

115 Jurisprudencia constructiva

I

Fácil es distinguir *grosso modo* la intuición jurídica de la emoción estética y de la verdad lógica, pero se necesita meditar profundamente para poner de relieve las deformaciones que un exagerado legalismo, o el entusiasmo artístico, introducen en la creación, aplicación o desenvolvimiento del derecho.

Lo justo y lo lógico son categorías distintas que, si en algunos momentos, y por virtud de la positividad o promulgación del precepto jurídico, parecen marchar por el mismo cauce, viven siempre en planos diferentes y llegan, en ocasiones, a consecuencias contradictorias.

Los llamados principios lógicos, la doctrina del concepto, del juicio y del raciocinio, los procedimientos deductivo e inductivo, son de inmediata aplicación a las ciencias jurídicas. No se refieren directamente a ellos los autores que desde hace medio siglo hablan con desdén de la *lógica jurídica*, sino a las características que el razonamiento práctico de los juristas presenta en los pueblos europeos que han aceptado como base de su ordenamiento el derecho romano (i).

Del sistema de acciones hemos heredado la preocupación de que todo ataque y defensa jurídicos han de apoyarse en una norma que el Juez debe descubrir o deducir de otro precepto superior. El desenvolvimiento del Estado, como organismo del derecho y para el derecho, nos hará volver la vista, en todo caso, hacia sus mandatos y estimar como decisivos los decretos promulgados.

(i) V. sobre este particular y los que siguen Ehrlich: «Die juristische Logik.» *Archiv f. die Civ. Praxis*, 115, band; págs. 125-439.

dos en la forma que él mismo reputa necesaria y coactiva. La extensión de sus poderes y la personificación de su imperio sugieren la existencia de un legislador cuya voluntad constituirá el contenido total de la jurisprudencia o reflejará las necesidades sociales. Y, en fin, el postulado de la unidad del derecho impondrá la fusión de las normas, la formación de los conceptos abstractos, la estructura piramidal del ordenamiento y la inevitable consecuencia de fundar en la interpretación de la Ley las decisiones judiciales.

Estas corrientes subálveas, o, por lo menos no descubiertas hasta principios del siglo XX, fueron reforzadas por las conquistas del llamado derecho natural y desembocaron en la canalización formalmente construida por la teoría de la separación de los poderes: «Si los Tribunales—dice Montesquieu—no deben ser fijos, los jueces deben serlo hasta tal punto, que resulten una versión precisa de la ley... Los Jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras, seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor. De las tres potestades de que hemos hablado la de juzgar es, en cierto modo, nula.» Las ideas de Montesquieu fueron desenvueltas por Beccaria, con referencia al Derecho penal: «Solamente las leyes pueden decretar las penas y los delitos, y esta autoridad reside únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social.» Como consecuencia, surge la afirmación, que los juristas repiten un poco inconscientemente: El Juez debe formar un silogismo perfecto: la mayor está constituida por la ley general; la menor, por el acto, conforme o no con la ley; la consecuencia será la libertad o la pena. De aquí que la potestad de interpretar corresponda únicamente al Soberano: no hay cosa más peligrosa que el axioma según el cual es preciso consultar el espíritu de la ley. «Bajo el imperio de un código escrito—dice Stuart Mill (1)—, el Juez no tiene que resolver cuál será intrínsecamente el mejor partido en el caso particular que debe decidir, sino tan sólo el artículo de la ley que le es aplicable, lo que el legislador ha dispuesto en caso análogo... El método que debe seguir es entera y exclusivamente un método de razonamiento, de silogismos, y el camino es el que constituye todo razonamiento; la interpretación de una fórmula.»

(1) Citado por Geny: *Método de interpretación*, 47.

Por este camino se llega a una identificación del método jurídico con el geométrico: los artículos del Código—afirma Liard—son teoremas cuyo enlace entre sí hay que demostrar y deducir sus consecuencias. El verdadero jurista es un geómetra: la educación puramente jurídica es puramente dialéctica. Empujada por filósofos y juristas, se precipita la ciencia del derecho por esta pendiente, olvida su naturaleza social y las exigencias de la vida, borra las diferencias entre el discurso lógico y el pensamiento psicológico y salta desde la solución cierta de un problema a la decisión justa de un caso, sin reparar en la profundidad del abismo. A medida que la abstracción y la generalización ~~perfeccionan~~ los conceptos jurídicos y los hacen más adecuados para la construcción dialéctica, la jurisprudencia se aleja de la vida y de los conflictos de intereses.

«La conciencia del hombre—indica Sternberg—asimila la justicia ética a la exactitud lógica...» Esto constituye, sin embargo, una falta metódica de las más graves consecuencias. En realidad, la necesidad con que se encadenan unas proposiciones jurídicas con otras, en calidad de causa y efecto, es siempre una necesidad solamente ética, no lógica (1).

El concepto, como último elemento del juicio, que puede constituir el contenido de una palabra y referirse a objetos reales o ideales, es un factor indispensable para el desenvolvimiento de la ciencia jurídica; pero cuando los partidarios de la investigación libre del derecho o los defensores de la valoración y compensación de intereses hablan de la *Begriffsjurizprudenz* (jurisprudencia de conceptos), tienen presente el procedimiento que despoja a los fenómenos jurídicos de sus cualidades concretas, sin conceder la importancia debida a los intereses contrapuestos ni a su adecuada protección, para formar preceptos abstractos y reglas generales, de las que luego obtendrá por rigurosa vía deductiva la solución de las cuestiones litigiosas.

Supongamos con Ehrlich, para ilustrar el asunto, que se cuestiona sobre la obligatoriedad del contrato cerrado por teléfono. De las reglas que los romanos habían formado, examinando caso por caso, ampliadas con el desarrollo del correo a los contratos por

(1) *Introducción a la ciencia del derecho*, páginas 134 y siguientes.

correspondencia, y en nuestros tiempos a los celebrados por telégrafo, surgió la división general de contratos entre presentes y entre ausentes, dentro de la cual se procura encajar desde el primer momento el contrato telefónico. En la realidad han ido apareciendo los contratos verbales, por carta, telegráficos..., como también los celebrados, con intervención de un mensajero, por documentos privados o por escritura notarial; términos todos que juegan como contrarios lógicos, pero no como contradictorios. Ahora bien: en cuanto prescindimos de la serie abierta, que sólo nos autoriza para colocar los contratos telefónicos al lado de los citados, y centramos el problema sobre la contradicción fundamental: «todo contrato es entre presentes o no presentes (ausentes)», incurrimos en una verdadera confusión de lo contrario con lo contradictorio, y nos desviamos de la regulación correcta tanto si afirmamos un extremo como si lo negamos.

Más curiosa es la ilustración que el mismo autor desenvuelve sobre la adquisición de una bala o proyectil muerto. Parece que la propiedad corresponde al herido, porque el tirador ha abandonado la propiedad al hacer fuego, y el herido se apropia la bala mediante una decisión que se hace efectiva cuando el médico la extrae. Hay quien piensa que el Estado enemigo no autoriza a sus carabineros para que abandonen la propiedad del proyectil, y como el herido no puede apropiarse el botín de guerra, el otro Estado resulta dueño de aquél, con arreglo a los preceptos del Derecho internacional público. También podría sostenerse que el tirador está autorizado para hacer fuego, el proyectil recorre su trayectoria sin dueño (*res nullius*), el herido no puede apropiarse ni poseer (en el sentido técnico) una parte de su cuerpo, y solamente el cirujano se halla en condiciones jurídicas para aprehenderlo y ocuparlo durante la operación. La lógica jurídica acumula abstracciones (propiedad, abandono, posesión, ocupación, botín, mandato, etc...) para suprir la falta de un precepto especial, y, cada vez más alejada del mundo real, multiplica los conceptos sistemáticos: persona jurídica, capacidad, derecho real, negocio, condición, contrato, pago (1)..., cuyo carácter jurídico se desvanece a medida que se

(1) Prescindimos de los conceptos penales: imputabilidad, responsabilidad, justificación, tentativa, etc., porque estos estudios van dedicados a los lectores de una Revista de Derecho inmobiliario.

prescinde de la valoración y contraposición de intereses. Las instituciones y relaciones sociales son encajadas en los cuadros sistemáticos, como un animal recientemente descubierto en una clasificación zoológica ; pero el sistema jurídico más completo y afinado ¹ no puede tener la pretensión de abarcar la sociedad futura.

En verdad, la menor anormalidad en el funcionamiento del teléfono (por ejemplo, si se corta la comunicación cuando el aceptante formula su voluntad) pone de relieve lo defectuoso de la asimilación absoluta del contrato telefónico al contrato *interpresentes* y requiere preceptos específicos. Por otra parte, los intereses del héroe que desea conservar la bala, los del médico que ha realizado la extracción, atribuyendo excepcional importancia al caso clínico, y los del Estado, que acaso tenga en el proyectil una prueba de la deslealtad de su adversario, al emplear calibres prohibidos, tienen muchísimo mayor valor para resolver el caso práctico que los conceptos aplicados al propietario o súbdito que dispara, sin pensar en el abandono, a la cosa *nullius* incorporada a los órganos del herido y al supuesto, tan inhumano como ridículo, de una apropiación prohibida de botín.

II

Aunque la jurisprudencia conceptual, como se ve, hunda sus raíces en los profundos estratos del conocimiento histórico del derecho, hay cierta conformidad en señalar como punto de partida de su importancia o exageración el método adoptado hace un centenar de años por los romanistas y la configuración de las fuentes jurídicas que manejaban. Binder recuerda a un jurista casi olvidado, Kierulff, que en su *Teoría del Derecho civil común* (1839) contraponía el trabajo concreto de los jurisconsultos romanos sobre el *casus* a la tarea de nuestros Letrados, que aprendían en la escuela del *corpus juris* a formar los conceptos que habían de reunir las particularidades mediante una destilación de la enorme masa de materiales conservados. No se trataba de conceptos puramente formales, sino de principios tan generales como prácticos, de verdaderas disposiciones de tipo legal, adecuadas a la vida jurídica (1).

Heck insiste en colocar al gran romanista Rodolfo V. Ihering

(1) «Bemerkungen zum Methodenstreit...», en *Zeitschrift für das Ges. Hand.* 100 Band, pág. 14.

en la primera fila de los juristas de conceptos, si bien poniendo de relieve que el Saúl de la jurisprudencia constructiva se convirtió en el Pablo de la teleológica, al reconocer que el creador del derecho no es el concepto, sino el interés, y al desenvolver los fundamentos de su protección en la conocida obra sobre el fin en el derecho (*Zweck im Recht*) (1).

Sin ánimo de discutir las diferencias que existen entre la última doctrina de Ihering (que nunca pudo desligarse de las influencias, o, mejor, de los entusiasmos conceptuales) y los postulados de la escuela de Túbingen, trataré de dar una idea del método, que denomina de «Historia natural», en el libro II (1.ª parte, título III, sección 2.ª, B, número 3) del *Espríitu del Derecho romano en las diversas fases de su desenvolvimiento*.

Distingue Ihering la jurisprudencia inferior, cuyo campo de actividad es la interpretación (que explica la materia, resuelve las contradicciones, disipa las oscuridades, revela la voluntad del legislador, investiga los principios y saca las consecuencias) de la jurisprudencia superior, cuya base es una concepción particular del derecho, como la historia natural de las instituciones y nociones jurídicas. Las instituciones no son simples reuniones de preceptos; son existencias, individualidades lógicas, que reputamos animadas por una verdadera vida: nacen, mueren, actúan, se combaten, tienen sus misiones y sus finalidades; sus fuerzas y sus cualidades...; son *cuerpos jurídicos*. Para determinar su noción y el modo de distinguirlos, la definición teleológica o de finalidad (por ejemplo, según Einert, la letra de cambio es el papel moneda comercial) vale muy poco al lado de la ontológica o de existencia (la letra es una promesa pecuniaria desprendida de su causa). No definimos los cuerpos por lo que han de producir, sino por su estructura, por sus elementos anatómicos: sujeto, objeto, contenido, efecto, acción. Ante todo ha de fijarse quién es el *titular* del derecho, con resolución de los problemas planteados por la existencia de un elemento intermedio entre el sujeto y el objeto (por ejemplo, el predio dominante en las servidumbres prediales, el papel en las obligaciones al portador), o por la concurrencia de varias personas (coposición, copropiedad, créditos comunes), discutiendo si hay distribu-

(1) Heck: *Interessenjurisprudenz*, pág. 12. Mohr, 1933. Túbingen: *Das problem der Rechtsge Lwinung*, 11, 2.ª ed., 1932. En la misma editorial.

ación de la cosa, del derecho o de su contenido, o por la formación de una persona jurídica (instrumento técnico que corrige la falta de determinación), o por los vínculos de solidaridad (varias obligaciones con el mismo contenido, o una obligación con varios sujetos). El *objeto* del derecho es igualmente un elemento necesario de toda definición: en el derecho hereditario, la masa relictiva o la personalidad del *de cuius*; en la obligación, el deudor, su voluntad o la prestación. Igualmente, por lo que toca al *contenido*, se preguntará si el derecho del acreedor recae sobre el acto o sobre su valor pecuniario, y si las servidumbres contienen ventajas derivadas de la propiedad, o más bien restricciones de la misma. Con la cuestión de la *estructura* marcha unida la de la accesорiedad de la prenda respecto a la obligación, de los intereses moratorios respecto al crédito, de la servidumbre respecto al fundo dominante, y, en fin, las relaciones entre derecho y acción: posibilidad de reparación, cesión independiente, etc....

El estudio de las cualidades y fuerzas de los cuerpos jurídicos nos llevará a la divisibilidad, fuerza expansiva, responsabilidad de la persona y posibilidad de configuración solidaria de los derechos. Como fenómenos en la vida de los cuerpos se estudiarán su nacimiento y término, su condicionalidad y fecha, su exigibilidad, sus metamorfosis, etc....

Al relacionar unos cuerpos con otros surgirán los problemas de incompatibilidad (patria potestad con tutela, sucesión testamentaria y abintestato), concurrencia (propiedad y derecho de garantía), desaparición con efectos trascendentales (extinción de la hipoteca precedente)....

En fin, la clasificación sistemática de los cuerpos jurídicos, última consecuencia del método histórico-naturalista, nos presentará una síntesis perfecta, en forma de cuadro, de cada uno de ellos y de los lazos que le unen al conjunto científico. La colocación equivocada equivaldrá a clasificar un pájaro entre los mamíferos, o una ballena entre los peces.

Por grandes que fueran los servicios que el *concepto* habría de prestar al derecho común, o, mejor, a los tratados de Pandectas, con la simplificación, elaboración y sistematización de los inmensos materiales reunidos en el *Corpus juris* y con los principios generales, tan prácticos como fecundos, en que la deducción se apo-

yaba; el desvío que desde los primeros instantes se manifiesta hacia la utilidad y los intereses en juego, y el carácter, cada vez más formal, de la lógica, manejada por el positivismo jurídico, habían de culminar en una doctrina que se orientaba alternativamente hacia los procedimientos matemáticos o hacia los métodos científicos, para cristalizar en un *cálculo de conceptos* (*Rechnen mit Begriffen*), cuando no se inclinaba hacia una especie de historia natural.

El prototipo de las obras dogmáticas, de indiscutible conceptualismo, es el tratado de *Pandectas*, de Winscheid, que con toda lealtad, excluye de la definición del derecho la idea de finalidad (1) y desenvuelve el tratamiento científico del derecho sobre las siguientes bases, completamente alejadas de los intereses vitales y de las necesidades sociales.

Si bien la interpretación es ya un tratamiento científico del derecho, en cuanto fija el sentido de las palabras usadas por el legislador, ocupa un plano superior el procedimiento que determina el verdadero *concepto* de una norma o de un conjunto jurídico. El pensamiento de todo precepto se presenta en *conceptos*, agregados o complejos racionales que deben ser resueltos en sus elementos simples. De la *compraventa*, contrato de cesión de cosa por precio, pasamos a la noción del *contrato*, negocio jurídico que acredita una concordancia de voluntades, y de aquí ascendemos al *negocio jurídico*, declaración de voluntad, para entrar en la investigación de *voluntad, acuerdo, cosa, cesión...*

La jurisprudencia actual se adentra todo lo posible en el análisis de los conceptos, de cuyo conocimiento depende la inteligencia del derecho y la seguridad de su aplicación. Los casos litigiosos corresponden, por regla general, a normas variadas, cuyos efectos se cruzan e influyen. Y la sentencia será el resultado de un cálculo realizado con los conceptos, como factores. «El cálculo, naturalmente, dará un resultado tanto más seguro cuanto más exacto sea el valor de los factores. Está claro, al mismo tiempo, que el verdadero sistema de los derechos, la íntima homogeneidad de sus normas, sólo puede brotar de una plena comprensión de los conceptos jurídicos» (2).

(1) I, párrafo 37, nota 3.^a

(2) Pand., párrafo 24.

A continuación el ilustre escritor divide los conceptos según tengan por objeto los presupuestos de hecho (negocio jurídico, contrato, testamento, especificación, condición...) o los derechos mismos, y aquí alude al concepto del derecho en general y a lo característico de los derechos particulares (propiedad, usufructo, obligación, prelación, revocación), a su contenido, al sujeto, cualidades, acciones, etc...., en términos parecidos a los empleados por Ihering.

Ultimamente, con frase precisa, indica que se *construye* una relación jurídica cuando se reconduce a los conceptos sobre los que se funda.

III

Desconocida a principios del pasado siglo la frase *construcción jurídica*, había llegado a ser, cuando Ihering escribía *El espíritu del Derecho romano*, una de las más usuales formas técnicas de la jurisprudencia alemana. Los licenciados españoles no la conocíamos, o, por lo menos, no la aplicábamos a fines de la misma centuria, si bien hoy ya es corriente en las Facultades de Derecho. En los citados lugar y obra aparece definida como «la aplicación a la materia jurídica del método de historia natural». Arte plástica de la jurisprudencia, cuyo objeto es el cuerpo jurídico, comprende los trabajos de organización, los frutos de la intuición y del talento más que del cuidado y la erudición, las obras maestras de la actividad del jurisconsulto. Tres reglas fundamentales de su ejercicio, arraigadas en los elementos *positivo*, *lógico* y *estético*, enuncia el maestro: 1.º La construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo, respetando su contenido, pero con entera libertad de forma, toda vez que el legislador no puede imponérsela al jurisperito. Este puede discutir la posesión tabular, el título y el modo, las definiciones legales, la tradición simbólica, etc., y se halla autorizado para buscar nuevas soluciones: por ejemplo, si una ley prohíbe destruir el edificio ajeno para que el propietario de una viga la retire, puede traducirse la situación jurídica diciendo que la propiedad se ha extinguido y resucita cuando el edificio viene abajo, o que la reivindicatoria se halla paralizada por la accesión.

2.^a La unidad sistemática impone a las construcciones una concordancia perfecta. Para ello hay que ensayar todas las posiciones imaginables y las combinaciones posibles antes de aceptar una construcción o desechar la aceptada. En el supuesto de que la obligación se extingue con el pago, para justificar su sobrevivencia en los casos de subrogación, podemos idear una cesión privilegiada, una ficción jurídica, una operación doble, una extinción relativa, un traspaso legal de garantías, un retorno protegido por la ley, una expropiación del crédito... Cíerto es que la ciencia no puede establecer imposibilidades jurídicas; pero aquí no hay verdades absolutas: lo que parecía imposible a un romano pasa hoy por construcción correcta; por ejemplo, la distribución a voleo de monedas en una fiesta familiar—*jactus missilium*—era para la antigua jurisprudencia un abandono—*derelictio*—seguido de una apropiación—*ocupatio*—; hoy se admite como más exacta la tradición a persona incierta—*traditio in incertam personam*—. Además, el progreso científico ensancha el círculo de la posibilidad, y debe intentarse la conciliación de teorías, aun a riesgo de bordear el ridículo. Caso de necesidad, hay que romper con la antigua solución y configurar otra: así, la prenda originaria era contractual; después se admitió un contrato tácito—*piagnus tacitum*—; por último, la regulación de múltiples hipotecas legales rompió el molde voluntario; y

3.^a Las exigencias de lo bello jurídico. Hay que evitar la *inellegantia juris*, atender a la simetría, transparencia, simplicidad, naturalidad y claridad de las combinaciones.

En cuanto a los medios (aparato constructivo), enumera Ihering las imágenes corrientes en el lenguaje, los actos aparentes, las ficciones y la extensión artificial de las nociones naturales (por ejemplo, del fruto al uso, de la persona física a la moral).

Con esta sistemática se dan formas plásticas y visibles a lo inmaterial y se conserva la unidad, totalidad y simultaneidad de la imagen intuitiva, garantizando la rapidez, facilidad y seguridad del juicio. En ocasiones, cuanto más se aleja de la vida y de las cuestiones jurídicas, mayores son los desenvolvimientos. El sistema resulta de este modo una fuente inagotable de fecundas creaciones.

El contraste entre superior e inferior jurisprudencia queda,

que, determinado por el que existe entre concepto jurídico (*Rechtsbegriff*) y norma (*Rechtsregel*), y el paso del derecho de uno a otro estado se verifica por medio de la construcción jurídica (*juristische construction*), que transforma en conceptos la materia bruta. Esta pierde su forma práctica e imperativa y asume las configuraciones de un cuerpo, de especie, naturaleza y propiedades determinadas. La jurisprudencia superior no es una mera escultora de la materia, sino que produce y crea en plena seguridad y conciencia.

Estas ideas inspiran el programa del *Anuario para la dogmática del actual Derecho privado, romano y germánico*, que Ihering fundó, con Gerber, en 1857, y que continúa todavía en nuestros días llevando por divisa «a través y más allá del Derecho romano» (*durch das römische Recht über das römische Recht hinaus*) (1).

A cuantos hayan saludado el Derecho alemán del último tercio del siglo xix les habrá llamado la atención (cuando no les ha trastornado el entusiasmo) la extraordinaria influencia que Ihering y Winscheid han ejercido sobre los investigadores del derecho y el ardor con que éstos se han lanzado sobre los preceptos, para fundirlos en nociones o conceptos que a veces parecen reflejar la naturaleza de las cosas, a modo de indiscutibles intuiciones, y en otros casos son verdaderas obras de ingenio que armonizan lo inconciliable. Una vez que el jurista se halla en posesión de estos principios superiores, entra en juego el papel de la deducción lógica, y el caso particular, que ha sido subsumido bajo el amplio manto de la construcción, encuentra regulación cómoda, por ajeno que fuera a la mente del legislador.

De la jurisprudencia francesa y española puede decirse que no han manejado de un modo consciente los conceptos y la construcción hasta hace poco tiempo; pero la alemana ha tenido los ojos abiertos desde los citados trabajos de Kierulff y Ihering, a los cuales hay que unir la *Introducción al Derecho privado*, de Thöl; el artículo de Eisele en el archivo para la práctica civil (1886); el estudio de Fischer sobre *Investigación jurídica y estudio del derecho en general*; la obra de Rümelin, *Construcción de conceptos*

(1) *Unsere Aufgabe*, pág. 1-52 del primer volumen del Anuario que ahora se denomina *para la dogmática del Derecho civil*.

jurídicos; la de Bergbomin, *Jurisprudencia y filosofía del derecho*; la de Wurzel, *El pensamiento jurídico*, y desde un punto de vista más amplio, las de Mach sobre *Conocimiento y error*; *Der Begriff* (el concepto), y Rickert, *Los límites de la construcción de conceptos en las ciencias naturales*.

Sin perjuicio de volver sobre la materia cuando enfoquemos las publicaciones de la escuela de Tubinga, vamos a terminar este apartado con las reflexiones de tres maestros tan conocidos como apreciados por los jurisconsultos alemanes y por muchos españoles.

Schlosmann, que en su estudio crítico *El contrato (Der Vertrag, 1876)* convuelve los pilares de la teoría, que lo reputa «acuerdo de voluntades», para transformarla en una especie de «responsabilidad consiguiente a la lesión de un patrimonio por la no satisfacción de una esperanza engendrada en otro por una promesa o conducta equivalente», dice que la ciencia debe aplicar sus principios generales a los distintos hechos para obtener las soluciones especiales. Como la geometría, con pocos axiomas, por medio de una casuística aplicación a las distintas figuras y con íntegra consideración de sus propiedades, se eleva a una espléndida construcción, así la ciencia del derecho patrimonial ha de alcanzar con sus propios axiomas y características plena configuración sistemática. Las figuras del tráfico económico: compra, arriendo, donación, etc., son para ella como los distintos cuerpos para la matemática del espacio (1). Tales pensamientos se destacan con mayor claridad en el párrafo cuarto de la doctrina de la representación (*Die Lehre von der Stellvertretung*), que escribió en dos tomos cinco lustros más tarde. Según el significado de la palabra y el uso que de ella se hace, hay que entender por *Rechtsbegriff* cualquier noción que se utiliza en el derecho, y como éste une a ciertos hechos determinadas consecuencias, podemos distinguir: 1) Los acontecimientos de la vida diaria (muerte, daños, destrucción de una cosa, dar, tomar, usar...). 2) Los conceptos referentes a preparaciones o combinaciones jurídicas (testamento, cambial, libros hipotecarios, proceso...), que en ocasiones aparecen con relieves ordinarios (*naturalis appetatio*) y a veces con elaboración jurídica

(1) Op. cit., 339.

(*civilis appellatio*); por ejemplo, bienes, mora, posesión, miedo, *traditio*, cosa, accesorio, etc. 3) Los conceptos que se refieren directamente a efectos jurídicos (reclamación, crédito, propiedad, prenda...); y 4) Una categoría de conceptos que unen a los momentos de hecho, efectos jurídicos de más alto grado (sentencia, delito, heredero...). En esta última categoría coloca a la representación como cierre de negocios por un tercero, o en su lugar y nombre, con el efecto de que las consecuencias jurídicas del negocio se produzcan en la persona del representado. Nada se puede objetar —continúa— contra la formación y aplicación de estos conceptos, que contienen la quinta esencia de cuanto jurídicamente nos interesa en una relación vital y que facilitan las operaciones científicas, sustituyendo a las descripciones complicadas términos sencillos. Puesto que ha de contener potencialmente todas las consecuencias, hay que construir la definición, como coronamiento del edificio, sobre las notas esenciales, olvidando las que sólo presentan aspectos superficiales del objeto.

En un trabajo sobre *contenido no obligatorio de la ley formal* dedica Eisele interesantes observaciones a los textos que responden más bien a la inteligencia que a la voluntad del legislador y suscitan cuestiones que pertenecen, ante todo, a la ciencia jurídica. Dejando a un lado la valoración de las expresiones que el legislador emplea *animo declarandi*, por ejemplo, cuando interpreta el contenido de una ley anterior (interpretación auténtica), nos referiremos a los problemas de clasificación y sistemática del derecho (1). La clasificación de preceptos, derechos subjetivos y hechos típicos no corresponde al legislador. Acaso acierte en la tarea y tengan alguna utilidad sus expresiones; pero su verdadera misión será redactar los preceptos que regulan, por ejemplo, las servidumbres continuas y discontinuas, aparentes o no aparentes, y dejar a la ciencia la fijación de las mismas clases. Mucho menos valor tendrá la clasificación innecesaria, *ex gr.*: las servidumbres establecidas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o común o la utilidad de los particulares. Tampoco las definiciones son de su reino: buenas o malas, resultan de operaciones lógicas y no merecen

(1) «Unverbundlicher Gesetzesinhalt». *Archiv. f. die Crv. Prax's*, t. LXIX, páginas 303 y siguientes.

ser tenidas en cuenta si no se hallan en armonía con los preceptos concretos.

Entre los asuntos que no corresponden al legislador, y respecto de los cuales se halla incapacitado para vincular voluntades, están las construcciones jurídicas; así puede discutirse cuando un vendedor establece una servidumbre a favor de otros predios suyos si hay *reserva* de servidumbre o *imposición* de una nueva, cualesquiera que sean los términos legales. Se trata aquí de un procedimiento analítico cuya finalidad es llevar lo nuevo, aunque parezca singular, a elementos ya conocidos lógica o jurídicamente. Las construcciones falsas llevan a subsunciones injustas o a definiciones equivocadas. Del mismo modo, cuando el legislador identifica conceptos diversos o entiende que el concepto subordinado es correlativo (porque confunde apoderamiento con mandato o incluye dentro de éste la letra de cambio), puede asegurarse que tales disposiciones no tienen fuerza coactiva o vinculante. Después entra Eisele a examinar los principios jurídicos, para indicar los casos en que aquéllos o sus consecuencias tienen valor lógico, más o menos discutible, según aparezcan o no explícitamente consagrados, y, por último, las máximas y *regula juris*, verdaderas proposiciones teóricas que no obligan a nadie, sino que dan base a los juicios. Carentes de imperio y meramente enunciativas (*regula est quae rem quae est breviter enarrat*), hay que decir de ellas con Thöl: «La regla jurídica no se aplica, o da o no da en el blanco.» La proposición en ella contenida es falsa si por haber sido obtenida mediante una abstracción ilógica, traspasa los preceptos concretos de que se ha inferido, o si olvida la posibilidad de elementos facticios (*de facto*) cuya existencia resulta clara.

Réstanos, para hacer ver la extraordinaria influencia que el método había ejercido en los civilistas, consignar las afirmaciones que, a guisa de prólogo, avanza Andreas v. Tuhr en la parte general del Derecho civil germánico (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1910): Nuestro ordenamiento jurídico contiene innumerables preceptos que regulan los hechos más variados de la vida. Tales hechos son pensados y formulados de un modo abstracto, y las consecuencias jurídicas se producen cuando se realizan determinados sucesos. La naturaleza abstracta de las normas jurídicas descansa sobre la intuición de la humanidad ci-

vilizada, que no se presta a un amplio análisis, y es una defensa contra la arbitrariedad. Esta forma abstracta de la norma condiciona su formulación conceptual, y de aquí que ciertos supuestos de vida sean, con un criterio jurídicamente orientado, reunidos en conceptos. La construcción de conceptos es un medio imprescindible de todo conocimiento; también la investigación de la Naturaleza y de los fundamentos de la vida humana (psicología, historia, doctrina económica) se desarrollan en conceptos: se trata de sondear esas leyes de la Naturaleza, esto es, de establecer que de hechos de cierta especie se derivan determinados efectos. Mientras que dentro de estos límites los conceptos tienen valor cognoscitivo, cabe atribuir a los hallados por el derecho significación real, *vis ac potestas*. Cuando el derecho configura sobre las matizadas apariencias de la vida, tipos generales, lo hace con la finalidad de dotar con determinados efectos a los presupuestos vitales que caen bajo el tipo, y así, por ejemplo, cuando se perfecciona el concepto de *posesión*, quedan protegidos, mejor o peor, los intereses de ciertos hombres. Con ayuda de sus propios conceptos regula el derecho los conflictos de intereses y asegura la convivencia de los hombres en estado y sociedad. Como la naturaleza, por el conocimiento científico, se armoniza en un cosmos, así también la vida humana por el derecho. En las dos direcciones se desenvuelve una tendencia esencial del hombre: encontrar las leyes de la Naturaleza, fijar las leyes de la ordenada convivencia, tal es el supremo anhelo de la Humanidad. El contenido de los preceptos jurídicos se funda en el conocimiento y valoración de los coexistentes y contradictorios fines e intereses de la vida. La tarea de la ciencia consiste en comprender y presentar la construcción del derecho en sus fundamentos y desarrollos; la del Juez, en aplicar el derecho a los casos singulares. En ambas circunscpciones prevalece la actividad lógica: exacta fijación de los conceptos, que la ley a veces sólo designa con una palabra y subsunción de las múltiples manifestaciones de la vida bajo estos conceptos. En su virtud, la jurisprudencia se convierte constantemente en un operar con los conceptos (*Operieren mit Begriffen*).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.