

Sentido y alcance de la sistemática jurídica

Por KARL ENGISCH

Munich

Traducción de MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

NOTA PRELIMINAR

Dentro de la abundante y excelente producción jurídico-científica de K. Engisch, su estudio titulado Sinn und Tragweite juristischer Systematik (Sentido y alcance de la sistemática jurídica) ocupa un lugar destacado. Fue publicado por primera vez en la conocida Revista «Studium Generale», 10 (1957) 173-190, siendo reeditado ahora, con otros estudios suyos, en la colección que lleva por título Beiträge zur Rechtstheorie (Frankfurt, V. Klostermann, 1984, pp. 88-125) a cargo de P. Bockelmann, A. Kaufmann y U. Klug.

Se trata de un estudio que pertenece por tanto a la etapa de madurez científica del autor, etapa adornada ya de gran fama y prestigio internacional como penalista y como teórico del Derecho. Pues cuando Engisch publica este interesantísimo estudio sobre el sentido y alcance de la sistemática jurídica, habían salido ya de su especializada pluma obras tan importantes como La unidad del orden jurídico (Heidelberg 1935), Estudios lógicos sobre la aplicación de la ley (Heidelberg 1943), La idea de la concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales (Heidelberg 1953) e Introducción al pensamiento jurídico (Stuttgart 1956), además de interesantísimos artículos sobre temas claves del Derecho penal, de la Lógica y de la Teoría del Derecho y también de Derecho médico, especialidad esta última que constituye una constante de su pensamiento y que le convierte en uno de los pioneros de su estudio unitario en la misma literatura jurídica alemana.

El objeto del presente estudio de K. Engisch es el amplio tema del sistema y de la sistematización en el Derecho, que él enfoca desde una perspectiva peculiar. En efecto, Engisch parte aquí del análisis de algunos conceptos y procedimientos lógicos centrados en el concepto de sistema lógico-deductivo, para mostrar luego de qué modo es o no es aplicable al Derecho el concepto de sistema, primero entendido el Derecho en sentido genérico y luego en cada

una de las principales ramas jurídicas, singularmente el Derecho civil, el Derecho penal y el Derecho procesal. Estimamos que su lectura producirá sin duda un gran placer intelectual a todos los especialistas de estas ramas del Derecho y en particular a quienes entre ellos se interesen por el inabarcable tema del sistema y la sistematización en el Derecho, de tan rabiosa y viva actualidad hoy en día.

No he encontrado mayores dificultades en la traducción de la hermosa y cuidada prosa científico-jurídica de K. Engisch en este artículo. Únicamente quisiera dejar constancia de haber puesto en ello el máximo esmero, procurando dar siempre con el término adecuado, tanto tratándose de la terminología lógica como de la jurídica, ya sea ésta teórica ya sea práctica; y, como siempre, me he esforzado en reproducir en lo posible el impecable estilo y modo de expresarse del autor. Me lleva a ello la convicción, aprendida de excelentes maestros de nuestro idioma, de que la nuestra no es una lengua cualquiera, no es una lengua mediocre o en vías de formación, sino sumamente rica y perfeccionada, por lo que, con el debido trabajo y la huída de la pereza, del conformismo y de la fácil presunción, es posible reproducir en ella el pensamiento expresado en otra lengua maestra, aunque sea ésta de estructura tan distinta como la germana y aunque se trate de un pensamiento científico elevado y que utiliza varios juegos de lenguaje muy especializados.

He de reconocer que pocas veces he hallado tanta satisfacción en mi labor como en esta ocasión; el mérito que pudiera tener su resultado quiero ofrecerlo desde aquí al ya anciano maestro, el Prof. K. Engisch, cuya enseñanza tuve la suerte de recibir en el ya lejano semestre de verano de 1963 en la Universidad de Munich; también al Prof. J. J. Gil Cremades, gran conocedor y divulgador de la obra de Engisch, por haberme confiado esta para mí tan grata labor. M. R. M.

I

A la Jurisprudencia es a la que con más frecuencia le ha sido denegado el carácter de ciencia. Para devolver a los juristas la fe en su especialidad, se ha procurado salvar la Ciencia del Derecho como ciencia fijando como criterios de estricta científicidad la metodología y la sistemática e indicando que ambos están presentes en la Jurisprudencia moderna. Así Julius Binder, en un artículo en los «Kantstudien» (1) y posteriormente en su Filosofía del Derecho (2), ha examinado exhaustivamente los ataques de Von

(1) J. BINDER, *Der Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft*, Kantstudien, 25 (1920), p. 32 ss.

(2) J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, 1925.

Kirchmann y de otros contra la Jurisprudencia y ha rehabilitado a ésta como ciencia apelando a su naturaleza sistemática. «Entendemos por ciencia, como es reconocido, un sistema de conocimientos objetivamente ciertos, homogéneos en su contenido y lógicamente ordenados», más brevemente: un «sistema de conocimientos» (3). «La esencia del sistema consiste en ser un cosmos... de conceptos» (4). «Por tanto la Ciencia del Derecho será ciencia si intenta obtener y construir un sistema de conocimientos objetivamente válidos de su material, las normas jurídicas, que le son dadas en estado de aislamiento» (5). «En este sentido debemos considerar también como ciencia a la Ciencia del Derecho; pues aspira a lograr un sistema de conocimientos y juicios de validez objetiva» (6). En igual sentido dice W. Sauer: «El sistema es la última gran meta de todas las... ciencias... Todo conocimiento es conocimiento sistemático» (7).

II

Suscrita la rectitud básica de esta tesis de Binder, la próxima cuestión se refiere a la índole y modo de la sistemática científico-jurídica. Es sabido que dentro de la Lógica y de la Teoría de la Ciencia modernas ha sido puesto de relieve un ideal sistemático que se denomina *método axiomático*. A este ideal difícilmente puede ajustarse la Ciencia del Derecho. El método axiomático consiste, según H. Weyl, en «reunir íntegramente todos los conceptos y hechos fundamentales de los que puedan derivarse por definición, o bien por deducción, todos los conceptos y proposiciones de una Ciencia» (8). David Hilbert debe ser considerado como uno de los más destacados pioneros de este método en nuestro tiempo. De él proceden las tan citadas palabras: «Todo lo que puede ser objeto en absoluto de pensamiento científico, en tanto es apto para construir una teoría, incide en el método axiomático y, con ello, mediatamente en la Matemática. Bajo el signo del método axiomático, la Matemática aparece llamada a tener un papel prominente en la Ciencia en general» (9). Hilbert aplicó el método axiomático sucesivamente a la Geometría, a la Aritmética y a la Lógica teórica. De la mano de los «Elementos de Lógica teórica», compuestos por él juntamente con W. Ackermann, se puede lograr una buena imagen de ese método y ante todo cierta-

(3) J. BINDER, *Philos.*, p. 838 s.

(4) J. BINDER, *Philos.*, p. 840.

(5) J. BINDER, *Philos.*, p. 841.

(6) J. BINDER, *Philos.*, p. 843.

(7) W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1940, § 22, p. 171.

(8) H. WEYL, *Philosophie der Mathematik und Naturwissenschaft*, 1927, p. 16; cfr. además CARNAP, *Abriß der Logistik*, 1929, p. 70 s.; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, p. 54 s.

(9) Citado según A. FRAENKEL, *Einleitung in die Mengenlehre*, 3.ª ed., 1928, p. 339.

mente en primer lugar respecto a la sistemática de proposiciones. Así el denominado «cálculo de enunciados», como sistema de todas las «combinaciones de enunciados siempre exactos», es presentado en forma axiomática, de tal modo que «entre las combinaciones de enunciados siempre exactos, se hace una selección y luego se dan reglas formales, según las cuales pueden derivarse de aquéllas todas las restantes fórmulas siempre exactas» (10). Aquí hemos de distinguir tres cosas:

1. Las fórmulas fundamentales (axiomas), de las que han de derivarse todas las demás fórmulas siempre exactas y de las cuales fueron establecidas cuatro por Hilbert-Ackermann en el cálculo de enunciados.

2. Las fórmulas derivadas de esos axiomas.

3. Las reglas conforme a las cuales procede la derivación, y de las cuales fueron establecidas dos por Hilbert-Ackermann en el cálculo de enunciados: la regla de sustitución y el esquema de inferencia.

Ausencia de contradicción, independencia e integridad son las exigencias que se plantean al propio sistema de axiomas y que aparecen cumplidas en el cálculo de enunciados. Lo esencial y digno de atención para los juristas me parece ser que la derivación de las «demás fórmulas siempre exactas» se efectúa en cierto modo mecánicamente de los axiomas mediante las reglas de derivación. No son necesarios actos cognitivos complementarios, es más, tales actos contradicen los principios. Carnap lo expresa así —él denomina al respecto «teoremas» a las fórmulas derivadas—: «Según la concepción moderna, la derivación de teoremas debe ser una pura deducción lógica. En ella no se debe, por tanto, hacer referencia, por ejemplo, a la intuición..., y no debe ser utilizado ningún conocimiento de los objetos de la teoría fuera del que está expresado en los axiomas» (11).

Por lo que atañe a los *conceptos* (los «conceptos fundamentales» y los conceptos derivados) utilizados en el sistema, a los que hace referencia la formulación de Weyl, hay que decir que, o están definidos «implícitamente» por los axiomas, o están desarrollados como en el sistema de proposiciones (de enunciados, de fórmulas) en un sistema de conceptos axiomáticamente construido. Dentro de este sistema hay que distinguir, como elementos lógicos, conceptos fundamentales, conceptos derivados y definiciones. «Ciertos conceptos, los "conceptos fundamentales", han de ser puestos al principio sin definir. Todos los demás conceptos serán definidos a partir de estos conceptos fundamentales como conceptos derivados en un desarrollo paso a paso ("definiciones en cadena")». Los conceptos fundamentales tienen que ser sufi-

(10) D. HILBERT - W. ACKERMANN, *Grundzüge der theoretischen Logik*, 2.^a ed., p. 23.

(11) CARNAP, *Symbolische Logik*, 1954, p. 147.

cientes para definir los restantes conceptos, las definiciones tienen que evitar contradicciones y, además, los conceptos fundamentales no deben ser definibles separadamente (12).

Recientemente se habla también de un «sistema constitutivo de términos». Con respecto a este último expone Bochenski (13): «Un sistema axiomático moderno no sólo contiene axiomas, reglas de inferencia y enunciados derivados, sino también —y ante todo— un denominado sistema constitutivo, que puede ser considerado como un sistema axiomático de términos». También aquí es posible distinguir tres clases de elementos lógicos:

1. Los términos fundamentales indefinidos.
2. Los nuevos términos formados a partir de aquellos términos fundamentales por medio de las reglas de definición y de transformación.
3. Las propias reglas de definición y de transformación, mediante las cuales se formarán los nuevos términos a partir de los términos fundamentales.

Sin tener que entrar ahora en una más amplia discusión lógica de estos diferentes aspectos de la Axiomática y su relación mutua, podemos decir que el ideal científico que aquí se propone no es posible realizarlo en la Jurisprudencia, o en todo caso lo es sólo muy parcialmente. Por lo que se refiere a este último extremo, Carnap ha formulado de todos modos un sistema axiomático para la doctrina jurídica del parentesco (14). ¿Cuáles son las peculiaridades de la Jurisprudencia que se oponen a una aplicación con éxito del método axiomático?

1. Si queremos contestar a esta pregunta, me parece oportuno ante todo y en primer lugar contemplar los *conceptos* jurídicos y las posibilidades de su «constitución». A este respecto es obvio dirigir de inmediato la mirada a los conceptos fundamentales del Derecho y derivar de ellos otros conceptos. De esta manera procedió Stammler. Siguiendo las huellas de Kant, buscó «categorías» del Derecho como «modos formales unitarios de ordenar» la masa de los fenómenos jurídicos individuales como condiciones de la posibilidad de la Jurisprudencia como ciencia. «Un tratamiento científico del Derecho sólo puede consistir en que la tan dispersa y variada materia de las cuestiones jurídicas es asumida y comprendida de un modo y manera absolutamente unitarios. Para ello es necesario aquel método unitario de consideración recapituladora como lo es el de los conceptos jurídicos fundamentales. Sólo bajo su condición puede suceder..., que se explique cómo una cuestión particular se integra en sentido unitario en el conjunto de la consideración del Derecho» (15). En la búsqueda

(12) CARNAP, *Abriß*, p. 70 s.

(13) BOCHENSKI, *Die zeitgenössischen Denkmethode*, 1954, p. 81 s.

(14) CARNAP, *Symb. Log.*, p. 191 ss.

(15) STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, § 109.

de estos conceptos fundamentales, Stammler no procede, sin embargo, analíticamente: «No es suficiente analizar meramente en su peculiaridad una materia jurídica limitada para obtener las categorías del Derecho de validez general» (16); más bien lo que hace es desarrollar los conceptos fundamentales del Derecho a partir de los atributos del concepto de Derecho, que él por su parte ha mostrado por medio de la «reflexión crítica» sobre el «método unitariamente ordenador» y que resume en la conocida definición: «El Derecho es el querer vinculante, autocrático e inviolable» (17). De «las cuatro direcciones básicas de ideas»: querer, vincular, autocracia, invulnerabilidad, resultan las categorías jurídicas sujeto de Derecho, objeto de Derecho, fundamento jurídico, relación jurídica, soberanía del Derecho, sometimiento al Derecho, juridicidad y antijuridicidad. Si se enlazan entre sí «estos conceptos fundamentales del Derecho simples», resultan conceptos fundamentales compuestos, como vinculación jurídica (compuesto de fundamento jurídico y sujeto de Derecho), disponibilidad jurídica (compuesto de fundamento jurídico y objeto de Derecho), establecimiento del Derecho (compuesto de soberanía del Derecho y sujeto de Derecho), competencia jurídica (juridicidad + sujeto de Derecho), deber jurídico (juridicidad + objeto de Derecho), culpabilidad jurídica (antijuridicidad + sujeto de Derecho), validez jurídica (juridicidad + fundamento jurídico), precepto jurídico (juridicidad + soberanía del Derecho), etc. En total resultan veinticuatro «conceptos fundamentales del Derecho obtenidos por contracción». A ellos se añaden aún todavía los conceptos fundamentales «puestos en serie», que están llamados a ordenar temporal o lógicamente cada querer jurídico particular, como, por ejemplo, comienzo del Derecho, modificación del Derecho, disolución del Derecho, certeza jurídica, diversidad jurídica.

No vamos a discutir más ampliamente esta tabla de conceptos fundamentales. Como el mismo Stammler subraya, tanto con los conceptos fundamentales simples como con los derivados, no conseguimos llegar más allá de los «modos metódicos de la determinación ordenadora», es decir, de las formas de pensar puramente jurídicas (18). La constitución de un sistema de conceptos jurídicos, material y prácticamente utilizables, correspondiente a un determinado orden jurídico «concreto», no es así posible ni se pretende. Hay que caer en la cuenta de que aquí no aparecen ni una sola vez conceptos relativamente generales, tales como acción jurídica, declaración de voluntad, negocio jurídico, contrato, delito, pena, acto administrativo. Obviamente en tales conceptos entra ya tanta «materia», que ya no pueden ser derivados de los conceptos fundamentales. ¿De dónde proviene esta materia? ¿Cómo podremos adueñarnos de ella mentalmente?

(16) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 110.

(17) STAMMLER, *Lehrbuch*, §§ 5, 22 ss., 47.

(18) STAMMLER, *Lehrbuch*, §§ 109, 112.

Dado que es absolutamente conforme a la esencia del «método axiomático» partir del «estado histórico de una ciencia», para indagar, mediante el análisis lógico de los conceptos, métodos y pruebas en ella contenidos, los principios exigibles para su fundamentación y derivar de ellos deductivamente la ciencia (19), es recomendable seguir de momento una vía opuesta al método stammleriano y partir de un concepto jurídico relativamente concreto, como el concepto de «contrato», para examinar si puede ser útil, y hasta qué punto, reducirlo a «conceptos fundamentales», mediante los cuales pudiera ser constituido. El concepto de contrato es definido para el Derecho civil alemán más o menos como un negocio jurídico que contiene declaraciones de voluntad, recíprocas y concordantes, de dos o más partes (20). Cada atributo utilizado aquí en la definición es él mismo un concepto que precisa ser definido. Así el concepto de «declaración de voluntad». Podría ser definido como una «exteriorización de la voluntad privada dirigida a producir una consecuencia jurídica» (21). La «exteriorización de la voluntad» es, a su vez, un modo específico de acción jurídica. «Acción», por su parte, es «causar un resultado externo querido o previsible» (22). Así nos aproximamos más y más a ciertos conceptos generales, como «querer», «prever», «resultado», «causar», que ciertamente no son definibles, pero cuya definición no sólo conduce a «conceptos fundamentales puros» a la manera stammleriana (entre los cuales podrían contarse en todo caso los de «fundamento jurídico», «sujeto de Derecho»), sino también y preferentemente a los últimos elementos empíricos de representación conceptual pertenecientes a la «imagen socio-natural del mundo» (23). Es fácil darse cuenta que estos últimos elementos empíricos de representación conceptual, a los que recurren las definiciones, no constituyen en conjunto un grupo dominable a simple vista y en sí concluso, como los conceptos fundamentales de una disciplina matemática o como los «conceptos fundamentales puros» de Stammler, sino que aquéllos, a los que nosotros apenas nos atrevemos en absoluto a llamar «conceptos fundamentales», son tan numerosos como los aspectos que el mundo socio-natural nos ofrece. Con ello se demuestra lo inútil de un esfuerzo tendente a ordenar los conceptos de un sistema jurídico concreto de tal modo que los conceptos fundamentales sean puestos indefinidos al principio y los demás conceptos se definan a partir de estos conceptos fundamentales como conceptos derivados en un desarrollo paso a paso. En cada nuevo concepto jurídico se aglutina nueva materia, que no puede ser determinada por medio del resultado conceptual preexistente. En todo

(19) Así FRAENKEL, *Mengenlehre*, p. 268.

(20) Así, por ej., ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 1928, § 137, II.

(21) ENNECCERUS, *Lehrbuch*, § 128, III, 1, § 136, II A.

(22) ENNECCERUS, *Lehrbuch*, § 128 I.

(23) Cfr. sobre ello ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 1950.

caso es posible coordinar esta materia con un *grupo* de elementos de representación conceptual, por ejemplo, con el grupo «persona jurídica», o «capacidad de obrar», o «acción jurídica» o «consecuencia jurídica». Con lo cual se tendría ciertamente un punto de apoyo para la sistematización. Pero con ello el ideal científico del método axiomático-deductivo no se habría realizado.

2. Si pasamos ahora al otro aspecto del método axiomático: la construcción de un sistema de *enunciados*, dentro del cual ciertos enunciados (los axiomas) son puestos al principio como indemostrables y los demás son deducidos de ellos, me viene a la memoria la observación de un antiguo oyente, con quien conversé sobre la relación entre Jurisprudencia y Matemática, y que muy agudamente observó: la diferencia entre ambas disciplinas consiste en que en la Matemática se deriva mucho de pocos principios, mientras que, sin embargo, en la Jurisprudencia se deriva poco de muchos principios. Ahora bien, pudiera ser ciertamente que lo decisivo no fueran la cantidad de axiomas y la abundancia de lo derivable, si bien la ventaja de un sistema construido axiomáticamente en la Matemática y en la Lógica podría consistir, en no escasa medida, en que de un pequeño grupo, fuertemente limitado y previsible, de proposiciones iniciales, puede derivarse una multitud imprevisible de otras proposiciones. (Hasta qué punto juegan aquí un papel «razones estéticas» tiene que quedar en suspenso) (24). Será y seguirá siendo decisivo lo que ocurra con el rigor de la deducción en cuanto tal y hasta qué punto los principios establecidos cumplen los postulados de integridad, ausencia de contradicción e independencia.

Ahora bien, por lo que se refiere ante todo a la derivación como tal, ésta puede ser en su estructura lógica exactamente tan intachable en la Jurisprudencia como en cualquier otra disciplina que opere deductivamente. Pero, mientras que en una disciplina matemática, tratada axiomático-deductivamente, la deducción formal es casi la cosa misma, en la Jurisprudencia sólo aparece más bien como un andamio de las ideas. Pues aquí ha de dominarse tanta materia en cada paso lógico, que lo puramente deductivo pasa a segundo plano en relación con los actos cognitivos exigibles. Si un principio jurídico (por mí: un «axioma») dice por ejemplo «pacta sunt servanda», al añadirse la premisa menor que entre dos personas se ha concluido un contrato, podría seguirse forzosamente, según las reglas de la deducción lógica, que también este contrato tiene que ser mantenido y cumplido. Pero la premisa menor añadida, que afirma la conclusión del contrato concreto, exige tantas constataciones fácticas, cargadas de dudas, y subsunciones jurídicas, que el modo y manera lógicos del silogismo, llámase «modus barbara» o «modus ponens» o preséntese en figura logística,

(24) Cfr. sobre ello BOCHENSKI, *Denkmethoden*, p. 80 s.

sólo aparece como marco, pero no como portador de la derivación (25).

Pero, además de esto, aquel principio lacónico-exacto de la vinculatoriedad de los contratos, aunque también sin declararlo, presupone por su parte tantas condiciones aclaratorias y restrictivas inexactas, a saber, condiciones de «validez» del contrato, que con ello deviene muy cuestionable su aptitud para ser «axioma» o premisa de derivación lógica. También aquí se infiltra adicionalmente conocimiento material en la deducción. Ahora se puede decir también: los principios jurídicos, de los que aparentemente se deduce, son anulados y restringidos por otros principios jurídicos, de modo que ya no es posible un simple derivar, sino que tienen que sobrevenir decisiones que dictaminen qué principio precede en rango a los otros. Así el principio de fidelidad al contrato es desplazado por el principio que dice que los negocios jurídicos, que se han concluido por fuerza o con engaño, no pueden ser vinculantes. Sólo es entonces posible pensar en un deducir si se pudiera fijar en un axioma el propio orden jerárquico de los diferentes principios. Esto también es posible hasta un cierto grado. Pero es completamente imposible que el orden jerárquico resulte a veces únicamente de la situación concreta, para la cual la decisión sólo en apariencia será hallada deductivamente. Si, por ejemplo, el principio de fidelidad al contrato es restringido por el principio de que el obligado por el contrato no debe ser constreñido a prestaciones completamente «inexigibles», esto depende totalmente de las «circunstancias especiales» (26). Es una deducción aparente si yo establezco un axioma con este contenido: «El deudor contractual está obligado a la prestación estipulada contractualmente en tanto la prestación no sea inexigible según las circunstancias especiales», y si luego derivó de este principio que el deudor contractual *in concreto* está obligado, o respectivamente, no está obligado, según que las *circunstancias especiales* permitan que la prestación aparezca como exigible o inexigible. Por ello me parece también una formulación demasiado optimista la de Esser (27), cuando habla de una tendencia de los principios jurídicos a un esquema de supraordenación y subordinación lógicas, por medio del cual «la materia se funde en un mínimo de axiomas, utilizables en todas partes y objetivamente fecundos, así como de conceptos capaces de derivación». No obstante, la tendencia como tal no puede ser discutida.

Nos contentamos con estas observaciones críticas para mostrar que el ideal del método axiomático-deductivo no puede ser realizado en la Jurisprudencia. Con más precisión ha investigado

(25) Cfr. sobre ello mis *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1943. Además BRUSIIN, *Über das juristische Denken*, 1951, p. 104 s. y VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, p. 60 s.

(26) Cfr. sobre ello por ej. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 1953, p. 83 ss.

(27) *Grundsatz und Norm*, 1956, p. 7.

Viehweg recientemente, en su interesante trabajo «Tópica y Jurisprudencia», el alcance de la Axiomática para la Jurisprudencia (28). En parte con otros argumentos, él llega igualmente a la conclusión de que las conexiones lógicas de fundamentación en el campo de la Ciencia del Derecho «no satisfacen ni por aproximación las pretensiones actuales deductivo-sistemáticas». En especial hace referencia a la selección «lógico-arbitraria» de los principios con contenido objetivo y de los conceptos fundamentales al establecer un sistema jurídico, así como a la incontabilidad de las derivaciones lógicas, en tanto éstas utilicen un «modo de expresión genuino», y también a la necesaria intervención de interpretaciones «tópicas» para suprimir contradicciones, rellenar lagunas y aplicar el Derecho al hecho vital concreto.

III

¿Hemos de considerar este resultado como un fracaso de la idea de sistema y resignarnos? No creo que esto sea necesario. Puede que el método axiomático sea un método científico ideal, pero no es «el único que salva» entre los métodos de sistematización científica. El papel preeminente que Hilbert creía deber reivindicar para la Matemática bajo el signo del método axiomático, sólo le corresponde en un reducido ámbito. Hemos comprobado con suficiente frecuencia que las buenas experiencias científicas que se han hecho con un método en un determinado campo han conducido a una sobreestimación de la importancia general de ese método y con ello también a una desnaturalización de tal método por forzados intentos de trasladarlo a todos los campos imaginables. No nos dejemos pues desconcertar por una tal fascinación. ¡Guardémonos también de «complejos de inferioridad»! Toda Ciencia está, parodiando la famosa frase de Ranke, «igualmente cercana a Dios». Preguntemos más bien con toda confianza de qué modo el jurista debe sistematizar con plenitud de sentido, si es que el método axiomático-deductivo le está vedado (29).

Para llegar a una respuesta más precisa, es necesario ante todo distinguir dos dimensiones de pensamiento jurídico que nosotros hasta ahora no hemos separado todavía, porque no se exigía incondicionalmente, a saber, la dimensión de establecer un orden jurídico y la del conocimiento de un orden jurídico previamente dado (30). Por lo que se refiere *al sistema dentro del orden jurídico como tal*, pensemos ahora solamente en el establecimiento de un sistema jurídico *concreto*, o de una parte de él, mediante la *legislación*.

(28) VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, § 7.

(29) Cfr. también las explicaciones de H. Coing sobre el concepto estricto y amplio de sistema en *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden, 1956, p. 26 s.

(30) Cfr. la similar distinción en VIEHWEG, *Topik*, p. 54.

Se ha dicho con frecuencia que el legislador, al elaborar un código, tiene que proceder sistemáticamente. Pero, ¿en qué sentido puede valer este requerimiento y en qué medida es capaz de ser cumplido? Por cierto que con ello sin más no se consigue que el legislador evite «contradicciones de normas», por tanto que prohíba y permita o prohíba y preceptúe a la vez una cierta manera de comportamiento. Además de ello el orden jurídico debe presentar un sistema armónico de valoraciones fieles a los principios. ¿Qué quiere decir esto y qué significa? En mi libro, aparecido en 1935, *La unidad del orden jurídico*, traté de explicar diferentes referencias «sistemáticas» dentro de un orden jurídico. Ahora quisiera considerar el problema bajo otros aspectos más concretos, para no ser demasiado prolijo y tampoco demasiado abstracto.

El ya fallecido agudo criminalista L. Zimmerl ha dedicado, al comienzo de los años treinta, dos extensos trabajos especialmente al *problema del método sistemático en la legislación penal*: uno sobre la «construcción del sistema jurídico penal», del año 1930, y otro sobre el «método de trabajo jurídico-penal de *lege ferenda*», del año 1931. Zimmerl parte aquí de este postulado: «El orden jurídico penal debe ser un orden y no un desorden, tiene que ser un todo unitario, sin contradicciones internas, un cosmos y no un caos» (31). Esto supone «que el sistema jurídico-penal tiene que basarse en una o algunas ideas fundamentales, que no estén en contradicción mutua y lógicamente consecuentes». La elección de las ideas fundamentales se efectúa «según puras consideraciones finalistas», según puntos de vista «de política criminal». Pero la «construcción posterior» está luego «predecidida» en amplia medida por la elección de los fundamentos. Sólo en tanto esto no ocurra, «pueden ser invocados nuevamente puntos de vista de política criminal para la decisión». En cambio en cuanto se encuentre una «predecisión sistemática» mediante la elección de los fundamentos, tienen que ser evitadas las «contradicciones del sistema». Tales contradicciones del sistema existen cuando en una obra del espíritu, que ha sido erigida sobre una determinada idea fundamental, se introduce posteriormente una idea fundamental opuesta; si, por ejemplo, dentro de un sistema jurídico-penal, que se ha decidido por la idea fundamental de que se debe expiar la culpa, surge alguna vez la idea de que la clase de pena y la cuantía de la pena se deben determinar según la peligrosidad del autor para la generalidad. De esta clase de «contradicciones del sistema» inadmisibles distingue Zimmerl las «desviaciones del sistema» admisibles, como, por ejemplo, la renuncia a la pena en caso de muy pequeña culpabilidad, a pesar de que se mantenga el principio de que el Derecho penal debe expiar la culpa. Mientras que las contradicciones del sistema generan problemas jurídicos apa-

(31) L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, p. 2.

rentes, las desviaciones del sistema no causan perturbaciones. Ahora bien, por lo que se refiere a la decisión político-criminal en favor de una idea fundamental, el legislador penal puede, según Zimmerl, elegir entre cuatro sistemas. Según que elija como fundamento primario el principio de penalización del hecho individual o el de penalización de la personalidad, y como fundamento secundario el principio de penalización de la culpabilidad o el de la penalización de la peligrosidad, consigue un Derecho penal del hecho individual-culpabilidad o un Derecho penal del hecho individual-peligrosidad, etc. El sistema tradicional, y según Zimmerl el recomendable para el futuro, es el mencionado en primer lugar; el mencionado en segundo lugar sirvió de base al famoso proyecto del modernista italiano E. Ferri, del año 1921 (los otros sistemas sólo son propiamente construcciones doctrinales). Por lo que atañe al Derecho penal tradicional del hecho individual-culpabilidad, existen de nuevo varias posibilidades de configuración, que obligan a predecisiones sistemáticas. El legislador puede, en efecto, hacer que la penalización dependa del presupuesto de un injusto externo («sistema objetivo») o meramente del presupuesto de una decisión volitiva defectuosa («sistema subjetivo»). En el último caso toda tentativa inidónea, por ejemplo la tentativa de abortar el fruto de la concepción con un medio absolutamente inidóneo, es digna de pena y punible, mientras que la penalización de una tentativa de esta índole en el marco de un «sistema objetivo» constituye una auténtica contradicción del sistema. Nos llevaría demasiado lejos si quisiéramos adoptar una postura crítica más concreta sobre estas ideas (32). Lo que nos parece instructivo en las investigaciones de Zimmerl es que, por un lado aparece posible una sistemática en el sentido de que el legislador establece ciertas ideas fundamentales (principios), que tiene presentes al establecer las normas jurídicas individuales, y que, por otro lado, sin embargo, esta sistemática no obliga a ninguna consecuencia absolutamente vinculante. Puede ciertamente ser deseable que el legislador, al elaborar un conjunto de normas jurídico-penales, se oriente por un complejo de principios, como el que se contiene en el Derecho penal «en sentido objetivo» del hecho individual-culpabilidad, en el que, por tanto, la pena aparezca de una vez por todas como expiación por lesión culpable concreta o puesta en peligro de bienes jurídicos (vida, cuerpo, libertad, honor, propiedad, etc.). Pero hay «desviaciones en el sistema», e incluso las contradicciones del sistema no están en absoluto excluidas, por más que puedan actuar tan extraña y moleestamente. Siguiendo con el ejemplo de la tentativa inidónea, dentro de un Derecho penal retributivo objetivamente orientado por el esquema hecho individual-culpabilidad, tal tentativa puede tener el aspecto de

(32) Séame permitido referirme aquí a dos recensiones que han salido de mi pluma en el *Monatsschrift für Kriminalpsychologie*, t. 22, 1931, p. 375 ss. y en el *Kritische Vierteljahresschrift*, 3. serie, t. 27, p. 223 ss.

una construcción aneja contraria al estilo, pero, sin embargo, su penalización es lícita y viable. Asimismo el § 20 de nuestro Código penal, que amenaza al «delincuente habitual peligroso» con una pena elevada, pudiera también ser difícilmente compatible con la estructura del Derecho penal del hecho individual-culpabilidad. Mas su normatividad y aplicabilidad no ofrecen duda alguna. Por consiguiente, nuestras explicaciones sobre los límites de la deducción lógica en el ámbito jurídico se refuerzan de nuevo. La deducibilidad axiológica, tal como ésta se nos ofrece, para nuestra satisfacción, en un sistema jurídico fiel a los principios, no es absoluta. «Contradicciones de normas», en el sentido exacto antes indicado, son ciertamente insostenibles. Pueden ser tan inaceptables como son insostenibles para el lógico los juicios contradictoriamente opuestos. En cambio otras clases de contradicciones del sistema son ciertamente incómodas, pero no por eso afectan en general a la obligatoriedad de las regulaciones respectivas (33). La idea de sistema se muestra aquí, hasta un cierto grado, como un mero postulado.

Todavía hemos de dedicar una atención especial a una clase de sistema jurídico, a saber, al sistema *teleológico*. Precisamente ya en la sistemática del Derecho penal antes tratada se observan impactos teleológicos. En efecto, en tanto las «ideas fundamentales» para el sistema jurídico-penal sean elegidas según puntos de vista de finalidad —lo que, sin embargo, sólo ocurre parcialmente, puesto que en el Derecho penal juegan también un papel los puntos de vista morales y las consideraciones de justicia—, las normas jurídicas que se refieren a esas ideas fundamentales están determinadas teleológicamente. A esto se añade que las normas están armonizadas entre sí como un sistema de medios para la realización de los fines supremos del Derecho penal. Esto se observa, por ejemplo, en la regulación del sistema de penas, cuando una clase de pena complementa a otra (por ejemplo, una pena adicional, como la pérdida de los derechos cívicos, a la pena principal de privación de libertad, o también una pena pecuniaria a la pena de privación de libertad); o cuando la lucha contra una peligrosidad específica, que no es compatible con el principio de retribución por culpa, se logra con medidas especiales de seguridad (internamiento preventivo para delincuentes habituales peligrosos, o establecimientos de curación y cuidado para delincuentes con trastornos mentales). Las diferentes clases de penas, de marco penal y de medidas, no constituyen en Derecho penal un agregado arbitrario, sino un sistema teleológico. Lo mismo puede decirse del sistema de los tipos de delito, que recíprocamente se complementan en orden a un sistema, pleno de sentido, de protección de los bienes jurídicos.

(33) Sobre ello más concretamente mi *Einheit der Rechtsordnung*, 1935, p. 41 ss., y mi *Einführung in das juristische Denken*, 1956, p. 156 ss.

Mas ahora hemos de considerar todavía otro sistema jurídico parcial de carácter teológico, siendo mérito de Fritz v. Hippel haberlo analizado más de cerca. En su artículo «Sobre la legalidad de la sistematización jurídica» (34), aparecido en 1930, V. Hippel ve al legislador civil colocado ante una decisión básica, de modo similar a como Zimmerl veía al legislador penal, a saber, la de contestar a la pregunta: «¿Deben las relaciones recíprocas de los miembros que componen la comunidad jurídica ser establecidas por el Estado de modo continuo y definitivo, o debe quedar al arbitrio de aquéllos la elección de las nuevas máximas adecuadas de comportamiento que determinen su conducta recíproca futura?». ¿Deben, por tanto, los miembros de la comunidad jurídica estar sujetos a una planificación y dirección estatal universal, o debe concederse un campo a la «autonomía privada»? En el primer caso «se llega a la idea de una comunidad jurídica, en la que toda la vida social de los miembros que la componen es ordenada de oficio permanentemente, por ejemplo, los órganos competentes deciden de modo definitivo sobre la división del trabajo y de la renta, sobre la celebración y disolución del matrimonio y sobre todas las demás relaciones sociales de los miembros de la comunidad jurídica» (35). Podemos vislumbrar, en base a diversas experiencias parciales, el aparato burocrático y procedimental que tendría que ser establecido y mantenido para poner en práctica este sistema. Ciertamente aún así se trataría de un sistema teleológico. Más interesante es, no obstante, el sistema basado en la autonomía privada. A la elección de este sistema va unida una «obligación de respuesta positiva a las preguntas inmanentes y permanentes, sólo con cuya regulación se... realiza una tal organización». Dos ámbitos de cuestiones se perfilan de inmediato: el del negocio jurídico y el de la obstaculización del tráfico negocial. Cada ámbito de cuestiones comprende a su vez varios problemas, que «se hallan entre sí en una relación constructiva estable» (36). Así particularmente, por lo que se refiere a la regulación del negocio jurídico, qué posiciones jurídicas previas deben someterse a una disposición privada; quien tiene capacidad de disposición; bajo qué presupuestos y con qué formas pueden hacerse las disposiciones. Con respecto a la «obstaculización del tráfico negocial» se trata de intervenir jurídicamente cuando la inacción, el modo inadecuado de expresarse, el error, la coacción y cosas semejantes, ponen en peligro el desenlace sin obstáculos del tráfico jurídico-privado. Al contestar a estas preguntas el legislador dispone de un amplio margen de actuación. Pero lo cierto

(34) Sobre él véase también ahora ESSER, *Grundsatz und Norm*, 1956, p. 5 s.; cfr. también W. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, 1936, p. 170 ss., en especial 178 ss., recapitulando p. 224 s.

(35) FRITZ v. HIPPEL, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*, 1930, p. 5.

(36) FRITZ v. HIPPEL, *Jur. Systembildung*, p. 7.

es que el legislador tiene que contestar a ellas y que deben ser convenientemente contestadas. Por tanto, un legislador prudente se esforzará también aquí por conseguir un sistema teleológico. Todo orden jurídico-privado positivo debe interpretarse y valorarse como una respuesta histórica a las «preguntas inmanentes y permanentes» que están planteadas por la decisión en relación con la autonomía privada.

Si echamos todavía una mirada al *Derecho procesal*, vemos que ya Radbruch y Hegler han indicado que aquí impera un sistema teleológico, en cuanto que ciertas disposiciones de procedimiento deben esclarecerse partiendo de principios que están al servicio del fin específico del proceso, como, por ejemplo, el principio dispositivo en el Derecho procesal civil y el principio inquisitivo en el Derecho procesal penal (37). Precisamente con respecto al Derecho procesal expone Hegler: «El fin sólo revela el sentido y el contenido de las normas jurídicas y el contexto del fin el significado de cada norma individual...» (38). Mas el fin del Derecho procesal, y al mismo tiempo el «punto de partida y de unidad del sistema», es la «protección jurídica», «la salvaguardia del Derecho material» (39). Con este fin supremo se plantea otra vez una serie de cuestiones sobre los órganos permanentes de protección jurídica, sobre los medios y formas de protección jurídica, sobre el «modus procedendi», sobre la manera y modo de incoación del proceso (¿principio de denuncia, procedimiento de oficio?). En su regulación concreta existe una vez más una cierta libertad.

Precisamente sobre este último punto quisiéramos haber llamado especialmente la atención con respecto a todo sistema teleológico. Un tal sistema, en efecto, como muestran claramente los trabajos mencionados, ha de estar dotado de una cierta deducibilidad interna, en cuanto que, en efecto, si ha de alcanzarse el fin, tienen que ser solucionados jurídicamente ciertos problemas; pero, por otro lado, el sistema es también a la vez elástico, en cuanto que el modo y manera de la solución de los problemas queda en gran medida a discreción legislativa —si bien, no de su voluntad, sino de su razón— (40).

IV

Las consideraciones del punto III estuvieron dedicadas al denominado sistema «*interno*» del Derecho, que con frecuencia no se presenta accesible en todas sus partes, sino que sólo por medio

(37) RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, Frank-Festgabe, I, 1930, p. 159; HEGLER, *Tübinger Festgabe*, 1931, p. 216 ss.

(38) HEGLER, *Tüb. Festgabe*, p. 231.

(39) HEGLER, *Tüb. Festgabe*, p. 234 ss.

(40) Cfr. sobre el conjunto también W. BURCKHARDT, *Methode*, p. 121 ss., en especial p. 130 s.

del conocimiento científico es posible elevarlo al plano consciente. Pero el Derecho se nos presenta también en los Códigos modernos con un sistema «externo», es decir, con una participación visible de un complejo de preceptos jurídicos en la forma de una división en «libros», «partes», «secciones», «títulos», que en cada caso comprenden grupos mayores o menores de normas congéneres y que, incluso en el orden en que aparecen, revelan algún tipo de relación, por ejemplo, la de la «vecindad más cercana». El sistema externo reflejará hasta un cierto grado al sistema interno (41). Pero precisamente porque el sistema interno no se manifiesta en parte a la mirada que se queda en la superficie, el sistema externo las más de las veces sólo puede hacer patentes aspectos particulares de la sistemática interna, probablemente hasta puede estar configurado según puntos de vista que poco tienen que ver con esta sistemática interna. Esto último podría decirse, por ejemplo, de la tan corriente división externa de los Códigos en Parte general y especial. Ciertamente esta división puede servir también para expresar la diferencia esencial entre ideas fundamentales generales e ideas jurídicas especiales subordinadas. Pero en parte esa división sólo sirve a propósitos técnico-legales. Habrá elementos comunes a muchos preceptos jurídicos que, como dice la frase estereotipada, estarán «cogidos con pinzas» y seguirán regulados en la Parte general. El sentido y alcance de esta clase de disposiciones generales sólo se obtienen en conexión con otros preceptos, especialmente con los de la Parte especial. De tal clase son, por ejemplo, los preceptos sobre los plazos y términos en el BGB y los relativos a la prestación de caución en la Ley procesal civil (ZPO); pero probablemente también los preceptos sobre capacidad negocial en el BGB y sobre la imputabilidad en el Código penal. Esto no excluye que también aquí se manifiesten partes del sistema interno, como, por ejemplo, en la regulación de la imputabilidad momentos de la idea general de culpabilidad. Pero el aislamiento de estos momentos en la Parte general oscurece la sistemática interna en vez de hacerla visible.

Mas si nos atenemos a aquella sistemática externa, que responde a la interna, podríamos constatarla por ejemplo —si bien cargada de defectos y vicios de índole diversa— dentro de la Parte especial del Derecho civil de obligaciones y dentro del Código penal. Coing indica que, por ejemplo, la reunión de los preceptos sobre el contrato de compraventa en un título especial del BGB, depende de que «estas disposiciones se refieran a un desarrollo determinado de la vida social» (42).

Pero si ahora se me permite detenerme en el ejemplo que me cae más cercano, el del Código penal, es bien sabido que, para

(41) Véase sobre ello por ej. BAUMGARTEN, *Die Wissenschaft vom Recht*, I, 1920, p. 344 s.; PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, § 13 s., espec. p. 142 s., 151 s., 164 s., 176 s.; G. DULCKEIT, *Deutsche Rechtswissenschaft*, IV, 1939, p. 352 s.

(42) COING, *Systemgedanke*, p. 27.

reunir figuras delictivas junto con sus respectivas conminaciones punitivas en «secciones» especiales, es básica la idea de bien jurídico (43). Serán tratadas juntamente aquellas acciones punibles que se oponen al mismo bien jurídico o a bienes jurídicos afines, por ejemplo, los delitos contra el honor en la sección 14, los delitos «contra la vida» en la sección 16, los delitos contra la «integridad corporal» en la sección 17, etc. Dejamos de lado por ahora las quiebras del principio. Por lo que se refiere al orden sucesivo de las secciones, también aquí juega un papel decisivo la idea jurídica, en cuanto que el orden sucesivo de las secciones se orienta por la afinidad interna de los bienes jurídicos atacados. Así se suceden inmediatamente uno tras otro la alta tradición, los delitos contra la seguridad del Estado y la traición a la patria, porque en total se dirigen igualmente contra la existencia del Estado. Las declaraciones falsas y la denuncia falsa se encuentran próximas, porque tanto allí como aquí se trata de delitos contra la «administración de justicia». Los delitos contra la vida y contra el cuerpo se alinean juntos como delitos contra el cuerpo de la persona individual. Dejamos las cosas como están por lo que respecta a las deficiencias de diversa índole en la puesta en práctica del principio de protección de bienes jurídicos. Por ahora es suficiente con haber mostrado cómo una idea pertinente al sistema interno determina en general al mismo tiempo la sistemática externa.

V

Ahora bien, la advertencia sobre las imperfecciones de la sistemática externa de las leyes puede trasladarse a la propia sistemática *científica*, puesto que ésta en parte tiende a sustituir la sistemática legal por una sistemática jurídica llevada a cabo consecuentemente (44). Apelando a que la exposición científico-sistemática de la Parte especial del Código penal no está vinculada al «orden legal», Maurach, por ejemplo, lleva a cabo una sistemática, orientada por la idea de bien jurídico, más exacta y consecuentemente que la ley. Así una gran parte de las «infracciones» que, a causa de su escasa gravedad, son colocadas por el legislador en una sección especial a modo de apéndice y que luego sólo pueden ser consideradas como ataques a un bien jurídico especialmente tipificado, si se acepta —como hace, por ejemplo, Frank— un bien jurídico de «bienestar general y de buen orden», las trata él en aquellas secciones de su exposición científica de la Parte especial, a la que pertenecen si se las considera como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que pueden también ser atacados por

(43) Cfr. sobre ello por todos R. MAURACH, *Strafrecht*, Parte especial, 1956, p. 6 ss. con indicación de la literatura.

(44) BAUMGARTEN, *Wiss. vom Recht*, p. 435.

un delito grave o por un delito menos grave. Como la mayoría de los tratadistas de Derecho penal, Maurach coloca además, en el sistema de su Tratado, cada clase de delito de modo distinto al del legislador en la ley. Así el allanamiento de morada, junto con la violación del secreto, entre los «delitos contra los bienes jurídicos personales», en lugar de entre los «delitos contra el orden público», o bien entre los delitos de «provecho propio punible». Así también el daño material junto con el hurto, la apropiación indebida y el robo, los coloca entre los «delitos contra la propiedad», en lugar de en una sección especial. Así también el chantaje, la usura y la receptación entre los «delitos contra el patrimonio en general», en lugar de, como hace la ley, en parte unidos con el robo (¡chantaje!), en parte unidos con el «provecho propio punible» (¡la usura!), en parte unidos con el encubrimiento (¡receptación!). Por otro lado aquí en el Tratado se ordenan el enriquecimiento, que ha sido separado de la receptación, junto con los delitos de falso testimonio y de denuncia falsa, entre los «delitos contra la administración de justicia», de los cuales están separados en la ley a gran distancia.

K. Binding ha dicho respecto a la sistemática jurídico-científica: cuando la ley se equivoca, aquélla tiene que «mostrar lo igual como igual..., unir lo separado indebidamente..., separar lo indebidamente unido» (45).

Siguiendo el paradigma de Binding, primeramente Liszt-Schmidt y ahora también Maurach han dejado de lado el orden legal, en cuanto tratan de las acciones punibles contra los individuos antes de las acciones punibles contra la generalidad y contra el Estado.

Pero todavía es defendible una mayor emancipación de la sistemática externa de la ley, como la hallamos, por ejemplo, recientemente en el sistema de Derecho penal de Sauer (46), quien, desviándose totalmente de la ley, divide la materia de la Parte especial de Derecho penal según puntos de vista sociológicos y ético-sociológicos en «delitos de lucro y de necesidad» (delitos de apropiación: hurto, robo, apropiación indebida; delitos de enriquecimiento: estafa, chantaje, infidelidad; delitos de explotación: usura y receptación; delitos de falsificación: falsificación de documentos y falsificación de moneda); luego «delitos de ataque» (delitos de violación y de brutalidad: causar la muerte, lesiones corporales, privación de libertad, daño material [!], etc.; delitos de exteriorización: injuria, violación, ataques a la moralidad sexual [!]; delitos político-estatales: alta traición, traición a la patria, etc.; delitos culturales y sociopolíticos: delitos contra la religión, ataques al matrimonio y a la familia); delitos de «motivación instintiva y de debilidad» (deshonestidad, adulterio, haraganería, mendicidad y similares). Es evidente que aquí se ha hecho uso de modo espe-

(45) *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts*, Parte especial, I, 1902, p. 5.

(46) W. SAUER, *System des Strafrechts*, Parte especial, 1954.

cialmente osado de la libertad del científico frente a la ley. Al científico le está permitido sentirse plenamente libre cuando no le ha sido delineada en absoluto una sistemática externa por la ley; por ejemplo, cuando una materia, que en sí constituye una unidad, está desperdigada en muchas leyes, que las más de las veces han aparecido en tiempo diferente, con frecuencia también en diferentes marcos, que están desvinculadas entre sí y que, en el mejor de los casos, obedeciendo a un proceso interno de las ideas, se tienen en cuenta unas a otras. En esta situación se encuentra, por ejemplo, el Derecho laboral (47), grandes partes del Derecho administrativo, el Derecho Internacional público y el Derecho eclesiástico evangélico, mientras que la Iglesia católica nos ofrece un imponente sistema jurídico legal en el *Codex iuris canonici*. Sobre todo cuando se trata de dominar sistemáticamente un orden jurídico estatal concreto en su totalidad, el científico del Derecho se ve libre de trabas.

Pero, ¿cómo es posible planear y llevar a cabo sistemas puramente científicos, que deben dominar una materia jurídica amplia y en sí conclusa de tal modo, «que a cada parte se asigne metódicamente un puesto determinado» y se ordenen exhaustivamente «todas las posibilidades pensables»? (48). Bien entendido que pensamos sólo en un orden jurídico estatal concreto, sin querer ciertamente negar que, al lado de esto, existe también la posibilidad de Teorías del Derecho «generales» o «puras», que se ocupan de lo común a muchos o a todos los Derechos, o bien de lo esencial de cada Derecho. Así Stammler construyó como un sistema sus «conceptos fundamentales» del Derecho (49). Así también han presentado Kelsen una «Teoría pura del Derecho» sistemática (50) y H. Nawiasky una «Teoría general del Derecho como sistema de conceptos jurídicos fundamentales» (51). No obstante, la problemática específica de la sistematización jurídica se manifiesta cuando se trata de un orden jurídico particular y no de una Teoría del Derecho abstracta. A este respecto ahora sólo pensamos en el sistema jurídico de un Estado particular, ni siquiera en un «sistema de Derecho mundial» —si bien material—, que «sirva de marco a los órdenes jurídicos de todo el mundo civilizado, independientemente de las codificaciones nacionales» (52).

(47) Cfr. la visión general sobre las fuentes del Derecho en HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6. ed., I, p. 32 s.

(48) Así STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, p. 364 s.; otras definiciones del concepto de sistema en EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 4. ed., 1930, t. III.

(49) Cfr. la tabla en el *Lehrbuch*, § 112.

(50) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1934.

(51) H. NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffen*, 2.ª ed., 1948.

(52) COING, *Systemgedanken*, p. 41.

VI

Si no perdemos de vista la meta que acabamos de describir, resulta que un esqueleto de conceptos fundamentales puros, como el que hemos observado en Stammler, no puede por sí solo llevar a cabo la tarea fijada. Pues los conceptos fundamentales «puros» stammlerianos, en tanto sean realmente «puros», es decir, liberados de todo contenido material especial, y en este sentido «formales», son demasiado abstractos para conseguir para sí un sistema jurídico concreto. Esto radica en cierto modo en la «naturaleza de la cosa». Cuando Stammler dice: «Conforme a estas categorías de validez general del pensamiento jurídico... es posible ordenar y dividir de acuerdo con ello todo querer jurídico especial de validez general...» (53), se decide a la vez que los conceptos fundamentales puros pueden ser introducidos sin distinción en toda clase especial de materia jurídica como instrumentos del pensamiento. Yo puedo considerar normas del Derecho penal, lo mismo que normas del Derecho tributario, o del Derecho civil, o del Derecho de propiedad intelectual, o del Derecho Internacional público, bajo puntos de vista de que aquí entren en juego sujetos de Derecho y objetos de Derecho, fundamentos jurídicos y relaciones jurídicas, que un determinado comportamiento aparezca como jurídico o antijurídico. Puede ser que tampoco exista diferencia alguna en que se trate de un orden jurídico de un Estado totalitario o de un Estado liberal. El sistema de conceptos fundamentales puros es siempre el mismo. No experimenta como tal ninguna modificación por el carácter material del orden jurídico. Sólo son diferentes los resultados a que llegamos al efectuar las operaciones puras de pensamiento. Así en un orden jurídico puede aparecer como jurídico un acto coactivo, que en otro es antijurídico. Con otras palabras: el sistema de los conceptos fundamentales puros sigue implicado en sí mismo, no posibilita de por sí ninguna sistematización de una materia jurídica concreta.

Pero podría ser posible elaborar un sistema jurídico concreto en el que este o aquel concepto fundamental, o también un complejo de varios conceptos fundamentales, *se conecte* con puntos de vista o principios materiales. Esta pudiera ser también la propia opinión de Stammler cuando afirma: «La división y exposición de un Derecho históricamente dado, se efectúa por medio de una supraordenación y subordinación... Los conceptos genéricos supraordenados tienen que conectar con las posibilidades que existen en las divisiones puras del Derecho» (54). La distinción de Derecho público y Derecho privado, en modo alguno válida *a priori*, pero considerada las más de las veces fundamental para nuestro sistema jurídico continental, puede determinarse por medio del concepto jurídico fundamental puro de deber jurídico, si este con-

(53) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 133.

(54) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 135.

cepto fundamental se conecta con la idea material de que la base de un deber se puede hacer radicar, bien en el mandato de una autoridad estatal o similar, bien en la autovinculación voluntaria, en especial la jurídico-negocial; o si se conecta con la idea material de que «un deber jurídico-privado... se impone a una persona privada frente a otra persona», mientras que «un deber jurídico público... se impone a una persona privada frente al Estado u otra comunidad en él incluida a la cual están confiadas tareas comunitarias» (55). El mismo Stammler quiere conectar el fraccionamiento de un orden jurídico en Derecho público y Derecho civil «con el modo condicionante de pensar del Derecho general y del Derecho objetivo» (56). «El Derecho público se refiere a las instituciones del Derecho que tienen por meta posibilitar y mantener el orden jurídico; el Derecho civil comprende la regulación de las relaciones jurídicas subordinadas a ese orden» (57). Stammler precisa que los límites entre ambas zonas jurídicas tienen que ser trazados diferentemente por cada orden jurídico (58). No existe un «sistema absolutamente válido en tanto se tengan en cuenta las peculiaridades del contenido histórico del Derecho» (59).

De este modo la distinción sistemática de Derecho público y Derecho privado es también sólo un ejemplo, y por lo demás altamente problemático, pues hoy frecuentemente se consideran esenciales otras distinciones. W. Burckhardt (60) y Nawiasky (61) han dividido de otra manera las normas jurídicas desde el ángulo visual de la fundamentación del deber, a saber: en normas organizativas y obligatorias, o en normas de «Derecho constitucional» y de «Derecho del comportamiento» (62). Las normas obligatorias del Derecho del comportamiento son después subdivididas, según el destino de las normas, en aquéllas que obligan al Estado y aquéllas que obligan a los sujetos subordinados (particularmente a los individuos).

En esta sistematización básica se presupone que son precisamente las *normas* las que deben ser divididas (63). También el concepto de deber, que se convierte en punto cardinal, está orientado al concepto de norma. Pero se podría también dotar de contenido material a otras «categorías» y luego construir la sistemática. Nawiasky estima que también se podría partir de las relaciones jurídicas en lugar de partir de las normas jurídicas. Además

(55) Así NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 299.

(56) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 135.

(57) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 134.

(58) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 135.

(59) STAMMLER, *Lehrbuch*, § 135.

(60) W. BURCKHARDT, *Methode*, p. 121 ss., espec. p. 132 ss.

(61) NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 264 ss.

(62) Cfr. por lo demás ya A. BAUMGARTEN, *Wiss. vom Recht*, p. 346 s.

(63) W. SAUER, *System der Rechts- und Sozialphilosophie*, 2.^a ed., 1949, p. 254, dice también: «El sistema se compone de una multitud de proposiciones jurídicas, normas y sentencias...».

de ello se podría partir de los derechos subjetivos, de los poderes, en lugar de partir de los deberes. La primera cuestión de todas las que se plantean al sistemático es por cierto la de si quiere construir un sistema de *normas jurídicas*, o respectivamente de *conocimientos jurídicos*, o un sistema de *conceptos jurídicos*. A favor de lo primero parece estar el hecho de que, en último término, un sistema científico tiene que ser un sistema de enunciados, de «juicios» en el sentido lógico, es decir, de proposiciones, que pueden ser verdaderas o falsas. ¿No tiene que ser también el sistema jurídico-científico un sistema de enunciados? Pero pudiera ser que los enunciados sean precisamente fáciles de llevar a un sistema, porque se les agrupa en torno a conceptos, que juegan un papel directivo dentro de ellos. Hay que tener en cuenta que la doctrina de la «partición», de la «división» y de la «clasificación» de los conceptos, está bien desarrollada lógicamente. Conduciría ciertamente demasiado lejos tratar aquí de la lógica de división de los conceptos en su aplicación a la Jurisprudencia. Sólo quisiera indicar que precisamente aquí la Lógica tradicional prelogística todavía tiene mucho que ofrecer a los juristas (64). Si se tiene en cuenta todo esto, no debe sorprendernos que, por ejemplo, J. Binder, en su *Filosofía del Derecho* (65), caracterice el sistema jurídico como un sistema de «conceptos generales empíricos» (66). Lo que es todavía más importante: observamos que en los tratados jurídicos al menos *partes* del sistema se orientan por la división conceptual. Así la exposición de la Parte general del *Derecho civil* de Enneccerus, en estrecho contacto con el BGB, parte de los conceptos de «sujeto de Derecho», «objeto de Derecho», «derecho subjetivo» y de las divisiones científicas de estos conceptos, para exponer, en conexión con ellos, qué enunciados jurídicos han de hacerse cada vez en relación con este o aquel concepto jurídico. De acuerdo con esto, el primero de los modos de plantear la cuestión sistemáticamente rezaría: ¿Qué vale para los sujetos de Derecho en general, qué para los sujetos de Derecho naturales, qué para los sujetos de Derecho jurídicos (las «personas» naturales y las jurídicas), qué vale para los objetos de Derecho, qué en particular para las «cosas», qué para el «patrimonio»? Además, ¿qué vale para los derechos subjetivos, para su nacimiento, su extinción y su modificación; qué para los «negocios jurídicos», que actúan especialmente en el nacimiento, modificación y extinción de los derechos subjetivos? Precisamente los «conceptos típicos», como el concepto de negocio jurídico, y además el concepto de «acción ilícita» con sus diversas clases y subclases, son muy apropiados para ofrecer puntos de contacto para la sistemática. Y esto tanto más,

(64) Algo pertinente a esto se encuentra en mi *Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, capítulo VI.

(65) J. BINDER, *Philos.*, p. 923 s.

(66) Cfr. también p. 928.

cuanto que en cierta medida han sido formados «funcionalmente», es decir, que han sido formados con vistas a que deben actuar como portadores de enunciados acerca de contenidos jurídicos. Son, modificando conforme al sentido la famosa frase de Kant sobre el concepto como «predicado de juicios posibles», conceptos del sujeto de juicios posibles. Su división se lleva a cabo esencialmente con miras a un tratamiento jurídico distinto y a los enunciados que al respecto hay que hacer.

En el *Derecho penal* no ocurre otra cosa. La sistemática no se atiene tanto a la norma jurídico-penal completa, cuanto más bien a sus elementos conceptuales: al «supuesto de hecho», que circunscribe la acción punible, por un lado, y a la «consecuencia jurídica», que anuncia la «conminación de pena», por otro lado. Especialmente el concepto de supuesto de hecho de la acción punible (del «delito» en sentido amplio) con sus características y sus subclases, será el punto cardinal de la sistemática de los delitos. La acción punible, el delito, se subdivide en las características: acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etc., y estas características serán tratadas justamente por este orden. Pero las acciones punibles se dividen también en acciones activas y omisiones, hechos punibles previsibles e imprevisibles, y en base a estas divisiones se sistematiza la materia jurídica exponible (67).

Detengámonos todavía un momento en la sistemática del Derecho penal, para estudiar, en base a este ejemplo concreto, el modo y manera del tratamiento sistemático de una materia jurídica en sí relativamente delimitada. G. Radbruch ha dedicado a la sistemática de los delitos investigaciones básicamente importantes, ya en su trabajo de habilitación sobre el «concepto de acción», y posteriormente en el Homenaje a Frank, t. I, 1930 (68). En el lugar últimamente citado distingue como clases de posible sistemática: la sistemática de la deducción, como la presenta la Etica de Spinoza; la sistemática de la clasificación, que se puede encontrar en el sistema botánico de Linneo; la sistemática categorial que, con su distinción de forma y materia, se puede hallar ya en las Críticas de Kant; y, finalmente, la sistemática teleológica como «un orden según los fines y los medios», como la que sirve de base al sistema ferroviario de Lists. Una «sistemática didáctica», mencionada además por Radbruch al lado de las cuatro clases antes citadas, no tiene ningún significado original; sólo sirve para facilitar la comprensión; por eso la dejamos de lado. Si preguntamos qué clase de sistemática hay que tener en cuenta en primer lugar para el Derecho penal, podríamos además apartar a un lado de inmediato, después de lo expuesto antes, la sistemática deductiva. La sistemática de la *clasificación*, que «de conceptos genéricos por adición de atributos diferenciadores desciende a con-

(67) Así, por ej., WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 5.ª ed., 1956.

(68) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, y del mismo *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, cit.

ceptos específicos y cada vez a conceptos específicos más reducidos» (69), sirve obviamente como modelo a la exposición sistemática de la Teoría del delito, en tanto aquí se tome como punto de partida el concepto de «acción» como «genus proximum» y, en conexión con esto, al poner de relieve las características diferenciadoras de «tipicidad», «antijuridicidad» y «culpabilidad», se determine paso a paso el delito como concepto específico situado en lugar inferior. Teniendo en cuenta la relatividad de «genus proximum» y de «differentia specifica», se puede también considerar la acción antijurídica culpable como «genus proximum», del que se deriva como clase específica el delito en virtud de su «tipicidad». Radbruch mismo, en su trabajo de habilitación sobre el concepto de acción (70), consideró todavía digna de ser puesta como modelo esta sistemática clasificadora. En el Homenaje a Frank, en cambio, la calificó de «lógico-formal» y de «inconveniente reducción del campo visual». Ahora prefiere hablar de una construcción «clasificatorio-categorial» de la Teoría del delito, «si el concepto unitario de injusto de la Teoría general del Derecho es restringido mediante una determinación progresiva más concreta al concepto de injusto punible, de delito». «La sistemática categorial del delito ha de partir del concepto supremo de injusto delictivo: el concepto de acción» (71). Ha sido List quien, como «el gran arquitecto de la sistemática del Derecho penal todavía hoy dominante», ha elaborado de este modo un «sistema categorial». Para ello tuvo muy presente precisamente como *genus proximum* un concepto del *delito* (es decir, del injusto culpable) común al Derecho civil y al Derecho penal, del cual ha sido desarrollado el concepto específico de delito poniendo de relieve las características del delito *punible*, cuyas características de punibilidad calificó posteriormente Beling como «características del tipo». El concepto de *acción en general*, que está situado todavía más alto que el concepto de acción *delictiva*, es aquí a ojos vista un concepto superior más lejano, no un «genus proximum». Como quiera que se piense aún hoy sobre la consistencia de este sistema —de hecho sigue ocupando un segundo plano en nuestra Teoría del delito—, hay una cosa que no me convence, y es que Radbruch habla ahora, refiriéndose a la suya, de una sistemática «categorial». También Hegler (72) había lanzado ya la pregunta de «en qué, pues, ha de consistir la diferencia de la sistemática "categorial", en relación con la clasificación sistemática». Quizá se pueda decir una cosa: en la Teoría del delito se *presupone*, hasta un cierto punto, la clasificación sistemática de las acciones, en cuanto que esta clasificación, hasta llegar al «delito», no parece ser el objeto propio de la Teoría del delito, sino que parece que ésta

(69) RADBRUCH, *Systematik*, p. 158.

(70) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*.

(71) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, p. 160.

(72) HEGLER, Tüb. Festgabe, p. 218.

tiene que ser constituida sólo en relación con el concepto específico de delito *punible*. Pero, en realidad, es posible no aceptar ninguna Teoría del delito, investigar también más concretamente el concepto genérico de «acción en general», y además tratar también exhaustivamente las características delictivas de la antijuricidad y de la culpabilidad. El sistemático más importante en los primeros decenios de este siglo, a saber, Ernst Beling, ya al final del todo, todavía ha desarrollado su Teoría del delito de modo tal, que ha dejado resurgir la «acción punible» sucesivamente de las características de acción, antijuricidad, culpabilidad y tipicidad (en especial la conformidad con el supuesto de hecho) (73). Entretanto ese concepto genérico superior de «acción», con su elemento paralelo la «omisión», se ha convertido en el objeto capital de la discusión lógico-sistemática y de la discusión de la dogmática jurídico-penal (74).

Mas, ¿en qué sentido podría hablarse de una sistemática «teleológica» en la Ciencia del Derecho penal? Radbruch opina que una sistemática teleológica ha aparecido mano a mano con la sistemática categorial-clasificatoria, puesto que las características del delito han sido derivadas del fin de la pena. Sorprendentemente, no obstante, no demuestra más en concreto ese paso. La tesis sólo parece evidente si, o bien se destierra del Derecho penal la idea de expiación, o bien si se toma tan ampliamente el concepto de fin que también la expiación y la retribución aparezcan como «fin» de la pena. Entonces se pueden ciertamente relacionar en cada caso cada una de las características del delito con el «fin» de la pena y así determinarlas. Pero, ¿surge de esto una *sistemática* específica?

La idea de una sistemática teleológica se percibirá antes con la exposición del sistema de penas y de medidas de seguridad y de corrección. Pues aquí se trata de medios relacionados entre sí y que recíprocamente se complementan con el fin de luchar contra el delito. Lo que no aporta una reacción, lo aporta la otra. Aquí de hecho está todo minuciosamente examinado bajo el prisma «final», en cuanto que la retribución justa por la culpa se engloba en la teleología. Esta teleología puede luego reflejarse también en los «supuestos de hecho» como presupuestos de cada una de las reacciones, de tal modo que también esos supuestos de hecho puedan efectivamente ordenarse bajo el ángulo visual de la referencia al fin y conseguir una sistemática teleológica de la Teoría del delito, en especial mediante la división de las características del delito en características de culpabilidad y características de peligrosidad, según que se trate de los presupuestos de la pena o de los de la seguridad y corrección. Las características de la

(73) BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.^a ed., 1930, p. 11 ss.

(74) Cfr. sobre ello particularmente WELZEL, *Strafrecht*, con indicaciones de literatura, p. 32 y 35.

culpabilidad por un lado y las de la peligrosidad por otro posibilitan otras divisiones.

Si ahora echamos todavía brevemente una mirada fugaz al *Derecho procesal*, vemos que aquí precisamente ha presentado Hegler una fructífera zona de asentamiento de la sistemática teleológica. Ciertamente que aquí, como expone Hegler, aparecen también de nuevo otras clases de sistemática: los sistemas clasificatorios y los sistemas «constructivos», de los que ahora no podemos ocuparnos. La idea de fin aparece muy extendida. Le hay que dar preferencia frente a todos los demás puntos de vista sistematizadores, «porque en las normas jurídicas se trata de una forma de actuación efectiva y el fin sólo manifiesta el sentido de la actuación efectiva y en cuanto conexión de fines el significado de cada uno de los actos de la acción» (75). El fin principal del proceso y de su regulación jurídica es la «protección jurídica» (76). A este fin están ordenadas todas las cuestiones del Derecho procesal, que «al mismo tiempo que puntos de vista directivos, proporcionan el armazón para la sistemática del Derecho procesal». Así, en especial, la cuestión sobre los órganos de protección jurídica, especialmente sobre los tribunales y sobre la estructura de su organización; además la cuestión acerca de las formas de protección jurídica y las condiciones de su intervención; finalmente la cuestión acerca de la configuración del procedimiento, acerca del *modus procedendi*. Del trasfondo de estas cuestiones emerge un Derecho procesal teleológico, que Hegler esboza para el Derecho procesal civil (77). Sólo se necesita citar títulos sistemáticos como «los órganos de protección jurídica», «los sujetos que reclaman protección jurídica», «las formas de garantía de protección jurídica», «el procedimiento de protección jurídica», para conocer ya en la formulación lingüística la relación teleológica de cada una de las partes con el fin principal.

VII

Después de habernos formado una idea de las diferentes estructuras posibles de sistemática jurídico-científica en el punto VI, pasamos ahora a la cuestión de en qué medida es *realizable* el *ideal* de un sistema jurídico-científico. Aquí conectamos otra vez con Stammler. En su Teoría de la Ciencia del Derecho, define el sistema brevemente como «una unidad dividida exhaustivamente» (78). Con esta definición se expresan tres requisitos:

1. «Todas las particularidades serán coordinadas como miembros de un todo»;

(75) HEGLER, Tüb. Festgabe, p. 231.

(76) HEGLER, Tüb. Festgabe, p. 234.

(77) HEGLER, Tüb. Festgabe, p. 242 ss.

(78) STAMMLER, *Theorie*, p. 364.

2. La materia se divide «de manera que a cada parte se señale metódicamente su puesto determinado».

3. La ordenación tiene que ser realizada de tal modo que «sea adecuada para aceptar todas las posibilidades pensables» (postulado de «integridad») (79).

De modo similar dice Hegler: «Cuanto más estricta es la unidad, producida por ideas estables dominantes, cuanto más preciso es el orden, producido por la integración clara de lo individual en el contexto total, tanto más perfecto formalmente es el sistema» (80). Vamos a examinar ahora la posibilidad de cumplir estos requisitos ideales en las tres direcciones siguientes: ¿Es posible realizar la idea de totalidad mediante un sistema jurídico de tal índole? ¿Es posible asignar metódicamente un puesto determinado a cada fenómeno jurídico? ¿Es posible cumplir el postulado de «integridad»? De nuevo pensamos ahora en un orden jurídico concreto, no en un sistema de una Teoría general del Derecho, ni tampoco en un «sistema de Derecho mundial» (Coing).

1. Por lo que se refiere en primer lugar al ámbito del sistema, en general nos encontramos sólo con tres sistemas jurídicos parciales: sistemas de Derecho penal o respectivamente de la Teoría del delito, sistemas de Derecho civil o de una de las partes del Derecho civil, sistemas de Derecho procesal civil, de Derecho procesal penal, etc. Existen por cierto programas para un *sistema jurídico total*, pero su puesta en práctica en cada caso es impedida por la imponente cantidad de materia. En principio ciertamente no es imposible un sistema jurídico total. Un esquema lo hallamos por ejemplo en Nawiasky, en su Teoría general del Derecho (81). En todo caso aquí tienen asignado su lugar sistemático las principales ramas jurídicas: Derecho constitucional, Derecho Internacional público, Derecho eclesiástico (del Estado), Derecho administrativo, Derecho civil, junto con los respectivos Derechos procesales. Queda luego encomendado al científico de cada rama jurídica construir sistemas parciales dentro del sistema total, en cuya tarea no deben ser negadas naturalmente las ideas fundamentales del sistema total. También en el *Método y Sistema del Derecho* de W. Burckhardt (82) hallamos materiales para construir un sistema jurídico total.

Lo que hemos expuesto sobre los sistemas jurídicos parciales, vale también respectivamente para el sistema jurídico total. Puede ser concebido como sistema de *normas* o como sistema de *conceptos*. En el primer caso entrarían también en liza la doctrina de la construcción gradual del orden jurídico, desarrollada primero por

(79) STAMMLER, *Theorie*, p. 364 s.

(80) HEGLER, *Tüb. Festgabe*, p. 216.

(81) NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, p. 264 ss., v. particularmente el «cuadro completo» en la pág. 272.

(82) BURCKHARDT, *Methode*, p. 121 ss.

Bierling y luego en la Escuela de Kelsen. Los grados del orden jurídico total son más o menos: la Norma básica o Norma fundamental, las normas de la Constitución, las normas legales, los reglamentos, los estatutos autónomos y, finalmente, las normas concretas, que son: las sentencias judiciales, las órdenes administrativas, los negocios jurídicos. En esta graduación sistemática del sistema jurídico total como un sistema de normas, no se trata sólo de una estratificación externa de unas sobre otras, sino de una auténtica estructura con relaciones internas de dependencia, en especial de relaciones de validez. Un reglamento, por ejemplo, *vale* en el marco de una autorización legal. Una ley vale porque ha sido promulgada en consonancia con la regulación jurídico-constitucional; finalmente, «la Norma fundamental del Estado es la condición de validez de la Constitución» (83). Sin embargo, tampoco se debe sobreestimar la doctrina de la construcción gradual en lo que respecta a su idoneidad para presentar el armazón para un sistema jurídico total. La Teoría gradual es un punto de vista unilateral y, hasta un cierto punto, formal (84). Es deseable que en el sistema jurídico total aparezcan también como directivos otros puntos de vista, como ocurre en Burckhardt y Nawiasky. Luego resultan, según las circunstancias, varios sistemas jurídicos juntos e igualmente justificados, en base a diferentes ideas directivas sistematizadoras.

2. A cada parte debe ser asignado un puesto determinado. Cada parte tiene que hallar aquí, y precisamente aquí, su acomodo, porque esto responde a la idea sistemática fundamental y al carácter del objeto clasificable. Para ello es presupuesto lógico que se disponga de un puesto en el sistema, en el que el objeto clasificable pueda encontrar su plaza. Este presupuesto se refiere ya al problema de la integridad, que trataremos en el punto 3. De momento se trata ante todo sólo de la *localización exacta*. Una vez más recordamos aquí el ejemplo de la sistematización de los tipos delictivos en la exposición de la Parte especial del Derecho penal. El chantaje y la receptación sólo encuentran su puesto exacto, según la concepción actual, si se alinean entre los delitos patrimoniales.

Con frecuencia la polémica del dogmático versa sobre el lugar «exacto» en el sistema. Así se discute hoy en la Ciencia jurídico-penal el lugar justo para el concepto de dolo. ¿Pertenece sistemáticamente la discusión de este concepto a la doctrina del tipo de injusto o a la doctrina de la culpabilidad? Apenas se puede creer, pero la cosa es que este problema del sistema constituye hoy el punto central de las discusiones criminalistas —en todo caso es una prueba de cuán seriamente se toman las cuestiones sobre el sis-

(83) NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 34; cfr. sobre todo ello ENGISCH, *Einheit der Rechtsordnung*, p. 7 ss.

(84) Críticamente sobre esta teoría también NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, p. 46 ss.

tema en la Jurisprudencia—. Por lo demás, a mí no me parece imposible que en este caso, como en otros casos, exista una «equivalencia de las construcciones sistemáticas», es decir, que estén justificadas diferentes localizaciones sistemáticas y en todo caso de diferente finalidad (85).

Si todo objeto clasificable debe tener un puesto exacto, o al menos su mejor puesto, en el sistema, es necesario naturalmente dividir el sistema tan ampliamente que se puedan tener en cuenta suficientemente todas las diferencias esenciales. El sistema tiene que estar suficientemente «diferenciado». Así en el Derecho penal se ha llegado a distinguir dentro de las «causas» incoloras «que excluyen la punibilidad», causas de justificación y causas de exculpación, para no arrojar sistemáticamente a un montón cosas que tienen un carácter jurídico muy diferente. De otro lado no se debe diferenciar en tal medida que con ello se pierda el panorama y desaparezcan en el detalle las grandes ideas fundamentales. «Si una división va demasiado lejos, es tan inadmisibile como ninguna división», observa ya Séneca en la epístola 89 a Lucilio. No se debe descomponer en «partículas de polvo». Sólo son recomendables subdivisiones sistemáticas jurídicamente fructíferas. El «tacto» científico juega aquí un papel no pequeño.

Mas en nuestra recapitulación surge todavía la pregunta de si un concepto o un enunciado jurídico, o todo un complejo de enunciados, puede aparecer en el sistema en *varios sitios*. De hecho esto no se debe rechazar de antemano. Existen, por ejemplo, acciones punibles que poseen un carácter doble, es decir, una doble dirección de ataque, las cuales pueden por ello aparecer dos veces en el sistema. La acusación falsa puede considerarse tanto un delito contra la administración de justicia como una clase de afrenta al honor, si bien prepondera la primera dirección de ataque (86). Existe la posibilidad de que este delito pueda aparecer dos veces en el sistema, incluso si sólo en un sitio, y por cierto en el «dominante», se le trata más concretamente y en el otro sitio sólo se le menciona (87).

3. Por lo que atañe finalmente al problema de la «integridad», es decir, el requisito de que la ordenación sistemática tiene que ser «adecuada para aceptar todas las posibilidades pensables», se trata particularmente de que el sistema, con sus divisiones y subdivisiones, no debe ser tan estricto a fin de que no queden a la puerta cualesquiera conceptos jurídicos o proposiciones jurídicas. Las divisiones dentro del sistema tienen que agotar el ámbito del «totum divisum». Este requisito no se cumple si las acciones dignas de tener en cuenta jurídicamente se dividen en jurídicas y antijurídicas, aunque no se alcance el punto ciertamente indiscutible de que hay acciones que interesan jurídica-

(85) Cfr. sobre ello por ej. PH. HECK, *Interessenjurisprudenz*, p. 184, 188 ss.

(86) Cfr. MAURACH, *Strafrecht*, Parte especial, p. 586 s.

(87) Cfr. también HECK, *Interessenjurisprudenz*, p. 181.

mente, que ni son jurídicas ni antijurídicas, sino que en cierto modo son jurídicamente neutrales. Por lo demás, también aquí hay que remitirse a la lógica de la división y de la clasificación.

El postulado de la integridad cuando mejor puede realizarse es si se trata de un material de enunciados y conceptos en sí conclusos. Cuando surgen dificultades es cuando aparecen fenómenos jurídicos nuevos para los que el sistema existente hasta ahora aún no tiene rúbrica. Esto no es raro, debido a que la evolución del sistema jurídico, juntamente con la evolución de las relaciones de vida reguladas, se conciben en continuo fluir. Se podría creer ahora que hay que estar dispuestos a admitir que estamos ante un denominado sistema «abierto». «También un sistema concluso sólo tiene valor como un "sistema en evolución", como un sistema "abierto", que deja margen a nuevos intentos» (88). En un sistema se pueden incluir rúbricas que están dispuestas a aceptar nuevo material. El concepto del sistema «causa de justificación» es de tal índole, que en todo tiempo pueden ser alojadas en él nuevas causas de justificación que no estén registradas en el catálogo actual. Además hay «cláusulas generales sistemáticas». No obstante, el jurista tiene que contar con que el sistema a veces está constituido de tal manera, que en él no pueden encontrar plaza algunos fenómenos jurídicos nuevos. Aquí no siempre es posible proveer. Baste sólo recordar que una materia moderna como el Derecho laboral, con fenómenos tales como el contrato colectivo de trabajo, ha arrojado al montón todas las representaciones sistemáticas anteriores. La pretensión de mantener el sistema «móvil» (89), es seguramente legítima, pero también es sólo afortunada parcialmente, pues no siempre ha de presuponerse hacia dónde va. Por de pronto los cambios revolucionarios, que sacuden todo un sistema jurídico, no pueden ser anticipados mentalmente. Aquí se tiene entonces, según las circunstancias, que volver a construir desde la base. No debe sorprender que, bajo el dominio del nacional-socialismo, se planteara continuamente la exigencia de cambiar de pensamiento sistemáticamente (90).

En total hay que precaverse del excesivo optimismo sobre la sistematización. Emge dice: «Quien eche una ojeada a la Historia de los sistemas..., habrá de atreverse a afirmar que un sistema es siempre una osadía de la "razón", que va demasiado lejos en cuanto al contenido. La razón humana se sobrepasa cuando presenta ciertos sistemas» (91). Particularmente hay que precaverse del prejuicio de que existe un sistema absolutamente válido. Hi-

(88) W. SAUER, *Jur. Methodenlehre*, p. 172.

(89) WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950; sobre ello VIEHWEG, *Topik*, p. 72 ss.

(90) A las cuestiones del sistema en el Derecho civil fue dedicado, por ej., un número de la Revista «Deutsche Rechtswissenschaft», t. I. 1936.

(91) C. A. EMGE, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1955, p. 378.

cimos mención ya de las tesis de Stammler, quien ciertamente no era nada hostil a lo absoluto: «No existe ningún sistema absolutamente válido, en tanto se tengan en cuenta las peculiaridades del contenido histórico del Derecho». La tesis contraria de W. Burckhardt de que «sólo existe un *plano* para construir el Derecho, del mismo modo que sólo existe un método» (92), es atrevida, incluso si con ello se piensa sólo en un plano formal de todo Derecho como tal (93); y es insostenible si se piensa en un orden jurídico concreto. Se dan los fundamentos de división, ángulos visuales y puntos de apoyo más diferentes para construir un sistema jurídico total o un sistema jurídico parcial (94), como, según lo dicho antes, también se pueden dar varias posibilidades a favor y en contra de la clasificación sistemática de un concepto jurídico o de un enunciado jurídico.

VIII

La Ciencia del Derecho es una ciencia práctica. El Derecho y su conocimiento están al servicio de la «vida». También el sistema tiene *valor vital*, no sólo valor expositivo o valor didáctico. El sistema interno aporta una relación, plena de sentido, entre los principios, la armonía de valores y la ausencia de contradicciones entre normas. El sistema externo del orden jurídico sirve de orientación, pero también ayuda a la recta comprensión de cada una de las normas jurídicas. Pues la ordenación sistemática ofrece puntos de apoyo para el sentido de una disposición y aporta algo para su interpretación y para su complemento, restricción o extensión de acuerdo con el sentido. El sistema científico está al servicio de los mismos fines. Al respecto se esfuerza en profundizar, y pone de manifiesto ideas básicas, que en el propio orden jurídico no están a la vista o no lo están claramente. Sin que con ello sea necesario convertirse en un jurista conceptualista, las ideas básicas puestas de relieve pueden ser utilizadas como apoyos del desarrollo del Derecho. Así la aguda distinción entre causas de justificación y causas de exculpación en el Derecho penal, ha prestado los mejores servicios al desarrollo de la doctrina, sumamente importante, del «estado de necesidad suprallegal» (95). Por tanto, una clasificación sistemática bien lograda tiene también las más de las veces significación objetiva. Implica una calificación jurídica. La discusión sobre la colocación sistemática del dolo en el sistema de Derecho penal, es una discusión sobre la «*esencia*» del dolo: ¿es un elemento del tipo de injusto o es un elemento de la culpabilidad? Nada sería por ello más equivocado que la repre-

(92) BURCKHARDT, *Methode*, p. 123.

(93) BURCKHARDT, *Methode*, p. 129 ss.

(94) Cfr. una vez más NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 264.

(95) Cfr. la famosa sentencia RGSt 61, 242.

sentación figurada del sistema como un estuche con muchos cajoncitos en los que se acomodara ordenadamente el material. El material es determinado en su contenido mediante la comprensión sistemática. También los numerosos esfuerzos filosóficos con miras a lograr un sistema total de las ciencias (recuerdo los trabajos de Dilthey, Rickert, Becher, Tillich y Rothacker) han de entenderse como intentos de llegar por este camino a una mejor comprensión del *contenido esencial* de las distintas ciencias. Aquí, como en cada ciencia particular, por tanto también en la sistematización jurídico-científica, puede observarse una acción recíproca: si se quiere sistematizar rectamente, tiene que haberse conocido la naturaleza del objeto clasificable; pero la propia clasificación sistemática facilita la comprensión de cada naturaleza.

Lo que en ningún caso es lícito es arrojar el sistema al Derecho como una red en la que se extinga el movimiento. Con ello llegamos al final a un punto que —por cierto también como consecuencia del contacto más intenso con el ámbito jurídico angloamericano— ha incidido más que antes en el campo visual. La peculiar inclinación al pensamiento sistemático en el ámbito jurídico europeo continental, ¿no está sólo muy condicionalmente justificada? ¿No existe *oposición entre método sistemático y no sistemático* del pensamiento jurídico? En su discurso rectoral en Frankfurt del año 1935, Coing puso de manifiesto esta oposición. Cito algunas frases relevantes: «Los partidarios del sistema presuponen una conexión interna de las normas jurídicas... A este respecto se acepta, por lo general, que entre las normas jurídicas existe una conexión derivativa, que, por tanto, la regla individual procede lógicamente de ciertos otros principios más generales... Frente a esto, los empíricos niegan que exista una tal conexión interna, jurídico-interna, entre las reglas jurídicas individuales, o que sea cognoscible por nosotros. Para ellos el Derecho es más bien una suma de reglas históricas, y esto quiere decir... más o menos casualmente configuradas...». «Si para el sistemático está en primer plano lo general, el empírico persigue ante todo la meta de hacer justicia libérrimamente a lo individual». El sistemático clasifica cada norma jurídica y cada caso individual en el sistema; el empírico enjuicia cada caso según la situación de las circunstancias particulares «en base a su propio sentimiento jurídico». El sistemático aspira a «exponer la totalidad del Derecho en leyes extensas (es decir, codificaciones)»; el empírico aspira a la regulación individual. El sistemático piensa en la «seguridad jurídica» y en la «igualdad jurídica»; el empírico piensa en la resolución justa del caso individual (96).

Hasta qué punto es acertada la caracterización del pensamiento jurídico en las declaraciones de Coing, se deduce de nuestras anteriores argumentos y por ello no necesita una discusión más

(96) COING, *Systemgedanke*, p. 28 s.; cfr. también ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cap. VII.

amplia. Obviamente esas declaraciones se refieren preferentemente al pensamiento sistemático como tal en el orden jurídico. Pero podría ser aconsejable hacer unas pocas observaciones sobre el proceder «empírico». Creo que tampoco aquí se debe pasar por alto la idea de sistema. También un orden jurídico «empírico», que sigue tanteando de caso en caso y de regulación individual en regulación individual, crece según principios inmanentes, que en conjunto originan un sistema interno, que es comprensible y exponible científicamente. Sólo que aquí todo se lleva a cabo menos consciente y racionalmente, más bien en cierto modo «orgánicamente». Por eso mismo es más acertado lo que hace Esser al caracterizar la oposición mencionada por Coing como la de un sistema «axiomático-cerrado» y un sistema «problemático-abierto».

Siempre que hayamos de vérnoslas con un verdadero *orden* jurídico y que hayamos de dominarlo mentalmente, la idea de sistema es irrenunciable. Por eso concluye también Coing su discurso con un reconocimiento del sistema. El dice que no cree «que la Jurisprudencia... pueda abandonar jamás la idea de sistema. No puede tomar las innumerables normas jurídicas individuales simplemente como hechos inderivables; tiene que buscar su conexión interna... Que una estructura racional, captable por el pensamiento, domina el mundo espiritual y material, es la irrenunciable hipótesis fundamental de toda ciencia» (97).

BIBLIOGRAFIA (*)

Para la literatura filosófica remito únicamente a las referencias de EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 4.^a ed., t. III, artículo «System».

Por parte de los juristas anteriormente se tuvieron muy en cuenta en especial las referencias de SIGWART, *Logik*, t. II (4. ed., 1911, § 103, p. 729 ss.).

De las investigaciones jurídico-científicas sobre la idea de sistema son de tener en cuenta especialmente las siguientes:

RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903.

— *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, Frank-Festgabe, I, 1930, p. 158 ss.

LISTZ, F. v., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, p. 214 ss.

STAMMLER, R., *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, p. 364 ss.

— *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, §§ 133 ss.

BAUMGARTEN, A., *Die Wissenschaft vom Recht*, t. I, 1920, p. 344 ss.

BELING, E., *Methodik der Gesetzgebung*, 1922.

(97) COING, *Systemgedanke*, p. 41.

(*) Reproducimos la bibliografía por el mismo orden que la cita Engisch, estimando que se guía por el criterio de la importancia que atribuye a cada obra; ponerla en orden alfabético sería más lógico, pero dejaría a un lado las razones del autor para elegir su orden; tampoco completamos su cita, salvo cuando creemos que es muy incompleta y esto pudiera inducir a error.

- VERDROSS, A., *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, 1923, particularmente p. 47 ss.
- BINDER, J., *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 921 ss.
- ZIMMERL, L., *Der Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.
— *Strafrechtliche Arbeitmethode de lege ferenda*, 1931.
- HIPPEL, F. v., *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*, 1930.
- HEGLER, A., *Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechts*, Tübinger Festgabe, 1931, p. 216 ss.
- HECK, Ph., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, p. 139 ss.
- ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935.
- BURCKHARDT, W., *Methode und System des Rechts*, 1936, p. 121 ss.
- SAUER, W., *Juristische Methodenlehre*, 1940, p. 171 ss.
— *System der Rechts- und Sozialphilosophie*, 2. ed., 1949, p. 254 ss.
- NAWIASKY, H., *Allgemeine Rechtslehre*, 2. ed., 1984, p. 264 ss.
- WILBURG, W., *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950.
- HARLEN, H., *Über die Begründung eines Systems, zum Beispiel des Rechts*, ARSP, 39, 1951, 477 ss.
- VIEHWEG, T., *Topik und Jurisprudenz*, 1953.
- EMGE, A., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1955, p. 378 ss.
- COING, H., *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens*, Frankfurter Universitätsrede, 1956.
- ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, 1956.

Para la historia, además de Coing:

- SCHWARZ, A. B., ZSavignySt. Rom. Abt., 42, 1921, p. 578 ss.
- SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, p. 36. ss.
- EICHLER, H., *Wandlungen im System des Privatrechts*, Deutsche Rechtswissenschaft, I, 1936, núm. 3.
- WIEAKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952 (v. Indice de materias, bajo la voz «sistema»).

La interpretación

Por JOSEF ESSER

Tubinga

Traducción de MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

NOTA PRELIMINAR

El texto de J. Esser sobre la interpretación en el Derecho, que aquí ofrecemos en traducción directa del original alemán, corresponde íntegramente al capítulo V de su libro Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Precomprensión y elección de método en el hallazgo del Derecho aplicable), publicado en 1970 (Frankfurt a. M., Athenäum). Se trata de un libro que fue resultado de un seminario dictado en la Universidad de Tubinga en el semestre de verano de 1969 sobre «el método jurídico de la praxis judicial». Su tema central es, por tanto, la metodología de la praxis judicial, o, como reza el subtítulo del libro, «las garantías de racionalidad de las decisiones judiciales».

En el desarrollo de este tema central Esser trata en los cuatro primeros capítulos, y por este orden: del Derecho como programa ordenador de la vida social, de su conocimiento y del deber de obedecerlo; del objeto correspondiente a la labor de hallazgo del Derecho aplicable; de la aplicación del Derecho y el proceso de subsunción; y de la comprensión de la ley y el hallazgo del Derecho aplicable «a partir de la ley». Después del capítulo dedicado al tema de la interpretación, Esser se ocupa en otros cuatro capítulos de la convicción de rectitud del juez, del camino a seguir para el desarrollo del Derecho, de la libertad y la vinculación del juez en el proceso de hallazgo del Derecho aplicable, y, por último, de la teoría del sistema y la problemática del consenso. Como es obvio, el texto de este capítulo sobre la interpretación no puede ni debe ser separado de este conjunto al que pertenece. Lo cual no implica que no sea un gran acierto de la dirección del «Anuario» haberlo elegido para ser publicado en este número en espera de que algún día se traduzca todo el libro, hecho que prestaría un gran servicio a nuestra práctica judicial, tan necesitada de libros como éste.