

HECK, Philipp, *El problema de la creación del Derecho*, trad. de Manuel Entenza y prólogo de José Luis Puig Brutau, Ed. Comares, Granada, 1999, 120 pp.

La Editorial Comares, en su colección Crítica del Derecho, dirigida –de manera notable a juzgar por la selección de títulos aparecidos hasta ahora, como *¿Es el Derecho una Ciencia?* o *El fin del Derecho* de Ihering, *Justicia política* de Kirchheimer, *Lógica de las normas* de Ross, y otras obras de Weber o Radbruch, entre otros– por José Luis Monereo, viene recuperando en su Sección Arte del Derecho una serie de textos que podríamos calificar como «clásicos» y cuya pista para adquisición e incluso simple examen se encontraba por desgracia bastante perdida. En ella aparece ahora *El problema de la creación del Derecho*, de Philipp Heck. Dicha obra tuvo su primera aparición en español, en versión de Manuel Entenza y prólogo de José Luis Puig Brutau, en 1961, en la Editorial Ariel, que ahora recupera y reproduce Comares. Y precisamente cuando hablamos de reproducción debemos hacer referencia a uno de los aspectos creemos más criticables de este volumen: la edición cuasi facsimilar de Comares, por reproducir fielmente, recoge hasta las más diversas erratas de 1961, que no hacen ilegible el texto, claro, pero lo afean bastante, y que si son consecuencia de una opción editorial se antoja bastante discutible, pues entendemos que el texto podía haber sido limpiado y puesto a salvo de estas erratas que, lejos de suponer cierto encanto añejo añadido al texto, no serían sino consecuencia de los pocos cuidados modos editoriales de antaño, pero poco admisibles hoy, y desde luego no justificadas previamente por los editores.

Hecha esta salvedad y volviendo a *El problema de la creación del Derecho*, su contenido es el resultado de una conferencia, después publicada, pronunciada por el autor en Tubinga el 6 de febrero de 1912, con motivo de un cumpleaños real –los tiempos parecen haber cambiado mucho, y se antoja difícil en los que corren realizar hoy «regalos» de tal densidad–. El mismo Heck justifica en su breve prólogo su contenido, confirmador y aglutinador de cuáles venían siendo sus líneas de investigación, y que luego ampliaría en una obra posterior, *La interpretación de la ley y la jurisprudencia de intereses* (1914).

No sería muy aventurado considerar a Philipp Heck el más beligerante de los representantes –Stoll, Rümelin, Müller-Erzbach, el propio Heck, algunos más– de la Escuela de Tubinga. Su discurso-regalo constituye, como atinadamente avisa Puig Brutau en su prólogo, un compendio claro y certero de los contenidos y preocupaciones de la jurisprudencia de intereses, amén de una propuesta de política legislativa –alguien en su época podría haber hablado de regalo envenenado para el monarca a quien se ofrecía–, en cuanto al reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho, hoy unánimemente reconocida como fuente heterónima de creación, y a la tentativa de avanzar por la vía del decreto para la elaboración del derecho privado. Los puntos de partida desde los que Heck emprende este discurso –reveladores asimismo de la propia debilidad de su posición– algo expuesto ya en su día por Ross, Kaufmann o Erlich, son básicamente su oposición a la jurisprudencia de conceptos en los usos del término «causa» –usos en los que también el mismo Heck yerra, como señaló Binder–, y su rechazo a los conceptos psicológicos en la ciencia jurídica, al modo de Kelsen, según también fue oportunamente puesto de manifiesto por Scheier.

En su prólogo militante Puig Brutau liga los proyectos de Heck de avanzar en la creación del derecho privado con los posteriores de Cardozo y Eggleston, una vez aceptado el papel creador de la jurisprudencia e intentando consolidar el poder constituyente de la norma general, localizando además esa función en un solo órgano estatal. En ese sentido Heck y Cardozo coincidirían al propugnar la independencia del derecho privado respecto de la actividad política del Estado, si bien conservando las prerrogativas del poder legislativo, lo que aunaría a Eggleston, todo ello, siempre en opinión de Puig Brutau.

La irrupción de la obra de Heck se produce en un panorama que venía siendo de convulsión y cambio, el de la ciencia jurídica alemana, en ese momento centrada en la jurisprudencia de conceptos y tocada por la obra de Ihering, pero viviendo la entrada del movimiento de derecho libre. El análisis de Heck parte, como los mismos Apéndices de literatura y documentación del autor reflejan, de un notable conocimiento y profusa anotación de la producción jurídica previa y coetánea. La estructura de su discurso, construido con un lenguaje muy accesible hasta para legos en la materia, se articula en cuatro apartados, o capítulos. En el primero de ellos. «El problema de la creación del Derecho», presenta el que considera más fundamental, la creación o consecución o hallazgo del derecho por el juez. Las necesidades del instante político y social, centra Heck, están en que con carácter previo a la producción de una conducta con valor de conflicto pueda ser hallada su posterior decisión en una norma determinada y cognoscible: seguridad frente al conflicto. La realidad impone dos requisitos, vendrá a decir Heck, a la formación del derecho, determinación plena, y plena adecuación.

No puede el legislador dar cumplimiento a ambos, por su limitaciones en capacidad de percepción, de anticipación, y en medios expresivos. La mejor ley contendrá innumerables lagunas; ante ellas, ¿cómo debe comportarse el juez? Heck apunta su examen hacia tres modos de elección judicial: libre estimación, subsunción, y complementación coherente y dependiente del precepto, esto es, derecho libre, conservadores y modernos. Respecto al primero de ellos, no ofrece garantía alguna de unanimidad y uniformidad de las decisiones, con lo que nos hallaríamos fuera de la exigencia de seguridad y determinación previa. La subsunción es aconsejable desde la seguridad, pero no desde la equidad, por dejar fuera, en el espacio ajurídico, toda pretensión no sustentada por un precepto legal determinado: ignora, en definitiva, el problema de las lagunas. Ello nos lleva a la tercera vía, la complementación coherente de la norma: posibilita el tratamiento de las lagunas sin afectar a la seguridad, y asegura cierta uniformidad. Pero presenta el problema de la inevitable invasión de la valoración personal del juez.

El segundo capítulo, desde esta perspectiva previa, analiza la jurisprudencia de conceptos, el método de inversión. Dice de ella comparativamente que es política de consignas sublimada en método científico. Analiza la obra de Ihering, *El espíritu del derecho romano* —creemos que también recuperada recientemente por Comares, en esta misma colección y dada su identidad suponemos que en la primera versión española de 1891—, de la que critica que no rechazase el método de inversión sino que antes bien lo acogiese entusiasta. Incide sobre la distinción de Ihering de jurisprudencia inferior y jurisprudencia superior, la primera ocupada en la interpretación de la norma jurídica, la segunda en la verdad característica del pensamiento jurídico, que opera sobre el principio de solución de lagunas mediante construcción conceptual.

Crítica a Ihering por lo inamovible de su doctrina en ese último aspecto, dejando relegada a segundo plano la que llama jurisprudencia inferior, la para Heck verdadera ciencia en la solución de lagunas y consecución de seguridad. Estima que las ideas de Ihering y su jurisprudencia superior no responden a las exigencias de adecuación, mas tampoco a las de seguridad jurídica. Le admite como único valor su ilusión en un proceder absolutamente objetivo, aunque tilde al juez que en ello confíe, un tanto despectivamente, de crédulo. Carece de justificación racional la jurisprudencia de conceptos, enraizado más allá, dice Heck, de la escuela histórica, en la recepción del derecho romano, no el de sus juristas sino el corpus justiniano, que reservaba la facultad de interpretación al emperador. Considera Heck la jurisprudencia de conceptos como la injustificada generalización de un procedimiento justificado sólo para una tarea determinada, y que había ido constituyendo durante el siglo XIX, en unión del método constructivo el atuendo externo de una complementación teleológica de la ley.

Respecto de la jurisprudencia de conceptos analiza igualmente su influencia, que tacha de nociva, en la dogmática científica, citando a Wundt como testigo imparcial de tal resultado. La introducción de Wundt en la argumentación y descripción le hace entrar en el tercero de los capítulos, dedicado a la jurisprudencia teleológica. Los motivos de la superación de la jurisprudencia de conceptos los sitúa el A. en los trabajos codificadores, principalmente los del Código Civil. Esas labores consagran las delegaciones al juez de la norma, la consideración del juez por el legislador como sujeto capaz y digno de confianza en la complementación de las lagunas involuntarias de la ley, fijada en el artículo 1 del Código Civil suizo y que la generalidad doctrinal reclamaba como lugar común en la labor del juez alemán. Aun así parten desde ahí la consideración de dos líneas de estudio, a las que dedica las siguientes páginas, el movimiento del derecho libre, y la jurisprudencia de intereses.

Analiza la obra de Erlich como punto de partida del movimiento de derecho libre, que desplaza la influencia de la ley *de lege ferenda data* a la estimación judicial. El mejor modo de decisión sobre el caso particular se produce cuando el juez, cita a Erlich, libre de la atadura de preceptos generales, lo aprecia libremente en sus características. Fuchs será el principal polemista del derecho libre frente a la jurisprudencia de conceptos. Entiende que los valores positivos del derecho libre se pierden a medida que ésta se aparta de la sujeción del juez a la regulación legal, y convierten la excepción, esto es, el juez-rey, en regla, y que el derecho libre se encuentra plagado de problemas de denominación que intentan justificar bajo el nombre del movimiento una tendencia ya existente, ignorando en aras de la originalidad *sine lege* la consolidada complementación con fidelidad legal.

Entra entonces en el análisis de la jurisprudencia de intereses como antigua, renovada, forma de jurisprudencia teleológica. Nos caracterizamos, viene a decir al incluir en la corriente a Rümelin, Stampe, y él, y otros como Stoll o Hedemann, por el uso del concepto de interés, y los a él ligados, como conceptos auxiliares en el examen de los problemas normativos. Sin entrar a un detalle exhaustivo de la corriente —recordemos el origen del texto luego impreso—, sí que se detiene en contestar de manera breve a alguno de sus críticos —Löning, Gierke, Kantorowicz sobre todo—, y en exponer algunos de sus rasgos fundamentales, los contenidos amplios del término «interés», la decisión como delimitación de intereses contrapuestos y estimación de los mismos, las garantías lógicas del razonamiento de subvención en la

complementación dependiente de lagunas, ... Ello, como es lógico, afecta a la la consideración del trabajo y método científicos. Todo precepto jurídico debe examinarse desde el punto de vista de su contenido en intereses; debe exigirse también que la ciencia jurídica estudie la vida, la acción del derecho en la vida. En el énfasis puesto por la investigación de intereses en el conocimiento del derecho y de la vida se encuentra el núcleo justificable de la exigencia de una ciencia sociológica del derecho que completará la dogmática jurídica.

Esta transformación del método científico implicaba para Heck la necesidad de una mayor adaptación de los resultados de la jurisprudencia a las necesidades de la vida; la concreción de esa exigencia es el contenido del cuarto capítulo, la solicitud del desarrollo del derecho por la vía del decreto, una propuesta legislativa que facilite la invención judicial del derecho mediante una modificación en su formación legal. No espera ayudas Heck de los altos tribunales —el Tribunal del Reich—, y tampoco de la legislación ordinaria. Por ello consolida su propuesta de 1906, a la que se sumaría después Zeiler, de creación de un Tribunal Imperial de Interpretación, de manera que se produjese un desarrollo del derecho privado por la vía del decreto parlamentariamente controlado. Su propuesta, dice, no es de codificación general, sino de desarrollo y depuración, confiada al Ministerio de Justicia.

Realizar un análisis de la jurisprudencia de intereses y de la obra de Heck entiendo que excede de la oportunidad que concede el presente comentario. Con todo la obra presenta, por sus propias características, el testimonio de una trayectoria científica, sobre la que el paso del tiempo ha ido acumulando valores positivos y deficiencias más o menos opinables. Es así de reconocer y aplaudir el empeño editorial puesto a la hora de rescatarla, donde con la sola consulta, o el más detenido examen y estudio de la misma, y de la voz en tinta de Heck como su autor, nos permita el acercamiento a una época convulsa y plena de interés.

Felipe NAVARRO MARTÍNEZ
Universidad de Málaga