

RUDOLF VON IHERING Y LA INTERPRETACIÓN FINALISTA DE LA LEY*

ENRIQUE MARI

I. IHERING FRENTE A LA ESCUELA EXEGÉTICA

A más de un siglo de distancia puede aseverarse hoy que pocos juristas y escritores decimonónicos, tuvieran ecos tan perdurables como los de Rudolf von Ihering, en cuyos escritos se forjó el nuevo medio de interpretación de la ley: la *concepción finalista del derecho*.

Buena parte de su intensa y larga obra jurídica, prácticamente cincuenta años, se constituyó en el aríete más eficaz contra las murallas de la exégesis.

Algún comentarista como Picard, ha visto en Ihering su extraordinaria penetración y poder para poner en evidencia los arcanos sutiles del derecho, sus abismos y profundidades. Estos arcanos, abismos y profundidades no serían sino el producto de las animadas imágenes de la vida. En este sentido, frente a la estática red conceptual de la exégesis Ihering representaría las conocidas palabras de Mefistófeles al Fausto goethiano: "*Grau, theurer Freund, ist alle Theorie, und grün des Lebens goldener Baum*" (Toda teoría es seca mi buen amigo, y el árbol de la vida es florido).

Sin embargo, frente a las técnicas instrumentales de la

* Este trabajo es un capítulo del libro *La Interpretación de la Ley*, a publicar por Abeledo-Perrot.

exégesis, frente a su modelo de un texto de la ley concebido como única matriz productora de sentido, con un autor eminente y ficticio, el legislador racional, texto que actuaría entonces como el lugar de acople entre una maquinaria conceptual y un maquinista cuya voluntad podría leerse en forma transparente en sus simples engranajes lógico-gramaticales; frente a todo esto, sería incorrecto valorar lo que Ihering aporta considerándolo un mero almacén de imágenes huidizas e impalpables, producidas por el representante de una alternativa irracional al extremado racionalismo de la exégesis.

Muy por el contrario, sus aportes no pueden ser justipreciados sino en función de su constante recurrencia y apelación a las circunstancias históricas que circundan los textos, es decir en función de su recurso a la realidad.

Ihering, en efecto, fue un notable aunque frustrado precursor del realismo, incluyendo en este término un espectro amplio donde entran todas las posiciones que, además de las palabras de la ley, toman en cuenta los contextos y las situaciones extralingüísticas. Espectro, en consecuencia, más amplio que el que abarca el realismo anglosajón y la escuela escandinava.

Claro está que para llegar a este intentado realismo, producto de un Ihering maduro, el Ihering de *La Lucha por el Derecho*, *El Fin del Derecho* y *Jurisprudencia en Broma y en Serio*, hubo de atravesar dos etapas básicas.

Conviene, entonces, comenzar con el análisis de la primera etapa, viendo cómo se relaciona Ihering con el pensamiento alemán de la época, para seguirlo luego en su rotación a la etapa finalista.

II. EL PENSAMIENTO ALEMÁN. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO. LA POLÉMICA THIEHAUT-SAVIGNY SOBRE LA CODIFICACIÓN

El desarrollo intelectual de Ihering lo encuentra, en sus comienzos, cercano a la *Escuela Histórica del Derecho*. Para entender esta escuela y su vínculo con Ihering, hay que ubicarse en el entorno político de las guerras napoleónicas, en una Alemania fragmentada territorialmente, cuya unificación recién se va a lograr en 1870.

Resulta muy común en los medios filosóficos recordar un presunto comentario atribuido a Hegel al ver entrar a las tropas de Napoleón en Jena donde desarrollaba sus cursos: con las mochilas de los soldados de Napoleón entraba en Alemania la Razón. Los ideales de la revolución francesa, las ideas de libertad, la concepción racionalista del *Aufklärung*, todo esto es lo que Hegel habría visualizado en esas mochilas. En el plano de lo jurídico, entraba el *Code Civil*, el sueño de un sistema codificado único para una Alemania dividida y, en lo doctrinario, el iusnaturalismo con principios jurídicos válidos a priori, más allá de la experiencia histórica, de los que podrían y deberían inferirse los derechos positivos.

Sin embargo, desde el instante mismo de la invasión, comenzó a manifestarse en Alemania, una política nacional adversa a las conquistas que impulsaba Napoleón, ya éste en pleno viraje hacia el autoritarismo imperial.

Es este fermento político, el de las reivindicaciones nacionales, lo que hará crecer a la Escuela Histórica del Derecho en esta atmósfera de hostilidad a la política de expansión francesa, atmósfera que la escuela va a traducir y representar en lo político.

En este plano, la escuela resultaba portavoz de una aguda negación del iusnaturalismo al que oponía el reconocimiento de las experiencias históricas, adecuando el derecho a las circunstancias de tiempo y lugar y a la impronta de la política nacional germánica.

La parte más madura de las ideas de esta escuela fue expuesta por Friedrich K. von Savigny en una obra circunstancial *De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho* producida en forma polémica contra el profesor de Heidelberg, Anton F. J. Thibaut, defensor de la codificación en Alemania. El ensayo de este último, *Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania*, negaba que pudieran solucionarse los problemas del desmembramiento restituyendo a los alemanes sus antiguas costumbres. Por el contrario, aseveraba, el derecho civil (entendiéndose por tal el privado, el penal y el procesal) requería una rápida transformación, y los alemanes no podrían alcanzar la felicidad en sus relaciones civiles más que cuando todas las administraciones y órganos políticos locales tratasen de "...poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para

toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares"¹.

Thibaut encontraba en la pluralidad del derecho autóctono una enojosa dificultad: los fragmentos desgajados del derecho romano, las leyes y las ordenanzas de los diversos países, no mostraban en su embrollada masa, más que la antigua rudeza y la estrechez de miras. De ahí que Thibaut otorgara a la codificación y su unidad un valor inapreciable. Por otro lado, una cuestión económica puntual y concreta alentaba la opinión de Thibaut. Las distintas regiones de la Alemania dividida asistían a un crecimiento interno del tráfico mercantil, al aumento del intercambio económico de las regiones y a la consolidación de las relaciones en el seno de lo que, en el lenguaje de la época, se llamaba la sociedad civil. Era lógico pensar, entonces, la unidad del derecho interestatal como un instrumento rico y activo para estimular el reemplazo de la confusa multiplicidad y colisión de las leyes, y no menos lógico ver en ella una levadura jurídica para la cohesión de ese proceso económico.

En cuanto a lo político, si bien la separación entre las regiones aparecía en esa época, como situación irreversible a los ojos de Thibaut, él pensaba que nada mejor que un código sencillo para satisfacer un sentido fraternal de igualdad y evitar que una potencia extranjera se aprovechara de una parte de Alemania contra las demás.

Adaptando, finalmente, a esta situación histórica de segregación política y administrativa del suelo alemán uno de los argumentos favoritos de Bentham, el relativo a los abusos del carácter oracular del derecho, Thibaut añadió: "La unidad del derecho, por el contrario, allanaría y haría más segura la vida del ciudadano en otro país, y los malos abogados no encontrarían ya ocasión de exprimir y maltratar descaradamente a los países extranjeros con la venta de sus secretos jurídicos".

¹ Pueden verse los textos de Savigny y Thibaut, *De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho* (1814) y *Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania* (1814). Están en su traducción castellana, incluidos en el libro Thibaut, Savigny. *La Codificación*, Aguilar, Madrid, 1970. Cuenta con una introducción muy aclaratoria de los aspectos históricos y jurídicos de Jacques Stein.

El texto que contiene la respuesta de Savigny (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) es, sin duda, un clásico de la dogmática jurídica. Savigny respeta a Thibaut por haberse opuesto ésta en su hora a la introducción del *Code Napoléon*, código que, en su decir, había sido "infiltrado" en Alemania y seguía carcomiendo como un cáncer.

La respuesta de Savigny a Thibaut es por eso pacífica, pero sin concesiones en su crítica al proyecto de codificación.

Básicamente, propone como alternativa al racionalismo codificado, reemplazarlo por una conexión orgánica del derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo, equiparando el derecho con el lenguaje, al que concibe a la mejor manera del romanticismo alemán de los hermanos Jacob y Wilhelm Grimm. El derecho es como el idioma (las costumbres y la organización) privativo del pueblo y no el producto de la razón abstracta. Se materializa en las acciones simbólicas de los pueblos y, a semejanza también del idioma, no hay en su dominio momentos de inercia o de estancamiento.

Como todas las demás tendencias del pueblo, el derecho está sometido al mismo movimiento y evolución. La razón es absoluta y eterna; el derecho en cambio es relativo. Crece con el pueblo, se perfecciona con él y muere, finalmente, al perder el pueblo su peculiaridad.

De la conciencia del pueblo, el derecho pasa a la conciencia de los juristas. A partir de este traspaso, su existencia es más complicada porque vive una doble vida: una, como fragmento de la vida total del pueblo. La otra, como ciencia especial, la que se desenvuelve en manos de los juristas.

Los pueblos jóvenes tienen una visión más precisa del derecho, pero esa visión, aduce Savigny, les falta para los códigos, el lenguaje y el arte lógico. Por el contrario, en las épocas de decadencia falta, en casi todas las leyes, el conocimiento tanto de la materia como del lenguaje. Es por ello que queda una época intermedia que, para el derecho, puede valer como cumbre de la perfección. Sólo que una época semejante no siente la necesidad de un código para sí misma y aunque podría elaborarlo para un tiempo posterior, rara vez ocurre esto en la historia.

Lo que separa a Savigny de la escuela de la exégesis consiste, en esencia, en que esta última escuela es el producto del movimiento codificador. En punto a la interpretación, su

apelación es a la letra de la ley y, subsidiariamente al espíritu de la ley, mientras que a este espíritu, Savigny opone el Volkgeist, el espíritu del pueblo. Cualquier referencia a la escuela histórica, no puede prescindir de este concepto. La idea de que el derecho no hay que buscarlo en los códigos sino en "el espíritu del pueblo" tiene sus ancestros. En *Esprit des Lois* Montesquieu hablaba de "esprit de la nation", lo mismo que Edmund Burke en Inglaterra, y en Alemania era de uso corriente entre los románticos como los citados Grimm, Herder, Novalis y F. Schlegel, empleada con el significado de conciencia del pueblo².

Es ésta la faceta más difundida de la llamada *geschichtliche Schule* (más tarde *historische Schule*) con pronta coloración y empleo irracional en la política y la cultura germana, producto de su condición de corriente restauradora de las costumbres y tradiciones, de los valores de jerarquía y obediencia frente a los de emancipación y progreso de las luces, y producto también de su vocación de reemplazo, como dice Alfred Dufour, del mecanismo cartesiano por la visión organicista del mundo. Un proceso que en lo político y lo jurídico, Jacques Droz describe de esta manera: "Los últimos años del siglo XVIII fueron marcados en el plano de las ciencias naturales y humanas, por una restauración de los valores irracionales. Por mucho tiempo la Revolución Francesa fue considerada responsable de esta transformación de los espíritus: los crímenes cometidos en su nombre, la impotencia de los franceses en promover esta libertad que habían prometido al mundo, el uso abusivo hecho de la razón aplicada a las instituciones políticas y sociales, habían tenido como efecto natural determinar a los contemporáneos a un retorno hacia la tradición y la adopción por ello de una actitud conservadora. Este retorno a los valores irracionales se operó en tres planos diferentes:

"1^o) Frente al Aufklärung que enseñaba la marcha progresiva del espíritu humano hacia una libertad crecida y que preconizaba una voluntad de emancipación respecto de las autoridades religiosas y políticas se produjo una reacción sostenida por los elementos de la sociedad más apegados al

² Véase Guido Fazzò, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1979, Siglos XIX y XX, Caps. 10 y 11.

orden establecido, y que han utilizado la tesis de un 'complet revolucionario' para restaurar las nociones de jerarquía y obediencia.

"2º) Suscitada por la filosofía de la historia de Herder, así como por la rehabilitación de la Edad Media, una nueva generación se vio tentada a dar una importancia nueva a los valores históricos, invitando por esta vía a las naciones a permanecer fieles a sus tradiciones y costumbres, cuyo valor era reconocido como superior a las elucubraciones de la razón.

"3º) El desarrollo de las ciencias naturales, comportando la sustitución de la explicación "mecánica" por la explicación 'orgánica' del mundo, condujo a ciertos pensadores a aplicar la noción de organismo vivo a las ciencias humanas y a construir alrededor del Estado una concepción tal que la acción de los legisladores aparecía de aquí en más como superflua".

Pero —como apunta Siperman con gran acierto en el ensayo que antes citáramos— las tesis acerca del Volkgeist no agotan el significado de la escuela histórica, constituyendo su contribución más rica al desarrollo del pensamiento jurídico la relativización histórica de los contenidos materiales de la regulación normativa, una dimensión que nada tiene en sí de conservativa o reaccionaria; a lo que cabría agregar: a condición de que la correa de transmisión del material histórico no hubiese sido el sentimiento sino la razón, como aduce la aguda crítica de Alf Ross a esa escuela en *Kritik der Sogenannten Praktischen Erkenntnis* (Crítica del Llamado Conocimiento Práctico) de 1933⁴.

Es a esta dimensión a la que se refiere Ihering discípulo y luego duro contendor de Savigny en *Jahrbücher für Dogmatik*, V. 364, cuando resume así la opinión que le merece la polémica de este último con Thibaut acerca de la codificación: "La importancia duradera de esa obra está en el aparato de ideas generales que Savigny consideró necesario poner en movimiento contra su adversario: una teoría sobre la naturaleza histórica del derecho, unida a un esquema de los

³ Alfred Dufour, "Rationnel et irrationnel dans l'École du Droit Historique", *Archives de Philosophie du Droit*, T. 23, *Formes de Rationalité en Droit*, Sirey, Paris, 1978.

⁴ Alf Ross, *Kritik der Sogenannten Praktischen Erkenntnis*, Felix Meiner, Leipzig, 1933.

momentos principales de la historia de su desarrollo y contrapuesta como concepción "histórica", a la concepción racionalista dominante hasta entonces".

Puesto que el código, vástago del racionalismo, era percibido como el instrumento más adecuado para la obtención del valor seguridad en el derecho, Savigny concluye su *Beruf* aclarando que su confrontación con Thibaut no debía considerarse como si a él le resultase indiferente dicho valor. Por el contrario, asegura, su deseo de una base de derecho segura contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos, su deseo de la misma comunidad nacional y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto, no difiere en sustancia del deseo de Thibaut. Sólo que éste y sus partidarios piden un código que no traería la ansiada unidad más que para la mitad de Alemania en detrimento de la otra mitad, destinada a permanecer más separada que antes.

Esto lo induce a considerar que el medio más idóneo para obtener la unidad y consolidar las notas comunes a toda la nación alemana, no es el código sino la ciencia del derecho orgánica y progresiva.

Así, el Volkgeist, esta abstrusa personificación ideológica de lo que en última instancia no era sino el poder de los Ausburgos, los Austria y los Hohenzollern, se metamorfosea en el Juristengeist; del espíritu del pueblo pasa al espíritu de los juristas. De aquí en más, el espíritu del pueblo, la conciencia del pueblo encontrará todos sus registros en la jurisprudencia o teoría del derecho, impregnando a ésta de un conservantismo que va a ser perdurable.

En esta dirección de los estudios impuesta por Savigny, y para tomar luego distancia con los mismos, se va modelando la figura de Rudolf von Ihering, primer Ihering que dedica a Puchta el volumen primero de su *Espritu del Derecho Romano* (*Der Geist des Römischen Rechts*) y produce su *Nuestro Propósito* (*Unsere Aufgabe*) de 1857, donde fuera enunciado el programa de la sistemática civilista.

El signo más destacado de esta primera fase de Ihering es su contribución a la llamada *Begriffsjurisprudenz*, o jurisprudencia de los conceptos, orientación de la ciencia jurídica alemana conocida como dogmática, que trabaja sobre el eje de conceptos jurídicos generales facturados sobre normas en tanto normas existentes, o sea como "dogmas". Positivismo

jurídico-formalista que aspiraba a hacer del derecho "un sistema", conectando sus elementos lógicamente, y en la forma más rigurosa posible. Esta tarea encuentra a Ihering en la línea de Windscheid (*Der Lehrbuch des Pandektenrechts*) y de Carlos F. von Gerber.

La edificación de este "sistema" permitiría iluminar los principios lógicos del ordenamiento jurídico, principios no siempre declarados por las normas jurídicas y de los cuales se pueden lograr nuevas normas, nuevos conceptos y proposiciones⁵.

III. LA CUESTIÓN DE LOS SISTEMAS. LA FÓRMULA: "LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR"

El pensador contemporáneo de la teoría de los sistemas aplicable a las ciencias sociales en Alemania, Niklas Luhmann, se encarga de sugerirnos que no hay que confundir este primer sistema con el concepto de sistema de Ihering, con el que éste aplicaba a la materia jurídica las perspectivas evolucionistas procedentes de la biología y las ciencias naturales.

Una de las maneras de inteligir el paso del primer Ihering al segundo —acompañando todo un cambio en la estructura teórica que va de la dogmática a la sociología— era verlo como un paso desde los argumentos aparentes derivados de conceptos, al énfasis puesto en el valor real de las situaciones de intereses de facto. Sin embargo, inquiere Luhmann en *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*⁶, ¿no es éste un modo demasiado sencillo de ver el problema?

⁵ Véase sobre la factibilidad de derivar de las normas, entendidas como dogmas, nuevas normas, conceptos y proposiciones, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, del profesor de la Universidad de Bielefeld, Alemania Federal, Niklas Luhmann; trad. española, Madrid, Colección Centro de Estudios Constitucionales, 1983. De Ihering, *La Dogmática Jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1946.

⁶ Entre otras debilidades que anota en relación a la dogmática, Luhmann, representante del funcionalismo germano, dice en las págs. 107-108: "De hecho, sin embargo, la referencia a la voluntad del sujeto y a su interés en disponer no aclaran suficientemente ni la función del concepto ni las causas por las que es adecuado a la sociedad moderna... La construcción dogmática del derecho subjetivo no ha podido llegar, al menos hasta

Su respuesta es afirmativa: "El cambio de dirección en la teoría jurídica por Rudolf von Ihering no se puede formular de modo tan simple. Para ver el punto de inflexión ha de tenerse en cuenta en primer lugar los antecedentes históricos, ligados a la comprensión del concepto de sistema. La idea de sistema había sido traspasada a principios del siglo xvii de la astronomía y la enseñanza de la música a la teología, la filosofía y la jurisprudencia, en estrecha relación con el problema de la certeza de la discusión teológica y del naciente confesionalismo, y lo había sido en un principio como medio para el orden técnico de la enseñanza, después de que las cuestiones centrales de la contingencia y de la certidumbre de la fe se habían mostrado insolubles, al nivel de la discusión conceptual de la escolástica. Esta relación con la contingencia y con el propósito de asegurar la certeza había hecho natural una mixtura del concepto de sistema con problemas del conocimiento. Se consideraba al sistema como medio de orden y de clasificación y, de este modo, como medio para asegurar y fundamentar los conocimientos, pero no sin más también como realidad (y desde luego ni en el sentido medieval ni en el moderno de 'realidad')⁷.

Así concebido, el sistema no era originariamente en el pensamiento alemán más que el fruto de la clasificación pro-

ahora, hasta una total problematización de la asimetría. Se ha limitado a unir el concepto de poder de la voluntad que precede de Kant y de Savigny con el concepto de Ihering, del bien jurídico o del interés jurídicamente protegido y afirma que el derecho subjetivo es ambas cosas".

Sobre la dogmática véase el importante trabajo de Enrique Zuleta Pucciari, *Aspectos Actuales de la Teoría de la Interpretación*, Edeval, Valparaíso, 1980. Nos dice aquí: "El esfuerzo teórico de la dogmática girará, en consecuencia, en torno a la idea de sistema. Toda costumbre, institución o relación de derecho cobra sentido en tanto y en cuanto su inserción en el sistema total le adjudica, a su vez, una función. El funcionalismo es así un presupuesto latente del positivismo, cuya falta de explicitación obedece seguramente a los mismos factores que explican la ausencia de una conciencia efectiva de la tradición histórica y filosófica de sus conceptos fundamentados en el positivismo. La dogmática procura, precisamente, el establecimiento de un nuevo catálogo unitario de prioridades, apto para ofrecer una base de justificación a la decisión y que reconozca a la ciencia como última instancia fundamentadora". Más adelante veremos cómo esta instancia científica aparecerá debilitada en el pensamiento de Ihering.

⁷ Luhmann, op. cit., págs. 17 y 28.

yectada en puntos de vista existentes y aceptados, y reproducía los defectos del abstractismo conceptual, conectados ahora no sólo con el método gramatical, sino con el método sistemático, del que Ihering quería tomar distancias sin poder hacerlo por completo en su primer período.

¿Pero en qué consiste exactamente este método sistemático y cuáles son los puntos de vista existentes y aceptados que Ihering habría recogido en esta fase inicial incorporándolos como legado recibido, aunque no sin modificaciones, en su *Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklung*? ¿qué aporta de novedoso el método sistemático en relación a la metodología de la exégesis?

Digamos ante todo que, frente a la exégesis, el método sistemático implica un ponderable incremento teórico, al hacer recaer la interpretación no ya sobre las palabras aisladas de la ley o sobre normas aisladas privadas de contexto, sino sobre un conjunto de enunciados normativos. Conforme a sus reglas, la interpretación no supone asignación de sentido gramatical al lenguaje de los enunciados normativos, sino producción de sentido en función de la coherencia de este lenguaje dentro de un conjunto normativo más extenso. Las leyes se entrelazan en un tejido sistemático, y el criterio de validez de una interpretación reposa en su consistencia o falta de contradicción dentro del sistema.

En cuanto a la herencia que recibe Ihering es el concepto de Sistema defendido por el mismo Savigny en la modalidad que surge del *System des Heutigen Römischen Rechts* (T. I) algunos de cuyos párrafos reproduce Roberto J. Vernengo en *La Interpretación Jurídica*⁸. Dicen estos pasajes: "El texto canónico del cual Savigny, como romanista parte, es un fragmento del jurisconsulto Celso donde éste afirma que: '... es

⁸ Roberto Vernengo, *La Interpretación Jurídica*, UNAM, México, 1977. Que Vernengo sólo piensa en el pasado mítico al criticar este concepto, lo acreditan entre otros, este párrafo, pág. 85: "y nada debe cambiar [el derecho actual, las normas que solucionen casos futuros] deben ser intangibles, porque únicamente vale, tiene prestigio social intocable, lo que en el pasado mítico quiso el legislador originario, lo que quiso el creador del coemos social, lo que quisieron los padres de la patria". De este autor véase también *La Interpretación Literal de la Ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

inconveniente —contrario a derecho— juzgar o dictaminar sin examinar la totalidad de la ley, y proponiendo solamente una partecilla de ella'. 'La interpretación debe cumplirse refiriéndose a la ley en su totalidad, no a sus partes: la ley, quizá, no es la mera suma de sus partículas'. Como totalidad, tiene un plus sistemático que es factor determinante, condición necesaria de la bondad de la sentencia o de una respuesta jurisprudencial".

Admitir este plus sistemático, a que alude Vernengo, es cuestión problemática que depende de las orientaciones filosóficas. Pero cualquiera que fuere la pertinencia de aceptar este concepto de totalidad, es evidente que en la concepción de sistema que trabaja Savigny —y que, en este aspecto, heredará nuestro siglo— resultaba un lugar común expresar en el pensamiento social que el todo dice más que la suma de las partes.

Savigny se refiere a esto así: "Todas las instituciones jurídicas están unidas en un sistema, y sólo en el conjunto enorme de ese sistema [es donde] vuelve a reaparecer la misma naturaleza orgánica [y] pueden ser comprendidas plenamente. Una regla jurídica aislada 'sólo tiene una naturaleza limitada y dependiente, y sólo encuentra en la intención de la relación jurídica sus raíces vitales y su fuerza de convicción'... 'Por incommensurable que sea la distancia entre una relación jurídica particular y aislada, y el sistema del derecho positivo de una nación, la diferencia reposa únicamente en las dimensiones, puesto que no difieren por su esencia y la experiencia espiritual que lleva al conocimiento de la una (i.e. de una relación jurídica particular) o el otro (i.e. el derecho positivo de una nación) es esencialmente la misma'".

De estos textos de Savigny se desprenden las siguientes consecuencias: a) que la escuela exegética se equivocaba al considerar que la interpretación recaía en lo sustancial sobre las palabras de la ley y no sobre la *lex tota* y, b) que volvía a errar al desconsiderar la relación de la ley con las instituciones jurídicas más globales y, en definitiva, con todo el sistema jurídico.

Para Vernengo estos textos permiten presuponer que no hay algo así como la interpretación o el conocimiento de cosas aisladas, sino únicamente del conjunto de normas.

Así, el sistema caracteriza la totalidad englobante y actúa como mecanismo dador de sentido a cada una de sus par-

tes. Esta característica no implica postular la verdad del sistema como una verdad inductiva que procediese por generalización, remontándose a la manera de la vieja lógica aristotélica de lo particular a lo general, o como una verdad deductiva también tradicional que, por el procedimiento inverso, descendiese a lo particular desde un principio evidente ubicado a la cabeza del sistema.

El mantenimiento de la estructura deductiva de la ciencia dogmática no implicó el mantenimiento de ningún postulado de evidencia. Mantener el postulado de evidencia era señalar un espacio para ser ocupado por principios del derecho natural, y no por normas del derecho positivo. Siendo que, como antes dijéramos, en la dogmática los dogmas son normas creadas y no principios o conceptos iusnaturalistas. La idea de un sistema con una plataforma especulativa poblada de entidades no avaladas por la experiencia empírica como la justicia, la equidad o cualquiera otra emanación de la razón, no formaba parte del programa de la dogmática. A lo sumo, integraba este programa un conjunto finito de normas (la base del sistema) y sus consecuencias enumerables inferibles, o sea, todas aquellas, no contradictorias, compatibles con la base dogmáticamente establecida.

Por esta razón, añade Vernengo, la "interpretación sistemática" es aquella en que la interpretación de una norma, o normas, consistiría en el conjunto de enunciados lógicamente derivables de la base dogmática.

"Es esta base dogmática más el conjunto de sus consecuencias, lo que determina el universo del discurso del orden jurídico. De ahí que sea común entre los juristas denominar 'interpretación' a la actividad de extraer consecuencias lógicas de ciertas normas dadas del material dogmáticamente impuesto. Y por 'consecuencia' se entiende aquel enunciado formalmente deducible. Para que una norma aislada tenga 'sentido', se requiere, según Savigny, que sea compatible y consistente con las normas que el legislador hubiese formulado; o, por lo menos, compatible con el pensamiento del legislador' (*Gedanke*)".

La lectura que Vernengo propone del concepto de sistema de Savigny problematiza el pensamiento sistemático. En efecto, en la última parte del párrafo transcrito se asevera que para que una norma aislada tenga sentido se requiere,

como condición mínima, que sea compatible con "el pensamiento del legislador".

Si esta lectura fuese correcta —y no hay razón para no tenerla por tal— aparecería en la "interpretación sistemática" un problema semejante al de la inclusión en la exégesis de la fórmula "espíritu de la ley" al lado de las operaciones gramaticales y lógicas; fórmula que, volvemos a recordar, no sólo se debía a la pluma de Geny, sino a integrantes de la misma escuela exegética. El único referente que se encontraba para "espíritu de la ley", en esa escuela, estaba dado por la intención del legislador.

De este modo la inclusión de "pensamiento del legislador" en el nuevo tipo de "interpretación sistemática" acercaría bastante ambas modalidades hermenéuticas, hasta un grado que, probablemente, no aceptarían reconocer los partidarios de cada una de ellas por su lado.

La pregunta crucial sería la siguiente: ¿qué quiere, en rigor, decir que para que una norma aislada tenga sentido se requiere, como mínimo, que sea compatible con el pensamiento del legislador? ¿cómo identificar este pensamiento si se entiende por él algo distinto de las normas que el legislador hubiese formulado, o algo distinto de la base del sistema más sus consecuencias lógicas?

¿A dónde habría que ir a detectar ese pensamiento o esa intención más allá del sistema, o sea del conjunto finito de normas básicas y el conjunto de todas sus consecuencias lógicas?

A propósito de esta fórmula en la modalidad exegética (voluntad del legislador), Vernengo concluye que se trata de un mito de origen adoptado para explicar que lo que uno acata y obedece proviene de haber sido querido así en el inicio de los tiempos históricos. El derecho no sería en esta versión la voluntad de un legislador histórico, sino la voluntad de "el" legislador originario mítico.

En tal referencia al pasado se disimularía una operación ideológica consistente en idealizar el sistema jurídico positivo, como sistema estático, concluso y petrificado, como sistema de derecho creado de una vez por todas. El pasado actuaría de parámetro temporal positivo, ya que remontándose a la presunta voluntad del legislador originario se podría reconstruir el sentido de la ley y caucionar desde allí la solución de los casos futuros. El recurso a la "voluntad del legis-

lader" entraría en un montaje ideológico porque importaría recurrir a una entidad construida socialmente para fines que no son puramente científicos. Por su pasado mítico, la voluntad del legislador gozaría del prestigio social que concierne al creador del cosmos jurídico. La interpretación exegética de la ley tendería a asegurar la infalibilidad de la ley, la sacralidad del orden jurídico, y la inmovilidad jurídica, reduciendo los cambios al mínimo posible como consecuencia de suponerlos guiados por el pasado rector.

Así, por ejemplo, una interpretación referida al *Code Civil*, que apelara a la voluntad del legislador, implicaría apelar a una entidad filosófica, la voluntad general, la voluntad nacional, etc., obscureciendo y disimulando el verdadero recurso a la voluntad del Emperador, o sea a la voluntad del poder político dominante.

Este análisis es aplicable, por completo, a la fórmula "pensamiento del legislador" atribuida a Savigny.

La fórmula voluntad del legislador, o cualquiera otra de la misma familia —"intención del legislador", "pensamiento del legislador", "espíritu del legislador", "Volksgeist"— nominada por Vernengo mito de origen, y por François Ost, entre otros, como mito del legislador racional, tiene un claro uso ideológico, entendiéndose por ideológicos aquellos enunciados que se consideran como propios de un campo determinado, cuando en realidad encuentran su origen y articulación en otros campos distintos, obedeciendo su transporte, en general, al objetivo de lograr determinados fines sociales. Por ejemplo, enunciados religiosos, morales, políticos o de otro orden, que se intentan hacer valer como científicos para incrementar su prestigio, cohesionar determinadas soluciones y lograr ciertas metas sociales⁹.

Ahora bien; aunque su función ideológica no varía en esencia, estos enunciados, más que mitos de origen son, en realidad, mecanismos del tipo que en la *Erkenntnistheorie* se conocen como ficciones del "como si". Se trata de ficciones

⁹ François Ost, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", en *L'interprétation en Droit. Approche Pluridisciplinaire*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, págs. 97-184.

fundadoras, en el sentido que activan la apertura de un marco de producción argumentativa y de soluciones conceptuales que se inscriben en ellas.

Estas ficciones, cuyo estudio desarrolló el neokantiano Hans Vaihinger en *Die Philosophie des 'als ob'*, por un lado pertenecen a la teoría del conocimiento ya que facilitan el acceso a un campo de objetos del conocimiento y, por otro, conservan una función de legitimación política y jurídica.

En lo político, un ejemplo destacado de este tipo de ficciones es el pacto social examinado por Thomas Hobbes en el *Leviathan*. En lo jurídico, la noción de Norma Básica de Hans Kelsen¹⁰.

No hay en la realidad histórica, ni en la documentación empírica, huellas que acrediten la existencia de un pacto social. Al proponerlo, Hobbes no alude a ningún hecho histórico real, pero si queremos entender en qué forma el régimen de soberanías fragmentadas del medievo se convirtió en el Estado absoluto, de poder y administración concentrados, tenemos que admitir o proceder 'como si' los hombres (Hobbes universaliza en realidad con la categoría 'los hombres', a los señores feudales, los hombres de la guerra o bellatores) hubiesen suscripto un pacto cediendo la casi totalidad de su poder al más poderoso entre ellos, el Rey absoluto. Esto, a fin de evitar destruirse en la guerra de unos con otros y con la sola condición de que el beneficiario de la cesión garantizare la paz y la armonía entre todos.

Tampoco existe en la realidad jurídica una *grund-norm*, una norma superior a la cabeza del sistema jurídico de la cual dependa la validez de la constitución histórica y el resto del edificio jurídico. Pero, nos dice Kelsen, si queremos entender la estructura de este edificio y el modo de creación de las normas, los científicos del derecho deben presuponer (*voraussetzen*) la existencia de esa norma superior que es un acto de

¹⁰ Sobre el concepto de ficciones en el derecho, Enrique Eduardo Mari y otros, *Derecho y Psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987. Aquí se incluye la contribución de Hans Kelsen, *La Función de la Constitución*, en la cual el autor de *La Teoría Pura del Derecho*, modifica el estatuto teórico de la Norma Básica, no considerándola más como hipótesis fundamental kantiana, sino como ficción en el sentido de la filosofía del "como si", de Hans Vaihinger.

voluntad fingido, o sea actuar 'como si' esa norma expresara una voluntad real y vigente¹¹.

Uno y otro mecanismo constituyen categorías del conocimiento, nos permiten conocer el régimen de la soberanía absoluta y el régimen jurídico y, al mismo tiempo, operan ideológicamente como legitimación y consagración del poder político vigente en la edad moderna en el caso de Hobbes, y de la validez del sistema jurídico en el caso de Kelsen. Cumplen, pues, la doble función de conocimiento y legitimación, o sea, función gnoseológica y política.

Cuando los juristas en un acto de interpretación apelan a la voluntad del legislador no tienen en mente, en rigor, un acto de voluntad ubicado en el remoto y mítico pasado, un acto volitivo producido *in illo tempore*. Lo que tratan es de enlazar ficticiamente su acto interpretativo con una supuesta voluntad del legislador concreto que dictó la norma bajo su examen o decisión.

Producen, de esta manera, una interpretación en el interior de un mecanismo ficticio: actúan 'como si' la voluntad del legislador empírico y real dado estuviese implícita y reflejada en la lectura que ellos, los juristas, formulan de la ley¹².

En este caso, la ficción alude a un hecho del pasado, pero no a un pasado remoto que se evapora y diluye en los tiempos, sino a un pasado puntual, aquel en que un acto legislativo dado edictó la norma.

Es posible, en otra perspectiva, concebir también a esta ficción como emplazada en el futuro y no ya en el pasado. Como perteneciente al grupo o tipo de las ideas reguladoras kantianas. "Voluntad del legislador", cumpliría en este sentido el papel de un ideal, de un foco de atracción, de una norma, que guiaría metodológicamente el conjunto de actos interpretativos que se realizan en el interior del sistema conceptualizado por Savigny. La voluntad del legislador no sería, aquí, el referente real de la voluntad empírica de un legislador concreto, ni el referente mítico de un legislador de

¹¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, cit., Int. François Tricaud, Sirey, París, 1871.

¹² François Ost, op. cit., nota 9.

origen cuyas brumas se han dispersado ya en el devenir de los tiempos, ni el referente ficticio de un legislador al que se tiene 'como si' fuese el legislador histórico que sancionó la ley concreta que se interpreta. Esta fórmula interpela, en cambio, a una categoría filosófica normativa extrasistemática. Se trata de una categoría ajena a la experiencia y carente de suelo jurídico perceptivo, que se instala más allá del sistema para cementarlo y ordenarlo en su conjunto. Mecanismo exterior pero listo para todo servicio en lo interior: todos y cada uno de los actos interpretativos de las leyes que forman el sistema jurídico quedarían asegurados en su corrección y garantizados al ser remitidos a ese referente o metaideal. En síntesis, en esta concepción, la voluntad del legislador es la pieza maestra extrasistemática de cohesión y validez de las interpretaciones legales intrasistemáticas.

Ahora bien, cualquiera que fuese el mecanismo adoptado para identificar el *modus teóricus* de la fórmula "la voluntad del legislador" ya sea que se la conciba como un mito de origen (Vernengo) o como una ficción del 'como si' (según lo propongo), o como una idea reguladora, está siempre presente su papel específico técnico-jurídico y político-ideológico, de justificación y respaldo metalingüístico o metasistemático del plexo de interpretaciones de la ley.

IV. AFINIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE LA NOCIÓN DE SISTEMA Y LA EXÉGESIS. OTROS ASPECTOS DEL PARADIGMA DOGMÁTICO

Aclarado este papel de la voluntad del legislador en la noción de sistema de Savigny (y en cualquier otro lugar en que la fórmula, o alguna otra expresión, semántica o pragmáticamente equivalente, aparezca) es bueno precisar ahora las afinidades y las diferencias que la concepción sistemática de Savigny mantiene con la escuela exegética. Dando por descontado, ciertamente, el lucro teórico que representa la primera, en materia de interpretación, al emplazar, como fuera dicho, la lectura hermenéutica no ya en los enunciados y en las palabras aisladas de la ley, no ya en las leyes aisladas, sino en el conjunto del sistema jurídico.

En orden a las afinidades, la principal que se detecta entre todas estas corrientes de los siglos XVIII y XIX (la dog-

mática de Savigny y el primer Ihering y su forma inicial en la "jurisprudencia de conceptos" por un lado y, por el otro, la exégesis), es que todas parten de la idea de la ley positiva como un elemento sagrado.

Para todas ellas, el derecho es derecho positivo, y las leyes órdenes, mandatos del legislador a través del cual se expresa el Estado, destinados a obtener respuestas que la sociedad de que se trate considera deseables, con el procedimiento específico de imputar o enlazar una sanción a la conducta contraria.

Al estudiar la relación entre el paradigma dogmático y la ciencia del derecho o jurisprudencia, Enrique Zuleta Puceiro ordena en forma rica y teórica esta cuestión, comenzando por recordar la opinión del propio Ihering al respecto: "El derecho es ante todo ordenación, legislación, mandato positivo, asistido por la presencia coactiva del Estado. 'La construcción doctrinal —escribe Ihering— debe aplicarse directamente al derecho positivo. Como las reglas positivas son los únicos puntos de la línea, la construcción debe respetar el contenido para conservar entera libertad en cuanto a las formas. El comentario a las pandectas de Windscheid, sin duda una de las obras más significativas del espíritu científico de la dogmática, comienza con una definición del derecho en términos de ley: 'Ley es la declaración emanada del Estado en el sentido de que alguna cosa será derecho'. Décadas antes, frases célebres de los partidarios de la exégesis afirmaban igualmente rotunda fe en una idea básicamente legalista del derecho"¹².

¹² *El derecho: entre la tradición y la transformación. Teoría del Derecho*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1981. Asimismo, *Teoría del Derecho. Una Introducción Crítica*, Depalma, Buenos Aires, 1987. En el primer trabajo, Zuleta Puceiro expresa así el sentido de la obra de Ihering: "Para Ihering las reglas del derecho no son otra cosa que puntos prácticos, culminantes y externos del derecho, que no abarcan ni agotan su contenido real posible, ni en intensidad ni en extensión. El derecho no se identifica con las reglas jurídicas, ya que éstas se encuentran en estrecha relación con la capacidad de abstracción que posee una determinada época histórica. Un análisis de las reglas tiende a poner en contacto al investigador más con la conciencia de determinada época y determinada sociedad respecto a su derecho respectivo que con el derecho en general". Zuleta Puceiro nos habla aquí del Ihering del Geist.

El segundo trabajo es un actualizado aporte a la filosofía del derecho, desde modernas corrientes conceptuales.

Una segunda línea de afinidades se desarrolla alrededor del valor seguridad en el derecho, el que es compartido por todas las corrientes, aunque se modifiquen las modalidades que asume cada una. Así, la exégesis cree preservar este valor haciendo depender la interpretación, ante todo, de la subyunción lógico-gramatical de casos concretos en el ordenamiento legislativo, básicamente en las palabras de la ley. Mientras que, en el paso del conceptualismo a la dogmática, Savigny percibe la seguridad en la interpretación centrada sobre la noción de sistema.

Demos el turno, ahora, a las diferencias.

Una de neto corte político ya fue puntualizada y no habremos, por lo tanto, de insistir en ella. Mientras la escuela de la exégesis, observábamos, representa la fase iluminista, y el ideario de la revolución democrático-liberal, aunque positivizada en términos jurídicos, la jurisprudencia de conceptos y sobre todo la escuela de Savigny resultan proclives a posiciones más conservadoras, y suponen un momento de cruda reacción nacional, romántica y anti-iluminista. Esta faz política, esta distinción a grandes rasgos del pensamiento francés y del pensamiento alemán de la época, no va sin referentes económicos. Mientras en Francia (y también en Inglaterra) el feudalismo estaba reducido y casi destruido, contando con administración unitaria y concentración de las riquezas en las grandes ciudades, gran cantidad de privilegios y derechos estatutarios eran, en cambio, conservados todavía por la nobleza feudal en una Alemania dividida y compartimentada en regiones, marcas y estados. Las tarifas proteccionistas prusianas y la creación del Zollverein trataban de oxigenar un cuerpo segmentado en las Länder, y fueron los elementos incipientes destinados a compensar la debilidad política, y a unificar más tarde, alrededor del estado prusiano, los intereses y la riqueza de manufacturas y comercios. Es por eso que en Renania y en Westfalia el liberalismo contó con una base más sólida, consecuencia del creciente desarrollo de la industria y la más prolongada ocupación francesa. Mientras que en los estados puramente agrarios del nordeste, la influencia francesa, y por ende liberal, fue casi imperceptible con predominio del despotismo y el sistema feudal. Y en los estados agrarios de Baden, Württemberg, Hesse y Hannover convergía una penetración francesa de más peso, una base social poco profunda y, como resultado pautado, un liberalismo más moderado.

Otro importante punto distintivo atañe al quehacer de la ciencia. La exégesis parte de la ley, de los textos por entonces altamente recepcionados en códigos. La *Begriffjurisprudenz* lo hace del concepto científico; Savigny, de la unidad orgánica que se traduce en el sistema.

Para Zuleta Puceiro esto marca un corrimiento en Savigny, del elemento político (un factor que vimos transparente en la polémica con Thibaut) al elemento técnico. La exégesis deposita su interés en el código como instrumento pragmático-revolucionario y como modo de control social. La preocupación prevaleciente de los conceptualistas y de Savigny va a recaer, en cambio, en lo técnico, en lo metodológico y en la construcción científica.

En este giro de Savigny, en este corrimiento de la política a la técnica, la dogmática jurídica va a teñirse con otras coloraciones. Lo esencial de los nuevos colores no recaerá, empero, en cabeza de Savigny sino en cabeza de Ihering.

En efecto: el *Wendepunkt*, el viraje básico de la escuela dogmática es un producto facturado por Ihering.

No se trata de un viraje —de lo conceptual a posiciones sociológicas y realistas, usando este último término con el sentido técnico que tiene el derecho— de naturaleza simple, sino compleja, sometida a una gradual evolución, y sin éxito completo en la tarea.

En la sucesión de los cambios, ninguno de los distintos hitos por los que atravesara el pensamiento de Ihering implicó un apartamiento, por su parte, de la historicidad como envoltura de la materia jurídica.

Esto ya lo puntualizamos oportunamente, pero vale la pena insistir en ello porque el tejido histórico es una pieza esencial en el paso al realismo en nuestro autor. Lo histórico, en efecto, el valor de la historicidad fue fuertemente persistente en su doctrina. Sólo que, al someter, en los tratos sucesivos, la categoría de historicidad a diversas modalidades especulativas, que más adelante desarrollaremos, obtuvo resultados y productos teóricos de distinto tono y factura.

En sus comienzos, el cuadro del joven Ihering pertenecía a la misma familia que la de la escuela histórica del derecho, aunque con tintes impregnados de componentes organicistas. El del Ihering maduro se acercó, en cambio, mucho más, al programa de una sociología jurídica, aunque cruzada por una

determinada metafísica residual en su pensamiento, a la que, por ahora, sólo aludimos.

Prueba de lo primero es posible encontrar retrocediendo a algunos fragmentos del "Método de la exposición histórica del derecho", donde la idea de este último es expresada como la de un organismo objetivo de la libertad humana, o bien a la manera del idioma del pueblo, como si fuese el producto interno y ordenado de la historia. En ningún caso se lo trata como el conjunto de disposiciones originadas en el pensamiento del legislador¹⁴.

¹⁴ "Método de exposición histórica del derecho" es la sección II del libro de Ihering *La Dogmática Jurídica* cuya traducción castellana fue editada con el auspicio de la Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social dirigido por Carlos Costo, Lomada, Buenos Aires, 1946. Cuenta con prólogo de Enrique Martínez Paz. En un apéndice se incluyen la teoría del interés de Ihering y la teoría de la voluntad de Windscheid.

Ihering produce aquí su crítica a la voluntad, en cuanto pueda ser suficiente para la exposición dogmática del derecho. Expresa, en efecto, el carácter positivo y real de éste: "Pero no puede pretender una exactitud absoluta, porque le falta indicar el contenido de la voluntad y desde el momento que quiere formular el principio mismo de la voluntad es en el sistema". La voluntad interesa así, sólo en el sentido subjetivo. Para Ihering, en cambio, hay que tomar en cuenta dos elementos: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, las ventajas y ganancias que este asegura. Y otro, formal, que se refiere a este sólo como medio: protección del derecho, acción de la justicia. Aquí, en este apéndice, va a aparecer también la fórmula del segundo Ihering: los derechos son intereses jurídicamente protegidos. Alrededor de esto se tejen las nociones de "bien", "valor", interés "práctico".

De acuerdo con lo expresado las posiciones de Ihering en el Apéndice difieren de la sección comentada del libro, donde se perciben enunciaciones de claro contenido iusnaturalista: "Habiendo llegado a la conclusión de que entre el derecho objetivo, tal como existe y es aplicado, y su expresión, bajo las formas de reglas de derecho, no existe una concordancia completa, hace falta que respondamos a una pregunta que se habrá ofrecido seguramente en el ánimo de más de un lector ¿Es cierto que esas defectuosas fórmulas jurídicas han debido ejercer un influjo desfavorable sobre el derecho? Distingamos. Este peligro es menor en las épocas en que las fórmulas son más imperfectas, porque el arte de formular el derecho está todavía en la infancia. Efectivamente, donde quiera que la aplicación de estas fórmulas pudiera producir un conflicto con el derecho, tal como vive objetivamente en la realidad y subjetivamente en el sentimiento, este último interviene para rectificarlas".

Para apoyar este aserto, Ihering vuelve a la analogía con el lenguaje. Las reglas gramaticales erróneas —dice— perjudican menos el uso de la

En este breve fragmento, la historia no aparece como envoltura de los intereses sociales traducidos en normas jurídicas, concepto que recién va a tener presencia en el último volumen de su *Espíritu del Derecho Romano*. Tampoco aparece como la envoltura de una corteza racional, llamada derecho y emanada de la voluntad estatal.

Aquí la historia, en rigor, es envoltura de lo orgánico, del carácter del pueblo, de los impulsos de la vida que subyacen y preceden la voluntad legislativa; es envoltura de las vicisitudes del pueblo. Como todo organismo, el derecho así concebido, puede ser considerado desde un doble punto de vista: anatómico y fisiológico. El primero, interpela a su estructura; el segundo, a sus funciones.

Como estructura, el derecho es un organismo compuesto de diversas partes que, cuanto más nobles y delicadas, más se manifiestan en el exterior y más tarda el hombre en tomar conciencia de ellas.

De estas partes, lo que el espíritu capta en primer lugar, son las reglas del derecho, aquello que se traduce en reglas porque se repite constantemente y se sucede. De estar tan habituados a verlas, no nos preguntamos hasta qué punto su orden es ficticio y accidental, o jurídico y necesario.

Estas reglas no son más que puntos culminantes y externos del derecho. Pero éste, en sí, no se agota en las reglas, ni en intensidad ni en extensión.

A menudo, arguye Ihering: "... se necesita el concurso de muchas para establecer la forma jurídica de una sola relación y entonces hallar en ella su objeto común y su punto de unión, ciñéndola como *las míasculas a los huesos*".

Concepto organicista al de Ihering. Reemplazo, por su parte, de ejemplos, de figuras corporales, de ficciones y metáforas propias de un paradigma, el organicista, que contaba con viejas raíces en el medioevo, cuando fuera empleado por hombres de la iglesia, juristas y filósofos políticos, para producir soportes doctrinarios en las luchas por el poder, o mecanismos de legitimación de la sociedad y el derecho. Lo mejor de este paradigma, en su uso práctico en la lucha entre el

lengua en las épocas en que el arte de las abstracciones gramaticales no está desarrollado.

Papado y el poder temporal, fue dado, lo sabemos, por Juan de Salisbury en el *Polycraticus*, pero contó también con textos clásicos del Dante, de Nicolás de Cusa, de Guillermo de Ockam, de Agustín de Hipona, de Tomás de Aquino, de los glosadores de Bolonia y más recientemente del Cardenal Henri de Lubac con *Corpus Mysticum*¹⁵.

Pero en Ihering el organicismo se traduce en una noción peculiar en donde la historia también es envoltura del concepto de sistema, de la conexión sistemática, como lo dejáramos traducir más arriba al hablar del *producto interno y ordenado de la historia*. La historia, en efecto, también envuelve a la noción de sistema.

Ahora bien, que la historia sea una envoltura de las vicisitudes de la vida, del carácter del pueblo encarnado en el *Volksgeist*, que la historia sea la envoltura de materiales que este espíritu del pueblo secreta en parte en el legislador con sus reglas de derecho y, en parte, quedan latentes, es algo que se compadece o concilia, al menos, con una versión en la cual la fluidez y los cambios de la vida se reflejan en una historia no condenada a un eterno quietismo, a una ciencia no muerta que pudiera contentarse con grabar para todas las épocas la narración diaria de los sucesos en tanto eventos que van fluyendo, aunque, por consumados, se los tenga por incontrovertibles.

Pero que también la historia envuelva a la noción de sistema, un todo abstracto, una estructura donde lo predominante es lo sincrónico, el juego formal de las relaciones en el todo, y no básicamente lo diacrónico y evolutivo, es algo que se presta a dificultades metodológicas.

En Ihering estas dificultades no pasan por un desajuste entre lo sincrónico inerte y lo diacrónico evolutivo e histórico, categorías del estructuralismo contemporáneo que no eran propias al desarrollo de las disciplinas en su época.

Lo que ocurre es que Ihering concibe la misión de la ciencia (en donde se expresa la dogmática jurídica) no tanto bajo el concepto de que no se puede comprender el derecho sin conocer su conexión sistemática —lo que es el caso para cual-

¹⁵ Juan de Salisbury, *Polycraticus*, Editora Nacional, Madrid, 1984. Asimismo, Enrique E. Martí, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", *Doxa*, nro. 3, Alicante, 1986.

quier objeto del entendimiento— sino como un orden no “artificialmente” aplicado sino deducido del fondo mismo del objeto. Y este objeto es el cúmulo de experiencias que encierra una importancia práctica más intensa que las reglas usuales.

Para él, el orden artificialmente aplicado engendra una condición extraña al objeto “en la que se le puede entrar con violencia; es una red que se puede arrojar lo mismo sobre éste o el otro derecho y que dificulta, más que facilita, la inteligencia de la estructura del objeto individual. Quien dice sistema dice ordenación interna de la cosa misma. Todo sistema es, pues, perfectamente individual, y cada derecho tiene su sistema propio que no conviene a los otros”.

Lo que nos quiere advertir Ihering, en una palabra, es que su modelo de estructura no es un modelo puro y abstracto, un modelo de relaciones formales aplicables a cualquier derecho en general. Sobre lo que nos quiere alertar, es que su modelo se sustrae a cualquier intento semejante al *kelseniano* de *Reine Rechtslehre*, de teoría pura del derecho. Quien habla de sistema, asevera, habla de ordenación interna de la cosa misma, pero no hay sistema general del derecho. Hay sistemas individuales, y cada derecho tiene un sistema propio que no conviene a los otros. En su particularismo, el sistema ejerce una reacción material sobre el objeto mismo, operándose por su intervención una transformación interna de las reglas de derecho.

Todo esto nos dice Ihering, completando los trabajos de Savigny sobre la noción de sistema. Pero al decirlo no lo hace sin incurrir en graves defectos epistemológicos, entre los cuales no resulta secundario la confusión entre la ciencia dogmática (instrumento de conocimiento) y el objeto real conocido (la vida en su variable diversidad).

Ello, sin perjuicio de otras ambigüedades como las que, en efecto, transportan los siguientes interrogantes: ¿qué significa su deseo de un orden sistemático no *artificial*? ¿qué sentido se puede asignar a su expresión ordenación interna de la cosa misma? ¿cómo hacer inteligible esta ordenación interna de la cosa fuera del aparato constructivo del sistema y por tanto fuera de la artificialidad de la reconstrucción metodológica?

O bien Ihering confunde y asimila la idea con la cosa, el universo del conocimiento con el objeto cognoscible, las propiedades del sistema con las propiedades de lo que él llama “la cosa misma”, lo conceptual con la realidad, a la manera

del idealismo filosófico. O bien, presupone que el sistema es un simple espejo de las cosas, o sea que entre el sistema jurídico por una parte, y la vida y las costumbres del pueblo, por la otra, no hay más que una mera relación especular o representativa, eliminando así de la noción de sistema, toda actividad constructiva.

Sin duda, a la base de estas dificultades metodológicas, se encuentra un problema de fondo: su concepción emparejada con la escuela histórica del derecho que visualiza en este derecho, el espíritu del pueblo, las costumbres y tradiciones, la vida fluyente, cuyos incesantes cambios no pueden ser aprehendidos por las reglas jurídicas, en la posición teórica de Ihering. Si todo lo que gira alrededor del *Volkgeist*, alrededor de ese espíritu, es un brotar histórico que va más allá de las reglas del derecho, en un cambio excedente al sistemático, Ihering se ve obligado, por las limitadas condiciones de su propia concepción, a desestimar "la artificialidad" de un sistema, con su inevitable régimen de escasez legislativa frente a los impulsos y vicisitudes del pueblo. Lo que lo mueve a buscar el sucedáneo ilusorio de un ordenamiento en "la cosa misma", que se autosistemizaría por se antes de reflejarse en el sistema de reglas.

Niklas Luhmann —por su cuenta— percibe en esta tensión que lleva a Ihering de lo sistemático como medio de orden y clasificación y, de este modo, como medio de asegurar y fundamentar los conocimientos, al mundo de la realidad social (con las peculiaridades que el historicismo daba a esta realidad), el propósito de la ciencia dogmática de situar en el mismo "objeto" lo que se entendía por orden, organización y sistema, y a fundamentar su propia sistemática a partir del mismo objeto.

En esto Ihering habría tendido a un concepto de derecho como fuerza immanente a la sociedad. Toda la clave de su trabajo se afirmaría en el paso del concepto *analítico de sistema* a la concepción del sistema jurídico como *sistema de la realidad social* o como sistema parcial de la sociedad.

En qué consiste, conviene precisar, el concepto analítico de sistema. De acuerdo con esta perspectiva analítica el sistema jurídico, como podría ocurrir también con cualquier otro sistema conceptual, por ejemplo el de la física, es un sistema de conceptos y relaciones entre los conceptos que en conjunto forman una estructura en el sentido técnico del término.

Cada elemento del sistema (cada concepto) es lo que es en virtud de las relaciones que el sistema en sí mismo como un todo instituye, entre él y sus otros elementos, sólo en virtud de su particular posición en el interior del sistema. "Esta posición determina así lo que podemos llamar el componente sistémico del significado del concepto en cuestión. Este componente sistémico del significado no es determinado de una vez y por todas. Al formar la estructura, el sistema conceptual establecido inicialmente transmite consecuencias. Se pueden probar teoremas, definir nuevos conceptos, introducir distinciones, etc. Consiguientemente, puesto que cada concepto está directa o indirectamente relacionado con más y más conceptos, su posición en el interior del sistema se define por más especificaciones y el concepto adquiere nuevos aspectos del significado sistémico"¹⁸.

En este concepto analítico es fundamental el autodesarrollo del sistema. Analíticamente el sistema es un régimen de transformaciones autorreguladas, autónomas, independientes de factores externos.

Ahora bien, en el paso de este concepto analítico al concepto de sistema de la realidad social, vino a jugar en Ihering un papel destacado el concepto de "interés", la concepción del derecho como un conjunto de intereses jurídicamente protegidos, concepción que ya está presente en el período inicial de Ihering en su *Sistema de Derecho Romano*, aunque aparece en el último capítulo de su libro.

Y este papel destacado procede de que el concepto de interés, primer boceto de un perfil sociológico —concepto desarrollado por la jurisprudencia de intereses—, se alza contra la pretensión de una disposición conceptual autónoma sobre cuestiones jurídicas realizada sólo en interés del conocimiento, como lo expresa Luhmann.

Pero el concepto de interés, por relevante que fuese sociológicamente en sí mismo, no podía alcanzar para la completa mudanza del concepto analítico en el social, por la propia laxitud y ambigüedad del objeto historicista y por la fluidez de las creaciones del pueblo superadoras siempre de las reglas jurídicas según Ihering.

¹⁸ Niklas Luhmann, *op. cit.*, Cap. "Conceptos jurídicos adheridos a la sociedad".

Es esto quizá lo que hace plantear a Luhmann, obrando como sociólogo, una serie de interrogantes y dudas: "La cuestión del futuro de la dogmática jurídica ha de formularse con la correspondiente complejidad. Suena así: ¿se puede y se debe mantener y desarrollar como nivel de reflexión del derecho este nivel de generalización e indiferencia frente a los efectos a pesar de la gran alteración de las condiciones sociales? ¿o no lo permite el número de conexiones del derecho con un sistema social en rápido cambio? ¿Se puede, en las circunstancias actuales, garantizar la integración social del derecho solamente en el plano más concreto de la producción y del cambio de programas jurídicos? ¿impide la reforzada y acelerada producción de normas jurídicas, sólo por su rapidez, el ulterior desarrollo de la dogmática jurídica en conexión con un material normativo tan fluctuante? ¿la dogmática será capaz, debido a su potencial de abstracción, de desarrollar una flexibilidad que anticipe y comprenda también los cambios jurídicos? Finalmente: ¿podría la producción de normas jurídicas, aun excluyendo por su cuantía y rapidez el desarrollo de una dogmática adecuada, compensar su falta, o se pagará la positividad del derecho al precio de un proceso de desdiferenciación de política y derecho, de tal forma que la autonomía del sistema jurídico sólo se fundamente en la inercia, en la inamovilidad y en la inescrutabilidad de las masas de las normas y no en la conclusividad y elegancia del argumento dogmático?"¹⁷.

¹⁷ N. Luhmann, *op. cit.*, pág. 113. En cuanto a la noción de interés, del segundo *thring*, dice Luhmann: "Uno de los ejemplos de una latente e al menos no plenamente reconocida afinidad funcional y estructural de los conceptos jurídicos con la sociedad moderna es la antes mencionada observación de que los conceptos de interés en el derecho civil y de bien jurídico en el derecho penal tienen, frente a instrumentos dogmáticos más antiguos, la ventaja de ser más compatibles con una amplia regulación político-legislativa del derecho y con la correspondiente responsabilidad global del legislador. Procuran al legislador una participación en el poder de definición y corren así menos peligro de colisionar con los continuos cambios legislativos. Que para ello ha de pagarse un precio en forma de reducción del rigor de las conexiones dogmáticas es cosa evidente".

Luhmann está apostando a la falta de correspondencia absoluta y a las tensiones entre nociones sociológicas y formalismos sistemáticos, en la dogmática. Es un punto central en las discusiones contemporáneas y debates sobre sociología y formalismo.

La crítica funcionalista al concepto de teleología en el marco no de la

Como sociólogo, Luhmann deja abiertas estas preguntas, signos de dificultades en la dogmática que se potencian en Ihering, aunque sin mengua de sus méritos, ya iniciales, en su proyectado giro de lo analítico-conceptual a lo social.

biología sino de las ciencias sociales puede verse también en Luhmann, *Zusatzgriff und Systemrationalität*, Suhrkamp Taschenbuch 12, Frankfurt, 1973. El subtítulo de esta obra es *Sobre la Función de los Fines en los Sistemas Sociales*.

Luhmann comienza su crítica en el cap. 17, "La acción y la especificación de sus fines", con esta tajante afirmación: "Hoy en día no se entiende por el mismo, que la acción obtenga su sentido de la satisfacción de un fin. Esta interpretación por cierto, no se ha podido cambiar".

El esquema Medios-Fin como descripción de la acción reconocida, aparece en forma abierta y creciente tanto en la vida cotidiana como en las representaciones científicas. Y, sin embargo, la exigencia de validez, e incluso de verdad de esta interpretación de la acción ha sido, desde largo tiempo conmovida.

De Luhmann véase también el ensayo "Función y causalidad" incluido en *Ilustración Sociológica*, Sur, Buenos Aires, 1973.

Entre otros problemas, el funcionalismo y la teoría sistémica de este autor, pretenden abordar la cuestión de la eternidad en la relación causa-efecto. Toda verificación, sobre todo a partir de la edad moderna, implica en diferentes direcciones referencias al infinito. Todo efecto tiene infinitas causas. Todo proceso puede ser dividido en sí mismo hasta el infinito, así como observado en distancias infinitas. En esta perspectiva la interpretación ontológica de la causalidad pierde sentido. Ahora bien, Luhmann se apresura en aclarar que la crítica del funcionalismo de la ciencia causal, no puede equipararse con la crítica de la causalidad como categoría del conocimiento. "No se trata de mostrar una antinomia ante la investigación funcional y la causal. Ella conduciría fácilmente a renovar la vieja distinción entre causalidad teleológica y mecánica.

Dicha crítica, por el contrario, aspira a una inversión de las relaciones de la fundamentación entre el nexo causal y el funcional: la función no es una especie peculiar de la relación causal, sino que la relación causal es un caso de aplicación del orden funcional".

Sobre la pérdida de crédito de la categoría de fines como concepto científico básico, ilustra también el cap. III de su ensayo "Método funcional y Teoría de Sistemas", agregado al mismo volumen.