

La autonomía del Derecho

JUAN MIQUEL (UPF)

Este tema procede de una feliz idea de Juan Vallet de Goytisolo¹, que testimonia, una vez más, su amplia cultura jurídica y su visión de que el Derecho es, en primer lugar, producto histórico y que el pensamiento jurídico no puede, por tanto, prescindir de la Historia.

Esta visión contrasta notablemente con la del moderno arbitrista, que cree que él, desde su genialidad, puede construir el Derecho

¹ Cfr. su espléndida *Metodología de la determinación del Derecho* (Madrid, 1994). Cfr., especialmente, pp. 42, 411, 536, 614, 624, 1238, 1261.

La lección inaugural del curso 1994-1995 del profesor Alejandro Fernández-Barreiro lleva por el título «La autonomía del Derecho en el modelo occidental de ordenación de la Sociedad», Universidade da Coruña. El hecho de que en este trabajo se analicen aspectos diferentes de los tratados, aquí nos impide entrar a juzgar las tesis defendidas por el autor. En todo caso, esta monografía viene a confirmar que la autonomía del Derecho se puede enfocar desde diversas perspectivas. Cfr. George, Robert P. (ed), *The Autonomy of Law*. «Oxford» 1996. Sobre el «deconstruccionismo» americano, que, a zaga de la huella de J. Derrida, niega la autonomía del Derecho, *vid.*, por todos, DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie; MCVEIGT, Shaun, «Postmodern Jurisprudence», *The Law of Text in the Texts of Law*, London and New York, 1991.

La importancia del tema queda de manifiesto a la hora de estructurar «Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos». Así, aunque la sistemática de un comparativista excelso René David (I. La familia romano-germánica. II. El Derecho de los países socialistas. III. *Common Law*. IV. Otras concepciones del orden social y del Derecho) haya llegado hasta nuestros días (permutando, claro es, los epígrafes II y III), resulta evidente que en el decurso más de medio siglo nuestro planeta ha cambiado mucho. Así pienso que el criterio de la independencia del Derecho debe de ser el criterio para una nueva sistemática, que contemple tanto el mundo del Islam como el de países como China o India. En este sentido me pareció fascinante comparar el legado de Roma (la autonomía del Derecho) con el de China (la ética del Confucianismo) o en un trabajo de próxima aparición aproximarme al mundo del Islam (donde Religión y Derecho aparecen fundidos en la *sharia*) Cfr., «Retórica y Derecho: Una reflexión a la luz del legado de China» en *Quintiliano: Historia y Actualidad de la Retórica*, I (1998) 43-72. Actas de un Congreso internacional celebrado en al UAM en 1995. Sobre el Islam, cfr. mi artículo de próxima publicación «Bagdad: Al-Hwarizmi y la “Casa de la Sabiduría”». Así, tras la vinculación entre «Matemáticas y Derecho sucesorio» (Al-Hwarizmi explica que él escribe, estimulado por el califa Al-Mammun, para los que tienen problemas de cálculo en particiones de herencia, legados, etc.) se esconden un formidable problema teológico: ¿Es *El Corán* un libro revelado por Dios o, simplemente, una obra humana? Al Califa le preocupaba tanto el problema que instituye una especie «inquisición», para castigar a los que defiendan la segunda alternativa.

de espaldas a la Historia. Este arbitrista, que continuamente cree darse de bruces con la Verdad, y al que, por ejemplo, con frecuencia, encontramos ahora ocupado en la elaboración de nuevos planes de estudio de la carrera de Derecho, es un representante típico de nuestra época, una época que, desgraciadamente, ha perdido la memoria histórica. A nuestro tiempo se le podría aplicar la acerada crítica que Savigny hacía a la época de la Ilustración, «que había perdido el sentido para comprender tanto la grandeza y particularismo de otras épocas, como la evolución natural de los pueblos y Estados; es decir, todo lo que puede salvar y fecundar la Historia». «En su lugar» –sigue el fundador de la Escuela histórica– «se había impuesto una esperanza ilimitada de la época presente que se creía llamada, nada menos, que a realizar una auténtica síntesis de la perfección más absoluta»².

Por otra parte, plantear el tema de la autonomía del Derecho como fenómeno de la vida social, o, más concretamente, de la ciencia del Derecho, ofrece una riqueza de perspectivas tal que resulta, según veremos, prácticamente inabarcable, en tanto que resulta mucho más sencillo comenzar con una visión exclusivamente romanística.

En efecto, a lo largo de más de un siglo, tres grandes juristas se han ocupado de la autonomía de la ciencia del Derecho en Roma: Rudolf von Jhering, Fritz Schulz y, recientemente, Franz Wieacker. La terminología resulta ya interesante, más por las coincidencias que por las discrepancias: Jhering habla de independencia, autarquía y autonomía del sistema jurídico, así como de aislamiento y separación de la materia jurídica; a Fritz Schulz se debe la difusión del término «*Isolierung*» o «*isolation*», es decir, «aislamiento», término, que ha hecho fortuna entre los romanistas modernos, que ya lo utilizan con unas connotaciones muy precisas. Finalmente, Wieacker vuelve al término autarquía, independencia o, de una manera muy precisa, habla de la delimitación, aislamiento de la materia jurídica o de la delimitación de la *quaestio iuris*.

El tema de la autarquía ha sido y sigue siendo de una actualidad tan palpitante que en cada uno de estos grandes juristas no sólo hay que tener en cuenta los condicionamientos de su época, sino su propia vivencia científica o, incluso, estrictamente personal. Comenzaremos por este último punto de vista.

Jhering, a lo largo de su dilatada vida científica, pasa por dos fases bien definidas: en la primera, sirve a la jurisprudencia de conceptos, en la segunda pasa a ver en el interés el motor del Derecho,

² SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), pp. 3 ss.

convirtiéndose así en el precursor de la llamada jurisprudencia de intereses. Esta constatación bien conocida es muy importante para nuestro tema, ya que hay una conexión funcional entre el estricto principio de la división de poderes, propio del Estado liberal y burgués de Derecho, por una parte, y, por otra, el concepto de un sistema, tan abstracto y autónomo, que resulta alejado de la vida social, en tanto que un acercamiento a la realidad social, por fuerza ha de llevar a una crítica de tales concepciones. Así, el problema estriba en determinar en qué momento de su vida científica se encuentra Jhering cuando habla de la independencia del sistema jurídico. Este problema no ofrece, a primera vista, una solución simple: la obra más importante de Jhering *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su evolución*, donde trata de nuestro tema, es tan extensa, ocupa un lapso de tiempo de su vida tan dilatado que, aun limitándonos a las últimas ediciones de la obra, constatamos que entre los primeros y los últimos tomos se abre un abismo marcado por la fiebre constructivista de la primera época y el escepticismo subsiguiente, fruto del acercamiento cada vez mayor a la realidad social, que dimana de las influencias del naturalismo jurídico. Por eso, no basta con leer las brillantes páginas al comienzo del segundo tomo de *El espíritu del Derecho romano*, donde habla de la independencia del Derecho y celebra expresamente el aislamiento extremo de la ciencia del Derecho (según veremos más adelante), sino que es también muy importante releer el tomo tercero (III, 13.^a ed. pp. 309 ss.), donde expresamente hace una crítica de la jurisprudencia dialéctica, que trata de revestir el Derecho con el ropaje de la lógica, para fortalecer al máximo la autonomía del pensamiento jurídico y elevar el Derecho positivo hasta que alcance las más altas cotas de verdad lógico-jurídica».

En Schulz resulta decisiva la vivencia personal; así su obra *Prinzipien des römischen Rechts*, escrita en 1934, en plena época de Hitler, debe de ser también entendida como una crítica larvada al desprecio del poder político por el Derecho y así esa crítica resultaría a la postre casi una premonición del forzado exilio que había de sufrir Schulz como judío.

Finalmente, Franz Wieacker, en su espléndido discurso sobre «Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana» —desde su privilegiada atalaya de romanista excelso, que ha asistido a la evolución de los métodos de su ciencia en las diversas fases de su dilatada vida científica—, arrancando de la relatividad del concepto de sistema, ser capaz de ofrecernos un común denominador de las preocupaciones metodológicas de la moderna romanística referentes al hábito intelectual de los juristas romanos.

Por encima de todas estas diferencias resalta una coincidencia fundamental: la idea de que el genio jurídico romano brilla, ya en una época muy temprana, con la separación del Derecho de otros ámbitos de la vida social. Existe también coincidencia en señalar que en la época de las XII Tablas, es decir, a mediados del siglo v a. J. esta separación se había consumado. En cambio, hay discrepancia en señalar las causas: mientras Jhering preponderantemente la encontraba en las XII Tablas, Wieacker la centra en la labor de los pontífices. Lo más probable, empero, es que una explicación monocausalista resulte insuficiente.

Hechos estos prenotandos, conviene ya descender a la exposición de las interpretaciones de los tres grandes romanistas, por la riqueza de perspectivas, que nos ofrecen.

A) Jhering trata del tema al principio del tomo segundo de su obra *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su evolución*. Resulta interesante señalar la *sedes materiae*: «El sistema jurídico específicamente romano»³. Allí, hablando de la fuerza que impulsa al Derecho a buscar su independencia trata de la independencia del Derecho en sus aspectos formal y material. El estilo de Jhering es tan brillante como plástico y su intuición jurídica y fantasía creadora resplandece en el planteamiento del problema. En realidad, su enfoque del tema procede todavía de su primera época de la construcción jurídica, aunque algunas de sus intuiciones preludien ya un mayor acercamiento a la realidad, propio de la segunda época. El tema de la independencia se abre con unas reflexiones filosóficas, que para nosotros tienen un interés muy inmediato: «Reconocemos independencia a una persona», comienza Jhering, «siempre que posee la virtualidad de tomar determinaciones y rechazar influencias ajenas, en tanto en cuanto no respondan a sus propias convicciones y finalidades». Luego, concreta así: «Si trasladamos el concepto de independencia al Derecho, lo que expresamos con ello es que toma decisiones conforme a las miras y fines, que le son propios, cerrándose, en cambio, a las influencias extrañas». ¿Cómo se logra esta finalidad? «El medio apropiado», explica Jhering «es la creación de un aparato que se destine exclusivamente a la finalidad de realización del Derecho, y que ya a través de su separación y contraposición frente a las demás instituciones en las que el Estado despliegue su actividad, marque la frontera entre esta tarea y las demás funciones de la

³ JHERING, *Geist des römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* 2,1, (reimpr. de la 9 ed. Aalen, 1968, Scientia), pp. 19 ss. La traducción española, siguiendo la francesa, no traduce «Selbständigkeit» por «autonomía» o «independencia», sino por «espontaneidad». Por eso prefiero citar la edición alemana directamente.

Comunidad, haciendo así imposible cualquier inmisión del poder estatal en el campo del Derecho; si no imposible de facto, si al menos como una contradicción en sí misma, dejando patente que se trata de un acto de fuerza y dificultándolo así, cuanto menos, moral y políticamente». La sentencia que sigue tiene el vigor de un principio de sabiduría político-jurídica: «En tanto no se produce esa separación del poder dedicado especialmente a la realización del Derecho, del conjunto del poder del Estado, en tanto este último como único e indiviso poder estatal asume indistintamente todas las tareas de la Comunidad, le falta al Derecho la primera condición para su independencia».

Luego, extrae con rigor las consecuencias de este principio: «El primer paso para la independencia del Derecho lo constituye, por tanto, la separación de la administración de Justicia de las demás ramas de la Administración por medio de la instauración de autoridades, a las que el Estado encomienda la profesión y la obligación de decir Derecho, esto es, a los Tribunales. La figura del juez es la encarnación personal del principio reconocido por el Estado de la autarquía e independencia del Derecho».

Todavía el primer paso, consistente en la separación descrita, no es suficiente: «¿Qué habremos ganado?», se pregunta Jhering, «si se repite con el juez el peligro —ya señalado, dentro del marco de un poder estatal totalmente indiviso—, peligro que queríamos evitar: el de abuso del poder para finalidades ajenas al Derecho. Lo que habremos hecho es cambiar el instrumento de arbitrariedad. De ahí la pregunta que sigue: ¿Cómo podemos impedir que los jueces, al dictar sentencia, se lleven por otras consideraciones que no sean las propias del Derecho?».

La respuesta es la siguiente: mediante la fijación legal de un procedimiento y la fijación de la Ley. Jueces, organización del proceso y fijación legal de las normas legales a aplicar se convierten así en las instituciones que, al garantizar al Derecho un campo externamente delimitado y una configuración fija y tangible, un mecanismo, le proporcionan con ello las condiciones externas para poder realizar de manera uniforme y segura el contenido que deben asumir. Jhering llama independencia formal a la faceta de la independencia del Derecho que tiene por objeto únicamente la cuestión de la realización del mismo, prescindiendo, en cambio, totalmente de su contenido. La independencia formal encuentra tan sólo su medida y finalidad en que lo que es Derecho como tal llegue a aplicarse inexcusablemente; y el medio con que esta finalidad se alcanza es la forma, es decir, la fijación, acuñación de la fluida sustancia jurídica en una figura fija, pero justamente por

ello limitada. «En la forma», sentencia Jhering, «radica la fortaleza, pero a la vez, la debilidad del Derecho». Frente a la independencia formal o practica del Derecho surge la independencia interna o material. «Esta se basa en la idea de que el Derecho no es mera forma, susceptible de asumir cualquier contenido, sino que sólo determinadas finalidades tienen la pretensión a ser realizadas en el seno de esta forma; en suma, ella postula para el Derecho sólo aquel contenido que es conforme a su idea.» Por supuesto, Jhering no deja de subrayar que la idea del Derecho representa uno de los problemas más difíciles que existen en la ciencia del Derecho.

Estas ideas las aplica Jhering a la antigua Roma, subrayando la autarquía de su Derecho, ya en la época arcaica. «En Roma se encuentra tajantemente formulada la contraposición entre Derecho y Moral, y la razón no es que los romanos estimaran los preceptos de esta última menos que otros pueblos, sino porque ellos sentían de manera más clara que otros que el hombre libre desea hacer el Bien por el Bien mismo y no porque otros le fueren a ello. El viejo pueblo romano se encuentra aquí, como expone Jhering, en una clara contraposición, no sólo con China, que nunca llegó a separar Derecho y Moral⁴, sino también con pueblos europeos, que sólo con esfuerzo llegaron a esa separación.

Con referencia al Derecho romano arcaico estudia Jhering el problema desde cuatro puntos de vista distintos:

1) La elevación del Derecho a la forma que le es propia. En este sentido Jhering hace un canto al Derecho escrito frente al con-

⁴ JHERING, *op. cit.* p. 31. La comparación que hace Jhering con China es realmente sugestiva: «La idea de la libertad personal es, a su vez, extraña a un pueblo como el chino, petrificado en la fase previa a la pubertad, y que con toda su cultura no ha logrado salir nunca de la concepción de la vida de nene sabihondo y así no ha logrado penetrar en la distinción entre naturaleza y contenido del Derecho y de la Moral; la leyes de China y del bambú acompañan a los habitantes del Celeste Imperio en todo lo que hace y emprende en casa y fuera de ella». Hoy podríamos decir que no sólo «las leyes del bambú», sino también, mucho antes, «las leyes de la seda». En efecto, el sensacional descubrimiento arqueológico en diciembre de 1973 cerca de Hunan (antiguo estado de Chu; provincia actual: Hunan) de los llamados «manuscritos de seda de Huang-Lao» resulta decisivo para plantear con más datos la relación entre Derecho y Moral en una época anterior a Confucio. Sobre el tema, *vid.* el fascinante libro de R. P. PEERENBOOM, *Law and Morality in ancient China*, State University of New York Press, Albany, 1993. El autor que habla de la filosofía social y política de Huang-Lao no deja de comparar sus concepciones con la filosofía jurídica contemporánea occidental (iusnaturalismo moderno, Hardt, Dworkin, por citar sólo las corrientes más aludidas en la obra) (cfr. *passi*, especialmente, pp. 263 ss.). En qué manera sigue influyendo hoy día la no separación de Derecho y Moral, lo expone el autor con las siguientes palabras: «No doubt the influence of Confucianism on the legal culture of China has been great. As remarked, people continue to turn to morality rather than the law for guidance in interpersonal interactions». «The negative affects of China's traditional legal culture and attitudes about law are manifold» (p. 267). Más adelante añade: «... moral principles continue to be given pride of place over laws. Many will not press for legal entitlements if doing so conflicts with ethical beliefs».

suetudinario, subrayando la importancia que la temprana codificación de las XII Tablas hubo de tener para la independencia del Derecho. En este punto, hay una reflexión especialmente característica. Es a propósito de la contraposición entre la Ley y el Derecho consuetudinario.

Con referencia a este último dice poéticamente Jhering: «Aquí el Derecho se funde con el sujeto –late en su pecho como sentimiento jurídico o como convicción jurídica (la llamada *opinio necessitatis*); se hace uno con la vida misma– y no situándose frente a él como exigencia externa, como hace la Ley, sino que le es inmanente, es su propio orden, el que se ha creado para sí mismo; es uno con el tiempo –sigue creciendo con él y que queda como la Ley detrás de él. Y, finalmente, es uno, es el todo de la concepción jurídica; No hay contradicción de leyes. La decisión no se toma de un único párrafo, sino desde la plenitud de la cosmovisión jurídica».

La conclusión que saca Jhering de esta unidad es sorprendente: «Pero esta unidad, que todo lo abarca, esta concatenación pacífica es el signo de la imperfección». Y viene luego una idea, que para nosotros tiene una importancia capital, pues lo resume todo, y para Jhering es tan decisiva que las palabras correspondientes van espaciadas. A la pregunta «¿A qué se debe, pues, el que esa seductora unidad del Derecho consuetudinario, tan brillantemente expuesta, sea signo de imperfección?», responde: «Precisamente esa continua unidad, esa pacífica coexistencia, es señal de imperfección, pues el progreso del Derecho consiste en destruir esa conexión natural en una ininterrumpida separación y aislamiento».

Este pasaje es importante, a mi juicio, desde un doble punto de vista: 1) ya que es el punto de partida del concepto de «*Isolierung*», con el que, a partir de Schulz, opera la romanística moderna, y 2) revela un hábito mental de Jhering, que es el propio de su época (y de la primera fase de su producción científica) y, lo que es mucho más importante, que de una manera u otra, con más o menos extensión, sigue influyendo en las concepciones modernas.

2) Para un romanista moderno son importantes las consideraciones que hace Jhering sobre la independencia interna del Derecho, ya que trata aquí de temas tan importantes, como la temprana separación de *fas* e *ius*, es decir, de las esferas de lo religioso y de lo jurídico; de la separación del ámbito de la Moral y del Derecho, que permitió la creación de la institución de la censura, así como de la exclusión –del ámbito del Derecho– de consideraciones políticas y económicas.

3) La autoconservación y el impulso a la expansión del Derecho escrito es otro de los apartados que un romanista moderno lee con fruición, sobre todo el modo tan plástico como describe que la Ley de las XII Tablas no llevó al estancamiento del Derecho, sino que siguió evolucionando gracias a la *interpretatio* y las funciones de asistencia a las partes en controversias judiciales, o en la redacción de formularios negociales. Lástima que Jhering no se refiera más expresamente al papel que en este punto jugaron los pontífices.

4) La seguridad e independencia en la realización del Derecho escrito trata de temas tan interesantes como el principio de la inviolabilidad de los derechos adquiridos o de la independencia interna y externa de la Judicatura.

Al enjuiciar el valor actual de la aportación de Jhering hay que tener en cuenta dos perspectivas muy diferentes, aunque, por supuesto, relacionadas entre sí: 1) la del romanista moderno y 2) la del jurista actual.

1) El romanista moderno lo primero que debe hacer es reconocer la importancia hermenéutica, que tiene el concepto de «*Isolierung*», comenzando por la separación entre lo jurídico y lo no jurídico. Luego, la ubicación temporal de este concepto en la época de las XII Tablas. Después calibrar el significado que tiene el hecho de que esta Ley no contenga más que normas jurídicas. Finalmente, hay que admirar el engarce de la célebre Ley con la vida merced a la labor de la *interpretatio* y la elaboración de formularios negociales y procesales. En definitiva, una aportación impresionante e imperecedera de Jhering.

Luego, ya puede hacerse la inevitable reflexión de la distancia que hay entre Jhering y la moderna romanística tanto en método como en intenciones: para el romanista de hoy, el Derecho romano ya no es el Derecho romano como *ratio scripta*, sino que lo decisivo es el conocimiento histórico.

2) A partir de ahí deber situar a Jhering dentro de su propio contexto histórico y no extrañarse demasiado de la mezcla de concepciones filosófico-jurídicas y datos históricos con pretensiones de una aplicación inmediata, o, al menos, con valor de modelo. Debe comprender la polémica larvada con la Escuela histórica, que había elevado el Derecho consuetudinario a la categoría de mito y, desde el prisma de esa polémica, podrá comprender mejor la generalidad de afirmaciones, que no encajan, por ejemplo, en el valor que el uso negocial tiene frente al Derecho mercantil, ni en la evolución del Derecho romano con la labor del pretor.

Pero más importante que éstas y otras reflexiones que pueda hacerse un romanista es el encuadre de estas concepciones dentro del positivismo científico y dentro del marco del Estado liberal burgués de Derecho. En su *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, el profesor Wieacker ha descrito con acierto los rasgos de esta orientación⁵. Así con referencia al método constructivo de la segunda mitad del siglo XIX, que celebra sus mejores triunfos con Gerber y Laband en el Derecho público y con Jhering en el Derecho privado, escribe el eminente romanista: «Consustancial a esta ciencia jurídica es la concepción jurídica del positivismo científico, que deriva las normas jurídicas y su aplicación exclusivamente del sistema, conceptos y principios de la ciencia jurídica sin conceder virtualidad jurídica, creadora o modificadora, a las valoraciones y finalidades metajurídicas, como puedan ser las religiosas, sociales o científicas». Oportunamente cita aquí a Windscheid, una de las grandes figuras del positivismo científico con la afirmación de que: «Reflexiones éticas, políticas o de economía política no son asunto del jurista como tal».

Las consecuencias más importantes que se derivan de ello las resume Wieacker en dos corolarios: «1) un sistema jurídico dado es siempre un sistema cerrado de instituciones y normas jurídicas, y, más concretamente, independiente de la realidad social de las relaciones de la vida, reguladas por las instituciones y normas jurídicas», y 2) el sistema del positivismo científico jurídico es un sistema cerrado; su propio concepto postula la ausencia de lagunas». Como bien señala el propio Wieacker, «La vinculación del juez a la doctrina científica corresponde al ideal de formación científica del positivismo jurídico». Para una crítica, eso sí, mucho más cáustica, baste aquí una simple remisión al libro de Dieter Simon sobre «La independencia del juez» (traducción española: Ariel Barcelona, 1985).

B) En sus *Prinzipien des römischen Rechts*, aparecidos en 1934 y traducidos ya dos años después al inglés⁶, Fritz Schulz dedica un capítulo entero a la «Isolierung» o «aislamiento». Aunque no pueda negarse la influencia de Jhering y, por supuesto,

⁵ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2.ª ed., 1969, pp. 431 ss.). Por razones obvias utilizo aquí el original alemán y no la traducción española de Fernández Jardón.

⁶ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934). Hay traducción española de Manuel Abellán: *Principios de Derecho romano*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 39 ss., hecha sobre la edición italiana de Arangio Ruiz, que, a su vez, tuvo a la vista la edición inglesa de Marguerite Wolf, publicada en 1936 bajo la supervisión del autor con el título *Principles of Roman Law*. Cfr. la nota de Abellán que precede la traducción (pp. 19 ss.). Aunque para comodidad del lector sigo la traducción española, me aparto de ella al hablar de «extrajurídico» en vez de «extralegal».

Schulz no la oculte, la perspectiva es muy diferente. Schulz hace un enfoque exquisitamente histórico, pero con una continua comparación con el Derecho moderno.

Schulz comienza con la constatación de que la ciencia del Derecho es el arte del análisis. Luego, señala la distinción romana entre Derecho y temas extrajurídicos, destacando diversas facetas que permiten marcar las diferencias con el Derecho alemán moderno: así, la contención del Derecho en Roma para no invadir determinadas relaciones de la vida social, frente a lo que nosotros llamaríamos hoy día «juridificación». Aquí las tesis de Schulz podrían dar ya lugar a una amplia discusión. En el mismo orden de ideas, señala Schulz⁷ que los romanos no mencionan restricciones extrajurídicas (más bien hablaríamos hoy de instrumentos de control social), tales como la *pietas*, la *fides*, la *reverentia* (en una palabra, del *officium*, subrayando también la indiferencia con respecto a las condiciones sociales, políticas y económicas). Otra manifestación de la «Isolierung» es la estricta separación entre Derecho sacro y profano, o la también rigurosa separación entre Derecho público y privado. La tesis de Schulz es que la jurisprudencia romana es fundamentalmente la ciencia del Derecho privado de la Ciudad de Roma. Schulz termina su sugestiva exposición, en la que razones de tiempo nos impiden detenernos más, con una comparación del principio de aislamiento en Roma y en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX. También aquí es de aplaudir su enfoque crítico.

C) El profesor Wieacker –que en el Cielo esté– fue investido *Doctor honoris causa* en el Paraninfo de la Universidad de Barcelona el día 31 de marzo de 1991. El discurso de investidura del eximio profesor versa sobre «Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana»⁸. En este discurso trata también del tema de la autarquía de la ciencia del Derecho.

Wieacker plantea el tema con las siguientes palabras: «Si es cierto que los sistemas son estructuras de elementos cerradas hacia fuera y coherentes hacia dentro (así, en el caso de los sistemas jurídicos, los conceptos fundamentales, instituciones y decisiones); entonces el “verdadero” sistema de los juristas romanos es el conjunto de las operaciones mentales con el que constataban la autarquía de estas estructuras y aseguraban la coherencia de los elementos de su campo de saber, y lo construían de tal manera que se

⁷ SCHULZ, *Principien*, cit. pp. 39 ss.

⁸ WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*. Solemne investidura de *Doctor honoris causa*, Discurs de Presentació pel Professor Juan Miquel González, 15 de marzo de 1991. Publicacions Universitat de Barcelona (traducción de José Luis Linares Pineda).

consolidaba progresivamente como una conexión consistente de saberes. A continuación trataré de demostrar esto».

Aunque, por mi parte, esté de acuerdo con las tesis de Wieacker, quiero también rendirle homenaje con una crítica a algunas formulaciones, que no me parecen afortunadas. Por supuesto, se puede estar de acuerdo con la premisa de que los sistemas son estructuras de elementos cerradas hacia afuera, y coherentes hacia adentro, lo que hay que poner en tela de juicio es ya el enorme grado de abstracción que supone hablar «del conjunto de operaciones mentales con el que constataban la autarquía...» y, sobre todo, con el hecho de que la investigación de un conjunto de operaciones mentales nos sumerge de lleno en el ámbito de la psicología. Es seguro que el moderno pensamiento jurídico de la Europa continental, o los métodos del «Legal Reasoning» de la jurisprudencia anglo-americana, a las que Wieacker se refiere también expresamente, no tienen por objeto el estudio de «operaciones mentales». Las operaciones mentales son, por así decirlo, una *black box*. Por eso, parece que, en todo caso, hubiera sido mejor hablar, por ejemplo, simplemente, de procedimientos (a los que quizá se podría añadir el calificativo de heurísticos).

En cambio, hay que destacar la certera intuición, la profundidad y acierto en la formulación de la tesis que sigue: «Si los sistemas, en este sentido lato» –prosigue el sabio profesor–, «deben ser hacia afuera estructuras cerradas, autárquicas, el primer presupuesto del trabajo de los juristas era la delimitación y aislamiento de su objeto».

Y, efectivamente, por oposición a todas las culturas jurídicas precedentes, la romana hizo un tema de su objeto como *quaestio iuris*, como problema jurídico, con precisión única, excluyente, y, al mismo tiempo, aisló rigurosamente los conflictos jurídicos frente a implicaciones ajenas al sistema, como las morales, sociales o económicas. Luego, resalta el papel que tuvieron los pontífices en esa formidable tarea: «Los presupuestos de esa especialización y aislamiento descansan indudablemente en los orígenes pontificales de la jurisprudencia científica. Monopolistas asimismo del saber jurídico profano, y, por ello, expertos en el *ius civile*, los pontífices tomaron de su ámbito de competencia sacra la idea de que las causas y efectos de los fenómenos y situaciones tienen lugar en una esfera autónoma, que es independiente del nexa causa-efecto en el mundo natural o de la relación de medio a fin en el universo social».

Insistiendo en las tareas de *agere*, *cavere* y *respondere* de los pontífices y que, luego, pasarían a los juristas, explica Wieacker:

«En cada uno de estos tres cometidos yacía el germen de un análisis más preciso del problema jurídico y el de su aprovechamiento ulterior para el Derecho». Luego detalla la relevancia de cada una de estas funciones para el aislamiento del problema jurídico: a) «El *agere* reclamaba de los juristas más antiguos la subsunción prospectiva del asunto controvertido en la relación jurídica señalada en las palabras solemnes –un *dare oportere* o un *meum esse ex iure Quiritium*–, exigiendo así despejar los rasgos conceptuales, jurídicamente relevantes, ocultos en el asunto controvertido». Con gran finura observa el profesor de Gotinga: «A pesar de lo trivial que parece esta operación intelectual, implica ya un juicio cognoscitivo sobre el encaje de los hechos controvertidos, en ideas tan abstractas como la de *obligatio dare oportere*, o, diversos *iura in re (meum esse ex iure Quiritium)*. b) «Lo mismo vale» –sigue Wieacker– para el *cavere*. También el asesoramiento al concluir un negocio exigía la correcta apreciación de los fines e intenciones de las partes contratantes, como asimismo la previsión del *ius* aplicable a un eventual litigio futuro.» c) «Este proceder» –insiste el jurista alemán– «destaca al máximo en la actividad dictaminadora (*respondere*) sobre la decisión de una *quaestio iuris* contenciosa»⁹.

Por todo lo cuál, Wieacker llega a la siguiente conclusión: «En esencia, puede llamarse, por ello, al tesoro de experiencia de los viejos juristas un saber de *rationes decidendi*. Porque no sólo para el *responsum*, sino también para cada una de las tres actividades, también para *cavere* y *agere* es característica la obtención del Derecho, a través del juicio de analogía resultante de la comparación de casos»¹⁰.

La detallada exposición de las fulgurantes tesis de Wieacker nos permite constatar: a) la relación que existe entre el «sistema» y el tema del «aislamiento»; b) la tendencia de la doctrina germana a enfocar el tema desde el punto de vista de la «ciencia del Derecho», punto de vista al que Wieacker está, en cierto modo, legitimado, por referirse a los pontífices, que ostentaban un monopolio en la ciencia del Derecho; c) la relatividad y subjetividad del concepto de sistema, que en Wieacker alcanza también las máximas cotas de abstracción.

¿Cómo se plantea, desde la perspectiva del Derecho vigente, el problema de la autonomía, autarquía o aislamiento del Derecho? O, con un planteamiento algo diverso: ¿El problema de la autonomía de la moderna ciencia del Derecho? La respuesta no es fácil, y aquí más que dar soluciones, lo que haremos será esbozar un enfoque, que resalte las dificultades del tema.

⁹ *Id.*, *ibid.*

¹⁰ *Id.*, *ibid.*

Ya al comienzo nos encontramos con una paradoja:

1) Por una parte, se dice, con razón, que sectores tales como la Administración, la Política o la Economía invaden el mundo del Derecho: pensemos, por ejemplo, en la «burocratización del Derecho», en la «politización del Derecho», o en la solución de problemas jurídicos con criterios exclusivamente económicos.

2) Pero, por otra parte, es innegable el fenómeno de la «juridificación» (traduzco así al castellano el término «Verrechtlichung», tan en boga ahora en Alemania)¹¹. Juridificación quiere decir que cada vez sectores más amplios de la vida social se convierten en problemas jurídicos.

Es evidente que ambos fenómenos son complementarios y que se oponen, desde extremos opuestos, a la autarquía del Derecho. Para comprenderlos cabalmente se puede partir del concepto de sistema. Aquí todavía puede ser útil la distinción de Heck entre sistema externo y sistema interno. Hemos visto cómo esta distinción estaba implícita en Wieacker, que, acertadamente, destacaba la mayor importancia del sistema interno.

En efecto, la adecuada ordenación de las materias, el sistema externo, o, si se quiere, la sistemática es interesante a efectos expositivos y ni las leyes, ni la investigación jurídica, ni la docencia pueden prescindir de ella. Pero lo decisivo es el sistema interno, es decir, el conjunto de principios coherentes, que permiten que una materia se constituya como un todo unitario, bien acotado frente a otras manifestaciones de la vida social. Y como el Derecho es una ciencia, que se orienta fundamentalmente a la práctica, conviene subrayar la importancia que tienen en este aspecto. Nadie puede negar la importancia práctica que los principios jurídicos tienen en materias tales como el Derecho hipotecario, el Derecho procesal, el Derecho financiero, el Derecho administrativo o el Derecho constitucional. En su día fueron el vehículo para la recepción de la doctrina jurídica extranjera (alemana preponderantemente), luego permitieron la organización científica de estas, pero, además, han cristalizado en leyes y se aplican día a día por los Tribunales. Obviamente, no me puedo extender aquí sobre el concepto de sistema. En cambio, resulta muy adecuada una referencia a la obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (2.^a edición, 1983). Es una obra escrita en un lenguaje claro, no exenta de un cierto sincretismo metódico,

¹¹ Vide el volumen conjunto «Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, editado por (Rüdinger) Voigt (Königstein/Taunus 1980 Athen u. Verlag).

pero, justamente por ello y, además, por estar muy bien documentada, refleja adecuadamente el estado de la doctrina. Es, por decirlo claramente, una obra muy convencional: el jurista en su torre de marfil. Y es que Canaris, el problema de la relación del Derecho (o, si se quiere, del sistema del Derecho) con otros ámbitos de la vida social ni siquiera lo menciona. La respuesta a esta objeción es, por supuesto, clara: como indica el propio título de la obra, «Pensamiento sistemático y concepto de sistema en la Jurisprudencia», no hay razón para que la referencia a otros campos sea necesaria. A nosotros tal respuesta nos parecería adecuada, por incidir en la necesidad de separar el tema del aislamiento Derecho como fenómeno de la vida social, del tema del aislamiento de la ciencia del Derecho. Dos constataciones parecen, pues, claras: 1) no hay en Canaris (a diferencia, por ejemplo, de Wieacker) un planteamiento del tema del «aislamiento», es decir, ni siquiera referido a la ciencia del Derecho, y 2) el jurista de hoy no se puede contentar, dado el contexto social en que vive, con este planteamiento tradicional.

De sistema hablan también los sociólogos del Derecho, pero en un sentido muy diferente, es decir, justamente confrontándolo con otros sistemas de la vida social. Así lo expresa Luhmann, que concibe el Derecho como «un sistema estructurado de procesos decisorios». Las normas jurídicas son normas sociales y son así «expectativas reguladas de conducta». Aunque el control social se realice a diversos niveles, las normas jurídicas se suelen caracterizar por el hecho de que su formalización y sanción en caso de incumplimiento está regulada por el Derecho. En este orden de ideas se suele decir –y así lo expresa Luhmann– que «el Derecho es un sistema relativamente aislado».

A mi entender, esta idea se podría concretar utilizando un modelo procedente de la Biología: el de sistema homeostático¹². El sistema homeostático posee dos características fundamentales: 1) cons-

¹² GUYTON, Arthur, *Tratado de fisiología médica*, Madrid *et aliis locis*, 7.^a ed., 1988, p. 3, al hablar de la «Organización funcional del cuerpo humano y control del “medio interno”» y de los «Mecanismos “homeostáticos”» de los principales sistemas funcionales explica: «El término homeostasis lo emplean los fisiólogos para significar persistencia de condiciones estáticas o constantes en el medio interno. Esencialmente todos los órganos y tejidos de la economía llevan a cabo funciones que ayudan a mantener estas condiciones constantes. Por ejemplo, los pulmones brindan nuevo oxígeno al líquido extracelular para tener continuamente el que es usado por las células, los riñones mantienen constantes las concentraciones de iones y el tubo digestivo proporciona elementos nutritivos». Y añade: «Gran parte de esta obra se destina a estudiar la forma en la cual cada órgano o tejido contribuye a la homeostasis. Para empezar la exposición, vamos a resumir brevemente los diferentes sistemas funcionales del cuerpo y sus mecanismos homeostáticos; luego estudiaremos la teoría básica de los sistemas de control que hacen que las estructuras funcionales operen en armonía».

tancia del medio interno, y 2) independencia frente al medio externo. Ambas se encuentran en una relación causal: la independencia frente al medio externo es una consecuencia de la constancia del medio interno. Esa constancia del medio interno no es inmovilismo. Al contrario, hay una movilidad continua, enderezada a lograr un equilibrio, que no es, por tanto, estático, sino dinámico, y supone así un proceso continuo de adaptación a las nuevas circunstancias de la vida. Por poner un ejemplo trivial: la temperatura del cuerpo humano se regula por un mecanismo homeostático. La constancia del medio interno es lo que le proporciona una independencia frente al medio externo (frío o calor), independencia de la que carece un animal de sangre fría, que está obligado a la hibernación. Queda, pues, claro que mantener la constancia del medio interno obliga a un continuo proceso de adaptación.

Y, siguiendo con modelos biológicos: del mismo modo que la membrana de la célula la separa del medio que la circunda, pero que justamente la pone en contacto con el medio exterior, a través de un intercambio continuo; y, justamente, la polarización de la membrana es expresión de la vida misma, del mismo modo no resulta adecuado hablar de «aislamiento» del Derecho. Es mucho mejor hablar de autonomía y autarquía, pero, planteando, desde luego, el tema de su interrelación con los demás fenómenos de la vida social.

