

---

---

ANDRES OLLERO  
(Granada)

**Savigny ante la interpretación del derecho:  
el legalismo aplazado**

No resultaría difícil esbozar un balance de la obra de Savigny remitiéndose a las obligadas, aunque breves, alusiones que encuentra en toda historia del pensamiento, o del “método”, jurídico. El resumen sería el siguiente: Savigny destaca la entraña *histórica* de la realidad jurídica, oponiéndose radicalmente a la óptica racionalista del iusnaturalismo dominante en el pensamiento jurídico anterior; Savigny entiende el derecho como una realidad *viva*, rechazando las posturas legalistas que animaban los proyectos codificadores de la época; Savigny aspira a dar paso a una auténtica *ciencia* jurídica que acabe con un paralelismo estéril entre especulación abstracta y casuismo prácticón.

Si aceptamos este punto de partida y lo cotejamos con los rasgos decisivos de la vida jurídica actual, la conmemoración cobraría tono de funeral:

— hoy domina un positivismo legalista para el que lo “histórico” (entendido como recuerdo de lo muerto) sólo se entiende como preámbulo erudito;

— se suscribe todavía (aunque la inconsciencia pueda jugar como atenuante) una *dogmática jurídica* que se considera “científica”

en la medida en que se cree *apolítica*, y que sigue aferrada por inercia a procedimientos propios de la llamada jurisprudencia de conceptos;

— el derecho “vivo” escapa a una teoría que es a la vez *normativista y legalista*: que entiende el derecho como proposición normativa, y que encierra a ésta en los límites del texto legal, más allá del cual no hay rigor científico ni legitimidad política;

— tal teoría acaba resultando llamativamente *especulativa* y empuja a buscar en la sociología, por su prestigio de saber cercano a los hechos, la indispensable “alternativa”.

Todo invita a pensar que Savigny fue un profeta sin fortuna y que su ambición de conformar la mentalidad de los juristas quedó en buenos deseos (1). Para salir de dudas nos acercaremos a su planteamiento de la interpretación del derecho, dada nuestra convicción de que la manera de entender este aspecto central de la *vida* jurídica se convierte en piedra de toque decisiva sobre el alcance de toda *teoría* del derecho (2). Mucho más en este caso, ya que la historia, la realidad viva y el saber jurídico cercano a la praxis encuentran en la interpretación del derecho su campo de juego natural.

#### HISTORICIDAD, CIENCIA: LEGALISMO APLAZADO (\*)

Cuando, con apenas veinte años, Savigny se propone erigirse en reformador de la jurisprudencia, cumpliendo el papel de un Kant de la ciencia del derecho (3), el racionalismo jurídico que animaba al iusnaturalismo de la época está aparentemente condenado a muerte. Tanto el formalismo kantiano como un historicismo a medias entre lo romántico y la historiografía pragmática exigen su reemplazo. Savigny,

(1) Por el contrario, a los cincuenta años de su muerte, H. KANTOROWICZ lo considera responsable directo de esos rasgos aparentemente opuestos a su propósito —*Was ist uns Savigny?* en *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, 1970, páginas 397-417. También, *Die Epochen der Rechtswissenschaft*, ibidem, págs. 11 y siguientes.

(2) Así lo propusimos en nuestro estudio *Una filosofía jurídica posible*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1975 (15), págs. 247-278, y lo hemos intentado en *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino*, «Anuario estudios sociales y jurídicos», 1974 (3), págs. 289-303, y *Hobbes y la interpretación del derecho*, «Rivista Internazionale di filosofia del diritto», 1977 (LIV/1), págs. 45-67.

(\*) Este epígrafe ha sido desarrollado con mayor amplitud en la versión original de este trabajo, incluida en «Revista de ciencias sociales» (Valparaíso), en prensa.

(3) E. WOLF, *Friedrich Carl von Savigny*, en *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951 (3.<sup>a</sup>), pág. 473.

convertido en hito inicial de la ciencia jurídica contemporánea (4), va a experimentar personalmente la tensión entre esta doble propuesta. Si bien atribuye a lo "histórico" la aportación del ingrediente "filosófico" de la ciencia del derecho, puede descartarse que posea una filosofía propia (5).

El científico del derecho ha de unir a sus elementos técnicos una investigación histórica que consiste en "perseguir cada material dado hasta su raíz, para descubrir así su principio orgánico, con lo cual lo que tenga todavía de vivo tiene que separarse de lo que está ya muerto" (6). Este manifiesto historicista encontrará resistencias; Gierke, atento siempre a los avatares de la Escuela, nos ayuda en su discurso rectoral de Breslau (1882) a identificar a sus enemigos: por una parte, un *positivismo* —"cuya última consecuencia es la eliminación de la idea del derecho"— abocado a una solución *legalista*: "todo lo que cabe mandar con forma de ley puede transformarse en derecho vivo"; por otra parte, los *residuos iusnaturalistas* que desconocen la positividad del derecho: "si la concepción histórica debe combatir allí un falso realismo, debe hacerlo aquí con un falso idealismo" (7).

El historicismo de Savigny no cuenta con raíces filosóficas capaces de conjurar esta doble amenaza. Por una parte, el derecho termina por no estar "en" la historia, sino que aparece conectado (orgánicamente) "con" ella en un curioso "historicismo ahistórico" (8). Por

(4) R. GIBERT lo considera uno de los forjadores del mundo contemporáneo —*Federico Carlos de Savigny, fundador de la Escuela histórica del derecho (1779-1861)*, Granada, 1963, pág. 89—. La ciencia jurídica europea comienza con la polémica de Savigny contra la codificación, afirma E. GÓMEZ ARBOLEYA —*El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, en *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, 1962, pág. 446.

(5) Más bien una filosofía lo posee, señala afiladamente H. KANTOROWICZ —*Volksgeist und historische Rechtsschule*, en *Rechtshistorische Schriften* (nota 1), pág. 450. Es, sobre todo, un romántico, sentencia H. CONRAD —*Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: F. C. von Savigny und J. Grimm*, «Zeitschrift Savigny Stiftung» (GA), 1974 (LXV), pág. 270.

(6) F. C. SAVIGNY, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, en *La codificación* (edición de textos de Savigny y Thibaut, que recogen su polémica al respecto), Madrid, 1970, pág. 136. También, H. COING, *Savigny et Collingwood ou Histoire et interprétation du droit*, «Archives Philosophie du Droit», 1959 (4), pág. 2.

(7) O. v. GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht*, en *Begriff und Wesen des Rechts* (ed. por W. Maihofer), Darmstadt, 1973, págs. 250 y 251. Sobre el desarrollo de la tarea de la Escuela, la introducción de F. GONZÁLEZ VICÉN a *El derecho natural y el derecho histórico* de J. J. BACHOFEN, Madrid, 1955.

(8) E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, en *Collegium Philosophicum* (Festschrift Ritter), Basel-Stuttgart, 1965, págs. 14-16.

otra parte, el predominio iusnaturalista del sistema va a perpetuarse a nivel metodológico bajo el influjo del formalismo de raíz kantiana, mientras que la explicitación del contenido del “espíritu del pueblo” implica “una verdadera ontología del orden jurídico-social”, que deja al descubierto “el sustrato de una verdadera concepción filosófico-jurídica de sentido iusnaturalista” (9). Por si fuera poco, para los neokantianos está claro que la Escuela histórica encierra “una determinada filosofía jurídica” (10), pero se ha quedado a medio camino.

Sobre esta base movediza, destinada inevitablemente a traicionar sus propósitos iniciales, tratará Savigny de construir un saber jurídico que merezca el rango de “ciencia”. Pero lo hará desbordando un *ámbito metodológico* e instrumental, hasta identificarla con la realidad jurídica misma y convertirla en centro de su *teoría del derecho*. La vieja obsesión del “iusliberismo” (11) de llegar a diseñar una “teoría de la praxis” está presente en su proclama inicial. La realidad jurídica es radicalmente “histórica”, por lo que sólo la historia será capaz de dotar de rango científico a su manejo; y lo hará desvelando nuevos contenidos históricos: es decir, explicitando nueva vida jurídica. La ciencia histórica del derecho acaba cobrando rango de fuente jurídica.

El punto de partida es claro, pero pronto surgen dudas sobre la viabilidad del empeño. En línea con Kant, ciencia y sistema se hacen inseparables, con el peligro de que el sistema científico se proyecte demiúrgicamente sobre la realidad. La obsesión por la “ciencia” puede en Savigny más que la desconfianza por el sistema, característica de la línea “iusliberista” con la que parecía destinado a enlazar.

En cualquier caso, el propósito de ruptura con el iusnaturalismo racionalista es decidido. La ciencia del derecho ha de ser ciencia del

(9) M. HURTADO BAUTISTA, *Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny*, «Anales Universidad Murcia», 1958-59 (XVII/1), págs. 56 y 66.

(10) «Un procedimiento de una consideración filosófica hasta la mitad del camino, no puede servir para nada», sentencia R. STAMMLER —*Sobre el método de la teoría histórica del derecho*, I y VI, en *La Escuela histórica* (colección de escritos relativos a su origen y desarrollo, editada por Atard), Madrid, 1908, páginas 212 y 304—. No cabe, por tanto, exagerar la influencia de Kant sobre Savigny, como hace siguiendo excesivamente a Kiefner W. FIKENTSCHER —*Methoden des Rechts*, Tübingen, 1976, t. III, págs. 29-30.

(11) Así rotula globalmente L. LOMBARDI-VALLAURI las teorías que resaltan el «momento jurisprudencial del derecho» —*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pág. 218.

derecho positivo, real e históricamente existente, y no geometría de principios eternos e inmutables. Sea cual sea el final de la aventura, es preciso apreciar el valor de este punto de arranque: “no ofreció al mundo un nuevo sistema especulativo, sino que le reveló una verdad”; “ha creado dentro de ciertos límites un suelo firme sobre el que no sólo puede la ciencia del derecho positivo fundamentar su nueva construcción, sino que ninguna futura filosofía del derecho puede impunemente abandonarlo. Se puede ir más allá de él, pero no volver atrás” (12).

La opción por la historia lleva consigo la propuesta de un *nuevo concepto de positividad*. La crítica del iusnaturalismo no supondrá la rendición ante una concepción voluntarista del derecho. Savigny estaría de acuerdo con Hobbes en que sólo cabe considerar como derecho al derecho “puesto”, pero no en el carácter de tal “posición”.

Desde una perspectiva simplista, podría reducirse todo a un cambio en la jerarquía de las fuentes del derecho: de la hegemonía de la ley se habría de pasar a la hegemonía de la costumbre. Pero cuando Savigny ha optado por la primacía de la ciencia jurídica es el concepto de fuente el que es preciso someter a revisión. La propia ciencia del derecho cobra rango de fuente engullendo a la costumbre, que es sólo “síntoma del derecho, pero no su causa de nacimiento” (13). El jurista la detecta desde el marco de su sistema, por lo que una parálisis de la ciencia jurídica equivaldría a cegar la auténtica fuente del derecho, dando entrada a una arbitrariedad desconocedora de la historia y poco respetuosa con las peculiaridades nacionales.

Con ello entra en juego la veta política del planteamiento de Savigny, fecunda en la medida en que se disfraza paradójicamente de “apoliticismo”. Filtrar científicamente la costumbre, anticipándose a los intentos legalistas de monopolizar la creación del derecho aportaría una benéfica “neutralidad” y un freno a la “política” entendida

(12) O. v. GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht* (nota 7), pág. 24. La figura de Gierke, a la que aludiremos repetidamente, ha sido estudiada por F. GONZÁLEZ VICEN —*La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke*, «Anuario Filosofía del Derecho», 1971-72 (XVI), págs. 1-76.

(13) F. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (reimpresión de la edición berlinesa de 1840), Darmstadt, 1973, vol. I, pág. 35. Esta asunción del derecho consuetudinario por la ciencia jurídica está ya presente en Hugo —cfr. G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969, pág. 43.

como veleidad arbitraria. Bajo la apelación romántica a lo nacional late la resistencia de Savigny a las ideas liberales de la revolución francesa.

Pero lo que nos interesaba resaltar es cómo el nuevo concepto de "positividad" lleva en principio a un peculiar, e irrepetido, "positivismo" jurídico. No es consecuencia de la proyección sobre el ámbito jurídico de la teoría positivista de la ciencia, ni es tampoco el positivismo legalista que identifica derecho positivo y ley (14), sino un curioso positivismo que identifica derecho positivo y ciencia del derecho. En él hay más de defensa de la ciencia jurídica que de rechazo de la ley; esto explica la utilización futura de esa misma ciencia al servicio del legalismo. La aceptación del sistema a nivel metodológico aboca a Savigny a la aceptación del legalismo a nivel teórico.

El rechazo del positivismo legalista resulta especialmente nítido en el Savigny preocupado por demoler el planteamiento tradicional del saber jurídico, según el cual "todo derecho positivo nace de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal supremo" y "la ciencia del derecho tiene por objeto exclusivo el contenido de las leyes" (15). Pero en su acerada polémica contra la codificación lo que le preocupa es su incompatibilidad con la labor creadora de la ciencia jurídica (16).

Lo decisivo del nuevo planteamiento es que el derecho aparece como vida. No es terapia represiva, sino salud; no es restricción de posibilidades individuales en aras de la seguridad, sino una manifestación más de la capacidad creadora del individuo. Todas las variantes de la "positivación" humana del derecho (ciencia, sentencias, orientación de la conducta individual) son "actividad espiritual", cuya forma más excelsa es la "actuación científica" (17). Bajo el fenómeno codificador el derecho ha dejado de entenderse como una tarea de búsqueda prudencial de la solución ajustada de los conflictos sociales, para convertirse en instancia aseguradora de contenidos ajenos.

(14) Cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967 (2.<sup>o</sup>), páginas 431-432.

(15) F. C. SAVIGNY, *Vocación...*, 1 (nota 6), pág. 53.

(16) En esto consiste «el gran peligro de la redacción de un código completo: inevitablemente petrifica el resultado temporal del enfoque formal sustrayéndolo de la purificación natural y de su dignificación por medio del desarrollo científico progresivo» —F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, págs. 46-48.

(17) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 206.

Es contra esta visión instrumentalizada del derecho donde debería haber apuntado Savigny, para que su revolución metodológica no acabara siendo instrumentalizada. Progresivamente irá mencionando a la ley junto a la ciencia jurídica entre los órganos de producción del derecho (18). De ciencia *contra* ley ha pasado a ciencia *junto* a ley. La presión del legalismo acabará más tarde cerrando el ciclo, haciéndole legar paradójicamente una ciencia *de* la ley.

Por paradójico que resulte, el código está siendo rechazado inconscientemente por su escasa utilidad para una perspectiva legalista. Savigny denuncia que el código no es pleno ni cuenta con la capacidad de autointegrar sus lagunas. Cuando se pierda la fe en la correspondencia "orgánica" entre ciencia y realidad y se considere que el único material jurídico son las disposiciones legales, su ciencia jurídica suministrará la metodología para la autointegración del ordenamiento positivo (19). Le obsesiona la plenitud del futuro código: puesto que "está destinado a ser la única fuente del derecho, debe contener efectivamente de antemano la solución para todos los casos que puedan presentarse". El sistema que permita lograrlo "puede explicarse mediante una expresión técnica de la geometría" (20); "cada parte de nuestro derecho tiene fragmentos tales que de ellos se derivan los demás: podemos llamarlos los principios rectores. Inducir éstos y, partiendo de ellos, descubrir la coherencia interna y la afinidad que presentan todos los conceptos y preceptos jurídicos es uno de los cometidos más difíciles de nuestra ciencia y el que propiamente da un carácter científico a nuestro trabajo. Por ello si el código nace en una época que no domina este arte, son inevitables los males siguientes: la administración de la justicia se hará aparentemente según el código, pero de hecho se hará según otra cosa ajena al código, la cual será por tanto la verdadera fuente del derecho" (21). El diagnóstico

(18) Por ejemplo, *System...* (nota 13), vol. I, págs. 17-18 y 50.

(19) El método «orgánico» implicaba un proceso que en verdad sólo podría ser lógico-deductivo, ya que sus determinaciones generales no contenían nada «orgánico»; en el fondo hay ya una jurisprudencia de conceptos: W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1958, pág. 68. La creencia de Puchta en una estructura racional del orden jurídico enlaza con la de Wolff en la racionalidad de la realidad —F. GONZÁLEZ VICÉN, *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, «Anuario Filosofía Derecho», 1961 (VIII), pág. 65.

(20) Sin duda, en el transfondo personal de su obra, estas expresiones pueden tener una relevancia meramente analógica —cfr. A. KAUFMANN, *Friedrich Carl von Savigny, en Die Grossen der Weltgeschichte*, Zürich, 1976, t. VII, pág. 410 y nota 35—, pero, desaparecido tal contexto, se esfumará todo sentido metafórico.

(21) F. C. SAVIGNY, *Vocación...*, 3 (nota 6), págs. 64-65.

es certero, pero lo que no es sino consecuencia de la historicidad radical del derecho se presenta como fruto de una inmadurez científica. Dicho con claridad: la ciencia jurídica que propone la Escuela "histórica" aspira a superar (!) las consecuencias de la "historicidad" del derecho.

Falta la conclusión coherente: que el derecho nunca podrá ser, por más que se intente, mera aplicación mecánica y lógica de la ley, y que su historicidad se vengaría de las pretensiones codificadoras, erosionando en la práctica sus normas hasta hacerlas irreconocibles. Esto habría hecho un "iusliberista"; rechazar el legalismo y su fruto más característico: el código. Savigny, legalista a su pesar, se opondrá al código porque no existe *aún* la ciencia jurídica que garantice su perfección, pero ésta le parece perfectamente alcanzable y deseable. Gracias a ella el código podrá ser efectivamente pleno, porque le suministrará los "técnicos" que hagan funcionar tan poco automática maquinaria. Al final de la experiencia, polémicas aparte, sólo habría una fuente del derecho: la ley.

#### LA INTERPRETACIÓN COMO PIEDRA DE TOQUE

La continua paradoja del pensamiento de Savigny habrá de decantarse al afrontar el problema de la interpretación del derecho. Las viejas cuestiones del iusnaturalismo racionalista exigen una respuesta neta. ¿Pueden las luces de la *razón* desentrañar de una vez por todas las ambigüedades de la historia? ¿Cabe diseñar un marco de *seguridad* que garantice exhaustivamente el ejercicio efectivo de la libertad individual? ¿Puede la *ley* por sí sola lograr un ajustamiento definitivo de las relaciones sociales?

El positivismo legalista, al responder afirmativamente a esta triple interrogante, da plena satisfacción a las ilusiones de la cultura jurídica moderna. Ha optado por la razón frente a la *historia*, por la seguridad por encima de la *justicia*, por la ley a costa del *derecho*. Como consecuencia de todo ello, el juez se transforma en una figura incómoda porque recuerda inevitablemente que la utopía no se ha consumado. La pervivencia de su labor implica la necesidad de admitir (aún) un residuo de intuición en un mundo que sueña con la racionalización total; supone una llamada al sentimiento en un ambiente sediento de certezas; obliga a confiar esperanzadamente en la eticidad

de un individuo, mientras se aspira a fundar la armonía social sobre el sólido apoyo de la ciencia y no sobre el campo aleatorio de la virtud. La ciencia jurídica moderna, para ser fiel a sí misma, tenía que erradicar un elemento tan pre-científico como la prudencia judicial. La batalla resulta, sin embargo, inesperadamente incómoda y áspera, porque, por debajo de las propuestas metodológicas, se enfrentan seguridad y libertad, igualitarismo y equidad, razón e historia. Sin esta lucha la evolución de la ciencia jurídica contemporánea resultaría ininteligible. A su luz cabe plantear con más nitidez la aportación de Savigny.

Como hemos visto, el polémico manifiesto de la Escuela histórica parecía proyectar sobre el mundo jurídico los elementos que protagonizaban la quiebra del racionalismo moderno: primacía de lo histórico sobre la generalidad abstracta, de la vida práctica sobre la razón. En pocos campos, como en el de la interpretación del derecho, podría encontrar tanto arraigo la teoría jurídica a edificar sobre esas bases. La interpretación, que había sido el escollo fundamental de los intentos racionalistas, podría convertirse ahora en el quicio de una nueva forma de entender el derecho. Aunque la vida jurídica continental había sido fundamentalmente legalista, la codificación aún no se había consumado. La ciencia jurídica contemporánea podría haber nacido sobre nuevas bases; y éste parecía ser el intento de Savigny.

Ya hemos tenido ocasión, sin embargo, de aportar indicios de su tendencia a la paradoja: una proclama historicista que aspira a “superar” las consecuencias de la historicidad del derecho; una crítica radical del derecho natural racionalista que acaba asumiendo su metodología y sus contenidos éticos; un rechazo de la codificación que se revela como propuesta de aplazamiento; una ciencia “orgánica” del derecho, destinada a sustituir al positivismo legalista, que acaba sirviéndole de “forma mentis” y de complemento expansivo. Una continua paradoja con una inequívoca moraleja: no cabe rechazar el legalismo sin plantear una alternativa a los supuestos en que se apoya: estatalismo, normativismo, voluntarismo... ¿Superará Savigny en su teoría de la interpretación del derecho esta inevitable tendencia a la contradicción?

La relevancia de este tema para un replanteamiento del saber jurídico es una constante de sus escritos. En las reflexiones metodológicas de *Marburgo* presenta ya la historia de la ciencia jurídica como una

historia del problema de la interpretación del derecho. Considera que ni los glosadores, ni los comentadores, ni los humanistas del Renacimiento, ni los juristas holandeses de la Modernidad, ni la escuela "alemana" llegaron a plantearla adecuadamente: como reconquista del significado histórico del derecho y descubrimiento de sus conexiones sistemáticas (22).

Mas tarde, cuando se sienta empujado a la *polémica* para consolidar su intento, incluirá en la lista de agravios contra el positivismo legalista su intento de conferir "una seguridad mecánica a la administración de justicia", lograda a base de que "el juez, relevado en todo de su propio discernimiento, se limitaría simplemente a la aplicación literal de los textos" (23).

La teoría de la interpretación del derecho del positivismo legalista parece ineludiblemente destinada a saltar en pedazos. En su dura diatriba contra la codificación va pormenorizando su tratamiento en los distintos proyectos: su prohibición por Federico II, que aspiraba a sustituirla por el reenvío al legislativo; el juego de los principios generales y de la analogía en la primera versión del código prusiano; su permisión final de todo tipo de interpretación... Aun a esta última actitud, que reconoce "al magistrado un carácter más científico y menos mecánico", la diferencia desventajosamente de la experiencia romana (24), por reiterar su carácter excepcional.

La interpretación no puede, para Savigny, prohibirse ni entenderse como excepcional. Su función es la de captar la conexión natural de los principios generales y las circunstancias individuales, fundiendo

(22) Cfr. al respecto G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, sobre todo págs. 74 y ss. Sobre el alcance de estos tanteos iniciales de Savigny, también H. KANTOROWICZ, *Savignys Marburger Methodenlehre*, en *Rechtshistorische Schriften* (nota 1), págs. 465 y 471.

(23) F. C. SAVIGNY, *Vocación...*, 1 (nota 6), pág. 52. El mismo O. v. GIERKE, crítico implacable de la labor de la Escuela, la presenta acosada a la vez por «la doctrina del derecho natural» y por «el positivismo escueto, para el cual el derecho está en el texto legal vigente, y la administración de justicia es un asunto de técnica mecánica» —*La Escuela histórica y los germanistas*, en *La Escuela histórica* (nota 10), pág. 150.

(24) «Entre los romanos todo se basaba en que el jurista, en virtud de su viva posesión del sistema jurídico, está en situación de encontrar el derecho para cada caso dado»; por el contrario, «la mayoría de las disposiciones del código prusiano no alcanzan la altura de los principios rectores generales ni la evidencia de lo individual, sino que quedan fluctuantes a mitad de camino de ambos extremos, en tanto que los romanos poseían ambas cosas en su conexión natural» —F. C. SAVIGNY, *Vocación...* (nota 6), págs. 113-115—. Sobre la imposibilidad de evitar la interpretación, insiste en *System...* (nota 9), vol. I, págs. 305 y 314.

ser y deber ser. El alejamiento del positivismo legalista parece notorio. Se rechaza un planteamiento según el cual “el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente un texto dado, que no le está permitido interpretar”. Esto implicaría asumir el carácter creador de su labor y afrontar las consecuencias, teórico-jurídicas y políticas, de esta actitud.

Sin embargo, la alternativa propuesta, aun admitiendo que el juez tiene que “encontrar para cada caso litigioso el derecho”, no parece asumir las implicaciones éticas y políticas de ese protagonismo, sino que más bien aspiraría a evitarlas “como consecuencia de la seguridad de un riguroso método científico”, que *aún* no existe, pero al que “es posible, por lo menos, una aproximación” (25). Reaparece la paradoja. La interpretación científicamente racionalizada se confiesa como el horizonte, forzosamente aplazado, de la labor jurídica. La razón sigue siendo llamada a superar a la historia, el cálculo racional a la prudencia ético-política; el problema sería sólo de tiempo.

Por último, cuando Savigny al elaborar su *Sistema* ya ha llegado a la madurez, las páginas dedicadas a la interpretación del derecho serán de una particular lucidez; su veta innovadora, tantas veces soterrada, se muestra con especial vigor. El derecho no se “pone” —como pretendía el positivismo legalista— mediante la creación esporádica de una ley, sino que la regla jurídica “pasa a la vida” al ser captada: o por el jurista que elabora su ciencia, o por el juez que dicta sentencia, o por los particulares que establecen determinadas relaciones; en cualquiera de estos casos se da, con más o menos conciencia y perfección, una actividad “espiritual” y “científica”. La consecuencia es inmediata, y justifica una detenida transcripción: “la interpretación no depende, por tanto, como muchos opinan, de la casual circunstancia de la oscuridad de una ley”; “aquella cualidad de la ley constituye una imperfección y es preciso partir de la consideración del estado normal para poder encauzar con seguridad el estado patológico” (26).

Por fin, la interpretación ha dejado de entenderse como la corrección de un defecto, o el tratamiento de una enojosa enfermedad, y pasa a presentarse como síntoma de salud jurídica, como exponente de que, a través de la ley apergaminada, fluye el torrente vivo del derecho en contacto estrecho con las circunstancias existenciales del caso con-

(25) F. C. SAVIGNY, *Vocación...*, 8 (nota 6), pág. 145.

(26) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, págs. 207-208.

creto. “Al hacer de un estado defectuoso y casual de las leyes la condición de la existencia de la interpretación, adopta esta última la naturaleza casual de un mero remedio de un mal, de lo cual se sigue que la misma llegará a ser superflua en la medida en que las leyes lleguen a ser más perfectas”. El diagnóstico es impecable, y no lo es menos el pronóstico sobre las consecuencias teórico-jurídicas de tal actitud: “desaparece por aquella configuración del concepto precisamente la aplicación más noble y sutil de la interpretación, que tiende a desplegar toda la riqueza del contenido y de las relaciones de una ley no defectuosa” (27). Ha llegado el momento de explicar positivamente la interpretación; para hacerlo, sería necesario proponer una nueva visión del derecho, replanteando el concepto de “positividad” propio del legalismo. Savigny parece sentar las bases para ello; ¿llegará en este caso a superar su inevitable querencia hacia la paradoja?

La propuesta de Savigny demostrará su debilidad, al no remitir a una filosofía jurídica con consistencia suficiente para sustentar un auténtica alternativa. Tal endeblez resulta disculpable, dado que la filosofía del derecho se mantiene hoy a la espera de una propuesta que llene este hueco. Toda la línea “iusliberista” —heredera del manifiesto de Savigny y mortal enemiga de sus resultados prácticos— sería llevada a cabo por juristas más atentos a modelos metodológicos u opciones político-jurídicas que a la profundización en una teoría jurídica no legalista.

Para Savigny, todo encontraba solución gracias a un doble elemento: por una parte, la existencia de la conexión “orgánica” entre hecho y valor, realidad y norma, llamada a sustituir a la conexión ser-deber ser del iusnaturalismo; por otra, la actividad “científica”, entendida como labor simultánea de captación y reproducción de dichas conexiones. La débil base filosófica aportada hará que su propuesta acabe apoyándose en los materiales filosóficos realmente consistentes de la época; aquellos, paradójicamente, contra los que quería luchar: racionalismo, formalismo, conceptualismo... Si su ciencia “orgánica” terminará siendo “jurisprudencia de conceptos”, el planteamiento de la interpretación jurídica será obligadamente deudor de esta situación. Savigny señala con decisión hacia dónde hay que ir, pero no indica por dónde, e incluso obstaculiza posibles vías de salida.

(27) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, págs. 318 y 319.

La interpretación queda, para él, enmarcada entre dos tareas diversas, una demasiado corta: la simple “aclaración”, y otra excesiva: el “desenvolvimiento” del derecho, lleno de connotaciones teleológicas y político-jurídicas. Pero ya en estos primeros pasos de su planteamiento se observa la subrepticia entrada del legalismo en escena (28). La polémica contra la codificación queda ya lejos y la debilidad radical de su teoría del derecho lleva a Savigny en el *Sistema* a situar a la ley, como objeto casi exclusivo de esa tarea interpretativa con la que se identificaba la vida misma del derecho. Este *legalismo de emergencia* ha comenzado ya a cerrar las puertas a una posible alternativa.

Resulta, no obstante, interesante notar cómo propone para la interpretación —cuya tarea consistiría en “obtener” de la ley “tantos conocimientos jurídicos reales como sea posible” —“la palabra ‘Auslegung’ (‘explicatio’)”, como “especialmente idónea para expresar este fin del procedimiento, al indicar que se saque a la luz lo que hay encerrado en la palabra haciéndolo evidente”, mientras considera que “la palabra ‘Erklärung’, en cambio, indica más bien que se disipa el estado (casual) de la oscuridad y que se convierte en claridad”, por lo cual “expresa” “menos la naturaleza general del asunto” (29).

*Interpretar no es aclarar.* No es poco lo que queda dicho; pero sigue faltando la vía que permita abrirse a la profundización de una labor interpretativa, entendida como “comprensión” de un “sentido” intencionalmente aludido en el texto (e intencionalmente presente en los hechos mismos, en cuanto humanamente captados). Savigny, que entiende la interpretación como “reconstrucción del pensamiento insito en la ley”, merodea esta posibilidad e incluso anota que “otros autores utilizan, con no menos acierto, la voz ‘sentido’” (en vez de ‘pensamiento’); pero, a la vez, anima a “evitar la palabra ‘intención’ por ser ambigua, puesto que puede referirse también a la meta que trasciende del contenido de la ley” (30).

(28) «Se resiente, sin embargo, la teoría de Savigny en este punto de un defecto que en él es significativo. La interpretación se refiere tanto al derecho consuetudinario como al científico, como a la legislación. Consciente de ello, circunscribe no obstante su estudio a la interpretación de las leyes...» —A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971 (2.ª), t. I, pág. 109.

(29) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 216.

(30) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 213. Su empeño por diferenciar «interpretación» (Auslegung) y «desenvolvimiento» (Fortbildung) del derecho se pone reiteradamente de manifiesto en el epígrafe 50 de este primer volumen (páginas 322 y ss.). Partiendo de ello, F. HAFT, al buscar los responsables de la actual metodología jurídica, sienta a Savigny el primero en el banquillo de los acusados —*Juristische Rhetorik*, Freiburg/München, 1978, pág. 86.

La posibilidad de que el intérprete replantee en el marco del caso concreto la opción teleológica y valorativa que presidió la propuesta legal, “continuando” o desarrollando la labor de creación de derecho, queda excluida. Cerrada esta vía teleológica, el “sentido” no llevaría consigo una comprensión valorativa, predelimitada en el texto legal pero necesitada de una actualización concretizadora ante el caso concreto, contemplando (¡y valorando!) ahora hechos reales y no tipos generales supuestos; el “sentido”, por el contrario, se encerraría de una vez por todas en la ley, aunque rebose ocasionalmente de ella por misteriosas fermentaciones “orgánicas”.

Reaparece así el juego “político” de la equiparación ciencia-apoliticismismo. Le parece preciso afirmar, en aras de la seguridad, que la ley es punto final, que no hay después de ella nueva valoración de hechos (¡creación de derecho!). Será preciso romper las fronteras de la racionalidad científico-natural y los moldes del saber técnico (y el conservadurismo político al que sirven) para, fundiendo teoría y práctica, entender el razonar como acción, el saber como praxis, y dejar de situar los fines fuera del horizonte interpretativo, para descubrirlos como el auténtico motor de todo conocimiento. Pero todo ello parece peligroso. Se opta por “defender” la ley, aun a costa de dejar sin control la inevitable ebullición (¿“orgánica”?): axiológica y teleológica) que late en su seno arruinando una seguridad fingida y suscitando imperiosas llamadas de justicia: de “ajustamiento” de las relaciones sociales.

Plantear esta alternativa teórica de la realidad jurídica no supone atentar contra el principio de legalidad, ni proponer que la ley “deba ser” algo distinto; supone enfrentarse sin ficciones a lo que la ley de hecho “es”, a lo que puede y no puede dar, a los elementos que suplen sus limitaciones desmintiendo su pretendida autosuficiencia; anima, en resumen, a proponer que el derecho, para ser realmente humano, “debe ser” algo más que ley, o, mejor aún, a reconocer que si el derecho se nos muestra en alguna ocasión como humano es en la medida en que “ha sido” efectivamente más que ley.

La lucha es desigual, porque luchar contra el legalismo supone contrarrestar el estatalismo político, relativizar el normativismo teórico-jurídico y rechazar el formalismo de la dogmática jurídica. Pero se trata de una lucha inaplazable para redescubrir el derecho como fenómeno humano (con su riqueza y su trágica limitación); para resca-

tar al individuo de su esclavizadora pasividad ante el Estado; para liberar a lo jurídico de sus connotaciones represivas y reinsertarlo en el núcleo mismo de la existencia humana social; para asumir y someter a crítica las “impurezas” de la tarea dogmática, tan beneficiosas si comprometen reflexivamente al jurista y tan irracionales si éste prefiere ignorarlas por “fidelidad” a la ley. Todo ello hace inevitable una profundización en el derecho, como fenómeno existencial por el que el hombre realiza una dación (¿descubrimiento?) de “sentido” a su convivencia social, que posibilita la potenciación efectiva de su existir como ser presente en un mundo de hombres.

Pero volvamos a las páginas del *Sistema*, porque cuando Savigny repase los *criterios* que han de inspirar la interpretación de la ley, se hará más fácil ejemplificar las consecuencias de su planteamiento. Su primera preocupación será precisar la peculiaridad de la interpretación jurídica en relación con otros intentos de “reconstrucción de pensamientos”. La peculiar dimensión pragmática del texto legal, su incidencia en la vida humana, confiere a su interpretación una relevancia bien diversa de la de una interpretación poética o musical. Además de los criterios *gramaticales*, que tienen en cuenta los factores lingüísticos, o de los criterios *lógicos* de estructuración del pensamiento, será preciso contar con otros que permitan captar elementos decisivos del derecho como fenómeno humano vivo.

Para Savigny ello será posible apelando a su doble obsesión: historia y ciencia. La interpretación jurídica —en ello estribaría su peculiaridad— ha de ser “histórica” y “científica” y su diseño será una de las tareas centrales de la “ciencia histórica” del derecho. El elemento *histórico* de la interpretación ha de reflejar la situación de la relación jurídica en el momento de promulgarse la ley. La interpretación cobra carácter “científico” gracias al juego del elemento *sistemático*, que descubre “la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad”.

Gracias al juego combinado de estos cuatro elementos “se agota la comprensión del contenido de la ley”, ya que no se trata de elegir entre opciones alternativas ni de diseñar “cuatro clases de interpretación” (31). El planteamiento queda cerrado; ¿será capaz de racio-

(31) F. C. SAVIGNY, *System* (nota 13), vol. I, pág. 215. E. FORSTHOFF detecta aquí la incidencia del empeño «cientifizador» a que ya hemos aludido y señala el arranque del «iusliberismo» en Kohler y, sobre todo, Bülow —*Methodenge-*

nalizar el nacimiento jurídico que aflora en toda interpretación de la ley? La respuesta de Savigny hemos de valorarla desde un doble plano: el de la teoría del conocimiento que bajo él late, y el de las consecuencias prácticas en que desemboca.

#### INTERPRETACIÓN Y TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

Dos notas nos llaman la atención desde un punto de vista teórico-cognoscitivo: la separación tajante entre conocimiento y decisión (teoría y praxis), a la que corresponde ontológicamente una ambigua relación de ser y deber ser, y la triple identificación racionalidad-ciencia-sistema.

La interpretación mantiene en Savigny, pese al influjo historicista, un carácter exclusivamente cognoscitivo; *interpretar sigue siendo sólo “conocer”* algo que el texto nos transmite. Si en el texto se incluyen elementos de distinto signo: decisiones, intereses, valoraciones... será en un estado hermético y acabado que no exige (¡que prohíbe!) su “continuación”. El “lenguaje” y la “lógica” se moverán a este nivel, como instrumentos asépticos de transmisión que no implican intrusión volitiva alguna. Gramática y lógica juegan como disciplinas auxiliares que colaboran al traslado fiel de un contenido al que no afectan.

Si nos detuviéramos aquí, no habríamos avanzado mucho respecto a un planteamiento positivista y legalista de la interpretación: sólo la oscuridad —gramatical o lógica— del texto justificaría la interpretación; pero ya vimos que Savigny rechaza esta acepción “patológica” del fenómeno interpretativo. Por eso, para él, lo “histórico” no jugará como elemento supletorio ni como criterio alternativo que alumbre otras opciones, sino que será ingrediente obligado de toda interpretación. Pero ¿qué supone esa invitación a replantear la situación histórica de la relación jurídica en el momento de la creación de la ley?

Savigny parece tratar simplemente de enriquecer el “conocimiento” de la ley, enmarcándolo en su contexto social propio, para poder cap-

*schichtliche und dogmatische Vorerwägung*, en *Recht und Sprache*, Darmstadt, 1971 (reimpresión de la edición de Halle, 1940), págs. 23, 25 y 26. Una interesante valoración del alcance de los cuatro criterios desde la perspectiva de la reciente hermenéutica, en M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1967, páginas 81-84.

tar con más fidelidad lo que el texto “dice”. Con ello la *historia* ha dejado de *fluir* para convertirse en un *salto comparativo* entre dos momentos cerrados en sí mismos (32). Para poder llenar el vacío entre ellos se recurre a la ciencia, a la conexión “sistemática” entre las diversas instituciones. Sólo con las anteojeras de la armonía pre-establecida entre vida social y ciencia sistemática puede Savigny ignorar que ha abandonado la historia para adentrarse en la “jurisprudencia de conceptos”. Sus “discípulos” fueron más coherentes que él; tanto más cuanto más lo traicionaron.

Cuando nos negamos a admitir que racionalidad se identifique drásticamente con “ciencia”; cuando propugnamos la posibilidad de un ámbito de racionalidad acientífico (o transcientífico), si por ciencia se entiende elaboración sistemática de datos fácticos; cuando insistimos en la mutua implicación existencial de teoría y praxis (conocimiento y decisión), ser y deber-ser, el planteamiento de Savigny se desmorona:

— El *lenguaje* se llena de *pregnancia existencial* y se resiste a transmitir un contenido neto, para “impurificarlo” con implicaciones y sugerencias; deja de ser instrumento aséptico para hacerse fenómeno histórico; deja de trasladar un mensaje para engendrar lateralmente vida propia.

— La *lógica* desborda todo enconsertamiento formal para “materializarse”; deja de proyectar sobre el texto los cánones de un mundo ajeno para hacer brotar en él las llamadas imperiosas de la lógica de los hechos, los intereses, las valoraciones...

— Interpretar *históricamente* el texto no es ya arroparlo eruditamente con datos complementarios que le lleven a “decir” algo más; es, por el contrario, comprender que el texto comenzó a responder a una pregunta, delimitada de una manera necesariamente abstracta y general, y enmarcada en un determinado horizonte interpretativo; que el texto contempló un problema sentido por una sociedad y apuntó una vía de respuesta. Si la historia vive fluidamente —en vez de resultar embalsamada para su “utilización” futura— se hace inevitable: 1) reconstruir la pregunta en un nuevo horizonte: 2) continuar la

(32) Nos parece, por ello, precipitada la atribución por parte de M. BREONE de una función «aplicativa» (en sentido gadameriano) a la hermenéutica histórica de Savigny —*Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (ed. por G. Tarello), 1976 (VI), pág. 197. El dictamen de H. G. GADAMER es tajante: Savigny ignora la tensión entre sentido jurídico originario y actual —*Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1972 (3.<sup>a</sup>), página 309.

respuesta, concretizando un doble hueco: la distancia temporal, y la sustitución del supuesto general tipificado por el hecho real y determinado.

Toda esta labor sólo puede considerarse como “científica” si se desvincula a la ciencia de sus empalizadas metodológicas y de sus afa-nes sistemáticos, para sumergirla en el mundo existencial teórico-práctico de la “sabiduría”. Si ello no resulta rentable, más vale romper definitivamente la caprichosa identificación de racionalidad y ciencia y recuperar el contenido racional de la prudencia clásica, como “saber hacer” lleno de referencias éticas y de responsabilidades políticas.

La hermenéutica jurídica relativiza el valor del método en el proceso de realización del derecho. Este no consiste en “aclarar” un *texto legal* ocasionalmente confuso, sino en “comprender” su *sentido jurídico*, poniéndolo en contacto con el *contexto social* que lo hace significativo (33). La lógica científico-demostrativa ha de dar paso a un razonamiento argumentativo convincente rico en elementos valorativos. La interpretación no recurre a la historia como a un depósito de soluciones previas, sino que es ella misma fluir histórico en el que las exigencias que surgen de la “comprensión” del caso concreto enlazan, en una “circularidad hermenéutica”, con las posibilidades de fundamentación “aclarativa” que ofrecen los textos legales, mitigando así su carga subjetiva.

Savigny, por el contrario, resulta deudor de una teoría del conocimiento positivista y ahistórica, y sigue suscribiendo, quizá inconscientemente, el abismo normas-hechos (ser-deber ser) característico del legalismo: “toda relación de derecho se compone de dos elementos, uno general y otro particular: uno es la regla de derecho, el otro es el hecho que da lugar a la aplicación de la regla. El juez puede y debe conocer la regla (*ius novit curia*); pero puede y debe ignorar el hecho en tanto que no haya sido expuesto y probado por una de las partes” (34). Muy al contrario; es preciso repetir que la norma sólo co-

(33) En el lenguaje escrito, el contexto (que es un proyecto de «mundo» no explicitado textualmente) asume la dimensión ilocucional que corresponde en el lenguaje oral al gesto, sin el cual la palabra pierde significado —P. RICOEUR, *Der Text als Modell: hermeneutisches Verstehen*, en *Verstehende Soziologie* (ed. por W. L. Bühl), München, 1972, págs. 257 y ss., de gran interés también para lo añadido a continuación.

(34) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 187.

mienza a “existir” cuando se la hace entrar en contacto con hechos realmente existentes y no tipificadamente supuestos; el hecho se resiste a ser premisa menor y aspira a ser oído en la premisa mayor, proponiendo su propio proyecto de norma, sus exigencias de valoración; lejos de servir de ocasión a la “aplicación” de la norma, obliga a “comprenderla”, reconstruyéndola, interpretándola en el horizonte del caso; el juez debe evitar que el supuesto de hecho legal le desfigure su contemplación del hecho concreto y debe ser consciente de que sólo cuando asume los hechos puede “conocer” acabadamente una norma, que hasta entonces encerraba un simple proyecto jurídico.

#### INTERPRETACIÓN Y POLÍTICA JURÍDICA

Si del ámbito de la teoría del conocimiento pasamos al de las consecuencias prácticas, nos será fácil ahondar en la dimensión pragmática de una disputa, que hasta el momento habíamos seguido a nivel metodológico. Savigny va a hacerlo al enfrentarse a la interpretación de las leyes “defectuosas” y de las que contienen “expresiones erróneas”. Tanto en uno como en otro caso el distanciamiento respecto a la teoría de la interpretación a que se aspiraba resultará evidente.

La misma expresión “leyes defectuosas” evoca aquella acepción “patológica” de la interpretación que él pretendía superar. Plantear que la interpretación ha de subsanar “defectos” supone olvidar que sólo después de sometido a interpretación puede el texto legal parecer “defectuoso”. Por otra parte, todo “defecto” implica un modelo o arquetipo insuficientemente realizado, un texto legal “perfecto” con el que no coincidiría. Es aquí donde el peculiar “iusnaturalismo conceptualista” de Savigny dejará de ser críptico para jugar con toda su crudeza. Se olvida el “ir y venir de la mirada” en que consiste la labor interpretativa: acercar progresivamente el supuesto de hecho general tipificado y el hecho particular real y concreto; hacer confluir ponderadamente la consecuencia práctica que se derivaría del texto legal y la norma que el propio caso, desde su exigencia particular y concreta de solución, propone. Realmente son dos normas —la encerrada en el texto legal y la sugerida por el caso— y dos consecuencias —la prevista legalmente y la exigida por la “precomprensión” inmediata del problema— las que hay que cotejar, en un juego circular de aproximación que evite llegar a un paralelismo conflictivo: o la solución

desajustada del caso, en aras de la “summa lex”, o el rompimiento frontal con la ley, en aras del “derecho libre”.

Savigny ha abandonado claramente el ámbito en que este planteamiento sería aún viable. Por eso, no tiene nada de extraño que, dentro ya totalmente de un contexto “patológico”, se pregunte sobre los posibles “remedios” de las leyes “defectuosas”. Analizará fundamentalmente tres: “el contexto intrínseco de la legislación”, “el lazo de la ley con su fundamento” y “el valor intrínseco del contenido resultante de la interpretación” (35).

1. El primer “remedio” no es sino la interpretación que consideraba “normal”, aunque utilizada ahora con fines terapéuticos. “Es aplicable en todas partes sin la menor duda” y es el medio a utilizar para “disipar la incertidumbre”, “en primer lugar y en cuanto sea posible”; los demás tendrán un carácter supletorio, por lo que su juego se admitirá sólo con resignación o recelo (36). Este *contexto de la legislación* no es el meramente gramatical o lógico, sino que implica la presencia de los elementos “históricos” y “sistemáticos” en los que él cifraba el enriquecimiento “orgánico” de su “científica” interpretación del derecho. Es esa arquitectura “orgánica” (bien pronto convertida en mera estructura conceptual), y no las exigencias del caso, la que veladamente propone un texto perfecto y modélico desde el que criticar al texto legal y diagnosticar sus “defectos”. Cuando la ciencia deja de ser “orgánica” para convertirse en meramente conceptual, se rompe el diálogo interpretativo entre texto y caso y se establece un soliloquio entre la ley y la elaboración dogmática de sí misma, llevada a cabo por un jurista alejado de la realidad. La apreciación del “contexto” no obligaría en ningún caso a ponderar los posibles resultados prácticos de la interpretación.

2. No es raro que tal “remedio” pueda resultar insuficiente; que el chirriar del desajuste del caso concreto sea tan llamativo que denuncie como inadmisibles la solución dogmático-conceptual del “defecto” legal. Es preciso entonces recurrir a otro medio, menos científico (¿menos racional?), más político, aceptable a sus ojos sólo como mal menor, por lo que “requiere ya más cautela” (37): el “fundamento legal”.

(35) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 223.

(36) «Donde este remedio sea suficiente, está excluido cualquier otro como menos seguro y a la vez como superfluo» —*System...* (nota 13, vol. I, págs. 225 y 228.

(37) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 225.

Aparece en escena el t6pico cl6sico de la *ratio legis* como medio interpretativo, y, con 6l, toda una teor6a de la norma llena de respuestas no explicitadas. Porque aludir al "fundamento" de la ley supone dar por sabido cu6al sea: si el "pensamiento" del legislador, o su "voluntad", o el "problema" que pretende resolver, o los "intereses" en juego, o las "valoraciones" con las que se los jerarquiza... Apelar a la "ratio" de la ley parece decidir que la ley es "raz6n" m6s que voluntad, que la interpretaci6n es conocimiento y no valoraci6n, que los intereses presentes en el problema no forman parte de la norma, sino que, ajenos a ella, esperan que se les "aplique" para convertirse entonces en "jur6dicos". Toda una teor6a de la norma camuflada en una pasajera alusi6n de emergencia.

Savigny pretende solucionar con este recurso los defectos legales y rectificar las "expresiones err6neas". Habr6a que repetir a prop6sito de estos "errores" lo que ya se apunt6 sobre los "defectos". S6lo la verdad permite dictaminar un error. 6Qu6 verdad? 6La del problema?: no; la de una ciencia "org6nica", la de una dogm6tica conceptual (38). Pero, aparte de ello, pretender que el recurso al fundamento legal es una operaci6n cognoscitiva y clarificadora, libre de valoraciones, es a todas luces excesivo. La "ciencia" y la "pol6tica jur6dica" demuestran en estos casos lo artificial de su frontera. Entramos de lleno en el tema de la capacidad de "expansi6n" del ordenamiento jur6dico, que pretende dar cuenta del dinamismo del derecho sin traicionar a la ley. Savigny, empe6ado en mantener la frontera entre la "interpretaci6n" del derecho y su "elaboraci6n" o "desenvolvimiento" (39), se ver6 obligado a recurrir a sutiles distinciones.

Habr6a dos tipos de fundamento legal: el especial de la norma en cuesti6n y el general, fruto del "contexto" de la instituci6n o de todo el sistema jur6dico. El primero nos mantendr6a en el borde del proceso interpretativo; el segundo nos empujar6a de lleno a una elaboraci6n creativa de nuevas normas. Savigny reconoce sinceramente la dificultad de establecer tan fluida frontera, aunque resulta claro que, para 6l, en el primer caso no habr6amos abandonado el campo

(38) Cfr. G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, en *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, p6g. 417.

(39) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, p6gs 230 y ss. Este rechazo de la «Rechtsfortbildung» ser6 el m6s duramente criticado por el «iusliberismo». Savigny le da un aire patol6gico, present6ndola como remedio de lagunas ocasionales y no como v6a normal de desarrollo de la «historicidad» del derecho —cfr. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts* (nota 10), p6gs. 58 y 68.

de la interpretación (si bien en su versión “extensiva”) y en el segundo entraríamos en el ámbito de la analogía, al que habremos de referirnos más tarde.

3. El segundo “remedio” ha planteado, pues, en toda su crudeza la imposibilidad de un tratamiento “científico” —exhaustivamente racional, apolítico, estrictamente legal— de la interpretación. Cuando incluso él resulte insuficiente, no queda sino recurrir al “valor intrínseco del resultado”. Solamente ahora la interpretación implicaría una valoración; la ponderación de las consecuencias que el legislador anticipó se tiene que repetir en contacto con el caso. Entramos en consideraciones “teleológicas” y en jerarquizaciones de “intereses”. Savigny lo hace con auténtica repugnancia, porque no considera este proceder como el habitual y típico del juego interpretativo, ni siquiera como una alternativa más a confrontar con las anteriores, sino como prueba de las perniciosas consecuencias de la falta de “cientificidad” del mundo jurídico de su época. Si su propuesta de una nueva ciencia (“histórica” y “orgánica”) del derecho se hace inaplazable es, entre otras cosas, para evitar estas tristes situaciones. Porque éste “es entre los medios auxiliares el más peligroso (*sic*), puesto que con él atraviesa el intérprete con suma facilidad los límites de su misión y se traslada al campo del legislador”. Adiós racionalidad, ¡adiós seguridad!: el juez crea derecho, y se hace obligatorio rasgarse las vestiduras. A la espera de una ciencia jurídica que haga innecesario recurrir a él, este procedimiento “puede sólo ser admitido dentro de los límites más estrechos” (40).

La ambivalencia de la doctrina de Savigny se pone una vez más de relieve. Por una parte, al plantear la posible insuficiencia del recurso al “contexto” y al “fundamento” legales, demuestra que admite implícitamente las exigencias jurídicas del caso, la gravitación de un “problema” que rechaza como inadecuados determinados resultados interpretativos. Le parece trágico, pero no por ello menos legítimo, que el intérprete se vea en ocasiones obligado, no a precisar un pensamiento ni a adaptar a él un término desafortunado y corto de expresión, sino simple y llanamente a “corregirlo” (41). Un legalista a ultranza se habría limitado a dictaminar la existencia de una laguna “ideológica”: de un rechazo caprichoso de la voluntad del legislador. Como ya vimos, Savigny se nos muestra como un “legalista

(40) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 225.

(41) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 240, en especial in fine.

aplazado”, cuando sueña que su ciencia jurídica permitirá evitar estos casos y racionalizar exhaustivamente todo el proceso interpretativo. ¿Cómo? Con el recurso a un proceder distinto al de la interpretación propiamente dicha, del que sólo se podría disponer cuando se contase con tal aparato científico: la analogía.

4. La interpretación, dado el cometido meramente cognoscitivo que le atribuye, sólo podrá precisar el contenido de la norma vigente, pero será incapaz de rellenar sus limitaciones si no quiere abandonar el campo de la “ciencia” para adentrarse en la arbitrariedad de lo político-jurídico. Cuando las “fuentes jurídicas no resultasen suficientes para resolver un problema jurídico” la cuestión no sería ya interpretativa. Se hace imprescindible “llenar esta *laguna*, puesto que la exigencia de la *plenitud hermética*” del sistema “tiene a su favor un derecho tan incondicionado como la de la unidad”. “La duda consiste en saber dónde buscar el complemento” (42). Por supuesto, dada su ausencia de valor “científico”, rechaza la vieja solución iusnaturalista, que parecía apelar a un sistema jurídico paralelo y subsidiario; a lo que no renunciará es a esa “plenitud” que el iusnaturalismo racionalista aspiraba a garantizar y el positivismo pretende continuar. No se llega a reconocer que plenitud y sistema son incompatibles, que sólo desbordando a éste es aquélla posible.

El sistema podrá crear un cauce racionalizador, que armonice los proyectos valorativos de las distintas normas y condicione el tenor de los futuros, pero nunca podrá rebasar el nivel de proyecto que es propio de los textos “legales”. La vida “jurídica”, por el contrario, no es sistemática, sino problemática, “plena” de una historicidad que se resiste a ser encerrada en sistema alguno y que obliga en toda interpretación a cubrir dos “lagunas” ineludibles: la del transcurso histórico y la de la concretización del supuesto de hecho. La *analogía* no puede ser un proceso subsidiario, que se mueva en el extrarradio del juego interpretativo, sino que toda interpretación al verse siempre forzada a solventar lagunas se hace analógica (43) para lograr una plenificación existencial.

La “historicidad” frustrada de Savigny le impide asumir tal consecuencia. Para él, la analogía es “esencialmente diferente de la inter-

(42) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 290.

(43) En este contexto es una rica fuente de sugerencias *Analogie und Natur der Sache* de A. KAUFMANN —Karlsruhe, 1965.

pretación extensiva, arriba expuesta, con la cual los autores con mucha frecuencia la confunden. En efecto, esta última no tiene el destino de llenar una laguna del derecho, sino el de rectificar un término inadecuado de la ley con ayuda de su verdadero pensamiento. En cuanto al procedimiento analógico, al contrario, suponemos la ausencia completa del pensamiento real en una ley cualquiera; e intentamos remediar este defecto por medio de la unidad orgánica del derecho” (44).

En realidad, la interpretación extensiva, como toda interpretación, ha de enfrentarse a las dos “lagunas” antedichas, y sólo en contacto con el problema puede detectar la “inadecuación” de un término u obtener el “verdadero pensamiento” que presida su forzada “extensión”. Y ese contacto con el problema tiene una entraña profundamente analógica porque rechaza toda univocidad y toda identificación. Igualmente, cuando “suponemos una ausencia de pensamiento”, el proceder analógico ya ha comenzado en la interpretación que nos lleva a tal resultado, por lo que la analogía no empieza “después”, sino que “continúa” sin que quepa marcar solución de continuidad entre la interpretación (analógica) que dictaminó tal ausencia y la analogía (interpretativa) que aspira a superarla.

No se resuelve el problema cuando se achaca simplemente a Savigny no haber distinguido entre “analogía legis” y “analogía iuris” (45), intentando así demarcar un doble ámbito concéntrico: el de la analogía “legal”, que aun sería interpretación, y el de la analogía “jurídica”, que la desbordaría. Savigny se limita a señalar “dos grados” dentro de un mismo proceder analógico, según la laguna se produzca por el surgimiento de “una relación jurídica nueva, y hasta entonces desconocida”, “para la cual, por consiguiente, no existe una institución jurídica como modelo en el derecho positivo en su forma actual”, o porque “dentro de una institución jurídica ya conocida, surge de nuevo un problema jurídico particular” (46). En todo caso, no parece llegar a captar que cualquier recurso a la capacidad “expansiva” del sistema jurídico, o cualquier propuesta de “autointegración”, obliga a abandonar los presupuestos teórico-cognoscitivos y político-jurídicos del positivismo legalista.

(44) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, págs. 292-293.

(45) Como hace N. BOBBIO en *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1939, página 66.

(46) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. 291.

La analogía que toda interpretación encierra se establece entre dos parejas de términos, de las cuales sólo una es “legal” (el texto y su supuesto de hecho), mientras que la otra se enraíza en el caso concreto (las circunstancias reales y la “norma” que su “pre-comprensión” plantea como exigible). El término que media haciendo brotar la correspondencia “jurídica” entre ambas habrá de apoyarse en la subjetividad judicial, limitada pero humana, relativa pero vinculable éticamente y responsable políticamente, en la medida en que se cuente con un horizonte de “objetividad” (47). Proponerse resaltar los medios que refuercen la humanidad, la eticidad y la responsabilidad política del juez —que le inclinen a una auténtica “prudencia”— parece más constructivo que ignorar su intervención subjetiva, enmascarándola tras una “ciencia” presuntamente defensora de la ley.

#### “GÉRMENES FECUNDOS DE VERDAD”

Los problemas de interpretación del derecho hacen aparecer la propuesta de Savigny como una alternativa frustrada, al resaltar la endeblez filosófica del empeño y su esclavitud inconsciente respecto a formas dogmático-jurídicas incompatibles con los planteamientos de su manifiesto. Esta frustración va a marcar el rumbo de la teoría jurídica posterior, que intentará suplir su triple insuficiencia:

- la falta de una consciente teoría del conocimiento (y de la ciencia) y la asunción de sus consecuencias prácticas.
- la debilidad filosófica del historicismo romántico.
- el agotamiento de la teoría interpretativa del positivismo legalista.

En el tercer aspecto es donde con más rapidez surgirá la reacción. Ihering, que había llevado al extremo la sofisticación conceptualista de los discípulos de Savigny, es el primero en experimentar el hastío del “paraíso de los conceptos” y en exigir una jurisprudencia atenta a esos “resultados” cuya consideración Savigny había rechazado como peligrosa. Con esta actitud confluye un intento de replanteamiento del historicismo bastante inmaduro también filosóficamente, que apelará, con más aire de slogan práctico que de rigor, a la sociología.

(47) La circularidad hermenéutica haría posible este intento de esquivar la arbitrariedad subjetiva: «la anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad», H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (nota 32), pág. 277. J. ESSER propone como contraste «objetivo» el consenso reflejado en las expectativas del grupo social —*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, págs. 9, 137 y 166.

Tubinga se convertirá en el punto de entrecruce del impreciso campo de esta *jurisprudencia* “de intereses” y/o “sociológica”.

Desde el punto de vista de la *teoría del conocimiento* la teoría jurídica irá experimentando, por una parte, la fuga hacia adelante de la teoría de la ciencia positivista, en su afán de aquilatar cada vez más exhaustivamente los márgenes de “demarcación” de lo racional. La asfixia que ello termina produciendo en el ámbito jurídico va a exigir ese relajamiento, que explicará el eco llamativo alcanzado en los años cincuenta por la “tópica”, y que alimentará con más profundidad la lenta elaboración de una teoría jurídica de base argumentativa, que defiende la racionalidad de lo relativo y huye de todo dogmatismo. Si Viehweg y Perelman simbolizan estos dos fenómenos, en la década siguiente —de la mano de Gadamer— los planteamientos hermenéuticos existenciales contribuirán a dar mayor consistencia teórica a todo este empeño (48). Se pone así de relieve la necesidad de una filosofía “jurídica” no “legalista” sobre la que apoyarlo, que tendría como correlato político-jurídico una actitud reformista, llena de vocación crítica y ajena a toda utopía dogmatizada.

¿Queda suelto el hilo “historicista”? El intento de replantear desde perspectivas filosóficas más sólidas la historicidad del derecho, su vinculación a la existencia social, abre una sintonía con el pensamiento marxista (49). En los ejemplos actuales de propuesta de una teoría “crítica” del derecho, la alusión a los contactos del Marx juvenil con Savigny se hace obligada. Años después de las lecciones oídas de boca del propio Savigny en Berlín en 1836 (50), planteará una abierta crítica a la Escuela histórica: “la opinión vulgar considera a la Escuela histórica como reacción contra el frívolo espíritu del siglo XVIII. La difusión de esta opinión está en relación inversa a su verdad. Más bien el siglo XVIII ha engendrado sólo un producto, cuyo carácter esencial es la frivolidad, y este único frívolo producto es la Escuela histórica” (51). De nuevo va a verse Savigny acusado

(48) Sobre el sentido de esta inflexión, F. WIEACKER, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en *Festschrift für Pan J. Zepos*, Athen, 1973, t. I, págs. 391-415; también, A. KAUFMANN, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, «Juristenzeitung», 1975 (11/12), páginas 337-341.

(49) Cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, página 358, que esboza este punto de enlace.

(50) Sobre el alcance de esta relación, H. JAEGER, *Savigny et Marx*, «Archives Philosophie du Droit», 1967 (XII), págs. 65 y ss.

(51) K. MARX, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule*, en *Marx-Engels Werke*, Berlin Ost, 1970, t. I, pág. 78.

de “positivismo”, pero ahora no en su connotación legalista, sino entendiéndose por “positivista” su ausencia de crítica y la consiguiente complicidad en el mantenimiento de una situación inhumana. No es extraño que cuando hoy se intenta desde el marxismo dar paso a una ciencia jurídica alternativa se historicie el episodio (52).

El marxismo añade a la identificación positivista ciencia-racionalidad un nuevo elemento, destinado a transformar radicalmente su alcance: la vinculación de ciencia e historia. El mensaje de la realidad es un contenido histórico; nos presenta la historia de las relaciones del hombre con el mundo material en el que se inserta y con los otros hombres, y nos exige la anticipación práctica de su horizonte futuro. Sólo apoyándose en esta visión histórica, edificada sobre una filosofía nada endeble, cabe obrar “racionalmente” (éticamente, con legitimidad política...). La historia será la “ciencia” suprema y la fuente de una política “científica” que impone una obediencia inexorable.

Partiendo de su teoría del conocimiento, el marxismo denuncia la *legalidad* como “ideológica” y propone la búsqueda de una *juridicidad* apoyada en la crítica del ordenamiento vigente. Tal sería la labor popularizada con la etiqueta “uso alternativo del derecho” (53). El riesgo del intento estriba en que, al contarse con una visión “verdadera” de la historia de efectos vinculantes, funcione en la práctica como alternativa dogmática al relativismo reformista de las teorías argumentativas o de la hermenéutica existencial. Con ello se repetiría la frustración del historicismo de Savigny.

Cuando la experiencia revolucionaria llevó a los teóricos a indultar al derecho de la condena a muerte pronunciada por el marxismo originario, fue el positivismo legalista lo que sirvió de apoyo a una teoría jurídica voluntarista y estatalista: de “historicidad” jurídica no ha habido ni rastro. Lo que se ofrece hoy en occidente como “alter-

(52) Así, W. PAUL, *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, Frankfurt, 1974, págs. 43 y ss. Desde perspectivas más «ortodoxas», J. KUCZYNSKI revisa la sentencia de Marx, proponiendo indultar al «joven» Savigny —*Savigny. Glanzvolle Jugend eines reaktionären Gelehrten von einstiegem Weltruf*, en *Studien zu einer Geschichte der Gesellschaftswissenschaften*, Berlin Ost, 1977, pág. 146. H. KLENNER no admite matices cronológicos en el veredicto —*Anmerkungen zu «Savigny»*, ibidem, pág. 160.

(53) Entre la reciente bibliografía española, N. M. LÓPEZ CALERA, M. SAAVEDRA, P. ANDRÉS, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, 1978. Una profundización filosófico-jurídica en el tema: M. SAAVEDRA, *Interpretación del derecho e ideología*, Granada, 1978.

nativo" no está exento de querencias dogmáticas y resabios de "iusnaturalismo" (54) racionalista. Mediante el uso alternativo del derecho se pretende corregir las "contradicciones" del ordenamiento jurídico burgués, dejando entrever no pocas veces que, una vez superadas, sí que cabría una jurisprudencia meramente aplicativa. En tal caso nos hallaríamos ante un nuevo "legalismo aplazado", que exigiría también su codificación eternizadora, cuando los campos en que hoy se experimenta gozaran definitivamente de la postrevolución.

Pero volvamos a Savigny. Una filosofía jurídica que ahonde en la "historicidad" del derecho, como fenómeno humano que desborda la legalidad formal, podría dar lugar a una alternativa fructífera. Des-enmascarar la ceremonia de la confusión de esa presunta "aplicación científica de la ley" puede parecer un objetivo de corto alcance, pero no lo será si abre un auténtico campo de racionalización, limitado pero real, de la "interpretación del derecho". Precisamente en esa invitación a acercarse a la "historicidad" del derecho consistió el manifiesto de Savigny, aunque recordarlo a estas alturas le dé viscos de ocasión perdida. Las palabras finales del prólogo de su *Sistema* pueden resultar, pese a todo, proféticas: "tengo la conciencia de haber depositado en mi libro gérmenes fecundos de verdad, que harán otros fructificar un día; y poco importa que la riqueza de ese desenvolvimiento oscurezca y haga olvidar tan humilde principio" (55).

(54) Es significativo que R. GUASTINI no dude en clasificar como «iusnaturalistas», en el contexto de la época, los escritos jurídicos del Marx joven —*Il lessico giuridico del Marx liberale (gennaio 1842-primavera 1843)*, en *Materiali...* (nota 32), 1972 (II), pág. 246— y en concreto su alegato contra la escuela histórica. A nuestro juicio, se sigue dando hoy un «iusnaturalismo» inconsciente, en la medida en que se propone una realidad «jurídica» objetiva discrepante de la «legalidad» burguesa. De muy distinto signo nos parece el «iusnaturalismo», filosóficamente consciente, de Bloch; cfr. al respecto F. GONZÁLEZ VICÉN, *Ernst Bloch y el Derecho natural*, «Sistema», 1978 (27), págs. 45-55.

(55) F. C. SAVIGNY, *System...* (nota 13), vol. I, pág. L.