cual existe una nota suya al art. 645 del *Proyecto* de 1853, el que luego sería el actual art. 547 inc. 2º, que considera al Fisco como tal. Corresponde por lo tanto tener a la vista las bellas páginas que Savigny le dedica al Fisco en el *System*, libro II capítulo II, § 85 y ss. En especial en § 86 *in fine*; 88, IV y 101; en este último sitio, Savigny no solo califica al Fisco como persona jurídica, sino que agrega que cabe considerarlo la más importante de las personas jurídicas, definiendo así al Fisco: "es el Estado considerado como capaz de propiedad privada".²⁶ Recuerda Savigny que, en el derecho romano, en tiempos de la República, el Estado considerado como sujeto de derecho de bienes se llamaba *œrarium*, porque todos los derechos de esta especie se resolvían en ingresos y gastos en la caja del Estado; durante el Imperio, el tesoro del Senado continuó llamándose *œrarium*, pero al del emperador se le comenzó a llamar *fiscus* (que significa canasta, cesto de mimbre, en donde se trasladaban o guardaban cantidades considerables). Luego *œrarium* perdería su significado original y se fusionarían ambas expresiones, para significar tesoro público.

De ese modo, de la mano de Savigny, Bello realizó un aporte significativo al

²⁴ HANISCH, cit. (n. 21), pp. 172-173.

²⁵ HANISCH, cit. (n. 21), p. 175.

²⁶ SAVIGNY, *System*, cit. (n. 11), § 86 *in fine*.

Derecho administrativo.

iii) *Regla de la ventaja*. Se ha analizado la posible influencia de la doctrina de la ficción, respecto de los *nascituras*, en la regla de la ventaja para el concebido, en especial a partir de los términos del art. 79 del *Código Civil*, tan semejantes a un párrafo del *System* de Savigny. En efecto, dicho artículo señala que: “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, siendo igual en todo al párrafo respectivo de Savigny, salvo en la expresión “capacidad natural”, que Bello reemplaza por “existencia legal”. Luis Claro Solar (1898)²⁷ planteó que tendría origen en Savigny; en lo que lo sigue Chacón (1890),²⁸ no obstante que ahora Henríquez²⁹ descarta que Bello haya seguido la teoría de la ficción de Savigny, pues, habiéndola conocido, éste habría decidido dejarla de lado al regular la materia en el *Código Civil*.

Según este último autor, existen variados argumentos que harían descartar el supuesto seguimiento de la teoría de la ficción por Andrés Bello. En este sentido, Henríquez señala que Bello “...suprimió en el art. 74 los requisitos que enunció en los *Principios de Derecho romano* (dar señales de vida, tener forma humana). De igual modo, si Bello hubiese querido seguir la tesis de la ficción, el giro lingüístico ya denunciado (“capacidad natural” por “existencia legal”) no se hubiese justificado, y la redacción de los arts. 77 y 962 podría haber sido mucho más simple: Sólo las personas son capaces de suceder”.³⁰

En fin, señala que se debe descartar la influencia de Savigny en Bello sobre este punto, pues “...todos los autores doctrinarios tenidos a la vista por Bello adherían a la doctrina por la cual al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca, en tanto regla de paridad, salvo Savigny, quien elaboró una doctrina propia: la de la ficción”, postura que según él no fue recogida finalmente por Andrés Bello en el *Código Civil chileno*.³¹ Discusión que, como se ve, está abierta entre los autores del Derecho civil.

iv) *El enfoque de la disciplina del Derecho romano*. No hay dudas sobre la adhesión de Bello, si bien tardía, a la Escuela Histórica del Derecho, fundada por Savigny. En especial en cuanto a las bases de esa Escuela, como es el caso de

²⁷ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Est. Poligráfico Roma, Santiago, 1898, Vol. I, pp. 217-229.

²⁸ CHACÓN, Jacinto, *Esposición razonada i estudio comparativo del Código Civil chileno*, Imprenta nacional, Santiago, 1890, Vol. I, pp. 73-75.

²⁹ HENRÍQUEZ HERRERA, Ian, “La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo ‘*infans conceptus pro iam nato habetur*’ en el derecho civil chileno”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2006, Vol. XXVII, nº 1, p. 106.

³⁰ HENRÍQUEZ HERRERA, cit. (n. 29), pp. 107-108.

³¹ HENRÍQUEZ HERRERA, cit. (n. 29), pp. 113.

la idea del *volkgeist*, esto es, considerar la costumbre como fuente del derecho. Pero existen otras consecuencias propias de la perspectiva de estudio del derecho romano como disciplina, sobre lo cual los trabajos de Ávila³² y en especial el notabilísimo *Andrés Bello y su obra en derecho romano*, debido a Hanisch,³³ son fundamentales. Ambos confirman el cambio sustancial en el pensamiento jurídico de Andrés Bello tras conocer la obra de Savigny, en especial en su enfoque de la disciplina del derecho romano.

1.2.2.- La falsa influencia de Savigny en Bello respecto de los elementos de interpretación de las leyes

Existe una falsa influencia de Savigny en Bello sobre los elementos de interpretación de las leyes; es un mito. Pero no obstante ello, cabe seguir estudiando el tema de las leyes defectuosas, que es donde se producen las lagunas, en conexión con la propuesta de Savigny.

a) *El mito de la influencia de Savigny en los artículos del Código Civil que consagran reglas de interpretación.* Existe el mito, recogido por diversos autores, de que las reglas de interpretación contenidas en los arts. 19 a 24 del *Código Civil* habrían sido tomadas por Bello desde los conocidos cuatro elementos de interpretación enunciados por Savigny en el *System*; a saber: los elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático. Pero eso es un malentendido. Esta falsedad hoy está clara y fue denunciada y bien documentada por Guzmán en sendos trabajos de 1992³⁴ y de 2007,³⁵ pues resulta claro que Bello no se inspiró en Savigny para redactar esos artículos sobre interpretación. Barría (2010)³⁶ sigue igualmente esta tesis.

La historia de este mito es la siguiente: fue en el s.XIX cuando ocurrió el fenómeno de difusión de la idea contraria, y la doctrina civilista y la jurisprudencia aún hasta hace pocos años afirmaban que los elementos de Savigny, a través de

³² Véase ÁVILA, cit. (n. 19); y ÁVILA MARTEL, Alaimiro de, “Las ideas de Bentham sobre las pruebas que fueron enseñadas por Andrés Bello en Chile”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1983, N° 9, pp. 67-69.

³³ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*. Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983.

³⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Conferencias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 84-87.

³⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*. LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 209-211.

³⁶ BARRÍA PAREDES, Manuel, “El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional”, *Ars Boni et Aequi*, 2010, Vol. VII, n° 2, pp. 257-279.

Bello, estaban en estas reglas. ¿Quiénes difundieron la falsa noticia? Veamos citas a modo ejemplar (tomadas de Guzmán 1992):

(i) el primero que lo hizo fue, al parecer, un penquista: Alejandro Méndez Eguiguren, en su memoria de Prueba: *Interpretación de las leyes*, de 1880, en el Curso de Leyes de Concepción (precursor de la que es hoy la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción). Entonces, seguramente eso ya se enseñaba desde antes en Concepción;

(ii) en seguida, hubo cómplices capitalinos, los que luego difundieron la especie en Santiago; es el caso de Alfredo Barros Errázuriz, en 1904, también Luis Claro Solar, en el primer tomo de su monumental *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, de 1898; y en sus primeros *Apuntes*, de 1906.

(iii) desde ahí la doctrina *civilística* lo siguió repitiendo durante todo el s.XX, hasta la denuncia de Guzmán (1992), en que se han acallado algunas voces, pero no todas.

Tan difundido está incluso hasta ahora, que tengo un recorte periodístico de la famosa columna del tradicional diario santiaguino *El Mercurio*, llamada *Día a Día*, de 27 de mayo de 2014, en que se hacía esa afirmación como un saber común. Lamentablemente nadie, ni quien escribe, tuvo tiempo o ánimo para enviar luego una carta al diario retrucándolo. En todo caso, como aclara Guzmán (1992), la intención de estos autores recién citados (Méndez Eguiguren, Barros Errázuriz y Claro Solar) para introducir a Savigny en su argumentación fue para combatir el *literalismo* con el que se solía (y suele) interpretar las leyes, a partir de la regla del art. 19 del *Código Civil* (de lo cual todos sabemos que el culpable fue el mismo Bello, pues hay pistas contradictorias sobre su real apego al *literalismo*: Bello en eso fue evolutivo).

Estos autores, al propugnar que los elementos de Savigny estaban detrás de los arts. 19 a 24 del *Código Civil*, introdujeron, a la vez, otro vicio interpretativo (complementario al *literalismo*), y que hasta hoy hace estragos en las mentes de muchos estudiantes, abogados, doctrina y jurisprudencia: la descomposición de la tarea hermenéutica, transformando unos meros elementos en algo distinto. En efecto, en Savigny los elementos eran partes de un todo, pues para él la interpretación era un proceso más complejo pero unitario. Sin embargo, en Chile estos profesores propugnaron varias especies sucesivas de interpretación, partiendo por la interpretación literal, en donde se podía cerrar el proceso interpretativo completo, sin avanzar hacia los demás tipos de interpretación. Esto es, se perdió la unidad del acto interpretativo, compuesto de varios elementos, como propugnaba Savigny.

Es necesario señalar que resulta sorprendente que un autor como Fueyo haya

incurrido en alimentar este mito en su, por lo demás notable, *Interpretación y juez*.³⁷ Materia esta sobre la cual existe cierto silencio en algunos textos muy difundidos dedicados a la interpretación o a la explicación general de la disciplina del derecho civil, como es el caso de Ducci³⁸ y de Alessandri, Somarriva y Vodanovic.³⁹ No obstante, cabe consignar que, en el curso más actual sobre la disciplina, debido a Corral,⁴⁰ este autor explica con acierto el problema. Igualmente existen aportes desde la filosofía del derecho, en especial de Quintana Bravo,⁴¹ quien ha venido revisando en varias obras suyas la interpretación de la ley en nuestro medio, y de Núñez Vaquero,⁴² originando así un diálogo con la dogmática y la teoría del derecho. El tema es, por ende, bastante discutido.

ii) *La reinserción de Savigny en materia de interpretación: lagunas y principios.* No obstante, cabe seguir estudiando el tema de la influencia de Savigny en materia de interpretación de las leyes, ya no en el caso de las señaladas reglas, pues Bello conoció la doctrina savigniana sobre la materia, todo lo cual no ha sido suficientemente leído por la doctrina chilena, tanto la antigua como la actual, con las excepciones indicadas. Aquellos autores citados que deformaron la doctrina de Savigny olvidaron otro gran presupuesto savigniano en la tarea interpretativa; en efecto, él, ya en el s.XIX, prefiguró una idea (nada positivista, se diría hoy) y que está en la base de lo que en el s.XX propugnarían, por ejemplo, Emilio Betti (1890-1968) y Ronald Dworkin (1931-2013): el relleno de las lagunas con fuentes extralegales.

En efecto, suele olvidarse que Savigny distingue en el *System* dos tipos de interpretación:

- i) por una parte, la interpretación de los textos aislados (§ 33), en donde incorpora los conocidos cuatro elementos (pareciera que sólo esta parte se suele leer); y
- ii) por otra parte, Savigny agrega la interpretación de las leyes en su conjunto (§ 42, 43, 44, 45 y el fundamental 46), refiriéndose allí expresamente a las lagunas,

³⁷ FUEYO LANERI, Fernando, *Interpretación y juez*. Eds. Universidad de Chile y Centro de estudios “ratio iuris”, Santiago, 1976, p. 43.

³⁸ DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

³⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA ÚNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp.171-199.

⁴⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de derecho civil. Parte general*. Thomson Reuters, Santiago, 2018, Vol. I, pp. 175-177.

⁴¹ QUINTANA BRAVO, Fernando, *Interpretación y argumentación jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 109-143 y 2016, pp. 98-141.

⁴² NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Breve ejercicio de teoría (realista) de la interpretación: veintitrés problemas interpretativos sobre la regulación del Código Civil chileno sobre la interpretación”, *Ius et Praxis*, 2016, vol.22, n° 1, pp. 129-164.

en que previsualizó su relleno a través de lo que hoy llamamos principios generales del derecho (parte esta última que no se suele leer, o si se lee, pues se le olvida).

Entonces, esta especie de ceguera de nuestra doctrina, obnubilada primero con el comprensible legalismo decimonónico y luego con el positivismo, no fue culpa de Bello.

Al respecto, existe una variante en esta discusión y es la propuesta de Bascuñán, quien, en un completo trabajo,⁴³ junto con discutir una tesis anexa de Guzmán (planteada en sus escritos de 1992 y 2007),⁴⁴ según la cual estas reglas provendrían de Domat, reinsería a Savigny en la materia de interpretación de las leyes, pero ahora como influencia en Bello, ya no mediante esos elementos (en lo que coincide con Guzmán), sino que ve la influencia savigniana en su análisis de las leyes defectuosas; tema este, como dice Bascuñán, que es una tarea pendiente en la cultura jurídica chilena.

1.2.3.- Una influencia frustrada en el Código Civil: la costumbre como fuente del derecho

Hubo una influencia frustrada de Savigny respecto del *Código Civil*. Al respecto, resulta claro que Bello, como jurista, se convenció de la idea savigniana de que la ley no es la única fuente del derecho, pero él no logró la incorporación de esta idea en el *Código Civil* chileno. Parecía que no pudo hacer nada a esas alturas contra la gran influencia que se operó desde inicios del s.XIX por la idea dominante del imperio de la ley. La ley produjo tanto bienestar en las sociedades democráticas nacientes que nada le podía hacer sombra; pues la ley, según el mito, era obra de todos, del pueblo, el que había expulsado al Rey, que era un déspota; la ley fue así considerada la reina de las fuentes del derecho.

Es paradigmático el ejemplo de los arts. 1 y 2 del *Código Civil*: el primero exalta a la ley; el segundo sepultó a la costumbre dejándola como fuente sucedánea, dependiente de la aceptación expresa de la ley (no de los vacíos de la ley). Sin embargo, tenemos registros de que durante la discusión del proyecto de *Código Civil* de 1853 Bello intentó que la costumbre fuese una fuente del derecho, autónoma de la ley, pero el resto de la Comisión no le dejó cumplir ese deseo. El imperio de la ley, el legalismo en el imaginario jurídico de la época fue más

⁴³ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “El mito de Domat”, en ATRIA, Fernando; CORREA, Rodrigo; LÓPEZ MASLE, Julián; SIERRA, Lucas (Eds.), *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 263-349.

⁴⁴ V. GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Conferencias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 41-87; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*. LexisNexis, Santiago, 2007.

fuerte. Y esta decisión radical en la historia jurídica chilena fue fundamental para la conformación del pensamiento jurídico nacional; o para la conciencia y vigencia de estas dos fuentes del derecho.

Es así como Savigny no pudo influir en materia de costumbre como fuente del derecho. De otro modo, el art. 2 del *Código Civil* no habría quedado escrito como lo vemos hoy (que es la misma redacción de 1855-1857); se habría redactado distinto. Bello, en los primeros textos y proyectos de *Código Civil* de 1840 y 1847, había incorporado la costumbre como fuente del derecho, y eso lo hizo por una doble razón: siguiendo los textos castellanos e indianos (por ejemplo, *Las Siete Partidas*) y, además, siguiendo a Savigny, pues ya había tenido en sus manos el Tomo I del *System* en que aparece esa materia, y pudo observar el lugar predominante que se le asigna a la costumbre como fuente del derecho. ¿Qué sucedió?

Si bien Bello propuso la costumbre como fuente autónoma, como señalo más arriba, fue la Comisión revisora la que no lo aceptó y dejó el art. 2 del *Código Civil* con su actual contenido, sepultando a la costumbre y dejando a la ley en su reinado. Desapareció así, al menos en la letra, la costumbre como fuente del derecho. Ese acto fue, podríamos decir, de una gran adoración a la pura ley, una exaltación al primado de la ley, digno de un espíritu positivista, diríamos hoy. Lo que no era en verdad la convicción íntima de Bello, pues él ya se había infectado del espíritu savigniano. Lo que ocurrió en esa Comisión (que Bello integraba) es que éste aceptó la opinión de los restantes miembros, transformando formalmente el acuerdo de mayoritario en unánime; no hubo voto disidente. *Se inclinó*. De ese modo quedó plasmado el legalismo entre nosotros. Si Bello hubiese ganado esa batalla de la costumbre, el sistema de fuentes hubiese sido seguramente muy distinto en nuestro país.

1.3.- *Bello y la circulación de las ideas jurídicas de Savigny en Chile: Recuento*

A partir de los antecedentes y evidencias con que contamos, las influencias de Savigny en Bello son efectivas. Así:

1°. La influencia que ejerció Savigny en Bello se produce aproximadamente a partir de 1840, en que conoce la obra traducida de aquél. Sólo a partir de esa época es posible observar en los papeles de Bello la cita de Savigny y captar lo hondo que caló en él la lectura del *System*. El resultado es que, desde 1840, en que Bello toma contacto con la obra de Savigny, hasta 1865, en que fallece, trascurren veinticinco años de incorporación de esas ideas en sus escritos.

2°. Desde 1810 (o pocos años más) comienza la influencia del benthamismo en Bello y desde 1840 (o pocos años más) opera el *agregado* de las ideas savignianas. Una vez ya operada esta doble influencia en Bello es que luego realiza su magna obra: el *Código Civil*, el que a su vez no pudo sino recibir ambas influencias, de Bentham y Savigny.

3°. Savigny y Bello creían que las costumbres, junto a las leyes, también eran fuente del derecho. En el caso de Bello es sabido y hemos abundado en la evidencia de que intentó que la costumbre fuese una fuente paralela y no dependiente de la ley (como en definitiva quedó plasmado en el art. 2º del *Código Civil* chileno), bajo el influjo especialmente de Savigny. Pero ese artículo segundo fue el fruto de una decisión en la que su voto fue minoría. Entonces, se puede decir que Bello, desde el punto de vista de su concepción de las fuentes del derecho, esto es, del método jurídico, está muy cerca de Savigny, con quien en esto no muestra contradicciones.

4°. Tanto Savigny como Bello se distancian de las tradiciones hoy llamadas iusnaturalismo y positivismo; en buena medida, el pensamiento de Savigny está en la génesis de unas tradiciones jurídicas distintas a las anteriores, como la realista y la hermenéutica. Bello en algunos aspectos sigue esa misma senda; de ahí que el sincretismo de Bello ha terminado por impregnarse también en la estructura del derecho chileno actual, en que los elementos costumbristas (por la vía de los principios generales del derecho) son hoy habitualmente recogidos por la jurisprudencia.

5° Si hubiese que conectar a Savigny con juristas del s.*XX*, son los nombres de Betti y Dworkin los más próximos y, como digo antes, la huella genética que los une se manifiesta en la técnica de los principios generales del derecho, los que son ostensiblemente los sucesores de la técnica costumbrista, que era el derecho no escrito que imperaba en el s.*XIX* para el relleno de las lagunas del derecho escrito. A la conexión de las propuestas de Betti con Savigny ya se ha escrito antes;⁴⁵ de lo cual no hay dudas y basta para constatarlo una somera revisión de las obras de Betti, las que no sólo están plagadas de referencias a Savigny (sobre lo cual no abundo ahora) sino muestran que es un abierto partidario de los principios generales del derecho como herramienta para el relleno de las lagunas del derecho escrito.

II. CONEXIÓN DE LA PROPUESTA METÓDICA DE SAVIGNY CON LA ACTUAL CONCEPCIÓN HERMENÉUTICA: EL CASO DE DWORKIN

Dedico esta segunda parte a la conexión de la propuesta metódica de Savigny con la conocida concepción hermenéutica de Ronald Dworkin. Para ello reviso de modo sucinto algunos aspectos de la teoría del método en Savigny, luego de hacer notar la desconexión de su propuesta metódica con las tradiciones iusnaturalista y positivista del derecho, muestro su conexión con la actual concepción hermenéutica,

⁴⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro, “La batalla de Betti para situar la hermenéutica en medio del método jurídico” (Estudio preliminar), en: BETTI, Emilio, *Teoría de la interpretación jurídica* (Compilación y traducción de escritos). Ediciones UC, Santiago, 2019, p. 24.

para lo cual realizo una comparación con Dworkin, su más insigne representante de la neomodernidad. Me sirvo para ello de algunos escritos anteriores.⁴⁶

2.1- Teoría del método e idea de principios para llenar lagunas en Savigny

Como digo más arriba, junto con iniciarse el s.XIX, nace la época del derecho democrático (poniéndose fin a la larga época anterior del derecho aristocrático), en que se instala la idea del derecho como generado desde el pueblo. Es el inicio del fenómeno de la positividad del derecho, en que parecía instalarse como única fuente del derecho a la ley y haberse relegado toda otra génesis de justicia material. Esta época trajo consigo el conocido culto a la ley, entendida como producto democrático de asambleas y parlamentos, integrados por delegados del pueblo.

Pero en Alemania, en los años 1814 y 1815, en un manifiesto breve, el que a la postre sería considerado el más grande jurista de la contemporaneidad, Savigny comienza su propuesta de un nuevo método para la comprensión de la *empiría* jurídica, esto es para comprender las fuentes de ese fenómeno que conocemos como derecho positivo vigente. Su propuesta eleva a un primer lugar los usos y costumbres del pueblo, en donde se encontraría el origen del derecho legal, lo que llamó después “espíritu del pueblo”. Igualmente, resaltó la relevancia del derecho científico. Además, analizó y desarrolló la estructura del sistema jurídico, identificando como células de este a la relación jurídica y las instituciones.

Argumento en este acápite que podemos vincular estos descubrimientos de Savigny con la actual discusión y distinción entre reglas (leyes) y principios, tomando como base la estructura de la *empiría* jurídica y sus fuentes.

2.1.1.- Las etapas del pensamiento de Savigny

Se pueden distinguir tres etapas en el desarrollo del pensamiento y obra de Savigny, en lo que sigo a Larenz (1994).⁴⁷

a) *El primer Savigny: sus escritos juveniles.* La primera concepción del derecho de Savigny es la que consigna en sus escritos juveniles: por una parte, su monografía

⁴⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro, *Teoría del derecho. Reglas y principios, jurisprudencia y doctrina*. Thomson Reuters, Santiago, 2018, de donde extraigo para la segunda parte de este escrito los textos relativos a la teoría del método en Savigny (pp.97-101) con diversas correcciones y agregados; VERGARA BLANCO, Alejandro *Teoría del derecho: Identidad y transformaciones*. Ediciones UC, Santiago, 2019, de donde extraigo para la segunda parte de este escrito los textos relativos a la conexión entre Savigny y Dworkin (pp.199-206) con diversas correcciones y agregados.

⁴⁷ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (4^a. ed., Berlín, 1980), traducción castellana por Marcelino Rodríguez: *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Ariel, Madrid, 1994), pp. 31-38.

de 1803 sobre el derecho de posesión (muy elogiada contemporáneamente) en que inaugura, de manera práctica, un nuevo método de trabajo en la ciencia jurídica; Savigny no sólo teoriza, sino que aplica directamente su método a este tema de la posesión; por otra parte, cabe mencionar su *Metodología jurídica*, de 1802-1803, en que destaca la distinción de lo “filosófico” y lo “sistemático” y su apego a las leyes (en la interpretación).

En este texto Savigny distingue una elaboración interpretativa del derecho, otra histórica y otra filosófica (sistemática). Señala que la misión de la interpretación es “la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto cognoscible a partir de la ley”. A este fin, la interpretación tiene que constar de tres elementos: “el lógico, el gramatical y el histórico”. Además, la precariedad de un pasaje particular del texto, como su significado respecto del todo; y el “todo” del derecho es visible en el sistema, por tanto, en toda interpretación de la ley se debe manifestar, además, un elemento sistemático.

Es notorio el carácter «positivista-legalista» de este primer escrito de metodología de Savigny, lo que queda aún más en evidencia por su rechazo a lo que llama interpretación “extensiva” y “restrictiva” (por tales entiende una interpretación amplificadora o limitadora del tenor literal de la ley, conforme al fin o al fundamento de la ley).

Rechaza la interpretación teleológica; señala que el juez debe atenerse a lo expresado en las palabras de la ley; ejecutar la ley y no desarrollarla creativamente: “un perfeccionamiento de la ley si bien es posible, sólo puede realizarlo el legislador”.

No obstante, admite la analogía. Para argumentar la no contradicción con lo anterior, según él, la analogía opera así: si existe una regla especial en una ley, que se puede aplicar a otro caso no regulado, tal regla es en realidad “superior”, y se puede aplicar a ambos casos; en este caso “la legislación se complementa a sí misma”, decía.

b) *El segundo Savigny: sus escritos programáticos*. En ellos inaugura la que se llamará “Escuela Histórica del Derecho”; más bien lo que se inaugura es la propuesta de este jurista de un nuevo método para la ciencia jurídica. Aquí en estos escritos (todos los cuales se contienen en esta compilación) encontramos la génesis del método jurídico de la época contemporánea: “*De la vocación de nuestro tiempo...*” de 1814; “Recensión a un libro de Gönner de 1815; Opiniones a favor y en contra a “*De la vocación*” de 1815; “Sobre el fin de esta Revista...” de 1815; y los prefacios de los vols. I y IV de su *Historia del derecho Romano en la Edad Media* de 1815 y 1826 respectivamente.

Existe una notoria variación del pensamiento de Savigny a partir de su *De la vocación de nuestro siglo*, de 1814, y de los escritos que le siguieron, en que ya no consideró a la ley como fuente originaria de todo derecho, sino a la convicción jurídica común del pueblo, el “espíritu del pueblo”.

c) *El tercer Savigny: su obra de madurez, el Sistema del derecho.* En el *Sistema*, publicado a partir de 1840 (continuado en su *Derecho de obligaciones*, en 1851), aparece un concepto más depurado no sólo de la interpretación, sino del sistema jurídico, y ya realiza su propuesta más relevante en materia de método: considera a los “institutos jurídicos” como punto de partida y fundamento de la evolución del derecho. Para él la estructura del derecho, en sentido conceptual, parte del concepto de instituto jurídico. Así, las reglas no pueden entenderse partiendo de la ley, sino sólo partiendo de la contemplación del instituto jurídico, “por la que también se dejó guiar el legislador al formularla”.

Por lo tanto, ahora, para él, la misión de la interpretación es la “reconstrucción de la idea inherente a la ley”; esto es, hacer surgir nuevamente la ley en el pensamiento. Tanto en su escrito juvenil como en el *Sistema*, distingue los cuatro elementos de la interpretación: el gramatical, el lógico, el histórico, y el sistemático. No se trata de cuatro clases de interpretación, sino de “diferentes actividades, que tienen que actuar unidas si la interpretación ha de conseguirse”.

Todo lo cual lo lleva a plantear el rol de la integración de lagunas mediante analogías; lo que requiere la “contemplación total” del instituto jurídico respectivo, que es la célula del derecho en medio del cual se encuentra la relación jurídica, conectadas con los hechos, con la realidad; esto es, con los principios. De ahí que podemos decir que la primera formulación de los principios jurídicos en la historia del pensamiento jurídico, en sentido de relleno de lagunas de las leyes, es la que realiza el mismo Savigny (idea sobre la cual vuelvo más adelante en este escrito).

2.1.2.- *Savigny, positividad del derecho y sistema de fuentes*

Hoy no se discute la relevancia superlativa de Savigny para el método de la ciencia del derecho. Su pensamiento, depositado en una obra admirable e inmensa, es plenamente actual, pues la base del fenómeno jurídico que él consideró hace 200 años es la misma actual, constituida, ayer y hoy, por la existencia innegable e ineludible de un derecho positivo, lo que no puede ser esquivado por el jurista, por el juez, por el ciudadano. Existen leyes o reglas que rigen las conductas de todos en la vida social. Pero si bien eso es real, también podemos observar que el fenómeno jurídico no se cierra con esas mismas leyes. Como lo observó a comienzos del s.XIX Savigny, lo observamos hoy: el fenómeno se cierra con la idea de principios.

Savigny no es hoy meramente un lugar de donde extraer una colección de citas, y así darle más elegancia al aparataje bibliográfico de un trabajo: es una cantera permanente (con sustancias minerales *de buena ley*, podríamos decir metafóricamente) de donde es posible extraer la explicación del fenómeno jurídico todo; y eso no ha cambiado desde el s.XIX, en que lo formuló, hasta hoy, en que son observables los mismos siguientes elementos básicos del fenómeno jurídico: i) ley vigente (derecho positivo); ii) *factum* (hechos jurídicos); iii) la interpretación; iv)

la jurisprudencia de los tribunales; y *v)* la doctrina de los autores.

Son los mismos temas de la Teoría del derecho contemporáneo.

2.2.- *La conexión de Savigny con la actual tradición hermenéutica*

Existe hoy una concepción jurídica llamada hermenéutica, que se distancia de las tradiciones iusnaturalista y positivista y no podemos decir que Savigny haya sentido iniciando o militando en alguno de esos movimientos, sin incurrir en anacronismo. Lo que sí podemos decir es que varias de sus ideas se conectan con la actual concepción hermenéutica, la que le da un gran valor a la *interpretación*, con lo que se postula que el *momentum* del derecho no sería únicamente el *dictum* contenido en las leyes sino también el resultado proveniente de un proceso de *adjudicación* de ese derecho en que participa *además* un intérprete y puede agregar otras fuentes del derecho para llenar las lagunas del derecho escrito (como los *principios generales del derecho*, en su denominación actual), lo que se ve a diario en la tarea de los jueces contemporáneos. Veamos entonces, en qué medida se acerca el pensamiento de Savigny a esta concepción que pareciera ser un descubrimiento reciente y quizás tiene algunas raíces en el jurista alemán.

2.2.1.- *Savigny y las fuentes del derecho: ni iusnaturalista ni positivista*

Savigny no fue cercano a lo que hoy llamamos iusnaturalismo; al contrario, fue un declarado *legalista* (positivista, se diría hoy), en la medida que se oponía al derecho natural como fuente del derecho que rige una comunidad, y afirmaba la existencia de un derecho positivo. Además, cabe recordar que Savigny entendía que el derecho no tenía únicamente como fuente a la ley (como lo propugna un legalista y hoy un positivista estricto), sino que afirmaba que también las costumbres eran fuente del derecho.

Entonces, en materia de fuentes del derecho, ambas afirmaciones acercan a Savigny con la actual concepción hermenéutica del derecho. En efecto, Savigny ofreció en su obra una notoria lejanía con lo que hoy postula el iusnaturalismo, porque no creía en la existencia de normas jurídicas que no fuesen obra de los hombres. También mostró lejanía con lo que podemos llamar positivismo estricto, en cuanto no creía que la ley parlamentaria era la única fuente del derecho.

En otras palabras, podríamos decir que Savigny no fue ni iusnaturalista ni positivista, sin perjuicio de que estas son categorías actuales, que él desconoció. Savigny pareciera que se comportaba como un jurista realista, observador del *factum* social, aceptando las dos fuentes jurídicas existentes en los sistemas jurídicos de la modernidad: leyes y costumbres; sin perjuicio de que éstas (las costumbres) son la antesala de lo que, con posterioridad, durante el s.XX, en método jurídico se llegaría a denominar principios generales del derecho. Y, también, Savigny ya en su época

se comportaba como un jurista de la actual concepción hermenéutica (para probar este aserto realizo más adelante un parangón con Dworkin).

2.2.2.- *La temprana referencia de Savigny a la idea de unos principios generales no escritos*

Cabe preguntarse si Savigny se refirió a la idea de unos *principios generales*. No observa ni analiza Savigny con esa denominación el moderno fenómeno de los principios generales del derecho, surgidos de las lagunas.⁴⁸ Esa terminología proviene de la obra de los juristas del s.XX, Dworkin entre otros. En cuanto a los principios, Savigny no los incorpora a su sistema de fuentes con esa denominación, pero utiliza unas técnicas diversas, que tienen el mismo fin de llenar lagunas o de ir más allá de la ley. Así, se refiere a las siguientes técnicas: por una parte, a la analogía, para llenar lagunas (§ 46 de su *Sistema*), que es donde se reconoce “positivista” y refuta un derecho natural; y, por otra parte, al espíritu del pueblo, como fuente, en donde se acerca bastante a lo que hoy, a 200 años de esa formulación, entendemos por principios generales del derecho.

Puedo agregar, en relación con los principios generales del derecho, que ha pasado desapercibido el § 51 del *System* relativo a los “Principios de las legislaciones modernas sobre la interpretación”, en el cual cita el caso del código civil austriaco de la época el que, regulando la materia de la interpretación, señala expresamente que “a falta de ley” y “como último medio” puede el juez recurrir a los principios generales del derecho. Con esta expresión está traducido al castellano por Mesía y Poley en 1878, siguiendo la versión francesa de Guenoux, que usa la expresión *principes généraux du droit* (= principios generales del derecho);⁴⁹ aun cuando la edición original alemana usa la expresión *natürlichen Rechtsgrundfätzen* que, en estricto rigor equivale en castellano a “principios jurídicos naturales”. Pero el hecho es que tanto la traducción francesa como la castellana siguiendo a la anterior, usan la expresión *principios generales del derecho*, que es la que en definitiva se utilizará para referirse a la técnica de derecho no escrito que cumple la función de relleno de lagunas.

Expresión que, además, es sinónima de la expresión, concepto y técnica de integración del derecho escrito por el derecho no escrito que, como recuerdo *supra*, Betti y Dworkin, entre otros nombres célebres (sobre lo cual no puedo abundar en este sitio) propugnarán para el relleno de las lagunas. La conexión genética es indudable; de ahí que son estos tres autores (Savigny, Betti y Dworkin), sin lugar a duda, los más insignes representantes de la tradición hermenéutica en esta

⁴⁸ Así, en VERGARA, *Teoría del derecho*, cit. (n. 46), p. 98.

⁴⁹ SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, trad. de Guenoux. Vol. I (1840), cap. IV, p. 322.

materia jurídica (tradición esta que es distante de las tradiciones iusnaturalistas y positivistas). Los textos de Savigny ya los he citado; los textos de Dworkin son referidos más adelante; los textos de Betti sobre la materia están en sus conocidas *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, de 1949;⁵⁰ su *Teoria generale della interpretazione* de 1955⁵¹ y otros escritos suyos reunidos en el volumen *Diritto, Metodo, Ermeneutica*⁵² de 1991 (que sólo cito como referencia).

2.3.- La doble conexión entre Savigny y Dworkin: hermenéutica y democrática

Savigny y Dworkin: Un siglo y medio de distancia. Savigny escribió sus textos principales aquí citados en los años 1814 y 1840; Dworkin, por su parte, escribió sus textos relevantes en esta materia a partir de 1967 y hasta 2012, entre los que cabe en especial tener en cuenta (según su título en castellano): su trabajo seminal: *El modelo de las reglas*, de 1967,⁵³ incluido luego en su volumen *Los derechos en serio*, de 1977;⁵⁴ *Una cuestión de principios*, de 1985;⁵⁵ *El imperio del derecho*, de 1986;⁵⁶ y *Justicia para erizos*, de 2011.⁵⁷

Son los nombres más famosos y luminosos de la teoría del derecho de la modernidad. En ambos hay una conexión, pues comparten un concepto interpretativo del derecho. Cabe agregar que estos dos autores comparten una misma concepción democrática y aceptan de manera fidedigna las fuentes *populares* del derecho.

Pero intento ver los acercamientos y distancias de ambos en cuanto a sus análisis de fuentes y método. En apariencia Savigny es un conservador de nuestro tiempo, pero en varios aspectos es un liberal de su época. Dworkin es hoy, para

⁵⁰ BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milán, 1949, 501 pp.

⁵¹ BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1955, T. I, 634 pp.; T. II, 1113 pp.

⁵² BETTI, Emilio, *Diritto, Metodo, Ermeneutica. Scritti scelti*, Giuffrè, Milán, 1991, 352 pp.

⁵³ DWORKIN, Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review* 1967, N° 35, pp. 14-46, en línea: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609 (luego incorporado a: *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977, y después traducido como: *Los derechos en serio*, Ariel, Madrid, 1984, 508 pp; el texto en pp. 61-101).

⁵⁴ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977, 293 pp. (traducción: *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984).

⁵⁵ DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge MA., 1985, 424 pp. (traducido como: *Una cuestión de principios*, Siglo XXI eds., Buenos Aires, 2012, 493 pp.).

⁵⁶ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge MA., 1986, pp. 470. [trad. castellana, primero como: *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, 328 pp.; luego como: *El imperio del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2022, 408 pp.).

⁵⁷ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge MA., 2011, 528 pp. (Trad. castellana: *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014).

nosotros, un liberal. Así, tienen varias ideas bastante comunes, lo que desemboca en que a ninguno se lo puede calificar, sino livianamente, ni como un pensador iusnaturalista ni como un positivista; antes, al contrario, ambos o no compartieron esas tendencias o las criticaron. Y eso abre una tercera opción o camino: Savigny y Dworkin no pertenecen a ninguna de esas dos tradiciones, y si hubiese que buscar alguna tradición a la que perteneciesen u originasen, cabe situarlos en fenómenos más amplios del pensamiento, como son la concepción hermenéutica del saber y el ideal democrático. Estos elementos marcan una indudable cercanía entre ambos y, al mismo tiempo, marcan una notoria lejanía con las dos tradiciones señaladas.

2.3.1-. Conexión hermenéutica en Savigny y Dworkin

Toda teoría del derecho es a la vez método y fuente de la democracia; esto es, teoría hermenéutica y teoría de la democracia. Y las teorías del derecho legadas por Savigny y Dworkin son ejemplos paradigmáticos de su apego por la búsqueda del saber (esto es, saber qué es el derecho) en medio de un régimen democrático.

Esta afirmación es el mejor legado de las teorías del derecho diseñadas por Savigny y Dworkin en conexión con la teoría del conocimiento y la teoría política, sin perjuicio de la tan larga distancia temporal entre la obra de uno y de otro. El argumento que sostengo es el siguiente: las teorías de ambos autores, a pesar de su distancia cronológica, están conectadas genéticamente por dos ideas: tanto por el ideal democrático como por la concepción hermenéutica del saber. Ambos autores no solo las comparten, sino que ambas ideas corresponden a bases sillares de sus teorías del derecho.

De partida, podemos observar las siguientes dos conexiones entre la respectiva obra y el pensamiento de ambos autores.

a) *En ambos autores el derecho tiene dos fuentes, ambas provenientes del pueblo.* La misma concepción de la existencia de dos fuentes del derecho domina la obra de ambos; ambos conciben que las fuentes no solo son las leyes, sino algo más; así:

i) para Savigny ese “algo más” es el espíritu del pueblo donde juristas y jueces deben encontrar el origen del derecho y los valores unidos al mismo. El resultado es que no solo la ley es fuente del derecho. Dada la existencia de lagunas y la plenitud del ordenamiento, siempre ha de encontrarse una solución a los casos, y el juez la encuentra ya sea en las normas o ya sea en el espíritu del pueblo (derecho vivido en el pueblo, sus valores). Aunque en el segundo Savigny de 1814 (*Von Beruf*) se dice que el espíritu del pueblo sería la primera fuente, de la que se deriva la ley, el tercer Savigny de 1840 reconoce ambas fuentes en la primera edición del *System*.

ii) para Dworkin ese “algo más” son los principios. Véase su desarrollo en sus famosos escritos citados de 1967, 1985, 1986 y 2011.

Ambas son similares técnicas para descubrir, más allá de las leyes, fuentes que aniden en los valores del pueblo. Ambos teóricos otorgan relevancia no únicamente al legislador, sino también al juez. En ambos casos hay una reacción contra la pretensión de considerar derecho solo a las leyes (positivismo); en ambos casos, eso sí, se mantienen las fuentes en aquellas creadas por la comunidad y no se incorporan absolutos morales (derecho natural). En Savigny y Dworkin, en todo caso, junto con no aceptar *in totum* las tesis de positivistas y iusnaturalistas, se toman algunos elementos relevantes de cada una de esas teorizaciones: la relevancia de la ley y de los valores más allá de esa ley, respectivamente.

b) Conceptos jurídicos indeterminados y principios. Una forma de operar por principios en el derecho legislado es que cada vez que el legislador deja entregada al juez las valoraciones, estas no deben hacerse de acuerdo con un personal sentido valórico del juez, sino al sentido social de cada cláusula general.

La acogida a las ideas de Savigny en el *s.XIX* en el *Código Civil chileno* se observa en que este está plagado de cláusulas generales, como la buena fe o las buenas costumbres, las cuales debe valorar el juez en cada caso. Esta es una forma de adjudicación del derecho ni positivista ni iusnaturalista. Es un modo técnico de rescatar valores del pueblo (principios). Los jueces cada día hacen este relleno de lagunas o cumplen la tarea de adjudicar el derecho, llenando esa mera enunciación legal a través de sus sentencias.

¿Cuál es la fuente de esa decisión? ¿La ley? Pero resulta que ella nada dice sobre el contenido completo. En verdad, tal fuente está en el principio, el valor o el criterio o la cláusula rescatada por el juez desde el derecho vivido. Eso no es ley, es algo similar a los principios (en la definición de Dworkin) o al espíritu del pueblo (en la definición de Savigny). Y el único modo de llegar a descubrir esa fuente anexa a la ley pareciera que es a través de una concepción interpretativa del derecho pleno o íntegro.

c) Ambos autores postulan la plenitud o integridad y una concepción hermenéutica. Ambos sostienen la misma concepción sobre la plenitud o integridad del derecho. En ambos casos está constituido el derecho tanto por leyes como también por costumbres o derecho vivido (Savigny) o principios (Dworkin), según el autor de que se trate. Y ambos afirman una concepción hermenéutica, dado el rol que le asignan a la interpretación (adjudicación) por el juez en la búsqueda de una solución única. Savigny obviamente fue influido por el origen de la hermenéutica en el *s.XIX*, en especial por Friedrich Schleiermacher (1768-1834); aunque no lo cita directamente, pero es posible observar su influencia.

Por su parte, Dworkin fue igualmente influido por la hermenéutica del *s.XX*, y cita explícitamente en su *Law's Empire* de 1986 a Wilhelm Dilthey (1833-1911), a Hans-Georg Gadamer (1900-2002) y a Jürgen Habermas (1929-); se refiere además

a la validez del círculo hermenéutico. De ese modo, no cabe duda de la pertenencia de Dworkin a la tradición hermenéutica jurídica.⁵⁸

2.3.2.- *Conexión democrática en Savigny y Dworkin*

a) Dos teorías del derecho conectadas con las necesidades del tiempo en que se formulan. Las distintas teorías del derecho no surgen solo como una búsqueda de explicación técnica al interior del derecho, como si fuese una ciencia por la ciencia; las teorías surgen conectadas con la realidad circundante y sus imperativos contemporáneos.

Las teorizaciones de Savigny y Dworkin están conectadas con una explicación perspicaz de la manera que en la sociedad de su tiempo se produce la decisión de las reglas y la adjudicación de las mismas, a través de legisladores y jueces, y el rol del pueblo y los juristas.

i) Por ejemplo, la teorización de Savigny surge como un modo de impedir la codificación (al estilo filosófico iluminista, como la proponía Thibaut) y de hacer imperar un derecho de juristas más depurado y conectado con el espíritu del pueblo. Igualmente, fue un modo de rechazar el imperio de la pura ley. Esto es, hay en Savigny una conexión con el perfeccionamiento de las bases democráticas o de la construcción o reconstrucción de esas bases.

La mirada técnica (por ejemplo, asumiendo que la ley no es la única fuente del derecho, y considerando la plenitud del derecho) es una respuesta a una necesidad de su tiempo: evitar el despotismo del legislador. La formulación de esa teoría es, asimismo, un modo de consagrarse, reafirmar o reincorporar un ideal democrático o político, que dice relación con los objetivos del derecho, como regulador de la convivencia democrática. En tiempos de Savigny el ideal democrático es distinto al actual, pues regía un sistema monárquico/parlamentario que parecía monopolizar el derecho en la ley; pero, a pesar de eso, tuvo Savigny la valentía de proponer como fuente válida no solo la ley sino también el espíritu del pueblo (lo que le significó, como se sabe, la acusación de “antimonárquico” por parte de Gönner).

ii) en Dworkin es visible igualmente su deseo de proponer una teorización acorde con su concepción de la democracia, basada en la consideración del derecho (en contraste con la democracia mayoritaria). De ahí su insistencia en no dejar el monopolio de las fuentes del derecho al legislador, señalando que también a los jueces les corresponde el papel de crear derecho a través de la jurisprudencia: en este caso, lo que hace este autor no solo es proponer la coherencia democrática

⁵⁸ Véase su natural inclusión en tal concepción en VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Le ragioni del diritto*. Il Mulino, Bolonia, 2003 (nueva edición como: Pastore, Baldassare; Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, 2017), pp. 248-249.

de esto, sino también mostrar la efectividad práctica de ese modo de adjudicar el derecho por parte de los jueces, a través de leyes y principios.

iii) pareciera entonces que en ambos casos (en Savigny y en Dworkin) no hay el deseo de instrumentalizar estos mecanismos del derecho hacia sus propias propuestas valóricas, sino que buscan explicar el procedimiento a través del cual en las democracias se produce la adjudicación del derecho, sea cual sea su contenido valórico. No hay en ninguno de estos teóricos el deseo de utilizar esta teorización para forzar la vigencia de valores sociales, compartidos. Ambos utilizan vías paralelas para mostrar sus opciones valóricas o políticas en cada caso: Savigny, como Ministro de la Legislación, Dworkin como observador y crítico de la jurisprudencia de la *Supreme Court* de USA. Pero no proponen un método para manipular la respuesta para que ella sea lo más similar posible con sus propuestas valóricas.

En ambos hay una visión ilustrada, técnica, especializada, del fenómeno del derecho. No actúan propiamente, en este aspecto, como filósofos militantes de unos valores u opciones, sin perjuicio de que, una vez descrito y mostrado técnicamente este complejo panorama del derecho, pudiesen en términos personales tener sus opciones ideológicas. Pero no se percibe instrumentalización hacia sus opciones.

b) *Conexión de las teorías con las reglas básicas de convivencia.* Entonces, principalmente, en ambas propuestas hay una conexión íntima con las reglas básicas de la convivencia, en este caso democrática, y ambos autores, sin decirlo, ponen como base de sus teorías del derecho precisamente las bases de la convivencia democrática. Eso es visible en al menos cuatro aspectos relevantes del funcionamiento de la democracia.

(1º) *El derecho es nacional, de cada pueblo.* De la singularidad del derecho de cada país o nación emana el espíritu de ese pueblo o sus valores. Esto es, lo nacional que es este fenómeno social que llamamos derecho.

(2º) *Separación y autonomía de poderes.* La separación de poderes de ese Estado nacional y del rol que le corresponde con autonomía al legislador y al juez. Ambos autores marcan muy bien la separación entre legislador y juez (positividad y coacción de las reglas; cosa juzgada, independencia y exclusividad para el juez). En el caso de Savigny, la distinción entre Gobierno y Administración aún no es visible. En Dworkin hay una noción más depurada del Gobierno y las agencias (Administración). El cuidado de ambos teóricos para distinguir estas instancias democráticas es la base del éxito de sus teorizaciones. La democracia surge como una separación de poderes; eso está en su base, y no lo olvidan estos teóricos. Así: i) El legislador debe legislar y es fuente relevante del derecho, es coactivo. Es la positividad, y es base de la convivencia democrática, aceptar las reglas aprobadas en los parlamentos; ii) El juez debe resolver los conflictos (me refiero con más detalle en el numeral 4º); y iii) el Poder Ejecutivo: Gobierno y Administración.

(3º) *Derechos y garantías fundamentales de las personas.* La garantía de unos derechos que tienen su base en las reglas que se da cada pueblo es algo que ambos autores sostienen (ya en la Constitución, de un modo más directo; ya en las leyes, de un modo delegado por los parlamentos). La democracia surge conectada con la unión de derechos y garantías del pueblo y de los individuos, y ello no lo olvidan ambos teóricos. Y estos derechos, en ambos casos, los hacen anidar en el pueblo; así, por una parte, Savigny señala claramente que todos estos derechos, posteriormente incorporados a las reglas, surgen por vez primera del pueblo; por otra, Dworkin, ante los vacíos de las reglas, constata y acepta que los jueces busquen esos valores en los principios, que están en medio del sentir popular, ya de las personas ya de los juristas. En ambos casos, ambos teóricos rescatan esos derechos de dos fuentes: de las reglas y de los valores anidados en el pueblo.

(4º) *Control judicial.* En ambos autores es perceptible la relevancia que le otorgan a la decisión del juez y a la cosa juzgada de sus decisiones. En Savigny el análisis es más privatista y solo se refiere a la jurisdicción civil y criminal (no se refiere a la administrativa, y ello es natural por la época monárquica en que desarrolla su tesis). En Dworkin la mirada es integral y se refiere a la jurisdicción en sus tres órdenes: constitucional (al legislador), administrativa (a las agencias administrativas) y civil y criminal (con múltiples ejemplos). En ambos hay un reconocimiento a la labor interpretativa de los jueces y a su rol de “completar” el derecho en la fase de adjudicación: como las leyes (primera fuente) no son autoejecutables, para tener vida en el derecho necesitan ser adjudicadas, aplicadas, ya sea voluntariamente en la vida social (con el cumplimiento pacífico por el pueblo) o de modo coactivo, por los jueces, resolviendo conflictos, y, ante vacíos, recurren al espíritu del pueblo o a principios (segunda fuente del derecho).

Ni Savigny ni Dworkin en sus concepciones consideran aceptable una entrega a la libre discreción al juez que le permita “crear nuevo derecho de fondo”, como lo propone expresamente Hans Kelsen (1881-1973) en su famosa *Teoría pura del derecho*,⁵⁹ siguiendo así su modelo estrictamente positivista. Para Savigny y Dworkin los jueces no están dotados de un poder de legisladores para decidir por sí mismos, de acuerdo a sus convicciones, a crear un “nuevo derecho de fondo”; sino que el juez, a juicio de ambos, debe conectarse o con el derecho consuetudinario o con una idea de principios, en el caso de Savigny (que preciso más arriba); o a la integridad del derecho, en el caso de Dworkin. De ese modo será posible llenar las lagunas del derecho escrito.

⁵⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, IV. Dinámica jurídica, 35 g), “La función judicial”.

2.3.3.- Ambas son, a la vez, teorías hermenéuticas y democráticas del derecho

Como se ve, detrás de ambas teorías del derecho, tanto de Savigny como de Dworkin, hay al mismo tiempo una aceptación o una teoría de la democracia, como también una concepción hermenéutica.

a) *La base democrática de ambas teorías.* Ninguna de estas teorizaciones serviría para una dictadura ni para una autocracia o un Estado anárquico, pues están construidas para la vida en sociedad bajo el ideal democrático y bajo unas bases democráticas bien definidas, como las que conocieron Savigny desde principios del s.XIX y Dworkin a fin del s.XX, las que en esencia aún perduran. Al ser estas bases democráticas las mismas en las sendas épocas de los autores, es íntima la conexión de ambas teorizaciones, a pesar de su distancia en dos siglos.

En efecto:

1º ambas teorías son relativas a un derecho nacional, de un solo pueblo, de donde rescatar su espíritu, sus valores: Savigny las rescata de las costumbres, Dworkin de los principios;

2º ambas teorías se construyen sobre la base de la separación de poderes. Si esta no rige, todo cambiará en la formulación de ambas teorías, pues de ahí, de esa esencial y necesaria separación, fluye el rol del legislador, del juez, del pueblo, del jurista, en la construcción de este fenómeno social ilustrado: el derecho democrático. Así:

i) si el legislador mayoritario, mediante mayorías ocasionales, desea imponer sus decisiones aun en contra de valores de reglas básicas (Constitución) o impide la posibilidad de juzgamiento (lo que se logra por la vía de un Tribunal Constitucional en nuestra tradición), se origina una situación no democrática: *despotismo legislativo*;

ii) si el juez abarca ámbitos que no le corresponden, fallando según fuentes no democráticas (solo reglas y principios), o abarcando ámbitos del legislador o del gobierno, es una situación no democrática: *despotismo judicial*; y

iii) si el Gobierno intenta llevar adelante actividades administrativas sin quedar sujeto a la jurisdicción de los tribunales, se origina un *despotismo administrativo*.

3º Ambas teorías aceptan la búsqueda de los derechos subjetivos (en terminología de Savigny, quien la inventa incluso) o de los derechos y garantías (en Dworkin) en las fuentes democráticas del derecho: reglas y principios (“espíritu del pueblo” en Savigny); y

4º Ambas teorías le dan un rol fundamental al juez en la adjudicación del derecho, dada la plenitud (Savigny) o integridad (Dworkin) del derecho, y mediante una concepción interpretativa.

b) *La base hermenéutica de ambas teorías.* Ambas teorías aceptan como fondo una teoría interpretativa del derecho. Las interpretaciones en la construcción del derecho son dos: i) una, la del legislador quien, al aprobar las reglas, efectúa una primera interpretación del sentir de cada pueblo; y ii) la del juez, que al resolver los casos lo hace interpretando tanto las reglas como el sentir del pueblo y sus valores (observando su espíritu o sus principios).

c) *Simbiosis de democracia y concepción hermenéutica.* Pareciera que ambas teorías de Savigny y Dworkin están conectadas por lograr ellas una verdadera simbiosis con la democracia y con una concepción interpretativa (hermenéutica) del derecho. De ahí que podemos llamar a estas dos como “las teorías democráticas del derecho por antonomasia”. Por cierto, esta es una visión de la democracia más cercana a los valores compartidos por la sociedad respectiva y a las garantías diseñadas para protegerlos; hay otras visiones de la democracia puramente electoralistas.

Ese apelativo es menos propio o su concepción de la democracia es muy diferente a la descrita por quienes, por una parte, desde sus valores militantes, sin perjuicio de la legitimidad de esos valores, intentan incorporar como fuentes del derecho, a través de un ejercicio no democrático, sus propios valores (filosofías iusnaturalistas, el movimiento del derecho libre, los *Critical Legal Studies*), promoviendo la invalidez de las reglas y principios democráticos que no coincidan con ellos, a pesar de haberse aprobado tales reglas o acogido tales principios de acuerdo a los procedimientos regulares que establezcan las Constituciones, ya sea por una ley regularmente aprobada o por una sentencia judicial, acogiendo un principio. Esa es una posición que tiene una pura validez filosófica y es legítima solo en el terreno de las ideas, y puede ser contradicha en el terreno de la misma *opinología* a la que pertenece la especulación. Por otra parte, quienes sostienen las filosofías positivistas ofrecen una teoría nada democrática al querer clausurar las fuentes en solo las leyes o reglas, y, ante sus vacíos, ambigüedades o contradicciones, dejar entregada las decisiones a la sola arbitrariedad del juez; pero el derecho está más allá de lo que plantean estas dos posiciones, pues legisladores y jueces deben interpretar al pueblo al actuar como delegados de este, al legislar y dictar sentencias, respectivamente, incorporando así a la escena social sus dos fuentes democráticas: reglas y principios.

COROLARIO

De ahí que toda teoría del derecho es a la vez teoría de la democracia. Esta afirmación es el mejor legado para el conocimiento y la convivencia política de las teorías del derecho diseñadas por Savigny y Dworkin. Así, a pesar de tan larga distancia temporal uno de otro, y sin tener ninguno de ellos conciencia de esa, su

proximidad, están unidos sus pensamientos.

Entonces, Savigny, máximo exponente de la hermenéutica jurídica de la era romántica,⁶⁰ está conectado con el máximo exponente de la hermenéutica jurídica del s.XX: Dworkin. ¿Hilo rojo invisible? ¿Almas gemelas? Son simplemente dos juristas que observaron atentamente el modo dual en que *efectivamente* se manifiestan los valores compartidos en una sociedad democrática: tanto a través de un derecho escrito como a través de un derecho no escrito; cada uno de los autores en su lenguaje y en su contexto histórico aciertan en la misma idea.

FUENTES RELACIONADAS

Obras citadas de Bello

BELLO LÓPEZ, Andrés (1853). *Proyecto de Código Civil*.

BELLO LÓPEZ, Andrés (1885). *Obras Completas de don Andrés Bello*, vol. VIII: Opúsculos literarios y críticos, III. Santiago, Chile: Pedro G. Ramírez.

BELLO LÓPEZ, Andrés (1981 [1959]). *Obras Completas de Andrés Bello*, vol. XVII: *Derecho romano*. Caracas, Venezuela: Fundación La Casa de Bello, 2da edición facsimilar.

BELLO LÓPEZ, Andrés (1982). *Obras Completas de Andrés Bello*, vol. XXI: Temas educacionales, I. Caracas, Venezuela: Fundación La Casa de Bello, 2da edición facsimilar.

BELLO LÓPEZ, Andrés (1982). *Obras Completas de Andrés Bello*, vol. XXII: Temas educacionales, II. Caracas, Venezuela: Fundación La Casa de Bello, 2da edición facsimilar.

Obras citadas de Savigny

SAVIGNY, Friedrich Karl von (2008 [1814]): *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg) [traducido al castellano como *De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del derecho* (trad. Adolfo Posada, Granada, Editorial Comares, 2008, 102 pp.; ahora superada por la traducción de Juan Antonio Gómez García, Valencia, Tirant lo Blanc, 2017, 212 pp.].

SAVIGNY, Friedrich Karl von (2005 [1840]): *System des heutigen römischen Rechts*, Scientia, Aalen, 1840 (reimp. Berlin, 1981). Este texto en su traducción castellana: SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, (Trad. Mesía y Poley), Góngora y Compañía, Madrid, 1878; SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*. Reedición, Editorial Comares, Granada, 2005, 1882 pp.

Libros de Savigny que pertenecieron a Bello

Estaban en la biblioteca de Andrés Bello (según Velleman, en su obra de 1995⁶¹) los siguientes libros de Savigny (se mantiene, si bien simplificada, la forma de citación del original):

⁶⁰ La expresión es de un fino historiador de la hermenéutica: FERRARIS, Maurizio, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milán, 1988, p. 143 (trad. castellana: *Historia de la hermenéutica*. Madrid: Akal, 2000, p. 132).

⁶¹ VELLEMAN, cit. (n. 1).

SAVIGNY, Frederich Karl von (1839). *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, traduite de l'allemand sur la dernière éditions, et précédée d'une notice sur la vie et les écrits de l'auteur par M. Charles Guenoux Paris: Charles Hingray éditeur, 1839, 3 vols.

SAVIGNY, Frederich Karl von (1840). *Traité de Droit Romain*, traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot frères, 1840-1851, 8 vols.

SAVIGNY, Frederich Karl von (1845). *Traité de la possession en Droit romain*, traduit de l'allemand sur la dernière édition par Ch. Faivred'Audelange. Paris: Joubert; Fain et Thunot, 1845, 1 v.

Obras citadas de Dworkin

DWORKIN, Ronald (1967), “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review* 1967-1968, N° 35, pp. 14-46. Puede consultarse en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609, luego incorporado a: *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977, y traducido como: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, 508 pp. (el texto en pp. 61-101).

DWORKIN, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977, 293 pp. (Traducción: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984).

DWORKIN, Ronald (1985), *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, 424 pp. (Traducido como: *Una cuestión de principios*, Siglo XXI editors, Buenos Aires, 2012, 493 pp.).

DWORKIN, Ronald (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, 470 pp. (traducido al castellano primero como: *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, 328 pp.; luego traducido como: *El imperio del derecho* Gedisa, Barcelona, 2022, 408 pp.).

DWORKIN, Ronald (2011), *Justice for hedgehogs*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, 2011, 528 pp. (Traducción: *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2014).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

ÁVILA MARTEL, Alaimo de, “La filosofía jurídica de Andrés Bello”, en COMISIÓN NACIONAL DEL BICENTENARIO DE DON ANDRÉS BELLO (Eds.), *Congreso Internacional: Andrés Bello y el Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 41-62.

ÁVILA MARTEL, Alaimo de, “Las ideas de Bentham sobre las pruebas que fueron enseñadas por Andrés Bello en Chile”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1983, N° 9, pp. 67-69.

BARRÍA PAREDES, Manuel, “El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional”, *Ars Boni et Aequi*, 2010, Vol. VII, n° 2, pp. 257-279.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “El mito de Domat”, en ATRIA, Fernando; CORREA, Rodrigo; LÓPEZ MASLE, Julián; SIERRA, Lucas (Eds.), *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, LegalPublishing - Thomson

- Reuters, Santiago, 2013, pp. 263-349.
- BELLO LÓPEZ, Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello*, vol. XXI: Temas educacionales, I. Fundación La Casa de Bello, 2da edición facsimilar, Caracas, 1982.
- BELLO LÓPEZ, Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello*, vol. XXII: Temas educacionales, II. Fundación La Casa de Bello, 2da edición facsimilar, Caracas, 1982.
- BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milán, 1949, 501 pp.
- BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1955, Tomo I, 634 pp.; Tomo II, 1113 pp.
- BETTI, Emilio, *Diritto, Metodo, Ermeneutica. Scritti scelti*, Giuffrè, Milán, 1991, 352 pp.
- BETTI, Emilio, *La interpretación jurídica* (Trad. castellana de ed. de 1955: Alejandro Vergara Blanco), Ediciones UC, Santiago, 2019, 4^a ed.
- CHACÓN, Jacinto, *Esposición razonada i estudio comparativo del Código Civil chileno*, Imprenta nacional, Santiago, 1890, Vol. I.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Est. Poligráfico Roma, Santiago, 1898, Vol. I.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de derecho civil. Parte general*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.
- DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- DWORKIN, Ronald, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review* 1967, N° 35, pp. 14-46, en línea: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977, 293 pp. (traducción: *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984).
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge MA., 1985, 424 pp. (Traducido como: *Una cuestión de principios*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2012, 493 pp.).
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge MA., 1986, 470 pp. [trad. Castellana: *El imperio del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2022, 408 pp.].
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press, Harvard University Press, 2011, 528 pp. (Traducción: *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014).
- FERRARIS, Maurizio, *Storia dell'ermeneutica*. Bompiani, Milán, 1988 (trad. castellana: *Historia de la hermenéutica*. Madrid: Akal, 2000).
- FUEYO LANERI, Fernando, *Interpretación y juez*. Universidad de Chile y Centro de estudios "ratio iuris", Santiago, 1976.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello Codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Ediciones Universidad de Chile. Santiago, 1982, Tomo I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Conferencias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 41-87.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*. LexisNexis, Santiago, 2007.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Vida y obra de Andrés Bello*, Editorial Globo, Santiago, 2009.
- JAKSIC ANDRADE, Iván, *Andrés Bello: La pasión por el orden*. Editorial Universitaria, Santiago, 2001.
- KELSEN, Hans (2009). *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

- HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1980, n° 5, pp. 167-198.
- HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*. Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983.
- HENRÍQUEZ HERRERA, Ian, “La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo ‘*infans conceptus pro iam nato habetur*’ en el derecho civil chileno”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2006, Vol. XXVII, n° 1, pp. 87-113.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4^a. ed., Berlín, 1980 (traducción castellana de Marcelino Rodríguez: *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Ariel, Madrid, 1994, 536 pp.).
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Breve ejercicio de teoría (realista) de la interpretación: veintitrés problemas interpretativos sobre la regulación del Código Civil chileno sobre la interpretación”, *Ius et Praxis*, 2016, vol.22, n° 1, pp. 129-164.
- QUINTANA BRAVO, Fernando, *Interpretación y argumentación jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- SALINAS, Carlos, “La biblioteca de Mariano Egaña”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1982, N° 7, pp. 389-540.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Scientia, Aalen, 1840 (reimp. Berlin, 1981).
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, (Trad. Mesía y Poley), Góngora y Compañía, Madrid, 1878.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*. Reedición, Editorial Comares, Granada, 2005, 1882 pp.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814 (*De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del derecho*, traducción por Adolfo Posada, Comares, Granada, 2008, 102 pp.).
- VELLEMAN, Barry, *Andrés Bello y sus libros*. La Casa de Bello, Caracas, 1995.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *Teoría del derecho. Reglas y principios, jurisprudencia y doctrina*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *Teoría del derecho: Identidad y transformaciones*, Ediciones UC, Santiago, 2019.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, “La batalla de Betti para situar la hermenéutica en medio del método jurídico” (Estudio preliminar), en: BETTI, Emilio, *Teoría de la interpretación jurídica* (Compilación y traducción de escritos). Ediciones UC, Santiago, 2019, pp. 13-24.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, “Circulación de las ideas jurídicas al inicio de la República: Bentham y Savigny a través de Bello”. Estudio preliminar del volumen: *Andrés Bello. Escritos sobre fuentes del derecho: constitución, ley, costumbre y jurisprudencia* (1a ed.). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2022.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe (2003). *Le ragioni del diritto*. Il Mulino, Bolonia, 2003 (nueva edición como: Pastore, Baldassare; Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, 2017).



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.