

Una nueva manera de enfocar los problemas hipotecarios

Por creerlas de algún interés en la discusión abierta en nuestra Patria sobre la jurisprudencia de intereses y las modificaciones probables del sistema hipotecario, reproducimos a continuación las principales observaciones que sobre tales directrices, y con motivo de un somero análisis de la obra de Heck, hemos hecho públicas hace cuatro años en la Academia de Jurisprudencia, remitiendo por ahora a los que deseen mayores detalles sobre las orientaciones del nacionalsocialismo alemán al artículo insertado en la REVISTA CRÍTICA del mes de mayo de 1936 y al discurso leído por el Sr. De Diego en la apertura de Tribunales (1939).

* * *

Voy a presentar a vuestra consideración las líneas principales de una obra alemana, *Grundriss des Sachenrechts* ("Elementos o bases del derecho de cosas"), que en el año 1930 ha publicado el profesor Heck, de la Universidad de Túbinga, homónimo de D. Felipe Clemente de Diego, y como éste, dedicado desde hace medio siglo al estudio de las fuentes y de las cuestiones hermenéuticas. Como la exposición de Heck está apoyada vigorosamente en una teoría sobre el método, y la obra es un ensayo de la llamada jurisprudencia de intereses, con el objeto de que aun los menos preparados—que todos lo estás, seguramente—puedan hacerse cargo del desenvolvimiento esquemático, voy a dividir mi conferencia en cuatro partes.

En la primera señalaré cuál es la situación actual del problema de interpretación de la ley, en la segunda estudiaré la jurisprudencia de intereses, en la tercera presentaré el libro de Heck y en la cuarta haré algunas observaciones críticas sobre su contenido.

Aunque los orígenes de la jurisprudencia constructiva pudieron encontrarse ya entre los glosadores y comentaristas del Derecho romano, es lo cierto que, a juzgar por una de las cartas de Ihering, que ha traducido recientemente Román Riaza, con el título de "Jurisprudencia en broma y en serio", en el segundo tercio del siglo XIX, aproximadamente hace cien años, principió en las Universidades alemanas este afán de construir, que más tarde había de ser manía constructiva. La construcción es un término medio entre el trabajo del albañil jurídico y las faenas del arquitecto. Es elevar, por los medios propios de la ciencia jurídica, el proyectado edificio reuniendo, disponiendo y ordenando los materiales, y así como con signos, palabras o pensamientos se construye la figura geométrica, el período gramatical o el razonamiento filosófico, con los elementos jurídicos formamos el cuadro o el monumento de derecho. Por de pronto hay que buscar los cuerpos simples, las piedras o los ladrillos, el alfabeto jurídico; después hay que desenvolver la técnica constructiva. La realidad toda quedará así aprisionada en los conceptos elementales, encajada en un sistema. Puestas de relieve las notas específicas de una manifestación jurídica, se obtendrá inmediatamente su interpolación en los grandes cuadros técnicos. Esto, me diréis, se hacía en todos los países. Muy bien; pero el que lo realizaba con plena conciencia era Alemania.

Francia, en lo que se llama segundo período de la Escuela exegética, ilustrada por los monumentales jurisconsultos Duranton, Aubry y Rau, Demolombe, Mascadé, Troplong y Laurent, rendía fervoroso culto a la ley; buscaba la intención del legislador con una lealtad que se aproximaba al servilismo, y sólo en ocasiones se dejaba orientar por ciertos principios superiores a la legislación positiva.

Los juristas alemanes, sin la presión de los Códigos, provistos del abundante material acumulado por los romanistas y espoleados por las conquistas de la Escuela histórica, sometían los conceptos al crisol de la investigación, clasificaban y ordenaban las nociones y desenvolvían las normas e instituciones en forma piramidal.

Veamos cómo se adquirió plena conciencia del método constructivo.

La interpretación de la ley, después de los estudios de Savigny, había quedado limitada, como todos sabéis, a desenvolver el texto, lealmente respetado, por medio de aquellas investigaciones gramaticales, lógicas, históricas y sistemáticas, que nuestras Escuelas consideran como el máximo de concesión que al jurista puede hacerse. Pero Ihering, en sus

célebres trabajos sobre "El espíritu del Derecho romano", había distinguido la jurisprudencia *inferior*, encargada de explicar el precepto, resolver sus contradicciones, disipar sus oscuridades y revelar su voluntad, de la jurisprudencia *superior*, llamada a formar la historia natural de las instituciones y nociones jurídicas, verdaderas individualidades, animadas de vida, *cuerpos jurídicos* que nacen, se desarrollan, combaten y mueren. Definidos por su estructura y elementos anatómicos (sujeto, objeto, contenido..., etc.), y clasificados sistemáticamente, en atención a sus notas características, los *cuerpos jurídicos* aparecen en cuadros sintéticos, que agotan las manifestaciones de la vida y del derecho.

El ejemplo de Puchta y el impulso de Ihering lanzaron a la juventud estudiosa por la vía conceptualista y encontraron su punto de culminación en las *Pandectas*, de Winscheid, el principio de la dogmática moderna, que simplifica, elabora y sistematiza los inmensos materiales reunidos en el *Corpus juris* y apoya sus deducciones en los principios obtenidos por destilación, sin atender a la utilidad de las normas ni a los intereses que la han provocado. Según el maestro, "el pensamiento peculiar de la norma jurídica se representa en conceptos; es decir, en agregados de elementos dialécticos, y se trata de resolver los conceptos en sus partes constitutivas". "Por ejemplo, la *compraventa* es un contrato en cuya virtud se cede una cosa por dinero; *contrato* es un negocio jurídico, que se perfecciona cuando dos o más declaraciones concordantes de voluntad entran recíprocamente en cierta relación; *negocio jurídico* es la declaración de voluntad privada, hecha con el fin de que se produzca cierto efecto jurídico; qué es *declaración* de voluntad, qué es *voluntad*, qué es *acuerdo*, cuál es la *relación necesaria* de las dos declaraciones de voluntad concordantes, qué es *cosa*, qué es *cesión*..."

Véase cómo, en vez de la realidad palpitante y a veces sangrienta, en vez de la vida variadísima y emocionante, colocamos sobre la platina del microscopio los elementos estilizados de una anatomía espiritual, las frías concepciones de una técnica rigurosamente lógica. Y no se crea que la determinación de los expresados principios es tarea fácil y ya superada en los dos últimos milenios. Basta leer el trabajo de Schlossmann sobre el contrato (*Der Vertrag*) para convencerse de que desde las frases latinas "contraer un negocio" (*negotium contrahere*), "cometer un delito" (*contrahere delictum*) y los múltiples significados que todavía conservamos en las locuciones "contraer amistad, relaciones", etc., hasta la teoría del consentimiento como fuente de las

convenciones, hay una profunda evolución, y para poner en entredicho no sólo la fuerza vinculante de la voluntad, sino el juego de la oferta y de la aceptación o las forzadas construcciones del contrato entre ausentes. Y si del "acuerdo" ascendemos a las manifestaciones de voluntad, enfrascándonos en el examen de su realidad, exteriorización y existencia, o afirmamos que han de cruzarse entre sujetos jurídicos (personas jurídicas o morales) y saltamos luego al postulado de la "cosa u objeto jurídico", tan relacionado con las grandes corrientes filosóficas para decidir si se puede vender el pelo de lana, el vellón, la oveja, el rebaño o la hacienda, hacemos surgir conceptos cada vez más sencillos y profundos, construcciones cada vez más complejas y discutibles.

Precisamente porque estas investigaciones exigen que se separe lo accesorio o accidental de lo sustantivo y principal, nos vamos fatalmente alejando de la vida, de su complejidad, riqueza de colorido y emotividad a medida que construimos. De suerte que la técnica alemana, más avanzada en este camino que la francesa, italiana y española, llegó a una serie de figuras y construcciones de indiscutible precisión y elegancia, que encantan por sus notas matemáticas, su desenvolvimiento lógico y su racional contenido, pero que habitan en el mundo de los conceptos puros, muy lejos de la realidad y de los seres de carne y hueso.

El mismo Ihering, a quien Heck llama el Saulo de la construcción y el Pablo de la investigación teleológica, a medida que se enfrasca en las discusiones con Savigny sobre el fundamento y características de la posesión, va poniendo de relieve los defectos y abusos de la jurisprudencia conceptual y destacando el valor jurídico del interés, alma de la acción procesal, y la fuerza expansiva de la finalidad, motor del ordenamiento social. En el último tomo publicado de la magna obra *Espíritu del Derecho romano*, consagrada al valor formal y técnico del Derecho en sus primeros volúmenes, encontramos la afirmación de que "el culto de la Lógica degradó la jurisprudencia a una especie de matemática", y más tarde, en el estudio de "la finalidad en el Derecho" (*Zweck im Recht*), se hace resaltar el carácter práctico del Derecho frente al formalismo jurídico y al apriorismo filosófico. Pero es en la "Carta primera", de la *Jurisprudencia en broma y en serio*, donde se pone en ridículo a los juristas, que con testarudez diabólica intentan poner en claro las diferencias entre las obligaciones correales y las solidarias,

o se dedican a configurar el concepto de la obligación como derecho sobre la prestación o a la prestación, o por encima de la prestación.

—¿Qué ve usted en aquel techo desde el cual la lluvia cae a gotas?

—Un tejado viejo!

—Pero ¿no ve usted el resplandor de una persona jurídica que hace aguas en el predio vecino?

Efectivamente, Bocking había propuesto, para explicar varias particularidades de la servidumbre predial, que se considerase la finca dominante como una persona jurídica, cuyo gestor sería en cierta manera el propietario. Por el mismo camino, Bekker confiere a los títulos-valores la categoría de sujeto del Derecho, cuyo representante, el tenedor, podrá ejercitar las acciones y facultades insufladas en el papel. Y la vida humana queda, también, hermosamente colocada entre dos personas jurídicas: el *nasciturus* y la *hereditas iacens*.

Pero permitidme que os diga que Ihering, Saúlo verdadero, apasionado en el fondo de la jurisprudencia constructiva, se nos muestra como un Pablo de *mentirijillas*, a pesar de sus afirmaciones terminantes en las dos obras sobre la posesión, y en los escritos publicados en los últimos años de su vida. Su *conversión*, lejos de reflejar el entusiasmo y la fe del iluminado por la gracia, deja relampaguear los antiguos amores y aficiones.

La fantasía, que bajo el título *En el paraíso de los conceptos jurídicos*, escribió pocos años antes de su muerte, ridiculiza, es cierto, la plena e inocua pureza, la ideal hermosura de los conceptos, que nada tienen que ver con la vida y necesitan de un mundo que exista sólo para ellos, pone en la picota a los profesores que no se dejan arrastrar por el error de desconocer que el mundo debe estar regido por principios abstractos y exhibe con gravedad cómica la máquina de cortar un pelo en 999.999 partes exactamente iguales; la cucaña en que se colocan los problemas jurídicos, no para resolverlos, sino para hacer el ejercicio de trepar; el aparato de construcciones donde un espíritu construye el contrato, después de haber dejado a un lado los derechos sobre derechos, la prenda sobre cosas propias...; pero el lector adivina, bajo la irónica exposición, la amarga memoria del enamorado que ha visto desvanecerse sus esperanzas.

Los pensamientos finalistas que laten en el fondo de la carta, publicados en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, se concretan en el pró-

logo de la *Voluntad en la posesión*, y son desenvueltos en los tomos de *Zweck im Recht* ("El fin en el Derecho").

Las ironías de Ihering, tajantes, como ahora se dice, y de enérgicos perfiles, produjeron una reacción en la juventud estudiosa, que, sin reparar en lo que hay de aprovechable en la intuición y en el concepto, quiso arrojar, según frase de Bekker, "el niño con el agua del baño". Y desde entonces se traba el combate entre los partidarios de los métodos teleológicos y los de la jurisprudencia constructiva, que ha de llegar a conocimiento de los españoles, en uno de sus aspectos, por la traducción que a principios de este siglo hizo la editorial "Hijos de Reus" de la obra de Francisco Gény, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, que ataca con maestría el abuso de abstracciones lógicas, hecho por la jurisprudencia tradicional; o sea: el empleo de concepciones puras (desarrolladas mediante una lógica por completo abstracta) como instrumentos necesarios de fecundación de los textos legales o de elaboración de las ideas jurídicas.

La contraposición de ambos métodos, o mejor, la comparación de los *Leitmotivs* de la ciencia jurídica: teleología (jurisprudencia de fines) y positivismo jurídico (jurisprudencia de intereses), palidece un poco en Baumgarten (*Die wissenschaft vom Recht und ihre methode*), de quien son las ideas siguientes: "Es dudososo si podemos considerar al *fin* como creador del Derecho; mas la jurisprudencia, si ha de permanecer fiel a su esencia de disciplina normativa, debe ser guiada por orientaciones finales. Una investigación jurídica que se presente como *ateleológica* carece de sentido. Pero también el positivismo jurídico se desenvuelve bajo el signo de la finalidad, pues los fines del Derecho son alcanzados cuando la decisión del caso particular se obtiene mediante un procedimiento lógico de la misma regla racional sentada por el legislador. El Derecho traicionaría a su misión de ordenamiento vital si en vez de promulgar normas generales, de las cuales pudieran, con matemática precisión, obtenerse las soluciones, nos ofreciera vagas fórmulas que dependiesen, al ser aplicadas a los casos prácticos, de las vacilantes apreciaciones de intereses hechas por los Tribunales o funcionarios y por las partes." Por otro lado, a medida que se profundiza en la investigación de las fuentes del Derecho se ponen de relieve las deficiencias de la ley, no sólo en cuanto a su formación y redacción, sino en cuanto a su vigencia y alcance. Hay muchos problemas que no pueden ser resueltos con el desarrollo lógico de sus preceptos ni con la analogía,

y cada día surgen nuevos instrumentos físicos, complejas organizaciones sociales, importantes descubrimientos biológicos, que el legislador no pudo prever ni mucho menos regular: ondas hertzianas, rayos X, estupefacientes, navegación aérea, radiotelefonía, cinematógrafos... ¿Cómo decidir, por ejemplo, las cuestiones que la radio suscita con la doctrina clásica de las inmisiones?

Admitido que la Ley tiene lagunas, su culto desaparece, la fortaleza inexpugnable de los Códigos se agrieta y la jurisprudencia, que en los dos primeros tercios del siglo XIX no pasaba de la categoría de esclava (*Ancilla legis*), se coloca en primera línea. No puedo fijar con precisión de dónde partió la cruzada moderna contra la Ley (cuyas limitaciones indicaba ya Aristóteles en la *Etica a Nicómaco*) ni quién inició los movimientos de la hoy poderosa Escuela del Derecho libre. Como precursor, Müller-Erzbach cita a Adickes, y como continuadores a Kantorowicz, Stampe y Ehrlich, cuyo estudio sobre las lagunas en el Derecho (*Über Lücken im Rechte*) vió la luz en Viena el año 1888. Pero Heck repite con insistencia que la frase "investigación libre del Derecho" (*Freie Rechtsfindung*) fué acuñada por el austriaco Erlich para designar las resoluciones de casos no inspiradas en la Ley. Más tarde (1907), Kantorowicz comprendió, dentro de la designación "método del Derecho libre", todo el terreno acotado por la jurisprudencia teleológica. También colocan los alemanes, entre los defensores del método, a Jung, Isay, Fuchs, Schmölder, Gmelin, Berolzheimer..., si bien entre ellos hay diferencias notables.

Sin embargo, la discusión y propaganda más eficaz en el Occidente de Europa y en los otros continentes se debe a la ya citada obra de F. Gény, publicada en 1879. El entonces decano de la Universidad de Nancy puso en boga la *libre recherche du droit* con la siguiente conclusión: "Aun bajo su forma positiva, el Derecho se nos ofrece como un conjunto de reglas nacidas de la *naturaleza de las cosas* y que deben ser deducidas por medio de una interpretación, más o menos libre, de los elementos sociales que aquél tiene por objeto ordenar en vista del bien común."

Sin penetrar en lo que esta doctrina, apoyada en la *nature des choses*, pueda significar para el resurgimiento del Derecho natural frente al positivo, es lo cierto que unas veces con el pretexto de insuficiencia, equivocación o caducidad, otras con el de oscuridad o contradicción, en ocasiones por equidad y, en fin, por razones de justicia, autoriza al Juez

para suplir, corregir, armonizar y hasta contradecir el texto legal. La jurisprudencia baja con precipitación los peldaños del altar elevado a la Ley: ya no es ésta un texto evangélico que haya de ser interpretado con máxima reverencia, después de pasar la noche en oración, como el glosador de la leyenda; ni siquiera un mandato del Poder soberano que debemos obedecer con lealtad, pero no servilmente; ni un imperativo condicionado por la vida social, sino que, como el mismo Gény enseña, no puede ser tenida más que por una información muy limitada del Derecho, o, como sostienen algunos autores, por una orden cuya vigencia depende de su concordancia con la conciencia del pueblo, o como una indicación casi desprovista de imperio, que se dirige a la comunidad, o como una creación reflexiva que se halla a la cabeza de los mecanismos declarativos, o como un libro de texto solemnemente publicado.

Para darse cuenta del atrevimiento con que la materia se enfoca en la actualidad, basta hojear los tres volúmenes recientemente publicados en honor de Francisco Gény (*Recueil d'études sur les sources du droit*); y sobre todo detenerse un momento en los estudios de los norteamericanos, tan de moda en toda clase de actividades para no estarlo en las jurídicas. Rocourek, después de señalar el desmesurado valor de los precedentes (*stare decisis*), afirma con Holmes que la vida del Derecho no se desenvuelve en la lógica, sino por la experiencia, ya que tras de la racionalización se encuentran frecuentemente decisiones inarticuladas o inconscientes; con Carter, que la Ley no puede ser hecha, sino hallada; con Pound, que el precepto debe ser apreciado por sus consecuencias, no por sus filigranas; con Green, que las normas sirven de poco ante los distintos factores que influyen sobre el juicio, y sintetiza las ideas allí predominantes en los siete pecados capitales de la Ley: 1.º Las relaciones humanas son demasiado numerosas y complejas para caber en reglas sencillas. 2.º La vida varía constantemente y el Derecho de hoy es mañana inservible. 3.º El juicio moral se halla en un flujo perpetuo. 4.º Las reglas envueltas en palabras resultan confusas y deben ser contempladas *in the light of its purposes*. 5.º Las leyes tienen sólo especial sentido para los Jueces y son inseparables, en su aplicación, de la ignorancia, del prejuicio, del orgullo, del temor. de lo subjetivo. 6.º El juicio humano es un acontecimiento emocional, racionalizado más tarde, y el proceso mismo de racionalización es tan sólo una ilusión que oculta a los ojos del observador la vida real; y 7.º Los fenómenos no se presentan bajo la forma de definiciones y clasificaciones. Todavía con ma-

yor despreocupación, Hutcheson, en un artículo sobre el juicio intuitivo, nos recuerda que un célebre Juez, llamado a decidir una cuestión delicada, declaró que puesto que los estrechos prejuicios de la época no le permitían echar a suerte el fallo, meditaría sobre el asunto y esperaría *his hunch* (golpe, idea feliz o impetu sugestivo).

De joven, y en los jardines universitarios, el autor veía el Derecho como un sistema de reglas y precedentes, de categorías y conceptos, que el Juez administraba con la frialdad de una máquina lógica, y dividía los juicios en cuatro clases: los *cogitativos*, producto de la reflexión lógica; los *aleatorios*, echados a cara o cruz; los *intuitivos* o emocionales, y los *asnales (asinine)*, dictados por Jueces de largas y puntiagudas orejas. Las tres últimas clases pertenecían a un género procesal que el buen Juez debía evitar. Después de dieciocho años de foro y once de magistratura, Hutcheson, para resolver los casos jurídicos, examina los materiales todos, reflexiona... y espera la intuición (*the hunch*), el relámpago sentimental que une el problema y la decisión. Este juicio interno, que puede oponerse al formalmente motivado, tiene un parentesco inmediato con la obra de arte. El huracán intuitivo barre las dudas y vacilaciones del Juez, le empuja violentamente al fallo, y la vía, un momento iluminada por el rayo cegador de la emoción, queda luego en la oscuridad. Para redactar las sentencias, el Juez intentará reandar el perdido camino con la deficiente ayuda del razonamiento fundado en las normas legales. Por último, Rogers intenta acercarse científicamente a la decisión libre con un ejemplo traído de la biología de las glándulas endocrinas. En la sociedad encontramos ciertas glándulas (Tribunales, Administración) que segregan Derecho: una sustancia no del todo pura, que influye sobre la conducta humana. Para analizarla y producirla, los iusnaturalistas acuden a un orden eterno; los analíticos, a la razón; los historicistas, a la evolución legal; la jurisprudencia comparativa, a otros sistemas legales; la escuela sociológica, a las condiciones de vida, y ciertos juristas, a la intuición de lo justo, moral y legítimo. Pero el estudio de la organización social provoca en el Juez dos tendencias: un mero impulso conservador de aquélla y una inclinación a teorizar o reformarla, y por consecuencia, a modelar la conducta humana bajo la presión de una ley. De aquí que el fallo se forme por la observación de los moldes en que se desenvuelve la actividad social y bajo la influencia de alguna teoría o emoción provocada por un ideal (*Good social policy*). El prestigioso Juez se ha de caracterizar más bien por la inteligen-

cia y experiencia de las cosas humanas que por la ciencia del Derecho, por los conocimientos históricos o por los razonamientos matemáticos.

La publicación del Código Civil suizo, cuyo primer artículo autoriza al Juez, en defecto de ley o costumbres, para fallar según las reglas que promulgaria si fuese legislador, provocó trabajos entusiastas, y en Alemania, la llamada crisis de confianza en la Justicia encontró violentos ecos en la revista *Die Justiz*, fundada por Ernst Fuchs, para limitar el dominio de la ley y formar Jueces a quienes pudiera otorgarse la función creadora del Derecho. No hay que decir que los principales ataques de este grupo van dirigidos contra la jurisprudencia de conceptos, abominable, escolástica, despreciadora del germanismo puro, guiada siempre por un razonamiento deductivo, frío y desconocedor del espíritu social de nuestra época, y totalmente entregada a sútiles discusiones, de las que nunca se obtendrán resultados seguros y estables; pero tampoco se perdonan a los Jueces, pedantes y olvidados de la realidad, que lo saben todo y no entienden de nada y actúan como sacerdotes del fetichismo legal. Por otra parte, Bendi ha publicado un libro titulado *Las fuerzas irracionales de la jurisprudencia civil* (*Die irrationalen kräfte der zivilrichterlichen Usteilstätigkeit*) para demostrar que mientras los Jueces alemanes creen aplicar las normas jurídicas con una lógica desapasionada, en realidad fallan según sus inclinaciones y descos, dominados por fuerzas irrationales. Así, en un pleito sobre el valor de ciertas mercancías, las partes discuten si ha habido venta o comisión, y el Tribunal se inclina por esta solución para detenerse en una cifra razonable. Otras veces, los fallos ponen de relieve una mentalidad capitalista, las tendencias características de las clases sociales a que los Jueces pertenecen, etcétera... Como si se dijese: El Tribunal Supremo español está formado por personas de la clase media y entusiastas de los valores tradicionales. De éstos, unos, acrisolados por el contacto y lucha con los árabes, giran alrededor de la fidelidad de la mujer; otros, de estirpe heroica, ensalzan la caballerosidad. En su consecuencia, los pleitos de divorcio en nuestra patria se resolverán siempre en atención a la fidelidad de la mujer y a la caballerosidad del marido, cualquiera que sea el contenido de la Ley especial.

Esta rebelión del irracionalismo frente al despótico imperio de la *ratio*, iniciada por Niezsche, el primer gran libertador de los instintos oprimidos, como le llama Medina Echavarría, se apoya en las teorías de Bergson sobre el instinto y la intuición, en los vulgarizados estudios

de Freud sobre lo subconsciente, en la importancia concedida por Scheler a la vía emocional para adquirir juicios de valor, en la atención otorgada por Mayer a las formas no racionales del pensamiento y en la contraposición de norma y decisión, base de la tesis publicada en 1929 por H. Isay, que alumbra las relaciones entre lo abstracto y lo concreto, lo desvitalizado y lo vivo. Como resumen de esta doctrina se llega a afirmar que las leyes son verdaderos conjuntos de fallos, y los fallos o, en general, las decisiones jurídicas, surgen de una serie emocional, de sentimientos apenas alumbrados por la luz de la conciencia individual.

Como veis, los métodos *modernistas* han concluído, de un lado, con el texto legal; de otro, con el Juez. Heck se hace cargo de estas peligrosas ideas y avanza las que examinaremos en la segunda parte de esta exposición.

* * *

Para Heck la ley es una preciosa conquista de los pueblos civilizados, dotada de cualidades y perfecciones que la colocan por encima de las costumbres inciertas, de los precedentes concretos y de los juicios oscuros. Hay que ser fieles a la ley si se quiere obtener una libertad plena, un derecho seguro, una armonía completa. Pero al mismo tiempo hay que apoyar la justicia en los complejos fenómenos de la vida social, introducir la sociología en el Derecho y colocar al jurista en el centro del mundo inquieto, apasionado, henchido de anhelos y necesidades. La escuela de Tübingen presenta, en su consecuencia, un doble frente: al movimiento del derecho libre opone la fidelidad a la ley y contra la jurisprudencia de conceptos, ordena en cerradas filas los argumentos de los modernistas y levanta la llamada jurisprudencia de intereses. Veamos cómo.

El derecho, norma de conducta como la moral y las costumbres, nace, se desenvuelve y muere para que la humanidad se ponga en camino de alcanzar ideales, más o menos precisos, objetivos determinados, aspiraciones que podemos envolver en la categoría de fines. Tiene, por lo tanto, una finalidad. Pero el estudio del último fin, por ejemplo, Dios, al cual va todo ordenado en la filosofía escolástica, se halla muy por encima del carácter práctico de la jurisprudencia, que, como la medicina, no necesita elevarse a los primeros principios. Por las mismas razones debemos dejar a un lado el estudio de la finalidad de la vida, de la sociedad o del hombre ajenos a una carrera no especulativa y des-

proporcionado al escaso bagaje filosófico de los licenciados en Derecho. Con más modestas pretensiones, Heck, sin exigir de sus discípulos una concepción general del Universo ni un sistema metafísico, y lanzando amorosas miradas a las ciencias físicas, matemáticas y naturales, llama la atención de todos sobre los impulsos, deseos y anhelos humanos, sobre las fuerzas que batallan en el fondo de la vida y sobre los conflictos latentes o exteriorizados en la sociedad. La palabra *interés* refleja, es cierto, la influencia que los bienes tienen en la conducta del hombre, pero no se circumscribe a las necesidades materiales, sino que se extiende a las grandes orientaciones políticas, artísticas, religiosas, científicas..., y la jurisprudencia de intereses queda así centrada sobre la satisfacción de estos anhelos, la supresión de los conflictos y la resolución de las antinomias mediante la ponderación de fuerzas y el equilibrio de pretensiones.

Desde este punto de vista, la determinación de la finalidad de la ley, de las direcciones en que mira, asume capital importancia y elimina casi los problemas de *abuso del derecho* y desviación de poder, a cuya solución dedicaron tantos esfuerzos en lo que va de siglo destacados jurisconsultos, y entre ellos el Sr. Calvo Sotelo, Presidente de esta Ilustre Academia. Fijar la polarización del texto legal equivale a trazar la órbita dentro de la que han de moverse los individuos y actuar los Tribunales y órganos de la Administración pública. Esta sistemática impone a la jurisprudencia una doble tarea: primera, la adquisición o captación de normas (*Normgewinnung*) para preparar la aplicación y complemento de las promulgadas, mediante la determinación de intereses y el planteamiento de conflictos; segunda, el ordenamiento del ingente material jurídico para facilitar su conocimiento, o sea las labores de simplificación y presentación. Ambos deberes, *normativos* y de *formulación*, se desenvuelven sobre otra fundamental distinción provocada por los aspectos: a) de mando imperativo, y b) de satisfacción de intereses, característicos del Derecho. a) Como imperativo de conciencia, pertenece el Derecho a las representaciones éticas, directamente enfiladas a la regulación de la vida. El estudio de su *estructura* puede compararse con el de la anatomía. b) Cuando tratamos de indagar el significado que el Derecho tiene en la vida social, enfocamos los llamados intereses o valores protegidos o asegurados por la norma jurídica. La investigación de los mismos, o sea el *lado funcional*, puede equiparse a la fisiología.

El trabajo científico se perfecciona con la construcción del concepto que el investigador traduce en palabras o frases, tomando a veces en preferente consideración la estructura y reflejando en otras el interés. De aquí la posibilidad de dobles conceptos, anatómicos o funcionales, de la obligación, del delito, etc., y la antinomia constante del concepto jurídico y de la situación de intereses. Para la adquisición o captación de normas, ambos procesos son indispensables: sólo puede aplicarse y completarse un precepto cuando se conocen sus antecedentes fundamentales y las finalidades por él perseguidas. Para la elaboración sistemática puede arrancarse de los conceptos estructurales (obligación, daños, enriquecimiento, derecho real, etc....), pero sin la pretensión de emplear los cuadros formados en la obtención de nuevas normas, porque el ordenamiento y la clasificación son estériles. Limitados así los conceptos generales a un papel ordenador, como si fuesen etiquetas, pierden su valor las tenaces disputas constructivas y existe la posibilidad de dobles construcciones.

También existía esta posibilidad en el antiguo método, y la incertidumbre resultante era superada por otras consideraciones, a veces de equidad o utilidad, en el procedimiento llamado *criptosociología*, construcción aparente o disfraz de conceptos. Sin embargo, la lucha se empeñaba alrededor de los núcleos conceptuales sobre la "naturaleza jurídica" de las instituciones o la "estructura" de los elementos, dejando en completo abandono los intereses, la relación entre derecho y vida y las escalas de valor.

La diferencia entre la construcción dogmática y la teleológica aparece con precisión en el que Heck denomina paradigma de la restauración del cuadro. Supongamos que se halla una tabla célebre, por ejemplo, el "rapto de Elena", con una mancha o desconchado, y se trata de restaurarla (algo como una laguna, que debe colmarse, de la tabla legal). El pintor de la escuela dogmática examinará las líneas interrumpidas, determinará su ecuación algebraica, las incluirá, respectivamente, en las clasificaciones de la Geometría analítica: circunferencia, parábola, sinusoide..., y continuará con mano servil el trazado de los arcos. En cambio, el pintor teleológico o de intereses se preguntará: ¿Qué es esto? ¿Una grupa de caballo? ¿Un árbol? Y dibujará a mano alzada la grupa o las hojas con la vista puesta tanto en la realidad como en el cuadro. No hay duda sobre el mejor sentido de estos últimos retoques.

Acertado en tales críticas, acaso lo sea Heck menos en la aludida

cuestión de la infecundidad de los conceptos, sobre todo en la exagerada esterilidad a que los condena cuando no son obra del legislador, y, en su consecuencia, no son obligatorios para el Juez. Frente a los conceptos éticos (*Sollbegriffe*) propios de las disciplinas normativas, coloca los conceptos de ordenamiento o sistematización (*Ordnungsbegiffe*) que emplea el Derecho, como las ciencias naturales (Zoología, Botánica, etc.), para agrupar bajo ciertas características los elementos, organismos o seres estudiados. El criterio de selectividad que ha presidido la agrupación genérica no actúa en forma tan libre e indiferente como parece deducirse de ciertas expresiones empleadas por el maestro, y antes tiende a poner de manifiesto el eje del sistema o la finalidad pedagógica que se persigue. Ahora que para obtener en ocasiones un principio o proposición general o para subsumir el caso en la regla, hay que forzar el razonamiento intuitivo y dar verdaderos saltos que comprometen la exactitud de ulteriores derivaciones o que resuelven el problema al plantearlo. Supongamos, para ilustrar el tema con un ejemplo matemático, que he llegado a formar el concepto de número primo, y llamo así al que no tiene más divisores que él mismo y la unidad. Nadie pondrá en duda la trascendencia práctica del concepto: si hay aquí un montón de naranjas que sea un número primo, no podrá dividirlo en montones iguales, porque la división por uno reproduce el mismo número y la división por éste da la unidad, que no es un montón. Pero los conceptos jurídicos obtenidos intuitivamente no permitirán razonamientos tan seguros ni tan simples. Pasará algo parecido a la precipitada inducción de un estudiante que de la observación de los números 17-37-47-57, impares, de dos cifras y terminados en 7, llegara a la proposición siguiente: todos los números inferiores a 100 y terminados en 7 son primos. El montón de 27 naranjas, sin embargo, se dejaría dividir exactamente entre 3 personas, como el de 77 entre 11, etc. .. La jurisprudencia dogmática, en vista de los elementos comunes que un atento examen de las obligaciones nacidas *re, verbis, litteris, consensu* pone de relieve, y que también aparecen en las surgidas de una correspondencia epistolar, intenta la construcción del contrato como concepto en que luego han de encajar como en lecho de Procusto, la contratación por autómatas, las tarifas, la convención telefónica, los despachos teográficos o radiados . , y cuando la técnica, enamorada del dogmatismo, discute con tesón si el arrendamiento puede entrar en la categoría de los derechos reales, separando con fino escalpelo los ele-

mentos jurídicos de su estructura, no hace más que labor anatómica estéril, o, si obtiene resultados positivos mediante consideraciones funcionales o impulsos metajurídicos, engaña a quienes confían exclusivamente en el método constructivo, porque ha consumado la subsunción en virtud de motivos que luego justificará por vía de deducción. Hay en tales supuestos un círculo vicioso que la jurisprudencia de intereses trata de romper, como veremos ahora, apoyándose en la realidad social, en las fuerzas de la vida.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Continuará.)