

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año XI

Agosto de 1935

Núm. 128

---

## La escuela de Tubinga <sup>(1)</sup>

### I

La jurisprudencia de intereses debe sus desarrollos a la tenaz labor de dos profesores que, deseosos de liberar al Juez de la tiranía de los conceptos y de empujarle por los espléndidos campos de la vida social, se alistaron en las filas del modernismo judicial paralelamente al llamado movimiento del Derecho libre (*Freirechtsbewegung*); pero temerosos de los abismos que los anárquicos entusiasmos abrían a sus pies, anclaron su doctrina en la roca de ley y buscaron en su inspiración y finalidad un criterio objetivo. Por ello resultaron sospechosos a uno y otro bando, sufrieron los ataques en ambos frentes y se ven en la constante necesidad de justificar su posición y desvanecer los *malentendus* de los adversarios.

Ya en el prólogo de su obra *La avería gruesa*, que remonta al año 1889, Heck realizaba el carácter metódico de su tarea, que tenía a demostrar la dependencia en que el Derecho se halla respecto de las necesidades humanas, y la significación del factor *finalidad*. También allí aparece la indicación de que el intérprete debe acomodarse a los términos prácticos y finalistas del problema y hasta la recomendación hecha al Juez de que llene las lagunas con su propia creación, decidiendo *de lege ferenda* cuando la investigación *de lege lata* no tenga resultado.

Estas ideas cristalizan en un discurso leído en la Universidad

(1) Véase el artículo «Jurisprudencia de intereses» del número 126 de esta Revista.

de Tubinga el 6 de Febrero de 1912, que, tras una breve exposición de la disputa sobre el método jurídico, enfoca el problema de la adquisición o captación del Derecho, la jurisprudencia de conceptos, las nuevas direcciones teleológicas y las trascendentales reformas con que los modernistas tratan de corregir la estéril y perjudicial labor de las Parlamentos en el ordenamiento jurídico privado (rebajar el Código civil a la categoría de un texto académico, distinguir de tareas políticas y no políticas, con atribución de éstas a organismos censurados por las Cortes; institución de un Justicia mayor (*Reichsjustizamt*) (1).

La interpretación de la Ley en su relación con la jurisprudencia de intereses, se desenvuelve con mayor precisión en un extenso trabajo publicado en el *Anuario para la práctica civil* de 1914 (2), donde la tarea del Juez, lejos de limitarse a la subsunción lógica, reviste los caracteres de un proceso de obediencia racional que atiende al contenido, a los motivos y a la causa del mandato, a los precedentes históricos y a los intereses concurrentes, contradictorios y obstaculizantes. Heck confiere a los conceptos solamente una función ordenadora y retrocede a la causa fundamental del precepto, diferencia e integra las relaciones sociales, cualifica los impulsos interesados como más finos y adecuados al estudio de las necesidades y separa los problemas de conocimiento o nomotesia de los problemas de valoración. Demostrada la aplicabilidad y la independencia del nuevo método, desvirtuados los argumentos contrarios, basados en la voluntad del legislador y en la separación liberal de los Poderes, invoca como inspiradora de su sistema la *experientia vilae*, y termina con la afirmación de que la jurisprudencia de intereses facilita y asegura a los profesionales la apreciación de lo jurídico concreto, con independencia de los ideales políticos y de la intuición del mundo por cada uno formada, y en vez de ser un reflejo de las corrientes filosóficas de moda, se deriva directamente de la función encomendada al Juez por las Constituciones modernas.

La doctrina aparece en su completa madurez, consciente y acometedora, en la obra de Heck sobre construcción de conceptos pu-

(1) *Das problem der Reichsgewinnung*, 2.<sup>a</sup> edición, 1932. Mohr, Tubingen.

(2) *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Existe edición separada. Tubingen, Mohr, 1914.

blicada en 1932, que estudia en la primera parte los problemas básicos de la discusión sobre el método, por el orden siguiente: 1.º, los fines de la ciencia y la dependencia jurídica de la jurisprudencia de intereses; 2.º, los tres conceptos instrumentales del método (intereses, conceptos y construcción); 3.º, el nacimiento de la norma jurídica; 4.º, el fallo judicial, con referencia a la jurisprudencia constructiva y a la de intereses; y 5.º, la tarea de la ciencia: extensión de los materiales normativos y sistema interno de la adquisición o captación de preceptos, y de su presentación o exposición en el procedimiento deductivo e inductivo; con un apéndice sobre las controversias constructivas y la posibilidad de múltiples conceptos. La segunda parte está dedicada a rebatir las observaciones de Oertmann sobre la probable infidelidad del sistema a la Ley, el riesgo de que la depreciación del concepto perturbe las exposiciones sintéticas y las dificultades que presenta en la enseñanza, con unas advertencias finales que destacan el carácter funcional y biológico de la jurisprudencia de intereses (1).

Y para presentar dos espléndidas muestras del valor práctico de su método, Heck ha publicado un tratado elemental del Derecho de obligaciones y otro del Derecho de cosas, en los que pone de relieve las diferencias más notables entre ambas jurisprudencias, por lo que se refiere a la estructura y desenvolvimientos doctrinales, al mismo tiempo que da un notable ejemplo a los que quieran seguirle por el camino de la investigación y ponderación de intereses (2).

Con igual tesón combatía su colega Max Rümelin, conocido en nuestra patria por las citas de su estudio sobre la autocontratación (1888), en los siguientes discursos leídos con motivo de las académicas distribuciones de premios en la Universidad de Tübinga: *Bernardo Windscheid y su influencia en el Derecho privado y en la jurisprudencia* (1907); *El nuevo Código civil suizo y su significación para nosotros* (1908); *La equidad en el Derecho* (1921); *Rodolfo de Ihering* (1922); *Eugenio Huber* (1923); *Intuición jurídica y conciencia jurídica* (1925); *La igualdad ante la Ley* (1928); *La fuerza vinculadora de la costumbre y su fundamento* (1929); *Cambios experimentados en la jurisprudencia y en la doctrina* (1930).

(1) *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübinga, 1932. Mohr.

(2) *Grundriss des Schuldrechts*. 1929. *Grundriss des Sachenrechts*. 1930

A pesar de todo, el público alemán, los profesionales y aun los especialistas no se hallaban enterados de la significación del movimiento, que confundían con las ramificaciones de la corriente del Derecho libre, y si no se había llegado a una conspiración del silencio, por lo menos faltaban en los expositores las citas precisas y la exacta valoración de las orientaciones, así como sobraban las impugnaciones de ideas que también Heck y Rümelin combatían (1).

La escuela tubingense de Derecho privado, o de la jurisprudencia de intereses (*Tübinger Schule der Privatrechtslehre-Tübiger Interessenjurisprudenz*) se afirma y reconoce oficialmente en el volumen publicado, con motivo de cumplir los setenta años Max Rümelin, en su honor y en el de Heck y Benno Schmidt, y en los trabajos que vienen apareciendo en el más que centenario *Archiv für die Civilistische Praxis*, editado en aquella población por Mohr.

## II

Por recientes que sean las investigaciones sobre finalidad en el Derecho, y por grande que sea la influencia de la escuela vienesa, que quiere dejar reducida la jurisprudencia a una especie de álgebra de las normas, en los antiguos y modernos expositores de la teoría de interpretación se encuentran términos, como los de voluntad, mente, intención y propósitos de la Ley o del legislador, que hacen una referencia más o menos directa al *fin* perseguido, y aun el gran público, el hombre del medio de la calle o el del rincón del hogar, comprenden sin ningún esfuerzo que el Derecho se establece para algo y perciben inmediatamente el lado práctico de las instituciones.

Pero el método teleológico (de *telos-eos*, fin, y *logos*, discurso) se caracteriza por encauzar la investigación en plano diferente del que corresponde a la interpretación positivista, por denegar al concepto jurídico su fuerza trascendente y su exactitud matemática y por abrir el paso a consideraciones intuitivas o emocionales de innegable subjetividad.

(1) Véanse las pruebas en Stoll: *Begriff und Konstruktion*, Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt. Mohr, Tübingen, 1931.

Sólo que la investigación de fines concentra las dificultades. El fin último, Dios, al cual los escolásticos ordenaban toda la existencia (*omnia ordinanda ad Deum*), la finalidad divina sobre cuyo conocimiento asentaba Tredelenburg el Derecho (*der Anerkennung des Göttlichen Zweckes*) son tareas que sobrepasan los medios de una ciencia práctica como la jurisprudencia, y la catalogación de fines secundarios nos envuelve en problemas metafísicos y sociales de enorme complejidad y trascendencia.

Por eso Heck, que reconoce como una especie del método teleológico el de intereses, deslinda su ámbito y fija con gran modestia sus pretensiones. La nueva dirección del pensamiento centra el Derecho sobre las exigencias de la vida, y así se habla de método teleológico y de jurisprudencia realista, sociológica, de valores y también de intereses. Esta dirección se bifurca: algunos de sus representantes atribuyen la potestad de captar o adquirir el derecho al Juez exclusivamente y le liberan de la Ley (*Freirechtslehre*), pero son muchos más los que siguen fieles a la Ley (*gesetzestreue Teleologie*) y han de luchar al mismo tiempo frente a la jurisprudencia de conceptos, con los partidarios del derecho libre. De suerte que a la negación que formulan de aquella jurisprudencia corresponde la positiva referencia a las necesidades vitales, y a la negación del derecho libre, el postulado de la aplicación leal de la Ley (1). El método de la jurisprudencia de intereses recibe sus bases e inspiración de la experiencia y exigencias del trabajo jurídico, no descansa en una especial intuición del Universo, en un sistema filosófico o en fundamentales aportaciones de otras ciencias. Aunque independiente y extraño a las elucubraciones metafísicas, no desdeña los estudios matemáticos, naturalistas ni de cualquier otra clase; pero ante todo es eminentemente profesional, de juristas, y se halla orientado o polarizado hacia los variadísimos intereses que tutela un ordenamiento jurídico. Sus discusiones no versan sobre la concepción del mundo ni sobre los posibles ideales, sino más bien sobre los medios para alcanzar los fines comunes. Tampoco se deja el método llevar por los postulados materialistas, y enfoca con instrumentos propios la estrella polar de la eterna justicia.

(1) *Die Leugnung der Interessenj. Archiv. f. die Civ. Pr.* 137 Band, 49.

Sobre la teoría *genética* de Ihering y con ciertas aproximaciones al derecho justo de Stammler, Heck desenvuelve la teoría *productiva* de los intereses, colmando con sus trabajos las lagunas de la ley. Como instrumentos de trabajo maneja : 1), los *intereses* ; 2), los *conceptos*, y 3), la *construcción*, nociones que toma del lenguaje ordinario y afina en su aplicación a la jurisprudencia.

En el lenguaje corriente, la palabra *interés* pone de manifiesto la significación que los bienes de la vida tienen para el hombre y, en su consecuencia, el deseo de tales bienes. Pero no solamente el deseo que se destaca en el campo de la conciencia, sino también el impulso inconsciente. Finalmente, son intereses, en sentido objetivo, las relaciones que provocan el deseo o el impulso. Usualmente se amplía el sentido hasta comprender los intereses de un grupo, de la comunidad, del público, de la humanidad, y en el término van involucrados no sólo los intereses patrimoniales, sino los bienes ideales : éticos, religiosos, de la justicia... La política, entendida como lucha por la participación en la formación del Derecho o en la promulgación de la ley, refleja intereses de capas sociales, partidos, etcétera.

La jurisprudencia de intereses sirve a la vida con toda su complejidad, tiende a satisfacer estos anhelos y se propone la supresión de conflictos privados, del choque de ideales legislativos y de las antinomias de los intereses públicos frente a los privados. Dentro de los intereses que el legislador ha de conservar o tutelar podemos distinguir tres grupos : los intereses vitales que la justicia impone y la ley protege al distribuir y decidir, la necesidad de promulgar mandatos aplicables (practicabilidad) y las ventajas de la comodidad o fácil obediencia de los preceptos. El trabajo científico, con tales conceptos, lleva a la admisión de nociones auxiliares : la norma jurídica de *decidir* conflictos de intereses, la *decisión*, ha de ponderar los contrapuestos y concurrentes, y esto ha de realizarse por medio de una *valoración*. El juicio valorativo vuelve a la representación de un ordenamiento trascendente, y también de un concreto ideal social.

Por eso Stoll avanza la designación de jurisprudencia de valores : los representantes del derecho político, la de jurisprudencia teleológica, y los criminalistas prefieren enfilear la teoría de los bienes jurídicos.

Sin embargo, Heck rechaza los intentos de sustituir a los intereses el fin, los bienes jurídicos o el valor. El precepto legal no recibe grandes luces de los últimos conceptos: es la diagonal del paralelogramo de fuerzas interesadas, cuyo estudio debe preocuparnos tanto como la valoración del interés predominante. Por otra parte, la frase *bienes jurídicos* se refiere a *valores objetivos*, y ambas significan algo que no es completamente sustituible a los estados de ánimo, a la predisposición del interesado. No se niega con tales réplicas la importancia de los conceptos auxiliares, pero para un trabajo de filigrana, como el de poner en evidencia los múltiples intereses comprometidos en sociedades, seguros, propiedad intelectual, etc..., necesitamos un instrumental fino, así como para decidir los conflictos de la educación religiosa o de la comunidad matrimonial deberíamos emplear verdaderas balanzas de precisión.

### III

Una frase de Porfirio, que la Edad Media había encontrado en Boecio traducida al latín (1), encendió la discusión sobre los llamados *universales*: «no quiero profundizar si los géneros y las especies existen por sí mismos o solamente en la inteligencia». En ello se alude a las opiniones de Platón y Aristóteles. Para el primero, los géneros, las *ideas*, son la esencia misma de las cosas: existen permanentemente, mientras que los individuos arrastrados por un movimiento continuo aparecen y desaparecen. Las *ideas* no son simples conceptos, nociones abstractas, tienen realidad objetiva. Aristóteles parecía inclinado a no concederles más que un valor psicológico y lógico y negaba su existencia independiente respecto de las cosas particulares.

Inciertas las posiciones y oscuros los argumentos de los primeros comentaristas de la escuela, es preciso llegar a Roscelino para encontrar una clara expresión del nominalismo: los universales son meras abstracciones y las partes no tienen existencia real (porque decir que una parte es tan real como la cosa, equivale a decir que

(1) Vide Cousin: *Fragments philosophiques*, 5.<sup>a</sup> ed. Phyllos. du Moyen-âge. París. Didier, 1865, págs. 60 y sig.

aquella es parte de sí misma, ya que la cosa no es lo que es, más que con todas sus partes; y porque la parte debe preceder al todo, y como forma parte del todo, debería precederse a sí misma, lo que es absurdo). En realidad, no existen más que individuos, de donde el espíritu, por vía de comparación y abstracción, forma los géneros y las especies. 0

Comprometida la existencia real de la Trinidad por esta doctrina, S. Anselmo, saliendo a la defensa de la fe católica, llama a estos conceptos *sustancias universales*, une el nominalismo al empirismo, así como el realismo a la filosofía racional; se atreve a sostener que el hombre no se halla todo en el individuo, puesto que *plures homines in specie sunt unus homo*, y casi afirma que el color tiene realidad fuera de los cuerpos coloreados, como el género humano independientemente de los individuos que lo componen. Con mayor precisión Guillermo de Champeaux entiende que el universal es una cosa real e idéntica (esencial, íntegra y simultáneamente) en cada uno de los individuos del género, que, por lo mismo, no se diferencian en esencia, sino por los elementos accidentales.

Contra los representantes de ambas escuelas sienta Abelardo que los universales no son cosas (realismo) ni palabras (nominalismo), sino conceptos (conceptualismo). Todo individuo, dice, está compuesto de forma y materia. Sócrates tiene por materia el hombre y por forma la *socratidad* (*socratitate forma*). Y así como la socratidad, que constituye formalmente a Sócrates, no existe fuera de Sócrates, tampoco aquella esencia de hombre que la sirve de sostén está en otra parte más que en Sócrates. Entiende, pues, por especie *non illam essentiam hominis*, sino la colección formada por todos los individuos de esta naturaleza.

Recuerdo el planteamiento de este célebre problema, que llenó los primeros tiempos de la escolástica, para que el lector, sin confundir lo filosófico con lo práctico, o mejor, una cuestión ontológica con una cuestión de método, se haga cargo de las indicaciones sobre los conceptos jurídicos que van a seguir.

Bajo la palabra *concepto* comprende el lenguaje corriente el contenido reflexivo, de alcance general, unido a ciertas palabras y también las representaciones de determinada especie. Aunque estas palabras agrupan las notas características, no son, por regla general, precisas, y cabe distinguir en ellas un *núcleo* y un *ámbito* que lo



rodea. Del significado usual hay que distinguir el sentido concreto que la palabra tiene en una oración. Todo pensamiento maneja conceptos, y no hay posibilidad de promulgar una ley sin unirlos, como tampoco se puede dictar un fallo o discutir el asunto científicamente sin emplearlos.

Entre las muchas clasificaciones que de los conceptos de la ciencia jurídica pueden hacerse, figura en primer lugar, con referencia al contenido de la representación, la que los separa en «conceptos imperativos» y «conceptos de interés». El Derecho pertenece al mundo de los mandamientos, y las representaciones del deber delimitan intereses.

En la anatomía jurídica encontramos representaciones de normas y de sus grupos y elementos que podemos designar *conceptos de mando* (preceptos). Cuando se refieren a un sector de vida los llamaríamos conceptos institucionales, pero para evitar confusiones, vale más denominarlos configuraciones imperativas (*Gebotsgebilde*); por ejemplo: la propiedad, la obligación, los derechos subjetivos...

Pero también podemos investigar la faceta del interés, el aspecto funcional que nos hace pensar en la fisiología, y encontraremos representaciones de intereses, por ejemplo, en el derecho inmobiliario. Dada la íntima relación entre los preceptos y los intereses, distinguiremos inmediatamente conceptos *dobles* de la obligación, del delito y del derecho real, como tienen dos caras los de sociedad, Corporación y Estado que enfocamos en la sociología jurídica. La extensión y variedad de los conceptos de intereses son extraordinariamente grandes: abundan en todas las investigaciones sociales, económicas y biológicas.

Los indicados grupos no agotan la masa de los conceptos, y a su lado figuran: a), los conceptos históricos (discusión, etapas y formación de un código, por ejemplo; b), conceptos metódicos (subsunción, colmo de lagunas..., y c), conceptos opinables (teoría de los contratos, teoría de la creación en los títulos al portador).

Como las normas pueden enlazar hechos o consecuencias jurídicas y éstas pueden ser modificadas, cabe distinguir en aquéllas: a), los conceptos de hecho (negocios, contratos, delitos, vicios de voluntad, b), los de consecuencia jurídica (derechos subjetivos, tipos del derecho de cosas), y c), los modificativos (nacimiento, altera-

ción y muerte de los derechos, mora, cancelación, sucesión...). Aún cabe hablar de los conceptos estructurales y, así como en gramática nos referimos al sujeto, objeto y predicado, tenemos aquí el sujeto, objeto y contenido jurídico.

La fusión de los conceptos normativos y de interés en otros integrales nos acerca a la jurisprudencia de intereses y pone de relieve las relaciones que unen a ambas esferas, despertando en la conciencia, con la representación del mandato, la del valor o fin protegidos. La formación de conceptos *integrales* o de conjunto nos lleva a las *instituciones* que emulsionan mandatos y representaciones sociales. Ciertos conceptos se denominan *principios*, por su notable extensión, y suelen comprender normas y valores, como los de publicidad, especialidad y prioridad que aseguran el crédito inmobiliario.

Convendría incluir dentro de los conceptos jurídicos los integrales, así como admitir los concretos, individuales o singulares al lado de los abstractos.

Lo mismo que los conceptos del lenguaje diario, los jurídicos suelen no estar bien determinados, por lo cual debe distinguirse en ellos el *núcleo* conceptual del *ámbito*, y tenerse en cuenta la llamada relatividad de los conceptos.

Por razón de la validez, los conceptos del derecho vigente han de ser separados de los históricos y de los ideales. En cuanto a los conceptos de doctrina jurídica general, que algunos llaman conceptos fundamentales, ha de advertirse que no tienen ningún valor causal, ni lógica prioridad. Son el resultado de una elaboración analítica y sintética y carecen de significado normativo.

En atención a su origen los conceptos son legales o científicos. Un ordenamiento jurídico es una masa de conceptos enlazados; una sistemática conceptual. Pero la ciencia trabaja, a su vez, en la formación de otros que alivian y perfeccionan el trabajo legislativo. Los conceptos imperativos del legislador vinculan al Juez; los científicos, no.

A la triple tarea del pensamiento jurídico responden problemas de tres clases: a), la finalidad principal es la adquisición de normas (problemas *normativos*); b), los presupuestos de hecho provocan problemas de *puro conocimiento*; c), los resultados deben ser expuestos y ordenados (problemas de *formulación*). A estas tareas

corresponden tres especies de conceptos : a), los conceptos deontológicos, del deber ser, basados en el pensamiento emocional más que en el cognitivo ; b), los conceptos ónticos (naturales, o de lo que es) que la ciencia pone de relieve o el Juez da por probados ; c), los conceptos ordenadores construídos por la ciencia y aun por el legislador. La ciencia no se limita a reproducir y a completar las representaciones legales, sino que las somete a una elaboración para presentarlas en conjuntos sinópticos y facilitar su inteligencia. Estos conceptos reúnen las notas comunes y características de las observaciones ; derecho real, de crédito, accesorio son notas extraídas de los preceptos que se refieren a los derechos subjetivos. Los conceptos negocio jurídico real, formal, abstracto, nos indican que hay características comunes en las representaciones preceptivas correspondientes. Estos conceptos ordenadores son descriptivos : fórmulas o integrales de los mandatos y de sus elementos. Algunos quieren denominarlos conceptos clasificadores o estructurales. Al contrario de los conceptos deontológicos, que son exclusivos de las ciencias normativas (ética, moral, etc...), los ordenadores se emplean en todas las ciencias, aun en las de observación. La variedad o profusión de los datos vitales queda simplificada y esencialmente retenida en las características del concepto ordenador (zoología, botánica descriptivas). En la jurisprudencia existen al lado de los conceptos clasificadores, con un contenido normativo, otros apoyados en el interés, la opinión, etc.

Los conceptos ordenadores pueden ser «determinativos» o «típicos», según se refieran a características que se hallan siempre en cada uno de los individuos agrupados, o que, sólo *por regla general*, se encuentran en ellos (salvo excepciones, como si dijéramos). Los conceptos típicos tienen una particular aplicación en las ciencias sociales y también en las naturales, aunque esto se haya discutido. Pero los manuales de zoología, que colocan al mono entre los cuadrumanos y al hombre lo estiman bimano, no excluyen de los respectivos géneros al mono sin una mano y al hombre que hubiera perdido un brazo en la guerra, porque el concepto clasificador es *típico*. También se da en la jurisprudencia la misma particularidad. Puede ser práctico agrupar en un concepto las notas características que corrientemente concurren en una serie de fenómenos, con reserva de las excepciones. La adquisición de un crédito

por cesión cae bajo la rúbrica de adquisición derivativa, pero al aplicar los principios hipotecarios se puede traspasar un crédito por virtud de transferencia de la persona a quien el mismo no pertenecía. Nadie piensa, sin embargo, en negar el concepto de sucesión jurídica por esta rara excepción o en desenvolver una teoría de la creación con referencia a los créditos hipotecarios. Bien es verdad que las excepciones pueden ser tantas, que resulte discutible el concepto.

Como si al cabo de mil años percibiéramos un eco de las primitivas discusiones escolásticas, Schönfeld, influído por la escuela histórica, nos acerca al *realismo* con la afirmación de que el sistema no es mera formación de nuestro entendimiento, sino la eterna ordenación de las cosas; Heck nos recuerda el *nominalismo* al insistir sobre la infecundidad de los conceptos ordenadores, simples etiquetas que facilitan la utilización de los conocimientos similares, y Stoll tiene visos de *conceptualista* cuando afirma que si la formación del concepto y la construcción sistemática siguen a la adquisición o creación del Derecho y a los resultados obtenidos por vía teleológica o interpretación finalista, desempeñan un papel legítimo dentro de la teoría y facilitan la aplicación del Derecho.

#### IV

Los vocablos latinos *construere*, *constructio* indican en primer término la reunión, disposición y ordenamiento de materiales (edificación); después, los de partes u órganos (construcción de buques y máquinas), y, en fin, los de signos, palabras o pensamientos (construcción geométrica, gramatical y filosófica) para la conclusión de una obra predeterminada o en proyecto.

Transportada a la jurisprudencia con variado alcance, significa, a veces, el procedimiento de investigación que reduce el objeto investigado a conceptos conocidos; otras, el enlace de un hecho con sus consecuencias jurídicas; según Rümelin, el encaje ordenado de una particular apariencia dentro del sistema por medio del análisis y de la síntesis de los conceptos elementales; según Stoll, cualquier desarrollo por el que una manifestación jurídica puede ser esclarecida mediante interpolación en el sistema de derecho con el

descubrimiento de sus notas específicas. Savigny hacía uso raramente de la palabra y sólo para expresar el encadenamiento de conceptos por el investigador o la construcción de relaciones jurídicas por el Juez. Después de Ihering, significaba la determinación de conceptos o relaciones jurídicas. Como hemos visto, la jurisprudencia constructiva otorgó al método una fecundidad y valor extraordinarios para colmar las lagunas del derecho, y la escuela de Tubinga, al mismo tiempo que censura esta dirección, utiliza la construcción de un concepto, a base de otros y para su mayor esclarecimiento y determinación.

De todos modos, la construcción es un procedimiento lógico que en la práctica integra la subsunción, en la teoría perfecciona el sistema y, en todo momento, sirve a la precisión y encadenamiento de los conceptos.

Por su autor, las construcciones pueden ser legales y científicas, porque también el legislador construye, distribuyendo las representaciones imperativas en conceptos particulares que, a su vez se agrupan en otros preceptos. De igual modo, el Juez construye el caso litigioso mediante la legitimación de los conceptos aplicables, como el gramático, el discurso con las partes de la oración.

Pero la determinación de los conceptos científicos comprende dos operaciones mentales que Heck insiste en distinguir, con sumo cuidado, por su finalidad y consecuencias para evitar los antiguos abusos y falacias: la construcción normativa que determina un concepto deontológico por medio de otros conceptos de igual naturaleza, y la construcción sistemática que elabora los conceptos ordenadores o clasificadores. La jurisprudencia técnica no los distinguía, y trataba a estos últimos como causales y creadores de normas. Un concepto legal debe ser interpretado para decidir un conflicto de intereses, pero esta tarea es una cosa particular de interpretación y aplicación del texto, de resultados relativos y aislados para cada precepto. La subsunción lógica, bajo el concepto legal, es la vía normal para la jurisprudencia de intereses que en este momento se separa de la escuela del derecho libre y se presenta, en cierto modo, como constructiva.

El fin de la determinación sistemática del concepto es la intercalación de los elementos del problema en el sistema científico, y para ello es necesario absorberlos en los conceptos superiores. Pe-

ro esta tarea no es de aplicación de la ley, sino solamente un problema de presentación y forma, cuya solución no nos autoriza para llenar las lagunas. Por el contrario, la investigación de intereses es el medio más importante para alcanzar ese objetivo y facilitar el empleo de la analogía. Heck sostiene, contra Oertmann y Stoll, la posibilidad lógica de construcciones sistemáticas diversas en su presentación, pero equivalentes en el fondo, y repite aquí la clasificación de inclusiones determinativas y típicas, según el investigador ponga de relieve las notas que *siempre* se encuentran en la serie o las que por *regla general* existen, salvando las excepciones.

Después de exponer estas ideas, Heck advierte que *la construcción*, como instrumento de trabajo, es inadecuado y sin importancia, por lo cual la palabra misma desaparecerá del lenguaje jurídico; pero sus partidarios la cubren con frases tan protectoras como las de ser «un medio imprescindible de presentación», «sin el cual difícilmente podríamos dominar la materia» y aún tratan de buscar procedimientos para escoger en cada caso la más exacta o adecuada al estado de nuestros conocimientos, negando la equivalencia de las que parezcan tener iguales títulos. El maestro cede a regañadientes, porque comprende que la tajante arista que separa su método del clásico pierde en rigidez, y concluye por reconocer que a veces el Juez, puesto en presencia de dos construcciones, siente un estridente vibrar de los intereses que le fuerza a adoptar una de ellas, algo así como un aparato de alarma que despierta al propietario en peligro.

Al terminar la lectura del citado artículo de Stoll (1), la cuestión parece reducida a buscar la construcción más justa, o sea la que pone de relieve y alumbra con plena luz las consecuencias del precepto legal o de la interpretación finalista como lógico desenvolvimiento del sistema científico.

## V

La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de

(1) *Archiv f. die Civ. Praxis*, 133, 117.

extraordinaria solidez : a), *el texto legal* que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría la justicia ; b), la doctrina del *interés* protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas.

Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha separado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad.

Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible en corto plazo.

Por otra parte, la más ligera reflexión sobre la materia nos hunde en los abismos donde se forja el derecho y donde la función reguladora del interés parece anularse. No se olvide que la teoría del derecho puro prescinde en sus investigaciones de la finalidad, y que no todos los juristas comparten el desdén con que la jurisprudencia de intereses trata a Kelsen.

Así, pues, no nos dejamos arrastrar por el entusiasmo que Heck pone en sus palabras cuando compara el método en cuestión al sistema de Copérnico, aunque reconocemos lo que aquél tiene de práctico para el Juez que vacila en la interpretación de la ley o en la resolución de un caso no previsto por el legislador.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.