

El sistema estructural y funcionalmente considerado

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

I. DIVERSAS PERSPECTIVAS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

1. PRIMERA APROXIMACIÓN A LO QUE JURÍDICAMENTE SE ENTIENDE POR SISTEMA

El Diccionario de la Real Academia de Jurisprudencia muestra tres significados de la palabra *sistema*: 1. «Conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí». 2. «Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto». 3. «*Biol.* Conjunto de órganos que intervienen en alguna de las principales funciones vegetativas». Y, a continuación, enumera los sistemas: nervioso, acusatorio, estático, cegesimal, inquisitivo, métrico decimal, periódico, planetario, solar.

Como se ve, el ámbito de significados es muy amplio y se halla abierto a toda clase de materias, desde las matemáticas a la biología y a la astronomía. Nos muestra también que esos sistemas pueden ser *estáticos*, referidos a cosas ordenadas y relacionadas entre sí para determinado objeto; y *dinámicos*, que implican movimientos coordinados de más diversos tipos: biológicos, planetarios, judiciales, metódicos referidos al conocimiento de cualquier ciencia o al ejercicio de cualesquiera artes y técnicas.

Consecuentemente, cabe referir la palabra sistema a la ciencia y a las artes jurídicas. El Diccionario si —como acabamos de ver— recoge como primer significado de la palabra sistema: «Conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí». Por lo tanto, ese significado cabe extenderlo al conjunto de leyes o princi-

pios, o de principios y leyes girando en torno a aquéllos, o al revés, en una concepción positivista legalista, de leyes de las que se trata de inducir sus principios, relacionados entre sí, sobre la materia jurídica. En ese sentido, se habla de ordenamiento jurídico en diversos significados ¹ que comprenden desde el orden universal de todas las cosas como *ordinatio* referida al derecho, a la consideración del derecho positivo como unidad lógica y, aún más restrictivamente, a un conjunto determinado de leyes de un país dado. Federico de Castro ² considera, más restrictivamente, que *sistema jurídico* es la «construcción teórica instrumental del ordenamiento», en la concepción que fue vulgarizada por Jhering.

Ciertamente, este autor ³ parte de que «el sistema en materia de derecho, como en cualquier otra rama científica, no puede consistir en un orden artificialmente aplicado, sino que éste se deduce del fondo mismo del objeto» ⁴. Éste en cada derecho interno ha de ser individualmente considerado, «Quien dice sistema dice ordenación interna de la cosa misma. Todo sistema es, pues, perfectamente individual y cada derecho tiene su sistema propio que no conviene a los otros».

El procedimiento sistemático «ejerce una reacción material sobre el objeto mismo al cual se aplica, operándose por su medio una transformación interna con las reglas de derecho. Éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se despojan de su forma de prohibiciones y mandatos para revestirla de elementos y cualidades de las instituciones jurídicas. Así es como nacen, por ejemplo, las definiciones de los principios generales, los

¹ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, II *Elaboración sistemática* 74, vol. I, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, pp. 337-342.

² Federico de CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general, vol. I, primera parte, cap. I, 1, IV, p. 63.

³ Rudolf VON JHERING, *El espíritu del derecho romano*, Introducción, § 4, ed. cit., vol. I, pp. 50 ss.

⁴ Advirtamos que JHERING páginas antes, pp. 38 ss., explica que el derecho, «como creación real objetiva, tal como se nos manifiesta en la forma y en el movimiento de la vida y del comercio exterior, puede ser considerado como un organismo, y en este grado lo debemos colocar para hacer de él nuestro completo estudio». En «su estructura», el conocimiento en todos los pueblos de su organización «ha sido largo y penoso de adquirir». El «fruto de esta actividad aplicada al conocimiento jurídico» es doble. De una parte, expresar «ese fruto» de la actividad de adquirir el «conocimiento jurídico»; y de otra, «formular el derecho», que, «en parte, es la obra del pueblo, que traduce bajo forma de adagios las leyes que ha encontrado en la práctica; en parte también la obra del legislador, que expresa y sanciona el derecho que existe ya bajo el sentimiento o derecho consuetudinario; y, finalmente, de la doctrina y de la práctica, que estudian y dan a conocer las disposiciones y consecuencias del derecho vigente. Combinada esta triple acción, se logra el conocimiento del derecho, y queda regido por la regla indicada antes, de que se adquiera poco a poco la indagación de la naturaleza íntima de las cosas, que al principio se perciben sólo superficialmente».

hechos constitutivos de los actos jurídicos, las cualidades de las personas, de las cosas, de los derechos, y las divisiones de toda especie, etc. El hombre profano, habituado a representársele una regla legal bajo una forma imperativa, no puede comprender, cómo una parte del sistema jurídico puede despojarse enteramente de este aspecto, y, menos aún de las definiciones, las divisiones, etc., en una palabra, la lógica dogmática encierra una importancia práctica más intensa que las reglas usuales. Esta lógica del derecho es, en cierto modo, la flor y esencia, el precipitado de las reglas del derecho; una sola definición bien hecha puede comprender el contenido práctico de diez reglas anteriores».

Como vemos, el sistema –según Jhering– debe ser elaborado partiendo de las reglas o normas de derecho legisladas, pero observándolo desde el fondo de la cosa misma del derecho, según hemos visto, que él lo entiende, y se desarrolla conceptualmente. Ambos aspectos se hallan en germen en Savigny que –como analizaremos después críticamente– considera el sistema jurídico de cada pueblo orgánicamente constituido por instituciones; pero, más adelante, dice que se obtiene observando que «la reunión de las fuentes constituye una vasta unidad destinada a regular todos los hechos que se verifican en el dominio del derecho»⁵.

Partiendo estos dualismos para observar la aplicación del término sistema a la materia jurídica, podemos enfocarla en relación a los significados que el *Diccionario de la Lengua Española* atribuye a la palabra sistema en segundo y en tercer lugar.

El segundo –«conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto»– nos lleva a la primera aproximación de Savigny, en la cual considera que todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que «solamente la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede darnos su completa inteligencia». Este segundo significado puede aplicarse a los intentos sistematizadores que los romanistas modernos basarían en los jurisconsultos romanos desde Mucius Scaevola a Gayo.

El tercer significado de la palabra sistema, según el *Diccionario* –«conjunto de órganos que intervienen en alguna de las funciones regulativas»–, vuelve a acercarnos a esa primera aproximación de Savigny al referirse a la naturaleza orgánica de las instituciones, que, en su conjunto armónico, tienen la función a la que el derecho está llamado a guiar –que no es sino la justa adecuación de todas

⁵ SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, §V, cfr. ed. en castellano, Madrid, Góngora, s./f., p. 67.

las cosas y hechos de la vida—, y nos conduce a dar al sistema la significación de funcionamiento ordenado para esta función de las instituciones que⁶ hemos denominado funcionales o dinámicas porque producen el tránsito de una situación inicial a otra situación final en la que se produce alguna variación respecto de aquella (v. gr., sucesión, transmisión, limitación, ampliación, extinción).

Las instituciones son cosas jurídicas captadas como elementos estructurales que son de la naturaleza de las cosas⁷ y que tienen como funciones las de inspirar al legislador en la formulación de sus reglas o normas⁸ y de guiar en su interpretación⁹. Siendo así, las instituciones son, ante todo, modelos para el legislador y la fundamental guía de los intérpretes para inteligir las normas legales y explicar jurídicamente los hechos. Savigny y Jhering lo vieron y, tal vez por eso, interpolaron el sistema de normas legales entre el sistema de instituciones y la realización práctica del derecho. Pero al hacerlo así se olvidaron de tomarse en serio algo que no debemos cansarnos de repetir: que como —en el texto con el cual los compiladores encabezaron el título del *Digesto* dedicado a las reglas de derecho— observa Paulo¹⁰: «*Non ex regula ius summatum, sed ex iure quod est regula fiat*». Es decir, las cosas jurídicas —y el sistema que ellas forman— no crean las reglas o normas, sino que, a la inversa, del derecho —es decir del orden justo preexistente, mostrado en aquellas cosas o instituciones que forman el sistema—, se derivan las reglas, las normas y las leyes. Éste es un punto básico del método realista que vengo siguiendo en mis metodologías.

En suma, traduciendo jurídicamente los tres significados que el *Diccionario de la Lengua Española* ofrece de la palabra sistema, podemos decir que sistema jurídico puede significar:

1. El conjunto de principios y reglas o normas sobre materia de derecho enlazados entre sí (*ordinatio* u ordenamiento, empleando esta segunda palabra en el pleno significado de la primera).

2. El conjunto de instituciones que, relacionadas entre sí, contribuyen a mostrar el derecho de un determinado pueblo (sistema jurídico estructural).

⁶ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho II. Elaboración sistemática*, vol. I, 2, a, p. 17.

⁷ Cfr. *Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones*, I, A.D.C., IV-1, 2002, pp. 9 ss.

⁸ *Elaboración sistemática*, I, 107, pp. 551 ss.

⁹ *Las instituciones jurídicas*, IV, 3, pp. 52 ss.

¹⁰ PAULO, *Dig.*, 50, 12, 1.

3. El conjunto de organismos jurídicos por medio de los cuales se realizan las funciones jurídicas (sistema jurídico funcional o dinámico).

Pues bien –conforme una metodología realista–, el sistema estructural y el sistema funcional del derecho son previos y constituyen el fundamento de los sistemas de leyes o normas. Consecuentemente aquéllos sirven para inspirar, primero, y para entender, después, el último. Consecuentemente, no es procedente observar aquellos sistemas de instituciones, interpolando, en un recorrido de ida y vuelta, el sistema de normas legales, como después veremos hizo Savigny y –como hemos visto– agravó Jhering, aunque éste no solamente conocía el citado texto de Paulo, sino que lo cita y comprende, pues dice que el «precipitado de las reglas de derecho en un sistema no es una cuestión de gusto individual, ni resulta de la colocación científica de los materiales, sino que es obra del derecho mismo». Lo metódicamente realista es considerar que las reglas de derecho deben ser un precipitado del sistema de instituciones jurídicas.

2. SIGNIFICADO DE SISTEMA JURÍDICO SEGÚN LO ENTIENDEN LOS CIENTÍFICOS DEL DERECHO MODERNO

Ha escrito Claus-Wilhelm Canaris ¹¹ que «el significado de la idea de sistema en la jurisprudencia [entendida como ciencia del derecho] constituye uno de los más debatidos problemas de la metodología jurídica. En pocas controversias se mantienen aún hoy las opiniones tan tajantemente enfrentadas como en ésta. Mientras Sauer (*Juristische Methodenlehre*, 1940), por ejemplo, proclama enfáticamente que “sólo el sistema garantiza conocimiento, garantiza cultura. Sólo en el sistema cabe verdadero conocer, verdadera operatividad”, y H. J. Wolf dice que “la ciencia jurídica es sistemática o no es”, en cambio opina Enge (*Einführung in der Rechtsphilosophie*, 1955), con escéptica reserva, que “un sistema es siempre una atrevida empresa de la razón que, en su contenido, va demasiado lejos” –frase que está sólo a un pequeño paso de las famosas palabras de Nietzsche (*Gesamte Werke*, 1895-1912, vol. VIII),

¹¹ Claus-Hans CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, proemio, 2.ª ed., Berlin, Duncker und Humboldt 1983; cfr. en castellano, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 17 s.

quien calificó la voluntad de sistema como una “falta de honestidad”, como “una enfermedad de carácter”».

Quince años después de que Canaris escribiera la citada segunda edición del libro que acabamos de citar, Francisco Cuenca Boy¹² mantiene y apoya las dudas acerca de la realidad y de la utilidad de la «idea» del sistema jurídico. Así lo muestra en los párrafos que a continuación extracto y transcribo.

«En íntima conexión con la idea de sistema, la legalidad se configura igualmente como uno de los caracteres esenciales del conocimiento científico, pues, en efecto, por detrás de la pluralidad y el desorden aparente de los fenómenos naturales o sociales, la ciencia aspira a descubrir las “leyes” que rigen la estructura y el proceso del ser y el devenir y construir con ellas el sistema. Seguramente podríamos concluir diciendo, sin temor a exagerar, que igual que los habitantes de Esmeralda, en la película “El Mago de Oz”, hicieron de unas gafas verdes el paradigma a través del cual se asomaban a su mundo (y lo veían, claro es, todo de color verde), así también el sistema ha llegado a convertirse en el paradigma de la ciencia, siendo la ciencia misma el paradigma del conocimiento.»

Esa idea de considerar el sistema como «a priori de la actividad de los juristas», le suscita «la sospecha de si los autores partidarios del sistema en el derecho no abandonarían de inmediato y con alivio sus especulaciones sobre diferentes tipos de sistemas y sobre las formas tan distintas de concebirlos, incluso cada uno de ellos en concreto, en el caso de que repentinamente se hiciera posible construir el sistema jurídico como sistema completo, unitario y lógicamente coherente»; y «bajo el prisma de esta sospecha, los conceptos tan dispares de sistema que la doctrina trabajosamente ha ido elaborando se asemejan a trincheras sucesivas, cada vez más reducidas respecto del ideal inicial, a las que ella misma se ha visto obligada a retirarse ante la evidencia del fracaso repetido de sus construcciones sistemáticas renovadas sin descanso». Cree Cuenca que, en ello, hay más bien «una sensación de abandono forzoso de posiciones conceptuales que no se han podido defender y, por debajo de todo, el deseo de querer seguir usando la palabra –sistema– de resonancias casi míticas y de implícita remisión a la unidad, coherencia y completud.

¹² FRANCISCO CUENCA BOY, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, 1 y 2, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1998, pp. 1-21.

»El foco del sistema se ha ido desplazando sucesivamente de los conceptos a las normas, de las normas a los principios y de éstos a los valores, pero el sistema jurídico no puede ser sólo un sistema de normas o sólo de valores, no puede ser un sistema de un único aspecto o elemento de la realidad jurídica, sino de toda ella, pues el derecho es valor y es norma, es concepto y principios, pero también es fuerza, decisión, poder, previsión organización, interés, etc.

»Al final, el resultado de tanto esfuerzo y de tanta discursión puede reducirse al alumbramiento de un concepto de sistema lo suficientemente amplio, vago, o laxo, como para poder acoger dentro de él todas las deformidades de la realidad; o consistir meramente en la descripción de “lo que es” (de aquello que se llega a percibir de lo que es) diciendo que “eso” es el sistema. Existe todavía otra posibilidad, no menos desalentadora, que es la de no comprometerse con un pronunciamiento concreto sobre el concepto de sistema que se pretende utilizar y, sin definirlo previamente, emplear ese concepto como “instrumento hermenéutico” para la discursión de las diversas tesis doctrinales y en contra de la perspectiva sistemática».

Antes de explicar en qué sentido, desde qué perspectiva y con qué función utilizamos aquí la palabra sistema, creo conveniente echar previamente una ojeada a las distintas concepciones modernas de sistema jurídico en una panorámica breve –pues lo estudiamos sólo desde una visión metodológica de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, observándolo ya hecho, como no debemos dejar de recordar–. Lo veremos de la mano de Canaris, ponderando la posición moderada de este autor.

En su búsqueda de un concepto general de sistema de la jurisprudencia, parte Canaris¹³ de las definiciones que efectuó Kant, en su *Crítica de la razón práctica*, «la unidad de conocimientos plurales bajo una idea», y en su *Metafísica*: «sentido del todo, el conocimiento ordenado con arreglo a principios», y de las que, «similarmente», Eiseler, en su *Diccionario de conceptos filosóficos*, expresa al decir que sistema es: «1, objetivamente un entramado totalizador de cosas, procesos, partes en el que el significado de cada parte está determinado por el todo supraordenado y sumativo [...]; 2, lógicamente: una pluralidad unitaria de conocimientos que se siguen de un principio y que forma un todo de saber, un cuerpo doctrinal en sí dividido e internamente asociado desde el punto de vista lógico, como correlativo lo más fiel posible del sistema real de las cosas, es decir, del conjunto de relaciones de las

¹³ CANARIS, *op. cit.*, § I, 1, pp. 19-21.

cosas entre sí y que mediante procesos científicos tratamos de “reconstruir” aproximativamente».

Canaris en estas definiciones, y en las otras que cita de Savigny, Stammler, Binder, Hegler, Stoll, Stoli y Coing, observa dos notas comunes: «la del *orden* y la de *unidad*: las dos en estrecha interrelación pero que han de ser fundamentalmente separadas».

Significa así el orden «una coherencia “interna” racionalmente captable, es decir, fundada en la cosa misma», que «no puede romperse, en una serie de unidades individuales y desconectadas, sino que debe reconducirse a unos pagos y principios básicos determinantes». Los aspectos *lógico* –que él prefiere denominar *científico*– y el aspecto *objetivo* o *real*, los estima «en la más estrecha interrelación, por cuanto el primero ha de ser el “más fiel correlato posible” [en palabras de Eisele] del último si se quiere que el tratamiento científico de un objeto no violente a éste y no se frustre con ello su finalidad».

Estima Canaris que «el orden interno y la unidad del derecho» implican en su sistema: «1.º Coherencia y unidad como premisas científico-teóricas y hermenéuticas» que, en el *plano metodológico*, «suelen presuponerse como evidentes»¹⁴; «2.º Coherencia y unidad como emanaciones y postulados de la idea del derecho», «que también remite a un mandato de justicia», con la tarea de «*presentar y realizar la coherencia valorativa y la unidad interna del ordenamiento jurídico*»¹⁵.

Me permito, aquí, intercalar una observación, la metodología realista –que propugno y sigo– se contrapone a la visión kantiana –que Savigny no abandonó del todo– de que la idea del derecho dota a las cosas de forma valorativa *a priori*. La *Wertungsjurisprudenz* mantiene esa posición; por lo cual, desde la *idea del derecho* complementa valorativamente la «preestructura» de la *Natur der Sache*, dado el rechazo por esa escuela de la posibilidad de captar la *natura rerum* como orden universal que comprenda los valores¹⁶.

Desde su punto de partida expuesto, Canaris considera injustificados todos aquellos sistemas «que no son apropiados para dotar de coherencia y unidad interna el ordenamiento jurídico», aunque los considere, «no sin excepción», erróneos, ni en todo punto inútiles

¹⁴ *Ibid.*, II, 1, pp. 21-23.

¹⁵ *Ibid.*, 2, pp. 24-26.

¹⁶ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 139, c, *in fine*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 830.

para las tareas de la ciencia del derecho. Vamos a ver, panorámicamente, cual es la perspectiva que, desde ese punto de vista, expone:

I. Como conceptos que considera *no justificables sobre la base de las ideas de coherencia valorativa y unidad interna del ordenamiento jurídico*, enumera¹⁷ los siguientes:

1.º El llamado, en la terminología de Heck, *sistema externo*, «que en lo esencial se refiere a los conceptos de orden contenidos en la ley misma. De él dice que «no sirve, o sirve sólo de un modo muy primario, para sacar a la luz la interna unidad de sentido del derecho»; no resultando apto para alumbrar «el sentido de un orden interno de interrelaciones».

2.º *Los sistemas de conceptos fundamentales «puros»*, como son, por ejemplo, los desarrollados por Stammler, Kelsen o Nawiasky; pues se trata con ellos de «categorías puramente formales, subyacentes a todo ordenamiento jurídico pensable, mientras que la unidad valorativa es siempre de tipo *material* y sólo puede realizarse en un *determinado* ordenamiento jurídico *histórico*».

3.º *Los sistemas lógico-formales*, en los que incluye:

a) *El sistema lógico de la jurisprudencia de conceptos*, al que considera «inapropiado para captar la unidad y coherencia interna de un determinado ordenamiento jurídico positivo», y su concepción lógico-conceptual «comparable hasta cierto punto con la matemática» que –afirma– «puede tenerse hoy por totalmente superada». Fundamentalmente lo rechaza por estimar que «la coherencia entre diferentes valoraciones y la conexión interna entre valoraciones [dimanantes la *idea de justicia*] no puede aprehenderse lógicamente, sino sólo axiológica o teleológicamente».

b) *El sistema axiomático-deductivo en el sentido de la lógica*, al que considera una construcción que «no es posible y contradice la esencia del derecho», y que, lleva desde «la exigencia de “plenitud” de los axiomas, a la utopía de que todas las decisiones valorativas exigidas en el seno de un ordenamiento jurídico se pueden formular de modo concluyente, en suma a un típico prejuicio positivista que hoy se puede tener por definitivamente rebatido».

4.º *El sistema como entramado de problemas*, entre los que enumera:

a) *El concepto de sistema de Max Salomon*, que se sitúa en el camino expuesto por la conferencia de Von Kirchmann. Es decir, el de partir de la ausencia de valor científico de la jurisprudencia ahor-

¹⁷ CANARIS, *op. cit.*, §2, I, pp. 27-49.

mada por las normas legisladas, y, como única salida, busca que el sistema se ocupe de los *problemas* (imperecederos) y no de sus *soluciones* (perecedoras). Con esto, «excluye, sin más, del círculo de la ciencia aquello que hasta ahora se llama ciencia jurídica, es decir, el tratamiento metódico de un determinado ordenamiento jurídico positivo, y como objeto de la auténtica ciencia jurídica queda sólo la formación del “sistema de los problemas de la legislación posible”». Canaris le opone que concebido de ese modo: «carece necesariamente de la unidad de la interrelación interna que es ineludible para el concepto de sistema. Los problemas, como tales, no son nada en cuanto preguntas aisladas que se pueden seleccionar arbitrariamente, por lo que, para poder ser puestos en una relación sistemática, necesitan un elemento que fundamente su sentido y su unidad», «que sólo puede hallarse fuera de ellos mismos» [...]. «No caben cuestiones totalmente exentas de presupuestos, pues ya el planteamiento de la pregunta encierra en sí siempre una determinada “perspectiva”» [...] «Lo único posible [en el pretendido problema de Salomon] es solamente *dibujar un entramado de preguntas y respuestas, nuevas preguntas (que surgen con ello) y nuevas respuestas, etc.*».

b) La concepción de Fritz Von Hippel, que trata de mostrar que el «entramado inmanente de problemas» va necesariamente unido al reconocimiento de la autonomía privada, ya que el sistema no surge *a priori*, sino sobre la base y a favor de una determinada autonomía privada. De ella éste, al propugnarlo, dice: «si lo conocemos conoceremos la sistemática jurídico-privada». Canaris, si bien estima que estas ideas de Von Hippel merecen aquiescencia, objeta que no alcanza una determinada concreción del concepto de sistema en su unidad y coherencia.

5.º *El sistema de relaciones vitales*, al que opone –del mismo modo que al de entramado de problemas– que esas relaciones no bastan para formar un sistema y, aunque puedan influir sobre él, no pueden plasmarlo plenamente.

6.º *El sistema de «decisiones de conflicto»*, en el sentido de Heck y la *jurisprudencia de intereses*, lo excluye Canaris como sistema por no responder a la pregunta de en qué radica la «idea de unidad del derecho». Cita los reproches a ella emitidos por: Kretschmar, ya en 1914, de que abandona de la idea de unidad; de Heger, porque solamente destaca el juicio de valor que se expresa en la norma *particular* y los valores jurídicos supremos, como la justicia y la equidad, y deja de lado «los fines básicos y específicos de la parte del derecho de que se trata, situados en un plano

intermedio entre la norma particular y los supremos valores»; de Oertmann, de que no ha podido encontrar «ningún todo», ni obtener «jamás un unitario cuadro de conjunto», y de Coing, porque no ve en el derecho «un orden ni lógica ni moralmente unitario»; y que, por ello, carece «totalmente de unidad».

Canaris matiza esos reproches, partiendo de la distinción, formulada precisamente por el mismo Heck, de sistema *externo* —como construcción de una exposición y división del material jurídico lo más clara y abarcable que sea posible (que —como antes hemos visto— el propio Canaris considera inadecuado por no captar las interrelaciones internas)— y sistema *interno* —como aprehensión de una «interrelación objetiva» de un «orden inmanente»—, que tampoco acepta como verdadero sistema dotado de unidad: primero, porque, pese a su ausencia de contradicción, que «es sin duda un elemento esencial, plantea sólo lo que podemos llamar el lado negativo de la idea de unidad y no permite reconocer en qué radica en su aspecto positivo la unidad de sentido del derecho; y segundo, porque sólo se refiere a la interrelación interna del ordenamiento jurídico normativo, que no es sino una consecuencia sociológica externa de la coherencia interna —que no explica el aspecto interno del sistema, único que Canaris considera verdadero sistema de derecho. No obstante, reconoce que la jurisprudencia de intereses proporciona valiosos trabajos previos en el orden de la problemática del sistema, sobre todo con las ideas del “sistema interno”, y la referencia a su carácter teleológico, ofreciendo “esenciales puntos de partida que se han de asumir y proseguir”».

II. Bajo el concepto de sistema que él acepta, a partir de la idea de coherencia valorativa y unidad interna del ordenamiento jurídico, Canaris¹⁸ sólo considera adecuado un sistema que reúna las dos notas siguientes:

1.º *Hallarse ordenado de modo axiológico o teleológico*, en correspondencia al «mandato de justicia» que es de naturaleza *valorativa*, advirtiendo que ahí no emplea la palabra teleológico en el sentido restringido de la mera asociación de medio a fin, sino «en el más amplio sentido, referido a toda realización de fines y valores», en el que «la “jurisprudencia de valoraciones” se equipara con la jurisprudencia “teleológica”».

2.º *Orientarse como ordenamiento de «principios generales del derecho»*, entendidos «como *elementos determinantes* en los que se hace visible la unidad y coherencia internas del ordenamien-

¹⁸ *Ibid.*, II, pp. 49-69.

to jurídico». De modo tal que «el sistema se puede definir como un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho».

No obstante, Canaris plantea la cuestión de si el sistema puede apoyarse también en *normas, conceptos, instituciones jurídicas y valores*. Considera que la respuesta es sencilla, en cuanto se halla «determinada en alguna medida por los criterios de la adecuación y de la perspectiva»; y, con esa pauta, responde que:

– Un *sistema de normas* «no tiene mucho sentido cuando lo que se ha de buscar es precisamente la interrelación que liga a las normas» y que «difícilmente podrá consistir precisamente en una norma; de hecho, las ideas jurídicas que fundan las ideas y la unidad sólo en una escasa proporción pueden ser formuladas en la forma de normas», sino que el sistema «se manifiesta más bien bajo el modelo, más flexible, de los principios».

– Un *sistema de conceptos jurídicos generales* puede pensarse –dice– como «un sistema puramente formal de conceptos generales fundamentales» y, también, como «sistema “rellenado” teleológicamente de determinado ordenamiento jurídico», aunque sea admitiendo solamente conceptos teleológicos o «conceptos valorativos»; y no estima pensable la formación de un sistema de conceptos generales *abstractos*, sino sólo de conceptos generales *concretos*, en el sentido de Hegel¹⁹, únicos que a Canaris le parecen «apropiados para incorporar la plenitud de sentido que conforman la unidad interna». Sin embargo, aún a éstos los considera poco apropiados por «dejar ver la coherencia valorativa y la unidad interna del derecho»; pues, «aunque hayan sido correctamente formulados, contienen la valoración de modo mediato, como encerrada, mientras que el principio la muestra claramente». Es decir, en aquéllos «*la valoración está implícita, mientras que, por el contrario, el principio la hace explícita*, y, por ello, éste es más apropiado para reflejar la unidad valorativa del derecho». Además, objeta que «no se han elaborado los conceptos correspondientes a todas las valoraciones fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico».

– Un *sistema de instituciones jurídicas* le parece que, de modo semejante, padece los defectos de que «no deja ver de modo inmediato la valoración que funda la unidad», y, «sobre todo, no hacen generalmente referencia a una valoración en particular, sino a la unión de varias ideas jurídicas distintas». Por lo cual, un sistema «que se forme a partir de ellos puede expresar –como máximo–

¹⁹ Cfr. *Elaboración sistemática*, 25, p. 115.

fragmentariamente la unidad del ordenamiento jurídico, pues de tal modo no es visible la interrelación más profunda que existe también entre las instituciones».

– *Un sistema como ordenamiento de valores* le suscita parejas consideraciones, aun reconociendo que el paso entre valor y principio «es sumamente fluido»; pues, «el principio está en un grado más concretado que el valor: *a diferencia de éste, el principio contiene la división entre supuesto y consecuencia jurídica, característica del enunciado jurídico*».

Concluye: «Un sistema de conceptos teleológicos de instituciones jurídicas y de valores superiores debería, en todo caso, parecer fuertemente a un sistema de principios, *el uno debería poder reformularse en gran medida, si no completamente, en el otro*».

Como remate de su concepción del sistema, expone Canaris, el *modo de operar de los principios generales del derecho en la formación del sistema*, y efectúa las siguientes proposiciones:

– *Los principios no rigen sin excepción y pueden entrar entre sí en contraposición y contradicción.*

– *Los principios no comportan la pretensión de exclusividad, y, en consecuencia, pueden ser formulados bajo el esquema: «sólo si... entonces...».*

– *Los principios «despliegan su verdadero contenido de sentido en un juego de recíproca complementación y limitación».*

– *«Para su realización, los principios necesitan la concreción mediante principios subordinados y valoraciones singulares con contenido material propio».*

Estas proposiciones de Canaris responden a la idea del «*gran parlamento de los principios*»²⁰.

En fin, para percatarnos de la concepción que tiene Canaris de sistema jurídico, debemos detenernos un momento más para examinar su consideración del *carácter abierto del sistema*²¹, en contra de la *concepción cerrada*, que mantiene el positivismo legalista, que, por ello, él rechaza.

Esa concepción suya la formula con las siguientes proposiciones que enuncia:

I. *«La apertura del “sistema científico” como carácter inconcluso del conocimiento científico.»*

²⁰ Cfr. *ibid.*, 83, p. 382, *in fine* s.

²¹ CANARIS, *op. cit.*, §4, pp. 85-97.

II. «El carácter abierto del “sistema objetivo” como mutualidad de las valoraciones fundamentales del sistema jurídico.»

III. «El significado abierto del sistema para la posibilidad del pensamiento sistemático y de la formación del sistema en la jurisprudencia.»

IV. «Los presupuestos de las transformaciones del sistema y la relación entre transformaciones del sistema objetivo y transformaciones del sistema científico.»

Todas las desarrolla, y explica ampliamente, aunque aquí basta su enunciación para completar nuestra visión de lo que él entiende por sistema jurídico.

3. PERSPECTIVA METÓDICAMENTE REALISTA DEL SISTEMA JURÍDICO

Con los datos examinados en los anteriores apartados, voy a contraponer lo que, con arreglo a mi perspectiva metodológica realista, entiendo por sistema:

a) Éste, en primer lugar, debe corresponder a la perspectiva del *realismo metódico*, que sigo. Por lo tanto, en esto nos situamos en contraposición con las concepciones idealistas que –conforme el giro ptoloméico o protagórico (no copernicano) de Kant– sitúan la idea del derecho como fundamento de éste y, por lo tanto –como hemos visto que hace Canaris–, la *idea del derecho* y los principios de ella dimanantes imponen una estructura unitaria y coherente al sistema. De tal modo –conforme al método de la *Wertungsjurisprudenz*–, la visión que tiene Canaris del sistema presenta una configuración idealista en sus principios y realista así en sus predeterminaciones como en sus concreciones objetivas.

En cambio, el realismo metódico, que sigo, parte de que el conocimiento de la naturaleza de las cosas –o sea de la *rerum natura*– es previo a la captación de los principios, que obtenemos por la facultad de nuestra razón teórica del *intellectus principiorum*, y por la facultad de nuestra razón práctica y hábito de la *synderesim*, de semejante modo como de ella captamos los universales, por abstracción integrativa, y los valores por abstracción por división o composición, y por sucesivas abstracciones de segundo y posterior grado, las ideas más generales²².

²² *Elaboración sistemática*, 19 b-c, pp. 85 s., 21 d, pp. 86-89 y f-s., pp. 90-93.

b) En segundo lugar entiendo que para aclarar las ideas deben diferenciarse: *sistema*, *sistemática* y *ordenamiento jurídico*, tal como dice Von Hippel y apoya Canaris, según hemos visto. Creo que el conocimiento del sistema comporta el de una sistemática con una ordenación expositiva mejor de lo jurídico, por los juristas, primero, y por el legislador, después, al traducir el sistema formulado por aquéllos en las normas del correspondiente ordenamiento jurídico.

He repetido, más de una vez, que me parece luminosa la comparación, efectuada por Juan Miquel²³, de la esfera interna del derecho romano, con una célula, recubierta por una membrana porosa, que la aísla del medio que le circunda pero sin impermeabilizarla; pues, a través de esa membrana, por ósmosis se produce un continuo intercambio de la célula con su esfera externa, en virtud del cual son captados los jugos nutricios de los saberes de la vida misma.

Siguiendo este símil, pude añadir que, ciertamente, la *divinarum atque humanarum rerum notitiae* se halla en el exterior de la célula jurídica, forma parte de su sistema externo, que la membrana la filtra y, ya filtrada, la capta la célula jurídica. Recogida esta noticia en ella, los jurisconsultos, en su sistema interno, elaboran la *iusti atque iniusti scientia*. Sólo ellos, no teólogos, filósofos, moralistas, políticos, economistas, sociólogos o científicos de cualquier otra clase, lo elaboran.

Como ha escrito Biondi²⁴, la definición de la jurisprudencia corresponde al concepto tradicional que tenían los romanos del quehacer de los iurisprudentes, «quienes, a diferencia de los filósofos griegos —que amaban apartarse del mundo para no ser perturbados en sus pensamientos—, viven en la realidad práctica, captan sus necesidades y, con gran prudencia, logran resolver los inevitables conflictos de intereses de una manera justa. Todo ello presupone el conocimiento pleno de la realidad, en su integridad y en la multiplicidad de sus relaciones». Es decir, la ciencia de los jurisprudentes «no está separada de la vida, sirve a la vida», aunque esté «aislada» como ciencia y sea «autónoma» de las otras ciencias y de la política; pues, el ámbito de conocimiento de la jurisprudencia «se extiende por todas las esferas de las relaciones humanas y divinas, en lo que puede interesar el derecho».

²³ Juan MIQUEL, *El aislamiento de los juristas romanos*, comunicación presentada al curso «La independencia de la función judicial», en el Curso de Verano 1991, de la Universidad Complutense en El Escorial.

²⁴ BIONDI BIONDI, *Objeto y método de la jurisprudencia romana* (1943), cfr. en «Arte y ciencia del derecho», Barcelona, Aries, 1953, pp. 38 ss.

El criterio para la elaboración sistemática que he seguido en mi tercera Metodología es: Primero, examinar la naturaleza de las cosas (*rerum natura*), incluyendo en ella la de los hombres, de su entramado social humano y la de cada cosa (*natura rei*)²⁵. Después, observar los elementos mediadores entre ese orden natural y lo que es derecho humano (principios, costumbres, leyes, jurisprudencia científica y judicial, pautas de valor, negocios jurídicos normativos)²⁶. Finalmente, concluyo con: el estudio de las relaciones de derecho, la captación de instituciones jurídicas y la formación del sistema²⁷. Son estas tres últimas funciones las que los juristas realizamos en nuestro propio *habitat*, como las abejas elaboran con su cera sus panales y, en éstos, su miel.

En el primer volumen de mi en la tercera *Metodología*²⁸ hemos visto que, si bien los viejos autores del *ius civile* daban un cierto orden externo a los diversos materiales expuestos casuísticamente por ellos; y, aunque mostraron escaso interés en sistematizarlo, no obstante en su orden expositivo agrupaban cuestiones cercanas y utilizaban similitudes y diferencias para obtener, con su observación, nuevas respuestas particulares y finalmente para elaborar reglas, cuya ubicación supeditaban siempre a la justicia del resultado –volveremos a ello–; y que, hasta Gayo, no se acometió una clasificación global de los *genera*, pero sin rebasar la tarea de un «maestro elemental de derecho».

Tiene razón Cuenca²⁹ al decir que en los juristas latinos, además de un cierto orden expositivo de la materia –orden que no podemos calificar de sistema interno–, no pensaron en él en el sentido en que la ciencia moderna emplea esta palabra, sino en un «significado elemental» de «nivel mínimo de coherencia racional que distingue al derecho del puro arbitrio». Esto «tiene, por lo menos, la ventaja de que permite suponer la existencia del sistema aunque no se tenga adecuada conciencia de él, y, a la vez, en nuestro caso, [permite] sostener que tal sistema no es incompatible con la orientación casuística de la jurisprudencia y de buena parte de la legislación imperial del principado».

Insiste en que «claramente se constata» que, bajo «los puntos de vista modernos sobre el sistema jurídico», esas pretendidas sistematizaciones «son en unos casos insuficientes y en otros básica-

²⁵ *Elaboración sistemática*, vol. I, 40-63, pp. 175-296.

²⁶ *Ibid.*, 72-106, pp. 331-548.

²⁷ *Ibid.*, 107-123, pp. 551-667, y vol. II a todo lo largo del mismo.

²⁸ *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 4, p. 34.

²⁹ F. CUENCA, *op. cit.* 8, pp. 61-70. Los textos que se citan se hallan en las pp. 64, 65, 67 y 68.

mente inadecuados»; ya que «en la experiencia jurídica romana falta una elaboración consciente y formal de algo parecido a una teoría jurídica del sistema que pudiera ofrecer la exacta y específica medida de aquella misma aptitud y vocación sistemática que las concepciones modernas malamente lograron calibrar; todo lo que hay es una “teoría de la ciencia” con una, al parecer, decidida orientación ordenadora, pero en todo caso externa al mundo de la jurisprudencia y el derecho, y una dispersa utilización por los juristas de algunas técnicas de análisis y clasificación importadas de la filosofía y la retórica, aunque no siempre necesariamente en función sistematizadora del material jurídico existente en conjunto».

A su juicio: «La inadecuación, cuando menos relativa, de los conceptos modernos de sistema y la falta de un claro ideal científico y sistemático interno, a la experiencia jurídica romana, son, a grandes rasgos, los dos polos entre los cuales debe moverse un discurso realista sobre el sistema en el derecho romano. Pero, incluso dentro de estos límites, el campo es todavía demasiado extenso y los problemas demasiado complicados como para que valga despacharse, como tantas veces se hace, con manifestaciones superficiales o imprecisas sobre la naturaleza sistemática o asistemática del derecho romano. Una imprecisión que nace, en primer término, de la cómoda ambigüedad en que se deja el concepto de sistema desde el cual se lanza el juicio en otra dirección».

Rechaza la opinión de Giaro, acerca de que los juristas romanos encuentran sus soluciones en el manejo del *ius* y hasta un cierto grado intentan reducirlas a un sistema ordenado y no obstante abierto; y comenta: «En ningún momento se nos dice en qué consiste ese sistema ordenado y no obstante abierto (¿o es sistema abierto y sin embargo ordenado?); tampoco se concreta el “cierto grado” hasta el que los juristas persiguieron su realización».

Después de este rodeo, de la mano de Cuenca, por el derecho romano, volvemos a la distinción y sucesiva elaboración del sistema, la sistemática y el ordenamiento jurídico positivo, reteniendo la expuesta reflexión que nos ha suscitado la imagen, con la que hemos enfocado esta segunda consideración, de la célula jurídica con su membrana porosa, en la que se efectúa la elaboración interna del derecho. La labor de los juristas comienza recogiendo a través de esa membrana el conocimiento de la naturaleza de las cosas (la *divinarum et humanarum rerum nototiae*), comprendiendo en ella la naturaleza de los hombres, del entramado social humano y el de cada cosa (*natura rei*).

Los juristas, al elaborarlo en su práctica, guían al pueblo para la formación de sus costumbres, al poder político en la formulación

de las leyes; captan los principios generales del derecho y configuran los principios tradicionales de cada país y los específicos de cada rama del derecho –bastante distintos a veces los de cada una, como sucede, por ejemplo, entre los de derecho civil y los de derecho mercantil³⁰, o entre los de derecho procesal penal y los de derecho procesal civil, los de derecho constitucional y los de derecho internacional– y las pautas de valor; elaboran la jurisprudencia científica y la judicial. Todo esto se realiza preparando a la par el instrumental necesario para el ejercicio de su *ars boni et aequi*. Este *ars* lo desarrollan los juristas ya dentro de la célula jurídica, como las abejas sus panales, observando las relaciones humanas en la *polis* y las de los *cives* entre sí, las existentes entre los hombres en sus instituciones, ponderando su justa configuración y sus *similitudinem* y *diferentiam*.

La ciencia expositiva y explicativa del derecho, a medida que avanza la expresada *praxis*, comienza a volver los ojos sobre esa obra, la contempla, como en un espejo, a medida que se va realizando como *iusti atque iniusti scientia*; y trata de exponerla y explicarla en *digesta* y en *instituta*, que siguen un orden sistemático, más o menos perfeccionado, como resultado y expresión del sistema que han ido elaborando varias generaciones de juristas. Las sistematizaciones efectuadas por los jurisconsultos romanos, en sus respectivos *digesta* e *instituta*, les recogerían los compiladores bizantinos en su *Digestum* y sus *Instituta*.

Luego de promulgado el *Corpus iuris romanorum*, como ordenamiento jurídico positivo, éste ofrecería a su vez un modelo incipiente de sistemática, en torno del cual los juristas podían ir perfeccionando su perspectiva del sistema real y explicar mejor uno y otro. Así, después de reencontrados esos libros en Bolonia, lo harían con sus respectivos métodos, los glosadores, los comentaristas y los conciliadores. De ese mismo modo habría sucedido más incipientemente en el derecho arcaico, donde los *mores maiorum* y su elaboración por los pontífices en su *Colegium* debió facilitar un modelo a los centúmbiros para elaborar las XII Tablas como *fons omnia publicum et privatum iure*; los prudentes en sus respuestas, después, tomarían éstas como faro esclarecedor para seguir elaborando el *ius civile*; y la labor de éstos, en su *agere*, serviría de modelo al *Aedictum praetorium*, el cual, a su vez, serviría después de pauta sistemática a los juristas posteriores en sus comentaristas *Ad Aedictum*.

³⁰ Cfr. Luis FIGA FAURA, *El ordenamiento jurídico mercantil*, R.G.L. y J. 252, 1982, I, pp. 52 ss. *Los civilistas y la evolución histórica del derecho mercantil*, A.D.C. XXXVIII-II, 1984, pp. 369-378.

En suma, se produce una corriente circulatoria entre el sistema real que constituyen las instituciones elaboradas en la práctica, su sistematización, más o menos perfecta por la labor expositiva y explicativa del mismo y la configuración de los ordenamientos jurídicos y éstos, a su vez, influyentes en la práctica. Ese periplo se repite.

c) En tercer lugar, ahora realizo una tarea metódica de elaborar, desde esta perspectiva, una *ciencia expositiva y explicativa del derecho*, a la que corresponde observar los sistemas, más o menos elaborados y siempre en trance de elaboración por la práctica, para, después, tratar de reflejarlos ordenadamente, contemplando panorámicamente las sucesivas realizaciones de la práctica, y procura en lo posible afinarlas y completarlas.

Naturalmente esta manera de observar el fruto de la labor del arte jurídico —que hemos referido al finalizar la consideración segunda— como un destilado de la naturaleza de las cosas —incluyendo en ella a los hombres y a sus entramados sociales que los agrupan—, identificando cada cosa por su correspondiente «universal», agrupadas en géneros y especies, según su naturaleza, con atención a sus cualidades y sus valores abstraídos por división o composición, y elevándose a las ideas abstractas, obtenidas por sucesivos grados de abstracción, hasta alcanzar cierto conocimiento de lo que se entiende por bien y por mal, por justicia e injusticia, por equidad e inequidad.

El teórico o científico debe comprender, exponer y explicar todo esto, respetando en lo posible su orden natural, pero tratando de hacerlo más claramente visible y más fácilmente comprensible.

En ese deseo ordenador se observan y agrupan varios entramados constituidos: por relaciones de derecho; por instituciones jurídicas de diversas clases; por principios, reglas, y normas. Del conjunto de cada uno de estos entramados *puede trazarse un cuadro* y darle el nombre de *sistema*. Savigny concibió un sistema de instituciones, extraídas de la realidad orgánica, que cada pueblo elabora, aunque luego lo relacionó, por el trámite de su conceptualización, con las normas correspondientes. Cerrándose en esta sola labor conceptual, Puchta trató de construir una pirámide de conceptos³¹, y, cerrándose en la normación positiva, Kelsen construyó la suya de normas³².

Canaris —como hemos visto— opta por la elaboración de un sistema de principios, que formen un orden axiológico o teleológico³³.

³¹ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 94, pp. 558-561.

³² *Ibid.*, 145 b, pp. 865 s.

³³ *Supra*, 2, II.

Por mi parte sigo con el criterio de optar por el sistema de instituciones, como cosas jurídicas elaboradas en la práctica jurídica, teniendo en cuenta que esas cosas jurídicas tienen ínsitos sus valores y, en cuanto son «jurídicas», contienen un espíritu de justicia que las dota de su adecuada forma justa.

4. ASPECTO ESTRUCTURAL Y ASPECTO FUNCIONAL DEL SISTEMA JURÍDICO. PERSPECTIVA GENERAL Y PERSPECTIVA PARTICULAR O PECULIAR DE AQUÉL

A) Los significados estructural y funcional o dinámico de la palabra sistema –que hemos podido observar al principio– no expresan dos sistemas distintos, sino dos aspectos o perspectivas del mismo sistema jurídico de instituciones. Desde el primer aspecto se observa la disposición estructural de las instituciones; y, desde el segundo, su funcionamiento, es decir, la dinámica funcional del organismo del derecho.

Es algo que Jhering supo ver claramente cuando escribió: «Todo organismo puede ser considerado desde un doble punto de vista: anatómico y fisiológico. El primero tiene por objeto los elementos de este organismo y su acción recíproca, o sea su estructura; el segundo sus funciones»³⁴.

Se refieren al sistema en el aspecto estructural, anatómico, los textos de Savigny y de Jhering que cito en este capítulo y citaré en el siguiente. El segundo de estos autores³⁵ advierte también que el sistema tiene el otro sentido funcional o dinámico, que deberemos examinar más adelante.

B) Tanto Savigny como Jhering consideran el sistema referido a cada pueblo individualizadamente. Aunque Savigny³⁶ reconoce que en la naturaleza orgánica del derecho y en el contenido del derecho popular se hallan dos elementos: uno individual y otro

³⁴ JHERING *op. y loc. ult. cit.*, pp. 38 s.

³⁵ En la segunda edición de su obra, JHERING añade en su nota 7, pág. 39: «Después de publicada la primera edición de esta obra he encontrado un pasaje de Bentham que considera al derecho de una manera análoga. Este paisaje se halla en el *Traité de législation* de Jeremias BENTHAM, edición de Dumont, Paris 1802: “No es en los libros de donde –dice– he encontrado los medios de invención y los modelos de método. Se encuentran más bien en las obras de metafísica, de física, de historia natural, de medicina. Quédé sorprendido leyendo en algunos tratados modernos de esta ciencia las clasificaciones de los males y de los remedios. ¿No se podría aceptar el mismo orden en la legislación? El cuerpo político, ¿no podría tener su *anatomía*, su *fisiología* y su *materia médica*? Lo que he hallado en los TRIBONIANO, los CONCEJII, los BLACKSTONE, los VATTEL, los POTHIER, los DOMAT es bien poca cosa; HELVETIUS, LIUNEO, BERGMANN, CALLEN, me han sido mucho más útiles”».

³⁶ SAVIGNY, *Sistema*, § XV, vol. I, pp. 91 ss.

general, fundado éste «en la naturaleza común de la humanidad. Ambos elementos son reconocidos científicamente por la historia y la filosofía del derecho. Entre los autores que se han ocupado de profundizar la naturaleza del derecho, muchos lo han considerado como una idea absoluta sin cuidarse de las formas que reviste en su aplicación real de la influencia de dichas formas. Entre quienes han tomado la realidad del derecho como objeto de sus trabajos si reconocen uno sólo de estos elementos son conducidos a puntos de vista exclusivos e incompletos. Así, los unos miran el contenido del derecho como cosa indiferente y accidental, y se contentan con hacer constar los hechos; los otros establecen por cima del derecho positivo un derecho absoluto y general que todos los pueblos podrían adoptar, sustituyéndolo al suyo propio. Éstos reducen el derecho a una abstracción sin vida, aquéllos desconocen la dignidad de su vocación».

Estas dos posiciones extremas, observadas por Savigny, corresponden la primera a un empirismo romo y la segunda a la posición de la escuela idealista y racionalista del derecho natural y de gentes, frente a la cual alzaba su bandera la escuela histórica del derecho.

Savigny continúa proponiendo: «Este doble escollo se evita asignando al derecho un fin general, que cada pueblo está llamado a realizar históricamente. Si los debates animados a que ha dado motivo esta discusión han puesto en claro la verdad, ha solido acontecer también que se ha sacrificado uno de los elementos en el calor de la polémica. No puede negarse que un estudio dirigido en apariencia a los detalles, puede poner de manifiesto el conjunto y el sentido más elevado de las instituciones del derecho, de la misma suerte que una investigación general puede estar animada por el estudio de la vida histórica de los pueblos. Si, dejando a un lado el espíritu de partido, cosa vana y perecedera, examinamos la marcha científica de nuestro tiempo, reconoceremos con satisfacción que las opiniones contrarias tienden a aproximarse, y que estamos realmente en el camino del progreso.

»El fin general del derecho se desprende de la ley moral del hombre bajo el punto de vista cristiano. El Cristianismo no existe solamente como regla de nuestras acciones, sino que ha modificado la humanidad y se encuentra en el fondo de nuestras ideas, aun de aquéllas que parecen serle más extrañas y hostiles. Reconocer este fin general del derecho, no es sacarlo de su centro, ni despojarlo de su independencia, pues el derecho es un elemento particular que concurre al fin común, y referirlo a la universalidad de las cosas, es solamente considerarlo bajo el punto de vista más elevado».

En éste último párrafo del *Sistema* se apoyaron los autores de la segunda generación de la escuela jurídica catalana del siglo XIX (especialmente Reynals y Rabassa, Durán y Bas, Pou y Ordinas), para sostener que la escuela histórica del derecho era iusnaturalista. Opinión en contra de la cual se alzaron Planas y Espalter y, ya a inicios del siglo XX, Pla y Deniel. Me he ocupado detenidamente de esta polémica y de las concesiones de Durán y Bas a los impugnadores de su tesis inicial, concluyendo por distinguir la posición genuina de Savigny y la posterior de su escuela histórica del derecho³⁷.

Creo que de una lectura completa del *Sistema* de Savigny, resulta:

– De una parte, que, aun cuando entiende que el elemento general inspira todo el sistema de derecho y debe hallarse siempre presente en él, tal como muestra en las líneas siguientes, donde dice que el *ius strictum*: «tiene la facultad de engrandecerse adoptando principios generales conformes a su naturaleza» y tiene, como manifestaciones inmediatas, «lo que los autores modernos llaman la naturaleza de las cosas (*aequitas* o *naturalis ratio*)».

– Sin embargo, de otra parte, vemos que, a su juicio, el elemento particular subsume al elemento general de modo tal que lo deja en un plano metajurídico, que resulta inoperante si el pueblo o el legislador no lo asumen.

Como ya he escrito, la escuela histórica alemana, que nació como un antídoto contra el racionalismo iluminista, no sólo no superó el inmanentismo de éste, sino que lo sustituyó por otro inmanentismo, el del espíritu del pueblo. Éste –como decía el mismo Savigny– se personifica en el Estado, que «le da la capacidad de obrar»³⁸ «siendo la primera misión del Estado, la más indispensable»: «traducir el derecho en caracteres visibles y asegurar su autoridad»³⁹. Al finalizar el § xv, concluye Savigny «la autoridad legislativa presta el más eficaz auxilio a la acción insensible del espíritu del pueblo» y considera que «es indispensable que el legislador se inspire en la libertad verdadera, que es precisamente lo que falta a los que tienen siempre en los labios la palabra libertad»⁴⁰.

La tensión mostrada en el pensamiento de Savigny, desembocaría con Winscheid, en un positivismo científico conceptualista y

³⁷ *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, II, parte 10 y 13. R.J.C. 78, 1979, pp. 787-784 y 803-807, en síntesis, en *Metodología de las leyes*, 54, pp. 126 ss. Y, más brevemente, en *Metodología de la determinación del derecho*, I, *Perspectiva histórica*, 238, e, pp. 825 s.

³⁸ SAVIGNY, *Sistema*, IX, p. 74.

³⁹ *Ibid.*, p. 76.

⁴⁰ *Ibid.*, XV, p. 93.

legalista, en el cual el elemento particular subsumiría totalmente al elemento general en un sistema de normas legales conceptualizadas. Este final es decantación natural de la interpolación del sistema de normas en el sistema de instituciones, que Savigny efectuó en su primera aproximación, incurriendo en unas aporías que vamos a observar seguidamente.

Diferenciados el aspecto estructural y el aspecto funcional o dinámico de todo sistema jurídico, procede examinarlos por separado.

II. EL SISTEMA ESTRUCTURALMENTE CONSIDERADO

5. CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DE LO QUE ES SISTEMA JURÍDICO

Parece que fue Savigny quien primero explicó —en el texto antes referido⁴¹, al que volveremos después— lo que se entiende por sistema jurídico, enfocándolo como una construcción teórica sistemática, explicativa de la realidad estructural, formada por las instituciones jurídicas vividas.

Sin embargo, los romanistas modernos han considerado que cabe decir, en ese mismo significado dado por Savigny, que ya en el periodo clásico del derecho romano se elaboraron sistemas. Así Wieacker, en su discurso de investidura de doctor *honoris causa* por la Universidad de Barcelona⁴², habla de los «sistemas» de Quinto Mucio Scaevola, de Servio y de Sabino que dice se hallaban basados en «conexiones objetivas», aunque estuvieran vinculados al programa de las XII Tablas. Y, añade⁴³, que es notorio el empeño que, como tarde desde Quinto Mucio, hubo de aprovechar las enseñanzas de la filosofía y teoría de la ciencia griega, expuestas por Panecio en el llamado círculo de los Escipiones, como se observa en la clasificación de los *genera* de Mucio, de Servio y de todos los que les siguieron, dándoles una ubicación aunque quedasen como islas en el mar de la jurisprudencia⁴⁴.

⁴¹ *Supra* 1, texto correspondiente a la nota 5.

⁴² FRANZ WIEACKER, *Fundamentación de la formulación del sistema de jurisprudencia romana*, Universidad de Barcelona, 1991, III, 2, pp. 25 ss.

⁴³ *Ibid.*, 3, pp. 27 s.

⁴⁴ FRANCISCO CUENA, *op. cit.* 9, p. 70, advierte que el CICERÓN retórico y no jurista, se ocupó del método jurídico y trató de trazar lo que hoy denominamos su sistema, en el diálogo *De oratore*, en *Brutus* y en su *Tópica* y, especialmente, sin duda, en el desaparecido *De iure civile in artem redigendo*. CICERÓN era cronológicamente posterior a Q. Mucio SCAEVOLA y contemporáneo de SERVIO. En *De oratore* trató de la formación de los oradores, a quienes la *cognitio iuris* era del todo necesaria para su actuación forense, haciendo

Kaser⁴⁵ habla de que Quinto Mucio siguió un «orden expositivo» reuniendo «materias que estaban cercanas», con «un estilo de pensar que opera por asociación», en el que «en el mejor de los casos comienza a gestarse la construcción sistemática»; y dice que ese *ordo iuris* «proporcionaba a las instituciones jurídicas y a las decisiones particulares un valor de ubicación fijo y fomentaba, al propio tiempo, su consistencia material».

En su examen de los progresos de la sistematización en la jurisprudencia republicana, considera Cuenca⁴⁶ que los juristas romanos «pronto empezaron a servirse de utillaje metodológico que era patrimonio común de las escuelas filosóficas de la antigüedad»; pero advierte de que «ello no quiere decir que puedan ser considerados como juristas sistemáticos, ni en ninguno de los sentidos modernos [...] ni tampoco en el sentido [...] que Cicerón quiso imprimir a su, seguramente frustrado, *Ius civile in artem redactum*. Las técnicas de la definición y de la clasificación no eran desconocidas para ellos, de esto no cabe ninguna duda, pero las utilizaron más veces como forma de argumentación para resolver casos concretos y otras con fines constructivos o sistematizadores que, en cualquier caso, no alcanzaron (ni tampoco se lo propusieron) a la globalidad del *ius*. Su manejo, por lo tanto, no les condujo al abandono del método casuístico que constituye una de las constantes y uno de los méritos del derecho jurisprudencial romano».

A modo de conclusión, termina Cuenca: «De cualquier modo no puede decirse que los juristas [romanos clásicos] fracasaran en algo que, en realidad, no llegaron a emprender. Esto es lo que importa y, frente a ello, es irrelevante la comparación con los defectos que no ha podido evitar siquiera alguno de los más conspicuos intentos de sistematización emprendidos en la historia del derecho privado moderno. Lo único que prueban estos defectos no es, por comparación con ellos, la excelencia sistematizadora de la literatura jurídica romana sino la intrínseca limitación de todo propósito y todo méto-

frente al desorden, que criticaba, de la jurisprudencia. En *Brutus* alaba a su amigo SERVIO, frente a otros juriconsultos, y propone el empleo en el derecho de un método dialéctico, más fácilmente accesible a los oradores en el plano de su actividad práctica y forense respondente. No obstante, cree CUENCA que SERVIO «realizó el ideal ciceroniano del *ars iuris* en la misma escasa medida que Q. Mucio». En su *Tópica* —que CICERÓN dedicó, como es sabido, a su amigo el jurista Cayo TREBACIO TESTA—, trata de mostrar que los procedimientos sistemáticos, «considerados como piedra de toque de la construcción de la ciencia antigua, eran sin embargo susceptibles de un “uso tópico” desconectado en principio de todo interés genuinamente sistemático». Trátase, «en tal supuesto, tan sólo de *loci argumentorum* precedentes del campo de la retórica cuya utilidad quiere mostrar CICERÓN a los juristas».

⁴⁵ Max KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, Publicaciones del Seminario de la Facultad de Derecho, 1964, IV, 1, pp. 41 s.

⁴⁶ CUENCA, *op. cit.* 10, pp. 86-101.

do sistematizador. Los fallos que se descubren en el sistema de las *Instituciones* de Gayo [...], no hacen sino confirmar esa idea».

La clasificación global de los *genera* a efectos didácticos y de modo «auténticamente sistemático» –vuelvo a Wieacker– no se acometió hasta las *Instituciones* de Gayo. Dice Kaser⁴⁷ que esta obra es la representación más genuina de las corrientes didácticas y muestra «un verdadero sistema que, estando planificado desde el vértice, arranca de una clasificación tan fructífera dogmáticamente como es la de *personae* y *res*, si bien ésta pudo proceder de la gramática. Luego desarrolla subsecciones en una construcción, que, si bien no está libre de defectos ni es consecuente por doquier, representa una estructura dominada por puntos de vista jurídicos», tendente «de modo más decidido a enfocar dialécticamente la materia jurídica», y orientado «a que se puedan enseñar y aprender metódicamente». Cierto es que, con ello –advierte–, no rebasó «la misión de un maestro elemental de derecho», de modo que, «para él, el sistema viene a ser una estructura postiza, que sólo tiende a lograr una construcción didácticamente eficaz, pero que no sirve de fundamento para una investigación dogmática acabada. La materia que él expone sigue siendo casuística, aunque hábilmente agrupada y reelaborada».

Es de observar que cada sistema jurídico estructural suele abarcar solamente el derecho de un solo país; pero cabe perfectamente enfocar de un modo general el árbol del derecho, ramificándolo en sus diversas individualizaciones de los distintos derechos peculiares de cada uno de los países y clasificándolo según los diversos troncos a los que correspondan.

Asimismo, puede enfocarse el sistema jurídico estructurándolo en la generalidad de sus diversas partes integrantes desde el derecho divino, el natural, el canónico, el político y el civil, con sus diversas ramificaciones. Como es sabido⁴⁸, Jean Domat trata de abarcarlo así en el conjunto de sus tratados *Des lois*, *Des lois civiles dans son ordre naturel* y *Du droit publique*. En un cuadro sinóptico he mostrado de qué modo, en dichos tres *Traités*, recoge tres géneros muy generales de leyes –en el sentido lato de la palabra ley–, las: de la religión, del orden temporal y de materias comunes a las leyes de la religión y del orden temporal, con todas sus ramificaciones.

⁴⁷ KASER, *op. y loc. ult. cits.*, pp. 43 ss.

⁴⁸ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 48, pp. 270-275, y el cuadro sinóptico que ocupa las páginas 274 y 275.

Contrariamente, suele enfocarse el sistema refiriéndolo únicamente a uno de los troncos del derecho, especialmente el del derecho civil, e incluso a alguna de sus ramas. Así Ramón María Roca Sastre⁴⁹ ha enfocado los distintos sistemas considerando en ellos, sin duda de manera bastante simplificada y esquematizada⁵⁰, los que él denomina sistemas de la *successio in ius* y de la *adquisitio per universitatem*, con sus principios respectivos, planteando críticamente cuál de estos sistemas es el adaptado por el Código civil.

No puede negarse que existe una interdependencia entre el sistema de instituciones elaborado sistemáticamente por la doctrina y las ordenaciones legislativas. Así –como dice Wieacker⁵¹– los sistemas surgidos a partir de las Doce Tablas –el del *ius civile* y el del *Aedictum*⁵²– «siguieron siendo, hasta la ordenación legislativa de Justiniano, el principio expositivo dominante. Mucho después del desvanecimiento de la raíz romano-arcaica de los *veteres*, y posteriormente –tras el desfallecimiento de la tradición pretoria–, la posición preeminente de los comentarios tardo-clásicos *ad Sabinum* y *ad Aedictum*, en el plan de estudios romano-oriental –y, por ende, en el *Digesto* justiniano como ordenación legislativa–, siguieron determinando la entera tradición europea hasta pasada el alba del humanismo».

A la llegada de éste, los autores que lo siguen adoptan la sistemática de Gayo. Ésta –nota De Castro⁵³– fue alterada en el *Sistema iuris universi* de Pedro Gregorio de Tolosa, que a personas y cosas añadió acciones. No obstante, no todos los autores de los siglos XVI y XVII siguieron esta orientación⁵⁴. El jesuita Luis de Molina adopta un sistema expositivo muy original, en su *De iustitia et iure*, que ordena en torno a las distintas formas de justicia⁵⁵. Acabamos de ver que Jean Domat, en sus tres principales *Traitéts*, sistematiza las leyes –en el sentido lato que emplea esta palabra– en leyes de la religión, del orden temporal y de las materias comunes a unas y otras; las de orden temporal las subdivide en de derecho de gentes,

⁴⁹ Ramón M.^a ROCA SASTRE, *Crítica institucional del derecho civil*, R.C.D.I., XVI, 1940, pp. 497-515.

⁵⁰ Creo que la perspectiva sistemática del derecho de sucesiones es mucho más compleja, formando un árbol con varios grandes troncos, cada uno con diversas ramificaciones. Cfr. mi *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, 1-22, pp. 19-55; y, concretado a los sistemas legitimarios, mi tratado *Las legítimas*, vol. I, cap. II, pp. 57-78.

⁵¹ WIEACKER, *loc. cit.*, 1, pp. 26 ss.

⁵² Cfr. lo que dice F. CUENA, *op. cit.*, 12, pp. 123-127, del desorden y la escasa sistematicidad del Edicto pretorio por ser producto de acarreo sucesivos.

⁵³ F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, Parte general*, vol. I, 3.^a ed. Madrid, I.E.P., 1955, cap. III, I, 3, p. 144 y nota 6 de la misma.

⁵⁴ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 46-47, pp. 260-275.

⁵⁵ *Ibid.*, 46, pp. 263 ss.

de derecho privado y de derecho público, y las de derecho privado en materias generales, obligaciones y sucesiones⁵⁶. Y Pothier⁵⁷, en sus *Pandectas*, siguió el sistema de éstas; pero, al ordenar el último título, lo sistematizó, perfeccionando el sistema de Gayo al dividirlo en cinco partes: 1.^a, ciertas nociones respecto de la ley y de su interpretación, 2.^a, las personas, 3.^a, las cosas, 4.^a, las acciones y los juicios en su orden, y 5.^a, derecho público.

Tras de las sistematizaciones de Domat y Pothier, el *Códe civil des français* divide el material codificado en un título preliminar y tres libros: 1.º De las personas; 2.º De los bienes y de las diversas modificaciones de la propiedad, y 3.º De los diferentes modos como se adquiere la propiedad. Plan al que introdujo variaciones el *Código civil* español: I. Las personas; II. De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones; III. De los diversos modos de adquirir la propiedad; IV. De las obligaciones y contratos.

Pero, todos los sistemas antiguos, y los planes del *Códe civil*, fueron modificados en el sistema de Savigny, que ordenó el derecho civil en: parte general, derecho de obligaciones, derechos reales, derecho de familia y derecho de sucesiones. Este sistema de Savigny se impuso en casi todos los tratados de derecho civil y en los planes de enseñanza de este derecho, salvando que el *Código civil* español, el primer *Codice civile* en Italia y la gran mayoría de los códigos continentales se aproximaron al de Francia.

6. ANÁLISIS DEL SISTEMA EN SU ESTRUCTURA

Recordemos, otra vez, que mientras De Castro y Bravo⁵⁸ considera el sistema jurídico como «construcción teórica instrumental del ordenamiento», en cambio Savigny, en su «primera aproximación»⁵⁹, observa que «un examen más detenido [de las instituciones] muestra que todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que solamente la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede darnos completa inteligencia». Esta inteligencia muestra que «cuando la relación de derecho se revela por la inteligencia de la vida real» es cuando se observan las instituciones en la armonía –según él explica en la frase anterior– del «vasto sistema» que forman. Pero, en la frase siguiente, también explica: «Cualquiera que sea la distancia que separe una

⁵⁶ *Ibid.*, 48, cuadro de las pp. 274-275.

⁵⁷ *Ibid.*, 42, b, pp. 227-230, y 48 b, p. 273.

⁵⁸ Federico DE CASTRO, *op. y vol. últ. cits.*, I, IV, p. 63.

⁵⁹ SAVIGNY, *Sistema*, § V, p. 67.

relación individual de derecho del sistema de derecho positivo de una nación, no existe entre ellos otra diferencia que la del propósito; el procedimiento en virtud del cual llega el espíritu a conocerlo es absolutamente el mismo».

Como vemos, aunque en su primera aproximación, observa Savigny el sistema como el combinado armónico de todas las instituciones de derecho, cree que el procedimiento en virtud del cual el espíritu llega a conocerlo es absolutamente el mismo por el que se conoce la realidad de las relaciones, de las instituciones y del vasto sistema que éstas forman.

La explicación de esto en el pensamiento de Savigny debe buscarse en la exposición que él realiza acerca de la interpretación de las fuentes consideradas en su conjunto: primero, enfocando las antinomias, después, las lagunas y la analogía.

Al exponer cuál debe ser el modo de resolver las antinomias, dice⁶⁰ que la reunión de las fuentes «constituye una vasta unidad destinada a regular todos los hechos que se verifican en el dominio del derecho», consideradas en su «doble carácter de unidad y de universalidad».

El procedimiento «para sistematizar en nuestro espíritu el conjunto total de las fuentes» –reitera– es un «procedimiento igual a aquél en cuya virtud reconstruimos separadamente las relaciones de derecho y las instituciones». Y, párrafos después, al tratar de las lagunas y la analogía, afirma⁶¹ que la base de toda la analogía «es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encañamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones de derecho [que –como el ha dicho– forma el sistema] que las dominan. Debemos, pues, partir siempre de un conjunto dado, con el fin de encontrar en su desenvolvimiento la solución de la dificultad. Algunas veces la materia dada es una ley particular, y entonces se dice que la decisión se saca *ex argumto legis*; pero ordinariamente debemos buscarla en las teorías de derecho formadas por vía de abstracción». Es decir –nótese bien–, conceptualmente.

Vuelve a percibirse ahí, el entrecruce en el pensamiento de Savigny de la influencia del racionalismo de Kant, que dominaban en su juvenil *Metodología* –en la cual concebía el derecho como un conjunto de reglas–, y el organismo, inherente al historicismo de Schelling, inspirador de su *Von Beruf*, donde el derecho es concebi-

⁶⁰ *Ibid.*, § XLII, pp. 215 ss.

⁶¹ *Ibid.*, § XLVI, pp. 232 s.

do como un *entramado orgánico de instituciones*. Alfred Dufour⁶² ha señalado magistralmente la contraposición de elementos racionales e irracionales que aparecen en la perspectiva de la escuela histórica del derecho alemana; para ello, pone en relación el elemento irracional de *totalidad orgánica* y el racional de *sistema*, observando que éste la conduce a una orientación metodológica sistemática y deductiva, aunque «en estrecha imbricación en la concepción general orgánica del derecho».

Como Enrique Zuleta Puceiro⁶³ advierte que, en la concepción que tuvo del sistema el fundador de la escuela histórica del derecho: «Lo histórico y lo sistemático se articulan en una situación de equilibrio inestable, que se romperá ya en la misma obra de Savigny a favor de lo sistemático».

Antonio Hernández Gil y Álvarez-Cienfuegos —que es, que yo sepa, quien con mayor profundidad ha penetrado en la concepción que Savigny tuvo del sistema— observa que éste, en el § XLII del *Sistema*, viene a diferenciar el *orden*, que muestra el aspecto *formal* del sistema, y lo *ordenado*, que es su contenido *material*⁶⁴.

Por otra parte, al observar que Savigny alude al sistema refiriéndolo a las normas, al conjunto de las instituciones existentes en la realidad orgánica y a los conceptos jurídicos (Savigny dice en el § XLVI «las teorías de derecho formadas por vía de abstracción»), observa⁶⁵ que es posible detectar como elementos del sistema: la presencia de normas, la de instituciones y de relaciones de derecho. Entonces, se trata de precisar «si ambos elementos lo son de un mismo sistema o si integran sistemas distintos, y, si en este caso hay alguna relación entre ambos sistemas, y, si efectivamente la hay, cuál es». También infiere, si un sistema de conceptos científicos va vinculado a una construcción del sistema como construcción teórica, en ese caso «los conceptos no se tratan como tales sino como seres reales».

Después de analizar la construcción que Savigny efectúa del sistema, como sistema de normas, de relaciones de derecho y/o de instituciones, de derechos subjetivos, de enunciados de su articulación, advierte, en fin⁶⁶, que «Savigny propugna un modelo orgáni-

⁶² Alfred DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire, II L'école historique du droit, Concepts clés*, I, II *Science du droit et méthodologie juridique*, Paris, P.U.F. 1991, pp. 190 s.

⁶³ E. ZULETA PUCEIRO, *Savigny y la teoría moderna de la interpretación*, V, in *fine*, A.R.A.J. y L., 9, 1981, p. 199.

⁶⁴ Antonio HERNÁNDEZ-GIL y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *La idea del sistema en Savigny*, 51, 5, A.R.A.J. y L., 9, pp. 185 ss.

⁶⁵ *Ibid.*, 6, pp. 187 s.

⁶⁶ *Ibid.*, 7, pp. 224-239.

co para la realidad jurídica y una tarea orgánica para la ciencia; pero, al mismo tiempo, se dice, sienta las bases de la jurisprudencia de conceptos, basada en el engarce lógico-deductivo de sus términos más que en nexo orgánico alguno»[...]«Existe, ciertamente, una apreciable divergencia entre la actitud de Savigny en el orden de los principios y sus manifestaciones singulares. Mientras formula una concepción organicista del derecho, trata del organismo –cree describirlo– disponiendo en su discurso mecánicamente los conceptos». Aunque, nota que esta alteridad no implica contradicción, «sino que se produce en niveles distintos: la interpretación y lo interpretado»[...]«Ambos tipos de nexos, el orgánico y el lógico son difíciles de aislar como dos tipos diversos de nexos».

Y concluye que en la exposición de Savigny hay «una pareja de conceptos que, no obstante hallarse formalmente subordinados a la idea del organismo, poseen entidad propia y explican, con mayor precisión, hasta donde es posible la sistematicidad del sistema, siquiera la sistematicidad del sistema de normas, la unidad y la universalidad».

Es interesante el contraste en que Antonio Hernández Gil⁶⁷ pone la noción de sistema según Savigny con la tesis de Sasure, referida al lenguaje, después de diferenciar la de aquél con la tesis kantiana.

Creo, por mi parte, que, además de esa duplicidad y con un peso decisivo en su desenlace, Savigny encierra la realidad orgánica en la historia de cada pueblo –es decir, tan sólo en su devenir histórico–, con lo cual su reduccionismo es más estrecho que el de Hegel –que si bien lo reduce al devenir, refiere éste al de la historia universal–, y, de ese modo, encierra el contenido de su sistema en sí mismo y hace inmanente su regeneración orgánica, de modo tal que no puede recibir nueva sabiduría de orden más general alguno que le trascienda –como la *rerum natura*–, ni luz de principios ético-naturales. Así, ante la necesidad de autogeneración, se pretenderá obtenerla con la dogmática conceptualista, que Puchta desarrolló.

En efecto, Puchta, en su *Cursus der Institutionem*, consideró –como ha destacado Alfred Dufour⁶⁸– que el derecho de cada pueblo «es una cosa racional (*es ist etwas Vernünftiges*). Y de ahí proviene el orden sistemático que forman sus reglas, que da lugar a

⁶⁷ Antonio HERNÁNDEZ GIL (senior), *Metodología de la ciencia del derecho*, vol. II, *Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia del derecho*, Madrid, Gráficas Ugina, 1971, cap. XII, 3, pp. 371-379, recogido con el título: «El estructuralismo de base lingüística y sus posibilidades en la ciencia jurídica», cap. VIII, 3, en *Obras completas*, vol. 6, pp. 299-303. De este interesante estudio me ocupé en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 93, pp. 556 in fine ss.

⁶⁸ Alfred DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, I *Rationnel et irrationnel dans l'Ecole historique du droit* II, pp. 188 in fine s.

que éstas se condicionen y presupongan mutuamente, y que de la existencia de una sea posible concluir otra [...]. Entonces, la tarea de la ciencia es reconocer las reglas jurídicas en su orden sistemático [...] para poder seguir la genealogía, incluso de las más aisladas, hasta su principio y redescender de los principios a sus últimas consecuencias».

Puchta de ese modo –advierte Dufour– «puso entonces en evidencia la misión creadora y productriz de la ciencia jurídica, que elevó al rango de fuente del derecho. De tal modo, él se erigió en el primer teórico de la *Begriffsjurisprudenz*».

Larenz⁶⁹ explica cuáles han sido la trascendencia y consecuencias del paso dado por Puchta, desde el sistema orgánico de Savigny hasta el suyo lógico conceptual: «La “unidad” del sistema radica en la insuprimible relación de todos sus miembros con un centro, que descansa en sí mismo, y, a la inversa, en la relación del centro con los miembros, cada uno determinado por su posición respecto a aquél, comparable, por ejemplo, con un círculo. En cambio, el sistema conceptual según las reglas de la lógica formal se asemeja, por así decir, a una pirámide. El concepto “supremo”, la cúspide de toda la pirámide, está a gran altura de la base; pero, justamente por ello –imaginemos la pirámide transparente–, le permite el más amplio panorama. Si se sube desde la base, se deja debajo de sí, en cada piso, un corte transversal. De corte en corte, la pirámide pierde anchura y gana altura. Cuanto mayor sea la anchura, es decir, la cantidad de materia, tanto menor es la altura, es decir, la posibilidad de panorama, y a la inversa. La anchura corresponde al contenido; la altura a la extensión (ámbito de aplicación) de un concepto “abstracto”. El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos, es decir, los de clases y subclases, al que, por tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios, eliminando cada vez lo especial».

Puchta pasó, pues, del organicismo del método histórico-sistemático de Savigny, a la jurisprudencia formal de conceptos. «Es cierto –continúa diciendo Larenz– que [Puchta] siguió a Savigny en la doctrina de la génesis del derecho y que, como él, se sirvió de un lenguaje que respondía al pensamiento “organológico” de Schelling y de los románticos. Pero de hecho, enseñó el método del pensamiento formal conceptual». Súbitamente «esta conexión “orgánica” de las *normas* jurídicas (no, como en Savigny, de los *institutos*

⁶⁹ LARENZ, *Metodología* I, cap. II, pp. 39 s.

jurídicos) se transforma en una conexión *lógica* de los *conceptos*, y esta conexión lógica es, además, considerada fuente de normas jurídicas no conocidas antes. Pues la misión de la ciencia del derecho es conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose unas a otras y procediendo unas de otras, a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta la altura de su principio y, asimismo, descender de los principios hasta sus últimos vástagos. En esta operación las normas jurídicas se hacen conscientes y se sacan a la luz del día las que, ocultas en el espíritu del derecho nacional, ni han aparecido en la convicción inmediata de los miembros del pueblo y en sus acciones, ni en los veredictos del legislador que, por tanto, sólo se hacen visibles como producto de una deducción científica. De ese modo la ciencia se añade como tercera fuente del derecho a las dos primeras; el derecho, que mediante ella surge, es derecho de la ciencia, por ser sacado a la luz mediante la actividad de los juristas. Derecho de juristas (*Cursus der Institutionem*, I, 36)».

El camino propugnado por Puchta para obtener un conocimiento de las normas jurídicas que antes no se tenía –sigue explicando Larenz⁷⁰– es el siguiente: «cada concepto superior permite determinados enunciados (por ejemplo, el concepto de derecho subjetivo, que es “un poder sobre un objeto”); ahora bien, al subsumir el concepto inferior bajo el superior valen para él “forzosamente” todos los enunciados que ya se hubiesen hecho del concepto superior (para el crédito, como una clase de derecho subjetivo, esto significa, por ejemplo, que es un “poder sobre un objeto”; por ello, que ha de tener un objeto que está sometido a la voluntad del acreedor y que puede, pues, verse o bien en la persona del deudor, o bien en la acción por él debida). La “genealogía de los conceptos” indica, por tanto, que el concepto supremo del que son derivados todos los demás, determina con su contenido todos los restantes. Pero, ¿de dónde proviene el contenido del concepto supremo? Este concepto tiene, por cierto, que tener un contenido si es que de él se han de obtener determinados enunciados; y este contenido no debe provenir de los conceptos de él derivados, de lo contrario todo sería un círculo vicioso. Para Puchta ese contenido proviene de la filosofía del derecho: de este modo consigue el firme punto de partida desde el cual puede edificar deductivamente todo el sistema y, con ello, derivar también nuevas normas jurídicas».

El *a priori* jurídico-filosófico del sistema de Puchta «es, más en concreto, el concepto de sujeto del derecho y el de derecho subjetivo».

⁷⁰ *Ibid.*, p. 42.

vo, como poder jurídico de una persona sobre otra». «Sólo después de que, en cierto modo, ha colgado la cúspide de la pirámide de conceptos en el firmamento de la ética, Puchta desciende desde allí al terreno del derecho positivo y hasta los últimos subconceptos jurídicos, con lo cual el contenido ético del concepto de que se parte se diluye, por naturaleza, constantemente, y palidece hasta la incognoscibilidad. Con ello, y este es el fallo decisivo de la jurisprudencia formal de conceptos, las normas jurídicas particulares –por ejemplo, la servidumbre o cualquier otro instituto jurídico– no se enjuician según su fin especial y según su función en la conexión de sentido del instituto jurídico respectivo o según una relación más amplia, sino sólo según el escalón en que han de clasificarse en la pirámide de conceptos».

Con esto, el positivismo de la dogmática positivista incide en el contrasentido de que «la edificación deductiva del sistema depende *de*, e incide *en*, el presupuesto de un concepto fundamental», que «en sí mismo no es, a su vez, derivado del derecho positivo, sino que es previamente dado por la ciencia del derecho. Sólo es derecho lo que permite subordinarse a ese concepto fundamental».

En segundo lugar –subraya Larenz–, que la influencia de la filosofía idealista en Puchta «se limita justamente a la determinación del contenido de sus conceptos fundamentales». Los demás conceptos se forman por el procedimiento lógico-deductivo, que «no proviene de la filosofía idealista, ni siquiera de la de Hegel»⁷¹, sino del racionalismo del siglo XVIII, especialmente del modo de pensar de Christian Wolff.

En ese mismo sentido, dice Wieacker⁷² que las Pandectas de Puchta son «uno de los más claros testimonios de lo que la Escuela histórica debe al método deductivo, tanto del derecho racionalista más reciente, como el de Christian Wolff, apenas atenuado por el empirismo y la observación. Sus resultados fueron logrados por la constante aplicación del método, llamado más tarde, por la crítica de la jurisprudencia de intereses, “método de inversión”», porque «de los conceptos infieren los principios doctrinales dogmáticos y las decisiones, y no la formación de conceptos de las leyes, de los principios doctrinales, de la tradición o de las decisiones...».

Si en su conceptualismo, Puchta forma una pirámide de conceptos que descendientemente predetermina el sistema, en cambio el primer Jhering para formarlo actúa por inducción y análisis⁷³. En

⁷¹ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 108, p. 634 in fine-636.

⁷² F. WIEACKER, *Historia*, 20, pp. 357 s.

⁷³ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 95, pp. 561-564.

este contexto entiende que «el sistema en materia de derecho, como en toda rama científica, no puede consistir en un orden artificialmente aplicado, sino que éste se deduce del fondo mismo del objeto»⁷⁴[...] «Quien dice sistema dice ordenación de la cosa misma». Sin embargo, las aporías y cuestiones suscitadas por la concepción de Savigny no son resueltas sino incrementadas por Jhering⁷⁵.

Según éste, se opera con el procedimiento sistemático, «por su medio, una transformación interna de las reglas de derecho. Éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se despojan de su forma de prohibiciones y mandatos para revestir las de cualidades y elementos de las instituciones jurídicas» [...]. «El hombre profano, habituado a representarse una regla legal bajo forma imperativa, no puede comprender cómo una parte del sistema jurídico puede despojarse enteramente de este aspecto, y menos aún que las definiciones, las divisiones, etc., en una palabra, la lógica dogmática, encierran una importancia práctica más intensa que las reglas usuales. Esta lógica del derecho es, en cierto modo, la flor y esencia, el precipitado de las reglas de derecho; una sola definición bien hecha puede comprender el contenido práctico de diez reglas anteriores».

Como he advertido antes⁷⁶, las instituciones y el sistema, que ellas constituyen, son el modelo en que debe inspirarse el legislador y la fundamental guía para que los intérpretes intelijan las normas legales para la realización práctica del derecho. Pero en cambio, a la inversa, ni las normas del derecho ni los conceptos deben determinar el ser real de las instituciones ni del sistema que éstas forman, que son un *prius* respecto de las normas y de los conceptos, y no deben configurarse sino observando la realidad jurídica viva, es decir, atendiendo a la adecuada, en cuanto justa conformación de las cosas y los hechos. Y, consecuentemente –como también hemos anticipado⁷⁷–, es improcedente interpolar un sistema o mejor dicho, hablando con propiedad, ordenamiento de normas legales, efectuando un recorrido de ida y vuelta desde la realidad orgánica a las instituciones y el sistema que éstas forman, sino que éstos deben captarse directamente de la realidad jurídica civil. Siendo, por tanto un *prius*, respecto de las normas y su ordenamiento, de una parte, y un medio privilegiado para intelgirlos.

Comprende perfectamente esto, en su concepción del derecho institucional, Ramón María Roca Sastre, quien –como hemos

⁷⁴ *Supra* 1, párrafo que contiene las notas 3 y 4.

⁷⁵ JHERING, *El espíritu del derecho romano*, Introducción § 4, 3, vol. I, pp. 50 ss.

⁷⁶ *Supra* 1, párrafo que lleva las notas 7, 8, 9 y 10.

⁷⁷ *Ibid.*, párrafo final.

visto ⁷⁸— acometió una crítica institucional del derecho civil, aunque circunscribiéndola al sistema sucesorio. De buen comienzo enuncia ⁷⁹: «Indudablemente, existe un derecho que podría denominarse institucional, estructural o de otra forma. Es el derecho que fija las bases fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye los tipos o fórmulas básicas con las cuales el derecho positivo se llena de contenido, eligiendo entre los varios modelos institucionales [expresión que en su pensamiento equivale, sin duda, a estructura institucional y a sistema] que le ofrece cada materia, el que más se adapta a las necesidades y convicciones de cada momento y de cada pueblo».

Afirma que este derecho institucional o estructural se halla «fuera del derecho natural» (de contenido fijo e inmutable)» [es decir, el de la escuela del derecho natural y de gentes], así como en su acepción stammleriana (de contenido variable). Pero, con todo, funciona en él cierto logicismo iusnaturalista, pues el estilo dominante en cada construcción jurídica impone, en sus consecuencias la rigidez de una verdadera lógica institucional. Y no se crea tampoco que al apartarse del derecho natural [de los indicados tipos] caiga bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico. No obstante, hay en el derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la historia y de la positividad del derecho».

Explicaría el propio Roca, diez años después ⁸⁰: «Bajo la idea de que el derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre las que el legislador o la costumbre elige las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo. El derecho histórico (o experiencia vertical) y el derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas, idóneas todas para dicha función protectora y que serán objeto de elección, según las particularidades de cada país, por parte del legislador (en sus diferentes órganos de manifestación), o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones

⁷⁸ *Supra*, 3, b, párrafos primero y último.

⁷⁹ R. M.^a ROCA SASTRE, *Crítica institucional del derecho civil*, R.C.D.I., XVI, p. 497.

⁸⁰ Ramón M.^a ROCA-SASTRE, Prólogo a la obra de PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, pp. 13 s.

jurisprudenciales o la doctrina de los juristas). En ocasiones, una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente, según las épocas, a distintos intereses».

En esta visión del derecho en la realidad fáctica, sus ojos de jurista se hallaban guiados por el *sentido de la justicia*. De ahí, su definición del derecho: «El derecho implica un condicionamiento de la conducta humana, dirigido a proteger intereses legítimos en pro de la coexistencia social. Su fin u objetivo será esta misión protectora de los intereses humanos, pero como su fin u objetivo remoto es la coexistencia social, no pueden ser tales intereses sino justos y legítimos. Solamente en este sentido de interés respaldados por la justicia puede entenderse aquel verso de Horacio: *utilitas iusti prope mater et aequi*»⁸¹.

En mi intervención en la sesión de la *Academia de Jurisprudencia y Legislació de Catalunya*, en conmemoración del centenario del nacimiento, el 1 de enero de 1899, de Ramón María Roca Sastre, desarrollé las seis características que considero más salientes del pensamiento de este maestro respecto del derecho, básicas, por lo tanto, de su concepción del sistema jurídico⁸²: a) El sentido de la justicia. b) Su realismo metódico, pues dice: «hay que ver las cosas con visión orgánica y compleja, ya que la vida jurídica es varia». c) Su sentido práctico prudencial, inseparable de un sentido ético y una capacidad de prever los resultados, con el fin de proteger los intereses humanos buenos, justos y socialmente útiles, así como las enseñanzas de la experiencia. d) Su atención a la tradición jurídica, considerada como una cosa viva y en íntima conexión con la evolución de la realidad social. e) Su seguimiento de la línea de la libertad civil y su atención a las costumbres. f) Y una gran facultad asimilativa de las concepciones jurídicas de su época.

7. ENCAJE ARMÓNICO DE LAS INSTITUCIONES EN CADA SISTEMA JURÍDICO

La estructura de todos los sistemas, como entramados orgánicos de instituciones jurídicas, tiene un fin general que es la realización de la justicia en todas sus formas –general y particular: distributiva, conmutativa y retributiva–, y unos fines particulares, atendiendo a

⁸¹ Para un análisis más amplio del derecho institucional como sistema de instituciones, cfr. *Metodología de las leyes*, 220, pp. 605-609.

⁸² *El que roman y el que cal reviuere del pensament de ROCA SASTRE*, R.J.C. XCIC, 2000, pp. 1043 in fine-1049.

las diversas circunstancias se forman al espíritu de cada pueblo. Éste, según Montesquieu –que empleó expresiones de origen inglés, *espíritu general* y *espíritu general de la nación*, correlativa a la empleada después por algunos de los denominados románticos alemanes, Hegel y la escuela histórica (nótese que Hegel emplearía en similar sentido *Volksgeist* y *Nationalgeist*)⁸³–, explica que el espíritu general lo forma «el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, las costumbres, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los hábitos»⁸⁴; y añade: «A medida que una de estas causas actúa con más fuerza las otras ceden otro tanto»⁸⁵.

Al sistema, como entramado orgánico de las instituciones jurídicas para la realización de los fines de cada pueblo, deben adecuarse las formas que tratan de traducirlo, es decir, lo que hoy denominamos ordenamiento jurídico positivo. También lo supo comprender Montesquieu, al decir⁸⁶ que las leyes deben «tener relación con la naturaleza física [*le physique*] del país; al clima helado, ardiente o templado, a la calidad de la tierra, a su situación, a su tamaño; al género de vida de los pueblos, labradores, cazadores o pastores; deben hallarse en relación con el grado de libertad que la constitución puede soportar; a la religión de sus habitantes; a sus inclinaciones, a su riqueza, a la densidad de su población, a su comercio, a sus costumbres, a sus hábitos sociales».

Por esa relación con la naturaleza física del país, Gregorio de Altube, contemplando la tierra Llana de Vizcaya –donde la ley escrita no encorseta los hábitos y las costumbres–, pudo enunciar: «*El paisaje como fuente del derecho*», poniéndolo por título a una conferencia, lamentablemente inédita, que pronunció en la Academia Matritense del Notariado, en la que explica *por qué y cómo* es así en esa tierra.

De ahí dimana la importancia que tiene el encaje armónico de las instituciones –cauce y límite– de unas y otras entre sí– en cada sistema, el cual tiene su adecuación al ser de cada pueblo, y, a él, el de las normas legales. Este encaje lo refiere Aizpun Santafé⁸⁷ al

⁸³ Cfr. FERRATER MORA, *Diccionario* cit. Voz «Espíritu del pueblo», pp. 1014 s. Y, en cuanto a su origen inglés en LORD BOLINGBROKE, cfr. Joseph DEDIEU, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France*, Paris 1909, reimpreso en Ginebra, Slatkine Reprints, 1971, cap. IX-II, p. 272. Lo recojo, añadiendo otras citas, en *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, VI, 4, pp. 203 ss.

⁸⁴ MONTESQUIEU, E. L. XIX, IV, 1.

⁸⁵ *Ibid.*, 2.

⁸⁶ *Ibid.*, I, III, 14, inciso 1.

⁸⁷ Rafael AIZPUN SANTAFÉ, «Ideas generales de las instituciones forales», en *Curso de derecho foral navarro*, I, Pamplona, Gráficas Iruña, 1918, p. 16.

derecho navarro, al mostrar que cumple su misión «siempre de acuerdo con sus finalidades básicas». En ese encaje, las instituciones adecuan su función de regular acertadamente la vida social, jurídica y económica, de acuerdo con la geografía, costumbres, formación cultural e ideas dominantes. Esa diversidad de encajes y funciones, a veces presenta algunas variaciones entre unos y otros de esos sistemas en los que el paisaje es fuente del derecho, e incluso donde rige el mismo derecho, ofrece ciertas peculiaridades diferenciadoras de una a otra comarca o población.

Voy a poner como ejemplos del encaje de esas diversidades, observables en los sistemas especiales o forales de derecho civil de los pueblos hispánicos que, secularmente, con un régimen de libertad civil, han tratado de conservar las explotaciones rurales en la misma familia.

Pero que también sirve para mantener la unidad de explotación de pequeñas y medianas industrias, no sólo rurales –como molinos, serrerías, herrerías– sino también urbanas. Tema abordado en el foro general del Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en París el año 1979, que trató de la transmisión *mortis causa* de las pequeñas y medianas empresas. E incluso de las constituidas en forma de sociedades familiares, cuestión abordada, un año después, por Luis María Vallet Mas⁸⁸; y que yo mismo he tratado, mostrando las grandes dificultades que para esto presenta el *Código civil* con su legítima larga⁸⁹.

Los medios empleados en estos derechos para la indicada finalidad básica tiene mucho de común en todos ellos. Pero cada sistema ofrece bastantes variantes que, todas ellas, se adecuan al conjunto de sus instituciones peculiares, tal como están ajustadas entre sí las distintas piezas de un reloj en movimiento.

Medio común a todas son: las capitulaciones matrimoniales con los contratos sucesorios –heredamientos, donación *propter nuptias*, petrucios, *espolits*, *definició*, etc.– que como principal función tienen la que ahora nos ocupa. La libertad de testar, más o menos plena, también actúa como una de las piezas esenciales en todos esos sistemas, en los que la continuidad de la casa y de la explotación de que se sirve y a la que sirve se deja al arbitrio de la libertad civil del cabeza de familia titular o del fiduciario o fiduciarios por él designados. El adecuado uso de esa libertad ha sido destacado

⁸⁸ Luis María VALLET MAS, *El empresario creador y el futuro de la empresa*, A.A.M.N. XXIV, pp. 193-250.

⁸⁹ *Constitución testamentaria de sociedad anónima entre descendientes del causante en el derecho común español*, 5, 5-6, A.A.M.N. 30-1.º, pp. 577-578.

por Joaquín Costa⁹⁰, hablando del Alto Aragón, por Uriarte y Lebario⁹¹, refiriéndose al territorio de Ayala, y por Martín Ballester⁹², al tratar de la casa aragonesa.

También se combinan y armonizan de diversos modos los regímenes económico matrimoniales –incluso en el Alto Aragón con la fórmula del *casamiento de casa*–, los usufructos viduales del tipo de regencia⁹³ ya sean legales o voluntariamente pactados en capítulos matrimoniales o dejados en testamento –a veces asegurados en Cataluña y en Baleares con alguna opción compensatoria de la legítima– y con diversos empleos de la fiducia. Especialmente en el derecho civil vasco, el comisario o el alkar poderoso actúan como piezas fundamentales, de una parte, para evitar que la comunicación foral de bienes escinda el patrimonio solariego y, de otra, para dejar de hecho al cónyuge viudo el usufructo de regencia del patrimonio hereditario.

III. ASPECTO FUNCIONAL O DINÁMICO DEL SISTEMA DE CADA PAÍS

8. PERSPECTIVA INTRODUCTORIA

Hemos visto⁹⁴, al tratar del sistema estructuralmente considerado, que cada sistema, por más abierto que se halle, se circunscribe a cada país con derecho propio. En otras palabras cada país con derecho peculiar tiene su sistema jurídico. Ahora nos corresponde su examen funcional o dinámico, centrándolos: sea en un sistema autocreador de normas, sea en un sistema de acciones, sea en un sistema institucional de hechos jurídicos o, en fin, en un sistema dinámico de relaciones jurídicas; aunque es evidente que, dada nuestra posición metodológica realista, del mismo modo que al tratar del sistema estructuralmente considerado hemos optado por un sistema de instituciones jurídicas, aquí –ya lo anticipo– opto por un

⁹⁰ Joaquín COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular en España*, I, Alto Aragón, cap. IV; cfr. 2.ª ed., Barcelona 1885, p. 81.

⁹¹ Luis M.ª URIARTE y LEBARIO, *Fuero de Ayala*, Madrid, Hijos de M. G. Hernández 1912, cap. VII, pp. 177 ss.

⁹² Luis MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, *La casa en derecho aragonés*, Zaragoza, E. Berdejo, Casa Ed. 1944, cap. I, 10, pp. 330.

⁹³ Cfr. Joan MARTÍ I MIRALLES, *Principis del dret successori*, 6.ª lectura, 5.ª fórmula, Barcelona, La Renaixença, 1925, pp. 235-264; y Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, *Donna et domina, potens et usufructuaria*, A.D.F. II, Pamplona 1976-1977, pp. 97-322; y mis observaciones en *Parte sistemática*, 243, pp. 1275-1279.

⁹⁴ *Supra*, 4, B.

sistema de hechos jurídicos que cabe completar con una visión sistemática del aspecto dinámico de las relaciones jurídicas. Aquí, por el orden enunciado, efectuaré de ellos un examen sucesivo. Pero antes debemos observar lo que en cada sistema jurídico podemos llamar su sistema externo y su sistema interno.

9. SISTEMA EXTERNO Y SISTEMA INTERNO DEL DERECHO

Philipp Heck⁹⁵, al enfocar su jurisprudencia de intereses, entendió que la actividad cognitiva para la obtención del fin normativo, por de pronto, tiene un objeto dúplice. «Por una parte hay que precisar el derecho aplicable, pero no sólo desde el punto de vista del contenido de las nociones normativas decisivas. Más bien hay que pedir con especial énfasis que la ciencia estudie y destaque las valoraciones de la ley, el fundamento de intereses de las determinaciones legales. Todo precepto jurídico debe examinarse desde el punto de vista de su contenido en intereses. En segundo lugar, hay que exigir también que la ciencia jurídica estudie la vida, las situaciones y las necesidades vitales, la acción del derecho en la vida, la faz funcional de los institutos jurídicos».

Y añade: «En el énfasis puesto por la investigación de intereses en el conocimiento del derecho y de la vida se encuentra el núcleo justificable de la exigencia de una ciencia sociológica del derecho que completará la dogmática jurídica».

Comprende Heck⁹⁶ que esto repercute en la «ordenación sistemática» de la ciencia jurídica, en la prestación de una «labor sistematizadora», con una «consideración funcional de los institutos» que muestre «la conexión del derecho con los intereses vitales».

Ahí tenemos una visión de la ciencia del derecho en la que, al lado del sistema interno del derecho, se muestra como complemento necesario su sistema externo. Éste lo considera integrado Heck en la sociología del derecho. En cambio esa doble perspectiva yo la observo de otro modo. El sistema externo lo considero previo al sistema interno, el cual se desarrolla y construye en el seno de aquél que excede de la sola sociología del derecho.

Pienso, como Renard⁹⁷, que «el orden jurídico se remonta al orden moral y, más allá, al orden metafísico y al religioso». Según

⁹⁵ Philipp HECK, *Des problem der Rechtsgewinnung* (1912), III, d. 1.ª; cfr. ed. en castellano *El problema de la creación del derecho*, prologado por J. PUIG BRUTAU, Barcelona, Ariel, 1961, pp. 82 s.

⁹⁶ *Ibid.*, 2, pp. 84 s.

⁹⁷ Georges RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, Paris, Sirey 1927, conf. 10.ª, I, pp. 350 ss.

él entiende: «El orden jurídico es un excelente lugar para considerar el orden universal». Hacia arriba del orden jurídico observa el orden moral y más arriba el metafísico y religioso, y hacia abajo observa un empalme del orden jurídico con el orden físico y biológico y, sobre todo, con la economía política.

En la segunda semana de julio de 1991 cumplí el encargo de dirigir el curso *La independencia de la función judicial* en los «Cursos de verano» de la Universidad Complutense en El Escorial; y me pareció preciso que, inmediatamente después de mi exposición inaugural, un romanista de la máxima categoría, como es Juan Miquel, se ocupara de explicarnos el enunciado principio del *aislamiento* de la jurisprudencia roma⁹⁸. Terminó su lección con una importantísima precisión, basada en la distinción –formulada por Heck– entre *sistema interno* y *sistema externo* del derecho. Ve aquél en Roma como el sistema propiamente jurídico, que constituye un conjunto unitario, bien acotado, aislado de las otras manifestaciones de la vida social. Pero ese *aislamiento* es relativo pues con él concurre un sistema romano externo. Tal relatividad del aislamiento del sistema interno del derecho la explica Miquel con dos símiles, de los cuales, el segundo me parece especialmente revelador. Compara la esfera interna del derecho con una célula, dotada de su membrana que la aísla del medio que la circunda, pero sin impermeabilizarla. A través de esa membrana porosa, por ósmosis se produce un intercambio continuo y, justamente, en esta polarización hacia lo exterior de la célula, ésta, a través de la membrana, capta los jugos nutricios que son la expresión de la vida misma.

Este símil me hace pensar en la definición de la jurisprudencia formulada por Ulpiano⁹⁹. La *divinarum et humanarum rerum notitiae* –según entiendo el símil– se halla al exterior de la célula, forma parte su sistema externo, del que la membrana filtra y la célula capta, para que, recogida su noticia, pueda ser elaborada la *iusti atque iniusti scientia* en el sistema interno, donde los jurisconsultos desarrollan su labor propia; no los teólogos, filósofos, científicos, sociólogos, políticos, economistas ni tecnócratas.

La relación entre el sistema interno y el sistema externo la veremos más claramente al enfocar el sistema en la dinámica de las relaciones jurídicas.

⁹⁸ Juan MIQUEL, *El aislamiento de la jurisprudencia romana* (lección inédita).

⁹⁹ ULPIANO, *Dig.* 1,1,40 § 2.

10. SISTEMA FORMAL Y AUTOCREADOR DE NORMAS (DE KANT A KELSEN)

Si, al tratar del sistema en su aspecto estructural, tuvimos que examinar la pertinencia de considerarlo como sistema de normas materiales –conforme pretendió el positivismo legalista–, ahora al ocuparnos del sistema en su aspecto funcional debemos, ante todo, considerar si cabe entenderlo como un sistema formal y autocreador de normas, según lo concibió Kant.

Fue Hans Kelsen quien, de un modo tan genial como alejado de la realidad del derecho, trataría en vano de salvaguardar, bajo su perspectiva, el carácter científico del derecho reduciendo su contemplación al aspecto de puro mandato coactivo de la norma, con lo cual acentuaría el formalismo kantiano. Con esta perspectiva, a partir de 1933, trataría de reducir el objeto de la ciencia del derecho a la *pura forma* de «un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político»¹⁰⁰; que no pertenece a la naturaleza, en tanto ésta está regida por el principio de *causalidad*, mientras el derecho lo está por el de *imputación*¹⁰¹; que es independiente de la moral y de la justicia, a la que considera «como un ideal irracional» –subjetiva por su carga emocional– que, por tanto, «no es accesible al conocimiento»¹⁰². Su legitimación depende sólo de que proceda del órgano competente, según el orden escalonado que forma la pirámide jurídica, en cuyo vértice se halla la constitución vigente¹⁰³. En esa línea –como ha escrito el traductor al italiano de su última obra¹⁰⁴–, Kelsen viene a desembocar en un irracionalismo normativo.

La causa principal del irracionalismo jurídico de Kelsen es su escepticismo. Lo muestra claramente al no admitir¹⁰⁵ la existencia de otras normas sino las causales –que rigen en la naturaleza material–, y las volitivas; por lo cuál, rechaza que puedan existir normas de derecho natural, del que –dice– se «apoya, consciente o incons-

¹⁰⁰ HANS KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la razón pura del derecho*, 14; cfr. vers. en castellano de LEGAZ LACAMBRA, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv., p. 28.

¹⁰¹ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, III, 18; cfr., 2.ª versión, ed. trad. al castellano, México, Universidad Autónoma, 1983, pp. 90 s.

¹⁰² *Ibid.*, *El método de...*, II, 8, pp. 18 ss.

¹⁰³ *Ibid.*, *Teoría pura...*, VIII, 45 s., pp. 349 ss.

¹⁰⁴ LOSANO, *Introducción*, a la traducción italiana de la *Teoría generale delle norme*, Torino, Einaudi, Ed., 1985, p. XXX. También Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Ante la teoría pura del derecho*, 16, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, pp. 114 ss. De KELSEN me he ocupado, especialmente en *Voluntarismo y formalismo en el derecho*, Joaquín Costa antípoda de Kelsen, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas 1986.

¹⁰⁵ KELSEN, *Teoría general de las normas*, 1; cfr. en castellano, México, Ed. Treilles, 1994, pp. 21 ss.

cientemente, en un fundamento metafísico-teológico». A la par que Hume, afirma él: «a partir de algo que es o no es, no se puede concluir lo que ese algo debe ser o no ser». Por eso, en los argumentos del iusnaturalismo realista no sabe ver sino la creencia de que aquello que habitualmente sucede es la norma de lo que debe ser, sin percatarse, o no querer admitir, que el juicio del sentido y la razón naturales acerca de los hechos –que él no entiende– no va por tan pedestre camino.

«De hecho –escribía Kelsen en 1932¹⁰⁶–, la causa de la democracia aparecería desesperada si se partiera de la idea de que puede accederse a verdades y captar valores absolutos.»

Me he ocupado repetidamente¹⁰⁷ de Kelsen y, en el primer volumen de mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, efectuó una síntesis de cómo él define y explica qué es el derecho¹⁰⁸. No voy a repetirlo y allí remito al lector; pero sí recordaré los enunciados de su tesis¹⁰⁹ y me entretendré un poco reconsiderando lo referente al sistema formal de la pirámide jurídica kelseniana autocreadora de normas.

Esos enunciados kelsenianos se refieren: al punto de apoyo de su tesis; a la naturaleza coactiva de las normas que la componen, y a la entrega de su funcionalidad al Estado que, como monopolio de la fuerza, se identifica con el derecho, según su concepción.

a) La pirámide de Kelsen no se apoya en una base sino en su vértice superior, la constitución del Estado, que constituye la cúspide de la que ella cuelga. A su vez, tiene su fundamento en la constitución anterior, y sucesivamente hasta llegar a la primera de su serie histórica, o en la última revolucionariamente implantada –por eso ironizó Kulischer¹¹⁰ que «el Estado es la última revolución que ha triunfado».

Pero el mismo Kelsen¹¹¹ reconoce que, al llegar a la primera constitución, ésta no puede apoyarse en una «norma impuesta por autoridad jurídica»; y, por eso, acude a «una norma presupuesta». Así se sale fuera de su sistema, aunque pretenda justificarse afir-

¹⁰⁶ *Ibid.*, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, cap. X, Paris, Sirey, 1932, p. 110.

¹⁰⁷ *Voluntarismo y formalismo en el derecho*, Joaquín Costa antípoda de Kelsen, 11-17, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986, pp. 44-70; *Metodología de la determinación del derecho*, I, *Perspectiva histórica*, 271 b, pp. 981 ss., y II *Parte sistemática*, 58, pp. 291 s., y 130, pp. 674-680; Hans Kelsen, *Teoría General del derecho y el Estado*, I Parte, I, A, a; cfr. ed. en castellano, México, U.N.A.M., 1979, p. 3.

¹⁰⁸ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 145, pp. 857-862.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 145, pp. 862-868.

¹¹⁰ KULISCHER, *Les sources de droit positif*, Annales de l'Institut Internationale de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1934, p. 165, cita de Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951, cap. I, 8, p. 165.

¹¹¹ Kelsen, *Teoría pura...*, V, 34, a, pp. 207 ss.

mando sorprendentemente que con «la presuposición de la norma fundante básica (*Grundnorm*) no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo», sino, simplemente, «se presupone “como norma fundante básica”, que uno debe comportarse como la constitución prescribe».

Nota Federico de Castro ¹¹² que el intento acometido por Kelsen de separar la teoría del derecho positivo de la realidad social conlleva, paradójicamente, la consecuencia de elevarse a la esfera de lo *meta-jurídico*, puesto que la norma hipotética originaria, en la que reside «la unidad lógica del sistema», consiste en una «norma no establecida sino meramente supuesta». Y Antonio Hernández Gil ¹¹³ ha resaltado que la norma originaria o fundamental «parece contradecir los cánones del positivismo», y «es fácil y hasta obligado pensar que estamos en los dominios del máximo idealismo»; es decir, «implica una desviación del postulado positivista, para desembocar en un idealismo lógico trascendente».

b) El derecho según Kelsen es tan sólo un artefacto formal que opera mecánicamente de modo meramente coactivo, compuesto de normas que él denomina «primarias», que son las que imponen una sanción cuando la correspondiente norma «secundaria» —como denomina a las de contenido material— es incumplida, independientemente de cual sea el contenido de ésta. Es decir, todo el derecho material, elaborado desde Roma hasta hoy, se halla fuera de lo que Kelsen considera como derecho.

Por eso, F. González Vicén ¹¹⁴ dice que, con el formalismo kelseniano, «la ciencia jurídica del positivismo abandona lo más original y fecundo de su punto de partida, la noción de derecho como realidad histórica concreta, y pasa a entenderlo como un *compositum*, como una yuxtaposición de dos elementos dispares: un elemento variable y contingente constituido por los elementos normativos, y otro, permanente e idéntico, por la estructura formal de la normación. Sólo este último predicado en sí separado de toda realidad jurídica es susceptible de un conocimiento de carácter general, mientras que la materia jurídica queda como un resto irreductible al margen del conocimiento jurídico en sentido estricto».

Y Hernández Gil ¹¹⁵ ha explicado que ese formalismo «toma de lo dado, no su total contenido, sino la armazón conceptual o estruc-

¹¹² F. DE CASTRO, *Parte general*, vol. 1, cap. 1, II, 5, p. 34.

¹¹³ A. HERNÁNDEZ GIL, *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1982 (discurso inaugural de Corso), pp. 74 ss. y 94.

¹¹⁴ Felipe GONZÁLEZ VICÉN, «Sobre el positivismo jurídico», en sus *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, p. 172.

¹¹⁵ A. HERNÁNDEZ GIL, *loc. últ. cit.*, pp. 65 s.

tura». Al diferenciar *forma y contenido*, «todo lo extraño a la forma, corresponderá al contenido material, y serán los “supuestos de hecho” objeto de estudio por la ciencia jurídica tradicional o dogmática. Pero [...] no serán derecho según la teoría pura».

c) De ese modo, en la concepción de Kelsen, derecho y Estado se confunden; pues, según él ¹¹⁶, el Estado es una «organización política» en cuanto «orden que regula el monopolio de fuerza», siendo así que el derecho es «orden coactivo». Por eso, afirma: «El poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho. Es incorrecto describir el Estado como “un poder detrás del derecho”, pues esta frase sugiere la existencia de dos entidades separadas allí donde sólo hay una, a saber, el orden jurídico. El dualismo Estado y derecho es una duplicación superflua de los objetos de nuestro conocimiento y resulta de la tendencia a personificar e hipostasiar nuestras personificaciones».

Por eso se opone a la consideración de que el Estado «crea el derecho, su derecho, para luego someterse al mismo» ¹¹⁷.

Es curiosa la analogía explicativa, propuesta por el propio Kelsen ¹¹⁸, entre «el panteísmo que identifica a Dios con el mundo, es decir, con el orden natural» y «la identificación del Estado con el derecho». Contemplando esta identidad, considera que «la tentativa de legitimar al Estado, como Estado de “derecho”, se descubre enteramente inadecuada», ya que «todo Estado es un orden jurídico», y «el derecho, de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, sobre cuyo valor moral o de justicia nada se dice con ello. Entonces, cabe concebir el Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo» ¹¹⁹.

Se ha dicho ¹²⁰ que, conforme Kelsen, cuanto ordena el Estado se convierte en derecho, como el rey Midas convertía en oro cuanto tocaba. Pero observo una diferencia: el oro era extrínseco a Midas, mientras que para Kelsen el derecho se confunde con el Estado, del mismo modo que, según el panteísmo, Dios y el mundo se identifican. Todos los totalitarismos quedan así jurídicamente justificados.

Creo que si Jhering resucitase y se enterara de la tesis de Kelsen se escandalizaría. Él incluso rechazaba que el sistema funcional de

¹¹⁶ KELSEN, *Teoría general del derecho y el Estado*, II, I, A, c, pp. 226 ss.

¹¹⁷ *Ibid.*, *La teoría pura...*, VI, 40, pp. 289 s.

¹¹⁸ *Ibid.*, 41, e, p. 320.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 320 ss.

¹²⁰ Cfr. MARTYNIAK, *Le probleme de l'unité des fondements de la theorie du droit de Kelsen*, Arch. Ph. du Dr. et Soc. Jur., 1937, 1-2, p. 174, y Paul ROUBIER *op. y loc. últ. cit.*, p. 64, que lo ha recordado.

la ciencia del derecho —con todas sus aplicaciones teóricas y prácticas— esté integrado por normas legisladas, sino que lo consideraba integrado por el conjunto de las definiciones de las instituciones una vez estructuradas lógicamente en un sistema. Este sistema —dice¹²¹— «no es una cuestión de gusto individual, ni resulta de la colocación científica de los materiales, sino que es la obra del derecho mismo».

11. SISTEMA DE ACCIONES

Si, como ha afirmado el romanista Álvaro d'Ors¹²² «derecho es lo que aprueban los jueces», y, tanto más si, como había explicado el juez Holmes¹²³: «Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho y no otra cosa más ambiciosa, es lo que se entiende por derecho», resultará que, en caso de que podamos hablar de un aspecto funcional del sistema jurídico, éste estaría constituido por el entramado de las acciones cuyo ejercicio provoca que jueces y tribunales digan qué es derecho.

Precisamente otro ilustre romanista, Ursicino Álvarez Suárez¹²⁴ objetó: «No veo testimonios bastantes para poder afirmar que la idea de *ius* nació sólo en la esfera procesal, designando la posición determinada de una persona que ha sido considerada lícita por el juez. Y ello, en primer término, porque, tanto en las fórmulas procesales más antiguas (por ejemplo, *la legis actio sacramento*) como en las fórmulas rituales de los negocios primitivos (por ejemplo, la de *la mancipatio*), aparece *ius* como algo anterior al proceso; en segundo lugar, porque el juez, para emitir su sentencia, tiene que inspirarse y aplicar unos determinados criterios preexistentes a su

¹²¹ R. VON JHERING, *op. últ. cit.* § III, 3, pp. 51-56.

¹²² Álvaro d'ORS, *De la «prudentia iuris» a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Inf. Jur., 1947, pp. 74-82; *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, Ateneo, Madrid, 1952, p. 15, especialmente; «Para una interpretación realista del artículo 6.º del Código civil español», en *Studi in onore de E. Betti*, 1, 1961, pp. 119-126; *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963, en especial p. 14; *Principios para una teoría realista del derecho*, A.F.D., 1, 1965, pp. 301-330; *Derecho es lo que aprueban los jueces*, en ATLANTIDA, 45, 1970, o en *Estudios varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1973, pp. 45 ss., y, más recientemente, «Le droit. Tout ce qu'a-prouvent les juges», en *Droits*, 10, 1989, pp. 51 s.

¹²³ James OLIVER HOLMES, «The path of law», recogido en *Collected Papers*, 1920, p. 173 (cita de H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cap. 1, 1, f. 2; cf. en castellano Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 1 s. y 10).

¹²⁴ Ursicino ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1966, (discurso de ingreso), Conclusiones, 4.º, pp. 166 s. En el tercia entre las posiciones del *legal realist* y de Álvaro d'ORS, y la crítica de ésta por Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La ciencia libre del derecho ¿es fuente primaria del derecho?*, A.D.C. I-II, 1948, pp. 565-580).

“juicio”; y, para mí, esos principios y criterios son “ya” derecho; en tercer lugar, porque justamente en derecho romano, al menos hasta la época postclásica, no tuvo valor alguno, o lo tuvo en escasa medida, el precedente judicial; es decir, utilizando terminología actual, la jurisprudencia no tuvo valor alguno como fuente del derecho [advirtamos que este argumento no tiene valor frente la tesis de d’Ors, ni la de Holmes, porque, para ellos, sólo cada fallo concreto es derecho], y sí lo tuvo, en cambio, el precedente de otros *responsa* de jurisconsultos anteriores para con su *auctoritas* reforzar el dictamen, generalmente sin razonamientos justificativos del juriconsulto que ahora lo emitía, y, en cuarto lugar, por último, porque esa teoría, según la cual sólo existe *ius* cuando el juez reconoce la licitud de una determinada situación o actuación, descansa en un sentido “patológico” del derecho, negando la calidad de jurídicas a todas aquellas relaciones que se desenvuelven de modo normal, sin dar lugar al planteamiento de cuestión litigiosa alguna».

Para clarificar aún más esta cuestión, creo que puede resultar útil recordar lo que los maestros romanistas Max Kaser y el mismo d’Ors dicen con referencia a esta cuestión al hablar del sistema jurídico romano.

Kaser¹²⁵ habla del sistema como estructuración de la materia jurídica privada y ordenación suya –que, dice, no existió en Roma hasta Gayo–. No obstante puede interesar aquí el siguiente inciso que extraemos: «El edicto pretorio está construido sobre la base del derecho procesal (ordenamiento y seguridad de la introducción del proceso; protección jurídica; protección jurídica rápida; ejecución; apéndice; interdictos; excepciones; estipulaciones pretorias).»

Y Álvaro d’Ors, en los distintos lugares de su *Derecho privado romano* donde se ocupa de los diversos sistemas que en el derecho romano observa antes del gayano, efectúa algunas indicaciones que ciertamente son de utilidad para el tema que examinamos, mostrándonos que en el derecho romano clásico, el sistema en su aspecto estructural comprende algo más que acciones.

En efecto, al hablar del sistema de Quintus Mucius Scaevola, «el Pontífice», dice¹²⁶ que, éste en su obra, «seguía el siguiente orden de materias: herencia (testamentos, desheredación, aceptación de herencia, legados y sucesión intestada), personas (matrimonio, tutela, *statu liberi*, patria potestad, esclavitud, libertos, administradores), cosas (posesión y usucapión, *non usus* y *usucapio*

¹²⁵ M. KASER, *Derecho romano privado*, § 2, III, pp. 23 s.

¹²⁶ A. D’ORS, *Derecho privado romano*, § 30, p. 58.

libertatis) y obligaciones (mutuo, venta, aprendamiento, servidumbres, sociedad, mandato, delitos)».

Cuando trata del orden seguido por Marsurio Sabino ¹²⁷ explica: «La primera parte sigue siendo [como en Scaevola] la de la herencia (testamentos, desheredación, aceptación de la herencia, sucesión intestada y legados); la segunda, la de personas; en cambio, la tercera es la de obligaciones (compraventa y mancipación, sociedad, *actio rei uxoriae*, *actio tutelae*, obligaciones delictuales, hurtos, daños y *damnum infectum*, lesiones, *condictio*, vicios redhubitorios, *nomina transcriptionis* y estipulaciones) y la cuarta, la de cosas (adquisición de la propiedad, servidumbres, *fiducia postliminium*).»

En fin, acerca del orden del Edicto Perpetuo, explica ¹²⁸: «Tras una parte introductiva con distintos edictos sobre la tramitación de litigios, seguía la parte más extensa con las distintas acciones relativas a la propiedad, los negocios crediticios, los contratos, la tutela, el hurto, etc., la tercera parte es sobre el derecho pretorio de las herencias y otras materias, la cuarta sobre ejecución de las sentencias judiciales y la quinta sobre interdictos y estipulaciones pretorias» [...]. «El Edicto contenía también las fórmulas de acciones civiles, pero para ellas no hacía falta el edicto especial por el que se anunciaban las acciones u otros expedientes netamente pretorios. Por eso los *iudicia bonae fidei*, que son civiles, no tienen ningún edicto que los anuncie».

Concluye explicando: «El Edicto constituye un ordenamiento paralelo al *ius civile*, al que suple y a veces rectifica, sin alterarlo, pues el Edicto no es fuente del *ius (civile)*, sino un ordenamiento de hecho».

Como vemos, ciertamente el sistema del Edicto es un sistema de acciones, pero ni siquiera comprende las del *ius civile*, y menos aún todo el sistema funcional del derecho romano. El sistema de Q. M. Scaevola, el Pontífice, es sistema de instituciones en parte estructurales y en parte funcionales. Y el sistema de Sabino, posterior al del Edicto Perpetuo, incluye a la vez acciones, actos y negocios jurídicos.

Es decir, ni siquiera en el derecho romano el sistema en su aspecto funcional es un sistema sólo de acciones sino también de hechos jurídicos tanto civiles como procesales.

De modo general, lo mismo podemos decir del derecho de hoy. Ya Eugen Ehrlich ¹²⁹, en la segunda década del siglo XX, advertía

¹²⁷ *Ibid.*, § 44, p. 76, y § 460, pp. 523 s.

¹²⁸ *Ibid.*, § 38, pp. 71 s.

¹²⁹ Eugen EHRlich, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, cap. XX, 2-5; cfr. ed. en italiano *I fondamenti della sociologia del diritto*, pp. 593-603.

que el derecho vivo se halla no sólo en la jurisprudencia judicial, en lo contencioso, sino así mismo en los acontecimientos reales que se encuentran en su base; y, además, en los que se desarrollan fuera de ella: «Sólo una pequeña parte de la vida real es llevada ante los tribunales o a otros órganos de autoridad» –dice–, y, además, las mismas relaciones jurídicas que son llevadas a lo contencioso «muestran sus trazos alterados». Lo cual no ocurre en las relaciones jurídicas no controvertidas. Es decir, Ehrlich contempla plenamente el derecho vivo, en la «vida real», en «lo concreto», en las costumbres, en los actos de última voluntad, en los contratos, en los usos comerciales.

Ahí tenemos una visión sociológica del derecho que, si la queremos observar desde la perspectiva jurídica de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, es preciso exponerlo y explicarlo sistemáticamente, tanto en su aspecto estructural –como ya hemos hecho¹³⁰– cual en su aspecto funcional o dinámico, del que ahora nos ocupamos.

Es cierto que –como hemos repasado en el primer tomo de mi tercera *Metodología*¹³¹– Oscar von Bülow y Hermann Kantorowicz entendieron que la creación del derecho es obrada por la sentencia del juez, que –según el segundo¹³²– es creadora del *derecho libre*. Pero, como bella y ajustadamente ha escrito Antonio Hernández Gil¹³³: «lo judicialmente resuelto no agota el ser, la vida, ni el concepto del derecho. Los jueces y tribunales discernen lo justo conforme a derecho. Pero es incomparablemente mayor el derecho que se realiza de un modo espontáneo o sin pronunciamientos jurisdiccionales. Hacer pasar el derecho necesariamente por una sentencia, reputándola el único medio de conocerlo y definirlo, es tanto como hacer pasar la salud por el diagnóstico del médico, sólo cuando el médico dice que estoy sano, tengo salud. Pero en cuanto lo ha dicho se crea la incógnita para el futuro».

Por lo tanto, es evidente que, del mismo modo que en la *Metodología de la determinación del derecho* hemos diferenciado la determinación negocial del derecho¹³⁴ y la determinación conflic-

¹³⁰ Cfr. *supra*, 1.7.

¹³¹ *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, I *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 160, pp. 927-929.

¹³² Hermann KANTOROWICZ, «Der Kampf um die Rechtswissenschaft» (1996) B, I, 1; cfr. en castellano «La lucha por la ciencia del derecho», en *Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz*, Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 332 ss.

¹³³ Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico* 14, D, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1982 (discurso inaugural), p. 93, o en *Obras completas*, vol. I, p. 218.

¹³⁴ *Parte sistemática*, 199-248, pp. 1041-1300.

tual del derecho ¹³⁵, aquí debemos contemplar bajo ambos aspectos la perspectiva funcional o dinámica del sistema jurídico. Es decir, hemos de observar lo más sistemáticamente posible aquel complejo de hechos, actos y negocios jurídicos que conducen a la determinación negocial del derecho, así como el ejercicio de las acciones y la tramitación de los procedimientos encaminados a la determinación conflictual del derecho.

Al ocuparnos de las clases de instituciones jurídicas, después de advertir que todas ellas tienen un aspecto estructural y otro funcional, advertimos ¹³⁶ que en unas el aspecto funcional o dinámico tiene especial trascendencia, en cuanto producen el tránsito de una situación inicial a otra situación final. Allí explicamos, y repetimos aquí, que son hechos jurídicos institucionalizados, como lo es la sucesión y lo están todos aquellos hechos, actos y negocios jurídicos que, en cualquiera de los elementos de la situación inicial sobre la cual operan, producen algún cambio: sea el de alguno o ambos sujetos (v. gr., el comprador ocupa el lugar del vendedor); el de dar entrada a otro sujeto (v. gr., un usufructuario, un arrendatario, un acreedor); el de modificar el objeto (aluvión, avulsión, incendio, ruina, p. e.) o bien el contenido de la relación, que amplían, reducen, o alteran; o bien la extinguen (v. gr., con el pago de la deuda, la cancelación de una servidumbre, de una hipoteca, etc.).

Ese referido estudio lo terminamos tratando de las instituciones jurídicas formales, las instituciones de publicidad y las instituciones procedimentales ¹³⁷. En él advierto que éstas son instituciones adjetivas, al servicio de las relaciones e instituciones sustantivas, y que tienen por objeto velar por el respeto debido a éstas y por su adecuado funcionamiento.

Unas tienen por finalidad dotar de forma jurídica a los actos y negocios jurídicos, e incluso constatar la realización de hechos que producen efectos jurídicos. Las segundas tratan simplemente de dotar de publicidad respecto de tercero a la constatación de hechos y a la formalización de los negocios jurídicos. Y las terceras instituciones son procedimentales y su objeto es dotar de operatividad, seguridad y certeza a los procesos, cualquiera que sea su clase, requeridos para el correcto funcionamiento de todo tipo de relaciones o para la consecución extrajudicial o judicial de su finalidad.

Esas instituciones aquí clasificadas en primer y tercer lugar, como funcionales, sirven en cada sistema jurídico, respectivamen-

¹³⁵ *Ibid.*, 249-272, pp. 1301-1438.

¹³⁶ *Las instituciones jurídicas*, III, A, 29.

¹³⁷ *Ibid.*, III, 4, pp. 41-45.

te, para cumplir la función dinámica de determinar negocialmente lo que es derecho, la *res iusta*, y conflictualmente lo que se discute si es derecho, es decir, *quod iustum et aequum est*. Esto constituye la temática que conviene enfocar por separado de modo específico.

12. SISTEMA DE HECHOS

La dinámica funcional de todo sistema jurídico está integrada por los hechos jurídicos que lo hacen actuar, y que se dirigen a la determinación del derecho, sea negocial o bien conflictualmente.

Aquí tratamos de observar el sistema funcionalmente considerado que formen los hechos.

Si la perspectiva del sistema formal autocreador de normas, que hemos examinado en primer lugar, es obra ideada por Hans Kelsen, la del sistema de hechos jurídicos es un hallazgo de Joaquín Costa en la vida real del derecho. Por eso, en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas¹³⁸, me atreví a contraponer, como antípodas, a Kelsen y Costa.

La definición del hecho jurídico que expone Costa¹³⁹ ofrece amplios linderos. Él mismo lo advierte al decir que toma «como sinónimos derecho positivo, o histórico, y hecho (*lato sensu*), que debajo de este mismo nombre comprende las leyes o las costumbres y los hechos causados en virtud de ellas, porque si, respecto de los hechos y relaciones individuales, la ley es la regla individual que los encierra todos dentro de sí por modo virtual, enfrente del derecho racional y eterno no es, a su vez, la ley sino como un hecho mayor»¹⁴⁰.

Esta definición costiana del derecho se contrapone a la kelseniana, que lo identifica: de una parte, con el sistema de normas encerradas en su pirámide jurídica que imponen una sanción; y, de otra, con el mismo Estado, como organización política que detenta constitucionalmente el monopolio de la fuerza.

La antítesis entre las concepciones de H. Kelsen y Joaquín Costa no se limita únicamente a esa contraposición, sino que impli-

¹³⁸ *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986.

¹³⁹ Joaquín COSTA, *La vida del derecho*, 10, p. 83.

¹⁴⁰ Acerca de la concepción que tuvo COSTA del hecho jurídico, además de lo que expuse en el referido discurso de ingreso, me he ocupado específicamente en *Metodología de las leyes*, 89, pp. 210 ss., y 188, p. 252, textos correspondientes a las notas 17 y 18; *Perspectiva histórica*, 265, pp. 947-953, y *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 133, pp. 792-798.

ca bastantes más contraposiciones, todas fundamentales ¹⁴¹, como son las siguientes:

1.º El mundo jurídico kelseniano se reduce a *un sistema de normas*, que no son sino mandatos positivos emanados del aparato oficial del Estado, que imponen coactivamente una sanción. Por el contrario, según la perspectiva del altoaragonés, la vida jurídica se concreta en la actividad personal realizadora de *hechos jurídicos* que, para merecer tal calificación, deben consistir en una aplicación a una realidad histórica, vivida por el hombre, en cada caso concreto, de los principios del derecho natural y eterno, ya se trate de hechos simples o bien de hechos normativos.

2.º Según el fundador de la *teoría pura del derecho*, la voluntad creadora de cada norma no tiene más requisitos que el –meramente formal– de emanar del órgano legalmente competente, según el orden jurídico escalonado establecido en la constitución del Estado de que se trate.

Para el polígrafo aragonés, cada hecho jurídico requiere una operación racional –de cuya corrección sustancial dependerá la validez de aquél–, y que, para ser racional, ha de reunir un fundamento ético, un correcto funcionamiento psico-físico de su sujeto activo y una repercusión biológico-social, enraizada en el humus de la tradición histórica del propio pueblo.

3.º Con sus presupuestos ideales, le resulta muy simple a Kelsen, convertir todo el derecho a un aparato ordenador, cerrado, en forma de pirámide, en la que jerarquiza todos los mandatos coactivos sancionadores, a los que sólo por su procedencia recibe y da paso, cualquiera que sea su contenido.

Por el contrario, al ser el derecho –según Costa–, «forma racional de la vida entera», no cabe encerrarlo en sistema normativo alguno, por complicado que sea, como no cabe poner puertas a la vida, que no cabe en ordenador alguno si no se la mutila y diseca, ni en ningún cerebro humano, puesto que a todos los excede, y sólo en la medida de lo posible puede alcanzarse a comprenderla y racionalizarla en lo concreto, adecuando medios estimados lícitos a fines buenos. Por eso, las formas positivas no pueden ser cerradas. Incluso, comprende Costa que, en caso de decaer en cierto grado de corrupción la *comunidad social*, un poder político sano podrá recurrir, sin salirse del derecho, al remedio extraordinario de la dictadura; o, a la inversa, es lícita la desobediencia civil e incluso, a una comunidad social, saludable la resistencia activa y, en último térmi-

¹⁴¹ Las expongo en *Voluntarismo y formalismo...*, cit., 44, conclusiones b a g; pp. 165-167, de donde extraigo cuanto expongo en el texto a continuación.

no, la revolución, como remedio extremo frente a un poder político opresivo o injusto.

En cambio, para Kelsen, sólo de la soberanía absoluta del Estado dimana el sistema de mandatos formalmente positivos que constituyen el derecho, confundándose derecho y Estado, hasta tal punto que resulta redundante hablar de «Estado de derecho». Costa estima contrariamente que el derecho debe ser captado y vivido racionalmente por los hombres, y es alumbrado, mediante el juicio de éstos, en las esferas respectivas de las sociedades humanas, en las cuales se desarrolla —desde el individuo, la familia, el municipio, etc., hasta la del Estado político superior—. Cada una de ellas tiene un ámbito de competencia propia y exclusiva. Además distingue Costa, en el ámbito del Estado político, el derecho producido artísticamente por sus órganos oficiales y el emanado de uno o varios individuos, asumiendo su representación espontánea con la que inician la creación de costumbres.

Así el derecho emanado de la vida desborda en todas direcciones, la forma y la estructura de la pirámide jurídica, ideada por la teoría del derecho puro.

4.º Kelsen entiende que el derecho tiene carácter imperativo y sancionador. En cambio, según Costa, debe distinguirse: un derecho *necesario*, imperativo, en cuyo ámbito el derecho natural debe moldear al derecho positivo, como requisito esencial para la validez de éste; y un derecho *voluntario*, en cuyo campo el individuo, la familia, el municipio, en un régimen de libertad civil, con sus hechos jurídicos positivizan su derecho en el respectivo ámbito de competencia.

La formulación de ese derecho voluntario, en su respectivo ámbito social, tiene como base y punto de partida el principio *standum est chartae*, y, en lo no expresamente previsto por los interesados, el *standum est consuetudini* para establecer el derecho supletorio con carácter prelativo al legislado.

5.º El orden escalonado de la pirámide jurídica kelseniana impone irremediabilmente al pueblo la *voluntad* de cada uno de los organismos jurídicos oficiales, en el respectivo ámbito formal constitucionalmente impuesto. En cambio, en la concepción costiana es obra de la sociedad la realización de los hechos jurídicos, incluso de los normativos. La sociedad, en sus diversas esferas naturales, los lleva a efecto, ya sea de modo directo, anergálicamente, ya por representación adventicia o espontánea, o bien a través de sus órganos oficiales. Pero, en ese caso, como ocurre con el mandato en derecho civil, el poder del mandatario no excluye ni limita las facul-

tades de su mandante, sino que se halla sometido a la voluntad de éste, en el cumplimiento de su cometido ¹⁴².

Este último aspecto de la concepción de Costa, la explica cumplidamente él mismo ¹⁴³:

«La sociedad es un organismo compuesto, todo él, de protocélulas, y, por tanto, todas sustantivas, todas dotadas de unidad, de causalidad propia, de propia finalidad, y, en suma, de individualidad; son seres completos, incondicionados en cuanto a su existencia, que viven una vida propia independiente y separada de la vida de los demás»; «en la sociedad no existen deutero-células», es decir, «células secundarias que carecen de significación por sí mismas» como las que integran los individuos; «todas son centro de vida independientes».

De ahí, extrae estas consecuencias: 1.º las necesidades jurídicas se localizan en tales o cuales de los miembros de la sociedad; y, «como éstos poseen una actividad propia, incomunicable, distinta de la de los demás y no ligada inmediatamente a ella, pueden satisfacer por sí aquellas necesidades, sin que el cuerpo social entero se ponga en movimiento»; y, «2.º no existiendo continuidad, adherencia de partes, masa plena y continua, tejidos en el cuerpo social; no siendo la sociedad a modo de una individualidad gigante —no tiene un cerebro para pensar, ni una voluntad simple e indivisa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible a lo pensado y querido, ni un brazo para encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado e informado interiormente—: no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias *colectivamente*». Ha de valerse «del pensamiento, de la voluntad, de la fantasía» de los individuos que la componen —que «son seres acabados, incondicionales, racionales y libres»—; «para concebir y dar vida exterior a sus concepciones jurídicas le es forzoso, en suma, obrar por representación. El individuo es, por tanto, órgano necesario de la vida colectiva, así en el derecho escrito como en el consuetudinario»[...]«la vida social es siempre *mediata*, se realiza *mediante* órganos individuales».

El *derecho popular* «no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco a formas inferiores del derecho positivo; es popular porque está inspirado en el sentimiento jurídico del pueblo, porque su autor se impersonaliza, se despoja de su indi-

¹⁴² COSTA, *La vida del derecho*, 20, p. 148.

¹⁴³ Joaquín COSTA, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, 14, pp. 132 ss.

vidualidad para absorberse en el espíritu del todo, y abraza lo mismo la costumbre que la ley y el Código».

La diferencia entre *derecho popular* y *derecho erudito* radica en la clase de *representación* que asumen los individuos que formulan el derecho, según sea *adverticia* y *espontánea* –fundamento de la costumbre– o bien *oficial* y *reflexiva*.

«Es espontánea la representación cuando uno cualquiera de los miembros que componen la sociedad sin delegación, tácita ni expresa, obra como obrarían en su caso todos los demás; cuando su propósito responde al propósito de la generalidad; cuando la regla que informa en sus hechos interpreta y traduce, a la par que su convicción personal jurídica en aquella relación, la convicción común de la sociedad; cuando en esos hechos se ve retratada, y pueden darse hechos sociales porque se declaran todos y cada uno solidarios de ellos y reconocen su justicia, y siempre que se les presente la ocasión o la necesidad de contraer el mismo género de relaciones, procederán de idéntica manera»[...]. «La colectividad está entera en cada individuo, habla por su boca, obra por su mano, sin que el individuo ni la colectividad lo sepan ni lo quieran»[...]«por eso es espontánea»; «no naciendo la representación sino de la contemporaneidad, en que cada individuo vive con los restantes dentro del todo de la comunidad y concordancia existente entre la situación de cada uno y la de los demás».

No constituye una imperfección de la sociedad –dice Costa¹⁴⁴– sino que, al contrario, constituye una de las posibilidades que más la favorecen el hecho de que, además de poder actuar por sus órganos oficiales, también actúe espontáneamente, por órganos adverticios. «Aquella parte del cuerpo social donde primeramente se manifiesta una necesidad» o «aquel individuo que primeramente la sintió, ejecuta todas las funciones que conducen a su satisfacción, adaptando y apropiando el fin a los medios que le son adecuados»; de modo tal que, cuando otros sientan la misma necesidad, «se lanzarán por el camino que aquéllos le abrieron, y todo el trabajo intelectual que hubieran consumido a no haberles precedido otros, lo aplican a otro género de actos»; y «mediante esta distribución de trabajo resulta más rápido el progreso de la humanidad»¹⁴⁵.

Los hechos jurídicos individuales –según dice Costa¹⁴⁶– pueden ser progresivos –es decir, encadenados por una relación de evolución–, o bien *homogéneos* –es decir coincidentes con «otra serie

¹⁴⁴ *Ibid.*, 138.

¹⁴⁵ Esta afirmación ha sido reactualizada por Friedrich A. HAYEK, como recuerdo en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 133, nota 343, p. 795.

¹⁴⁶ COSTA, *Teoría del hecho*, 14, pp. 134 ss.

de actos también homogéneos», por ser una misma la necesidad sentida e iguales «los medios con que ha de acudir a satisfacerla». En general, todos estos hechos contienen dos elementos: uno transitorio, y otro permanente. El segundo expresa «la ley de homología de cada hecho con los demás de la serie», y «esto que tienen de común y de permanente todos esos hechos, ese plan uniforme que ha presidido a su formación, es la regla consuetudinaria, es la costumbre».

Ahora bien, los hechos individuales, en la realidad social, pueden resultar a los de otros individuos —explica minuciosamente Costa¹⁴⁷— de tres modos o formas fundamentales: opuestos, indiferentes o conformes. En ese tercer caso se produce una *contemporaneidad* de cada hombre con los demás, «en círculos más o menos extensos, en la familia, en la ciudad, en la nación, etc., o bien en agrupaciones de otra índole, sectas, partidos, iglesias, escuelas, ligas, etc.», mediante las cuales, cada hombre «puede ponerse en comunicación individual con los demás».

Respecto de la realización de los hechos jurídicos singulares también explica minuciosamente Costa su génesis y su realización, comenzando por el tránsito del fin potencial a la necesidad, y explica¹⁴⁸ que los fines «permanecen en estado de potencialidad e indiferencia mientras no toman la forma de *necesidades*. Cuando una excitación anterior o interior los despierta, el equilibrio del sujeto se ha roto; de indiferente se ha hecho inestable; el fin no permanece ya, como antes, inactivo; se ha trocado en vivo acicate que, con más o menos apremio, solicita la atención del sujeto, antes distraído, y lo estimula a obrar. El sujeto siente un apetito, un anhelo, un deseo, una tendencia impulsiva, primeramente vaga o indefinida, algún tanto más determinada después, y por último plenamente conocida y sometida de todo en todo al imperio de la voluntad».

Ahí comienzan y se van desarrollando sucesivamente el propósito, con la concepción elemental unitaria del plan de *deliberación o discusión*¹⁴⁹ y su resolución o plan¹⁵⁰ que Costa va estudiando detenidamente.

A ellos les sigue la *comunicación del propósito del plan a otros individuos*, cuando el plan no es puramente individual. Costa explica¹⁵¹ que, en ese caso, «el propósito o el plan del iniciador ha de buscar su complemento en una función nueva, que es como una

¹⁴⁷ *Ibid.*, 40, p. 36.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 39, pp. 320 ss.

¹⁴⁹ *Ibid.*, 26, pp. 204 ss. *Ibid.*, 27, pp. 206 s.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 28, pp. 208 ss.

¹⁵¹ *Ibid.*, 29, pp. 217 ss.

reproducción de todos los momentos», que interiormente ha seguido el primer sujeto: «la comunicación, el debate y el común acuerdo».

Si se trata de una convención sinalagmática entre dos personas, a la comunicación del plan sigue una deliberación interior de cada una de las dos personas acerca del hecho propuesto, que forman juicio de su necesidad y de sus términos; deliberan en común exponiendo las respectivas razones y objeciones, hasta llegar a un acuerdo acerca del plan más adecuado.

Entrando en el examen de las *condiciones previas esenciales* para la realización del plan, Costa¹⁵² desgrana primero estas dos cuestiones: 1.º *existencia y posesión del medio*, 2.º *facultad de obrar*. Las examina detenidamente dentro del ámbito de la libertad civil, en el campo del derecho voluntario, y advierte del debido respeto al derecho necesario.

Después, se ocupa además de precisar la *unión material efectiva del fin y los medios*¹⁵³ y de cómo operarla: «Planteados ya los términos del hecho jurídico, puesta en movimiento la actividad ejecutiva y en libre comunicación el espíritu con la naturaleza, la proyección exterior del hecho elaborado interiormente obedece a las mismas leyes que rigen toda manifestación espiritual. La significación sustancial del hecho cumplido se funda exclusivamente en la necesidad racional que mediante el propio hecho se satisface; y estriba toda entera, por tanto, en la aplicación efectiva de los medios al fin».

No existe para ello –dice– una forma de aplicación esencial, sino que puede revestirse con formas diversas: «*directa*, lógica, elemental», o bien *indirecta*, «mediante otras palabras y otros hechos que tengan con ellos una relación distinta de la lógica y natural, una relación derivada, tipológica», formas que «pueden referirse a aquello que se trata de significar».

Esa referencia a los hechos jurídicos, individuales o sinalagmáticos, la concluye el polígrafo altoaragonés ocupándose del *recíproco influjo del hecho y su plan*¹⁵⁴.

«El hecho externo es una manifestación visible y el signo material de una relación de la voluntad; debe existir, por tanto, concordancia entre esta resolución y aquel hecho.»

La ejecución del hecho puede efectuarse «en un instante, sin posible rectificación», o, también, «en una sucesión de momentos y consiguiente esbozo o bosquejo preliminar, o bien se obra de una

¹⁵² *Ibid.*, 30-34, pp. 232-295.

¹⁵³ *Ibid.*, 35, pp. 295 ss.

¹⁵⁴ *Ibid.*, 36, pp. 203 ss.

vez, pero sin que sus resultados sean fatales, y puede anularse rectificarse y reproducirse con la misma prontitud».

Por otra parte, al tratar de dar existencia objetiva al hecho –sigue Costa–, «puede tropezar el agente con dos géneros de dificultad: 1.º obstáculos exteriores, que la naturaleza opone a las manifestaciones de la voluntad, o lo que es igual, a la realización del plan concluido; 2.º obstáculos interiores que oponen a la verdad y a la justicia de la resolución un conocimiento defectuoso. La traza o imagen del hecho se encuentra acabada en la fantasía; pero, ¡cuán difícil es proyectar un calco de ella sobre el lienzo de la realidad! Como toda forma interior, creada fuera del influjo de la accidentalidad (natural o histórica), reviste caracteres de indecisión y vaguedad, es extraño a todo lo que sea pormenor, y no ostenta aquella individualidad que resplandece en las formas exteriores y que sólo la ejecución puede darle».

A su vez, «el elemento exterior es esencial e integrante, tiene sustantividad, no es elemento meramente expresivo del interior».

El plan, al cual ha venido refiriéndose Costa, «sólo es definitivo relativamente –dice él– en cuanto pone punto final al trabajo de composición interior, y sirve de punto inicial y de partida a la ejecución exterior; pero, con respecto a la ejecución misma, es plan provisional, pues, en tanto dura aquélla, se mantiene éste en un estado de continua reelaboración; pudiendo decirse con verdad que el hecho interior y el exterior, o de otro modo, el hecho subjetivo y el objetivo acaban en el mismo punto».

A medida que este plan se realiza y vivifica e individualiza fuera del sujeto, a éste se le hace más claro y perceptible, haciéndosele la visión del objeto, «por decirlo así, doble», tiene de él «dos imágenes, la del hecho tal como originariamente lo concibió y la del hecho tal como de la ejecución resulta». Así compara «una visión con otra, y, por efecto de esa comparación, completa el plan en sus pormenores, lo perfecciona, lo desarrolla, lo retoca y enmienda, acaso lo rehace, e imprime nueva dirección a la actividad ejecutiva».

«Tal vez [el sujeto] había entendido –sigue líneas más adelante– que la necesidad jurídica era de ésta o la otra naturaleza, y requería tales o cuales medios, o que tales medios le eran homogéneos, mas al aplicarlos, encuentra que la necesidad no queda satisfecha, que acaso en vez de aquietarse se irrita y agrava más y más, y tiene que apresurarse a revisar el plan, y a mudarlo, o a introducir alteraciones más o menos profundas en el adoptado desde un principio. De este modo, el hecho interior y el exterior mantienen entre sí un comercio incesante y recíproco, sirviéndole de instrumento y de intermediario la especulación y la experiencia».

No ignora Costa que en todo este proceso formativo de los hechos jurídicos, ya sean éstos individuales –unilaterales o plurilaterales– o bien sociales, el pueblo tiene necesidad de guías, consejeros y asesores jurídicos; y, así, dice: «En ninguna parte como en estos países de libertad civil y de derecho consuetudinario –explica hablando de Aragón¹⁵⁵– es una verdad el dicho de Castro “que tanto vale el derecho cuanto los notarios quieren que valga”, y una necesidad imperiosa el que vivan éstos en intimidad de relaciones con el pueblo para quien ejercen, conozcan hasta sus más ocultos resortes que mueven a las familias y determinan los actos de la vida común, se penetren de cuán importante y delicado es su ministerio, y lo ejerzan con la misma religiosidad que si estuvieran investidos de carácter sacerdotal y como quien echa sobre sí, en el desempeño de su función, gravísimas responsabilidades morales».

Eso es así tanto en elaboración de hechos jurídicos individuales –ya sean unilaterales o plurilaterales– como en la de hechos sociales consuetudinarios, en todos los cuales tal labor es guiada por notarios, principalmente, o por abogados asesores, y, en ella, se configuran instituciones o bien se perfilan, matizan o modifican. Esto lo hemos visto en el segundo volumen de *Metodología de la determinación del derecho*, así como de qué modo jueces y tribunales tratan de corregir sus posibles irregularidades que conducen a resultados que resulten injustos¹⁵⁶.

A la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho le compete observar esta labor conformadora, analizarla, ordenarla sistemáticamente. Le corresponde observar, analizar y ordenar ese proceso dinámico del sistema jurídico institucional observado en su aspecto funcional. Esta es la tarea que efectúo en los cuatro capítulos finales del último volumen de mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*.

13. SISTEMA DINÁMICO DE RELACIONES JURÍDICAS

El sistema de hechos jurídicos puede observarse, tal vez mejor, sistematizándolo en un sistema dinámico de relaciones jurídicas a las que pone en acción.

¹⁵⁵ *Ibid.*, Prólogo del vol. I de la obra colectiva por él dirigida, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, I, *Alto Aragón*; cfr. 2.ª ed., Barcelona, Miguel Soler, 1885, pp. 5 s.

¹⁵⁶ *II Parte sistemática*, 205-207, pp. 1067-1073, y 217-219, pp. 1134-1155.

En mi tercera Metodología al ocuparme de las relaciones jurídicas, después de referirme a su contemplación fotográfica ¹⁵⁷, advertí que, a la par de ésta, conviene observarlas en una visión cinematográfica, o sea captando el movimiento de esas relaciones, en su dinámica, y anticipé que esta dinámica se traduce en los hechos jurídicos.

Ahora bien, partiendo de que para clasificar los hechos es conveniente seguir el orden sistemático de las instituciones jurídicas en las cuales estos hechos operan, así mismo –como acabamos de recordar– en el aspecto jurídico funcional de las relaciones jurídicas también pueden ordenarse de otro modo los hechos, atendiendo a las funciones que se efectúan de manera adecuada dentro de su respectivo ámbito relacional. Este orden dinámico relacional también se integra en el sistema interno del derecho, pero éste es vivido en el seno de su sistema externo que, por todas partes, le envuelve.

Esta perspectiva –entiendo yo– la ha expuesto, muy certeramente, Alfredo Montoya ¹⁵⁸, con referencia a las relaciones laborales, poniéndolas en relación con las «relaciones humanas» vividas en cada empresa y en el ámbito de la que se denomina «cultura de empresa».

«En esta nueva concepción de las relaciones laborales en la empresa –dice Montoya–, tiene lugar una “integración de lo económico y social con la ética”, y de este modo las valoraciones éticas aparecen bajo los estándares o paradigmas del “buen empresario” y el “buen trabajador”, llamados a entenderse más que a enfrentarse, dada la existencia de una “comunidad de objetivos y de intereses” entre ambos.»

«Resulta de ello un acusado contraste entre el objeto de investigación en este dominio de juristas, de un lado, y de sociólogos, psicólogos y economistas; contraste seguramente explicable por los condicionamientos ideológicos (críticos en la superficie, acrílicos en el fondo) que en esta materia vienen pesando sobre algunos estudiosos del derecho del trabajo.

»Lo que seguramente compete hacer al laboralista del siglo XXI es proyectar su atención hacia lo que es presupuesto indispensable el conocimiento (siquiera somero) de las tendencias que la sociología y la psicología industriales, la ciencia de los recursos humanos

¹⁵⁷ *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, I, *Ordenación sistemática*, vol. I, 112, pp. 576 s.

¹⁵⁸ Alfredo MONTOYA, *La buena fe en el derecho del trabajo*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia 2001 (discurso de ingreso), III, 3, b, pp. 30-33.

y la propia economía del trabajo vienen estudiando desde hace años con intensidad y profusión de esfuerzos.

»Al jurista del trabajo compete en tal sentido investigar hasta qué punto esas modernas tendencias de interiorización por los trabajadores de los valores de la empresa se concilian o pueden chocar con la integridad de los derechos, los fundamentales en primer lugar, que esos trabajadores tienen garantizados en el sistema democrático de relaciones laborales. Pues, si entre los propios estudiosos de los “recursos humanos” se ha podido criticar la posibilidad de “efectos perversos” en las doctrinas de las “relaciones humanas” y sus derivaciones, nada más lógico que los juristas afinemos nuestro análisis para detectar posibles peligros de invasión de la esfera personal del trabajador por el sistema de ideas, creencias, valores y objetivos integrantes de la cultura de la empresa. Dicho en términos jurídicos, corresponde a la ciencia del derecho del trabajo determinar hasta qué punto el deber de buena fe del trabajador obliga a éste a asumir en bloque el que pudiéramos llamar ideario de la empresa; de cualquier empresa y no sólo de las llamadas “de tendencia ideológica”, en las que va de suyo la aceptación por los trabajadores vinculados al “desarrollo de los valores ideológicos” de estos valores. Y también corresponde a los estudiosos del derecho del trabajo precisar hasta qué punto el deber de buena fe del empresario veda a éste imponer a sus trabajadores ideas y pautas de conducta que se sitúen en la frontera entre el ámbito laboral y el de la intimidad personal, o que abiertamente pertenezcan a este último dominio. Pues, si algunas normas éticas integrantes de la cultura empresarial enlazan con naturalidad con principios consustanciales a la idea de derecho —así, el “respeto por los demás”—, otros criterios pueden resultar de más problemática aplicación, como ocurre con reglas contenidas en declaraciones empresariales de cultura como las de “decir lo que pensamos y hacer lo que decimos”, o “realizar nuestro trabajo con el mismo espíritu que tendríamos si se tratase de nuestra propia empresa o incluso de nuestra casa”, y como ocurre sobre todo en ciertas prácticas empresariales, como las desarrolladas actualmente en Silicon Valley, destinadas a producir un ser humano absolutamente laboralizado, cuyo tiempo libre es gestionado por la compañía mirando el interés de ésta, que además asume funciones de consultora familiar, psicológica y hasta religiosa; estas prácticas de integración se plasman también en las nuevas tendencias de formación *outdoor*, que persiguen la creación de un espíritu de confianza mutua a través de “juegos” en los que se asumen riesgos y objetivos en grupo.»

Ahí tenemos una perspectiva dinámica del sistema interno del derecho del trabajo puesto en relación con el sistema externo del mismo. Con ésta coexiste coetáneamente, también, otra relación de este sistema interno con el sistema general del derecho en su universalidad.

Aquí lo que interesa, y a ello se debe esta larga y sustanciosa cita, es tomar como ejemplo esta visión particularizada.

Por lo tanto, el sistema del derecho en su aspecto funcional es –como vemos– un sistema de hechos, pero también es, simultáneamente, un sistema de relaciones jurídicas observadas en su dinámica funcional, que se traduce en una serie de funciones en el entero campo del derecho. En ellas es preciso la actuación de profesionales de derecho que ejerzan la específica función que a cada una de ellas le compete.

Al científico le corresponde observarlas, exponerlas y explicarlas.