

Savigny x Luhmann

Rodrigo Cortés Muñoz / rcortes@uc.cl
Universidad Gabriela Mistral
Universidad Central
Universidad Autónoma

Sobre el concepto de fuente, espíritu del pueblo y función.
Una propuesta de análisis desde la teoría de sistemas

Savigny x Luhmann

La hipótesis de trabajo: La definición de "derecho" es una cuestión secundaria a su función.

Primera premisa: qué significa que el derecho sea expresión del espíritu de un pueblo.

Segunda premisa: el derecho tiene por función estabilizar expectativas normativas (Cfr. Luhmann).

Tercera premisa: la concepción del derecho como función universaliza una dinámica particular:

Savigny x Luhmann

Volksgeist —espíritu del pueblo— / Volk —pueblo— / Völkerschaft — pueblo, nación— / Volkstum — nacionalidad—.

[Seguir una regla es seguir una práctica, y la creencia de que se sigue una regla no implica seguir la regla ("Der Regel folgen" ist eine Praxis. Und der Regel zu folgen glauben ist nicht der Regel folgen." Cfr. Wittgenstein)].

(i) Distinción entre sentido y referencia [Über Sinn und Bedeutung: Cfr. G. Frege.].

Ello querría decir que la expresión "derecho" en el contexto alemán necesita encontrar no sólo una referencia —y una expresión— sino, también un sentido.

(ii) La noción de espíritu del pueblo es traída a colación por Savigny en relación con el problema de la génesis del Derecho. (Cfr. Contreras, F. J. (2001). La idea de espíritu del pueblo en FCV Savigny. In Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Vol. 35, pp. 161-187).

Savigny x Luhmann

(iv) En "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho", Savigny dirá:

"Cuando el *Code* se infiltró en Alemania y siguió carcomiendo sin cesar, como un cáncer, no se hablaba de motivos internos y apenas había lugar para las frases vacías: todo se hallaba determinado por un fin externo, completamente extraño al propio valor del código, situación funesta de por sí, aun prescindiendo de que tal fin era el más destructor de todos."

Y una segunda cita:

"Lo primero que preguntamos a la historia es cómo se ha desarrollado realmente el Derecho en los pueblos de noble estirpe: con ello no nos anticipamos en modo alguno al juicio de si es bueno, o tal vez necesario, o bien defectuoso [...] En efecto, estos fenómenos no tienen una existencia separada, son tan solo fuerzas y actividades singulares de un pueblo, inseparablemente unidas en la naturaleza, y que solo aparentemente se revelan a nuestra consideración como cualidades especiales. Lo que las enlaza con el todo es la convicción común del pueblo, el propio sentimiento de necesidad inherente que excluye toda idea de un nacimiento casual y arbitrario."

Savigny x Luhmann

Savigny estaría diciendo:

1.- El Derecho es una práctica.

2.- En esa práctica radica su fuerza deóntica y es esa práctica la que sedimenta su mayor o menor coercibilidad.

3.- No es una noción abstracta de "espíritu" o "convicción" popular la que hace de fuente/legislador, sino un vector social concreto y con un objetivo determinado.

4.- Es cierto, como anota la doctrina, que Savigny no habría sido quien acuña la expresión "Volksgeist" como un elemento angular social. (La noción había sido ya utilizada por Montesquieu, Herder y Burke). El punto original, sin embargo, es que Savigny entiende que la convicción popular opera como sistema. Y que su sentir hace de función de la operación jurídica.

Savigny x Luhmann

- (i) ¿Quién es Luhmann?
- (ii) Qué es un sistema.
- (iii) Por qué el Derecho es descrito, por Luhmann, como un sistema de comunicaciones.
- (iv)Cuál sería la función del Derecho, según Luhmann.
- (v) Luhmann como el afuera de Habermas.
- (vi) Por qué utilizar la herramental propuesta por Luhmann para entender, hoy, a Savigny.

Savigny x Luhmann

Concepto de *función*.

(i) Durkheim – Parsons – Luhmann

[Un paréntesis: por qué pensar la propuesta de Savigny en clave sociológica, y en qué sentido esa perspectiva resulta útil para la operación jurídica].

(ii) Si por función social entendemos el rol que compete a una institución. Y la institución la comprendemos como un significado social adensado por una práctica, la función del Derecho es indiciaria de su estirpe y modo de reproducción.

(iii) Luhmann radicaliza el concepto de función: no es una función social sino sistémica. (V.gr. El error de prohibición y el componente epistemológico sobre el que se asienta; la *lex mercatoria* y el desplazamiento del sistema de adjudicación y cumplimiento forzado estadual).

Savigny x Luhmann

¿Cuál es la *función* [social] del Derecho? Estabilizar expectativas normativas.

Y ese adensamiento solo sería posible si se instancia desde un componente social, cualquiera sea la concepción que se adopte sobre el concepto de "derecho".

En ese sentido, entonces, la fórmula es: Wittgenstein (Savigny) = Luhmann

Tal como enseña la literatura: "De acuerdo con Luhmann (1970), la función es un esquema de observación del mundo bajo la forma problema/solución y ambos lados permanecen abiertos y contingentes." (Cfr. Cadenas, H. (2016). La función del funcionalismo: una exploración conceptual. *Sociologías*, 18, 196-214.).

Savigny x Luhmann

Consecuencias de una concepción sistémica-funcionalista del derecho

(i) El concepto de derecho pasa a ser contingente.

(ii) La propuesta de Savigny obliga al intérprete a adjudicar de un modo consistente con una práctica. Transforma al adjudicador en un etnógrafo.

(iii) El "espíritu del pueblo" obliga a meditar las posibilidades universales del "derecho".

(iv) La noción de "espíritu del pueblo" obliga a pensar las fuentes del derecho como mecanismos generadores de reglas jurídicas.

(v) En último término, la función del derecho como mecanismo estabilizador de expectativas está sujeta a una evidenciación empírica constante.

Savigny x Luhmann

Luhmann es un Savigny del siglo XX.

- (i) Universalidad: Savigny sostiene que el derecho es una variable social (Cfr. De la vocación de nuestro tiempo para la Legislación y la Ciencia del Derecho).
- (ii) La tensión, entonces, resulta evidente. Universalismo vs. Particularismo.
- (iii) Sin perjuicio de la contradicción en la que incurre Savigny al criticar la irracionalidad francesa, y del rol que tiene el jurista como representante del pueblo, la convicción popular es por definición una variable particular.
- (iv) ¿Cómo, entonces, universalizar el derecho y su pretensión estabilizadora? V.gr. (i)Cuál es la justificación normativa de la noción de ius cogens desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH; (ii)Cuál es la justificación normativa del principio de complementariedad del Estatuto de Roma.

Savigny x Luhmann

¡Muchas gracias!