
PARTE II. Artículos de investigación

Los atisbos geniales de Savigny. Notas para la comprensión del pensamiento jurídico de Nicolás Gómez Dávila



Rivas, Pedro

Pedro Rivas privas@austral.edu.ar
Universidad Austral, Argentina

Prudentia Iuris

Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina
ISSN: 0326-2774
ISSN-e: 2524-9525
Periodicidad: Semestral
núm. 96, 2023
prudentia_iuris@uca.edu.ar

Recepción: 05 Mayo 2023
Aprobación: 05 Junio 2023

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7974659004/>

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.96.2023.2>

Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a PRUDENTIA IURIS el derecho exclusivo de primera publicación. Sin embargo, pueden establecer por separado acuerdos adicionales para la distribución de la versión publicada del artículo, con un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista. El contenido se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Se permite y se anima a los autores a depositar su obra en repositorios institucionales y temáticos, redes sociales académicas, sitios webs personales y/o donde consideren pertinente de acuerdo con nuestra Política de Autoarchivo



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Resumen: El objetivo de este trabajo es desentrañar algunas claves posibles para la comprensión del pensamiento jurídico de Gómez Dávila, a partir principalmente del estudio de una breve obra titulada precisamente De Iure, escrita en 1971, aunque publicada más tarde en una revista académica colombiana. Más en concreto, como veremos, lo que llama la atención es el carácter contra fáctico de su pensamiento jurídico y las consecuencias que tiene para su comprensión de lo político. Por eso, lo que se intenta mostrar en este trabajo es que un comentario al paso del propio Gómez Dávila puede dar alguna clave para su correcta comprensión. En concreto, la hipótesis principal es que parte de sus ideas jurídicas son deudoras de su lectura de la obra de Savigny y que las coincidencias entre ambos no son casuales.

Palabras clave: Nicolás Gómez Dávila, Filosofía jurídica, Crítica e interpretación, Savigny.

Los atisbos geniales de Savigny.

Notas para la comprensión del pensamiento jurídico de Nicolás Gómez Dávila

Pedro Rivas*

Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina

Contacto: privas@austral.edu.ar

ORCID: 0000-0001-6029-749X

Recibido: 5 de mayo de 2023

Aprobado: 5 de junio 2023

Para citar este artículo:

Rivas, P. (2023). “Los atisbos geniales de Savigny.

Notas para la comprensión del pensamiento jurídico de Nicolás Gómez Dávila”. *Prudentia Iuris*, N. 96. pp.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.96.2023.2>

Resumen: El objetivo de este trabajo es desentrañar algunas claves posibles para la comprensión del pensamiento jurídico de Gómez Dávila, a partir principalmente del estudio de una breve obra titulada precisamente *De Iure*, escrita en 1971, aunque publicada más tarde en una revista académica colombiana. Más en concreto, como veremos, lo que llama la atención es el carácter contra fáctico de su pensamiento jurídico y las consecuencias que tiene para su comprensión de lo político. Por eso, lo que se intenta mostrar en este trabajo es que un comentario al paso del propio Gómez Dávila puede dar alguna clave para su correcta comprensión. En concreto, la hipótesis principal es que parte de sus ideas jurídicas son deudoras de su lectura de la obra de Savigny y que las coincidencias entre ambos no son casuales.

Palabras clave: Nicolás Gómez Dávila, Filosofía jurídica, Crítica e interpretación, Savigny.

Savigny’s brilliant insights. Notes for the understanding of Nicolás Gómez Dávila’s legal thought

Abstract: The aim of this paper is to unravel some possible keys to the understanding of Gómez Dávila’s legal thought, mainly from the study of a short work entitled *De Iure*, written in 1971 but published later in a Colombian academic journal. More specifically, as we shall see, what is striking is the counterfactual character of his legal thought and the consequences it has for his understanding of the political. Therefore, what this paper attempts to show is that a commentary on Gómez Dávila’s own passage may provide some key to its correct understanding. Specifically, the main hypothesis is that part of his juridical ideas are indebted to his reading of Savigny’s work and that the coincidences between the two are not coincidental.

Keywords: *Nicolás Gómez Dávila, Legal Philosophy, Criticism and Interpretation, Savigny*[JC1].

Sommario: L’obiettivo di questo articolo è quello di svelare alcune possibili chiavi di lettura del pensiero giuridico di Gómez Dávila, basandosi principalmente sullo studio di una breve opera intitolata *De Iure*, scritta nel 1971 ma pubblicata successivamente in una rivista accademica colombiana. In particolare, come vedremo, ciò che colpisce è il carattere controfattuale del suo pensiero giuridico e le conseguenze che esso ha sulla sua concezione del politico. Pertanto, l’obiettivo di questo articolo è dimostrare che un commento al brano di Gómez Dávila può fornire una chiave di lettura corretta. In particolare, l’ipotesi principale è che parte delle sue idee giuridiche siano debitorie della sua lettura dell’opera di Savigny e che le coincidenze tra i due non siano casuali.

Parole chiave: Nicolás Gómez Dávila, Filosofia giuridica, Critica e interpretazione, Savigny.

1. Introducción

La dificultad de escribir sobre Nicolás Gómez Dávila estriba en la imposibilidad de hacer justicia a su persona a la hora de exponerlo en apenas unos párrafos. Su desconocimiento exige presentarlo, mientras que su personalidad escapa a cualquier breve introducción. Y es que el autor de estas páginas se resiste a calificar a quien es simplemente inclasificable. Los propios adjetivos que él mismo se dio tienden, a mi juicio, a confundir al lector contemporáneo más que a ubicarlo.

A la dificultad para clasificar su pensamiento se une el hecho de que su manera más habitual de escribir, el escolio, dificulta darle unidad a su filosofía. Si a lo anterior se añade que Gómez Dávila vivió toda su vida al margen de la academia, puede entreverse la negativa asentada en el párrafo anterior. Además, aunque ya ha sido objeto de importantes estudios y traducido a los principales idiomas, la investigación sobre nuestro autor está prácticamente en sus inicios.

A mi entender, es mejor que el lector no prejuzgue al escoliasta colombiano y lo considere simplemente como un inclasificable. Si acaso, puede acudir a los estudios principales que se han hecho, especialmente los que afrontan su biografía intelectual[1]. O, mejor aún, puede leer directamente la obra del pensador bogotano.

El objetivo de este trabajo es precisamente desentrañar algunas claves posibles para la comprensión del pensamiento jurídico de Gómez Dávila, a partir principalmente del estudio de una breve obra titulada precisamente *De Iure*, escrita en 1971, aunque publicada más tarde en una revista académica colombiana. Más en concreto, como veremos, lo que llama la atención es el carácter contra fáctico de su pensamiento jurídico y las consecuencias que tiene para su comprensión de lo político. Por eso, lo que se intenta mostrar en este trabajo es que un comentario al paso del propio Gómez Dávila puede dar alguna clave para su correcta comprensión. En concreto, la hipótesis principal es que parte de sus ideas jurídicas son deudoras de su lectura de la obra de Savigny y que las coincidencias entre ambos no son casuales.

Lo que me parece de interés es tratar de explicar por qué Gómez Dávila tiene esa visión del derecho, en especial sus afirmaciones sobre el derecho consuetudinario, que se ponen de manifiesto a partir del sector III de su obra *De Iure*, desde el parágrafo 157 en adelante. Hasta ahora he encontrado exposiciones de su pensamiento jurídico que explican los aspectos centrales del mismo, pero considero que se pueden aportar algunas de las claves para la comprensión del derecho en el escoliasta bogotano si atendemos a otros pasajes de su obra jurídica y a algunos otros lugares de sus escritos.

2. El origen del derecho

Acudamos en primer lugar a los textos implicados. En el parágrafo 157 del *De Iure* afirma:

“Identificar la categoría jurídica no basta. Entre la categoría y la realidad histórica una instancia imprescindible se interpone. Sirviendo de esquema a la realización temporal de lo jurídico, el derecho consuetudinario funciona como intermediario ineludible entre el derecho puro y el derecho positivo”[2].

Son muchas las preguntas que surgen del párrafo, entre otras cosas qué entiende por “derecho puro” y qué sentido le da a la expresión “derecho positivo”. Aunque da la impresión de que por “derecho puro” podría entenderse algo parecido o en la línea del “derecho natural”, es bien conocido el rechazo de Gómez Dávila hacia este último. Igualmente, si por “derecho positivo” entendiéramos la ley, también cometeríamos el error de confundir el propósito del bogotano quien, como veremos, rechaza la legislación entendida como voluntad de quien detenta el poder político. Con todo, ambos rechazos abren ya la puerta a la influencia de quienes han coincidido en la misma posición. Por lo anterior, vale la pena traer a colación el siguiente párrafo, el 158, por mor de completar mejor el pensamiento del escoliasta:

“[...] El convenio es la definición del derecho, pero el esquema de su implantación temporal es el consentimiento histórico. El hombre no conviene la regla de derecho, sino consiente a la regla. El consenso es la forma que asume en la concreta impureza de la historia, la impoluta exigencia del convenio”[3].

No resulta difícil relacionar el derecho consuetudinario del párrafo anterior con el consentimiento histórico de este último párrafo. Ahora bien, la expresión “consenso” suena a nuestros oídos contemporáneos de una forma muy diferente a cómo la entiende Gómez Dávila. En efecto, nada más lejos de su perspectiva que pensar en contratos o convenios sociales, en la medida en que, como no queda más remedio que adelantar de nuevo, el escoliasta es un crítico del Estado moderno. De ahí que sea necesario acudir a un párrafo siguiente, esta vez el 159, para tratar de alcanzar la comprensión que buscamos:

“El legítimo derecho positivo no es el imposible engendro de un convenio específico y solemne, sino la acumulación histórica de reglas que legitima un consenso cotidiano e implícito. El hombre no se congrega en un abstracto y mítico foro para convenir sus derechos [...]”[4].

Ya se ve qué entiende Gómez Dávila por “consenso”, algo que lo acerca precisamente a su visión del derecho como derecho consuetudinario. La expresión “consenso cotidiano e implícito” pareciera referirse al que está en la base de toda costumbre, en este caso, de toda costumbre jurídica. Esta se identifica, como se ve, con el legítimo derecho positivo. Ya se ve, como decíamos en párrafos anteriores, que el derecho positivo es derecho consuetudinario, por tanto, lejos de consensos solemnes y leyes escritas. Más claro es si cabe el párrafo 162:

“El derecho resulta de acuerdos en el tiempo, pero los individuos concordes no concertaron su consenso. El derecho no fue nunca lo que se hace en el presente, sino lo que se hizo en el pasado. La validez y vigencia de la regla han dependido de la ignorancia de su origen. La norma que por primera vez se aplica rige porque parece haber preexistido. El hombre no cree sino en dioses inmortales”[5].

En cierta medida, lo que Gómez Dávila afirma es que todo derecho es derecho consuetudinario. Por eso, no tiene sentido preguntarse por su origen, de la misma forma que una costumbre no se instituye ni se crea sino a través de la repetición de un acto, al punto de que no tiene autor ni se puede hablar de un momento determinado y explícito en que algo se convierte en regla del actuar humano.

Llegados a este punto es inevitable preguntarse por qué Gómez Dávila parece sostener una visión contrafáctica del derecho y qué le impulsa a sostenerla. Y es que el pensador colombiano no parece tener reparo en afirmar algo que podría

tener sentido hace siglos, pero que en el presente supone negar las categorías más comunes en las que nos movemos. Hay que decir que no es el único caso en la historia del pensamiento y que tal carácter contrario a los hechos puede tener sin embargo su justificación.

Aquí es, a mi modo de ver, donde un breve comentario de un párrafo anterior puede darnos la clave. En efecto, en el párrafo 16 afirma:

“Así, a pesar de los atisbos geniales de Savigny, los juristas alemanes solo supieron enfrentar un positivismo estatal al literalismo legal de los civilistas clásicos franceses”[6].

A mi juicio, lo que Gómez Dávila sostiene sobre el derecho es lo mismo que defienden los “atisbos geniales” de Savigny. Gómez Dávila tiene que estar refiriéndose en estas breves líneas al hecho de que los discípulos de Savigny terminaron defendiendo el positivismo jurídico al separarse de la impronta histórica del método del civilista alemán[7]. De esta manera, fueron en cierto sentido a parar al mismo lugar que los cultores de la Escuela de la Exégesis francesa con su positivismo fuertemente legalista[8]. Con todo, Gómez Dávila habla de “atisbos”, lo que nos conduce tal vez a su obra más conocida por trabarse en polémica con los defensores de la codificación en Alemania, como veremos.

Hasta ahora solamente Cuenca ha señalado algunos de los ecos de Savigny en Gómez Dávila. En especial, su afirmación de que, como el derecho madura en la costumbre y la justicia fructifica en el tiempo, romper la continuidad histórica es un gravísimo error. Igualmente se atisba la influencia de Savigny en la distinción de Gómez Dávila entre lo orgánico y lo mecánico[9].

En esta misma línea hay quienes han insistido en la influencia del romanticismo alemán en Gómez Dávila[10]. Tal influencia conectaría con la recepción por el propio Gómez Dávila del pensamiento de Savigny, él mismo un romántico y un jurista de fuerte impronta historicista[11]. No es este el lugar para discutir sobre un movimiento cultural de la relevancia y trascendencia del romanticismo alemán, y menos de su influencia precisa en el escoliasta colombiano, cuyo estudio aún está por hacerse, como tantos otros.

Si acudimos ahora a algunos de los más conocidos lugares del jurista alemán en su opúsculo *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, podemos encontrar un marcado paralelismo con las afirmaciones de Gómez Dávila.

Y es que Savigny sostiene:

“Todo derecho nace como derecho consuetudinario, según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo derecho es originado primariamente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la ciencia del Derecho y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio del legislador”[12].

Esas “fuerzas internas” expresan fundamentalmente la vida peculiar y propia de cada pueblo, de cada comunidad política, que tiene sus particularidades porque es un organismo vivo, lo que lo hace diferente de otros pueblos. En efecto, cada ser vivo tiene su singularidad propia, definida por el lugar que habita, sus medios de subsistencia, su propia historia, sus costumbres, su realidad política, etc. En una palabra, su singular y peculiar modo de ser que lo hace diferente. No hay que pensar que con la expresión “fuerzas internas” Savigny está pensando en términos

que no sean los de un ser vivo, donde todas las facetas se unen en esa vida y se explican unas por otras y entre sí.

Y es entonces cuando se comprende que, para Savigny, en efecto, el derecho es realmente costumbre:

“[A]llí donde nos encontramos por primera vez ante una historia documentada, el derecho civil tiene ya un corrector determinado, peculiar del pueblo, lo mismo que su lenguaje, sus costumbres y su constitución”[13].

Volveremos a la comparación con el lenguaje. Como decíamos hace unas líneas, el derecho es una de las expresiones de la peculiaridad, singularidad y particularidad de un pueblo. En definitiva, un carácter que comparte no sólo con su constitución política sino con otros elementos como el lenguaje y las costumbres en su sentido más amplio. Lo que ahora nos interesa es señalar que lo que enlaza todos esos fenómenos es, según Savigny, “la convicción común del pueblo”[14]. Más aún, el derecho no es sino “la voluntad propia del pueblo”[15]. Pero, como se ha visto, esa voluntad no se expresa a través del arbitrio del legislador, sino que surge de la vida de un pueblo que se desarrolla en su historia propia. Es más:

“La época juvenil de los pueblos [...] goza de una clara conciencia de su situación y de sus relaciones, las cuales las siente y las vive plenamente”[16].

De esta manera:

“Resulta posible que las reglas del derecho privado formen parte de los objetos de la fe del pueblo”[17].

A qué se refiere Savigny con la expresión “fe del pueblo” queda más claro en la siguiente cita. En efecto, para Savigny esta común convicción de un pueblo de la que nace su derecho no es sino:

“El propio sentimiento de necesidad inherente que excluye toda idea de un nacimiento casual y arbitrario”[18].

El transcurso del tiempo confirma esta “conexión orgánica del derecho con el modo de ser y carácter de un pueblo”. Porque para Savigny:

“El derecho está sometido a la misma evolución que todas las tendencias del pueblo, e incluso esta evolución está regida por la misma ley de necesidad interna”[19].

Esta “necesidad interna”, “inherente”, remite al carácter orgánico del pueblo ya mencionado, que hace que cada rasgo de su modo de ser solo se comprenda en la unidad vital e histórica de dicha comunidad política. Llegados a este punto, no me resisto a traer a colación, aunque sea brevemente por no ser el asunto central de este trabajo, la profunda coincidencia que sobre el origen y sentido del derecho existe con los juristas del *Common Law*. Lo cual hace pensar que la visión que Gómez Dávila comparte con Savigny es fundamentalmente la comprensión medieval del derecho. Y es que, para la perspectiva de un jurista del derecho inglés,

“Una costumbre comienza y alcanza su perfección de este modo. Cuando una acción razonable del pasado se demuestra buena y beneficiosa para el pueblo y acorde con su naturaleza y disposición, entonces se repite y se lleva a la práctica una y otra vez, y así por su reiteración y repetición frecuente, llega a ser una costumbre que se repite sin interrupción desde tiempos inmemoriales, obtiene fuerza de ley”[20].

De ahí que

“Este derecho consuetudinario es el más perfecto, el más excelente, y el mejor sin comparación para construir y conservar una comunidad política, porque las leyes escritas, que son hechas por los edictos del gobernante o de su consejo, se imponen sobre el sujeto antes de cualquier juicio o apelación tanto si son adecuadas y acordes con la naturaleza y disposición del pueblo como si generarán o no algún trastorno. Sin embargo, una costumbre nunca llega a ser una ley que obliga al pueblo hasta que ha sido probada y aceptada desde tiempo inmemorial sin que durante todo este tiempo haya surgido ningún inconveniente, porque de haberse encontrado alguno en cualquier momento no se hubiera usado más, sino que hubiera sido interrumpida y consiguientemente habría perdido la virtud y la fuerza de ley”[21].

3. La analogía con el lenguaje

Para apuntalar estas coincidencias, vale la pena señalar cómo Gómez Dávila compara reiteradamente el derecho con el lenguaje de un pueblo. En efecto, para el escoliasta, “el hombre se encuentra dentro del derecho que lo rige, como dentro del idioma que habla”[22]. Por eso,

“El derecho no tiene origen histórico, como lo tiene el lenguaje. Nadie inventó su derecho ni su lengua”[23].

Al leer estas palabras resulta natural pensar en las fuerzas internas, en la necesidad interna e inherente a un pueblo de la que habla Savigny. El lenguaje, como la costumbre, puede ser objeto de historia hasta cierto punto porque finalmente no sabemos cuándo se comenzó a usar ni por qué se usó precisamente de esa manera. En todo caso, el hecho de que nadie invente su derecho no significa que este sea arbitrario. Al contrario, como se vio, para Gómez Dávila nace de un “consenso cotidiano e implícito” paralelo a la “necesidad inherente” del civilista alemán. Es más,

“Aun en la horda paleolítica, el individuo nace entre reglas de sintaxis y reglas de derecho. El primer vagido humano repercute entre estructuras jurídicas”[24].

Ese carácter natural o espontáneo es tan característico del derecho como del lenguaje. Y así,

“El derecho como el idioma, sin duda, es construcción humana, pero no fabricación intencional del hombre. El idioma es hallazgo humano, pero ningún hombre lo inventa”[25].

A mi juicio, Gómez Dávila estaría apuntando a una forma de racionalidad por encima de la razón que legisla. Hay una razón que se expresa en la condición no arbitraria del derecho de la misma manera que ocurre en el lenguaje. Precisamente porque nadie lo inventa, está por encima de la arbitrariedad de una voluntad. Pero tampoco eso lo convierte en “natural” o al menos el pensador bogotano evita cuidadosamente ese término, del mismo modo que no lo emplea tampoco Savigny. Con todo, para Gómez Dávila:

“El derecho y el lenguaje no son hacinamientos brutos de voces o de pautas. Realidades espirituales específicas, ambos se desenvuelven y se despliegan dentro del propio espacio inteligible y en el tiempo, como todo lo que tiene en el espíritu su asiento, pero no su origen”[26].

Que tengan su espacio y su tiempo, que se trate de realidades específicas, muestra a las claras el carácter particular o peculiar de cada derecho, como lo

es de cada lenguaje. La singularidad tampoco estaría reñida en este caso con la ausencia de arbitrariedad. Y aquí de nuevo vuelve a aparecer la insistencia de Savigny, ya comentada, de que cada pueblo se comprende precisamente en la particularidad propia de quien está vivo. Por eso, la comparación continúa en el párrafo siguiente donde se apunta el origen de la ciencia jurídica a partir de esa realidad viva, en un pueblo, que es el derecho.

“Las palabras de la más pura poesía, o de la prosa más diáfana, son huellas de aventuras mezquinas, laboriosas o sangrientas; los derechos más preclaros son vestigios de menesteres cotidianos en la labranza y el combate. Así como un glosario etimológico revela la baja estirpe de las voces más aéreas y sutiles, así toda investigación jurídica descubre la fuente de instituciones venerables entre musgos descompuestos y líquenes podridos”[27].

Por lo anterior, el derecho aparece con naturalidad o de manera no artificial sino espontánea. Es fácil ponerlo en relación con la insistencia de Savigny en que el derecho tiene su origen en la necesidad, donde esta no es lo contrario a la libertad sino, más bien, la expresión más completa del carácter vivo y por tanto libre de una comunidad política. En definitiva, “el lenguaje es, como el derecho, la impronta de la historia sobre la carne humana”[28].

En este sentido, sobre la analogía que hace Gómez Dávila entre lenguaje y derecho, Garofalo comenta que los hombres aceptan el derecho del mismo modo que acogen la lengua que hablan. Es más, tampoco dan origen a la regla del derecho ni a la lengua en un momento que se pueda precisar. Ambas son producto de los hombres, pero no invenciones reconducibles a alguien en particular. Por eso, señala la convicción de Gómez Dávila de que el derecho, el que merece tal apelativo y es calificable como legítimo derecho positivo, se sustrae a la creación artificial por parte de algún miembro de la sociedad, de manera parecida a la lengua[29]. Esta glosa del pensamiento del escoliasta pone de manifiesto de nuevo la impronta de Savigny en su comprensión del derecho. Con todo, podemos acudir a otros textos donde se manifiesta más claramente.

En efecto, si ya habíamos traído a colación el texto de Savigny donde afirma que el derecho, como el lenguaje, vive en la conciencia de un pueblo, con mayor claridad el pensamiento del civilista alemán se manifiesta en este otro fragmento:

“Esta conexión orgánica con el modo de ser y el carácter del pueblo se confirma en el transcurso del tiempo, aspecto en el que también puede compararse con el lenguaje. Lo mismo que para este, para el derecho tampoco hay ningún momento de pausa absoluta: el derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tendencias del pueblo, e incluso esta evolución está regida por la misma ley de necesidad interna que aquel fenómeno más temprano”[30].

Como se ve, el lenguaje y el derecho son algunas de las tendencias o manifestaciones de la realidad viva que es un pueblo. Entiendo que su historia, su geografía, su política, sus costumbres, son otras de esas tendencias. El derecho de un pueblo se explica precisamente en el entrecruzarse de todos esos fenómenos, es decir, en la comprensión completa de la realidad vital de una comunidad política. Por eso, se habla de conexión orgánica, de modo de ser y de carácter, como modo de expresar esa unidad que no es una simple analogía sino algo tan real como cuando hablamos de la vida de una persona singular e individual.

4. Derecho y poder

Da la impresión de que Gómez Dávila ha desarrollado con profusión la comparación entre el derecho y el lenguaje, o el idioma, que lleva a cabo Savigny. Con todo, todavía es posible encontrar otro paralelismo entre ambos, que se sigue de lo visto hasta ahora. Y es que, si todo derecho es de alguna manera consuetudinario, entonces el lugar del poder político no es legislar. En efecto, Gómez Dávila afirma en el parágrafo 132 del *De Iure*:

“[...] El estado es tribunal, el estado no es legislador, el estado no es soberano. Ni es soberano, tampoco, quien lo gobierna, ni es soberano el parlamento que lo exhorta, lo amonesta, y lo corrige, ni es soberano el partido mayoritario que detenta el poder físico y la dominación legal, ni es soberana la mística voluntad del pueblo, ni es soberana la razón del hombre, o la conciencia humana. Sólo es soberana la regla del derecho”[31].

Más allá de la discutible insistencia en seguir llamando estado a una comunidad política donde el poder no es soberano, lo que llama la atención es que, en el pensamiento del escoliasta colombiano, el poder no legisla y por ende no domina de ningún modo el derecho: por tanto, es este quien es realmente soberano. Nótese que la regla de derecho no procede de la voluntad mística del pueblo, es decir, no es un producto, como ya se vio, de ningún “convenio específico y solemne”, lo que nos lleva a pensar en constituciones y actas de independencia. Procede del pueblo, pero de otra forma. Igualmente, no procede de la razón humana, entendida esta como razón abstracta y universal. Pero esto no significa que la regla de derecho sea arbitraria o irracional, sino que más bien tiene la racionalidad de la costumbre, que es su naturalidad a la hora de surgir, su carácter de propio y peculiar a dicho pueblo. Por eso, ni tal voluntad mística ni la razón humana son soberanos. Solo es soberano el derecho a quien se somete el poder político, manifiéstese este como se manifieste.

Es precisamente la soberanía del derecho la que libra de los peligros de un Estado soberano. Por eso, afirma:

“[...] solo una variedad de estado es absolutamente ilícita: aquella que consiste en la sumisión irrestricta al arbitrio incondicional de una voluntad soberana, individual o colectiva”[32].

De nuevo, a mi juicio, sería más correcto no llamar “estado” si no hay soberanía en el poder. Pero, al margen de dicha cuestión, allí donde el derecho no impera estamos ante una forma de organizarse políticamente que es ilícita. Porque el derecho no está sobre el poder allí donde este lo dicta y lo crea, aunque sea a través de una asamblea representativa. Entiendo que cuando el derecho es solo un epifenómeno del poder, entonces no hay auténtico derecho y no hay “estado” lícito. Porque el derecho no proviene de ninguna voluntad de ningún género. De ahí que cuando este es soberano no vivimos bajo el arbitrio incondicional de ninguna voluntad. Vuelve al respecto con mayor claridad en el parágrafo 142:

“Atribuir al estado una finalidad distinta de la imposición del derecho es transformarlo en agente de los caprichos de quien mande. Si el estado no es simple herramienta del derecho, no hay propósito procaz que no secunde, ni torva empresa que no coadyuve algún día. Cualquier fin distinto que se le asigne, sufre que el intérprete lo interprete como se le dé la real gana”[33].

Ya se ve que es el poder la herramienta del derecho y no el derecho la herramienta del poder. El sometimiento del poder político al derecho solo es posible cuando dicho poder no interviene de manera alguna en la creación de tal derecho. Cuando no ocurre así, el derecho es expresión de capricho, es decir, de voluntad arbitraria y cambiante, lejos precisamente de cualquier racionalidad.

Todo el opúsculo de Savigny es precisamente un rechazo a un poder político legislador, de ahí que es difícil traer a colación alguna cita concreta porque haría falta mencionar la obra completa. Sirva de ejemplo lo que afirma Savigny cuando se plantea la excepcionalidad de la legislación cuando quien legisla invoca fines políticos elevados:

“Las leyes de esta especie son una infructuosa corrupción del derecho y que precisamente en ellas es necesaria la mayor moderación ha de saltar a la vista a todo aquel que consulte la historia”[34].

Por lo demás, la comprensión de Gómez Dávila sobre la relación entre derecho y poder político puede encontrarse también en otros lugares de su obra, al punto de mostrarse como un rasgo propio de toda la trayectoria de nuestro autor. Así, en una obra anterior como *Textos I*, del año 1959, en un concentrado párrafo, explica la aparición del estado soberano como proyecto jurídico del absolutismo monárquico. En efecto:

“El monarca combate los poderes feudales, los fueros provinciales, los privilegios eclesiásticos, para que nada restrinja su soberanía, porque el estado debe abolir todo derecho que pretenda precederlo, toda libertad que pretenda limitarlo. La jurisdicción monárquica invade las jurisdicciones señoriales; la autoridad pública suprime la autoridad comunal; el reformismo estatal reemplaza la lenta mutación de las costumbres; y el despotismo legislativo suplanta estructuras contractuales y pactadas. El absolutismo enerva las fuerzas sociales, y fabrica una burocracia centralista que, al usurpar la función política, transforma los súbditos del rey en siervos del estado”[35].

Todas esas maniobras que se describen son en gran medida un proceso de concentración del derecho como forma de someterlo completamente al dominio de quien detenta el gobierno. Aunque Gómez Dávila no lo menciona, la codificación sería el paso definitivo hacia la monopolización de las fuentes del derecho por parte del poder político. De esta manera, el absolutismo seguiría presente de algún modo, en la medida en que su huella permanece en la forma de sometimiento del derecho al poder y no de este a aquel. De ahí, se deduce una interesante explicación de algunas de las realidades jurídicas más caras a la mentalidad contemporánea:

“La aprensión reaccionaria, que provoca cada episodio democrático, inventa la teoría de los derechos del hombre y el constitucionalismo político, para alambra y contener los imperativos de la soberanía popular.

Las consecuencias de las tesis espantan a quienes las proclaman, y les sugieren remediar su error apelando a imprescriptibles derechos del hombre”[36].

Para el escoliasta bogotano, en el fondo las declaraciones de derechos humanos y las constituciones políticas no son sino reacciones ante la aparición de la soberanía como una realidad no teórica sino encarnada. Incluso aunque ahora se trate de soberanía que reside en el pueblo, tanto poder concentrado asusta y se buscan formas de contenerlo, maneras reactivas de intentar dominarlo. Pareciera entonces que la soberanía se ha manifestado sobre todo en el dominio

del derecho, que pasa a estar monopolizado por quien detenta el poder. Nos faltaría por conocer qué pensaría entonces Gómez Dávila de nuestro Estado de Derecho, pero en cierto sentido hemos ido deduciéndolo de sus afirmaciones. En efecto, como dice sintéticamente en uno de sus escolios más citados:

“Ni declaración de derechos humanos, ni proclamación de constituciones, ni apelación a un derecho natural, protegen contra la arbitrariedad del estado. Solo es barrera al despotismo el derecho consuetudinario”[37].

O, dicho más sintéticamente, en otro escolio más:

“Donde no sea consuetudinario, el derecho se convierte fácilmente en simple arma política”[38].

Ya se ve que las sociedades previas a la codificación y al afán legislador del poder político son las únicas comunidades políticas que han sido realmente libres, o al menos que pueden contener la voluntad del poder a través de un derecho que siempre le es previo. Y, por tanto, de un derecho que no tiene dueño y no se deja dominar por ninguna voluntad.

La historia de los dos últimos siglos es suficientemente compleja para hacernos dudar de si darle la razón al escoliasta colombiano, pero los argumentos que presenta tienen *a priori* una fuerte carga de razón a su favor. Así, la actual crisis del constitucionalismo y los problemas teóricos y prácticos que presenta la manifiesta inflación de derechos encajan con las tesis que sostiene Gómez Dávila. Porque en último término el derecho no es en ningún caso un acto de voluntad:

“Ley no es lo que un acto de voluntad decreta, sino lo que la inteligencia descubre”[39].

Volvemos así a completar el recorrido por el pensamiento jurídico de Gómez Dávila para encontrarnos de nuevo con las coincidencias con Savigny, después de haber comprobado todos los marcados paralelismos. Con todo, en este último aspecto no han faltado comentarios a la obra del escoliasta que inciden en lo que venimos afirmando, aunque sin la mención a Savigny como elemento influyente. Y es que también Garofalo ha destacado la función defensiva que tiene el derecho consuetudinario para Gómez Dávila. En efecto, es la única barrera para el despotismo al que tiende el Estado y resulta un obstáculo difícil de superar para quien intente servirse del derecho con fines ideológicos, manejable para introducir coactivamente un determinado planteamiento[40].

Por su parte, Cuenca señala que el verdadero objeto de la crítica de Gómez Dávila es la supremacía de la ley, la total reducción de ella al derecho. En efecto, si la creación del derecho es atributo a la soberanía, entonces atribuirla a un soberano es quitársela al pueblo en su conjunto. Entonces, se pierden los derechos, dependientes de una ley que a su vez depende de un acto de voluntad unilateral[41].

El mismo Cuenca ha señalado en otro trabajo que la importancia del derecho consuetudinario tiene para Gómez Dávila un indudable valor político. Porque allá donde no es consuetudinario se convierte en arma política y se irrespeta su carácter orgánico. De ahí que Gómez Dávila afirme que no son los derechos humanos, ni las constituciones ni el derecho natural la protección eficaz contra la arbitrariedad del Estado[42].

Al punto que hay quien comenta que para Gómez Dávila las ideologías que proclaman la soberanía del hombre son, en realidad, religiones estrictas. Así, si el hombre es soberano no reconoce una autoridad por encima de la suya y

debe asumir la función axiológica y ontológica que asumía Dios. La soberanía del hombre implica una postura ante Dios y una apropiación de funciones sagradas[43].

Pero continuar por este camino supondría un trabajo diferente con un objeto diferente al que se enunció al comienzo de este.

5. Conclusión

Al llegar a este punto, considero que puede verse la relación estrecha entre “los atisbos geniales de Savigny” y el pensamiento acerca del derecho de Gómez Dávila. Por un lado, se ha intentado mostrar la coincidencia en considerar cuál es el origen de todo derecho positivo, lo que lleva a una comprensión del derecho consuetudinario como explicación del surgimiento del derecho. Esta coincidencia se hace más firme y clara cuando se acude a la analogía con el lenguaje presente en ambos, para explicar cómo aparece el derecho y qué sentido tiene al interior de una comunidad política. Hasta este punto parece clara la influencia que la lectura de Savigny tiene en el escoliasta colombiano.

Por último, la concepción del derecho coincide con la comprensión de lo político propia del pensador bogotano. En efecto, en este punto las ideas de Savigny dejan su huella de manera solamente indirecta en Gómez Dávila. Aquí es donde encontramos un desarrollo mayor en el escoliasta colombiano, toda vez que el civilista alemán no tiene un interés político en su obra, más allá de las repercusiones que pueda tener su rechazo a la codificación. Por eso, vale la pena señalar la originalidad de Gómez Dávila en su crítica al Estado moderno que va de la mano de su concepción del derecho. En especial, llama la atención cómo califica de simples reacciones ante el poder desmesurado del Estado nuestras más queridas creaciones como los derechos humanos y las constituciones políticas, a las que se observa con un escepticismo al que la realidad presente parece darle la razón en muchas ocasiones

En cierto sentido, deja abiertas algunas preguntas para estudios posteriores. En efecto, cabe preguntarse si es su comprensión del derecho lo que le impulsa a entender lo político al margen de la noción de Estado soberano. O si es su rechazo a este último lo que le mueve a sostener una comprensión de lo jurídico al margen de la voluntad de quien detenta el poder. En todo caso, a mi juicio, podemos cerrar este breve trabajo recordando que en el fondo Gómez Dávila siempre se consideró a sí mismo nada más que como un “campesino medieval indignado”[44].

6. Referencias bibliográficas

- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora*. Debate.
- Bonnetcase, J. (1944). *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*. Editorial José M. Cajica.
- Cuena Boy, F. (2011). Nicolás Gómez Dávila, la Historia, el Derecho. *Revista General de Derecho Romano* 16, 1-28.
- Cuena Boy, F. (2016). Agentes del absolutismo: los juristas según Nicolás Gómez Dávila. En Murillo Villar, A. y otros (coords.). *Homenaje al Profesor Armando Torrent*. Dykinson, 167-183.

- Davies, Sir J. (1615). Palabras preliminares. En *Le primer report des Chases & Matters en Ley resolves & aduidges en les Courts del Roy en Ireland*. Collect et digest per Sir John Davies. John Franckton, s/p.
- Garofalo, L. (2020). *Lo jurídico como categoría del espíritu*. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Dávila, N. (1959). *Textos I*. Editorial Voluntad.
- Gómez Dávila, N. (abril-junio 1988). De Iure. *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario* LXXXI, n° 542, 67-85.
- Gómez Dávila, N. (2002). *Escolios a un texto implícito. Selección*. Villegas Editores.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. (Trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero). Ariel.
- Molina, T. F. (2016). El sistema westfaliano: un análisis desde la teología política de Nicolás Gómez Dávila. *Papel Político* 21 (2), 411-434.
- Pocock, J. F. A. (1987). *The Ancient Constitution and the Federal Law*. Cambridge University Press.
- Rabier, M. (2013). Biblioteca gomezdavidiana: las fuentes bibliográficas del pensamiento de Nicolás Gómez Dávila (I). *Revista Internacional de Bibliotecología* 36 (3), 235-248.
- Rodríguez Cuberes, E. G. (2009). El Romanticismo de Nicolás Gómez Dávila: entre la reacción y la insubordinación. *Nómadas* 31, 165-181.
- Savigny, F. C. Von. (1814). *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Mohr und Zimmer. Se emplea la traducción de J. Díaz (1970). *De la vocación de nuestra época para la legislación y la Ciencia del Derecho*. Aguilar.
- Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2015). *Democracia y nihilismo. Vida y obra de Nicolás Gómez Dávila*. Eunsa.
- Volpi, F. (2005). *El solitario de Dios*. Villegas Editores.