

LOS TRES CONCEPTOS CLAVE DE LA CIENCIA EXPOSITIVA Y EXPLICATIVA DEL DERECHO EN EL “SISTEMA” DE SAVIGNY

Juan B. Vallet de Goytisoló

Ex Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española

RESUMEN:

El presente artículo se ocupa de la metodología de la ciencia del Derecho en la obra de F. C. von Savigny, a partir de sus tres conceptos centrales: relación de derecho, instituciones jurídicas y sistema. Además, reflexiona sobre el alcance de la influencia de Immanuel Kant en el pensamiento del jurista alemán, y sobre las semejanzas y diferencias entre el historicismo de Savigny y el estructuralismo de Saussure.

Palabras clave: Savigny; Kant; Saussure; Ciencia Jurídica; Estructuralismo; Metodología Jurídica; Sistema.

ABSTRACT:

The present investigation treats about the study of F. C. Savigny's juridical methodology from his three central concepts: relation of law, juridical institutions and system. Moreover, the author reflects on the influence of Immanuel Kant in the thoughts of the German jurist.

Key words: Savigny; Kant; Saussure; Juridical Science; Structuralism; Juridical Methodology; System.

Los tres conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho en el “Sistema” de Savigny

Friedrich Carl von Savigny consideró que teoría y práctica son inseparables, si bien las distinguía claramente. En efecto, en su Sistema¹ diferencia de una parte, el “conjunto del sistema científico” que “comprende la ciencia, los libros y la enseñanza”, y, de otra parte, “la aplicación particular de las reglas a los acontecimientos de la vida”. Distinción que –dice– “se halla fundada en la naturaleza misma del derecho”, aunque el jurista teórico necesite tener sentido práctico y el jurista práctico conocer la teoría².

Si para una metodología de la determinación del derecho interesa primordialmente la aplicación, concreción o determinación del derecho en los hechos que surgen de las relaciones de la vida, en cambio, para una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho se tiene que abordar lo referente propiamente al sistema científico. Centrándonos, aquí, en su concepción de la ciencia que estudia el derecho, interesa observar, panorámicamente, los aspectos formales del método científico que sigue de su Sistema y los conceptos clave que le sirven para encuadrarlo y de instrumentos para explicarlo. Estos son, principalmente: relación de derecho, instituciones jurídicas y sistema, de cuyo examen trato aquí.

a) *Relación de derecho*. En el derecho, según Savigny³, la “realidad más profunda” es la relación de derecho, “de la cual cada derecho (en sentido subjetivo) no es más que una faz diversa abstractamente considerada: así un juicio sobre un derecho especial no es racional y verdadero, sino cuando se deriva del entero concepto de la relación de derecho”.

En su consideración de la relación de derecho, Savigny se halla influido por Kant. Pero se aparta de él, en tanto éste diferencia relaciones sensibles y relaciones inteligibles; y sólo considera posibles de persona a cosa relaciones sensibles, pero no relaciones inteligibles o nouménicas, ni propiamente jurídicas, en las que entiende que a todo derecho corresponde un deber, que ninguna cosa puede sufrir, ni ninguna persona

1 F.C. von Savigny, *Prólogo a su Sistema del derecho romano actual*, cfr. 2ª ed. En castellano, Madrid, Centro Editorial Góngora, s.f., pp. 46 y s.

2 Savigny en *De la vocación*, 8, p. 143, había propuesto que teoría y práctica debían acercarse, y, al efecto, recordó que Leibniz (Novo Methodus, 82) estimaba que, entre los escritores jurídicos, solo los autores de dictámenes empleaban verdaderamente la ciencia del derecho y la enriquecían mediante la observación de nuevos casos; y que Mosser proponía que se preparasen unas nuevas Pandectas mediante la compilación planificada de los casos litigiosos reales del país.

Y con respecto al riesgo de convertir la práctica en un oficio puramente mecánico, que parece aceptar en sus lecciones del curso 1802-1803 (*Metodología jurídica*, cfr. En castellano, Buenos Aires, Eds. De Palma, 1.979, I, p. 7), después, en *De la vocación de nuestra época para la codificación y la ciencia del derecho*, 8°C, cfr. Ed. en castellano, recogido en Thibaut y Savigny. La codificación, Madrid, Aguilar, 1.970, 2, p.54, pp. 145 y ss.), para evitarlo, había explicado que concatenar –como él propugnaba– “la práctica con una teoría viva y en constante perfeccionamiento” era “el único medio para ganar de verdad hombres de ingenio para la profesión judicial”, a fin de que ésta, “en virtud de la conexión con el todo, adopte un carácter científico y se convierta ella misma en un medio formativo”. En contra de lo que estimaba la situación “más desfavorable en este aspecto”, “en que el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente un texto dado que no le está permitido interpretar, si se toma esta consideración como el punto extremo de esta dirección, el extremo opuesto consistiría en que el juez tuviese que encontrar para cada caso litigioso el derecho mediante el cual excluiría todo arbitrio como consecuencia de la seguridad de un verdadero método científico. Para este segundo extremo cree posible, por lo menos, una aproximación”, que despertará nuevamente una “forma rejuvenecida de la antigua organización alemana de tribunales”.

3 Savigny, Sistema, IV, pp. 65 y s.

tener respecto de una cosa⁴, siendo así que él estimaba que el derecho es inseparable de la facultad de obligar⁵ por estar caracterizado por una obligación mutua, universal de conformidad a la libertad de todos según las leyes generales⁶. En cambio, Savigny considera que la relación de derecho no es pura y exclusivamente intelectual ni tampoco es meramente práctica, sino que “*tiene una naturaleza orgánica* (subrayo yo) que se manifiesta ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mutuamente, ya sea por desenvolvimientos sucesivos, por su origen y por sus descendos. Esta *constitución viva* (vuelvo a subrayar yo) del conjunto, dado un caso particular, forma el elemento intelectual de la práctica, y distingue su noble vocación del simple mecanismo, que la ignorancia le atribuye”.

Para mostrar que esta concepción suya no es “pura abstracción”, plantea el ejemplo de un préstamo efectuado entre dos hermanos, ambos bajo patria potestad romana, que después de muerto el padre fue devuelto por el hijo que lo recibió al que le habían entregado, y se preguntaba si procedía o no la *condictio indebiti*. Savigny observa que, si bien ésta “es la única cuestión sometida a la apreciación del juez”; no obstante, para resolverla éste debe tener en cuenta “el conjunto de la relación de derecho, que se descompone de la siguiente manera: poder paterno sobre los dos hermanos; préstamo del uno al otro, peculio recibido por el deudor”.

Tanto la dependencia inicial de Savigny respecto de Kant como su diferente perspectiva, se observan más claramente cuando se ocupa Savigny de la definición de las relaciones de derecho privado y de sus diferentes especies. En efecto, hay una clara concesión a la tesis de Kant cuando reconoce que las relaciones “más importantes” que nos solicita en muchos aspectos el “mundo exterior, esto es, el medio en que el hombre vive”, son “las relaciones que nos ligan con los seres de la misma naturaleza y del mismo destino”, en los que “la regla que fija estos límites y garantiza esta libertad se llama derecho”. Pero, nótese, sólo dice que éstas son las relaciones jurídicas “más importantes” pero no las únicas; y confirma que no lo son al decir, en el párrafo siguiente⁸: “En el mundo exterior se comprende la naturaleza no libre y además las voluntades libres como la nuestra, esto es, personas extrañas a nuestra personalidad; y mirada así lógicamente la cuestión, nos encontramos con tres clases de objetos sobre los cuales puede obrar la voluntad humana y que parecen constituir tres géneros principales de relaciones de derecho, a saber: la persona propia, la naturaleza no libre y las personas extrañas”. Descartando razonadamente que sean jurídicas las relaciones consigo mismo, ciñe Savigny la clasificación a las relaciones con “la naturaleza no libre” que –si bien no caben con la totalidad de ella– sí caben “en una porción determinada separada de su conjunto” –que se llama cosa (relaciones a las que Kant negaba carácter jurídico)- y a las relaciones de derecho que tienen por objeto las personas extrañas. Además, esta clasificación no la considera absoluta, en el sentido que un término excluya al otro, sino que entiende que unas relaciones se interfieren dinámicamente con las otras, pudiendo dar unas origen a otras de género distinto.

En el coloquio *Droit et nature des choses*, celebrado en 1964 en la Universidad de Toulouse, Werner Maihoffer⁹, advirtió que, con la concepción kantiana de la relación

4 Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cfr. Ed. en castellano, Madrid, I.E.P., 1.954, Primera parte, I, pp. 61 s.; X, pp. 83 in fine y s., y XI, pp. 85 y s.

5 Ibid, *Introducción a la teoría del derecho*, D, vol. Cit., p. 44.

6 Ibid, E, pp. 44 y s.

7 Savigny, *Sistema LII*, pp. 257 y s.

8 Ibid, LIII, pp. 259 y ss.

9 Werner Maihoffer, *Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit, Introduction*, en “*Droit et nature des choses*” (Travaux du colloque de philosophie du droit comparé) », de la Universidad de Toulouse, Paris, Dalloz 1965, pp. 193 y ss.

de derecho, se produjo una nueva concepción de la naturaleza de las cosas que sería reafirmada por Fichte y Hegel y que fue seguida por Savigny en su Sistema, citando un famoso párrafo de éste¹⁰. Párrafo en el cual “el elemento general del derecho” lo centra en “la libertad moral y la libertad comunes a todos los hombres”, que es desvuelta “por las instituciones del derecho”, con “todas las consecuencias prácticas que se derivan de dichas instituciones de derecho y lo que los autores modernos llaman la naturaleza de las cosas (*aequitas* o *naturalis ratio*)”, que “son otras tantas manifestaciones inmediatas y directas de dicho elemento general”.

Maihoffer considera que este texto y otro de Dernburg, que también cita, si no los vemos con la pauta kantiana, «de hecho nada nos dicen de la naturaleza de ese orden inmanente a las cosas y nada de los métodos que lo conducen por la experiencia jurídica. Tal fórmula más bien nos plantea cuestiones y quizá nos indica la dirección de una búsqueda filosófica y científica, pero jamás de respuesta alguna”.

Creo que tiene razón Maihofer en observar aquí la influencia básica de Kant. Pero ocurre que Savigny mezcla el derecho puro de Kant con elementos y juicios prácticos referidos directamente a la realidad de la vida del hombre en el mundo exterior que le rodea y con juicios éticos –ajenos al formalismo jurídico kantiano-, que los jurisprudentes romanos formulaban conforme la *naturalis ratio*, atendiendo a la *aequitas* –reputada por Kant, como “deidad muda”-, y que combinaban con “principios extraños” al considerado elemento general por Savigny, pero que, como él reconocía al final del mismo párrafo, “concurren con el mismo fin (*boni mores* y todas las clases de *utilitas*)”.

¿Cuál es la explicación de que en el propio elemento general de Savigny haya esa mezcla de componentes que, para Kant, son genuinos con otros que, para éste, son espúreos, siendo acrecentados además esos espúreos con otros elementos extraños?

Voy a tratar de buscar una respuesta y explicación a este problema.

La formación filosófica de Savigny era kantiana –como se refleja en su Metodología de 1802-1803-; pero, por una parte, el influjo de Schelling y de otras direcciones, recibido por el fundador de la escuela histórica del derecho y, además, su profundización en el conocimiento del derecho romano y en el derecho vivido, le apartaron tanto de la identificación de ley y derecho como del puro formalismo jurídico kantiano.

Ahora bien, si por una parte Savigny rechazó rotundamente la elaboración racionalista del derecho por filósofos o políticos, sin embargo no se apartó del positivismo jurídico dominante, que él haría inmanente al espíritu del pueblo. Este inmanentismo excluía el reconocimiento de la existencia de un orden natural de las cosas, presupuesto básico para que el *sensum naturalis* y la *naturalis ratio* pudieran captar la *rerum natura*, e incluso toda *natura rei* en su raíz profunda. Pero, el espíritu del pueblo se expresaba originariamente en las costumbres vividas por el hombre en su relación con el mundo exterior que conllevaba relaciones prácticas, que resultaban muy alejadas del formalismo y de la relación jurídica pura kantiana. Por eso, la naturaleza de las cosas viene a ser considerada por Savigny, como la resultante de la institución orgánica elaborada por los juristas al efectuar la composición de la relación jurídica y de sus reglas adecuadas, que los juristas captan como representantes del espíritu del pueblo, y que la ley debe recoger abstractamente. Esto nos lleva al examen del segundo concepto clave de Savigny.

b) *Instituciones de derecho*. Según Savigny¹¹, “la relación de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las instituciones cuya naturaleza

10 Savigny, Sistema, XV, pp. 92 y s.

11 Ibid, V, pp. 66 y s.

orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos”. Nota también que “cada elemento de la relación de derecho (es decir, cada relación singular de derecho) se refiere a una institución que lo domina y sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla”. Así, “este segundo encadenamiento (relación singular- institución) ligándose con el primero (relación de derecho típica-regla de derecho expresada en una ley-institución) encuentra en ella la realidad y la vida”.

Para el fundador de la escuela histórica, las instituciones mismas son “las bases del derecho general”, de las cuales, “por abstracción” son separadas las reglas particulares¹²; y el derecho que vive en la conciencia del pueblo “no es un conjunto de reglas abstractas”, sino que “es percibido en la realidad en su conjunto” –podemos decir en todas y cada una de sus instituciones- y, cuando se hace sentir la necesidad de la regla, “bajo su forma lógica”, ésta “se separa entonces de (aquél) conjunto y se traduce en una forma artificial”¹³.

Según el mismo Savigny¹⁴, los juriconsultos, a su vez – además de suministrar, “como el derecho popular primitivo, la materia de la legislación”-, en su función científica “rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real; la libertad y variedad de formas que emplean les permite mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho; identidad que da nacimiento a la ley pero que no es visible inmediatamente”.

Estos cuatro textos requieren ser profundizados para explicarlos mejor. Ante todo, debe repararse que en el primero, Savigny indica que cada relación de derecho –o sea cada relación singular- se refiere a una institución que la domina y le sirve de tipo. La expresión que le “sirve de tipo” expresa una relación cognoscitiva con respecto a la relación jurídica singular, que podemos poner en paralelo, por una parte, con la que existe entre el singular percibido sensiblemente y su universal correspondiente, mediante el cual aquél es conocido intelectualmente conforme el realismo aristotélico-tomista; y, de otra parte, con la que por Kant se proyecta entre el nouméno, “cosa en sí”, que “es pensada” por medio de intuición intelectual¹⁵, y los fenómenos a los que el nouméno sirve de molde o forma *a priori*, que se llena de contenido material de la realidad fenoménica de los diversos objetos cuando éstos son sensiblemente intuidos, y de los cuales, conectándolos entre sí, se abstrae, por sustracción de las singularidades que no les son comunes, pues solamente lo que es aquello que les es general con lo cual el concepto queda determinado y es encerrado en sus límites¹⁶.

Sin embargo, la relación es diferente según la perspectiva que de ella se tenga; pues, mientras en el conocimiento kantiano las formas *a priori* “se imponen” a las cosas constituyéndolas en objeto de nuestro conocimiento; en cambio, el universal aristotélico-tomista, recoge todos los singulares de los que se abstrae, y, lo mismo que el general-concreto hegeliano, comprende todos sus momentos, con lo que se logra sólo una primera fase de su conocimiento intelectual que debe completarse, concretando (la “concreción” es la operación contraria de la “abstracción” integrativa o propiamente dicha) todas sus singularidades que la individualizan.

12 Ibid, VI p. 68

13 Ibid, VII, p. 70

14 Ibid, XIV, pp. 88 y fine y s.

15 Acerca del significado de nouméno y las cuestiones que ha suscitado, cfr. José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Madrid, Círculo de Lectores, 1.991, voz Nouméno, pp. 1391 y s.

16 Cfr. Lo que expongo en *Entorno a los modos de conocer y de explicar lo conocido y su reflejo en el razonar (Abstracción integrativa y abstracción sustractivas)*, 4 y 5, en A.R.A.C.M. y P. 74, 1.977, pp. 46 y ss.

En cuanto a la perspectiva con la que Savigny observa y sitúa cada relación jurídica singular en aquella institución que le sirve de tipo, diríase que a primera vista es una perspectiva kantiana, en cuanto dice que la institución “domina” a la relación; pero, en seguida, se observa que ese “dominio” es muy diverso del dominio formal que imponen las formas *a priori*; puesto que la institución, según el fundador de la escuela histórica, no es una forma *a priori* –que impondría su correspondiente norma a la relación jurídica a la que sirve de tipo-, sino que tiene naturaleza orgánica, “que se muestra en el conjunto mismo de sus partes y en sus desenvolvimientos sucesivos”. Precisamente –como muestra en el cuarto y último texto que hemos reproducido del *Sistema*- lo que los juristas efectúan con su elaboración de la institución consiste en que “rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real”, empleando una “libertad y variedad de formas”, que “les permite mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta (después de así rehecha) y la institución viva del derecho”, que “no es visible inmediatamente”.

Karl Larenz¹⁷ lo explica con claridad: “Así como el legislador “tiene presente la contemplación total del instituto jurídico orgánico” y de ella tiene que “formar”, mediante un proceso artificial, el precepto abstracto de la ley “si es que ésta ha de responder a su fin, del mismo modo, por otra parte, aquel que debe aplicar la ley “tiene que añadir, mediante un proceso inverso, la conexión orgánica de la que la ley representa en cierto modo un perfil particular”. Según el mismo Larenz: “Esto significa que el pensamiento jurídico no debe moverse únicamente en un plano, sino que continuamente ha de hacer de intermediario entre la contemplación, aquí la contemplación del todo, y el concepto representado, mientras que el concepto, y la regla formada mediante él, sólo puede abarcar cada vez un aspecto parcial y, justamente por ello, tiene que ser completado y rectificado constantemente por la contemplación. Se puede decir: si Savigny hubiese actuado en esto con plena seriedad y sus seguidores hubiesen seguido esta doctrina no hubieran podido echar por el camino de la jurisprudencia formal de conceptos”.

Lo que le ocurre a Savigny, a mi entender, es que no va y vuelve de la contemplación del todo a la de una realidad singular, sino que se mueve mentalmente entre aquella contemplación total y la regla abstracta, formada mediante un concepto que, a su vez, es construido por una abstracción sustractiva al modo kantiano.

De ahí que Savigny –como advierte Larenz¹⁸-, “no consiguió explicar –y en esto se basa, en nuestra opinión, la de hecho escasa importancia de su metodología- de qué modo puede tener lugar el paso, por él exigido, de la contemplación del instituto a “la forma abstracta de la regla” y, desde ésta, volver a la contemplación originaria. ¿Es posible, tenemos que preguntar, “contemplar” institutos jurídicos sin que lo contemplado experimente ya una modelación categorial y se pueda, por otra parte, añadir “la conexión orgánica” a las reglas particulares una vez que éstas han sido formadas antes por “abstracción” –es decir, en toda verdad, mediante una disociación del instituto y prescindiendo conscientemente de su totalidad (es decir, por una abstracción sustractiva sólo de una parte estimada común a todas las reglas particulares)- cuando esta conexión sólo se da en la contemplación y, de este modo, se sustrae a la aprehensión conceptual?. En efecto, si la unidad del instituto jurídico sólo se da en la contemplación, no es aprehensible científicamente (según los cánones kantianos); pero entonces tampoco ningún camino conduce de nuevo a esa unidad una vez se hayan formado reglas abstractas e iniciado el tratamiento científico de éstas. La ciencia sólo puede entonces abstraer de las propias reglas abstractas aquellos conceptos que cada vez se alejan más de la “contemplación total” del instituto”. Por ese último camino, Savigny, en contra de lo prime-

17 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, ed. definitiva; cfr. En castellano, Barcelona, Ariel, 1.980, pp. 34.

18 Ibid, p 34 in fine y s.

ramente observado –como también indica Larenz-, “preparó el camino a la jurisprudencia de conceptos formal de Puchta”.

Es un doble camino de ida y vuelta, en la cual, además de entremezclar dos clases de abstracción –la integrativa y la sustractiva-, al descender de esta segunda, se olvida de la advertencia de Paulo (Dig. 50, 17, 1): “Non ex regula ius summatum sed ex iure quod est regula fiat”. No se puede descender de la regla –ni tampoco de un concepto- para resolver un caso en derecho si la solución de ese supuesto no se tuvo en cuenta al formular la regla; y de no haberse tenido en cuenta no cabe luego aplicarla.

Pero, además, la perspectiva de la institución, como contemplación del todo, se nubla todavía más al introducirla en el sistema, aún a pesar de lo que muestra en su primera aproximación al mismo, porque –como vamos a ver enseguida – vuelve a mezclar, en él, elementos científicos (racionales) según Kant- y elementos orgánicos acientíficos (irracionalmente según Kant).

c) *Sistema*. En su primera aproximación a las definiciones, dice Savigny¹⁹ que “un examen más detenido nos muestra, que todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que solamente la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede darnos su completa inteligencia”. Cualquiera que sea la distancia que separa una relación individual de derecho del sistema de derecho positivo de una nación, no existe entre ellos otra diferencia que la proporción; el procedimiento en virtud del cual llega el espíritu a conocerlos, es absolutamente el mismo”

El sistema –dice²⁰- obtiene forma observando que “la reunión de las fuentes constituye una vasta unidad destinada a regular todos los hechos que se verifican en el dominio del derecho”. El sistema se caracteriza por su unidad y su universalidad, que bien consideradas “constituyen una sola y única base, a saber la unidad”. Cuando parece que falta la universalidad o la unidad, o sea si “tenemos una contradicción que resolver o una laguna que llenar”, se trata de restablecer la unidad. Precisamente, en ese restablecimiento opera lo que –según explica²¹- “es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de relaciones de derecho y de las instituciones que la dominan”.

Si bien –como hace notar Fassò²²- según Savigny el derecho “consiste en una unidad orgánica que se forma a través de todo el pasado de una nación, que nace de su íntima esencia y de su historia y que no puede ser cosa distinta de lo que en realidad es”. Ocurre que, la visión de ese sistema por los juristas en su unidad orgánica y su universalidad ilumina su racionalidad inmanente.

Alfred Dufour, que ha señalado magistralmente la contraposición de elementos racionales e irracionales que aparecen en la perspectiva de la escuela histórica del derecho alemana, pone en relación el elemento irracional de totalidad orgánica y el racional de sistema, observando que éste la conduce a una orientación metodológica sistemática y deductiva, aunque “en estrecha imbricación en la concepción general orgánica del derecho”²³.

19 Savigny, *Sistema*, V, p 67.

20 Ibid, § XLII pp. 215 in fine y s.

21 Ibid, § XLVI, pp. 232 y s.

22 Guido Fassò, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 3, cfr. en castellano; ed. Madrid, 1982, cap. 3, 6, p. 52.

23 Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF 1991, II, *L'école historique du droit*, II, *Concepts clés*, I, II *Science du droit et méthodologie juridique*, pp. 190 y s.

Como dice Enrique Zuleta Puceiro, resulta que “el sistema es algo dado en la realidad, que la razón descubre como factor estructurante de la diversidad de la experiencia histórica”²⁴. En él, como advierte el mismo Zuleta: “Lo histórico y lo sistemático se articulan en una situación de equilibrio inestable, que se romperá ya en la misma obra de Savigny a favor de lo sistemático”²⁵.

Por otra parte, los elementos metodológicos manejados por los seguidores de la escuela histórica del derecho -advierte Dufour²⁶- “lejos de quedar sumergidos por lo irracional del misterio de las grandes totalidades, en el influjo inaprensible del devenir histórico o por las brumas del *Volkeist*, se revelan “extremadamente prácticos”, de modo tal que “combinando felizmente”... “los elementos irracionales de su concepción del derecho con los elementos racionales de su investigación científica exaltaban el sistema, la deducción y la inducción. Con el rigor de las conclusiones se hallan en el trance de operar la síntesis definitiva por mucho tiempo esperada, después del feliz desarrollo de las escuelas romanistas y consuetudinarias del humanismo jurídico francés, entre la teoría y la práctica, la especulación y la experiencia”, superando así “el dualismo que Europa padecía, desde finales del siglo XVII, entre la jurisprudencia arcaizante y pragmática y un racionalismo jurídico puramente especulativo”.

Es de notar, sin embargo, que la perspectiva del sistema de derecho que tiene Savigny evolucionó circularmente; pues -como nota Larenz²⁷-, “mientras en el escrito juvenil entiende el sistema jurídico exclusivamente como sistema de reglas jurídicas, que tienen entre sí una vinculación lógica de tal índole que las reglas especiales tienen que ser pensadas como procedentes de reglas generales y pueden ser reconducidas a éstas, la obra de madurez parte más bien de la conexión “orgánica” de los “institutos jurídicos”, que están vivos en la conciencia general. Las reglas jurídicas particulares, opina ahora Savigny, sólo posteriormente serán deducidas por “abstracción” de los institutos jurídicos”.

Antonio Hernández-Gil y Álvarez-Cienfuegos, en un excelente estudio acerca de este tema, ha profundizado en esas contraposiciones, penetrando en el cambio que significó a este respecto la perspectiva de Savigny, y muestra²⁸ que, si para Kant el orden jurídico “es una construcción *a priori* de la razón pura”, en cambio según Savigny resulta observándolo *a posteriori*. “En la tensión constante entre realidad y sistema, el sistema prevalece, no al margen de la realidad, como antes, sino frente o junto a ella. En la ciencia, las leyes empíricas han de ser contrastabilidades en la integración del sistema deductivo”. Con Savigny -sigue diciendo²⁹- “podríamos decir que se produce el definitivo maridaje entre sistema y realidad como culminación de una tensión dialéctica que próximamente se había iniciado con Wolf y Nettelblatt”.

Analizando la posición del Savigny ya maduro, Hernández-Gil junior, efectúa otras dos observaciones³⁰:

- 1º El sistema “no es sólo el resultado de reducir a la unidad lo vario simultáneo, sino también lo vario sucesivo (discrónico) tiene que ver con la idea del siste-

24 e. Zuleta Puceiro, *Savigny y la teoría moderna de la interpretación*, IV, in fine, A.R.A.J. Y L. 9, 1981, VI, p. 100.

25 Ibid, V, in fine, p. 99.

26 Alfred Doufour, op. y loc. ult. cit., p. 194.

27 Karl Larenz, *Metodología...*, I, I, p. 38.

28 Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, *La idea del sistema en Savigny*, I 4, A.R.A.J. Y L. 9, número especial dedicado al II Centenario de Federico Carlos von Savigny, 1961, pp. 137 y s.

29 Ibid, 1, 5, pp. 139 y ss.

30 Ibid, 3, 1, pp. 150 y ss.

ma; y la omnipresencia del sistema, en la explicación organicista, afecta directamente a la historia en su diacronía y la colma de sentido”.

2º Este procedimiento sistemático debe basarse sólo en consideraciones “formales y lógicas”.

El examen del § LVII del *Sistema* de Savigny, donde éste analiza las interferencias entre derecho de familia, derecho de cosas y derecho de obligaciones, ayuda a Antonio Hernández-Gil hijo³¹ para diferenciar el orden, que muestra el aspecto formal del sistema, y lo ordenado, que es su contenido material. Aquél es objeto de “una elaboración notoriamente más apriorística”; el segundo se elabora de modo “más realista que aquél”. Y así: “La realidad, que hasta cierto punto prevalece en la concepción de los elementos del sistema (del material ordenado)”, no es observada en cuanto a “la forma de su disposición sistemática (de la ordenación de aquel material). Es en este dominio donde el sistema savigniano enlaza más firmemente con la tradición iusnaturalista de corte racional y se detiene en fundamentaciones metafísicas matizadas por el ambiente idealista. No es casualidad: debe ser más fácil inferir la forma de la realidad que lo formado”.

Ahora bien –añade-, “no menos que el sistema formal”. Savigny observa lo construido, y, en cuanto a esto, la función de la ciencia “es heurística”. “Cuando Savigny insiste en la descomposición de la experiencia jurídica y su reconstrucción en el sistema, está señalando, al mismo tiempo, la importancia del aspecto formal de la ordenación en el sistema erigido en criterio de reconstrucción y el carácter de indagación de la realidad misma que tiene esta tarea: el sistema no se construye sino que se reconstruye y el criterio de reconstrucción preexiste en la realidad. La descomposición y la recomposición no son sino las dos caras simétricas en el análisis y en la síntesis, del orden natural de las cosas”.

La raíz del problema “se halla en la inversión epistemológica que concierne al sistema jurídico y, en general, a cualquier resultado de la actividad científica. No se trata de que Savigny vea o construya un sistema que es real, sino que Savigny construye un sistema que ve como real (precisamente porque lo construye). El “*cogito ergo est*”, sobre el que ironizaría Jhering, como axioma básico e inadvertido sobre el que descansa cualquier planteamiento. También el orden (pensado) existe”.

Pero, ¿cuál es el contenido del sistema de Savigny?, ¿Cuáles son sus elementos que se descomponen de la realidad para proceder a su análisis y luego construir con ellos el sistema?, ¿lo son las normas, las relaciones jurídicas, las instituciones, los derechos subjetivos, los conceptos o nociones jurídicas o las proposiciones acerca de alguna realidad?

El dato de que Savigny haya dicho –como hemos visto- que la reunión de las fuentes constituye una vasta unidad destinada a regular todos los hechos que se verifican en el dominio del derecho, relacionándolo con lo indicado por él en el § XII, donde escribe que el derecho “no es compuesto de reglas abstractas”, sino que “es percibido en la realidad de su conjunto”, y que la regla, “bajo su forma lógica, aparece cuando se hace sentir su necesidad” y “se separa entonces de su conjunto y se traduce en una forma artificial”, conduce a que el mismo Hernández-Gil diga³²: “El pensamiento expresado en una regla de derecho no es sino una pieza inescindible del entramado total y único pensamiento jurídico de la comunidad”.

Por eso, cree³³ que en el sistema de Savigny, la articulación podría expresarse: a) sea en dos sistemas independientes, uno de reglas y otro de instituciones;- b) sea en sis-

31 Ibid, 5, 5, pp. 185 y ss.

32 Ibid, 6, 1, p. 189.

33 Ibid, 6, 6, 2, 3 y 4, pp. 222 y ss.

temas interdependientes con primacía de las instituciones; c) sea en un sistema de instituciones en el que las reglas no hacen sino repetir la sistematicidad de aquéllas, y, d) en un solo sistema fundado en las instituciones y en el cual las reglas “son partes sistemáticamente no significativas de las instituciones”.

A su juicio: “El sistema de institutos precede epistemológicamente al sistema de normas si observamos la situación respectiva desde las instituciones”. Pero, el sistema de normas va más allá de la conexión orgánica entre las instituciones, quizá porque el pensamiento del legislador expresa o deba expresar, detalles “intrainstitucionales” que no permiten ver la abstracción conceptual y típica de los institutos...”. Y éstos no comprenden el mundo de las normas en sus detalles menores.

En este punto Hernández-Gil jr., analiza³⁴ la sistematicidad del sistema, es decir “el orden de lo ordenado, el entramado de sus elementos”, para tratar de determinar si obedece a un modelo organicista o logicista, orgánico o mecánico”. A su juicio: “El organicismo, como doctrina acerca de la realidad o de algún aspecto de ella, nace propiamente en lo biológico como reacción ante al mecanicismo imperante, y de ahí se extiende hasta representar una concepción de la sociedad y del Estado, o del mundo”. Pero, “a medida que el rigor lógico y la propensión al conceptualismo va informando la ciencia del derecho, el vigor del organismo deja paso a la racionalidad y formalismo de la máquina”

En fin, observa³⁵ que “Savigny propugna un modelo orgánico para la realidad jurídica y una tarea orgánica para la ciencia; pero, al mismo tiempo, se dice, sienta las bases de la jurisprudencia de conceptos, basada más en el engarce lógico-deductivo de sus términos que en nexo orgánico alguno”...”Existe, ciertamente, una apreciable divergencia entre la actitud de Savigny en el orden de los principios y manifestaciones singulares. Mientras formula una concepción organicista del derecho, trata del organismo –cree describirlo- disponiendo en su discurso mecánicamente los conceptos”. Aunque, nota que esta alteridad no implica contradicción, “sino que se produce en niveles distintos: la interpretación y lo interpretado”...”Ambos tipos de nexos, el orgánico y el lógico son difíciles de aislar como dos tipos diversos de nexos”.

Y concluye³⁶ que en la exposición Savigny hay “una pareja de conceptos que, no obstante hallarse formalmente subordinadas a la idea del organismo, poseen entidad propia y explican, con mayor precisión, hasta donde es posible la sistematicidad del sistema de normas, la unidad y la universalidad”.

Lo cierto es que esas características encierran el sistema en sí mismo y hacen inmanente su regeneración orgánica, de modo tal que no puede recibir nueva savia de orden general alguno que le trascienda –como el de la *rerum natura*- ni luz de principios ético-naturales. Así, siendo necesario autogenerarse, se pretenderá conseguirlo con la dogmática conceptualista, que Putsch desarrolló, y que, por otra parte, era precisa a fin de que esa dogmática se insertara de modo determinante con la voluntad del legislador, representada en la ley, que después, con Windscheid, pasaría a ser la fuente dominante.

En fin, para tratar de delimitar el concepto de Savigny tuvo de sistema es de interés recordar que Antonio Hernández Gil, senior, en la época en que se preocupó por el estructuralismo y el lenguaje, que relacionó con el derecho, puso en contraste la noción

34 Ibid, 7, pp. 226 y ss.

35 Ibid, 7, 2, 2, 3, pp. 238 y s.

36 Ibid, 4, pp. 242 y s.

de sistema en Savigny con la tesis de Saussure, referida la lenguaje³⁷, después de diferenciar la de aquél de la tesis kantiana.

“Puede, desde luego, afirmarse –dice– que la idea de unidad –procedente de un modo directo de Kant– es básica también en Savigny, en cambio ya no resulta tan claro si en Savigny es sistema es, como en Kant, algo que se construye, en cuanto perteneciente a la teoría del conocimiento y a la metodología, o si, por el contrario, el sistema tiene de suyo una existencia, dirigiéndose la actitud mental a descubrirla”. A su juicio: “Savigny no elabora el concepto de sistema bajo el signo de una idea *a priori*”. Para confirmarlo repasa la crítica, que Savigny dedicó a un libro de Gönner y lo que dice en el prólogo de su Sistema; y de ahí concluye que, mientras “la unidad en Kant procede *a priori*” y “es la idea, determinante de un fin único, que da lugar a las afinidades entre las partes”, en Savigny “no responde a una ida *a priori*”, pues habla siempre de la unidad “como de algo existente orgánico –quizá en el preciso sentido de organicista–, que es necesario inquirir o descubrir, porque puede aparecer oculto; pero no es una creación de la mente. A lo sumo piensa que a la unidad ha de tener, pero empíricamente. El sistema viene a ser como la integración de las instituciones, formando un todo orgánico coherente”.

Esta observación le sirve de base a Hernández-Gil para poner en cotejo las nociones de Savigny y de Saussure. Según éste, “el sistema que es la lengua existe como condición de la existencia de la propia lengua, y a él responde el habla. Sólo cabe hablar haciendo uso del sistema, aunque se ignore”. Este sistema se basa en las nociones de solidaridad y diferencia. Los elementos del sistema son solidarios en cuanto que en cada uno de ellos se realiza el todo que se antepone a las partes. En Saussure el sistema no se forma mediante la reconstrucción de un todo partiendo de las partes. El sistema se ofrece como un todo y, a partir de él, funcionan los elementos del sistema”. Éste “no se da a expensas de las afinidades, sino en relación a las diferencias entre los signos”... “Lo que importa en la palabra no es el sonido en sí mismo, sino las diferencias fónicas que permiten distinguir una palabra de todas las demás”. Por otra parte: “El que en Saussure el sistema se represente como algo dado de antemano le pone en alguna relación con el *a priori* kantiano, aunque ese darse del sistema no es una creación subjetiva de la mente, sino el hecho social de la lengua”.

A partir de ahí, advierte: “Respecto de la concepción del sistema en Savigny, la de Saussure representa un paso más”: “el que va del organicismo al estructuralismo. Si el organicismo sobrepasa el mecanismo en cuanto busca la más compleja y unitaria trabazón de lo orgánico (a diferencia de lo mecánico) y el sentido de la totalidad que le corresponde, el estructuralismo no se conforma con lo orgánico –que evoca una realidad biológica o a modo de la biología– y afirma las nociones de sistema y de estructura (el sistema como presupuesto de la estructura) para referirse a totalidades autónomas que ofrecen, al mismo tiempo el grado máximo de la correlación (la solidaridad) y de las diferencias (las oposiciones)”. De ahí esa clara diferencia con Savigny. “El hecho cierto de que el lingüista no ordena parecidos sino oposiciones, es la novedad más importante que Saussure aporta al concepto de sistema”. En cambio, en Savigny “es orden, armonía, afinidad, conciliación, unidad”, “las diferencias-las oposiciones– no integran ni fundamentan el sistema que tiende a superar la diversidad a través de afinidades reconstruidas en una unidad superior”, traza “la línea de unidad entre lo vario”.

También compara Hernández Gil la posición de Savigny y la de Saussure en lo que atañe a la relación entre historia y sistema. Según éste, “la historia y el sistema

37 Antonio Hernández Gil, Metodología de la ciencia del derecho, vol II, Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia del derecho, Madrid, Gráficas Úguina, 1971, cap. XIII, 3, pp. 371-379, recogido con el título El estructuralismo de base lingüística y sus posibilidades en la ciencia jurídica, cap, VIII, 3, en “Obras completas”, vol 6, pp. 299-303.

se contraponen. El sistema descansa sobre un estado lingüístico, sobre un conjunto de simultaneidades. Es evidentemente sincrónico. Savigny, si bien “distingue entre historia y sistema: entre método histórico y sistemático”, “no coloca el sistema de espaldas a la historia”.

Aquí no deja de advertir Hernández Gil que Savigny se aparta de Saussure, “en cuanto éste no dota de valor sistemático a lo histórico- en tanto Savigny utiliza la historia como explicación de lo existente”, y, en cambio, resulta en “afinidad con el estructuralismo más desarrollado –porque así como éste sólo admite la investigación de la génesis a partir de la estructura, así también parece entenderlo Savigny, cuando señala como antecedente de la investigación histórica el partir de lo existente”.

En fin, recalca que, según Savigny “cada pueblo –en el curso de la historia- produce un derecho”...“a todo sistema de derecho le subyace la psociología social del pueblo que lo ha producido. Saussure sólo tiene en cuenta el hecho social de la lengua tal como se habla en una determinada fase o estado lingüístico. Savigny está más profundamente en la realidad social del derecho que no sólo discurre por el presente, sino también a través del pasado. Por eso, no sólo hay unidad en lo vario simultáneo, sino también en lo vario sucesivo: la unidad del pueblo expresada en su espíritu, su naturaleza, su carácter”.