

ESTUDIOS

Derecho y sistema, observaciones críticas sobre el sistema jurídico

Francisco CUENA BOY

1. CIENCIA Y SISTEMA. EL SISTEMA COMO TEST DE CIENTIFICIDAD

La discusión acerca del sistema en el ámbito del derecho en general, de su posibilidad y su necesidad, de sus características y su función e incluso de su mismo concepto, pertenece a esa especial categoría de problemas que nunca parecen perder actualidad. Entre las razones que explican la posición central que la cuestión del sistema ocupa en el círculo de problemas que interesan a toda clase de juristas —desde los historiadores del derecho a los especialistas de las más variadas ramas del derecho positivo, sin olvidarnos, desde luego, de los filósofos y teóricos del derecho— pueden señalarse las siguientes: el enfoque científicista que hoy en día prevalece en el estudio de toda suerte de problemas, incluidos los problemas del derecho y la justicia¹; la ingenua fe racionalista —que perdura todavía— en la capacidad del intelecto humano para conocer y dominar por medios exclusivamente racio-

nales todos y cada uno de los aspectos y sectores de la realidad, sensible o no sensible; la concepción, a todo ello conectada, de la «unidad», la «legalidad», la «generalidad» o la «coherencia» (lógica o de otra especie) como condiciones necesarias de cualquier aspiración moderna al logro de un «orden de justicia» que sea capaz de asegurar valores tales como la igualdad, la certeza o la seguridad jurídica².

El ideal sistemático es claramente un ideal científico, característico en grado superlativo de la moderna concepción de la ciencia. Según ésta, las ideas de ciencia y sistema se implican recíprocamente³ y el conocimiento científico es conocimiento sistemático por exigencia indeclinable de su carácter racional⁴. Lo que posibilita la elaboración de nuestros conocimientos en forma de sistema es, según se dice comúnmente, la unidad y la estructura racional presentes en la realidad y que el sistema aspira a representar o reflejar. La hipótesis fundamental de toda ciencia —escribe por ejemplo Coing⁵— es la

¹ Vid. por todos Bunge, M., *La ciencia, su método, su filosofía*², México, 1990, pág. 60: el método de la ciencia debería emplearse «en toda empresa humana en que la razón haya de casarse con la experiencia, vale decir, en todos los campos excepto en arte, religión y amor». El planteamiento sobre la ciencia de Russell, B., *La perspectiva científica*², reimpr. Barcelona, 1989, *passim*, es muy diferente.

² Canaris, C.-W., *Pensamiento sistemático e oncelito de sistema na Ciência do Direito*, trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989, págs. 22 y s.; Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Madrid, 1994, *passim*, destaca la preocupación por la certeza y la seguridad como constante del método jurídico desde la primitiva búsqueda de la racionalidad absoluta del texto, característica de los glosadores, pasando por los intentos del positivismo (Kelsen, Hart) de aportar una nueva fundamentación metodológica a la pretensión de una sola decisión correcta para cada caso, hasta los más recientes «desplazamientos de la racionalidad hermenéutica» (Betti, Gadamer, Dworkin, Perelman, etc.), que en último término tampoco abandonan este ideal ni se liberan de lo que Calvo García llama «la ilusión del método». Sobre el concepto monístico de derecho predominante todavía en la actualidad, vid. Van Den Bergh, G.C.J., *legal pluralism in Roman Law*, en *The Irish Jurist* 4 (1969), págs. 338 y s.

³ Bunge (supra nt. 1), págs. 25 y s.; Rudner, R. S., *Filosofía de la ciencia social*, Madrid, 1973, pág. 76, define el sistema como «el mismísimo corazón de la ciencia»; Russell (supra nt. 1), págs. 41 y s.; «la ciencia, en su último ideal consiste en una se-

rie de proposiciones dispuestas en orden jerárquico» con una doble conexión lógica de inducción (hacia arriba) y deducción (hacia abajo); pág. 93: «La ciencia no es en esencia sino la persecución sistemática del conocimiento»; Sauer, A. W., *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, 1940, pág. 171; «Das System ist das letzte grosse Ziel aller... Wissenschaften... Alle Erkenntnis ist systematische Erkenntnis».

⁴ Como apunta Mayer-Maly, Th., *Rechtswissenschaft*², München, 1981, pág. 70, fue el auge del racionalismo lo que potenció el interés por la formación del sistema. Según Kant, razón equivale a sistema, la actividad racional sólo es concebible en el sistema y sistematizar significa utilizar la *ratio*: Fikentscher, W., *Methoden des Rechts in vergleichenden Darstellung IV: Dogmatischer Teil*, Tübingen, 1977, pág. 95; De Lorenzo, J., *Experiencias de la razón*, Valladolid, 1992, pág. 189, abunda en la misma idea. «Tras Kant, los éxitos de las ciencias naturales, apoyadas en la explicación causal lineal», convirtieron la idea de sistema «no ya en el modelo metodológico, sino en el único proceso "racional", racionalidad tomada como sinónimo de científico».

⁵ Coing, H., *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankes in der Rechtswissenschaft*, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, n.F. 8 (1957/58) = *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht* I, Frankfurt a.M., 1982, pág. 207; (también publicado en Id., *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt a.M., 1962, págs. 9 y ss., y traducido al español: *Historia y significado de la idea de sistema en la Jurisprudencia*, México, 1959).

de que una estructura racional, accesible al pensamiento, domina el mundo material y espiritual; Canaris subraya, por su parte, que el sistema no es más que «un intento de captar y traducir la unidad y la ordenación de un determinado ámbito material con medios racionales»⁶, lo que evidentemente presupone que la unidad y el orden existen ya en aquel ámbito antes y al margen de cualquier raciocinio sobre él⁷. Un sistema científico no podría explicar fenómenos que no pueden ser explicados, pero la ciencia presupone que todos los fenómenos son, en principio, explicables; por tanto, el hecho de que un fenómeno no haya sido explicado no prueba en modo alguno que sea inexplicable, sino sólo «que no hemos descubierto todavía la teoría pertinente»⁸.

En íntima conexión con la idea de sistema, la legalidad se configura también como uno de los caracteres esenciales del conocimiento científico, pues, por detrás de la pluralidad y el desorden aparente de los fenómenos naturales o sociales, la ciencia aspira a descubrir las «leyes» que rigen la estructura y el proceso del ser y el devenir⁹ y a construir con ellas su sistema. En conclusión, podría seguramente decirse, sin temor a exagerar, que de modo semejante a como los habitantes de Esmeralda, en la película «El mago de Oz», hicieron de unas gafas verdes el paradigma a través del cual se asomaban a su mundo (y lo veían, claro es, todo de color verde), así también el sistema ha llegado a convertirse en el paradigma de la ciencia, siendo la ciencia misma el paradigma del conocimiento.

Durante mucho tiempo, este prestigio conquistado por la ciencia como el producto más valioso del

humano razonar alentó en muchos juristas una fuerte aspiración a establecerse como «científicos del derecho»¹⁰ y sostuvo su creencia de que la aplicación consciente de técnicas, procedimientos y modelos importados de las ciencias matemáticas y naturales podría garantizar al saber sobre el derecho el estatuto de rigurosa científicidad que reclamaban para él¹¹.

Las propuestas más radicales en este sentido fueron pronto desmentidas por la realidad y la experiencia y, superadas por la incesante reflexión de los juristas, hoy pertenecen en su mayor parte al pasado. Incluso, en nuestros días asistimos a una especie de reflujo de la posición científicista y a variados intentos de revalorizar los procedimientos de la tópicica y la retórica como los más adecuados para la *scientia juris*¹². El mismo punto de vista racionalista sobre la ciencia ha tenido que flexibilizarse y se ha visto obligado a admitir, por ejemplo, que la explicación causal no es más que un tipo de explicación científica, que la ley de la causalidad no tiene el alcance universal que se le suponía y que el mundo, en suma, «es un asunto más confuso de lo que se había pensado»¹³.

Sin embargo, todas estas transformaciones no han sido suficientes para desterrar el viejo ideal científico del sistema del horizonte mental de los juristas. Firmemente establecida la ecuación ciencia jurídica = jurisprudencia sistemática¹⁴, la doctrina defensora de aquel ideal ha sabido ir pergeñando sucesivos conceptos y modelos de sistema con el fin último de asegurar la presencia de los estudios jurídicos, si quiera sea en un modesto lugar, bajo el palio de la Ciencia¹⁵; como si no hubiera, fuera de ésta,

⁶ Canaris (supra nt. 2), pág. 69.

⁷ Russell (supra nt. 1), págs. 69 y s., 80, afirma en cambio que el orden, la unidad y la continuidad son invenciones humanas «como los catálogos y las enciclopedias».

⁸ «La idea misma de un fenómeno imposible de explicar parece absurda; tal fenómeno sería esencialmente irracional y nuestra razón se resiste a admitir tal posibilidad»: Alchourron, C. E.-Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987, pág. 231. Rudner (supra nt. 3), pág. 31, se muestra mucho más cauto respecto de las posibilidades explicativas de la ciencia.

⁹ Bunge (supra nt. 1), págs. 27 y s., donde califica de «antiguo prejuicio» la creencia de que lo humano no es legal. Russell (supra nt. 1) pág. 77, señala la imposibilidad esencial y teórica de probar que una serie de fenómenos no está sujeta a leyes —se trataría, en efecto, de la prueba de un hecho negativo—, pero a las vez advierte que «lo más que se puede afirmar es que las leyes, si existen, no han sido aún descubiertas» (cursiva mía).

¹⁰ Hoy todavía, la pugna por situar a la jurisprudencia al lado de las actividades consideradas científicas tiene como propósito principal «atraer para la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que pueda designarse con la palabra «ciencia»: Santiago Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*⁶, Barcelona, 1991, pág. 320; en la misma línea, Puigpelat Martí, F., *Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional*, en *Anuario de Filosofía del Derecho (1986)*, págs. 237 y s. Para una perspectiva más general, vid. Feyereabend, P., *Adiós a la razón*, Madrid, 1987, pág. 128: «Hoy mismo las disciplinas más diversas intentan mejorar su prestigio mostrando de una u otra forma sus nexos académicos o, como suele expresarse, su científicidad». El ideal científico y el concepto mismo de científicidad en el derecho son ahora cuestionados por Giarro, T., *Die Illusion der Wissenschaftlichkeit*, en *Index 22* (1994), págs. 107 y ss.

¹¹ De Castro y Bravo, F., *Derecho civil de España I*, reed. Madrid, 1984, págs. 58 y s.; Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, págs. 296 y s.; Perelman, Ch., *Étrique et droit*, Bruxelles, 1990, pág. 614. Sobre la función legi-

timadora de la científicidad y sobre los peligros que encierra, Giarro (supra nt. 10), págs. 109 y ss.

¹² Vid. Kaufmann, A., *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, en Kaufmann, A.-Hassemer, W. (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁶, Heidelberg, 1989 (hay trad. esp. a cargo de G. Robles: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992), págs. 125 y s.; García Amado, J. A., *Teorías de la tópicica jurídica*, Madrid, 1988, págs. 312 y ss.; Viehweg, Th., *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1991, págs. 163 y ss., 176 y ss. La locución *scientis iuris* se utiliza aquí con el sentido convencional y comprensivo que le da Orestano (supra nt. 11), págs. 17 y ss., sin prejuzgar, por tanto, la cuestión de la científicidad; vid. ya en Id., *Ideologia, parola da non far più paura. Per una «radiografia» della «scientia iuris»*, en *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, págs. 265 y s., y en Id., *«Diritto», incontri e scontri*, Bologna, 1981, págs. 14 y s., donde excluye, sin embargo, la actividad «operativa» de los juristas de la *scientia iuris*.

¹³ Russell (supra nt. 1), págs. 63 66 y s.; Bunge (supra nt. 1), págs. 29; Oppenheimer, J. R., *La ciencia y el conocimiento común*, Madrid, 1955, págs. 8, 27 y ss.

¹⁴ Engisch, K., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en *Studium Generale*, 10 (1957), pág. 173: la jurisprudencia moderna se basa en cuanto ciencia en la afirmación del método y el sistema como criterios de estricta científicidad; [el artículo de Engisch ha sido traducido por M. Rodríguez Molinero: *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1966), págs. 7 y ss.]; Horak, F., *Rationes decidendi*, Aalen, 1969 págs. 10 y ss., 26; Von Schwind, F., *Osservazioni storiche e comparative sulla formazione del sistema giuridico moderno*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa I*, Firenze, 1977, pág. 26; Villar Palasi, *Consideraciones sobre el sistema jurídico*, en *RAP* 100-102 (enero-diciembre, 1983), págs. 509 y s.; Díaz, E., *Sociología y Filosofía del derecho*², reimpr., Madrid, 1989, pág. 98; Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, 1991, pág. 194.

¹⁵ Orestano, R., *Verso l'unità della «conoscenza giuridica»*, en *Rivista trim. di Diritto Pubblico* (1984), pág. 657, habla de «feti-

NOVEDADES

ALIANZA
EDITORIAL



CIENCIA

BRUCE MAZLISH
La cuarta discontinuidad
La coevolución de hombres
y máquinas
ALIANZA UNIVERSIDAD

RICHARD L. GREGORY (ED.)
Diccionario Oxford de la mente
ALIANZA DICCIONARIOS

JEREMY BERNSTEIN
Quarks, chiflados y el cosmos
EL LIBRO DE BOLSILLO

CIENCIAS SOCIALES

JACQUES VALLIN
La población mundial
ALIANZA UNIVERSIDAD

BLANCA SÁNCHEZ ALONSO
**Las causas de la emigración
española, 1880-1930**
ALIANZA UNIVERSIDAD

FERNANDO VALLESPÍN
Historia de la teoría política, 6
EL LIBRO DE BOLSILLO

PRUDENCIO GARCÍA
**El drama de la autonomía
militar**
LIBROS SINGULARES

HISTORIA

CHRIS COOK Y JOHN STEVENSON
**Guía de historia contemporánea
de Europa**
ALIANZA UNIVERSIDAD

CARLO M. CIPOLLA
Tres historias extravagantes
EL LIBRO DE BOLSILLO

JOSÉ MARTÍNEZ MILLÁN (DIR.)
La corte de Felipe II
ALIANZA UNIVERSIDAD

GIULIA CALVI (ED.)
La mujer barroca
LIBROS SINGULARES

MARÍA HELENA SÁNCHEZ ORTEGA
**Pecadoras de verano,
arrepentidas en invierno**
LIBROS SINGULARES

MICHEL VOVELLE
El hombre de la ilustración
LIBROS SINGULARES

LITERATURA

ANTONIO ESPINA
Las tertulias de Madrid
ALIANZA TRES

ANDRZEJ ZANIEWSKI
La rata
ALIANZA CUATRO

JORGE AMADO
Navegación de cabotaje
Apuntes para un libro de memorias
que jamás escribiré
ALIANZA TRES

GERALD DURRELL
Un zoológico en mi azotea
EL LIBRO DE BOLSILLO

R. L. STEVENSON
El Weir de Hermiston
EL LIBRO DE BOLSILLO

CARLOS GARCÍA GUAL
El zorro y el cuervo
EL LIBRO DE BOLSILLO

FILOSOFÍA

ERNST NOLTE
Nietzche y el nietzcheanismo
ALIANZA UNIVERSIDAD

RAYMOND TROUSSON
Jean Jacques Rousseau
Gracia y desgracia de una conciencia
ALIANZA UNIVERSIDAD

PETER SINGER (ED.)
Compendio de ética
ALIANZA DICCIONARIOS

ATILANO DOMÍNGUEZ (COMP.)
Las biografías de Spinoza
EL LIBRO DE BOLSILLO

URSULA PIA JAUCH
**Filosofía de damas y moral
masculina**
ALIANZA UNIVERSIDAD

VARIOS

BIRGITT VON MALTZAHN
La agenda del embarazo
LIBROS SINGULARES

ANDRÉ NATAF
Los maestros del ocultismo
LIBROS SINGULARES

JACQUES BROSSE
Los maestros espirituales
LIBROS SINGULARES

Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
Tel. 741 66 00
Fax. 741 43 43

ninguna actividad socialmente apreciable y valiosa desde el punto de vista intelectual.

En realidad, las cosas han ido más lejos todavía. El sistema se ha convertido en un absoluto de la actividad jurídica hasta el punto de haber desbordado todo concepto de ideal «científico» del derecho e invadido la misma actividad de interpretación y aplicación realizada por los abogados o los jueces. Sólo en esta perspectiva resulta inteligible la pregunta que formula Larenz a propósito de las decisiones que estos últimos adoptan: «¿En qué otra ciencia sería posible que una determinada respuesta a una pregunta determinada no pudiera calificarse inequívocamente de 'verdadera' o 'falsa', sino sólo de 'defendible'?»¹⁶

Al margen de que esto que Larenz dice no es exclusivo del derecho, sino que sucede en mayor o menor medida en muchas ciencias cuando se descorre el velo dogmático e ideológico que las entroniza como conocimiento *verdadero*, antes de responder a su pregunta (o mejor, precisamente para responderla) deberíamos decidir si las preguntas que se le dirigen a un juez y las respuestas que se esperan de él son verdaderamente preguntas y respuestas de índole científica. Al respecto dice muy bien Hernández Gil que hay «artífices del derecho» que no son científicos del derecho, y que ni el juez ni el abogado realizan ciencia en cuanto tales¹⁷. En efecto, ¿qué es lo que gana la actuación del juez cuando se la califica de científica? ¿Acaso no es el derecho una parte de la realidad social y no deben ser su estudio y su manejo serios y rigurosos?; ¿es que no basta con esto?¹⁸ Y cuando se habla —en un plano más general— de aplicar el método científico al derecho o de tratar el derecho de un modo científico, ¿en qué se está pensando, en el estudio del derecho, en su determinación y formulación positiva, en su aplicación práctica, en su sola exposición teórica y doctrinal?

chismo por la idea de "sistema" entre la mayoría de los juristas de la tradición jurídica occidental; sobre el carácter ideológico de la aspiración al sistema, a la dogmática y la cientificidad de la *scientia iuris*, vid. Id., *Ideología cit.*, págs. 385 y ss. El vol. AA.VV., *Prospettive sistematice nel diritto romano*, Torino, 1976, ilustra abundantemente la dependencia ideológica de cualquier intento de construcción sistemática [vid. la rec. de Horak, F., en ZSS, 98 (1981), págs. 452 y ss.]; el sistema es siempre algo que la mente humana superpone o impone al objeto, por eso cada uno «reconoce» en el objeto el sistema que le dicta su completa experiencia intelectual: no hay una estructura sistemática del objeto que —si la hubiera— se imponería con mayor evidencia y uniformidad.

¹⁶ Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*², Barcelona, 1980, pág. 26. Sobre «derecho y verdad», vid. Recasens Siches, L., *Experiencia, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, México D.F., 1971, págs. 499 y ss.

¹⁷ Hernández Gil, A., *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, 1981, págs. 40, 52; pág. 44: «la preocupación científica se manifiesta más como teoría de la ciencia jurídica que como ciencia jurídica directa»; vid. también Stone, J., *Legal System and Lawyers' reasoning*, London, 1964, pág. 52: «the purpose of the lawyer's and judge's procedures is not merely or even mainly to explore the clarity and uniformity of delineation of precepts and concepts and the logical consistency between them, but to apply the precepts and concepts in life situations in a way for which consistency and logical tidiness are do doubt desiderata, but are at a pinch neither exclusive nor decisive desiderata», Perelman (supra nt. 11), págs. 234 y s., 488, 663. Giaro (supra nt. 10) nts. 39, 41 y 42, recoge afirmaciones contrarias de la doctrina sobre este punto.

Seguramente conviene distinguir entre el derecho y su ciencia, pero ¿cómo sustraerse a la tentación de hacer del derecho mismo algo científico? La bienintencionada afirmación de Engisch, según la cual puesto que el derecho y su conocimiento están al servicio de la vida también el sistema jurídico tiene valor vital («*Lebenswert*») y no sólo valor expositivo o valor didáctico, no deja de ser un tanto ambigua ni excluye, por cierto, el riesgo de mediatización científicista del derecho¹⁹. También fundamental, aunque muy difícil de fijar, es la distinción entre el método de la *ciencia jurídica* y el método de la *interpretación jurídica* en cuanto este segundo, utilizado por los juristas para explicar, extender o restringir una regla de derecho con vistas a su aplicación, no puede decirse método científico, lo que no es ni debe ser ningún demérito.

Todas estas importantes cuestiones pertenecen al fondo de problemas evocado por la idea de sistema en su transposición al mundo del derecho. Prácticamente todas ellas siguen abiertas y es inútil esperar que vayan a recibir una solución definitiva. Por este motivo, en lo que sigue me voy a limitar a pasar rápida revista a algunas de las formas en las que la moderna doctrina anuda las ideas de derecho y sistema, sometiénolas a crítica tanto desde el punto de vista de su efectiva adecuación a la realidad de lo jurídico como desde la perspectiva de su propia consistencia interna.

2. EL SISTEMA COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD DE LOS JURISTAS

Para la mayoría de los juristas, la existencia real del sistema jurídico es un presupuesto que se acepta sin necesidad de comprobación concreta e incluso antes de toda precisión sobre su configuración y su concepto²⁰. El punto de partida es la convicción

¹⁸ Villar Palasi (supra nt. 14), pág. 510, parece pensar que sin ciencia y sin sistema no puede haber «una auténtica actuación lógica y justa». Ahora bien, si sólo la ciencia y el sistema pueden garantizar una actuación lógica y sobre todo justa, parece claro que el juez no puede servirse directamente del derecho tal como existe (en su estado «natural») para buscar y fundamentar la solución del caso.

¹⁹ Engisch (supra nt. 14), pág. 188. Castanheira Neves, A., *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido, en Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro II, Boletim da Faculdade de Direito*, número especial, Coimbra, 1979, pág. 85, advierte muy juiciosamente que el pensamiento jurídico debe servir a la idea de derecho y no a la de ciencia, ya que es esencialmente «jurisprudencia» (o *doctrina* jurisprudencial) y no «teoría»; págs. 86 y ss.: la construcción del pensamiento jurídico no puede legitimar que se excluya de él o se neutralice su intención y su compromiso político-normativo y que se le deforme metodológicamente para mejor satisfacer la idea de ciencia. Como dice De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 63, puesto que la idea de la justicia «es el criterio organizador y decisivo en toda la realidad jurídica», el método debe determinarse en primer lugar «por el criterio de la adecuación justa y sólo en segundo lugar por el de la adecuación lógica»; la misma idea expresan Biondi B., *Obbietto e metodi della scienza giuridica romana*, en *Scritti Ferrini*, Milano, 1946, pág. 247, y Giero (supra nt. 10), págs. 126 y ss., para la jurisprudencia romana.

²⁰ Catanheira Neves (supra nt. 19), págs. 79 y ss.: «el jurista habla comúnmente, y acriticamente, del sistema jurídico como de su horizonte de referencia natural —y habla así o continúa hablando así— en un tiempo cultural en que... el "sistema" es si-

de que el sistema —al que en un plano primario y puramente intuitivo se equipara con la noción genérica de «orden»— es inherente al concepto mismo de derecho y que, por tanto, todo derecho históricamente determinado ha de tener su sistema propio²¹. Hay aquí una asunción implícita de la sistematicidad como dimensión ontológica del derecho²², lo que no todo el mundo acepta²³; pero además, como verdad establecida que insensiblemente impregna el lenguaje del jurista y lo carga de significados no conscientes ni previstos, tal creencia cae de lleno en lo que Scheurer llama «epistemología ingenua», caracterizada entre otras cosas por la «aceptación no crítica de ciertas interpretaciones a las que se da el nivel de mitos»; así pues, muchas veces, un «mito epistemológico», o bien una «creencia» en el sentido de Ortega²⁴.

En cuanto al recurso habitual de los asertores del sistema, quienes —con insistencia machacona no exenta en ocasiones de cierta perezosa satisfacción— reprochan a sus críticos un supuesto enfrentamiento con molinos de viento, en cuanto su rechazo estaría dirigido contra una concepción del sistema que, o bien nunca nadie defendió o bien hace

tiempo fue arrinconada²⁵, más que un auténtico argumento parece una cortina de humo, un disfraz tras del cual se ocultan una o varias nociones de sistema (las que aquellos asertores están dispuestos a mantener) que casi siempre participan realmente de no pocos de los caracteres de la concepción supuestamente fantasmal impugnada por los críticos. Porque, si bien puede ser cierto que el rechazo del sistema siempre se resuelve en el rechazo de determinado o determinados tipos de sistema y que sólo a condición de que existiera un único concepto de sistema (el cual fuera inadecuado para la jurisprudencia) podría la tópica erigirse en alternativa de la jurisprudencia sistemática²⁶, el contenido mínimo que se exige y se insiste en postular para la idea en general de sistema jurídico (so pena de convertirla en un aditamento inútil, en una idea teórica destinada a expresarse a sí misma más que a describir la realidad, o en una cápsula vacía) delata la influencia inconfundible de aquel mismo prototipo o modelo de sistema del que elegantemente se dice prescindir; para decirlo de una vez, delata la influencia del llamado sistema axiomático o lógico-deductivo y del modelo pandectista de sistema²⁷.

multáneamente perseguido como paradigma decisivo del pensamiento científico y recusado como *alienum* en el pensamiento práctico-prudencial»; vid. también Caracciolo, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, 1988, págs. 11 y ss.; Santiago Nino (supra nt. 10), pág. 101: «Preguntarse por la caracterización del concepto de sistema jurídico es otra forma de inquirir por una definición del concepto de derecho, pues "sistema jurídico" y "derecho" —en el sentido de "derecho objetivo"— se usan como sinónimos»; en págs. 325 y s., Santiago Nino apunta como un presupuesto no sujeto a prueba de la dogmática jurídica contemporánea la creencia en la precisión, coherencia y completitud (sic) de los cuerpos legales; Bobbio (supra nt. 14), pág. 193. Lévi-Strauss [cit. por Hernández Gil (supra nt. 17) pág. 50] decía que los juristas «tratan un sistema artificial como si fuera real, y para describirlo parten del postulado de que sería imposible que encerrara contradicciones. Se los ha comparado muchas veces con los teólogos».

²¹ Ya Ihering, R. v., *L'esprit du droit romain*³, trad. de O. de Meulenaere, París, 1886-1888, I, pág. 37, decía que el sistema es un orden que «se extrae del fondo mismo del objeto», el ordenamiento interno de la cosa misma, por lo que cada derecho tiene su propio sistema que no conviene a los otros. El sistema es connatural al derecho como orden, incluidos los derechos de índole o estructura casuística: así, de nuevo, Castanhiera Neves (supra nt. 19), págs. 95 y ss.; también Engisch (supra nt. 14), pág. 169, y Ayler, K., *Systematisches Denken und Theorie im römischen Recht*, en *Studi Biscardi* I, Milano, 1982, pág. 21 y nt. 27; según Canaris (supra nt. 2), pág. 22, el pensamiento sistemático radica, *de facto*, inmediatamente, en la idea de derecho como conjunto de los valores jurídicos más elevados: el principio de justicia con sus concreciones en el principio de igualdad y en la tendencia a la generalización y el valor de la seguridad jurídica; el sistema es inmanente a cada derecho positivo en cuanto concreción histórica de estos valores; para Modugno, F., art. *Ordinamento*, en *Enciclopedia del diritto* XXX, Varese, 1980: I. Ordinamento giuridico, c) *Dottrine generali*, pág. 681, el derecho existe cuando la norma está insertada en un sistema y el derecho consiste precisamente en el conjunto tendencialmente sistemático de normas y comportamientos; vid. también Id., págs. 678 y ss. Se refieren al sistema más bien como expresión de la ciencia, Pugliatti, S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en *RISG* (1948), págs. 190 y s.; Fuenteseca, P., *Historia y Dogmática en la Jurisprudencia europea*, en *RDN* 11 (1956), págs. 169 y s.; Escuela Histórica, págs. 193 y s.; Ihering y la nueva dogmática; Gioffredi, C., *Dottrina e sistematica nello studio del diritto romano*, en *SDHI*, 18 (1952), pág. 251.

²² Esta cuestión fundamental es planteada por Lazzaro, G., v. «Sistema jurídico», en *NNDI* XVII, Torino, 1970, pág. 462: ¿es la sistematicidad una característica objetiva del ordenamiento (y

por tanto una categoría ontológica), o simplemente un esquema conceptual útil para el teórico (es decir, una categoría metodológica)? Abordaremos este problema infra, & 4.

²³ Por ej., Torrent, A., *Introducción metodológica al estudio del Derecho romano*, Oviedo, 1974, pág. 109 (a propósito de la inadecuación del método comparativista para el estudio del Derecho romano): «Hay que pensar que cada ordenamiento tiene sus exigencias, su sistema y, a veces, su ausencia de sistema» (cursiva mía); Gibert y Sánchez de la Vega, R., *Concepto de la Historia del Derecho español (1947)*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 5 (1987), pág. 358, nt. 97: la organización sistemática del derecho (y su carácter normativo) son sólo manifestaciones históricas del derecho pero no notas esenciales de su concepto, puesto que hay derecho no sistemático (y derecho no normativo).

²⁴ Scheurer, P., *Revoluciones de la ciencia y permanencia de lo real*, Barcelona, 1982, pág. 17; Marias, J., *Introducción a la Filosofía*³, Madrid, 1985, pág. 101.

²⁵ Vid., por eje., Diederichsen, U., *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, en *NJW* (1966), pág. 700 y nt. 64; Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 512; Robles, G., *La decisión en el derecho y la tópica jurídica*, en *Estudios Legaz Lacambra II*, Madrid, 1985, pág. 396; Giaro, T., *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en *ZSS*, 105 (1988), págs. 192 y s., 196; Weyand, S., *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde: Systemdenken und Problemdenken im klassischen römischen recht*, Göttingen, 1989, pág. 8.

²⁶ Así, respectivamente, Gallo, F., *Appunti minimi sui «criteri» della sistematica*, en AA.VV., *Prospettive sistematiche* (cit. supra, nt. 15), pág. 498; y Diederichsen (supra nt. 25), pág. 700.

²⁷ Una observación parecida hace De Villamor Maquieira, C., *La contribución del pensamiento problemático a la ciencia jurídica*, en *Estudios Legaz Lacambra II* (cit. supra, nt. 25), pág. 878. La crítica de Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, pág. 304, al pensamiento sistemático, del que dice está «presidido por el afán de una fundamentabilidad ahistórica [ej inspirado en una optimista confianza en la garantía supratemporal de la ratio], se dirige sustancialmente contra el sistematismo de signo lógico-deductivo, lo cual indica que el ideal o modelo de sistema es precisamente éste en primera instancia; (Esser mismo, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denken im modernen Zivilrecht*, en *AcP*, 172 [1972], pág. 114, dice que el jurista entiende por sistema «nur die dogmatische Zusammenfassung vorhandener Einsichten unter wenige sie begründende und einheitlich angenommene Gesichtspunkte»); de igual modo, la crítica de Horak (supra nt. 14), págs. 40 y ss., recae explícitamente sobre el sistema axiomático-deductivo; que éste es «el modelo» de sistema se desprende también de las objeciones a la tópica formuladas por

No es rigurosamente cierto, por lo tanto, que los críticos del sistema se opongan a una concepción hoy definitivamente superada del sistema jurídico o, aún peor, a una concepción que no ha existido nunca. Ante todo porque no es cierto que se opongan sólo a esa concepción, y además, porque las raíces de la especulación moderna sobre el sistema jurídico son las que son y se encuentran donde se encuentran, y es muy sintomático que la percepción espontánea (aunque por cierto equivocada) que tiene el «common lawyer» de los derechos continentales del «civil law» sea la de cuerpos coherentes de normas, deducidas de principios generales y organizadas sistemáticamente en códigos escritos dotados de autoridad²⁸.

Toda idea de sistema —cualquiera— es una idea de orden, así que, cuanto más orden, más y mejor sistema. Por otra parte, el orden más perfecto sigue siendo aquel en el que todas las relaciones de sus miembros y elementos componentes, sean éstos los que sean, se dejan expresar en términos de coherencia lógica y de unidad. Pues bien, a uno le cabe siempre la sospecha de si los juristas defensores del sistema en general no abandonarían de inmediato sus especulaciones sobre diferentes tipos de sistemas, y sobre las formas tan distintas de concebir incluso cada uno de ellos en concreto, en el caso de que se hiciera de pronto posible construir el sistema jurídico como sistema completo, unitario y lógicamente coherente²⁹. Además, bajo el prisma de esta

Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 536 y s. (vid. también infra, nt. 29), quien apoyándose en la utilización por el causídico de argumentos «no retóricos, sino de dialéctica sistemática lógica y, en definitiva, científica», refleja (quizá de forma inconsciente) su preferencia por este modelo de sistema jurídico. (A Villar Palasí se le puede responder, por otro lado, con la consideración de esos argumentos no retóricos, sino lógicos, sistemáticos y científicos como otros tantos *topoi* aceptados por todos en el momento de la discusión judicial; que sea inevitable cultural y psicológicamente la postulación de sistema para poder afirmar que una decisión es justa, segura, cierta o igual no obliga, sin más, a reconocer la existencia real del sistema postulado.) Nörr, D., *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Rechtswissenschaft*, Berlín, 1972, pág. 58, destaca el dominio del principio de la *divisio* —propio de una época en la que se creía posible conocer y ordenar la realidad *more geometrico*— en la idea de sistema a lo largo de la historia jurídica europea, con esta consecuencia: «Ziel war die logische, hierarchische und lückenlose Ordnung des Rechts».

²⁸ Así lo señala P. Stein en varios de los ensayos recogidos en el vol. *The character and influence of the roman civil law*, London and Ronceverte, 1988, págs. 38, 73, 132; por su parte, Esser, *Principio y norma*, cit. págs. 57, 278, 281, habla indistintamente de sistema cerrado, sistema axiomático y derecho codificado.

²⁹ La axiomatización completa de la materia jurídica, al menos como objetivo teórico, no ha sido nunca abandonada: vid. Neumann, U., *Juristische Logik*, en *Einführung in Rechtsphilosophie* (cit. supra, nt. 12), págs. 268 y s. Su posibilidad es admitida, por ejemplo, por Diederichsen (supra nt. 25), pág. 699, que sin embargo la considera, por su abstracción, inadecuada e indeseable para una «Realwissenschaft» como la jurisprudencia. También por Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 558, de cuya forma de expresarse («Con su estado actual, todos los ensayos de construir una ciencia del Derecho axiomática deductiva pueden considerarse todavía como vano intento. Sin embargo, es prematuro decir que este camino ha de fracasar necesariamente...») parece desprenderse una cierta predilección por esta configuración de la ciencia jurídica; curiosamente, aunque recrimina a los críticos del sistema lo que él llama «ataque maniqueísta de las concepciones desfiguradas de antemano», pág. 512, Villar Palasí parece ser de aquellos que, si alguna vez se alcanzara por ventura

sospecha, los conceptos tan dispares de sistema que la doctrina trabajosamente ha ido elaborando se asemejan a trincheras sucesivas, cada vez más reducidas respecto de aquel ideal, a las que ella misma se ha visto obligada a retirarse ante la evidencia del fracaso repetido de sus concepciones renovadas sin descanso. No cabe, creo, acudir aquí a la tranquilizadora idea del progreso de la ciencia, pues lo que más bien hay es una sensación de abandono forzoso de posiciones conceptuales que no se han podido defender y el deseo de seguir usando una palabra —sistema— de resonancias casi míticas y de implícita remisión a la unidad, la coherencia y la completud.

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

Al final, el intento puede reducirse al alumbramiento de un concepto de sistema lo suficientemente amplio, o vago, o laxo, como para acoger en él todas las deformidades de la realidad³⁰, o meramente a la descripción de «lo que es» (de aquello que se llega a percibir de lo que es) diciendo que «eso» es el sistema³¹; incluso, otra posibilidad consiste en no com-

la total axiomatización de un orden jurídico real, aplaudiría el logro, por fin, del estatuto de cientificidad plena por parte del derecho, sin dejar por ello de razonar y defender, hasta ese mismo instante, el carácter científico del derecho no axiomatizado; por lo demás, es imposible no apreciar contradicción entre la afirmación de que «sólo el sistema garantiza un auténtico conocimiento (del derecho) y su inserción científica en la cultura, lo que proporciona un saber de verdad y una auténtica actuación lógica y justa», pág. 510, y su reconocimiento posterior de que «hay tantos sistemas cuantas perspectivas sean posibles, tantas ciencias del Derecho cuantas sean las posturas del observador» (págs. 512 y s.).

³⁰ Una especie de «saco sistemático» como, por ejemplo, el «sistema señal» descrito por Viehweg (supra nt. 12), págs. 80 y s., 84 y s., 124 y s., equivalente al «sistema tópico» que él considera como sistema básico al que pueden ser referidos los demás sistemas. Contra la consideración de la tópica como método, Diederichsen (supra nt. 25), pág. 702; Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 536 y s.; Weyand (supra nt. 25), pág. 49.

³¹ Para Burckhardt, W., *Methode und System des Rechts*, Zürich, 1936, pág. 110, la determinación del sistema *a posteriori*, tomándolo del derecho existente, dado o concluido, de manera que la expresión del legislador sea determinante para la sistematización de su materia y todo derecho positivo tenga también su sistema es rechazable: un «sistema» semejante no sería un orden, sino la simple constatación de un hecho. Alchourron-Bulygin (supra nt. 8), pág. 102, recuerdan (en oposición a Kelsen, para quien sólo los conjuntos de normas que son coherentes pueden considerarse sistemas) que «conjuntos normativos incoherentes no son tan raros, como todo jurista sabe por experiencia», a pesar de lo cual no consideran que haya buenas razones para «limitar» la referencia del término «sistema» a los conjuntos coherentes, a menos que por «sistema normativo» entendamos un sistema normativo puro, es decir, un sistema que carezca de consecuencias prácticas; Bobbio, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pág. 126, describe el sistema incoherente como aquel en el que existe tanto la norma que prohíbe determinado comportamiento como la que lo permite; según él (págs. 119 y ss.), la coherencia no es imprescindible para la existencia del sistema, aunque sí necesaria para la justicia del ordenamiento (en el sentido de la certeza y la igualdad); Id. (supra nt. 14), págs. 216 y ss., 223: la coherencia «es una exigencia, mas no una necesi-

prometarse con un pronunciamiento concreto sobre el concepto de sistema y, sin definirlo previamente ni en ningún otro momento, utilizar este concepto como un «instrumento hermenéutico» para la discusión de las diferentes tesis doctrinales a favor y en contra de la perspectiva sistemática³². Todo lo cual hace que la idea de sistema jurídico (la idea del derecho como sistema), con sus resonancias implícitas de unidad completud y coherencia, quede casi siempre, en cierto modo, más allá de una crítica rigurosa hasta el final, pues el esfuerzo de los juristas se aplica más bien a su defensa.

¿Cuál es el concepto de sistema que se adecúa mejor a la realidad del derecho? Seguramente esta pregunta implica otra sobre el concepto mismo de derecho y participa del mismo carácter problemático que esta última tiene. Por otra parte, es frecuente que el intento de analizar un concepto lo torne más impreciso y huidizo porque en él se va superponiendo su historia³³. Esto puede suceder, en efecto. Sin embargo, en la actualidad aún no se ha alcanzado una definición suficientemente precisa, y sobre todo, suficientemente compartida de lo que debe entenderse por sistema jurídico; lejos de eso, la falta de claridad reinante en este campo, reconocida por muchos³⁴, parece convertirse en acicate e impulso inicial para idear nuevos conceptos de sistema y acuñar términos y expresiones nuevas que luego cada cual entiende y utiliza a su manera, con-

tribuyendo de ese modo a perpetuar la confusión. En estas condiciones, la única vía que quizá permita encontrar alguna orientación es volver los ojos a la historia reciente de la idea jurídica de sistema, no tanto para seguir su desarrollo paso a paso cuanto con el propósito de identificar los rasgos que, estando ya presentes al comienzo de aquella historia, siguen centrando el debate actual en torno a este problema.

3. BREVE REFERENCIA A LA HISTORIA MODERNA DE LA IDEA DE SISTEMA JURIDICO

Si hay un fenómeno histórico que marca el inicio de una nueva consideración del derecho y de la *scientia iuris*, ese fenómeno es desde luego la codificación. Respecto del tema que aquí nos ocupa, importa señalar que el movimiento codificador representa en la cultura jurídica continental la culminación de la idea de sistema³⁵, derivada a su vez de la tradición racionalista europea³⁶. Sin duda, el nacimiento de la vocación sistemática y las raíces de la apatencia de sistema se sitúan más atrás en la historia de la jurisprudencia europea³⁷; por otro lado hay, como es natural, una larga serie de factores no sólo jurídicos, sino de toda índole (intelectuales, sociales, políticos, etc.) que conforman, por así decir, el espíritu de la época y contribuyen a dar adecuada cuen-

dad» para la existencia de un ordenamiento jurídico (= sistema jurídico en este contexto).

³² Así es como ha trabajado Weyand (supra nt. 25), págs. 7 y ss., espec. pág. 8, con la desagradable consecuencia de que cuando luego habla, por ejemplo, de «sistema abierto» o de «sistema interno» no se sabe bien qué es lo que quiere indicar con estos nombres. Vid., por eje., págs. 42 y ss., donde Weyand se permite tachar de «rechtstheoretisch bedenklich» el concepto amplio de sistema de Coing sin precisar desde qué concepción del sistema lanza su crítica; la mención del «sistema abierto», pág. 62, a propósito del valor que N. B. Cardozo atribuye al desarrollo lógico del derecho; la mención, a propósito también de Cardozo, de una «innere systematische Ordnung» en pág. 63; la afirmación de la presencia de un «offenes Systemdenken» tanto en el derecho codificado como en el casuístico: págs. 63 y s. y not. 352; etc.

³³ De Lorenzo (supra nt. 4), pág. 25.

³⁴ Nörr (supra nt. 27), pág. 57; Wieacker, F., *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, en *Festschrift für Max Kaser für 70. Geburtstag*, München, 1976, pág. 9; Fikentscher (supra nt. 4), pág. 85; Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 512 y s.; Cappellini, P., *Systema iuris I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano, 1984, págs. 2 y ss.; García Amado, J. A., *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1985), págs. 297, 312; Weyand (supra nt. 25), pág. 8; Bobbio (supra nt. 14), págs. 189, 192.

³⁵ Mayer-Maly, Th., *Divisio obligationum*, en *The Irish Jurist* 2 (1967), págs. 375 y s.; Kaufmann (supra nt. 12), pág. 57; Calvo García (supra nt. 2), págs. 67, 261. Por contra, Fikentscher, *Methoden des Rechts* (cit. supra, nt. 4) I. *Frühe und religiöse Rechte. Romanischer Rechtskreis*, Tübingen, 1975, págs. 421 y s., impugna la identificación «Kodex-Recht (-Denken)»-«System» (los sistemas —dice— existen, pero al lado de la ley, en la literatura jurídica), aunque reconoce (pág. 420) que la codificación iusnaturalista-positivista ha presidido y preside todavía el moderno problema del método y el sistema.

³⁶ Coing, H., *Europäisches Privatrecht (1500 bis 1800) I. Altes Gemeines Recht*, München, 1985, págs. 69 y ss. Sobre la aportación del iusnaturalismo racionalista a la concepción y a la aspiración al sistema, Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, págs. 275 y s.; Strömholm, S., *Lo svi-*

luppo storico dell'idea di sistema, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 52 (1975), págs. 478 y ss.; Von Schwind (supra nt. 14), págs. 24 y s.; Zuleta Puceiro, E., *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, 1981, págs. 160 y s.; Kaufmann (supra nt. 12), págs. 49 y ss.; Canatta, C. A.-Gambaro, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* II. *Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino, 1989, págs. 226 y ss.; Van Caenegem, R., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, págs. 118 y ss.; Calvo García (supra nt. 2), págs. 34 y ss., 44 y ss. Para una revalorización de la influencia del Derecho romano en la Codificación, especialmente en el *Code civil*, Watson, A., *The Making of the Civil Law*, Cambridge (Massachusetts) and London (England), 1981, págs. 99 y ss.

³⁷ Como mínimo, en la época del Renacimiento y el humanismo jurídico: Sánchez Agesta, L., *Historia del sistema de la ciencia del derecho privado*, en *Boletín de la Univ. de Granada* (1940), págs. 519 y ss.; Going (supra nt. 5), págs. 202 y s.; Piano Mortari, V., *La sistemática come ideale umanistico dell'opera di Francesco Conano*, en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1986, pág. 524; Wieacker (supra nt. 36), págs. 165 y ss.; Carpintero, F., «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el Humanismo racionista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, en *Ius Commune* 6 (1977), págs. 150 y ss. Luhman, N., *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, págs. 35 y s., apunta que a comienzos del siglo XVIII la idea de sistema pasa de la astronomía y la teoría musical a la teología, la filosofía y la jurisprudencia como un medio técnico para ordenar las materias de enseñanza una vez que las cuestiones centrales de la contingencia y de la certeza de la fe se habían revelado como insolubles al nivel de la discusión conceptual de la Escolástica; un sistema se entendía entonces como un medio para ordenar y clasificar conocimientos (y por tanto para fundamentarlos y harcerlos ciertos), pero no era entendido sin más como realidad; se trataba de un concepto externo de sistema (externo al material jurídico) que pretendía ordenar la materia con gran libertad. Un eco parcial de estas ideas se refleja en el *Lexicon totius latinitatis* de A. Forcellini, Bononiae 1965 (ed. original de 1771), vol. IV, pág. 647, s.v. *systema*, *atis*: «*Solet in scientiarum studiis adhiberi pro ingeniose excogitata rerum dispositione, sistema: quo sensu tamen deest nobis Latini scriptoris exemplum. Transferitur ad explicanda genera multorum tonorum musicalium*»; vid. también s.v. *systematicus*, *a*, *um*.

ta y razón del fenómeno codificador³⁸. Lo cierto, en cualquier caso, es que —en la perspectiva de su tiempo— la codificación fue claramente apreciada y positivamente perseguida como la forma mejor de concretar en el campo del derecho aquel ideal sistemático³⁹, con las virtudes, que se le atribuyen desde entonces, de igualdad, certeza y seguridad jurídica⁴⁰. Y lo cierto también es que lo que en ese momento intenta concretarse por medio de los grandes códigos nacionales es una determinada concepción de lo que es (o debe ser) y de lo que puede el sistema en el derecho, y que en esa concepción destacan, como notas principales, la unidad del orden jurídico⁴¹, su completud y la ausencia de lagunas⁴² y la organización racional (*i.e.*, jerárquica) de las normas, conceptos y principios, bajo el presupuesto de la coherencia del conjunto, como clave y garantía de un método jurídico que se sirve especialmente de operaciones de orden lógico (inducción y deducción)⁴³.

En lo sustancial, esta concepción ha dominado el pensamiento jurídico continental prácticamente hasta el umbral de nuestro tiempo, en el que todavía ejerce una influencia poderosa —basta pensar, por ejemplo, en los temas que ninguna indagación sobre el sistema deja de abordar—, aunque no siempre advertida ni mucho menos admitida con suficiente claridad.

³⁸ Wieacker (supra nt. 36), págs. 322 y ss.; Coing, H., *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: Die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, en *La formazione storica* (cit. supra, nt. 14) II, págs. 797 y ss.; *Id.* (supra nt. 36), págs. 76 y ss.; Molitor, E.-Schlosser, H., *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*³, Heidelberg-Karlsruhe, 1979, págs. 51 y ss.; Van Caenegem (supra nt. 36), pág. 125 y ss.

³⁹ Sirva esto para matizar la afirmación un tanto excesiva de Weyand (supra nt. 25), pág. 44, de que la codificación no es el resultado necesario de un sistema científico de ideas ni tampoco el proceso de la ciencia jurídica hacia el sistema está unido a esta positivización formalmente legal; como dice Wieacker (supra nt. 36), pág. 461, las codificaciones se sitúan con frecuencia al final de períodos creativos de la ciencia jurídica y representan la culminación del trabajo sistemático y conceptual de generaciones (cosa distinta es que una nación moderna pueda pasarse sin codificación: pág. 460). Por lo demás, el significado tradicional del concepto de sistema sigue siendo el de «un principio de orden o sistema codificado»: Büllsbach, A., *Systematische Ansätze, in Einführung in Rechtsphilosophie* (cit. supra, nt. 12), pág. 333.

⁴⁰ Coing, H., *Europäisches Privatrecht (1800 bis 1914)*. II. 19. *Jahrhundert*, München, 1989, págs. 8, 12, 17, 29; también *Id.* (supra nt. 36), págs. 77 y ss.; Hassemer, W., *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in Einführung in Rechtsphilosophie* (cit. supra, nt. 12), pág. 216. Como ya hemos apuntado (supra nt. 21), Canaris (supra nt. 2), págs. 22 y ss., piensa que la idea de sistema jurídico se justifica a partir de los valores más elevados del derecho: el principio de justicia, con sus concreciones en el principio de igualdad y en la tendencia a la generalización, y el valor de la seguridad jurídica. Para una consideración crítica del código como instrumento de certeza, vid Cannata-Gambaro (supra nt. 36), págs. 313 y ss.

⁴¹ De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 176; Rescigno, P., *Generalità e specialità dei codici nel sistema del diritto privato, in La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Firenze, 1991, pág. 345; Coing (supra nt. 40), págs. 15 y s., resaltando la relación entre unidad jurídica y unidad nacional.

⁴² Wieacker (supra nt. 36), pág. 436, nt. 19; Molitor-Schlosser (supra nt. 38), pág. 51; Coing (supra nt. 36), pág. 78: «Unter einem Code versteht man... ein systematisch aufgebautes, in klaren Prinzipien, sprechendes, umfassendes Gesetz, welches mindestens einen ganzen Lebensbereich, wenn nicht das Gesamte Leben einer gegebenen Gesellschaft ordnet».

⁴³ Wieacker (supra nt. 36), págs. 276, 316 y ss.; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), pág. 62; Paradisi, B., *Qualche riflessione preli-*

Con Savigny la «sistematicidad» se convierte en atributo de la propia realidad jurídica, con lo que el sistema del derecho (o el sistema de la ciencia del derecho) no será ahora otra cosa que el reflejo fiel de una realidad orgánica y ya en sí misma sistemática⁴⁴. Luego, por medio de la Escuela Histórica el sistema llega a la Pandectística, que convierte este concepto en el núcleo de una nueva ciencia jurídica cuyo tema y objetivo principal serán la elaboración dogmática y la construcción sistemática del derecho⁴⁵. Los fundamentos filosóficos de la *scientia iuris* van renovándose con el tiempo, cambia su trasfondo ideológico y se suceden las escuelas de pensamiento jurídico. Y sin embargo, a lo largo de todo este proceso el perfil definitorio de aquella concepción originaria del sistema se conserva con perfecta nitidez⁴⁶ e incluso se acentúa en sus rasgos más característicos; tal es lo que sucede, en efecto, con la exacerbación —por la llamada Jurisprudencia de conceptos— de la consideración del orden jurídico en cuanto tal como totalidad sistemática cerrada, libre de lagunas y lógicamente coherente⁴⁷.

En cuanto a las modernas corrientes positivistas, sin necesidad de demasiada precisión puede decirse en general que no tienen un concepto diferente de sistema ni comparten, en este punto, un ideal distinto del ya enunciado⁴⁸. Más bien sucede lo con-

minare sul "sistema giuridico", in La sistematica giuridica (cit. supra, nt. 41), pág. 7; Van Caenegem (supra nt. 36), pág. 140.

⁴⁴ Fuenteseca (supra nt. 21), págs. 189 y s.; Wieacker (supra nt. 36), págs. 369 y ss., 374; Blühdorn, J., «Kantianer» un Kant. *Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur «Wissenschaft» vom Positiven Recht*, en *ZSS* 90 (1973), págs. 315 y ss.; Coing, H., *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, in Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX* (Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Univ. de Granada, n.º 18-19/1978-1979), págs. 42 y s.; Herberger, M., *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt a.M., 1981, págs. 389 y ss.; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), págs. 83 y ss.; Weyand (supra nt. 25), págs. 12 y ss.; Paradisi (supra nt. 43), pág. 19; Irti, N., *Metodo sistematico e leggi speciali (ovvero Del Diritto come ricerca)*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41), pág. 279; Calvo García (supra nt. 2), págs. 74 y s., 78 y s.

⁴⁵ Raggi, L., *Il metodo della giurisprudenza romana* (lezioni), en *Scritti*, Milano, 1975, pág. 184; Coing (supra nt. 44), pág. 98; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), pág. 61; Cannata-Gambaro (supra nt. 36), págs. 283 y ss.; Aguilera Barchet, B., *Introducción jurídica a la Historia del derecho*, Madrid, 1994, págs. 57 y s., Orestano (supra nt. 11), pág. 262, ve en el racionalismo de Puchta una grave regresión hacia las posiciones mantenidas un siglo antes por Wolff, de aquí su juicio negativo.

⁴⁶ Como signo de esta continuidad puede mencionarse algunos de los legados que, según Wieacker (supra nt. 36), págs. 373 y ss., recibió la Escuela Histórica del derecho natural: a) el sistema (*Pandektensystem*), y b) el método (*demonstrativen Methode*) de la formación del sistema y los conceptos y, de la deducción lógica de las decisiones a partir del sistema y los conceptos.

⁴⁷ Vid Wieacker (supra nt. 36), págs. 433 y ss.; Fikentscher, *Methoden des Rechts* (cit. supra, nt. 4). III. *Mitteleuropäischer Rechtskreis*, Tübingen, 1976, págs. 91 y s.; Molitor-Schlosser (supra nt. 38), págs. 76 y ss.; Coing (supra nt. 40), págs. 47 y s., donde sintetiza el programa del *dogmatischen Jahrbücher* fundado por el primer Ihering; Kaufmann (supra nt. 12), págs. 109 y ss.

⁴⁸ Vid Fuenteseca (supra nt. 21), pág. 198; García Amado (supra nt. 12), pág. 292; Kaufmann, A., *Beiträge zur juristische Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, págs. 39 y s., 82 y s., da una explicación de esta coincidencia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico: ambos se orientan en sentido axiomático, se basan en el pensamiento codificador y son deudores del racionalismo; presupuesto (expreso o tácito) común a ambas tendencias en la defensa de este modelo de sistema es la con-

trario: la reducción de la materia jurídica al *ius positum* (en el extremo, su reducción a los enunciados de la ley) contribuye en todo caso a reforzar los caracteres más formales del concepto (a estas alturas tradicional) de sistema jurídico⁴⁹.

Este conciso recordatorio sirve para darnos cuenta de que existe un modelo determinado de sistema jurídico —quizás hoy en trance de ser abandonado o no sé si incluso superado por otro modelo diferente— que es el que funciona como punto de referencia efectivo⁵⁰, de tal forma que lo que la gran mayoría de los juristas actuales nombra cuando irreflexivamente habla de sistema jurídico, por ejemplo, cuando el abogado argumenta basándose en la existencia, admitida de antemano, del sistema, o cuando el profesor se afana en exponer en un tratado tal o cual *parte del sistema jurídico*, es justamente éste tipo o modelo de sistema.

4. LA SISTEMATICIDAD COMO DIMENSION ONTOLOGICA DEL DERECHO

Orestano señala con acierto que la palabra sistema tiende a atribuir al objeto al que se aplica una especie de coherencia interna que se ofrece de modo espontáneo a la mente⁵¹. En este sentido, aceptar que el derecho es sistemático, o sea, que su forma propia de ser y bajo la cual normalmente se presenta es el sistema, puede ser ciertamente muy tranquilizador. Entre otras razones, porque ofrece una base teórica idónea para toda especie de especulación o estudio de tema jurídico en el que convenga eventualmente echar mano de tal presupuesto. Ahora bien, cuando se afirma que la posibilidad del sistema (y también su existencia efectiva) se deben a que la propia materia que constituye su objeto tiene ya una configuración unitaria, una existencia organizada⁵² o incluso una estructura racional, cabe preguntarse si no se estará confundiendo la existencia

de que el derecho tiene su sede en normas y sólo en ellas puede ser buscado.

⁴⁹ No carece de significado, en este orden de ideas, que los más asiduos intentos de formalización en sentido axiomático del derecho sean precisamente los que se producen en el amplio campo del positivismo jurídico.

⁵⁰ La persistente influencia de este modelo se advierte, por ejemplo, en Wieacker (supra nt. 36), pág. 542, cuando, tras señalar que la tarea actual de los tribunales superiores consiste en la coordinación de la jurisprudencia en la unidad espiritual y moral del orden jurídico en su conjunto, añade que no es posible atender a esta función de vigilancia sin una constante orientación hacia una coherencia jurídico-conceptual sistemática y sin contradicciones. Viehweg, Th., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1986, pág. 124, recuerda que aunque nunca se ha realizado la construcción de un sistema jurídico en sentido lógico, su existencia se presupone usualmente en el pensamiento jurídico; Id. (supra nt. 12), págs. 82 y 125.

⁵¹ Orestano (supra nt. 11), págs. 133 y ss. Orestano prefiere el término *dispositio* (o bien «schemi ordinanti»: págs. 420 y ss.), con el que quiere dar a entender que el orden es en todo caso exterior a la materia a ordenar y que la coherencia, allí donde se encuentra, es siempre el resultado de nuestra reflexión y elaboración.

⁵² Coing (supra nt. 5), págs. 191 y ss.; Larenz (supra nt. 16), pág. 479; Menezes Cordeiro, introducción a la trad. portuguesa de Canarias, *Pensamento sistemático* (cit. supra, nt. 2), pág. LXIV.

⁵³ Feyerabend, P., *La ciencia en una sociedad libre*, Madrid, 1982, pág. 25: «obviamente, el orden no es inherente a la mate-

ria y, por consiguiente, ha de ser impuesto desde el exterior»; De Lorenzo (supra nt. 4), pág. 214: «la naturaleza no tiene por qué corresponder icónicamente con lo que nos puede parecer más razonable en un momento y en un contexto determinado». Refiriéndose a las «Realwissenschaften», Horak (supra nt. 14), pág. 27, escribe: «der logische Zusammenhang liegt erst in der Wissenschaft vor, nicht schon in ihrem Material», y añade que lo mismo sucede con la ciencia jurídica en la medida en que se ocupa de conocer el derecho que ya existe; Tammelo, I., *On the Logical Openness of Legal Orders*, en *The American Journal of Comparative Law* 8 (1959), pág. 203: «Principles of logic are in themselves not principles of law but only principles for the apprehension and communication of law».

⁵⁴ Scheurer (supra nt. 24), pág. 163: «Una visión del mundo sirve para imponer cierta coherencia en la variedad innumerable de los fenómenos... En definitiva es el individuo el portador del cosmos».

⁵⁵ Gueli, V., *Dottrina dello stato e del diritto*, Roma, 1959, pág. 354: las ciencias jurídicas dogmáticas pasan inadvertidamente de la exigencia de unidad sistemática del derecho a la afirmación de su existencia objetiva; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), págs. 163 y ss.

⁵⁶ Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 515; pág. 522: «Sistema lógico y sistema objetivo es tanto como sistema de conocimiento o sistema real». Fikentscher (supra nt. 4), págs. 97 y s., distingue entre *systema mundi* y *systema hominis*, el sistema jurídico pertenecería en cuanto producto humano a esta segunda categoría.

ria y, por consiguiente, ha de ser impuesto desde el exterior»; De Lorenzo (supra nt. 4), pág. 214: «la naturaleza no tiene por qué corresponder icónicamente con lo que nos puede parecer más razonable en un momento y en un contexto determinado». Refiriéndose a las «Realwissenschaften», Horak (supra nt. 14), pág. 27, escribe: «der logische Zusammenhang liegt erst in der Wissenschaft vor, nicht schon in ihrem Material», y añade que lo mismo sucede con la ciencia jurídica en la medida en que se ocupa de conocer el derecho que ya existe; Tammelo, I., *On the Logical Openness of Legal Orders*, en *The American Journal of Comparative Law* 8 (1959), pág. 203: «Principles of logic are in themselves not principles of law but only principles for the apprehension and communication of law».

⁵⁴ Scheurer (supra nt. 24), pág. 163: «Una visión del mundo sirve para imponer cierta coherencia en la variedad innumerable de los fenómenos... En definitiva es el individuo el portador del cosmos».

⁵⁵ Gueli, V., *Dottrina dello stato e del diritto*, Roma, 1959, pág. 354: las ciencias jurídicas dogmáticas pasan inadvertidamente de la exigencia de unidad sistemática del derecho a la afirmación de su existencia objetiva; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), págs. 163 y ss.

⁵⁶ Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 515; pág. 522: «Sistema lógico y sistema objetivo es tanto como sistema de conocimiento o sistema real». Fikentscher (supra nt. 4), págs. 97 y s., distingue entre *systema mundi* y *systema hominis*, el sistema jurídico pertenecería en cuanto producto humano a esta segunda categoría.

recho como sistema, García Amado dice muy bien que «del hecho, por lo demás dudoso, de que la Ciencia del Derecho tenga carácter sistemático, no se sigue que el material con que trabaja contenga también un sistema»⁵⁷. Como planteamiento de partida, esta distinción es admitida en general por la doctrina, lo que no impide, sin embargo, que algunos autores terminen atribuyendo más o menos directamente al derecho el mismo carácter sistemático que les parece debe tener su ciencia.

Lo dicho es cierto, por ejemplo, en el caso de Ihering, para quien, siendo tarea de la ciencia reducir a elementos lógico-sistemáticos las disposiciones que el legislador establece en forma inmediatamente práctica⁵⁸, el sistema se concibe, sin embargo, como un orden que «se extrae del fondo mismo del objeto» y como el ordenamiento interno de la cosa misma⁵⁹. Hernández Gil considera, por su parte, que los objetos de la ciencia (del derecho) no tienen que estar producidos por ella (pues la elaboración normativa del derecho no es, según él, una actividad propiamente científica)⁶⁰, pero ve como una dificultad el margen de artificialidad, convencionalismo y arbitrio con que la elaboración normativa se puede producir⁶¹. Sin embargo, desde el punto de vista de una ciencia del derecho la artificialidad, el convencionalismo y el arbitrio no deberían representar ningún problema: lo patológico es también objeto de la ciencia. A no ser que se entienda que un objeto (jurídico) deja de ser propio de una ciencia que se ocupa del derecho cuando le afecta determinada patología; pero entonces es la propia ciencia, concebida además de una forma bien precisa y ya conocida, la que genera su objeto, con lo que de nuevo se nos cuele de rondón un cierto concepto «científico» de derecho. Cuando Sánchez Agesta se pregunta por la función que el sistema cumple en el conocimiento científico del derecho, si es construcción del objeto con cuya naturaleza se identifica o se refiere simplemente a su exposición científica, en suma, si la ciencia del derecho privado es *ontológica* o *teorética*⁶², los mismos términos en los que formula el problema —con mayor precisión, el problema mismo

que plantea— son ya el fruto de la mencionada confusión.

Teniendo, pues, presente la diferencia entre la ciencia del derecho y su objeto, podemos ahora analizar brevemente la hipótesis de la naturaleza sistemática del orden jurídico en general. Lo primero que nos sale al paso es la afirmación optimista de dicho carácter sistemático, acompañada, eso sí, de algunas advertencias sobre el adiestramiento, punto de vista (macroscópico), dirección del interés y perspicacia del observador que deben permitirle percibir la armonía y la unidad de algún modo presentes de antemano en la estructura y el movimiento del orden jurídico⁶³. Naturalmente, no nos convence esta manera de hacer responsable al observador de su propia percepción del orden jurídico como un sistema, sobre todo porque ni aun cuando han coincidido adiestramiento, punto de vista, dirección del interés y profundidad de la mirada adecuados, la unidad y la armonía postulados han recibido ilustración y prueba en concreto, sino sólo de forma abstracta y general⁶⁴, y porque, al final, se acaba por reconocer que la armonía y la unidad toleran lagunas, incoherencias e ineficiencias con tal de que el orden jurídico funcione⁶⁵.

La naturaleza sistemática del derecho podría deducirse también de su consideración como *recta ratio*. En esto consiste el intento de Esser⁶⁶, quien apunta en este sentido que «ningún corpus iuris es sólo masa, sino que en primera línea es sistema, fijado por los datos de esta masa, de principios que permiten al juez la selección, aplicación y creación de normas positivas». Esser precisa que su postura no niega la complejidad histórica y política de las masas de derecho positivo ni afirma una jerarquía intemporal de los principios, pero precisamente por aquí es por donde empieza a fallar su teoría. En efecto, al confiar a la jurisprudencia práctica la responsabilidad de entresacar de los conglomerados jurídicos existentes los *principios sistemáticos permanentes* mediante decisiones *continuamente reintegradoras* y la tarea de ponderar los fines y principios opuestos buscando la unidad⁶⁷, Esser cae en una

⁵⁷ Peine, F. J., *Das Recht als System*, Berlin, 1983: vid. García Amado (supra nt. 34), pág. 302. Lipari, N., *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41), págs. 151 y s., advierte sobre el equívoco que se da en el mundo del derecho: en las otras ciencias, sistemático no es el objeto de la ciencia sino la propia ciencia, mientras que para la actividad del jurista se pretende, en cambio, que el carácter sistemático se refiera a aquello de lo que el jurista discurre, a las normas, y no al discurso del jurista sobre las normas.

⁵⁸ Ihering (supra nt. 21) I, págs. 39 y ss.; III, págs. 74 y s.: «Eriger le droit en système... c'est lui enlever... sa forme pratique extérieure, sans diminuer pour cela sa force pratique intérieure»; «Dans le système, en effet, la matière a pris un état organisé...»

⁵⁹ Vid. supra, nt. 21.

⁶⁰ Con un razonamiento parecido, Giaro (supra nt. 10), pág. 123, llega a considerar la «jurisprudencia científica» en conjunto como una *contradictio in adiecto*.

⁶¹ Hernández Gil (supra nt. 17), pág. 36.

⁶² Sánchez Agesta (supra nt. 37), pág. 658. Para Pugliatti (supra nt. 21), pág. 197, el sistema de la ciencia jurídica no es meramente formal: en su raíz es sistema de la realidad social en cuanto realidad jurídica.

⁶³ Así, por ejemplo, Stone (supra nt. 17), pág. 26: «This unity [of legal order], apparent from so many angles to macroscopic observation, is curiously at odds with the teeming disorder observable when we look microscopically at the hurly-burly movement of

legal norms in the legal process»; pág. 28: «and yet, of course, sensitive ears can still hear the symphonic strains above the harsh cacophonies of the immediate and the detail. Clearly perception of this harmony and unity is a function not merely of the structure and movement of legal order, but also of the training, point of view, direction of interest, and depth of insight of the observer».

⁶⁴ Así lo reconoce Stone (supra nt. 17), pág. 53: «Even the great analytical systematisers... have not pretend that their results afford an actual picture of the structure of any empirically given legal system (...). In general, we remain convinced that the great analytical systems are intended as abstract intellectual models which may help us to understand actual legal orders or aspects of these. They are not intended to "show forth" the empirical aspects themselves».

⁶⁵ Stone (supra nt. 17), pág. 28: «The legal order may be a functioning unity despite its gaps, incoherences and inefficiencies».

⁶⁶ Vid. Esser, *Principio y norma* cit., págs. 288 y ss.

⁶⁷ Esser, *Principio y norma*, cit. pág. 289: «Examinar los conglomerados de derechos crecidos en el curso de la historia para entresacar de ellos los principios sistemáticos permanentes, es misión no de una especulación teorética, sino de decisiones continuamente reintegradoras de la jurisprudencia práctica, la cual tiene que ponderar la antinomia de los fines, y, por tanto, la oposición de los principios, fundiendo en una sola pieza los fragmentos de planes e ideologías jurídicas».

petición de principio a la que bien pudiéramos llamar «postulado de sistema». Si los jueces son los encargados de identificar los principios sistemáticos permanentes y de reintegrar continuamente con sus decisiones el sistema jurídico, resulta que la existencia de éste queda entregada a la sentencia judicial y depende de ella; ahora bien, los jueces no tienen más remedio que sentenciar, pero del hecho de que sentencian y lo hacen buscando el fundamento de sus decisiones en el derecho positivo o, con mayor amplitud, en el derecho existente, no se sigue la existencia en éste del sistema⁶⁸. Con un procedimiento semejante, podría erigirse un sistema en cualquier circunstancia y prácticamente con cualquier material. La pregunta es, sin embargo, ¿qué valor tendría este sistema?

Podemos finalmente preguntarnos qué es lo que asegura la entidad sistemática del derecho. Descartada la ciencia, que a lo sumo elabora *su* sistema (aunque contando como es obvio con el derecho existente), la identificación de un hipotético elemento unificador que pudiera aportar su fundamento al sistema se muestra extraordinariamente problemática; así lo indica la revisión por Cappelletti de la posibilidad de basar el sistema en el fin de derecho, en su forma, en su contenido, en los actores del sistema jurídico o en sus destinatarios⁶⁹.

Tampoco podemos conformarnos con decir que la mera calificación de jurídico complica la nota sistemática de lo así calificado. El principio típico del positivismo jurídico más en boga se muestra a este respecto completamente insatisfactorio: si la condición sistemática de las normas jurídicas ha de ser consecuencia únicamente de su «validez», entendiendo por este concepto la identificación de las normas como tales y la determinación de su pertenencia al orden jurídico conforme a criterios predominante-

mente formalistas⁷⁰, no puede desconocerse que la unidad asegurada por la pertenencia al mismo ordenamiento nada dice sobre el contenido y las relaciones de las normas, por lo que no puede tomarse en absoluto como prueba de que éstas constituyen un sistema⁷¹; en realidad, la adopción de la idea de pertenencia como fundamento del sistema viene a ser un conformarse con la inexistencia del sistema, pues éste debería en todo caso responder a unos mínimos requisitos de integración, coordinación y coherencia; teniendo en cuenta esto, afirmar que una norma jurídica «pertenec» a un sistema jurídico no es decir otra cosa sino que esa norma existe.

¿Podría integrarse quizás esta perspectiva positivista con algún tipo de garantía que asegurase la sistematicidad del material jurídico-normativo desde la misma fuente en que éste es producido? Parece bastante improbable. Fijémonos tan sólo en lo que ocurre con la producción legislativa en los modernos Estados de derecho: aparte de que la racionalidad del legislador (un legislador, por cierto, cada vez más difuso y policéntrico) es un postulado que ya no convence a casi nadie⁷², la proliferación y dispersión de las normas y el número cada vez mayor de leyes especiales son fenómenos que impiden, por la magnitud que han alcanzado, que los propios poderes públicos se manejen con soltura, seguridad y eficacia en el laberinto del derecho positivo. Este es un fenómeno que resulta especialmente evidente en el campo incontenible del Derecho administrativo⁷³, pero que no es ni mucho menos exclusivo de él. Más bien al contrario: en la medida en que el Estado moderno tiende a servirse del derecho como un instrumento para la realización de las más variadas políticas sectoriales y sociales, el mismo problema afecta a la totalidad del ordenamiento jurídico y a cada una de sus partes⁷⁴. Todo lo cual represen-

⁶⁸ Hablando de la completud del ordenamiento jurídico, Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 520, observa que «la completud (sic) del Ordenamiento es su posibilidad permanente de dar siempre, y en todo caso respuesta, a todo problema jurídico». ¿Debemos entonces pensar que bastaría con que hubiera alguien con poder de responder y decidir para que toda respuesta o declaración dada por él a un problema jurídico pudiera afirmar su pertenencia al ordenamiento? Sobre el problema de la completud, vid. infra, & 8. c.

⁶⁹ Vid. Cappelletti, M., *Contestazione della "sistemática giuridica"*, en *La sistemática giuridica* (cit. supra, nt. 41), pág. 369.

⁷⁰ Vid. por ejemplo, con esta orientación, Caracciolo (supra nt. 20); Moreso, J. J.-Navarro, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 1993.

⁷¹ Esta crítica es formulada por IRTI (supra nt. 44), págs. 301 y s.; vid. también Ferrajoli, L., *El derecho como sistema de garantías*, en *Jueces para la Democracia 16-7/2-3* (1992), págs. 63 y s. Sobre la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico como sistema dinámico basado en un criterio puramente formal de pertenencia de las normas, Bobbio (supra nt. 31), págs. 70 y ss., e id. (supra nt. 14), págs. 190 y ss.; Calvo García (supra nt. 2), págs. 125 y ss. y, en sentido crítico, págs. 135 y ss.: en su búsqueda de la única solución correcta para cada caso, «Kelsen se limita a enmascarar con las características de una validez absoluta la aceptación compleja y difusa de las decisiones interpretativas y del razonamiento jurídico en su conjunto» (pág. 141) y recubre con el manto de la validez objetiva del *deber ser* aquellas manifestaciones del *ser* que se producen conforme a las reglas del sistema. Sobre la «textura abierta» del derecho y la «*rule of recognition*» de Hart, id., págs. 146 y ss.

⁷² Irti (supra nt. 44), pág. 303; vid. también Nieto, A., *La organización del desgoberno*, Barcelona, 1987, págs. 144 y ss. Sobre el «postulado» o el «modelo dogmático» el legislador racio-

nel, Igartua Salaverria, J., *El postulado del legislador racional (entre metodología y mitología)*, en *RVAP 28* (1990), págs. 113 y ss., espec. págs. 115 y s.; Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 328 y ss.; Calvo García (supra nt. 2), págs. 58 y ss.

⁷³ Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 512, reconoce que «el lío es tan caótico que ni siquiera la Administración puede cumplir sus propias disposiciones. Existe el deber, por ejemplo, de señalar las disposiciones que se derogan tras la aprobación de una ley. En muchos casos el laberinto es tan desconocido que nadie se atreve a cumplir lo que está mandado»; Nieto (supra nt. 72), págs. 146 y s. La vuelta a los principios generales del derecho propugnada por algunos administrativistas es en parte un intento de escapar a estos problemas: «sólo un esqueleto firme de principios generales puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas [sc., del Derecho administrativo], en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas, además, a un proceso de cambio incasante y continuo» (García de Enterría, E.-Fernández, T. R., *Curso de Derecho administrativo* 16, Madrid, 1993, págs. 77 y ss.).

⁷⁴ Es de gran interés el análisis de Calvo García (supra nt. 2), págs. 263 y ss., sobre las consecuencias derivadas del uso del derecho como medio para realizar políticas sociales (el llamado «derecho útil» o «derecho regulativo»): «administrativización» y «sociologización» del derecho, exposición legislativa, pérdida de abstracción y generalidad (lógica y material) de las normas, aumento de la discrecionalidad y la inseguridad jurídica. Reflexiones parecidas pueden encontrarse en otros autores: Von Schwind (supra nt. 14), pág. 26; Lipari (supra nt. 57), págs. 153 y s.; Ferrajoli (supra nt. 71), págs. 61 y ss.; también Wieacker (supra nt. 36), pág. 554, que llama la atención sobre la pérdida de la unidad de la conciencia jurídica como consecuencia de factores tales como la atomización de la legislación, la proliferación de jurisdicciones especiales y el debilitamiento de los tribunales ordi-

ta un claro alejamiento de cualquier ideal viable de sistema en el derecho⁷⁵.

La creencia en la flexibilidad, en la blandura del orden jurídico sistemático para acoger y asimilarse cualquier cuerpo extraño arrojado a él requiere una profesión de fe que es como tal inexigible, y, en ausencia de ella, la realidad que nos enfrenta es la de un derecho positivo que *puede* al menos ser no sistemático, contradictorio, incoherente⁷⁶. Pero con esto la pregunta inicial acerca de la entidad objetivamente sistemática del derecho se torna en cuestionamiento de la legitimidad de una ciencia del derecho estricta o exclusivamente sistemática, pues en efecto, ¿cómo exponer sistemáticamente sin alterar aquello que se concibe como asistemático?⁷⁷

El sistema del derecho no existe ontológicamente, el sistema ni siquiera es imprescindible para el derecho, sino útil, a lo sumo, para su mejor conocimiento: su función es por tanto instrumental⁷⁸. En consecuencia, el método llamado sistemático no puede ser más que un método experimental al que le incumbe probar en cada caso el carácter sistemático de los materiales jurídicos concretos, sin descartar de modo apriorístico la hipótesis de materiales asistemáticos⁷⁹.

5. DISTINTAS MANERAS DE CONCEBIR EL SISTEMA EN EL DERECHO

En general, al sistema se le atribuyen unas virtudes que tienden a convertirlo en garante no sólo de la corrección científica del derecho, sino incluso de la justicia de su aplicación práctica. Sin embargo, cuando llega el momento de concretar qué es lo que se entiende por sistema en el derecho aparecen dificultades llamativas que obligan a pensar que hay algo importante que falla en la teoría del orden jurídico como sistema e indican a la vez que la noción correspondiente todavía no pertenece al voca-

bulario pacífico de los juristas. Donde mejor se comprueban estas dificultades es, en efecto, en el plano de la terminología: proliferan las denominaciones relativas al sistema y cada una de ellas es portadora de un significado singular que, además, ni siquiera se mantiene constante de unos autores a otros⁸⁰.

bulario pacífico de los juristas. Donde mejor se comprueban estas dificultades es, en efecto, en el plano de la terminología: proliferan las denominaciones relativas al sistema y cada una de ellas es portadora de un significado singular que, además, ni siquiera se mantiene constante de unos autores a otros⁸⁰.

Aquí no vamos a ocuparnos de aquellos conceptos de sistema que califican separadamente la estructura del objeto y su reconstrucción por el sujeto (partiendo de la división entre ambos); de algunos de ellos ya hemos hecho mención: sistema objetivo-sistema lógico; *systema mundi-systema hominis*; en general, sistema del derecho-sistema de la ciencia del derecho⁸¹. Baste señalar a este respecto que el derecho, siendo una creación del hombre y las fuerzas sociales, escapa probablemente a tan tajante división, lo que seguramente plantea nuevos problemas en relación con su naturaleza sistemática de los que podemos ahora prescindir.

Lo que nos interesa en este momento son más bien las determinaciones específicas del sistema del derecho, quiero decir de su concepto. Como antes apuntaba, la diversidad terminológica es en esto muy notable, por lo que, en aras de la simplicidad, conviene limitarse a las expresiones de uso más frecuente y por ende más significativas.

5.a. *El sistema axiomático o lógico-deductivo.* Con el que menos problemas se plantean es con el llamado sistema *axiomático o lógico-deductivo*, que suscita el rechazo, o por lo menos la prevención, de la mayor parte de la doctrina moderna. Lo primero que se le reprocha es su irremediable carácter abstracto⁸², que pone en cuestión su utilidad y su valor desde el punto de vista y para las necesidades de la jurisprudencia como actividad empírica. A esta primera objeción se añaden otras que tienen que ver con la irreductibilidad en sentido lógico de la materia jurídica a ordenarse en el sistema⁸³ y con la im-

arios frente a las cada vez más numerosas resoluciones administrativas previas.

⁷⁵ Frosini, V., art. *Ordinamento*, en *Enciclopedia del diritto* XXX, Varese, 1980: I. Ordinamento giuridico, a) Filosofia del diritto, pág. 462: cuanto más se complica un conjunto (también jurídico) en las relaciones entre los elementos que lo componen, tanto más tiende a convertirse en desorden como «exceso de órdenes», como se observa, por ejemplo, en la experiencia de la inflación legislativa.

⁷⁶ Burckhardt (supra nt. 31), pág. 127. Ya las leyes (los códigos) tienen por misión la regulación de las relaciones jurídicas y no la construcción de un sistema: Zajtay, I., *Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und in Common Law*, en *AcP* 165 (1965), pág. 113.

⁷⁷ Burckhardt (supra nt. 31), pág. 127; según este autor (págs. 125 y s.), la construcción lógica y sistemática del derecho es ante todo tarea del legislador y sólo de la ciencia cuando aquél no ha llegado a cumplirla, pero «el teórico llega siempre demasiado tarde» para resolver las contradicciones y colmar las lagunas que el legislador dejó, pues debe trabajar con el material que le proporciona la ley.

⁷⁸ De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 446; Gibert y Sánchez de la Vega, R., *Método de la Historia del Derecho español*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres* 8 (1990), pág. 270; Gibert encuentra la diferencia entre el sistema histórico y el sistema jurídico en la tolerancia del primero respecto de elementos en sí mismos contradictorios o ajenos entre sí, elementos que el segundo tendría que eliminar. Una buena prueba de que el sistema no es imprescindible en el derecho y de que puede darse un derecho no sistemático que funcione a satisfacción es

la ofrecida por la historia del Derecho canónico: vid. Gaudemet, J., *Essais de systématisation en droit canonique*, en *La sistemática jurídica* (cit. supra, nt. 41), págs. 165 y ss.; el ejemplo es especialmente interesante por cuanto, como señala Gaudemet (págs. 169 y ss., espec. 171), la elaboración científica de que fue objeto el Derecho canónico en los siglos XIII y XIV no fue unida a su sistematización.

⁷⁹ Irti (supra nt. 44), pág. 303.

⁸⁰ Por eso dice García Amado (supra nt. 34), pág. 312, que la noción de sistema jurídico no es un concepto que remita por sí mismo a un contenido indubitado, de modo que su sola mención baste para centrar el tema del discurso; y Bobbio (supra nt. 31), pág. 78, que «el término sistema es uno de aquellos términos con muchos significados que cada uno usa según su propia conveniencia».

⁸¹ Podríamos quizás añadir la distinción de Falzea, A., *Sistema culturale e sistema giuridico*, en *La sistemática jurídica* (cit. supra, nt. 41), pág. 41, entre sistema real («conjunto de existencias» que ya en su realidad objetiva presenta un modo de ser estructurado unitariamente) y sistema ideal («conjunto de conceptos» conectados orgánicamente por un mismo principio); la ciencia, la filosofía o el arte serían sistemas ideales; la costumbre, la religión y el derecho, sistemas reales por pertenecer a la vida efectiva de una sociedad dada.

⁸² Por ej., Burckhardt (supra nt. 31), págs. 49, 110; Engisch (supra nt. 14), pág. 182; Diederichsen (supra nt. 25), pág. 699; Nörr (supra nt. 27), pág. 58; Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 151 y ss.; Valet de Goytisolo, J., *Metodología jurídica*, Madrid, 1968, págs. 148 y ss.

⁸³ Vid., entre otros, Engisch (supra nt. 14), págs. 175 y s.; Ka-

posibilidad de eliminar por completo de éste las lagunas⁸⁴ y las contradicciones⁸⁵. La crítica se completa con el señalamiento de la arbitrariedad (desde el punto de vista lógico) inherente a la elección de los axiomas que han de servir de base al sistema⁸⁶, y al final se concluye afirmando la inviabilidad de un sistema semejante: no ha existido nunca en el pasado ni es dable esperar su existencia en el futuro.

En realidad, con los progresos de la lógica contemporánea ha ido cambiando el significado del método axiomático y de la axiomatización en el derecho. La construcción de un sistema axiomático único y comprensivo de la totalidad del orden jurídico ha sido abandonada, al menos como objetivo realizable de inmediato; se considera posible aplicar el método axiomático a cualquier materia con independencia de cuáles sean sus contenidos concretos; se entienden de forma distinta y más rigurosa que en el pasado las operaciones lógicas de subsunción e inducción y se trabaja con proposiciones en lugar de con conceptos. Estos rasgos entre otros⁸⁷ marcan una significativa diferencia entre la axiomatización del derecho en sentido actual y los intentos sistematizadores del iusnaturalismo racionalista y del posterior positivismo científico y legal. Y a pesar de todo ello, la abundante coincidencia en las críticas mencionadas nos indica que el tipo de sistema que se rechaza es percibido con cierta uniformidad por los autores. En otros términos, parece que por sistema axiomático o lógico-deductivo se entiende de forma constante un tipo de sistema que destaca las co-

nexiones lógicas entre sus miembros y que en definitiva concibe el orden jurídico como una totalidad dotada de un orden lógico y libre de lagunas.

Esto es en lo que parece haber acuerdo en rechazar. Y sin embargo, si uno observa con cuidado se da cuenta de que existe una situación un tanto paradójica en la que conviven las declaraciones de formal oposición al sistema deductivo con ciertos indicios que apuntan hacia una aceptación del mismo —o al menos una influencia— inconsciente o solapada⁸⁸, de tal forma que podría decirse que aquello que se expulsa por la puerta intenta colarse de nuevo por la ventana (y hasta cierto punto lo consigue). No se trata sólo de la seguridad con que un autor como Lantella se aplica a descubrir en el «discurso jurídico romano» indicios de «sistema coherente» (concepto éste que en una de sus acepciones —conjunto de enunciados conectados entre sí lógicamente y todos derivados de un principio común— equivale al de sistema axiomático o lógico-deductivo) como si la viabilidad de un sistema jurídico axiomático (coherente) fuera cuestión probada y pacíficamente admitida⁸⁹; o de la facilidad con que un segundo autor (Bretonne) identifica el sistema «en el sentido riguroso del término» con un conjunto unitario y completo de proposiciones organizadas de forma conceptual-deductiva⁹⁰. Ni sólo de que Esser, que admite la recíproca influencia del sistema y el problema⁹¹, declare —ello no obstante— la superioridad del sistema cerrado —término que para él significa lo mismo que sistema axiomático⁹²— nada

ser, M., *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, 1964, pág. 11; Horak (supra nt. 14), pág. 41; Perelman, Ch.-Olbrechts-Tyteca, K., *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*², Bruxelles, 1970, pág. 176; Perelman (supra nt. 11), págs. 502 y ss.; Díez Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*³, Barcelona, 1993, págs. 190, 192, 263; Canaris (supra nt. 2), págs. 30 y ss., 68 y ss.; Boquera Oliver, J., *Derecho administrativo*⁴, Madrid, 1991, pág. 22.

⁸⁴ Wieacker (supra nt. 36), pág. 437, que piensa, sin embargo, que la totalidad del orden jurídico escrito y no escrito es completa *per definitionem* (esto es diferente de lo que dice Perelman (supra nt. 11), págs. 571, 758, etc.: para evitar el «déficit de justicia» el juez se ve en la necesidad de argumentar *como si* el sistema jurídico que aplica fuera completo y coherente); Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, págs. 240 y ss.; Coing, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*⁴, Berlin-New York, 1985, pág. 352; Alchourron-Bulygin (supra nt. 8), págs. 98 y s.; Canaris (supra nt. 2), págs. 38 y ss., 199 y s., 239 y ss.; Müller, F., *Juristische Methodik*³, Berlin, 1989, pág. 71, 79. Gadamer, H. G., *Verdad y método*³, Salamanca, 1988, pág. 613, considera absurda la sola idea de una dogmática ideal completa en la que la fuerza productora de derecho inherente al caso particular esté predeterminada lógicamente, es decir, la idea de una dogmática que contenga al menos en potencia todas las verdades jurídicas en un sistema coherente; además advierte que esta imposibilidad de un sistema coherente y completo se da aun cuando ningún cambio de las relaciones sociales o cualquier otra alteración histórica de la realidad haga aparecer como anticuado o inadecuado el derecho vigente: «la distancia entre la ley y el caso aparece como absolutamente irremediable».

⁸⁵ Lazzaro (supra nt. 22), pág. 482; Canaris (supra nt. 2), págs. 40 y ss., 101 y s., 200 y ss.; Perelman (supra nt. 11), págs. 621 y s., 762. En general, ante cualquier conflicto de intereses son varias las soluciones que pueden buscar su apoyo en las normas del sistema; pretender que de todas ellas sólo aquella que finalmente acoge el tribunal en su sentencia es la solución conforme con el sistema y prevista por él es aproximadamente lo mismo que creer en los poderes taumatúrgicos de los jueces; como dice Horak (supra nt. 14), pág. 38, hablando del uso de la analogía, el juez que tiene que encontrar una decisión intenta siempre (incluso de forma inconsciente) asegurarla, como

si esa decisión fuera la única posible y no una entre las varias posibles.

⁸⁸ Así Engisch (supra nt. 14), págs. 176 y s., remitiéndose al & 7 del libro de Viehweg, Th., *Topik und Jurisprudenz (Tópica y jurisprudencia*, cit. supra, nt. 50, págs. 121 y ss., espec. pág. 124). Esser, *Principio y norma*, cit., pág. 61, afirma que el pensamiento axiomático sólo puede ser fructífero «si la base de los axiomas es lo bastante amplia y verificable inductivamente sobre el *common sense* del presente».

⁸⁷ Vid. García Amado (supra nt. 12), págs. 213 y ss., 296 y ss. Sobre el carácter instrumental de la lógica formal moderna, vid. por ej., Klug, U., *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, págs. 16, 29 y s., 212 y ss.

⁸⁸ Por eso, no le falta un punto de razón a Viehweg (supra nt. 50), pág. 123, cuando, al analizar las relaciones entre la tópica y la axiomática, considera al método axiomático como la expresión más precisa de la sistematización en el derecho; también Coing (supra nt. 5), págs. 191 y s., señala que el concepto estricto de sistema es el de sistema deductivo; en palabras de Recasens Siches (supra nt. 16), pág. 515, éste es el sistema «en el sentido radical, puro y máximo» de la palabra, cuya imposibilidad en el derecho continuamente destaca: pág. 103, 353 y ss., 424 y ss., 513 y ss., 520, 540 y s. Engisch (supra nt. 14), pág. 177, apunta por su parte que el método axiomático quisiera ser un método científico ideal, aunque —dice— no es el único método de sistematización científica.

⁸⁹ Lantella, L., *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, en *Prospettive sistematiche* (cit. supra nt. 15), págs. 128 y ss. En honor a la verdad hay que decir que Lantella no se olvida de la dificultad de encontrar entre los realmente existentes un discurso jurídico enteramente coherente (o enteramente «discreto», término utilizado por Lantella, como puesto al de sistema coherente, para indicar un conjunto de enunciados independientes cuya consideración unitaria se debe tan sólo a la circunstancia de que todos ellos concurren en la descripción de un único sector del conocimiento).

⁹⁰ Bretonne, M., *Storia del diritto romano*⁷, Bari, 1992, págs. 303 y s., hablando de la técnica jurisprudencial en Roma.

⁹¹ Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 303 y s.

⁹² Vid. Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 57, 278 y s.

menos que en fuerza creativa y en elasticidad⁹³.

También se trata, y sobre todo, de la persistencia con que la discusión sobre el sistema en el derecho se vertebra en torno a las características de completud, coherencia y unidad, lo que puede ser señal de que tales características forman parte del contenido esencial del concepto de sistema sin más (y por consiguiente de cualquier concepto de sistema), o bien de que por medio de ellas perdura la influencia del viejo modelo sistemático, que en tal supuesto vendría a funcionar como ideal no declarado. Y también de la insistencia con que algunos autores siguen subrayando la existencia de ciertas semejanzas entre el sistema jurídico y el sistema axiomático (y precisamente, entre otras, la exigencia de no contradicción, completud e independencia⁹⁴), de donde no hay más que un paso a la afirmación de la perfecta conveniencia de este último tipo de sistema para la materia jurídica.

5.b. *Sistema externo y sistema interno.* La reflexión jurídica moderna se esfuerza en alcanzar una aproximación mayor y más matizada a la realidad concreta de cada ordenamiento jurídico por medio de instrumentos conceptuales renovados, como son la distinción entre sistema *externo* y sistema *interno* o entre sistema *abierto* y sistema *cerrado*. Nos ocupamos aquí de la primera⁹⁵.

En términos muy generales podría decirse que la idea de sistema externo es la idea de un orden de exposición o representación de la materia jurídica destinado principalmente a facilitar el conocimiento y la enseñanza del derecho vigente o la aplicación práctica del mismo, mientras que el sistema interno representa aquel mínimo de lógica que permite separar el derecho del puro arbitrio, o también la coherencia racional y valorativa que es inherente al derecho en cuanto tal y que éste necesita para funcionar adecuadamente.

⁹³ Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 305 y s.: «Cualesquiera que sean los cimientos de tal sistema cerrado, su herencia espiritual y el aliento político recibido, es innegable su superioridad en fuerza creadora, elasticidad y claridad frente al tratamiento problemático que procede paso a paso a través de la historia».

⁹⁴ Opalek, K.-Wolenski, J., *Das Problem der Axiomatisierung des Rechts*, cit. por García Amado (supra nt. 12), pág. 211; este último autor entiende el método axiomático como una actividad dirigida a *presentar* una disciplina cualquiera (en nuestro caso, el derecho) bajo la forma de sistema axiomático, lo que en principio no es una defensa de esta clase de sistema como la propia por excelencia del derecho.

⁹⁵ Como es bien sabido, fue Heck, Ph., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, págs. 139 y ss., quien primero llamó la atención sobre la contraposición entre sistema interno y sistema externo del derecho.

⁹⁶ Castán Tobeñas, J., *La ordenación sistemática del derecho civil*, Madrid, 1954, págs. 14 y ss.; Engisch (supra nt. 14), págs. 177 y ss.; Horak (supra nt. 14), págs. 26 y ss.; Larenz (supra nt. 16), págs. 439, 479, 481; Mayer-Maly (supra nt. 4), págs. 68, 71; Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 515; Cappellini (supra nt. 34), pág. 11; Menezes Cordeiro (supra nt. 52), págs. LXIV y ss.; Cappelletti (supra nt. 69), pág. 370; Fazzalari, E., *Sistema e processo*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41), pág. 214. Para la postura de Savigny, vid. Herberger (supra nt. 44), págs. 393 y ss.; Paradisi (supra nt. 43), pág. 20; para la de Ihering, supra nts. 21 y 58.

⁹⁷ No es éste el caso de Canaris (supra nt. 2), pág. 26, que señala explícitamente que el sistema externo no es el «sistema del derecho» en el sentido de una ordenación internamente conectada (o unidad de sentido interior del derecho); ni probable-

Simplificando, uno estaría tentado de decir que esta distinción se corresponde con la otra, ya citada, entre el sistema *del derecho* y el sistema *de la ciencia* del derecho; se trataría entonces tan sólo de una forma diferente de plantear la consabida problemática acerca de la naturaleza sistemática de la materia jurídica. Esto, sin embargo, puede resultar desorientador y es desde luego insuficiente.

Es cierto que la opinión más difundida, a partir ya de Savigny, considera que es la ciencia la que elabora el sistema externo del derecho y que en cambio el sistema interno es expresión de la unidad y el orden inherentes «ontológicamente» a la materia jurídica⁹⁶. Pero no lo es menos que también se entiende, en general, que la idea de sistema externo (al menos como *orden con que se presentan las normas en códigos y leyes*) es tan aplicable al derecho en sí mismo considerado como pueda serlo la de sistema interno. En consecuencia, habría que dar por sentado que todo derecho tiene tanto su sistema externo como su sistema interno⁹⁷, no faltando, en este sentido, los juicios relativos a un derecho cualquiera (por ejemplo, el Derecho romano) en los que se afirma que sus defectos y carencias desde el punto de vista de la sistemática externa nada dicen de su sistema interno, que no se vería afectado por ellos⁹⁸.

Hay, pues, al menos dos grandes visiones del sistema externo: una como sistema científico o didáctico y otra como orden (o más bien como aspecto) externo de la materia jurídica en su presentación primera y espontánea, pudiéramos decir⁹⁹. Únicamente el primero es el sistema elaborado por la ciencia del derecho y sólo a él parece referirse la caracterización que hace Larenz del sistema externo como sistema «abstracto-conceptual»¹⁰⁰, o sea, basado en la elaboración de conceptos abstractos con un contenido de realidad tendencialmente cada vez más reducido. En el otro sentido, en cambio, es de-

mente tampoco el de Pattaro, E., *Modelli di discorso, tipi di sistema e funzione di principi*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41) pág. 264, pues dice que la sistematización —en la ciencia jurídica romana— de las proposiciones normativas deducidas de los principios por *divisiones en genera, species* y partes no forma parte del sistema: se refiere a la transmisión del sistema, no a su producción, concierne a la didáctica, no a la ciencia.

⁹⁸ Vid., por eje., Mayer-Maly, Th., rec. de E. Holthöfer, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und im gemeinsames Recht*, Berlin-New York, 1972, en ZSS 90 (1973), pág. 513; también las observaciones de Koschaker, P., *Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1955, págs. 249, 279, sobre el conocimiento instintivo o consciente del sistema por parte de los juristas y sobre el sistema teóricamente elaborado o «sentido» por ellos (Menezes Cordeiro [supra nt. 52], pág. LXIV: «el sistema existe, se tenga o no de él una conciencia específica»), y las de Weyand (supra nt. 25), págs. 63 y s., nt. 352, sobre el orden sistemático interno del *common law* anglo-americano: a la casuística externa —dice Weyand— no tiene por qué corresponderse una casuística interna, la diferencia específica del *case law* frente al derecho codificado consiste en la casuística como forma de representación externa del derecho; en parecido sentido se expresan Esser, *Principio y norma*, cit., pág. 265, y Kaser (supra nt. 83), págs. 14 y s., 35.

⁹⁹ Vid. Castán Tobeñas (supra nt. 96), pág. 15, Esser, *Principio y norma*, cit., pág. 265, que distingue entre «sistema oficial» codificado y «sistema escolástico»; Kaser (supra nt. 83), pág. 12; Diederichsen (supra nt. 25), pág. 700; Lazzaro (supra nt. 22), págs. 463.

¹⁰⁰ Larenz (supra nt. 16), págs. 438 y s., 446 y s.; *contra* Canaris (supra nt. 2), pág. 82 nt. 141.

cir, como orden o aspecto exterior de las normas jurídicas, el sistema externo tiene, lógicamente, en cada caso una fisonomía concreta, la que sea, por lo que no parece en absoluto acertado reducirlo al modelo de sistema codificado —por tanto, cerrado— que fija las reglas con precisión conceptual y se presta al trabajo deductivo axiomático¹⁰¹.

Por lo que se refiere al sistema jurídico interno, en la actualidad predomina su concepción como sistema de fines o de valores¹⁰² o como orden axiológico o teleológico de «principios generales del derecho»¹⁰³. Pero no falta quien lo concibe también —aunque sea, en algún caso, para mostrar su rechazo por él— como sistema de dogmas o conceptos¹⁰⁴ o como sistema deductivo¹⁰⁵; e incluso hay quien refiere el sistema interno a la ciencia del derecho¹⁰⁶.

Vemos, pues, que hay cierta inestabilidad en el contenido asignado a estos conceptos por la doctrina. Ahora bien, estas oscilaciones en el concepto se multiplican y se agudizan cuando se pasa al problema de la relación que se supone debe existir entre el sistema externo y el sistema interno de un mismo derecho. Baste apuntar, a este respecto, que el fundamento mismo de la distinción entre ellos se desmorona si se considera —como lo hace, por ejemplo, Fazzalari¹⁰⁷— que todo sistema, aunque formado sobre la realidad y debiendo corresponderse con ella (so pena de carecer de validez teórica y operativa), es siempre de carácter extrínseco; o, peor aún, que la necesidad de imponer un orden desde fuera (sistema externo en la primera acepción) presupone

el estado caótico de los datos y, por tanto, la inexistencia de nada que merezca el nombre de sistema interno¹⁰⁸. Que el sistema externo (de nuevo en el primer sentido) acaso refleja de modo sólo parcial el orden interno del derecho —y además, posiblemente desde puntos de vista no coincidentes con los de éste¹⁰⁹—. O en fin que, siendo necesario para imponer un orden a la masa de las normas y para poder manejarlas, el sistema externo no puede dar respuesta a las cuestiones jurídicas ni permite por sí solo descubrir las conexiones de sentido internas del derecho¹¹⁰.

El manejo de conceptos de contenido tan variable se muestra ciertamente difícil, problemático incluso por la inseguridad obligatoria que produce, pero quizá quepa decir que lo que por detrás de ellos se percibe es la voluntad de apuntalar la idea del derecho como orden, salvando la dificultad que en este sentido representa el aspecto «externo» tantas veces caótico y —otras tantas— deficientemente organizado del material jurídico a base de afirmar su unidad y coherencia «internas», situando de esta forma tales caracteres en un plano que, por lo pronto, hace mucho más difícil su verificación concreta¹¹¹.

En todo caso, haciendo nuestro provisionalmente el planteamiento implícito en la distinción entre sistema interno y sistema externo, digamos que no repugna la posibilidad —no sólo teórica— de construir el sistema jurídico externo, de exposición o representación, de formas diferentes e incluso muy distantes entre sí¹¹², como tampoco —creemos— la

¹⁰¹ Esta es la idea de Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 57, 265, 281, etc.

¹⁰² Esta es la concepción de, por ejemplo, Engisch (supra nt. 14), págs. 177 y ss., que atribuye con todo al sistema interno (teleológico, según él) una cierta deducibilidad interna («innere Folgerichtigkeit») y cierta elasticidad debida a la discreción legislativa (pág. 180); Larenz (supra nt. 16), págs. 439, 478 y ss., destacando que el sistema interno (unidad valorativa interna del orden jurídico) es dinámico, abierto, fragmentario y tiene la estructura de la historicidad; Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 515: la coherencia interna del derecho es axiológica (vid., sin embargo, pág. 581, críticamente sobre el sistema teleológico).

¹⁰³ Canaris (supra nt. 2), págs. 18 y ss., 66 y ss., 76 y ss. (vid. García Amado [supra nt. 34], págs. 305 y ss.); Id., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1983, págs. 97, 124; Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 164 y ss., *passim*; según Castanheira, lo axiológico-normativo se colocaría frente a lo teleológico-funcional en una dialéctica de prioridad: págs. 125 y ss.

¹⁰⁴ Cappelletti (supra nt. 69), pág. 370; implícitamente, Koschaker (supra nt. 96), págs. 249; Castán Tobeñas (supra nt. 96), pág. 15, distingue en la construcción del sistema el punto de vista *dogmático* (ordenación interna) y el *didáctico* (ordenación externa, plan de exposición). No es del todo clara la concepción del sistema interno de Kaser (supra nt. 83), pues dice (pág. 12) que por él hay que entender «que las normas y conceptos singulares están perfectamente de acuerdo entre sí y se derivan de ciertos conceptos generales», pero más adelante (págs. 35 y s.), refiriéndose en concreto al Derecho romano, afirma que la sistemática interna es «la coherencia interna de las normas halladas empíricamente» (sistema abierto en contraposición al sistema cerrado de las codificaciones), y por último dice (pág. 46) que en el Derecho romano no se pasó de «atisbos de sistema interno» al faltar todavía «los conceptos generales, que hubieran hecho posible una superestructura teórica».

¹⁰⁵ Vid. Coing (supra nt. 5), págs. 192 y s., sobre esta concepción del sistema interno, que él mismo no comparte: pág. 207; Lazzaro (supra nt. 22), pág. 464, rechaza también la idea del sistema intrínseco como sistema deductivo.

¹⁰⁶ Fikentscher (supra nt. 4), págs. 102 y s., donde menciona el «äusserer» System des *Kodex* y el «innere» der *Rechtswis-*

senschaft» diciendo hablar de «„äusserer“ und „inneres“ System im Sinne von Canaris» (!). Lazzaro (supra nt. 22), págs. 463 y s., hace una reseña de los distintos modos de entender el sistema intrínseco como modelos cognoscitivos del derecho y como criterios orientadores de la actividad interpretadora del jurista.

¹⁰⁷ Fazzalari (supra nt. 96), pág. 214.

¹⁰⁸ Así Cappellini (supra nt. 34), pág. 11; Cappelletti (supra nt. 69), pág. 370. Por el contrario, Canaris (supra nt. 2), págs. 13, 112 y ss., partiendo de la distinción de Eisler entre sistema lógico (o científico) y sistema objetivo o real, afirma que el primero de ellos debe corresponderse lo más fielmente posible con el segundo, por lo que la formación jurídica del sistema sólo será realizable cuando su objeto, el derecho, presente tal sistema objetivo; en este mismo sentido, Castanheira Neves (supra nt. 19), pág. 91, nt. 52; también Coing (supra nt. 5), pág. 192.

¹⁰⁹ Engisch (supra nt. 14), pág. 180; Lazzaro (supra nt. 22), pág. 462. En cambio, Menezes Cordeiro (supra nt. 52), pág. LXIX, considera que el sistema externo aspira a comunicar el interno haciéndolo accesible al estudio y al aprendizaje y propone la superación de la contraposición entre las dos clases de sistema mediante su síntesis: «cuando se habla de sistema, en el Derecho, se tiene en mente una ordenación de realidades jurídicas, tomadas en sus conexiones immanentes y en sus fórmulas de exteriorización».

¹¹⁰ Más que permitirlo, lo impediría, según la opinión de Larenz (supra nt. 16), págs. 446 y s., 481. De nuevo, Menezes Cordeiro (supra nt. 52), pág. LXVIII, es de opinión diferente, pues afirma que sólo el manejo del sistema externo permite conocer las conexiones materiales internas del derecho, advirtiendo además que tales conexiones quedarían fuera de la cultura y el derecho si permanecieran desconocidas; para Giaro (supra nt. 25), págs. 205 y s., la formación del sistema externo debe entenderse sólo como descubrimiento de las estructuras lógicas y los principios fundamentales del ordenamiento.

¹¹¹ Insistiremos en este punto cuando hablemos de la unidad, la coherencia y la completud como características del sistema: infra & 6.

¹¹² La afirmación de Sánchez Agesta (supra nt. 37), págs. 663 y s., de que no existe un sistema único, verdadero, eterno, sino una variedad de sistemas posibles, más o menos templado su ri-

posibilidad de que el sistema externo de un determinado derecho pueda ser calificado como irracional (si es que es oportuna la aplicación aquí de tal categoría). Pero el sistema jurídico interno, de unidad y coherencia racional y valorativa, parece que no puede ser más que uno y de una forma, aunque se quiera sostener su condición menos perfecta o definirlo como sistema móvil, dinámico o abierto. Pues en verdad, lo que probablemente se esconde detrás de calificativos como éstos es un problema mucho más grave que el de los límites inmanentes del sistema: la movilidad constante y la apertura del sistema interno hacen que la «unidad de sentido del ordenamiento jurídico» en que se dice que el mismo consiste (Canaris) resulte sencillamente inaprensible ni aun cuando una norma de rango superior (la Constitución, por ejemplo) quisiera aferrarla en un enunciado concreto¹¹³. Queda abierta, por lo tanto, la duda de si el llamado sistema interno del derecho es algo más que una abstracción incapaz de captar ni un solo momento real del derecho en perpetuo movimiento.

5.c. *Sistema abierto y sistema cerrado.* Según la Teoría General de Sistemas, los sistemas abiertos se definen por su tendencia hacia una evolución constante y un orden estructural, y los sistemas cerrados, por su tendencia a la indiferenciación de sus elementos y al desorden (!), hasta alcanzar una distribución uniforme de la energía. Un sistema abierto —nos dice Ferrater Mora¹¹⁴— es aquel que, sin perder ninguna de las ventajas de la ordenación sistemática, es capaz de acoger nuevos problemas y de modificarse continuamente. El sistema cerrado, en cambio, permanece aislado del medio y es incapaz de adaptarse a las circunstancias y de desarrollarse. Todos los sistemas identificables sobre la tierra son necesariamente abiertos, siendo la apertura, o sea, el intercambio de materia y energía con el medio, una indispensable condición de la existencia misma del sistema. En consecuencia, los sistemas llamados cerrados, o bien no son verdaderos sistemas, o bien lo son pero sólo de carácter teórico o hipotético¹¹⁵.

¿Hasta qué punto puede ser útil este par de con-

ceptos para captar la realidad efectiva del derecho? O bien, con un planteamiento sin duda más concreto, ¿cómo y con qué sentido los utiliza la doctrina en la comprensión y explicación del orden jurídico?, ¿qué relación guardan el sistema abierto y el sistema cerrado con los sistemas externo e interno a los que nos hemos referido en el apartado anterior?

Según parece fue Fritz Schulz, un romanista, el primero en hablar de sistema abierto y sistema cerrado en referencia al derecho¹¹⁶. En realidad, Schulz hablaba sólo de un «open system» (al que consideraba propio de la jurisprudencia romana de fines de la República) como contrapuesto al «short, hard-and-fast system» que Cicerón proponía como modelo para el derecho en su obra *De iure civili in artem redigendo*¹¹⁷. No es del todo claro, por otro lado, qué entendía Schulz por sistema abierto, pues ya en una obra anterior había dicho, a propósito de la misma cuestión, que la actividad de los juristas romanos es «esencialmente asistemática y casuística», pero también que el Derecho romano está provisto de un «sistema extraordinariamente elástico y flexible»¹¹⁸.

Si ya en su estreno en el escenario jurídico queda un poco en la penumbra del sobreentendido el significado preciso del sistema abierto para el derecho, la relativa ambigüedad que acompaña desde entonces al uso de este concepto (en menor medida también al de su opuesto, el sistema cerrado) no debe extrañarnos demasiado. Una afirmación muy extendida es, por ejemplo, la de que el sistema jurídico interno es de carácter abierto. Con esto se quiere dar a entender que se trata de un sistema dinámico y hasta cierto punto móvil que admite no sólo cambios en el tipo de combinación de sus elementos (principios o valores) y en su alcance y recíproca limitación, sino también el descubrimiento y la irrupción de elementos nuevos; que es, en este sentido, un sistema incompleto, inacabado e inacabable; fragmentario también, por cuanto no todas las normas y reglamentaciones pueden integrarse en él; y que está sometido a continua revisión y reelaboración¹¹⁹. Cada autor aporta su propio matiz al concepto de sistema que utiliza, con lo que con un término idéntico en cada caso se expresan contenidos que pueden diferir al menos parcialmente¹²⁰; esto,

clón estoica, caída en el olvido, entre *diairesis* y *merismos*, entre *divisio* y *partitio*».

gor lógico en la circunstancia histórica, se refiere al *sistema de la ciencia del derecho*, como lo indica ya el título de su trabajo.

¹¹³ La evolución de un sistema dinámico puede concebirse como «una cierta trayectoria en un espacio de estos posibles» en la que el sistema no es «nada más que la *localización momentánea* de uno de esos estados»: Scheurer (supra nt. 24), pág. 61.

¹¹⁴ Ferrater Mora, J., *Diccionario de Filosofía* 4, reimpr. Madrid, 1990, pág. 3064.

¹¹⁵ Fikentscher, W., *Methoden des Rechts* (cit. supra nt. 4) II. *Anglo-amerikanische Rechtskreise*, Tübingen, 1975, págs. 68 y s.; Id. (supra nt. 4), págs. 115 y s., 120; García Cotarelo, R., *Crítica de la teoría de sistemas*, Madrid, 1979, págs. 13 y s.; Büllsbach (supra nt. 39), págs. 335 y s.

¹¹⁶ Así lo recuerdan Esser, *Principio y norma* cit., pág. 57 nt. 140, y Fikentscher (supra nt. 115), pág. 68 nt. 157; Id. (supra nt. 4), pág. 115.

¹¹⁷ Schulz F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1948, pág. 69 (= págs. 133 y s. de la trad italiana: *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968). Nörr (supra nt. 27), pág. 58, sospecha que bajo los eslóganes modernos de sistema cerrado y sistema abierto «no se esconde otra cosa que la contraposi-

¹¹⁸ Schulz, F., *Principios del Derecho romano*, trad. esp. de M. Abellán Velasco, Madrid, 1990, págs. 86 y 38 respectivamente. Llama la atención sobre esta inseguridad de Schulz, Fikentscher (supra nt. 115), págs. 67 y s.

¹¹⁹ Vid. Larenz (supra nt. 16), págs. 174, 478 y ss.; Id., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe)*, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo, 1983, págs. 58, 357, 360. También Puiglati (supra nt. 21), págs. 198 y s., 201; Id., *la giurisprudenza come scienza pratica*, en *RISG* (1950), pág. 65; Engisch (supra nt. 14), págs. 187 y s.; Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 171 y s., nt. 301, *passim*; Mayer-Maly (supra nt. 4), págs. 71 y s.; Coling (supra nt. 84), pág. 353; Canaris (supra nt. 2), págs. 106 y ss.; Id. (supra nt. 103), pág. 107, nt. 172; Perelman (supra nt. 11), págs. 505 y s.; Pawlowski, H. M., *Methodenlehre für Juristen*², Heidelberg, 1991, págs. 118 y ss., con puntualizaciones importantes.

¹²⁰ Vid. por ejemplo, las precisiones y reservas sobre la movilidad como característica del sistema abierto formuladas por Engisch (supra nt. 14), pág. 188, y Canaris (supra nt. 2), págs. 130 y ss. Para Lumia, G., *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*²,

en cualquier caso, es perfectamente normal y asumible sin especial dificultad.

Los problemas, sin embargo, comienzan a surgir cuando se observa que existe como mínimo otra forma muy distinta de entender el sistema abierto. Con la concepción que acabamos de resumir, este tipo de sistema se muestra en principio adecuado para cualquier derecho esté o no codificado¹²¹. En cambio, esta nueva concepción identifica sin más el sistema abierto con la tópica y lo sitúa frente a un sistema cerrado que a su vez identifica con el derecho legislado o codificado o directamente con el sistema axiomático o deductivo¹²²; algunos autores, especialmente romanistas, afirman por su parte que el sistema abierto, opuesto o no explícitamente al sistema cerrado de leyes y códigos, es característico de un derecho casuístico y jurisprudencial como fue el Derecho romano, pero sin que quede claro del todo si al hablar de derecho casuístico, jurisprudencial o problemático entienden referirse o no a algo distinto de la tópica¹²³. En todo caso, esta representación del sistema abierto como sistema tópico supone la recuperación de la tópica bajo la vestidura del sistema, cuando hace sólo unas décadas, a raíz de la publicación del fecundo libro de Viehweg sobre estos problemas, se ensalzaba o repudiaba el método tópico respectivamente como el más apropiado para la jurisprudencia o como el más alejado de la visión sistemática del derecho e incluso incompatible con ella¹²⁴. En realidad, sin embargo, la definición del sistema abierto como sistema tópico logra superar sólo de forma aparente el enfrentamiento entre las dos posturas que protagonizaron la controversia inicial, a saber, el carácter tópico —i.e., no sistemático— de la jurisprudencia frente a la condición sistemática del orden jurídico conforme al modelo más riguroso de sistema, o sea, el sistema axiomático o lógico-deductivo. Prueba de que el enfren-

tamiento de alguna forma continúa la encontramos, por ejemplo, en la persistente caracterización del sistema cerrado (en cuanto sistema jurídico) como axiomático o deductivo.

Las reacciones suscitadas por la obra de Viehweg sacaron a la luz la existencia de ciertos tipos o modelos de sistema distintos del lógico-deductivo y cuya adecuación para el derecho se afirmaba y defendía. Y por aquí pudo venir la *desde luego* subsiguiente conversión de los catálogos de *topoi* iniciales de Viehweg en sistemas «seriales» o tópicos¹²⁵, un hallazgo que no parece en absoluto convincente pues diluye toda la mucha o poca sustancia que la idea de sistema, aplicada al derecho, pudiera poseer¹²⁶.

Por otra parte, en toda esta discusión se percibe, claramente presente, el propósito de buscar un marco conceptual adecuado para la explicación de lo que suele llamarse la «recíproca influencia del sistema y el problema»¹²⁷, aunque, desde el punto de vista de una crítica rigurosa que se cuestiona la utilidad para el derecho del concepto de sistema y el manejo que de él hace la doctrina, podríamos hablar de la presencia, también aquí, de ese esfuerzo por salvar la posibilidad de seguir afirmando la naturaleza sistemática de la realidad jurídica del que ya más arriba hemos hecho mención. Canaris, por ejemplo, admite la primacía del pensamiento tópico, incluso de *lege lata*, en algunos sectores del derecho alemán vigente, determinado, según él, por un sistema «jerárquico» e «inmóvil»¹²⁸, pero al mismo tiempo señala que los catálogos de *topoi* sólo se pueden conseguir con la ayuda del sistema interno del orden jurídico y recuerda que la solución de cada caso o problema jurídico singular viene siempre guiada por el derecho preexistente y su sistema, a los cuales se debe referir y en los cuales debe buscar su fundamento¹²⁹; en este mismo sentido En-

Milano, 1978, págs. 69 y s., sistema cerrado significa simplemente sistema independiente.

¹²¹ Probablemente debe entenderse en este mismo sentido la afirmación de Weyand (supra nt. 25), pág. 64, nt. 352, de que el «pensamiento sistemático abierto» es posible tanto en un derecho codificado como en uno casuístico.

¹²² Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 57, 281, 297; no se olvide que para Esser sistema cerrado, derecho codificado y sistema axiomático significan lo mismo: vid. supra, nt. 28; también para Kaser (supra nt. 83), pág. 12; Kaufmann, A., *Analogie und «Natur der Sache»*², Heidelberg, 1982, pág. 50; Id. (supra nt. 12), págs. 125 y s.; Viehweg (supra nt. 12), págs. 80 y s., 84 y s., 124 y s. También para Weyand (supra nt. 25), pág. 62, el sistema abierto se contraponen al sistema axiomático, pero éste no se identifica con el derecho codificado.

¹²³ Aparte de Schulz, citado más arriba, vid. Kaser (supra nt. 83), págs. 9 y s., 35 y s., 47: dada su estructura casuística, el ordenamiento jurídico romano sigue «un método empírico, inductivo, análogo al de la tópica»; Alvarez Suárez, U., *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, 1966, págs. 112 y s.; García Garrido, M. J., *Derecho privado romano II. Casos y decisiones jurisprudenciales*², Madrid, 1984, págs. 71 y s.: la jurisprudencia romana es el prototipo de sistema abierto; con anterioridad sobre sistemas abiertos y cerrados, acogiendo las ideas de Esser y Viehweg, Id., *Casuismo y Jurisprudencia romana*, Madrid, 1976, págs. 113 y ss.; Talamanca, M. (ed.), *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, pág. 429. Giaro (supra nt. 25), pág. 188, advierte que en ocasiones se usa la palabra tópica como «doble» de casuística, con lo que se la convierte en un término superfluo. Contra la igualación del casuismo romano a la tópica, Torrent, A., *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Zaragoza, 1993, págs. 18 y s.

¹²⁴ Como ilustración de cada una de estas dos valoraciones, baste recordar las recensiones del libro de Viehweg debidas respectivamente a Coing (favorable a la tópica) y Diederichsen (en conjunto contrario a ella): Coing, H., *Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 (1954/55), págs. 436 y ss.; Diederichsen, U., *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, cit. supra, nt. 25.

¹²⁵ Viehweg (supra nt. 12), págs. 80 y s., 124 y s., 127.

¹²⁶ Vid. Canaris (supra nt. 2), pág. 243, nt. 1a. Como apunta García Cotarelo (supra nt. 115), pág. 65, la complejidad de los sistemas no es una «complejidad caótica»: supone diversidad, pero también orden.

¹²⁷ Para un resumen de la cuestión en la doctrina, vid. García Amado (supra nt. 12), págs. 157 y ss.

¹²⁸ En esto último consiste para este autor el sistema cerrado (del derecho privado alemán), en el que cada cuestión jurídica se puede decidir mediante *deducción* a partir de conceptos y valores fundamentales dados y entre los cuales existe una rígida jerarquía: Canaris (supra nt. 2), págs. 134 y s.; Id. (supra nt. 103), pág. 107, nt. 172; sobre los campos posibles de intervención de la tópica (fundamentalmente en caso de lagunas de valoración), Canaris (supra nt. 2), págs. 239 y ss., 269 y ss.; vid. también Kaser (supra nt. 83), págs. 10, 14; Diederichsen (supra nt. 25), págs. 703 y ss.

¹²⁹ Canaris (supra 103), pág. 107, not. 172; Id. (supra nt. 2), págs. 260 nt. 45, 269; Diederichsen (supra nt. 25), págs. 702, 704; Villar Palasi (supra nt. 14), pág. 543; Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 109 y s. Vid., no obstante, Perelman (supra nt. 11), págs. 571 y s., 758 y s., sobre la obligación que incumbe al juez de juzgar tratando el conjunto de normas que tiene que aplicar como si formaran un sistema completo y coherente.

gisch manifiesta que tampoco un orden jurídico empírico y casuístico excluye el sistema, del cual no puede prescindir¹³⁰. También Esser se detiene en el análisis de la interacción existente entre el problema y el sistema, una relación que él ve en la contraposición, explícita en su caso, entre el sistema abierto y el sistema cerrado. Entre ellos habría una especie de tensión dialéctica que implica la ruptura del sistema por el problema y la posterior absorción o asimilación de éste por aquél; de esta forma, «los conocimientos y experiencias ganados gracias a la casuística, son atribuidos al Código, para poderlos utilizar deductivamente como normas supremas del sistema»¹³¹. En definitiva, según Esser, ni la «evolución 'abierta' de los problemas» puede a la larga pasarse sin un complejo deductivo que permita la comprobación racional de las soluciones y su integración en el sistema, ni ninguna «axiomática 'cerrada'» basada en un sistema deductivo puede renunciar a su posterior ampliación mediante el pensamiento problemático que opera a partir del caso¹³².

¿Sería exagerado quizá resumir esta cuestión de la interdependencia del sistema y el problema diciendo que el sistema se encuentra inevitablemente en quiebra permanente (y en permanente reconstrucción) como consecuencia de la continua irrupción de problemas nuevos? Y si fuera así, ¿podríamos ver en el sistema algo más que una piadosa aspiración, útil, seguramente, en la medida en que contribuye a la orientación de la labor de legisladores y juristas en general, pero en definitiva inalcanzable? Y por otro lado, la afirmación de que el sistema interno del derecho es necesariamente un sistema abierto, ¿expresa de verdad una certeza, o es sólo una intuición? Téngase en cuenta, a este respecto, que las líneas de esa apertura no se dejan reconocer fácilmente: cambian de continuo, y no sólo dibujan el perfil por donde el derecho avanza y se extiende a la regulación de los nuevos aspectos de la vida social y económica, sino que pueden aparecer también —aparecen, de hecho, con notable frecuencia— en los sectores más tradicionales y consolidados de la realidad jurídica.

¹³⁰ Engisch (supra nt. 14), pág. 189: «Auch eine "empirische" Rechtsordnung, die sich von Fall zu Fall und von Einzelregelung zu Einzelregelung weitertastet, wächst nach immanenten Prinzipien, die insgesamt ein inneres System ergeben, das wissenschaftlich erfassbar und darstellbar ist»; Kaser (supra nt. 83), págs. 14 y s.

¹³¹ Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 208 y s.; así describe Esser este proceso: «Un determinado problema de hecho obliga a elaborar una solución que de momento se encuentra de modo casuístico, sin preocuparse de los principios, y luego se enlaza pragmáticamente con algún pasaje adecuado de las fuentes; sólo cuando no hay ya manera de silenciar las contradicciones del sistema, se reconoce que aquellos pasajes son utilizados sólo para dar un apoyo sistemático a un principio que los rebasa. Seguidamente, las nuevas figuras y categorías dogmáticas son incluidas en el conjunto del sistema, considerándolas como immanentes a éste»; págs. 211 y s.; en pág. 111, nt. 104, ejemplifica con la elaboración de la doctrina de la culpa in contrahendo por Ihering. Vid. también Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 326 y s.

¹³² Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 303 y s. En el mismo sentido, Horak (supra nt. 14), pág. 33.

¹³³ Fikentscher (supra nt. 4), págs. 117 y s., 120. donde llega a decir que los sistemas cerrados constituyen un adecuado fundamento para las dictaduras y que son fragmentarios y de carácter principalmente tópicos; id. (supra nt. 115), págs. 64 y ss.: *Der*

Las dos concepciones del sistema abierto vistas hasta ahora y que lo caracterizan respectivamente como sistema móvil e incompleto en permanente quiebra y reconstrucción y como sistema tópico en el sentido de Viehweg y Esser son, si no las únicas, si las más importantes. A la primera de ellas se asemeja todavía el enfoque de Fikentscher, que hace depender la apertura del sistema de la existencia de un espacio libre de regulación jurídica («*ein rechtsfreier Raum*») sin el cual el derecho no podría avanzar. En cambio, los sistemas cerrados niegan la existencia de tal ámbito libre de regulación jurídica y son, por ello, sistemas intemporales (*zeitlos*) y desprovistos de recursos frente a la modificación de las circunstancias¹³³. La clausura del sistema viene a coincidir en este caso con su completud¹³⁴: un sistema jurídico sería universal (y en este sentido completo) porque todo aquello que no regula en sus normas positivas no está desprovisto de regulación (*devoid of law*), sino regulado en sentido negativo¹³⁵. Ahora bien, entendida de este modo, la completud-clausura del sistema intenta simplemente dar satisfacción a una necesidad lógica espúrea y en definitiva descartable, pues, como dice Stone muy expresivamente, «being unregulated cannot be a 'mode' of being regulated»¹³⁶.

Mención aparte merece, por último, una tercera opinión según la cual el sistema abierto representa un punto intermedio entre el sistema axiomático o cerrado, basado en la deducción lógica de las soluciones, y el «sistema tópico» en el cual la solución se extrae del problema mismo prescindiendo en general de reflexiones fundadas lógicamente en la razón: sistema abierto sería entonces aquel que admite la existencia de interdependencias entre el razonamiento axiomático y los pensamientos tópicos¹³⁷.

Para concluir este apartado parece oportuno destacar escuetamente tres puntos seguros de conflicto entre las principales concepciones del sistema abierto y el sistema cerrado elaboradas por la doctrina (y cuya disparidad constituye el primer obstáculo para su uso eficaz):

1. Quienes parten —y son muy numerosos,

fallrechtsfreie Raum. Das «offene» System. Sobre la teoría del rechtsleerer Raum, vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 720 y s.; Canaris (supra nt. 103), págs. 40 y ss., precisando el significado práctico de este concepto y delimitándolo frente al concepto de laguna.

¹³⁴ Stone (supra nt. 17), págs. 188 y ss., trata de los sistemas jurídicos («legal orders») abiertos y cerrados desde el punto de vista del «principio de la completud del sistema».

¹³⁵ Este «principio legal residual negativo» o «principio de clausura» podría tener cualquiera de estas dos formulaciones: «está prohibido todo lo que no está permitido», o bien «está permitido todo lo que no está prohibido»; vid. Fikentscher (supra nt. 4), pág. 120.

¹³⁶ Stone (supra nt. 17), pág. 192; para una crítica del «principio de clausura», vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 721 y ss.; Canaris (supra nt. 103), págs. 49 y s.; Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 199 y s., 282 y ss.

¹³⁷ Von Schwind (supra nt. 14), págs. 13 y s. No es fácil decir en qué medida se acerca a esta postura la visión de Giaro (supra nt. 25), pág. 188, de una concepción tópica (adecuada, según él, para caracterizar al menos algunos aspectos de la «römische Rechtsfindungsweise») entendida como camino intermedio entre la deducción automática y rígida dentro de un sistema axiomático y el ciego y desordenado tanteo de una búsqueda del derecho a la vez empírico-pragmática y autoritaria.

como hemos podido ver— de la idea de que el sistema interno del derecho es siempre y de modo necesario un sistema abierto, seguramente estarán en desacuerdo con la consideración de todo derecho codificado o basado de forma preferente en la legislación como sistema necesariamente cerrado¹³⁸.

2. Es rechazable sin más la igualación del derecho codificado con el sistema (cerrado) axiomático o deductivo, tanto porque la experiencia de los modernos derechos continentales le otorgan un rotundo desmentido como porque, situando de nuevo a esos derechos bajo un paradigma del sistema ya periclitado, amenaza con inhabilitarlos desde el punto de vista de las modernas concepciones sistemáticas.
3. La configuración del sistema interno como sistema abierto (en el sentido de Larenz y Canaris) implica un claro rechazo del llamado sistema tópico.

6. UNIDAD, COHERENCIA Y COMPLETUD COMO CARACTERES ESENCIALES DEL SISTEMA JURIDICO

Los conceptos tienen su propia historia como la tienen los hombres que los crean, y como sucede con la historia de los hombres, también la de los conceptos es siempre muy significativa.

Páginas atrás, al recordar (en el & 3) las raíces de la especulación doctrinal moderna en torno a los problemas del sistema jurídico, señalábamos cómo, en un momento decisivo del pensamiento jurídico europeo, llegó a fraguarse con la consistencia del granito una idea, un modelo de sistema en el que destacaban como notas principales la unidad, la coherencia y la integridad o completud. La más perfecta realización de este modelo creyó poderse conseguir con el sistema deductivo o axiomático, puesto luego en cuarentena ante la tozuda resistencia de la realidad jurídica a someterse a sus requerimientos y por último degradado de ideal sistemático a método de sistematización científica.

Se inventaron después otras teorías que admitieron ya, unas de ellas, la inevitable incompletud de todo sistema jurídico, otras, sus probables fallas frente al requisito de la coherencia, y que colocaron la característica de la unidad en un plano —llamado a veces material— dominado por los principios, los

valores o los fines, o bien, según otra orientación, la hicieron depender de un criterio de derivación y jerarquía normativa estrictamente formal.

Hoy se afirma que el sistema jurídico es posible a pesar de las lagunas y las antinomias, palmario reconocimiento de que tanto unas como otras constituyen obstáculos importantes que cualquier teoría del sistema se ve precisada a superar o al menos a eludir. En cuanto a la unidad del sistema, no basta hoy con afirmar simplemente su existencia como algo de suyo necesario y merecedor en consecuencia de sumisa aceptación aun en ausencia de una comprobación empírica siempre difícil y más que difícil problemática.

Destacadamente, éste sigue siendo el contenido de la discusión actual sobre el sistema en el derecho. Y si el punto de partida fue un ideal de sistema unitario, coherente y completo, puede decirse que ahora se trata —de ello se sigue tratando— de alcanzar (o quizás, mejor, de conservar) un tipo de sistema *lo más unitario, lo más coherente y lo más completo posible*.

6.a. *Unidad*. Respecto del problema de la unidad del sistema jurídico, me parece necesario sentar esta afirmación inicial: es imposible lograr la integración sistemática de todo el ordenamiento jurídico¹³⁹. Adelantándome a la crítica más fácil diré que ésta no es una afirmación banal. La naturaleza omnicomprendiva del sistema es uno de los dogmas normales con los que viene trabajando el razonamiento jurídico, y es lógico que así sea porque así lo requiere la operatividad más plena a la que sin duda aspira cualquier concepto de sistema¹⁴⁰. Sin embargo, es evidente que con el aumento de su extensión disminuye el rigor del sistema¹⁴¹, y más aún lo es que la alternativa comúnmente propuesta de limitar el sistema a una rama del derecho o a un sector del ordenamiento¹⁴² parte del reconocimiento de la inexistencia de un único sistema jurídico, de un sistema jurídico unitario.

Repárese, por lo demás, en la escasa utilidad que cabría obtener de la idea de sistema jurídico si, lejos ya del sistema unitario y omnicomprendivo de la totalidad del derecho, el jurista hubiera de resignarse a la existencia de una pluralidad de sistemas parciales dentro, incluso, del Derecho civil o del Derecho administrativo; y conste que esta última observación no se refiere solamente a la utilidad de la idea de sistema para una consideración científica del de-

¹³⁸ Según David, R.-Grassmann, G., *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, München, 1989, pág. 447, los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica son de sistema cerrado, el derecho inglés en cambio es un sistema abierto.

¹³⁹ Así lo afirman también Alchourron-Bulygin (supra nt. 8), págs. 98 y s., y Recasens Siches (supra nt. 16), págs. 426 y s. Un sistema abierto no puede ser omnicomprendivo: Fikentscher (supra nt. 4), págs. 116 y s.; el «sistema total» (*Gesamtsystem*) como expresión intelectual de la unidad del ordenamiento jurídico debe ser concebido y descrito, según Pawlowski (supra nt. 119), págs. 120 y s., como sistema cerrado. En cambio, Engisch (supra nt. 14), pág. 186, considera que no es imposible en principio un sistema jurídico total y señala que existen programas para su realización, impedida en la práctica, sin embargo, por la imponente cantidad de la materia.

¹⁴⁰ Dice Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 520, que «la unidad funciona como elemento integrativo del sistema y como postulado del mismo»; según Paradisi (supra nt. 43), pág. 11, el concepto de sistema «implica la totalidad del ordenamiento o, al menos, del derecho privado, y tiene significado precisamente en la medida en que comprende el todo» (cursiva mía).

¹⁴¹ Giaro (supra nt. 25), pág. 192; por eso —añade Giaro en nt. 41—, en la jurisprudencia sólo es posible encontrar sistemas parciales.

¹⁴² Vid., por ejemplo, Albanese, B., *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978, pág. 19, nt. 14: en cada sociedad, el derecho objetivo puede ser considerado oportunamente como un todo orgánico pese a ser de formación e inspiración heterogénea. De ahí que la reflexión jurídica tienda frecuentemente a reconstruir un sistema para cada sector general que se puede distinguir en el derecho objetivo.

recho (que, según De Castro, reclamaría precisamente como postulado la unidad sistemática)¹⁴³.

El análisis penetrante que desde hace años viene desarrollando N. Irti ha puesto de manifiesto la existencia, por detrás de la unidad aparente del sistema jurídico, de una pluralidad de sistemas que no toleran su encuadramiento como subsistemas o elementos de otro sistema más amplio que a todos los comprenda, sino que configuran a lo sumo un «polisistema» cuya unidad, rica y heterogénea, es asegurada sólo por la Constitución que ocupa el vértice de la pirámide normativa¹⁴⁴. Y aun así, podríamos preguntarnos todavía en qué consiste y cómo se alcanza esa unidad que la Constitución supuestamente garantiza, si se trata de la unidad formal resultante del respeto a la jerarquía de fuentes y del control de constitucionalidad de las normas o de alguna unidad de sentido interno del derecho que se base en los principios y valores consagrados por la norma suprema, los cuales, misteriosamente difundidos a través de los más mínimos vasos del «organismo» jurídico, lleguen por igual a todos los ámbitos de la realidad social con la que la Constitución se corresponde.

La unidad del primer tipo, compatible tanto con la «selva de disposiciones aisladas» y con las antinomias entre ellas como con la pluralidad de conjuntos normativos dotados de su propia estructura ordenada¹⁴⁵, nos parece, en verdad, muy poco interesante. Es el tipo de unidad que se consigue fácilmente en el «saco sistemático» que solemos designar con el nombre de ordenamiento jurídico y que deja crudamente planteada la cuestión crucial de la coherencia¹⁴⁶.

Por su parte, la unidad del segundo tipo (de valores y principios generales), propia como hemos visto del sistema jurídico interno cuando se lo caracteriza por su movilidad y su apertura¹⁴⁷, se enfrenta a un obstáculo ciertamente difícil de superar como es

el de saber cuáles son esos valores sobre los que supuestamente se apoya la unidad sistemática. Referir ésta, como lo hace Castanheira, a la «axiología común presupuesta por nuestras propias divergencias (ideológicas, sobre todo)»¹⁴⁸, deja el problema sin resolver, pues en efecto, o bien se piensa de forma parecida a Bartosek, quien —con una clarividencia y una simplicidad seguramente poco envidiables— sostiene que la unidad del ordenamiento jurídico resulta «de la única y compacta voluntad de la clase dominante, decisiva para eliminar las eventuales contradicciones entre las normas del derecho material»¹⁴⁹, o bien, en otro caso, se reconoce que la identificación de los valores verdaderamente vigentes en una realidad social plural y compleja que asume el conflicto como forma normal y frecuente de relación entre sus miembros, y no digamos ya la definición concreta de esos valores, su apreciación jerarquizadora y su misma composición y conjunción, son tareas un tanto desesperadas que sólo abordándolas dentro de un marco ideológico concreto es posible resolver¹⁵⁰. Fuera de ese marco, tampoco el recurso a los valores aporta una solución satisfactoria al problema de la unidad del sistema jurídico; aparte de que, por la vía de las antinomias y las incoherencias y de la deficiente coordinación entre distintos sectores del ordenamiento, seguramente podría descubrirse también la coexistencia de valores (no digamos de intereses) contradictorios por lo menos en parte.

Si alguna conclusión se extrae de lo anterior es, una vez más, el fracaso de la idea sistemática. La unidad resulta no ser más que un postulado del sistema, una proposición de la que se parte en la construcción del concepto de éste, pero que no es evidente por sí misma ni se puede demostrar de forma concreta; un carácter ficticio del ordenamiento jurídico que la doctrina ha transferido del pensamiento al ordenamiento concebido abstractamente¹⁵¹. A lo

¹⁴³ De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 61.

¹⁴⁴ Irti, N., *L'età della decodificazione*, Varese, 1979, págs. 25, 65 y s., 72 y s.; id. (supra nt. 44), págs. 302 y ss.; Pattaro (supra nt. 97), pág. 276. También Viehweg (supra nt. 50), pág. 128, se ha referido al «tejido jurídico total» como «una indefinida pluralidad de sistemas» cuya conciliabilidad dentro de un sistema omnicompreensivo no es estrictamente comprobable; en la misma línea, De Villamor Maquieira (supra nt. 27), pág. 880; Díez Picazo (supra nt. 83), págs. 193 y s., 195; vid. también Nieto (supra nt. 72), págs. 140 y ss., sobre el carácter retórico y evanescente de la vinculación de la ley a la Constitución; pág. 143, sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos, con frecuencia contradictorios, debido a la configuración autonómica del Estado español.

¹⁴⁵ Es afirmación de Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 522, 528, que habla, en todo caso, de «tendencia a la unidad».

¹⁴⁶ Irti (supra nt. 44), págs. 300 y ss. Consciente de este problema, Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 534, 539 y s., 555, señala que la unidad y la coherencia del sistema son elementos internos de naturaleza axiológica, no impuestos desde fuera al ordenamiento; aunque también los presenta como elementos «conformadores del sistema en la interpretación» (pág. 534) o «definitorios del sistema jurídico del Derecho como ciencia» (pág. 539).

¹⁴⁷ Vid. supra, nt. 117. Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 88, 123 y ss., 164 y ss.; Canaris (supra nt. 2), págs. 66 y ss.; sobre la diferencia (más bien la proximidad) entre valores y principios, págs. 86 y s., nt. 147. Por otra parte, los principios generales participan de la misma mutabilidad que afecta al ordenamiento jurídico del cual se extraen: Paradisi (supra nt. 43), pág. 28; precisamente, la crítica de Pawlowski al sistema de principios generales, de valores o de conceptos jurídicos generales

parte de la constatación de que debe ser reconstruido a partir de las leyes existentes, por lo que expresa los valores del legislador actual y sólo sirve como sistema descriptivo o de exposición: vid., Pawlowski (supra nt. 119), págs. 68, 82 y ss.

¹⁴⁸ Castanheira Neves (supra nt. 19), pág. 128.

¹⁴⁹ Bartosek, M., *Diritto romano e teona dello Stato e del Diritto*, en *Estudios Sánchez del Río y Peguero* (Temis 21, Zaragoza, 1967), pág. 85, nt. 84. Nótese que la unidad de la que habla Bartosek se consigue también por la vía interpretativa, cambiando únicamente el presupuesto ideológico del que la misma parte. «Alles hängt davon ab, wer wem Werte vorschreibt»: Fikentscher (supra nt. 4), pág. 121.

¹⁵⁰ En este sentido se pronuncia también Vallet de Goytisolo (supra nt. 82), págs. 331 y s., también pág. 392, donde habla de «la nebulosidad del plátano de los valores con su tónica irresoluble si no es ideológicamente»; coincide en esta crítica, aunque desde una perspectiva completamente diferente, Bargallí, R., *Protagonismo judicial y cultura de los jueces*, en *Jueces para la Democracia* 19/2 (1993), pág. 15. Pawlowski (supra nt. 119), pág. 84, resalta, por su parte, que la decisión basada sólo en un sistema de valores o principios generales, o de conceptos abstractos parecidos, hace inevitable el recurso a actos volitivo-arbitrarios como complemento del asunto a decidir. Tarello denuncia la función asistemática que asume la argumentación jurídica fundada sobre valores en tiempos de conflictividad elevada: vid. Lipari (supra nt. 57), pág. 157. Por lo que respecta al ordenamiento jurídico como sistema de intereses en el que la conjunción de varios intereses se resuelve lógica y necesariamente en un «interés total unitario» (así Falzea [supra nt. 79], págs. 45 y s.), la crítica puede ir en esta misma línea.

¹⁵¹ Frosini (supra nt. 75), pág. 648.

sumo, hablar de la unidad del sistema jurídico, e incluso decir que la misma no es un dato sino una tarea y que sólo se consigue por su reconstrucción a *posteriori*¹⁵², no pasa de ser una declaración de buenas intenciones con las que enfrentarse a lo real, a la realidad de cualquier derecho en su concreta existencia.

6.b. *Coherencia*. El problema de la coherencia está ligado necesariamente al de la unidad. La plena coherencia supone la unidad perfecta y ésta facilita en no poca medida la consecución de aquélla; a la inversa, la unidad irrealizable es tanto un impedimento de la coherencia como una señal que acusa su falta.

En general, la coherencia es apreciada como uno de los atributos esenciales del sistema jurídico hasta el punto de haberse señalado que lo que constituye a un ordenamiento en sistema es, precisamente, la relación de coherencia entre sus partes componentes¹⁵³. Y si decimos «en general» es porque se matiza en ocasiones que la coherencia absoluta es exclusiva de los sistemas formales (entre los que no se cuentan los sistemas jurídicos)¹⁵⁴ y porque recientemente se admite la existencia y viabilidad de sistemas normativos incoherentes¹⁵⁵.

La coherencia es un amplio concepto que abarca muy distintas facetas; lo más inmediato es la ausencia de contradicciones y por tanto, en el más lato sentido, la inexistencia de antinomias, pero también encaja en este concepto la necesidad en cierto modo previa de que cada proposición jurídica, considerada individualmente, esté dotada de un significado racional y comprensible, adviértase bien, no que sea rigurosamente clara y unívoca, pero sí que no sea absurda. Podemos, por otra parte, preguntarnos cuál es el plano en el que la cuestión de la coherencia debe plantearse, si en el puramente normativo o más bien en el axiológico, y junto con ello, en qué momento debe ser apreciada su presencia: si ya en el material jurídico tal como existe antes de la sentencia judicial o en el pronunciamiento mismo que actúa su aplicación práctica concreta¹⁵⁶. Lo que ya nadie discute seriamente, a estas alturas, es que la coherencia que el derecho necesita no es de orden meramente lógico ni puede, en consecuencia,

venir asegurada por el solo uso, aunque sea riguroso, de las leyes de la lógica¹⁵⁷.

La misión de buscar la coherencia incumbe desde luego, y en lugar muy principal, al propio legislador. Así lo hacía notar, hace más de cincuenta años, Burckhardt¹⁵⁸, quien —pensando todavía en la coherencia del orden jurídico en términos de corrección formal (lógica) del mismo— inevitablemente tuvo que enfrentarse con el problema de la relación entre la sistemática y el método de la construcción lógica —es decir, la coherencia— y la justicia del ordenamiento. Su solución, tan superficial como optimista, consistía en afirmar que sólo el contenido justo o correcto, o sea, la verdad, admite ser construido con consecuencia lógica completa¹⁵⁹. Por otra parte, consciente de que no siempre logra el legislador cumplir con las exigencias de la construcción lógica y sistemática del derecho, Burckhardt confiaba subsidiariamente a la ciencia esta tarea.

La experiencia común de todo jurista prueba, en efecto, que el material jurídico en bruto, dado, no está ni mucho menos libre de contradicciones e incoherencias de vario tipo, si es que no ocurre, en más de una ocasión, que el «valor» de la coherencia es deliberadamente inmolado en el altar de la conveniencia política en el que tan asiduamente sacrifica el legislador¹⁶⁰.

Recae entonces sobre el intérprete el deber de *construir* la coherencia. Pero aquí surge un problema: ¿qué es lo que obliga al juez a introducir coherencia allí donde el legislador no supo o no quiso introducirla? Se dice, por ejemplo, que la norma jurídica tiene un derecho a la existencia por el mero hecho de haber sido promulgada, de ahí que la interpretación deba esforzarse por buscar una vía para que la norma tenga sentido o, en su caso, para resolver una antinomia¹⁶¹. Esto, sin embargo, supone una verdadera petición de principio.

Alternativa o acumulativamente se puede invocar también la pura y simple necesidad en que se encuentra el juez de solucionar el caso ante él planteado con base en la suposición, impresa quizá por la justicia o la juridicidad de su decisión —se puede mencionar en este sentido el postulado de la seguridad jurídica—, de que el ordenamiento que aplica es coherente (coherente no sólo en sentido lógico, sino también, por ejemplo, con una idea de jus-

¹⁵² Así Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 167, 170. Para la unidad a *posteriori* del ordenamiento jurídico, en una perspectiva normativística, vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 703 y s.

¹⁵³ Bobbio (supra nt. 14), págs. 189, 195, que advierte expresamente que la coherencia no se refiere al ordenamiento como conjunto sino sólo a la relación entre sus partes individuales; vid. también Burckhardt (supra nt. 31), págs. 121 y s.; Modugno (supra nt. 21), págs. 705 y s.; Mayer-Maly (supra nt. 4), pág. 67: «jeder juristische Systementwurf soll die Rechtsordnung als folgerichtig erweisen»; Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 515, 533 y s., 555; Fazzalari (supra nt. 96), pág. 213.

¹⁵⁴ Perelman/Olbrechts-Tyteca (supra nt. 83), pág. 262; Perelman (supra nt. 11), págs. 505, 694 y s., 762.

¹⁵⁵ Vid. supra, nt. 31; Stone (supra nt. 17), pág. 180: «clearly there are many points at which even the most systematic law falls short of ordeliness in whatever terms this be conceived; and it may indeed be that certain antinomies are inescapables in any legal order which actually functions». Por el contrario, Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 104 y s., entiende que la ausencia de contradicción, con la coherencia y consecuencia implicadas en ella, es para el derecho una exigencia lógica o de posibilidad en

general (no sólo normativa) postulada inmediatamente por el principio de igualdad.

¹⁵⁶ Vid. Perelman (supra nt. 11), pág. 762. Según Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 517, la coherencia interna se refiere a la consistencia de las decisiones que derivan del sistema.

¹⁵⁷ Recasens Siches (supra nt. 16), págs. 157 y ss.; Canaris (supra nt. 2), págs. 220 y ss.

¹⁵⁸ Burckhardt (supra nt. 31), págs. 110 y s., 125 y s.

¹⁵⁹ Vid. Burckhardt (supra nt. 31), pág. 122 y nt. 2: «ganz folgerichtig kann sicher nur der richtige Inhalt, die Wahrheit, aufgebaut werden».

¹⁶⁰ «La “desdiferenciación” de los sistemas jurídico y político que determina la utilización del derecho con fines de política social determina un auge considerable del recurso a la *ambigüedad* calculada en la formulación de las normas jurídicas que definen los objetivos de la Intervención estatal» (Calvo García [supra nt. 2], pág. 267), y ocurre que esos objetivos son tan numerosos y tan poco circunscritos...

¹⁶¹ Messineo, F., *Variazioni sul concetto di “rinuncia alla prescrizione”*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 11 (1957), pág. 516, cit. por Bobbio (supra nt. 14), pág. 213.

ticia, coherente en el respeto y la promoción de ciertos valores). Ahora bien, en esta actitud el juez o en general el intérprete no se coloca objetivamente frente al sistema, sino que *participa* ya en el sistema, captado de antemano por sus requerimientos¹⁶²; se trata, en efecto, de una actitud forzada por el dogma de la coherencia a sostener —y por ende a demostrar— que cualquier contradicción es sólo aparente o derivada de una mala interpretación, algo que recuerda la situación originada por la pretensión de Justiniano de imponer por la fuerza de la ley la convicción (y el postulado) de la inexistencia de antinomias en su compilación: const. *Deo auctore*, 8; const. *Tanta*, 15. La interpretación además es del intérprete y se humilla siempre ante cada nueva disposición con la que el legislador puede destruir sus construcciones. ¿Y qué decir, por fin, de la coherencia del sistema antes de la intervención del juez y de tantos casos en los que el juez no llega a intervenir?¹⁶³

Por otra parte, la interpretación es muy poderosa, tanto, que una norma carente en su literalidad de sentido —y carente por tanto de sentido en el interior del sistema—, pero con el mencionado «derecho a existir» podría ser salvada por el intérprete casi a pesar de sí misma, cabría decir. Si en los casos extremos es la propia jurisprudencia la que consigue la coherencia de «lo normativamente incoherente», si ante las antinomias llamadas reales (*i.e.*, insolubles) queda el intérprete «abandonado a sí mismo» por la carencia de criterios o el conflicto entre los que podrían facilitar su solución¹⁶⁴, no hay hipérbole —tampoco reparo— en afirmar que por esta vía hermenéutica y jurisprudencial nunca faltará la coherencia. Eso sí, se tratará de una coherencia de grado menor, limitada cada vez a un ámbito concreto y bastante reducido y desde luego no extensible a la totalidad del ordenamiento jurídico¹⁶⁵. En definitiva, se tratará de una coherencia del caso momentáneamente producida en un punto específico del océano jurídico y con repercusiones más o menos lejanas y numerosas en otros puntos de ese océa-

no, pero de la cual no se puede deducir la coherencia del océano en su conjunto: esta última es el objeto de una hipótesis que la solución jurídica y legalmente correcta de los casos particulares no confirma ni puede confirmar en el plano normativo.

Si pasamos ahora brevemente al plano de los valores en los que se inspira el ordenamiento, habrá que empezar por asumir que hay entre ellos contradicciones, no sólo como fruto de la historia y de la «tendencia individualizadora de la justicia»¹⁶⁶, sino como inevitable resultado de una complejidad social¹⁶⁷ que sólo un legislador absoluto que impusiera su coherencia podría intentar dominar.

En efecto, el intento de basar la coherencia del sistema —como el de basar su unidad— en lo axiológico (por lo tanto, en lo más difícil de racionalizar y hasta de constatar, en lo más opinable y susceptible de interpretación) no puede quedarse en la peregrina afirmación de que en el juego jurídico y en el juego social que a él subyace las cuentas, al final, mal que bien terminan por cuadrar, como lo probaría el hecho de que no hay desajustes o tensiones tan incontrolables que pongan en peligro la continuidad de lo establecido. No basta con esto, así que de nuevo nos encontramos con que la coherencia, en este caso axiológica, se da acabadamente (cuando se da) sólo en presencia del caso concreto resuelto por el juez¹⁶⁸: una coherencia, de nuevo, interpretativa y de alcance limitado¹⁶⁹. Enlazando, pues, con lo dicho en el apartado anterior sobre la falta de unidad axiológica en el sistema, podemos concluir que, si no es en esta forma concreta, no se ve el sentido de afirmar la coherencia valorativa del sistema jurídico.

6.c. *Integridad o completud.* Para aquellos que parten de la existencia de un orden jurídico natural del cual el derecho positivo no es nunca más que una explicitación parcial y aproximada, el problema de la completud o integridad del sistema jurídico, el problema, en suma, de las lagunas que inevitable-

¹⁶² Simpson, A. W. B., *The Common Law and Legal Theory*, en *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series), Oxford, 1973, pág. 97: «to argue that this or that is the correct view, as academics, judges, and Counsel do, is to participate in the system, not simply to study it scientifically. For the purpose of action the judge or legal adviser must of course choose between incompatible views, selecting one or other as the law, and the fiction that common law provides a unique solution is only a way of expressing this necessity». Las palabras de Simpson se refieren en general a la controversia jurídica y al *common law*, pero el argumento que se extrae de ellas es válido también para el problema de la coherencia, al menos, en lo que respecta a las antinomias.

¹⁶³ Fazzalari (supra nt. 96), pág. 216, afirma la prevalencia del sistema y la expulsión de las normas incompatibles. Con esta óptica distinta, Moreso-Navarro (supra nt. 70), págs. 101 y ss., llaman la atención sobre el problema de las normas inválidas y citan (en pág. 106) a E. Bulygin en relación con el supuesto de una ley inconstitucional: «(...) es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que determina la aplicabilidad de la ley. Si el Tribunal dice (erróneamente [!]) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema».

¹⁶⁴ Respectivamente, Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 533 y s., y Bobbio (supra nt. 14), pág. 204. Sobre el conflicto entre criterios, vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 713 y ss.

¹⁶⁵ Coherencia como aspiración: Díez Picazo (supra nt. 83), pág. 196; Bobbio (supra nt. 14), págs. 209 y ss., alude a las va-

riadas técnicas de la hermenéutica jurídica a las que puede acudir el intérprete en uso de un verdadero y propio derecho discrecional.

¹⁶⁶ Larenz (supra nt. 16), pág. 480; Canaris (supra nt. 2), págs. 199 y s.

¹⁶⁷ Mayer-Maly (supra nt. 4), pág. 68, que, pese a reconocer la complejidad del proceso social y la consiguiente concurrencia en cada ordenamiento jurídico de muy diferentes principios, afirma que debido a la conexión entre derecho y valoración social los sistemas jurídicos deben ser vistos ante todo como estructuras de principios: Bobbio (supra nt. 14), págs. 202 y s., llama «antinomias de principio» a las que se producen cuando el ordenamiento jurídico está inspirado en valores contrapuestos o en ideologías opuestas; también Modugno (supra nt. 21), pág. 707.

¹⁶⁸ Vid. Recasens Siches (supra nt. 16), págs. 536 y s., págs. 537 y ss., sobre los principios axiológicos implícitos en la interpretación jurídica «razonable» Pawlowski (supra nt. 119), pág. 86, se refiere también, aunque desde un punto de vista diferente, a la consistencia de las decisiones previas relevantes para la solución del caso planteado, y en este sentido contraponen el sistema total (*Gesamtssystem*) a la sistematización, o sea, a la formación de sistemas parciales (*Teilsystemen*).

¹⁶⁹ Vid. Castanheira Neves (supra nt. 19), pág. 165. Este es el reverso de la afirmación de Canaris (supra nt. 2), pág. 234, según la cual el sistema axiológico o teleológico permite aislar las contradicciones de forma que la perturbación que éstas significan no se extienden al conjunto del sistema.

mente presenta un ordenamiento jurídico positivo cualquiera, es en realidad un falso problema que se resuelve sólo con pensar que aquellas lagunas lo son únicamente de la ley (del derecho positivo) pero no del derecho o sistema jurídico total. En cambio, en el marco del monopolio estatal sobre el derecho, la cuestión de las lagunas adquiere una importancia especial con el positivismo legalista y la codificación, a los que se debe en definitiva el llamado «dogma de la completud» (*Dogma der Lückenlosigkeit*) en su versión moderna¹⁷⁰, ya que la articulación de la doctrina de la división de poderes con la prohibición del «déní de justice» (*non liquet*) según el conocido modelo francés —que convierte al juez en un simple instrumento de aplicación de la ley, obligado sin excusa a sentenciar cuantos casos le sean sometidos mediante las normas existentes de antemano en el sistema¹⁷¹— hace de la plenitud una necesidad dogmático-conceptual y de funcionamiento del sistema y coloca, en consecuencia, en primerísimo plano el interés por las lagunas —para negar en primera instancia su existencia— y por las técnicas que podrían servir, si las hubiera, para colmarlas *dentro del sistema*¹⁷².

El dogma de la completud tiene dos modelos teóricos principales, el del «espacio jurídico vacío» y el de la «norma general negativa» o principio de clausura, que distan, ambos, de ser satisfactorios. El primero de ellos sostiene la plenitud del ordenamiento jurídico argumentando que o bien existe el derecho, y entonces no puede haber lagunas, o bien se da la laguna, y entonces no existe el derecho sino el ámbito de lo jurídicamente indiferente o espacio jurídico vacío. De acuerdo con el segundo, las lagunas quedan excluidas por la presencia en el sistema de una norma —llamada norma general negativa o excluyente— que permite todo aquello que las normas particulares del sistema no prohíben expresamente¹⁷³; ninguna acción, ningún caso quedaría de este modo fuera de la previsión del sistema jurídico, éste sería completo y las lagunas meramente aparentes.

Ahora bien, sobre la teoría del espacio jurídico vacío se ha señalado, por una parte, que la definición de un ámbito en el que la libertad humana es irre-

levante para el derecho resulta no sólo difícil en el plano teórico¹⁷⁴, sino peligrosa en sus consecuencias prácticas dado que libertad no protegida jurídicamente equivale a licitud en el uso de la fuerza privada; y por otra, que dicha teoría no resuelve, sino que elude, el problema de las lagunas que existen *dentro del sistema*¹⁷⁵.

En cuanto a la idea de la norma general negativa, tampoco ofrece una base adecuada para la completud del sistema jurídico. En primer lugar, por la necesidad de contar con la existencia, al lado de ella, de una «norma general inclusiva», en muchos casos explícita, que prescribe en caso de laguna la utilización de la analogía pero deja en manos del intérprete la decisión, ante el caso concreto, sobre si se da o no la razón de semejanza con el caso previsto por las normas particulares, de tal forma que proceda, si la semejanza se da, aplicar la norma general inclusiva y resolver por analogía, y si no se da, aplicar la norma general negativa (respectivamente, *argumentum a simili* y *argumentum a contrario*); todo lo cual significa que los casos no expresamente regulados, en ciertas hipótesis más o menos frecuentes, pueden llegar a tener dos soluciones posibles y perfectamente contrarias, entre las que debe elegir el juez colmando con su decisión una laguna (aquí resuelta en antinomia) motivada por la carencia en el sistema de criterios que puedan orientar la elección entre la norma general inclusiva y la norma general excluyente o negativa¹⁷⁶. Aparte de esta objeción, la teoría de la norma general negativa es insatisfactoria también porque deja planteados y sin resolver algunos problemas técnicos importantes que tienen que ver con la forma concreta en que esa norma debe ser concebida (pues no es lo mismo, por ejemplo, entenderla como una *norma perteneciente al sistema* que autoriza la conducta no prohibida por las normas particulares del mismo que como la simple *inexistencia de una norma particular prohibitiva de esa conducta*¹⁷⁷) y especialmente con la posibilidad de extenderla uniformemente a todos los casos no regulados y a todos los sectores del derecho positivo; en definitiva, con su carácter de norma «general»¹⁷⁸. A todo lo cual se podría añadir to-

¹⁷⁰ Bobbio, N., *Lacune del diritto*, en *NNDI IX*, Torino, 1975, págs. 419 y s.; Id. (supra nt. 14), pág. 225; Larenz (supra nt. 16), pág. 364; Modugno (supra nt. 21), pág. 720; Kaufmann (supra nt. 12); pág. 84. Para un recorrido crítico por las sucesivas posiciones doctrinales en esta materia, vid. De Castro y Bravo (supra nt. 11), págs. 474 y ss.

¹⁷¹ Code Napoléon, art. 4: «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

¹⁷² Vid. Perelman (supra nt. 11), págs. 770 y s., 775; Bobbio (supra nt. 14), pág. 223. Si bien la *communis opinio* ve en el artículo 4 del Code civil el reconocimiento de la existencia de lagunas que el juez debe suplir a base de técnica interpretativa, en un plano teórico no es indefendible la tesis (ya sostenida por Kantorowicz) de que el mencionado precepto tiene el significado precisamente contrario, a saber, la reafirmación a toda costa de la completud del ordenamiento jurídico, de donde la prohibición del «déní de justice» *pretextando* falta de ley aplicable; apoya en este sentido la precedente admisión del «referé législatif» (vid. Perelman [supra nt. 11], págs. 774 y s.).

¹⁷³ Según los casos, la norma general negativa puede ser pensada también como norma prohibitiva de todo aquello que las normas particulares no permiten expresamente. No vamos a entrar

en esta cuestión cuyo trasfondo tiene un claro componente político o ideológico.

¹⁷⁴ Canaris (supra nt. 103), págs. 40 y s.; Díez Picazo (supra nt. 83), pág. 278: «La falta de ley no transforma la cuestión en cuestión no jurídica».

¹⁷⁵ Vid. respectivamente, Bobbio (supra nt. 14), págs. 230 y ss.; y Modugno (supra nt. 21), págs. 720 y s.

¹⁷⁶ Vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 722 y ss.; Bobbio (supra nt. 14), págs. 235 y ss. En relación con la analogía, Horak (supra nt. 14), pág. 36, señala que el juez está obligado a sentenciar dentro del marco que le ofrece la ley, y cuando la ley le permite o le prescribe el uso de la analogía no puede decidir si se da o no ésta en el caso en cuestión si no es desde sus propios puntos de vista valorativos y vistiendo su *arbitrium* con el gabán de la aplicación de la ley. Vid., sin embargo, Larenz (supra nt. 16), pág. 384, que subraya la vinculación del juez a los medios técnicos del pensamiento teleológico.

¹⁷⁷ Vid. al respecto, Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 199 y s., 282 y ss.

¹⁷⁸ Larenz (supra nt. 16), pág. 371. Canaris (supra nt. 103), pág. 50, recuerda que la falta de una decisión positiva no equivale a la existencia de una regulación negativa y que el silencio del legislador no significa necesariamente que *no* quiera una *determinada* regulación; recuérdese también lo que decía Stone (su-

davía que, por su condición de norma en muchos casos implícita, la norma general negativa supone sin más una traición a la concepción positivista del derecho a la que en principio debería servir de apoyo o complemento¹⁷⁹.

Tanto la idea del espacio jurídico vacío como la de la norma general negativa son construcciones teóricas que intentan recuperar la confianza en el ideal de la completud, minado por la comprobación empírica repetida del carácter necesariamente limitado de la previsión legislativa y, por consiguiente, de la insuficiencia del material jurídico positivo frente a la variabilidad incesante de los casos de la vida. Ambas niegan el problema de las lagunas, ninguna lo resuelve.

El sistema jurídico reconoce su propia incompletud cuando provee los medios que han de servir para corregirla. Por otra parte, estos medios no se aplican por lo general a la búsqueda de una norma que ya existe y pertenece al sistema, sino que persiguen la creación de una norma jurídica nueva para un caso nuevo. En efecto, todo caso que llega ante un juez reclama de éste una solución que, para ser jurídica, debe ser argumentada (motivada) de manera que trasparezca su vinculación con el derecho vigente: como dice Larenz, «el desarrollo judicial del Derecho —pues de esto se trata— precisa una fundamentación llevada a cabo metódicamente si es que su resultado ha de justificarse como ‘Derecho’ en el sentido del orden jurídico vigente»¹⁸⁰. Sin embargo, cuando se trata de un caso nuevo, no previsto ni regulado todavía, esto no quiere decir que, al resolverlo, el juez esté sólo aplicando normas previamente existentes en el sistema ni mucho menos que las normas que aplica pertenezcan ya, sólo por ello, al sistema¹⁸¹. Incorrecto sería, por tanto, inferir la completud del sistema jurídico del hecho de que toda controversia, aunque sea nueva e imprevista, pueda ser —y de hecho lo sea— decidida jurídicamente¹⁸².

Más que de sistema completo, pues ninguno lo es de modo efectivo, podría hablarse quizá de sistema completable, o sea, de un sistema consciente de sus insuficiencias y lagunas que intenta ofrecer los instrumentos necesarios para remediarlas¹⁸³. Pero, puesto que esos instrumentos quedan confiados de

nuevo al intérprete, y si bien la actuación de éste no es en modo alguno completamente libre o arbitraria sino que debe atenerse a los procedimientos técnicos de la *interpretatio iuris* y seguir las orientaciones marcadas desde el mismo sistema, la integración del sistema jurídico pasa necesariamente por el reconocimiento del poder creativo de los jueces¹⁸⁴ y es muchas veces de carácter episódico y ocasional¹⁸⁵. Por lo mismo, es posible todavía la existencia de lagunas no colmables o, al menos, de lagunas insolubles dentro y con la ayuda del sistema. En este apartado entran por derecho propio las llamadas por Canaris «lagunas de denegación de justicia» («*Rechtsverweigerungslücken*») o «lagunas de valores», inevitables desde el momento en que, como dice este autor, «una ‘completud teleológica’ del derecho existe tan poco como una completud lógica del mismo»¹⁸⁶, pero, de un modo más general, creemos que lo que define la presencia de lagunas no colmables es la incapacidad del ordenamiento jurídico para afrontar y resolver problemas determinados, tanto da que éstos hayan surgido de una situación social y económica modificada como que se trate de hipótesis cuya regulación el legislador rechazó en su día de forma consciente¹⁸⁷ porque lo que en ambos casos importa es que la solución debe buscarse por medios que el sistema no ha previsto y, en última instancia, necesita de la intervención del legislador. El carácter más o menos infrecuente o si se quiere excepcional de estos supuestos no los hace menos significativos a la hora de afirmar la incompletud del sistema jurídico, de la que, junto con el desarrollo judicial del derecho —que parte, sí, del sistema, pero para ir más allá de él— constituyen la prueba definitiva.

7. CONCLUSION

Llegados al término de nuestra reflexión, podemos preguntarnos de nuevo por la utilidad de concebir el derecho en términos de sistema.

La apelación a la idea de sistema tuvo en su origen el sentido de buscar para la justicia y la igualdad un fundamento y una garantía tan concordantes como fuera posible con la nueva concepción racio-

pra nt. 17), pág. 192: «being unregulated cannot be a “mode” of being regulated».

¹⁷⁹ De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 477.

¹⁸⁰ Larenz (supra nt. 16), pág. 362.

¹⁸¹ Modugno (supra nt. 21), págs. 719, 730 y s.; de forma poco convincente, Díez Picazo (supra nt. 83), pág. 279, defiende el dogma de la plenitud diferenciando entre norma aún no formulada e inexistencia de la norma.

¹⁸² Como viene a decir Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 520. Wieacker (supra nt. 36), pág. 437, tras servirse de este argumento para afirmar la completud *per definitionem* del orden jurídico total, termina señalando que la ausencia de lagunas es una ficción —«aber eine justizpolitische gewollte Fiktion», precisa.

¹⁸³ Se trataría de un sistema móvil y abierto: Stone (supra nt. 17), págs. 26 y s.: «The more serious gaps, and antinomies between norms are the obstinate products of a going legal order, precisely because it is a going order. No doubt, the legislator can in concrete cases solve the problems caused by the gaps and antinomies; but since the legal order still goes on thereafter, new gaps and antinomies will continue to be thrown up by the new testing situations, or by problems wholly newborn from a changing society». Fazzalari (supra nt. 96), pág. 216, habla de sistema au-

tosuficiente como sistema que puede colmar lagunas dentro y no más allá del límite de los valores que están ordenados en él.

¹⁸⁴ Bobbio (supra nt. 14), pág. 241; Calvo García (supra nt. 2), pág. 111. Larenz (supra nt. 16), pág. 360 y s., 398, y Wieacker, F., *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1958 = *Ausgewählte Schriften* 2, Frankfurt a.M., 1983, pág. 45, recuerdan lo fluida que ha llegado a ser la frontera entre interpretación de la ley y *Rechtsfortbildung*.

¹⁸⁵ Modugno (supra nt. 21), pág. 725.

¹⁸⁶ Canaris (supra nt. 103), págs. 139 y ss., 144 y ss., 172 y ss.; Id. (supra nt. 2), págs. 239 y ss. (la solución de este tipo de lagunas es, dice Canaris, págs. 241, 270 y s., un campo adecuado para la intervención de la tópic); también Larenz (supra nt. 16), págs. 395 y ss.

¹⁸⁷ No es convincente, por lo tanto, la tesis de Larenz (supra nt. 16), págs. 336 y ss., según la cual la laguna es sólo una «incompletud contraria al plan» de la ley» cuya existencia debe enjuiciarse exclusivamente desde la óptica de la propia ley, con la consecuencia (págs. 369 y s.) de que la idea de una «laguna del derecho» como «incompletud contraria al plan» de todo el orden jurídico no se ajusta a la idea de un sistema abierto.

nalista-estatalista del derecho que iba imponiéndose. Por eso se intentó inicialmente perfilar el sistema jurídico de la manera lógicamente más rigurosa: como sistema unitario, coherente y completo, manejable con los instrumentos de la lógica formal y hasta dotado de una fuerza expansiva o productiva capaz de impulsar su crecimiento orgánico y autónomo.

¿Qué queda hoy de todo eso? Relativamente poco (aunque no tan poco como se dice normalmente) en el plano de la reflexión teórica y doctrinal; bastante más en el de la «mitología jurídica» efectiva. La supuesta fuerza creadora del sistema sufre hoy un descrédito total y ha perdido su vigencia ante la constatación de que en el sistema no hay nada que no se haya introducido previamente en él¹⁸⁸. En cuanto a la unidad, la coherencia y la completud, nuestra indagación ha extendido sobre ellas un denso velo de escepticismo que modera sólo muy levemente la reciente transformación de estos conceptos en principios regulativos, valores o ideales a los que el ordenamiento jurídico debería de tender incesantemente a lo largo del tiempo¹⁸⁹, ya que la verdadera cuestión es si tal tendencia se aprecia o no de modo efectivo en la marcha concreta de cada derecho en particular y aquí la respuesta no puede, muchas veces, ser afirmativa¹⁹⁰.

Permanece, con todo, la noción misma del derecho como sistema, una idea a la que la doctrina no quiere renunciar pero a la que tampoco ha sabido dar hasta ahora un contenido suficientemente constante y compartido¹⁹¹. De esta variabilidad en su contenido, reflejo a su vez de la dificultad de casar las sucesivas construcciones de los teóricos con la realidad concreta del derecho, nace el cuestionamiento de la utilidad de la noción teórica de sistema jurídico.

Por su lado, el jurista práctico sigue en general

instalado en el dogma o la ficción del ordenamiento jurídico unitario, completo y coherente. A él no le interesa el sistema como aspiración o como tendencia sino que se enfrenta con el ordenamiento en intenta manejarlo como dato y como hecho: de aquí es de donde nace su seguridad y sin esta base le costaría argumentar. De todos modos, se trata de una ficción, todo lo útil que se quiera pero una ficción impuesta, seguramente, por una tradición jurídica muy consolidada y por un modelo formativo perfectamente inscrito en ella. El ser conscientes de esto nos obliga a ser también prudentes en nuestras afirmaciones acerca del carácter necesario y objetivo del sistema en el derecho: el hábito de hacer y de pensar las cosas de una determinada manera no debería llevarnos a confundir esa manera con el único procedimiento posible, y en definitiva, si la mente de los juristas puede manejar simultáneamente varios criterios contradictorios sin sentir colisión entre ellos¹⁹², ¿por qué no ver en esta capacidad la herramienta (o al menos, una de las herramientas) que permite a los juristas tratar con naturalidad una realidad jurídica menos perfecta y ordenada de lo que su visión sistemática desearía?

Por último, es de sospechar que en el mismo instante en que se intenta trascender del sistema jurídico como orden expositivo o de representación, o como simple aspecto exterior del derecho (sistema externo en la terminología al uso), en ese mismo instante el concepto de sistema se convierte en uno de tantos modelos teóricos, propios de la dogmática moderna, cuya aplicación al estudio de un derecho del pasado —como pueda ser, por ejemplo, el Derecho romano— entraña una fuerte dosis de anacronismo y supone, en definitiva, un claro prejuicio dogmático. Esto, sin embargo, constituye el asunto de otra investigación que deberemos emprender en el futuro.

¹⁸⁸ Orestano, «*Diritto*» cit., pág. 49: es como definir el triángulo como figura geométrica de tres lados y luego complacerse en descubrir que tiene también tres ángulos, o viceversa, y que puede ser rectángulo, isósceles o escaleno; De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 413: «La fuerza creadora del sistema sólo puede admitirse cometiendo una confusión metodológica o un engaño político».

¹⁸⁹ Por todos, Modugno (supra nt. 21), págs. 704, 734.

¹⁹⁰ Como señala Lipari (supra nt. 57), pág. 154, el punto de referencia objetivo de cualquier posible sistematicidad desaparece como consecuencia de la inseguridad que afecta incluso a la vi-

gencia de los enunciados normativos en concreto a que conduce la extraordinaria complicación de algunos ordenamientos modernos; Castán Tobeñas (supra nt. 96), págs. 7, 119, recuerda el estado de desorden «natural» del derecho positivo, fruto entre otras cosas de la historia.

¹⁹¹ Como dice Paradisi (supra nt. 43), pág. 9, el sistema es también variable en su entidad concreta, y únicamente se mantiene el dogma de su propia naturaleza sistemática, considerado por muchos como algo necesario e irrenunciable.

¹⁹² Friedman, L. M., *Systematization in the Common Law*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41), pág. 259.