



ESTUDIOS JURÍDICOS

Homenaje a los profesores
José Manuel Luque Campo y Nicolasa González de Luque

JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO
(DIRECTOR)

UN UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Editorial

LOS AUTORES

JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO
Doctor en Derecho,
Universidad de Salamanca (España).

NICOLASA GONZÁLEZ DE LUQUE †
Magíster en Educación,
Universidad del Norte (Colombia).

MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS
Profesor del Departamento de Derecho,
Universidad del Norte (Colombia).

MARÍA DE JESÚS ILLERA SANTOS
Doctora en Derecho,
Universidad de Castilla-La Mancha
(España).

JUAN PABLO ISAZA GUTIÉRREZ
Doctor en Derecho,
Universidad de Castilla-La Mancha
(España).

CARLOS ERNESTO QUIÑONES GÓMEZ
Magíster en Derecho,
Universidad del Norte (Colombia).

JOSÉ MANUEL LUQUE GONZÁLEZ
Doctor en Derecho,
Universidad de Barcelona (España).

ANDRÉS FELIPE GOENAGA PEÑA
Abogado, Universidad del Norte
(Colombia).

SEBASTIÁN VILLALBA GOENAGA
Abogado, Universidad del Norte
(Colombia).

ESTUDIOS JURÍDICOS

HOMENAJE A LOS PROFESORES
JOSÉ MANUEL LUQUE CAMPO
Y NICOLASA GONZÁLEZ DE LUQUE

ESTUDIOS JURÍDICOS

HOMENAJE A LOS PROFESORES
JOSÉ MANUEL LUQUE CAMPO
Y NICOLASA GONZÁLEZ DE LUQUE

JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO
(DIRECTOR)

JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO
NICOLASA GONZÁLEZ DE LUQUE (†)
MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS
MARÍA DE JESÚS ILLERA SANTOS
JUAN PABLO ISAZA GUTIÉRREZ
CARLOS ERNESTO QUIÑONES GÓMEZ
JOSÉ MANUEL LUQUE GONZÁLEZ
ANDRÉS FELIPE GOENAGA PEÑA
SEBASTIÁN VILLALBA GOENAGA

Área Metropolitana
de Barranquilla (COLOMBIA), 2019

 **UNIVERSIDAD
DEL NORTE**
Editorial

Estudios jurídicos: homenaje a los profesores José Manuel Luque Campo y Nicolasa González de Luque / John Alberto Tito Añamuro (director); Nicolasa González de Luque [y otros ocho]. -- Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte, 2019.

202 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-958-789-136-2 (impreso) / ISBN 978-958-789-137-9 (PDF)

1. Filosofía del derecho. 2. Derecho--Historia. 3. Argumentación jurídica. 4. Simulación (Derecho civil). 5. Resolución de disputas (Derecho). 6. Arbitramento. 7. Derecho internacional. I. Tito Añamuro, John Alberto, director. II. González de Luque, Nicolasa. III. Tit.

(340.11 E82 ed. 18) (CO-BrUNB)



Vigilada Mineducación

www.uninorte.edu.co

Km 5, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569

Área metropolitana de Barranquilla (Colombia)

© 2019, Universidad del Norte

John Alberto Tito Añamuro (Director), Nicolasa González de Luque (†), Marco Antonio Fonseca Ramos, María de Jesús Illera Santos, Juan Pablo Isaza Gutiérrez, Carlos Ernesto Quiñones Gómez, José Manuel Luque González, Andrés Felipe Goenaga Peña y Sebastián Villalba Goenaga (Autores)

Coordinación editorial

Zoila Sotomayor O.

Asistente editorial

María Margarita Mendoza

Diseño y diagramación

Álvaro Carrillo Barraza

Diseño de portada

Joaquín Camargo

Corrección de textos

Hernando Sierra

Impreso y hecho en Colombia

Panamericana Formas e Impresos S.A. (Bogotá)

Printed and made in Colombia

© Reservados todos los derechos. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio reprográfico, fónico o informático, así como su transmisión por cualquier medio mecánico o electrónico, fotocopias, microfilm, *offset*, mimeográfico u otros sin autorización previa y escrita de los titulares del *copyright*. La violación de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

CONTENIDO

IN MEMORIAM	xí
PRESENTACIÓN	1
ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO:	
BREVES APUNTES ACADÉMICOS.....	5
<i>John Alberto Tito Añamuro</i>	
INTRODUCCIÓN	5
ORIGEN	7
EL MÉTODO CIENTÍFICO DEL <i>CODE FRANÇÉS</i> A LA LUZ DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO	8
Influencia ideológica.....	9
Influencia del derecho codificado en el mundo germánico	11
CONTRA LA ARROGANCIA INFINITA Y LA FILOSOFÍA MEDIocre DEL IUSNATURALISMO.....	13
A MODO DE CONCLUSIÓN	15
REFERENCIAS	16
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y CALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL.....	17
<i>Marco Antonio Fonseca Ramos</i>	
LA DECISIÓN JUDICIAL: SILOGISMO JURÍDICO, SUBSUNCIÓN, DISCRECIONALIDAD JUDICIAL, REGLA DEL CASO, FORMALISMO JURÍDICO.....	22
Silogismo jurídico y subsunción	22
La regla del caso	24
La necesidad de este análisis.....	27
KELSEN: UN JUEZ SIEMPRE DISCRECIONAL. LA DECISIÓN JUDICIAL COMO SOLUCIÓN A UN PROBLEMA POLÍTICO.....	29

ALEXY: LA DECISIÓN JUDICIAL COMO ACTO OBJETIVAMENTE VERIFICABLE	40
Generalidades	41
La justificación interna	45
La justificación externa	50
ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y DEBIDO PROCESO.....	54
El deber del juez de dar las razones de su decisión y la suficiente argumentación judicial como elemento integrante del derecho fundamental al debido proceso	54
Calidad de la argumentación y su relación con la cantidad	59
LA CALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL: SU CALIFICACIÓN Y EVALUACIÓN	67
Lo sustancial: la constitución, la ley estatutaria y la sentencia de control previo de constitucionalidad	67
Aspectos instrumentales de la calidad. Los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura	69
Comentarios	73
CONCLUSIONES.....	75
REFERENCIAS	80

LA SIMULACIÓN Y SUS IMPLICACIONES CIVILES..... 83

Nicolasa González de Luque

INTRODUCCIÓN	83
NOCIÓN	84
CLASES DE SIMULACIÓN	86
Absoluta	86
Relativa	87
De la naturaleza del negocio.....	88
De interposición ficticia de persona	88
De contenido o condiciones.....	89
BASE JURÍDICA.....	89
CARACTERÍSTICAS DE LA SIMULACIÓN	90
Divergencia consciente y deliberada entre la voluntad real y la manifestación pública	90
Concierto simulatorio.....	91
Propósito de engañar a terceras personas	92

LA CALIFICACIÓN ÉTICA DE LA SIMULACIÓN	94
ACCIONES EN CONTRA DE LA MANIOBRA DE SIMULACIÓN.....	95
TITULARES DE LA ACCIÓN	100
En cuanto a las partes.....	100
En cuanto a terceros interesados (en la medida en que no intervinieron en la maniobra de simulación).....	101
ASPECTO PROBATORIO.....	102
EFFECTOS DE LA SIMULACIÓN.....	104
EFFECTOS ENTRE LAS PARTES	104
INTERESES DE TERCEROS	105
LA SIMULACIÓN Y OTRAS FIGURAS AFINES	107
La simulación y la reserva mental	107
La simulación y el mandato sin representación	107
COMPARACIÓN DE LA ACCIÓN PROCESAL DE SIMULACIÓN O PREVALENCIA CON OTRAS ACCIONES	108
LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN Y LA ACCIÓN PAULIANA.....	108
LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN Y LA ACCIÓN SUBROGATORIA.....	110
CONCLUSIONES.....	111
REFERENCIAS	112
 MODELOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	114
<i>María de Jesús Illera Santos</i> <i>Juan Pablo Isaza Gutiérrez</i>	
INTRODUCCIÓN	114
LOS MASC/ADR COMO FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	116
Características.....	118
LOS MASC/ADR COMO FUNDAMENTO DE NUEVOS MODELOS DE JUSTICIA.....	123
La justicia alternativa	124
La justicia comunitaria	124
La justicia de paz	125
La justicia restaurativa	125
CONCLUSIONES.....	126
REFERENCIAS	127

**DERECHO COLABORATIVO EN COLOMBIA:
UNA VISIÓN DE LA APLICABILIDAD DE ESTE SISTEMA 130**

Juan Pablo Isaza Gutiérrez
Andrés Felipe Goenaga Peña
Sebastián Villalba Goenaga

INTRODUCCIÓN	130
EL DERECHO COLABORATIVO	131
Historia	131
Descripción	133
PRINCIPIOS DEL DERECHO COLABORATIVO.....	136
Interés de las partes	136
Economía de recursos	137
Interdisciplinariedad.....	139
Buena fe.....	140
ANÁLISIS DEL DERECHO COLABORATIVO.....	141
Ventajas.....	141
Desventajas	142
EL PROCESO COLABORATIVO.....	144
DERECHO COMPARADO	145
DERECHO COLABORATIVO EN COLOMBIA	147
ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COLABORATIVO EN COLOMBIA.....	148
CONCLUSIONES.....	149
REFERENCIAS	150

**COMENTARIOS GENERALES A LA NOCIÓN
DE CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA..... 153**

Carlos Ernesto Quiñones Gómez

INTRODUCCIÓN	153
VENTAJAS DEL ARBITRAJE.....	154
La celeridad del arbitraje	155
Los costos del arbitraje	156
La idoneidad de los árbitros	156
CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA	157
CONCLUSIONES.....	164
REFERENCIAS	165

**APROXIMACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL
DESDE EL TERCER MUNDO..... 167**

José Manuel Luque González

HISTORIA REMOTA.....	168
FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	172
LOCALIZANDO EL TERCER MUNDO	174
GLOBALIZACIÓN Y TERCER MUNDO	175
TWAIL.....	178
LA TEORÍA DE TWAIL Y LAS ACCIONES POLÍTICAS	182
CONCLUSIONES.....	186
REFERENCIAS	187

DIÁLOGO ENTRE LOS HECHOS Y EL DERECHO 192

John Alberto Tito Añamuro

PRELIMINAR	192
LA METÁFORA DEL AGUJERO NEGRO EN EL DERECHO	193
EL EQUILIBRIO, LA LABOR DE LOS JUECES	193
LOS MODIFICADORES DEL DERECHO Y LA ADAPTACIÓN AL CAMBIO	194
LA INAPRENSIBILIDAD DE LOS HECHOS EN LA NORMA.....	195
LA DECONSTRUCCIÓN EN EL DERECHO	196
UN NUEVO PARADIGMA DE DERECHO.....	198
LA REBELIÓN DE LOS HECHOS HA SIDO UNA CONSTANTE EN EL DERECHO.....	199
LOS PASOS A SEGUIR Y EL PARADIGMA DE BI-DIRECCIONALIDAD	200
REFERENCIAS	202

IN MEMORIAM

La idea de escribir este libro surgió en marzo de 2014, cuando murió mi padre, José Manuel Luque Campo, y por iniciativa de la Universidad del Norte y en especial de mi madre, Nicolasa González di-Filippo. Realizar un homenaje a su carrera profesional fue la motivación que determinó el inicio de un complejo camino que estuvo marcado por los problemas de salud de Nicolasa, quien falleció en septiembre de 2018. Este nuevo hecho marcó un punto de inflexión pues una de las personas más interesadas en ver circular esta obra no estaría presente. La determinación del profesor John Tito Añamuro, quien desde el comienzo lideró el proyecto, fue decisiva para enriquecer la obra y, además, que su publicación permitiera entonces homenajear a ambos abogados.

El resultado es este conjunto de textos que representan los perfiles de dos profesionales del Derecho Civil, con una visión holística del Derecho, respaldada por su vasta cultura. Esto hace que la multiplicidad de temas que se recogen aquí constituya un justo homenaje a dos personas que se destacaron por sus intereses en diversos campos del conocimiento. Mi padre y mi madre fueron académicos por convicción que compartían sus conocimientos sin egoísmo, dentro y fuera de las aulas, al punto que puedo afirmar que gocé del privilegio de aprender cómo ser abogado tanto en casa como en la universidad. Y por ellos aprendí el código de valores humanistas que rigió sus vidas y que dejó huellas profundas en quienes tuvimos el honor de estar cerca de ellos.

Invito a la lectura de esta obra sin la rigidez que muchas veces caracteriza nuestra profesión, y con la seguridad de que encontrarán gran calidad en los capítulos aportados por cada uno de los colegas que se vincularon a este homenaje y a quienes agradezco su aporte para dejar estas páginas como un legado del paso por este mundo de Pepe y Nico.

José Manuel Luque González

PRESENTACIÓN

Es difícil racionalizar los sentimientos que se quieren reflejar en la presentación de esta obra. Primero, porque este libro se articuló en torno a un modesto legado póstumo a la memoria del profesor José Manuel Luque Campo, quien dejó entre nosotros sapiencia y calidad humana. A nadie se le olvida que sobre la simiente de sus ideas y su labor la logística institucional y los primeros Programas de Derecho abrieron paso a la formación de las primeras generaciones de la Universidad del Norte, bajo el compromiso y la solidez trazada en el fragor de la eficiencia. Hoy, jueces, abogados y profesores uninorteños guardan en su razón y corazón un invaluable reconocimiento no solo a la labor pedagógica, sino a la calidad humana del profesor Luque Campo. Segundo —consideramos que esta es la parte más difícil del discurso— en el proceso editorial, en concreto en la revisión de pares, la partida de la profesora Nicolasa González de Luque, esposa del profesor José Manuel, nos ha dejado cicatrices labradas en el alma. Su recuerdo vivo destruye toda lógica en estas líneas. Imagino que ahora ellos dos, juntos —como lo anhelaban—, navegan sobre la fuente y ya no sobre el río. Ojalá los dos oyeran una vez más el oleaje de los versos y los sentimientos que les guardamos en el corazón quienes los conocimos.

En esta utopía que supone manifestar los sentimientos, me gustaría subrayar (y con mayúsculas) que ambos han dejado un legado inmejorable en profesores y estudiantes a esta importante casa de estudios, fruto de sus inagotables trayectorias; en el caso del profesor José Manuel como juez y magistrado, y en el de ambos al servicio de la docencia en su calidad de profesores de la Universidad del Norte en distintas materias, en especial la de procedimiento civil, obligaciones y contratos.

Estamos seguros de que será insuficiente cualquier tributo que se les rinda, incluida la modestia de esta obra, en razón a todo lo que hemos recibido ética y cognitivamente de los dos. Con todo, sea esta una muestra de nuestro reconocimiento a su trabajo y a la permanencia de su ejemplo.

En cuanto a la obra, esta inicia con un trabajo sobre la “Escuela histórica del derecho”, en la cual el profesor Tito Añamuro desbroza ideas fundacionales, polémicas y circunstanciales, así como aquellas que marcaron un hito importante en la formación, la vigencia y la dinámica de una de las escuelas jurídicas más relevantes de la historia, la cual no solo aportó al desarrollo del derecho a escala global, sino al estudio unificado del derecho germano y del derecho romano de la época, y más tarde daría frutos en nuevas corrientes de codificación distintas del *code* francés.

Luego, el profesor Fonseca Ramos señala, con notable criterio y rigor, en “Argumentación jurídica y calidad de las decisiones judiciales”, cómo la argumentación es parte del factor calidad de las decisiones judiciales. Para esto, apoyado en la idea de Robert Alexy de la fundamentación racional de las decisiones de los jueces (quien zanjó con esa idea la cuestión de la discrecionalidad del juez), Fonseca articula dos cuestiones determinantes para su tesis: la primera, que el silogismo jurídico es necesario pero no suficiente a la hora de fundamentar de modo racional una decisión judicial, y la segunda, que la Corte Constitucional ha incluido la argumentación como un elemento más del debido proceso, la cual estaría solo limitada por el principio de autonomía judicial.

En obra póstuma, la profesora González de Luque, en “La simulación y sus implicaciones civiles”, nos legó una exquisita revisión doctrinal, en especial de la jurisprudencia clásica y actual, de la estructura, los contenidos y la aplicación de la siempre compleja institución jurídica de la simulación, en clave de lenguaje didáctico y sobre situaciones prácticas, sin dejar de revisar la doctrina moderna con respecto a la legitimación de la simulación para algunos supuestos. Esto con base en la idea según la cual la simulación, de por sí, no es ilícita, lo que lleva a la autora al examen de la prueba no solo en el Código General del Proceso, sino en

diversas sentencias judiciales. Termina con un interesante y difícil examen de la acción que corresponde entablar frente a un acto simulado, para lo cual empieza por la acción de nulidad, continúa con la acción de simulación, luego la controvertida inexistencia del contrato y finaliza con la acción de prevalencia (se resuelve por esta a fin de que prevalezca lo que realmente quieren las partes).

En un trabajo por demás interesante, el profesor Isaza Gutiérrez y los estudiantes de investigación Goenaga Peña y Villalba Goenaga sacan a la luz las enormes ventajas de la moderna estrategia de solución de problemas, lo cual se ha denominado en la práctica actual “derecho colaborativo”. Los autores realzan el comportamiento *sui generis* de las partes y sus abogados en orden a que rompa los cánones tradicionales de litigio, es decir, dejan de lado el uso de tácticas drásticas y la amenaza de ir a juicio, con el objetivo de alcanzar un punto de solución a los intereses controvertidos de las partes. Para esto, lo relevante —entre otras cosas— es el compromiso de los abogados, firmado en un acuerdo a través del cual asumen que ayudarán o cooperarán a la solución de los problemas, con lo cual abren espacios de diálogo y entendimiento, si es necesario incluso con ayuda de otros saberes por medio de profesionales como, por ejemplo, psicólogos, economistas, trabajadores sociales, contables, etc.; por último, al renunciar —esto hay que subrayarlo— a representar en juicio a su cliente, en caso que el problema no llegue a resolverse. En definitiva, los abogados y las partes llegan a construir un escenario colaborativo y fértil para la conciliación, mediación y negociación.

Quiñones Gómez, por su parte, en “La cláusula arbitral patológica”, subraya las dificultades a las que conduce la suscripción de un pacto arbitral sin atender los debidos presupuestos de forma y de contenido. Esto, en definitiva, contraviene el objetivo de estos acuerdos, esto es, en lugar de ejecutar la convención de una solución específica y de vía rápida, los pactos se tornan ineficaces bien sea de forma total o bien parcial, de manera que se frustra, en ocasiones, la ejecución del arbitraje.

Casi en el epílogo la obra recoge un trabajo de alto nivel. En “La aproximación al derecho internacional desde el tercer mundo”, el profesor Luque González plantea, de modo decisivo, que ha llegado el momento para los países en vías de desarrollo de construir su propia historia en el ámbito del derecho internacional público. Esto mediante la incorporación de sus necesidades e intereses en los contenidos normativos de las reglas de carácter internacional, en igualdad de condiciones con los tradicionales Estados que moldearon históricamente este marco normativo, según refiere el autor, de acuerdo con sus intereses de dominio y de Estado. Corresponde poner un punto final al papel secundario que han desarrollado los países del tercer mundo en la historia del derecho internacional público, para lo cual el autor se apoya en la revisión histórica y en el examen de los postulados, ajustados a la realidad actual, que trae consigo la Escuela Third World Approach International Law (TWAIL), la cual busca alianzas con las comunidades académicas Critical Race Theory (CRT) y New Approaches to International Law (NAIL). La obra termina con un examen titulado “Diálogo entre los hechos y el derecho”, en la cual el profesor Tito Añamuro pone de manifiesto la distancia entre ambas categorías y propone un ajuste y adaptación constante.

Para cerrar esta modesta presentación, me gustaría expresar mi agradecimiento al magistrado José Manuel Luque González por dejar en mis manos la materialización de este pequeño tributo a la memoria de sus padres, el profesor José Manuel Luque Campo y la profesora Nicolasa González de Luque.

John Alberto Tito Añamuro
Doctor en Ciencias Jurídicas
Profesor de la Universidad del Norte

ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO: BREVES APUNTES ACADÉMICOS

John Alberto Tito Añamuro¹

INTRODUCCIÓN

Una de las escuelas que marcó un antes y un después en la evolución jurídica fue, sin lugar a dudas, la Escuela Histórica del Derecho, principalmente porque en lugar de proponer la copia del código de la época, el *code* francés de 1804, enfocó sus esfuerzos en realizar un estudio profundo y sesudo de los hechos y el derecho. Para la escuela, el *code* había aislado y atrapado el derecho en las cuatro esquinas de un texto formal, abstracto, lógico y axiomático, al extremo de que ya no se estudiaba derecho, sino solo el Código Civil francés.

El desafío fue, en consecuencia, liberar al derecho de las garras axiomáticas del código. Para esto era necesario examinar materiales jurídicos distintos al *code*, como, por ejemplo, el derecho germano, el derecho romano clásico, el derecho canónico y, entre otros, textos filosóficos y científicos de la época. La razón para esto era que el derecho vivía en la historia, en la mutación, en el cambio, en la cultura, en el *volksgeist* o “espíritu del pueblo” y, en definitiva, fuera del código y no en la teoría más

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), y el Max-Planck-Institut de Hamburgo (Alemania), profesor de derecho privado de la Universidad del Norte (Colombia). Este trabajo es fruto del Grupo de Investigación de Derecho y Ciencia Política (GIDECPP) de la Universidad del Norte.

perfecta y desprovista de la experiencia completa de la vida real, como señalaba Savigny (1839, pp. 47-48).

Tanto éxito tuvo esta forma distinta de enfocar las cosas que, más tarde, dio origen a dos de las escuelas jurídicas más potentes del siglo XIX: la Escuela de jurisprudencia de conceptos y la Escuela de jurisprudencia de intereses, dirigidas por dos de los discípulos más brillantes de Savigny: Windscheid y Ihering, respectivamente.

Bien es cierto que Alemania, casi un siglo después, promulgó su propio código civil (el BGB alemán), pero no por ello se le puede negar a la Escuela Histórica que, desde 1804, fecha de nacimiento del *code*, hasta el año de 1900, fecha de nacimiento del BGB, aportó una exquisita producción jurídica de ideas, conceptos, categorías, instituciones y, en definitiva, un sistema de derecho de reconocida calidad y relevancia que influyó incluso en algunas de las corrientes de codificación latinoamericanas.

Volver sobre los pasos de la Escuela Histórica no solo recrea la evolución del derecho, sino subraya la importancia de repensar y tomar en serio el derecho en todo su contexto. Quizá, justamente, la longevidad del BGB alemán se deba, entre otras cosas, al trabajo de sus escuelas. Prueba de esto es que el BGB, a lo largo de su historia, solo tuvo una modificación seria: en el 2002, la modernización del derecho de obligaciones (Lamarca, 2002)².

Todo esto nos motiva para realizar un breve análisis y un recorrido por los hitos y las categorías jurídicas más importantes que dejaron, como huellas indelebles en el camino, los alemanes de la Escuela Histórica del Derecho.

² En este sentido, la Ley de modernización del derecho de obligaciones del código civil alemán, en vigor desde el 1 de enero del 2002, se organizó bajo tres objetivos: 1. Implementar las propuestas de reforma de partes centrales del derecho de obligaciones del BGB formuladas durante la década de los ochenta; 2. Incorporar al ordenamiento jurídico alemán las últimas directivas europeas; y 3. Llevar al BGB las leyes especiales sobre protección de consumidores y usuarios. Estos objetivos se alcanzaron, pese a alguna oposición a la ley. En la tramitación de la ley en el *Bundestag* y *Bundesrat* se mejoró el tratamiento de técnica legislativa, lo cual derivó en la mejora de su aplicación a la realidad práctica.

ORIGEN

La Escuela Histórica del Derecho tiene su origen en el exquisito debate de 1814 entre Savigny y Thibaut, el cual giró en torno a la necesidad de adoptar o no un código civil para Alemania. Thibaut defendía lo primero y Savigny lo segundo. Ambos eran eminentes y reconocidos juristas de la época. Thibaut, profesor de derecho romano de la Universidad de Heidelberg, con una ingente producción científica; Savigny, por su parte, profesor de derecho romano de la Universidad de Berlín, con obras de enorme prestigio como el *Das Recht des Besitzes* (“El derecho de posesión”) y *System des heutigen römischen Rechts* (“Sistema de derecho romano actual”). Ambos se reunieron a fin de desatar el nudo académico en torno a la cuestión de si Alemania requería o no un código civil.

Thibaut, influenciado por la idea francesa de codificación, defendía la elaboración de un código civil, con argumentos persuasivos, exquisitamente hilvanados en su opúsculo *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland* (“Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”). Savigny, influenciado por el historicismo jurídico y el empirismo de la época, defendía la no elaboración de un código civil para Alemania en su artículo titulado “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” (“De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia”), el cual, en rigor, fue una respuesta directa a la propuesta de Thibaut y, dicho sea de paso, a raíz de este se inmortalizó uno de los debates más importantes de la historia del pensamiento jurídico alemán.

Con todo, el 1 de enero de 1900 Alemania promulgó su código civil, el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), uno de los códigos más longevos de la historia de las codificaciones, resultado de un largo proceso de recopilación de materiales, de su tratamiento, análisis, de debates y de producción jurídica. Podría decirse que triunfó Thibaut y perdió Savigny. No obstante, más allá de personificar un ganador o la posición académica de un grupo de juristas, el vencedor de aquél contrapunto de ideas fue, en realidad, el derecho privado alemán, dado que la investigación realizada sobre el derecho romano y el derecho germánico, desde 1814 a 1900, fue realmente legendaria.

EL MÉTODO CIENTÍFICO DEL *CODE* FRANCÉS A LA LUZ DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

La Ilustración entronizó el modelo científico de las ciencias causales. La razón científica había alcanzado su máxima expresión tras la Revolución francesa. Con lo cual, casi todos los misterios, encerrados por los fenómenos de la naturaleza, podían explicarse tan solo con la aplicación de las fórmulas lógico-matemáticas de las ciencias naturales. El derecho buscaba lo mismo: un orden racional y universal, similar a la universalidad de las leyes de la física o de las matemáticas. Nacieron entonces argumentos a favor de la autonomía de la ciencia jurídica. Aunque el abismo entre las ciencias causales y sociales era evidente (por ejemplo, en cuanto al objeto de investigación y la aplicación de leyes de carácter universal), los juristas de la época defendieron a capa y espada la institucionalidad de la ciencia jurídica.

De acuerdo con Pérez Luño (1999, p. 16), el derecho debía descansar cuando menos en tres postulados básicos: 1. La existencia de leyes necesarias, permanentes y universales que regulen la conducta humana; 2. La razón humana se encuentra en condiciones de descubrir esas leyes naturales; y 3. Las leyes naturales no se crean *ab initio*, sino se descubren *ex post*.

En cuanto a esto último, piénsese que Newton no creó la ley de la gravedad, sino la puso en evidencia, la sacó de la sombra en la que yacía oculta. Las fórmulas, las ecuaciones y los teoremas de las matemáticas, la física y de otras áreas de las ciencias causales siempre han existido. Han estado y están ahí, a la espera de que alguien las ponga a descubierto. Por esto, los juristas ilustrados, al extraer leyes y principios de la naturaleza con el fin de regular la conducta humana, formularon y construyeron un cuerpo de normas eterno, inmodificable y universal.

Justamente, este razonamiento —bajo esos tres postulados— se erigió como la ideología útil para sembrar, desde la raíz, un derecho codificado, el cual tuvo en el Código Civil napoleónico de 1804 su máxima expresión.

El mundo había copiado, pegado e incorporado el *code* al derecho nacional y regional de cada Estado. Los ilustrados de la época solían decir que