

La ponderación de intereses como método¹

Balancing Interests as a Method

María José García Salgado
 Universidad de Oviedo
salgado@uniovi.es

Recibido / received: 04/03/2019
 Aceptado / accepted: 11/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4707>

1. Los textos en su contexto: breves precisiones terminológicas y conceptuales

En los textos de Isay y Heck, cuya traducción se presenta, abundan expresiones como “obtención de la norma”, “obtención de la decisión”, “obtención del derecho”, “búsqueda del derecho”, etc. que no son fáciles de traducir y que necesitan una explicación.

He traducido siempre *Rechtsgewinnung* por “obtención del derecho” (y *Normgewinnung* por “obtención de la norma”, *Entscheidungsgewinnung* por “obtención de la decisión”, etc.). He mantenido esta traducción (por la que ya había optado en su momento² y que volvió a plantearme muchas dudas), pese a que soy consciente de que es extraña en castellano. La otra opción que me parecía correcta habría sido acudir al verbo “elaborar” (“elaboración del derecho”, etc.) en el sentido que recoge la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado”. La descarté porque aunque “elaborar” y “crear” tienen significados diferentes, temí que expresiones como “elaboración de la norma” o “elaboración del derecho” (o eventualmente “producción de la norma”, que tampoco sería incorrecto)

¹ Este trabajo ejerce de estudio introductorio a la traducción de los artículos “El método de la Jurisprudencia de intereses. Una reflexión crítica” (*Die Methode der Interessenjurisprudenz. Eine kritische Betrachtung*), de Hermann Isay, y “La negación de la Jurisprudencia de intereses por Hermann Isay. Una réplica” (*Die Leugnung der Interessenjurisprudenz. Eine Erwiderung*), de Philipp Heck, que puede consultarse inmediatamente a continuación. Ambos trabajos se publicaron originariamente en *Archiv für die civilistische Praxis*, 137, N.F. 17 (1933), pp. 36-47 (el texto de Isay) y 47-65 (el texto de Heck). Posteriormente se incluyeron en Ellscheid y Hassemer (1974: 222-234 y 235-253) que es a partir de donde se han hecho las traducciones. He optado por mantener el estilo de cita de los textos originales y he incluido los datos de las obras a las que Isay y Heck se refieren en la bibliografía final de este estudio previo, con las abreviaturas que permiten identificarlas.

² Me he ocupado de estas expresiones (*Rechtsgewinnung*, *Rechtsfindung*) y de otras también problemáticas (*Gebotsvorstellung*, *Ordnungsbegriffe*) frecuentes en los textos protagonistas de la disputa metodológica alemana de finales del XIX y principios del XX, en García Salgado (2011, 1-5).

transmitiesen al lector una imagen de “creación judicial” en sentido fuerte que, al menos respecto a Heck, hay que evitar³.

Respecto a *Rechtsfindung*, lo he traducido siempre por “búsqueda del derecho”, aunque el verbo *finden* signifique literalmente encontrar (y por tanto la *Rechtsfindung* sea, literalmente, “el encuentro del derecho”). Buscando matices, cabría pensar que la “búsqueda del derecho” por parte del juez presupone en cierto sentido que el legislador ya ha decidido de antemano cómo debe resolverse un supuesto concreto, y al juez corresponde “encontrar” (*finden*) esa respuesta. La búsqueda del derecho es, por tanto, un “buscar” para “encontrar” algo que ya se sabe que está ahí. Mientras que en el caso de la “obtención del derecho”, el juez ya no se limita a buscar algo que está ahí sino que debe, en cierto sentido, “conseguirlo”, “elaborarlo”, obtenerlo, a partir del material legislativo, si lo hay, y con ayuda de todas las operaciones que quedan englobadas bajo esa actividad de “obtención del derecho”. De qué tipo son esas operaciones, cuál es su finalidad y eventualmente desde qué parámetros de racionalidad pueden ser controladas, es algo que precisamente discuten Isay y Heck en los textos que presentamos.

No deja ser significativo que tanto Heck como muchos otros autores de la época, prefieran las expresiones “búsqueda del derecho” y “obtención del derecho” a la más clásica *Rechtsanwendung* (“aplicación del derecho”). Creo que esto es así porque la “aplicación del derecho” transmite la idea de una concepción más “mecánica” de la actividad judicial, que desea evitarse o que, en todo caso, no cabe identificar, sin más, con el proceso de decisión judicial⁴.

Tratar de establecer el significado más correcto de estos términos no obedece sólo a un deseo de corrección lingüística sino fundamentalmente conceptual. Tanto el texto de Isay como el de Heck se insertan aún, aunque con matices, en el contexto de la *Methodenstreit*, la disputa metodológica que sacudió y monopolizó el panorama jurídico alemán a finales del XIX y principios del XX y cuyo objeto era fundamentalmente la decisión judicial de casos: cuál era la relación del juez con el derecho, qué tipo de formación tenía que tener el juez para afrontar su tarea, qué sucedía cuando el derecho no regulaba o regulaba de forma insatisfactoria un asunto que tenía que resolver el juez, por qué en muchos supuestos las sentencias judiciales no eran comprendidas o compartidas por la comunidad en la que se generaban, qué modelo de juez era deseable tener, a qué modelo de juez se podía aspirar, etc. No voy a reproducir aquí las características de esa disputa metodológica ni de las principales corrientes que en ella se enfrentan, entre sí (Jurisprudencia de intereses y Movimiento de Derecho Libre), o de forma común contra la Jurisprudencia de conceptos. Tampoco las razones (políticas) que “fabricaron” al juez automático de la subsunción o mantuvieron el dogma de la inexistencia de lagunas⁵. Sí quiero recordar que los protagonistas de estos enfrentamientos son juristas con fuerte vocación hacia la práctica del derecho, que conocen y en la que intervienen con frecuencia. En el

³ En este sentido, y como ya indiqué (2011, 2), considero desafortunada –que no incorrecta– la traducción que hace Manuel Entenza del libro de Heck *Das Problem der Rechtsgewinnung* como *El problema de la creación del derecho* (aunque en el caso concreto de esta obra quizá pueda explicarse porque en ella Heck analiza con mucho detenimiento también la “creación de derecho” por parte del legislador). Que se recurra al término “obtención” para evitar esa connotación es algo que expresamente critica Kelsen (1929: 1726) diciendo que es un eufemismo que oscurece más que aclara lo que es una actividad de producción de normas, no de obtención.

⁴ Precisamente en su réplica a Isay, Heck emplea, entrecomillada, la expresión “aplicación de la ley” (*Anwendung des Gesetzes*) para referirse a la parte del razonamiento judicial consistente en seleccionar, del caso presente, los elementos recogidos en el supuesto de hecho de la ley, y desechar los demás. Esa obligación del juez de seleccionar lo que el legislador ha considerado relevante y despreciar lo demás es lo que se denomina “aplicación de la ley”. (Heck, 1974: 248).

⁵ Me he ocupado de todo ello, de forma extensa y crítica, en García Salgado (2011: 15-41).

caso de Isay ese conocimiento práctico es evidente porque siempre se dedicó a la abogacía y mantuvo despacho abierto, en Berlín. También hizo carrera académica en el sentido de que se doctoró y se habilitó e impartió clases como profesor no ordinario (*außerordentlicher Professor*) en la *Technische Hochschule* de Berlín⁶. Respecto a Heck, aunque tuvo una exitosa carrera académica en la Universidad, tampoco desatendió la práctica jurídica y trató de llevar sus teorías hasta sus últimas consecuencias profesionales y también docentes. Muestra de lo primero son sus dictámenes, en los que siempre aplicó el método de la Jurisprudencia de intereses por él patrocinado⁷; y muestra de lo segundo son, sobre todo, sus manuales sobre derecho de obligaciones –*Schuldrechts*– y derechos reales –*Sachenrechts*–, diseñados para que el lector pudiese contraponer la solución según el método de la Jurisprudencia de conceptos, a la solución según el método de los intereses, y que admiten, además, distintos niveles de lectura, según la formación y madurez intelectual del estudiante⁸.

Decía antes que estos trabajos de Isay y Heck, publicados en 1933, pueden considerarse parte de la disputa por el método (*Methodenstreit*) aunque están ya en su frontera. La llegada ese año de Hitler al poder produjo una convulsión (también) en el mundo jurídico que afectó de lleno tanto a Isay (que fue depurado de la Universidad) como a Heck (que con 75 años y ya jubilado, se empeñó en vano en convertir a la Jurisprudencia de intereses en la metodología idónea para la renovación jurídica que exigía el nuevo régimen)⁹. Pero ese empeño se plasmará fundamentalmente en tres trabajos de los años 1936 y 1937: en 1933 aún podemos vislumbrar lo que era la Jurisprudencia de intereses sin el maquillaje de la época nazi.

La cuestión sobre la que discuten en estos escritos tiene apariencia “técnica”: Isay se pregunta si existe el método de la ponderación de intereses (que es tanto como preguntarse si la Jurisprudencia de intereses tiene un método) y su respuesta es que no. Y Heck replica reivindicando enérgicamente el método de la ponderación de intereses y con ello a la propia Jurisprudencia de intereses como método. La cuestión de fondo es a qué está (o a qué debe estar) obligado el juez cuando resuelve un caso mediante sentencia.

Recurriré a dos supuestos prácticos descritos respectivamente por Isay y Heck para tratar de ilustrar gráficamente su forma de concebir el razonamiento judicial y después me ocuparé brevemente del papel que juega la ponderación de intereses en cada uno de ellos y de si efectivamente cabe considerarla un método o no.

⁶ Hasta 1933, en que es obligado a dejar la docencia por su origen judío. Cinco años después moriría a consecuencia de una enfermedad, a la edad de 65 años. Precisamente en 1933 se publica en *Archiv für die civilistische Praxis* el texto de la disputa con Heck.

⁷ Vid. por ejemplo, el dictamen sobre el suministro de cadáveres (Heck, 1914a).

⁸ A diferencia de Oertmann, que considera el método de los intereses demasiado difícil para principiantes y propone que el estudiante universitario siga basándose en el sistema de conceptos del antiguo procedimiento, dejando para las prácticas el examen de los intereses, Heck considera imprescindible que los estudiantes no tengan contacto con el antiguo método y defiende la conveniencia de utilizar, desde el inicio, el método de los intereses (Heck, 1932: 212). Incluso en pleno período nazi, propone seguir manteniendo en los planes de estudio las partes generales de derecho privado, si bien explicadas con arreglo al método de la Jurisprudencia de intereses (1941: 426). Una bibliografía completa de Heck se puede consultar en García Salgado (2011: 272-276).

⁹ Respecto a las relaciones entre la Jurisprudencia de intereses y el nacionalsocialismo y a los cambios que tuvo que hacer Heck en su método para intentar, sin conseguirlo, adecuarlo a los intereses de la nueva cosmovisión dominante, vid. García Salgado (2011: 197-228) y también (2014: 211-234). Sobre la recepción por el franquismo del Heck nacionalsocialista, imprescindible el trabajo de Fernández-Crehuet (2011: 131-138).

2. El razonamiento judicial, según Isay y según Heck

En un trabajo de 1908 aborda Isay una cuestión entonces muy debatida: la reivindicación, por parte fundamentalmente del sector industrial, de juzgados mixtos para los procesos de patentes, que estuviesen integrados no sólo por jueces sino también por técnicos¹⁰. Isay es partidario de esos juzgados mixtos y de que además los técnicos se integren en ellos como verdaderos jueces, con las mismas potestades y las mismas responsabilidades (1908: 26-27). Hay que combatir, dice, la opinión dominante de que la formación del juez debe ser exclusivamente jurídica, de que eso es lo más acorde con la esencia de la jurisdicción y apartarse de ello ocasionaría daños en la Administración de justicia que deben evitarse (1908: 5). Y hay que combatirlo, y es lo que interesa resaltar aquí, porque el proceso por el que el juez llega a la decisión del caso que tiene ante él es, en muchas ocasiones y particularmente en materia de patentes, sumamente complejo y sin conocimientos técnicos no puede construir, sobre todo, la premisa menor del razonamiento judicial¹¹.

En este trabajo de 1908 Isay presenta el razonamiento judicial según el modelo clásico, pero advirtiendo que la decisión judicial no sería, en terminología lógica, tanto un juicio (*Urteil*) cuanto una conclusión (*Schluss*). Una conclusión que se obtiene a partir de una premisa mayor, que es la norma jurídica aplicable (*anzuwendende Rechtsnorm*), una premisa menor, que es el “juicio” que se produce al relacionar la cuestión controvertida, con la premisa mayor y la conclusión que tiene como resultado la aplicación de la norma jurídica a la cuestión controvertida (1908: 6). La norma jurídica, sigue diciendo en 1908, es la regla que enlaza de forma vinculante la consecuencia jurídica con un supuesto de hecho determinado. Su fórmula lógica general es: “si es A, es B”. Al juez le presentan el caso controvertido X con la afirmación de que X es igual a A y la petición de que, por tanto, el juez pronuncie la consecuencia jurídica B (1908: 7). El juez deberá por tanto decidir si X es igual a A o si X no es igual a A y en esa decisión, más incluso que en la superación de las

¹⁰ Según relata Isay, la cuestión había sido debatida en sucesivos congresos organizados por la Asociación alemana para la protección de la propiedad industrial, y la conclusión había sido siempre la necesidad de incluir a dichos técnicos en los tribunales que debían resolver los casos de patentes. Ni el Ministerio de Justicia, ni los propios jueces, estaban de acuerdo con dicha incorporación, fundamentalmente porque supondría una quiebra en la organización de la jurisdicción, abriría la puerta a que desde otros sectores se efectuasen demandas similares y porque se entiende que, para suplir su falta de conocimientos técnicos, el juez puede recurrir por ejemplo a peritos (Isay, 1908: 1-5).

¹¹ Años después, en 1929, en la que seguramente es desde el punto de vista de la metodología jurídica teórica su obra más elaborada, Isay mantendrá que hay casos en los que la decisión se extrae realmente de la norma y que son fundamentalmente esos casos en los que la regulación adecuada presupone un conocimiento muy detallado del ámbito económico afectado, conocimiento que el juez no acostumbra a poseer, por lo que no cabe otra opción que obtener la decisión de la norma que se ha dado para ello. Pero para Isay “esta forma de búsqueda de la decisión” debe ser decididamente reprobada, por lo que seguiría teniendo pleno sentido la apuesta por los tribunales mixtos que estamos comentando, precisamente para evitar ese “cotejo puramente mecánico” que, para Isay, ni siquiera proporcionaría como algunos suponen una mayor seguridad, entendida como previsibilidad del resultado (Isay, 1970: 66). Según Isay, el procedimiento más frecuente, de todos modos, sería otro: quien juzga, primero decide y después busca la norma. Y como muestra cuenta el caso que también Heck recoge en el texto traducido (vid. nota 77): un estudiante, durante el recreo, arroja una piedra a un compañero y éste pierde un ojo. El padre del estudiante lesionado demanda al padre del causante de la lesión y el tribunal, reunido para deliberar, decide que no hay responsabilidad del padre porque en ese momento no tenía deber de vigilancia respecto al hijo, que se encontraba en el centro educativo. Antes de abandonar la sala de deliberaciones y publicar la decisión, el presidente del Tribunal pregunta quién es el padre y se entera entonces de lo que recoge también Heck: que se casó tarde y tuvo a su hijo ya mayor. Al juez le parece que cuando un hombre tan mayor trae a un niño al mundo, debe pagar las consecuencias. Así que insta al tribunal a volver a deliberar y el padre es condenado. Isay vivió este episodio en primera persona, cuando hacía prácticas en dicho tribunal. Y después, afirma, no ha dejado de constatar (como otros importantes juristas que menciona) que es la forma habitual de proceder: primero se decide y después se “viste” la decisión. (Isay, 1970: 61).

dificultades que conlleva el establecimiento de la norma jurídica¹², radica la principal diferencia entre la concepción de la actividad judicial según Isay y según Heck, como se ve en la polémica que traducimos.

Veinte años después de la publicación de ese trabajo, en 1929, Isay sigue manteniendo que las normas jurídicas no necesariamente coinciden con el derecho legislado, con las leyes (*Rechtsgesetze*): las leyes sólo puede hacerlas el legislador, pero las normas jurídicas las formula tanto el legislador, como el juez, como la ciencia jurídica. Y afirma que su peculiaridad radica en que las normas jurídicas, como tales, no proporcionan por sí mismas una regulación del caso singular, sino que generalmente precisan para ello de una decisión. Una decisión que es siempre producto de un acto de pensamiento valorativo, y en ese sentido irracional, que se fundamenta después de su adopción. De ahí que para Isay el derecho se presente no como un conjunto de normas sino como un conjunto de decisiones (Isay, 1970). En este trabajo de 1929 su postura respecto a la racionalidad de la construcción de la premisa menor del razonamiento judicial es quizá más escéptica que en el texto de 1908. Quizá porque en 1908 le interesaba únicamente acentuar las dificultades técnicas a las que se veía sometido un juez que tenía que decidir, en un ámbito en constante evolución y construcción como es el de las patentes, si el complejo caso que se le presentaba “encajaba” dentro del supuesto de hecho de una norma que le invitaba a construir un supuesto de hecho específico para cada caso. Si el juez hubiese sabido seleccionar los elementos esenciales, o incluso si hubiese sabido qué preguntas plantear a los peritos que podía llamar en su auxilio, no habría necesitado acudir a esos peritos (1908: 20)¹³. Mientras que para Isay la actividad mediante la que el juez selecciona, de toda la variedad de elementos y circunstancias que tiene el caso que se le presenta, los elementos esenciales susceptibles de ser eventualmente subsumidos en el supuesto de hecho de la norma, es una actividad valorativa y por tanto irracional, para Heck el juez está obligado a seleccionar como esenciales los elementos que el legislador ha incluido en el supuesto de hecho de la norma y aunque en ocasiones puedan plantearse dificultades, esas dificultades no permiten tachar dicha actividad de absolutamente valorativa e irracional.

Respecto a la teoría de la decisión judicial de Heck, resumo a continuación las características esenciales del método de la Jurisprudencia de intereses para pasar ver después cómo funciona dicho método en un caso propuesto por Heck¹⁴.

La Jurisprudencia de intereses es un método diseñado para la ciencia práctica del derecho, para que ciencia práctica del derecho consiga su objetivo de hacer efectiva en la vida diaria la ordenación de intereses pretendida por el legislador cuando crea la norma. Simplificándolo en exceso: quien crea el derecho pretende que

¹² Respecto a la premisa mayor, pueden producirse distintas dificultades. Puede suceder y sucede con frecuencia, dice Isay, que no haya en la ley una norma previa, es decir, que falte la regla para el supuesto A. En estos casos el juez debe descubrir (*herausfinden*) recurriendo a la analogía, a la creación del derecho a partir de principios generales y de ponderaciones, la consecuencia jurídica para A, es decir, la norma para A. Esta actividad del juez, dice Isay, es la más elevada y la más bonita, ya que aquí el juez crea derecho en el auténtico sentido de la palabra (1908: 7). También puede suceder que la norma exista pero que deje la consecuencia jurídica dentro de determinados límites a la discreción judicial. Como en el caso anterior, el juez deberá decidir libremente lo que mejor se adecue a los intereses que entran en consideración. Puede suceder que la consecuencia jurídica sea clara pero no lo sea el supuesto de hecho de la norma, es decir, no estén claros los elementos de la norma a los que se vincula la consecuencia jurídica. Aquí el juez debe valerse de todos los medios de ayuda que estén a su disposición para intentar averiguar el supuesto de hecho de la norma (1908: 8).

¹³ Por eso él se ponía de parte de la industria y de las asociaciones profesionales y reclamaba tribunales mixtos donde estuviesen integrados los técnicos expertos en esas materias sobre las que, de otro modo, le parecía imposible que pudiese decidir con dominio de la cuestión un juez (1908: 28-29).

¹⁴ Este resumen se encuentra, más extenso, en García Salgado (2011: 7-13)

ese derecho se realice, y la Jurisprudencia de intereses se propone como el mejor método para que el derecho, cualquier derecho, se haga realidad.

Toda norma resuelve un conflicto de intereses –religiosos, culturales, económicos, sociales, personales, etc.–, y ese conflicto de intereses es lo que debe tener presente el juez que recurre a la norma potencialmente aplicable para resolver el caso. ¿Cómo se pasa de los intereses a las normas y de ahí a la decisión judicial? Mediante un correcto método de interpretación, el de la Jurisprudencia de intereses. Heck concluye que para una correcta aplicación de las normas no basta con preguntarse cuál es el fin de la ley, sino que es imprescindible tener presente el conflicto de intereses que quiso resolver el legislador. Para Heck, toda regulación normativa es el resultado de una decisión, de una elección en la que se protege un interés contra otro, u otros, que pesan menos o son incompatibles con el preferido. De ahí que para Heck la ley sea una resultante, una diagonal de fuerzas contrarias. Cuando el juez aplica la norma debe verla en ese contexto de tensión, teniendo en cuenta no sólo el interés que ampara esa norma, sino también cuáles eran los intereses que no merecieron ese amparo¹⁵. El juez compara entonces el conflicto que debe resolver con el conflicto ya resuelto por el legislador. Por esta vía, los intereses despreciados por el legislador adquieren un valor hermenéutico primordial: el conflicto resuelto por la norma se revive en cada caso de nueva aplicación.

De la regulación legal, el juez obtiene información vinculante para la decisión judicial. Esta fase de obtención de la información supone, según Heck, el desarrollo de una actividad cognoscitiva y, en ese sentido, objetiva. El juez tiene que conocer la voluntad normativa del legislador, y para ello puede valerse de los medios de interpretación habituales. En esta tarea son especialmente útiles los materiales que se desprenden del proceso de elaboración de las normas, ya que permiten recrear el conflicto de intereses real que dio lugar a la norma. Es lo que Heck denomina “investigación histórica de los intereses”, que es la primera parte de la operación que debe realizar el juez para obtener el derecho para resolver el caso. La segunda parte, de “ulterior desarrollo judicial”, ya no es una operación cognoscitiva sino que, en terminología de Heck, se inserta en el llamado pensamiento emocional. En esta segunda fase se procesa la información recogida en la primera, se ponderan los intereses, se resuelven las eventuales lagunas y se conforma el silogismo que permitirá al juez tomar la decisión jurídicamente correcta. En terminología moderna, es una fase de argumentación y es, desde luego, una fase creativa, en la que el juez realiza una actividad que en modo alguno puede considerarse automática o absolutamente predeterminada por la ley. Pero que la actividad judicial no pueda estar causalmente predeterminada no significa que no haya formas de controlar su racionalidad y su sometimiento al derecho.

En el caso de la sobrina no legataria (Heck, 1933: 21-15; 1948: 538-534) se muestra bien cómo funcionan en la práctica estas tesis interpretativas de Heck¹⁶. Un pensionista deja a sus sobrinas un legado de igual cantidad en su testamento, pero olvida a una. En lugar de rehacer el testamento, deposita en un banco una suma igual a los legados de las demás, acordando que mientras viva sólo él podrá disponer de ese dinero, que a su muerte deberá pasar a esa sobrina. Cuando el pensionista muere se descubre que la herencia tiene más deudas que activo y se plantea la cuestión de quién tiene derecho a reclamar esa cantidad depositada en el banco, si los acreedores o la sobrina. Ninguna norma es directamente aplicable al caso, por lo que, según el

¹⁵ Una idea similar se encuentra en el texto de Wachinger que Heck incluye en su respuesta a Isay. Vid. nota 74.

¹⁶ Son también muy interesantes los casos del suministro de cadáveres al instituto anatómico (Heck, 1914a) y de la revalorización de hipotecas (Heck, 1924), que comento con detalle en García Salgado (2011: 163-180 y 189-195).

método de la Jurisprudencia de intereses, lo primero que debe hacer el juez es individualizar el conflicto de intereses que debe resolver, e investigar si alguna otra norma del ordenamiento jurídico resuelve un conflicto idéntico o muy similar. Según Heck, el conflicto que tiene que resolver el juez es entre el interés que tiene la sobrina en hacerse con ese dinero y el interés de los acreedores de la herencia en cobrar sus deudas. Ciertamente el caso de la sobrina no legataria no es idéntico al de las sobrinas legatarias, porque respecto a estas el legislador ya ha resuelto legalmente prefiriendo a los acreedores, pero aunque el caso no sea el mismo, el conflicto de intereses, para Heck, sí lo es: ninguna de las sobrinas tenía ningún derecho antes de la muerte del causante, mientras que los acreedores sí lo tenían ya. El testador no habría podido colocar a sus herederos testamentarios delante de sus acreedores, por tanto no hay ninguna razón para pensar que sí podía hacerlo mediante el subterfugio de no incluirlos en el testamento y dejarles el dinero en cuentas bancarias. El hecho de que el legislador prefiera expresamente a los acreedores frente a las sobrinas legatarias obliga, según la Jurisprudencia de intereses, a resolver conforme a este juicio de valor legal el supuesto de la sobrina no legataria. Un examen histórico de esta cuestión también avala esta respuesta. Sin embargo, sigue contando Heck, el Tribunal Supremo del *Reich* (*Reichsgericht*) prefiere a la sobrina no legataria antes que a los acreedores y ello porque realiza un razonamiento propio de la Jurisprudencia de conceptos. El Tribunal considera decisiva la redacción del parágrafo 328 del BGB que establece que si se estipula por contrato una prestación a favor de un tercero, este adquiere “inmediatamente” el derecho a esa prestación. Ese “inmediatamente” aplicado literalmente y sin ulterior reflexión sirve al Tribunal para entender que la sobrina ha adquirido el derecho inmediatamente en virtud del contrato, y no de la herencia, y por tanto cobra esa cantidad antes que los acreedores¹⁷.

3. ¿Acierta Isay al decir que la ponderación de intereses no es un método?

Lo primero que reflejan los textos de *Isay* y *Heck* es que la ponderación, como técnica de aplicación judicial del derecho, ya era tendencia antes de que la pusiesen absolutamente de moda las obras de Dworkin y, sobre todo en nuestro ámbito jurídico, de Alexy. Y lo segundo es que, como señala Heck, ponderar es perfectamente compatible con subsumir¹⁸.

Según Isay, lo único que cabe aprender de Heck es que, para obtener normas, los intereses deben ser valorados y sus valores ponderados unos frente a otros. Pero: a) ni se sabe lo que son los intereses: o mejor dicho, el concepto de interés que maneja Heck es tan amplio que no es operativo; b) ni la conveniencia de tener en cuenta los intereses la ha inventado la JI; c) ni decir que deben ponderarse intereses constituye un método, ya que nada se dice respecto a la regla que debe utilizarse para ponderar esos intereses. Si a esto se añade que Heck ha manifestado en numerosas ocasiones que la suya no es una teoría material de los valores y que renuncia a formular una teoría de los valores, podemos aventurar, concluye Isay, que la JI ni tiene un método ni nunca lo tendrá. Isay no ha sido el único en criticar el método

¹⁷ Es lo que Heck denomina “aprovechamiento de fórmulas” (1932: 97; 1948: 535; 1961, 50; 1974: 251), que realmente es una especie de abuso de las fórmulas. Explicado en profundidad, respecto a la Jurisprudencia de conceptos, en García Salgado (2011: 80-92). Sobre los riesgos que comporta utilizar directamente conceptos acuñados por la ciencia, o incluso por la jurisprudencia, para resolver casos en sede judicial, vid. también García Salgado (2017: 664 ss.).

¹⁸ Como señala Hernández Marín (1989: 225), tampoco es la subsunción lo que marca la diferencia entre la jurisprudencia de intereses y la de conceptos: “la diferencia entre jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses no radica en que para la primera “la subsunción sea un proceso lógico”, mientras que para la segunda sea un proceso de otro tipo; para ambas doctrinas la subsunción, o mejor dicho, la decisión de un caso concreto, es un proceso lógico. La diferencia entre ambas escuelas radica únicamente en lo referente a la formación de la (cuasi)proposición jurídica general...”.

de la ponderación: en la *Teoría pura del derecho*, Kelsen se refiere a él como una fórmula que no soluciona el problema porque no da un patrón objetivo que permita cotejar los intereses contrapuestos y resolver los conflictos de intereses. Ese patrón, añade, no puede tampoco extraerse de la norma interpretada, o de la ley, o de la totalidad del orden jurídico porque la necesidad de una interpretación se debe precisamente a que la norma a aplicar, o el sistema de normas, permite diversas opciones y por tanto no contiene ninguna indicación precisa sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de más valor, dejando esas determinaciones al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial (Kelsen, 1993: 353).

Pero también ha tenido Heck defensores, como por ejemplo Engisch, que entiende que ya el hecho de vincular al juez a los intereses y valores “legales” y no a sus propias valoraciones es una regla para la valoración y ponderación de los intereses (Engisch, 1934: 70).

Lo cierto es que Heck sí proporciona indicaciones metodológicas respecto a cómo debe el juez afrontar la resolución de los casos y en ese sentido creo que es injusto negar a la Jurisprudencia de intereses su condición de método para la práctica judicial. Que, según Heck, el juez tenga que descomponer el caso que debe resolver en intereses en conflicto; que tenga que descomponer todas las normas potencialmente aplicables en los conflictos de intereses que cada una de ellas resuelve; que tenga que tener presente, en la operación anterior, no sólo cuál es el interés que resulta protegido por la norma sino también frente a qué intereses se le protegió (es decir, que el interés o los intereses vencidos mantengan su valor hermenéutico), que esa operación sea considerada cognoscitiva, porque el conflicto de intereses que está detrás de la norma es algo objetivo y por tanto susceptible de ser conocido mediante las herramientas adecuadas, etc. Todas estas indicaciones constituyen un método en el sentido de un procedimiento que instruye al juez respecto al modo en que debe abordar la resolución de los casos. El problema es que este conjunto de indicaciones constituyen sólo la primera fase de la actividad interpretativa (la investigación histórica de los intereses), a la que hay que añadir el ulterior desarrollo judicial por parte del juez. Esta fase de ulterior desarrollo judicial ya no tiene carácter cognoscitivo sino que pertenece al pensamiento emocional¹⁹. En ella, el juez “procesa” la información que ha obtenido mediante la investigación histórica de los intereses y la valora conforme a parámetros que aquí ya no están tan claros y, sobre todo, van experimentando cambios a medida que la teoría de Heck intenta adaptarse a las consignas nacionalsocialistas. Decir que la ponderación debe hacerse teniendo en cuenta valoraciones del legislador y/o de todo el entramado de normas y solo secundariamente acudiendo el juez a sus propios criterios de valoración parece, ciertamente, decir bien poco. Sin embargo, los esfuerzos teóricos de Heck por someter al juez al derecho legislado a través del método de interpretación y aplicación

¹⁹ Heck (1914: 11). Y en Heck influyó, y mucho, la filosofía de H. Maier y su pensamiento emocional. Heck alude expresamente a la obra de Heinrich Maier, *Die Psychologie des emotionalen Denkens*: “he leído con atención esa obra nada más aparecer y la he trabajado profundamente. Es un trabajo digno de mención y fue para mí muy valioso poder confirmar mis pensamientos generales y verlos expresados en el libro de Maier a quien estoy muy agradecido. Pero los detalles y las particularidades que eran para mí nuevas y útiles para mi metodología, no las he encontrado ni entonces ni después. Lo mismo me sucedió cuando elaboré mi método histórico. En mi investigación sobre los problemas de traducción no pude utilizar ninguna “filosofía de la traducción”” (Heck, 1937: nota 39). Krawietz (1976: 508-510) no está de acuerdo con la pretendida independencia filosófica de Heck y extiende la influencia de la filosofía de Maier no sólo a los fundamentos de la Jurisprudencia de intereses y de valoraciones, sino también a detalles de su metodología como la inclusión de la lógica de la actividad judicial no en la lógica del conocimiento sino en la del pensamiento emocional, según el cual la medida de corrección no es la verdad sino el valor que el resultado pensado tiene para la vida o para los intereses, esto es, su adecuación a las exigencias de la vida; o en la concepción de la interpretación de la ley como un proceso de determinación del contenido histórico y de desarrollo posterior emocional -*emotionaler Fortbildung*.

de normas no son, ni mucho menos, tan obvios ni deben ser desdeñados. En una reciente publicación²⁰, Rückert hace hincapié en la importancia que tiene para Heck la fidelidad a la ley y que el juez haga lo posible por plasmar en su decisión el interés que el legislador quiso amparar en la norma, interés que debe ser empíricamente investigado (Rückert, 2017: 967). En esa fidelidad a la ley marcaría también, según Rückert, la diferencia respecto a la Jurisprudencia de valoraciones, que tiende a considerarse el hijo legítimo de la Jurisprudencia de intereses y que, para este autor, sería más bien un hijo ilegítimo, ya que la mayoría de los juristas de las valoraciones no toman esas valoraciones de forma tan consciente y estricta de la ley, como lo hace la Jurisprudencia de intereses de Heck, y eso es una diferencia fundamental entre ambas corrientes (2017: 971).

Como acertadamente ha resaltado Rückert, Heck construye su teoría en un tiempo (la Alemania de 1871 a 1914) donde acaecen importantísimos cambios constitucionales. El juez heckiano (que “obedece pero piensa”, que es independiente pero que es un “ayudante” del legislador) se construye en un momento histórico de diversas y variadas divisiones de poderes: división entre el poder religioso, moral, político y jurídico y también entre el poder de crear derecho y el de aplicarlo. Con ello también se reorganizan las competencias de los cuatro modernos agentes jurídicos: legislador, justicia, juristas profesionales y sociedad (2017: 966). La teoría de Heck nace en un Estado constitucional que considera suprema la voluntad del legislador plasmada en la ley, mejor dicho, en los intereses (en conflicto) que cada norma ha decidido proteger. De la ponderación de intereses se ha ido pasando, en épocas posteriores, a la ponderación de valoraciones, a la ponderación de bienes, hasta llegar a la actual “Jurisprudencia constitucional de ponderaciones”, en expresión de Rückert (2017: 971). Esta “Jurisprudencia de ponderaciones” que en un primer momento se remitió a la ponderación de intereses, se va alejando de ella rápidamente a medida que se aparta de las ponderaciones legislativas y de las normas jurídicas y va desembocando en una ponderación principalmente libre de bienes. Ponderación, principio de proporcionalidad, optimización de principios, van “aflojando” la vinculación normativa y llevando a una “Jurisprudencia de juristas” (Rückert, 2017: 971). No estaría de más recuperar el empeño de la Jurisprudencia de intereses en la investigación intensiva y empírica de los intereses a ponderar, ya que reduciría las materias de discusión y aumentaría la aceptación de las decisiones, algo muy importante desde el punto de vista de la cultura jurídica (Rückert, 2017: 974).

Mientras traducía los textos de Heck e Isay que aquí se presentan me venían a la mente aspectos de las discusiones entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado relativas precisamente a la ponderación como método (en este caso de interpretación constitucional). En la que creo que es la última obra que han publicado conjuntamente (2018), García Amado vuelve a criticar duramente la ponderación como método y advierte de la enorme diferencia entre “justificar mediante argumentos la interpretación de una norma”, en cuyo caso “el eje de la argumentación ha de

²⁰ Que daría la razón a Schoppmeyer, para quien Heck es prácticamente el único autor de la disputa metodológica que sigue mencionándose en los escritos dogmáticos y que ha conseguido que muchas de sus afirmaciones metodológicas hayan pasado a ser lugares comunes: el término ‘interés’ se ha convertido en un lugar común del lenguaje jurídico; la interpretación teleológica es actualmente dominante; además es evidente que la ley es lagunosa y que la competencia del juez para valorar no es sólo inevitable sino también conveniente. Todo esto lo mantenía la Jurisprudencia de intereses y lo mantenían también, en mayor o menor medida, otros movimientos coetáneos (Schoppmeyer, 2001: 250). Pero sólo Heck y su Jurisprudencia de intereses parecen haber sobrevivido. También Rückert (2017: 965) relata que cuando la Asociación de civilistas se ocupó, en el año 2013, de los métodos del derecho privado, se puso de manifiesto la enorme importancia que había tenido y seguía teniendo la Jurisprudencia de intereses, a la que había que atribuir la mayor y más visible influencia en la metodología de la ciencia del derecho privado, influencia que llegaba hasta la actualidad, en forma de Jurisprudencia de valoraciones.

ponerse en consideraciones generales sobre cómo queda configurada, después de tal o cuál interpretación, esa norma que se interpreta” y que el “énfasis argumentativo” se coloque en las circunstancias de “este caso”, porque entonces la regla se construye enteramente para hacer justicia a ese caso, prescindiendo de los demás”. En el primer supuesto, “y por mucho que el ir y venir de la mirada entre la norma y los hechos del caso, del que hablaba Engisch en expresión célebre, el acento no se pone en las circunstancias del caso, sino en la conformación genérica de la norma”. En el segundo supuesto, “basta una alteración de una de esas circunstancias para que se tenga que construir una regla nueva para el caso nuevo”. Es decir, deja de haber normas con un contenido capaz de prever la solución de casos futuros (García Amado, 2018: 54-55). Frente a García Amado, Atienza defiende sin embargo la ponderación como técnica argumentativa y cree que es posible someter la ponderación a los criterios de racionalidad jurídica: “criterios (flexibles y abiertos, pero no inexistentes) que permiten ver el Derecho –los Derechos del Estado constitucional– como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas” (2018: 40-41).

Para terminar, quizá pueda invocarse a favor de Heck y su recurso al método de la ponderación su longevidad: la ponderación domina hoy el panorama jurídico y parece que aún le queda mucha vida por delante.

Bibliografía

- ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J.A. (2018), *Un debate sobre la ponderación*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Bolivia.
- ELLSCHIED, G. y HASSEMER, W. (1974), *Interessenjurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F. (2011), *Jueces bajo el franquismo*, Comares, Granada.
- GARCÍA SALGADO, M.J. (2011), *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, Comares, Granada.
- GARCÍA SALGADO, M.J. (2014), “La Jurisprudencia de intereses antes y después del nacionalsocialismo”. En: BLÁZQUEZ, J., *Nazismo, Derecho, Estado*, Madrid, Dykinson, pp. 211-234.
- GARCÍA SALGADO, M.J. (2017), “Conceptos e intereses en la aplicación judicial del Derecho”. En: USCANGA BARRADAS, A. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A., *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*, Oviedo, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, pp. 659-667.
- HECK, P. (1914), “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 112, pp. 1-318.
- HECK, P. (1914a), “Ist die Württembergische Ministerialverfügung vom 4. Juni 1862, insoweit sie die Ablieferung von Armenleichen an die anatomische Anstalt in Tübingen verfügt, durch Art.1 Abs.1 des Württembergischen Gesetzes vom 17. April 1893 zur Ausführung des Reichsgesetzes betreffend den Unterstützungswohnsitz aufgehoben?”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 112, pp. 319-365.
- HECK, P. (1924), “Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 122, pp. 203-226.
- HECK, P. (1932), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübinga.
- HECK, P. (1933), “Interessenjurisprudenz”, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, núm. 97, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübinga.

- HECK, P. (1936), "Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner", *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 142, pp. 129-202 y 297-332.
- HECK, P. (1936a), "Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre", *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, núm. 118, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.
- HECK, P. (1937), "Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz" *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 143, pp. 129-196.
- HECK, P. (1941), "Der allgemeine Teil des Privatrechts", *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 146, pp. 1-27.
- HECK, P. (1948), "Jurisprudencia de intereses", trad. Manuel González Enríquez, *Anales de la Academia matritense del Notariado*, núm. IV, pp. 513-550.
- HECK, P. (1961), *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Enteza. Ariel, Barcelona.
- HECK, P. (1974), "Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay. Eine Erwiderung". En: ELLSCHEID, G. y HASSEMER, W., *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 235-253. [Publicación original: (1933) *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 137, pp. 47-65].
- ENGISCH, K. (1934), "Interessenjurisprudenz und Strafrecht", *Monatliche Schriften für Kriminelle Psychologie*, núm. 25, pp. 65-87.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1989), *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Tecnos, Madrid.
- ISAY, H. (1908), *Die Gerichtsbarkeit in Patentprozessen*, editorial Franz Vahlen, Berlín.
- ISAY, H. (1970), *Rechtsnorm und Entscheidung*, Aalen, Berlín. Reimpresión de edición de 1929, editorial Franz Vahlen, Berlín.
- ISAY, H. (1974), "Die Methode der Interessenjurisprudenz. Eine kritische Betrachtung". En: ELLSCHEID, G. y HASSEMER, W., *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 222-235. [Publicación original: (1933), *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 137, pp. 33-46].
- KELSEN, H. (1929), "Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, núm. 58, pp 1723-1726.
- KELSEN, H. (1993), *Teoría pura del derecho*, 7ª edición de la 2ª edición alemana de 1960, trad. Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México.
- KRAWIETZ, W. (1976), "Interessenjurisprudenz". En: RITTER, J. y GRÜNDER, K. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel/Stuttgart, Schwabe & Co., pp. 494-514.
- RÜCKERT, J. (2017), "Interessenjurisprudenz, Verfassungswandel, Methodenwandel, Juristenjurisprudenz?", *Juristen Zeitung*, pp. 965-974.
- SCHOPPMAYER, H. (2001): *Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2001.

EL MÉTODO DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA (HERMANN ISAY)²¹

I

El método de la Jurisprudencia de intereses (en adelante JI) se ha convertido últimamente en centro de interés de la discusión científica. *Schönfeld*, que comenzó siendo su defensor, se ha apartado de él considerablemente en su contribución al libro homenaje al Tribunal Supremo del *Reich*²²; *Oertmann* ha mostrado detallada e insistentemente, en su polémico escrito contra ella²³, sus peligros para la Ciencia del derecho. Mientras, por la otra parte, *Stoll*²⁴ y *Ulmer*²⁵, y particularmente el más famoso representante de la JI, *Heck*²⁶, la han defendido frente a los ataques formulados.

En todos estos escritos se habla del método de la JI, sin que en modo alguno se discuta en qué consiste ese método. Tanto por su enemigo *Oertmann* como por sus defensores, se presupone tácitamente que existe tal método, y también tácitamente se entiende que la esencia de ese método merece verdaderamente el nombre de “método”.

Para quienes no asumen sin más esos presupuestos, sino que sienten la necesidad de comprobarlos por sí mismos, el examen proporciona la asombrosa constatación de que *el método de la JI no existe en absoluto* y, por tanto, toda la disputa, en la medida en que es una *disputa por el método*, carece por completo de objeto.

En lo que sigue se proporcionarán las pruebas al respecto.

II

La JI aparece por primera vez con personalidad científico-literaria definida en el trabajo de *Heck* “*Das Problem der Rechtsgewinnung*” (Tubinga, 1912). Desde entonces *Heck* ha mantenido esa teoría en diferentes obras, siendo la última el escrito de defensa frente a *Oertmann* mencionado en la nota 23. Puesto que en él *Heck* ha compendiado la esencia y el significado de la JI una vez más con todo detalle y en todos los sentidos, en lo que sigue este será el escrito que se tomará como base cuando se trate de discutir la teoría representada por *Heck*.

¿*Cuál es, entonces, la esencia de la JI?* Dice *Heck* en la página 28: “la JI, tal y como ha sido representada hasta la fecha en Alemania, es una pura metodología”. Y de forma análoga, el comentario de *Ulmer* mencionado en la nota 25, comienza diciendo que la JI de Tubinga está en el centro de las investigaciones de derecho

²¹ Este trabajo fue publicado originalmente con el título *Die Methode der Interessenjurisprudenz. Eine kritische Betrachtung* en *Archiv für die civilistische Praxis* (137, N.F. 17 [1933]: 36-47) y posteriormente fue incluido en *Ellscheid y Hassemer* (1974: 222-234), que es a partir de donde se ha hecho la traducción.

²² W. Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jähr. Bestehen des Reichsgericht* (Libro Homenaje de las Facultades de Derecho por los 50 años de existencia del Tribunal Supremo del *Reich* (*Reichsgericht*), Segundo tomo, 1929, pp. 191 ss.

²³ P. Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig, 1931.

²⁴ H. Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, en *Festgabe für Heck, Rümelin und A.B.Schmidt*, 1931, 60 ss.

²⁵ E. Ulmer, Besprechung der Oertmannschen Schrift en *Archiv f. civ. Pr.* N. F. 15 (1932), pp. 280 ss.

²⁶ Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tubinga, 1932.

privado sobre cuestiones “de método”.

La JI es, por tanto, una *metodología*. ¿Y qué método enseña? El polémico escrito de *Oertmann* sitúa al inicio de su exposición la contraposición entre *Jurisprudencia de conceptos* (JC) y JI y esta contraposición constituye además el objeto de toda su discusión. Lo mismo cabe decir de la exposición de *Schönfeld* en el libro homenaje al tribunal supremo del *Reich*. Consecuentemente, esta contraposición también se mantiene en primer plano en las reflexiones de Heck sobre “Jurisprudencia de conceptos y Jurisprudencia de intereses”, así como en las exposiciones de *Stoll* y *Ulmer*.

Pero esa contraposición, por sí sola, no ofrece ninguna claridad respecto de lo que es realmente el método de la JI. Ciertamente, la oposición a la JC puede decir *en negativo* lo que el método de la JI *no* quiere y *no* es. Pero de ello, de decir que la JI, a diferencia de la JC, rechaza la obtención de nuevas normas jurídicas a partir de conceptos jurídicos (conceptos ordenadores), aún no se dice nada *positivo* respecto a cuál es el método de la JI.

Lo mismo cabe decir respecto a la segunda contraposición que Heck y Stoll tratan, la contraposición de la JI frente a la teoría del derecho libre. Frente a ella, según Heck (p. 10), la “diferencia esencial” de la JI radica en el principio de “interpretación histórica de la ley”, que aquí constituye el “bastión” de la JI. *Stoll* (p. 71) añade una segunda diferencia: la JI rechaza toda búsqueda del derecho basada únicamente en sentimientos, también en el espacio exento de ley.

Que esas diferencias sean realmente características distintivas, parece cuando menos dudoso. Respecto a la primera diferencia, el propio *Stoll* (p. 71) admite que la interpretación histórica no se deduce necesariamente de la esencia de la JI. A eso se añade que la teoría del derecho libre afecta solamente a la búsqueda del derecho por el juez, pero no por el legislador, mientras que la JI trata de la obtención de normas por el legislador.

No obstante, aun admitiendo esa delimitación frente a la teoría del Derecho Libre, tendríamos que decir lo mismo que respecto a la contraposición frente a la JC: esa constatación *negativa* nada dice aún respecto a en qué consiste *positivamente* el método de la JI.

III

Sobre los objetivos de la JI, los escritos de sus representantes y sobre todo el escrito de Heck, dan suficiente información.

1. La JI quiere facilitar al *legislador* la obtención de *normas jurídicas* (Heck, pp. 74 ss.)²⁷.

2. La JI quiere además, y Heck lo califica como su fin principal (p. 18), ayudar a encontrar la *decisión judicial del caso*. Aquí aparece en todo caso una imprecisión, en tanto que no se dice claramente si el juez debe obtener su decisión para el caso directamente según la teoría de la JI (así parece en la p. 107), o si la JI sólo ayuda al juez a obtener la norma jurídica cuando falta una norma legal de la que él pueda deducir su decisión (así en p. 18).

²⁷ Heck menciona también aquí la decisión de casos del lego y el derecho consuetudinario, pero no entra en detalles sobre ellos. Por eso yo los dejo de lado, aunque sobre ello se podría decir algo que iría en contra de la JI.

3. La JI también debe finalmente capacitar a la *Ciencia del derecho* para obtener normas jurídicas allí donde la ley les ha dejado en la estacada (*Heck*, p. 129).

4. No son totalmente claras las declaraciones de *Heck* sobre la cuestión de si la JI también debe obtener *decisiones directamente*. Esa falta de claridad ya la hemos indicado respecto a la decisión judicial del caso. La misma falta de claridad existe respecto al trabajo de la Ciencia del derecho (p. 129).

Esto está relacionado con el hecho de que sobre la relación entre norma jurídica y decisión no se ha logrado ninguna idea clara. Esta cuestión volverá abordarse en particular más adelante.

En este momento, para los fines de ese apartado, basta sintetizar que el *fin* de la JI es *la obtención de normas jurídicas*. Pero para conocer el *método* de la JI no es suficiente conocer sus *fines*. Un método no se caracteriza, o no únicamente, por su fin. El *mismo* fin lo ha perseguido también la JC. Más bien requiere la indicación del *camino*.

Un *método* es un procedimiento sistemático del pensamiento o de la acción. Un método de jurisprudencia es, puesto que esta última tiene que ver con contenidos del pensamiento, *un procedimiento para la obtención de contenidos de pensamiento* y ciertamente radica en el concepto de método el que se trate de un procedimiento *racional*. Así también *Heck* (p. 222): “la JI es un método de la Ciencia jurídica y con ello del pensamiento racional...”.

La pregunta es, por tanto, *en qué consiste el procedimiento racional de la JI, para obtener el contenido de una norma jurídica requerida*.

Sobre esto lo único que aprendemos de *Heck* y de los demás representantes de la JI es que los intereses que se toman en consideración deben ser valorados y sus valores ponderados unos frente a otros (*Heck*, p. 41 y *passim*; *Stoll*, p. 68), para obtener de esa valoración y ponderación el contenido de la norma.

Sólo que esas indicaciones son absolutamente insuficientes.

En primer lugar debido a la opacidad y con ello casi total falta de contenido del concepto “interés”.

Heck lo define (p. 37) como “el anhelo de bienes de la vida”. Pero tampoco con ello es más agudo. Todo cae dentro, tanto lo que afecta de algún modo a los hombres individualmente como a la comunidad humana: no sólo bienes materiales sino también intereses éticos, religiosos, morales, el interés en la justicia, la equidad, etc., los “más elevados intereses de la humanidad” (*Heck*, p. 37).

Con razón ha señalado *Oertmann* (p. 35) que de este modo el concepto de interés “desaparece en una dimensión universal y por ello inservible”.

La exigencia de que los “intereses” humanos, en ese amplio sentido, *deban ser considerados* al indagar el contenido de las normas jurídicas, no es por cierto precisamente un avance de la JI y mucho menos un *método* que la caracterice.

Ese conocimiento lo habían tenido *Ihering*, *Dernburg*, *Bähr*, *Bolze*, *Düringer*, etc., mucho antes de la *proclamación* de la JI y según él habían actuado.

*Müller-Erzbarth*²⁸ ha demostrado en su contribución al libro homenaje al Tribunal Supremo del *Reich*, que desde que existe, el Tribunal Supremo ha tomado en consideración la situación de intereses.

El mismo Heck (pp. 30 ss.) distingue dos niveles de evolución: la teoría “genética” de los intereses y la “productiva”. La primera, de la que considera representante a *Ihering*, ya ha reconocido que los intereses proporcionan el fundamento de las normas jurídicas. Pero sólo la JI “productiva” “ha extraído las conclusiones para la decisión judicial de casos y para la realización del trabajo científico”.

La inexactitud de esa consideración puede demostrarse sencillamente. *Düringer* pone en la cabecera de su trabajo de 1909, *Richter und Rechtsprechung*, una cita de *Bolz*: “La sentencia debe ser justa y razonable”. ¿No significa eso que debe valorar los intereses que entran en consideración? El propio *Düringer* habla aquí (p. 21) de la función de “ponderación de intereses” a través de los jueces.

Y lo mismo dice *Gmelin* en su escrito: *Quousque?* (1910, p. 65): “es misión del juez ordenar correctamente los bienes jurídicos que se llevan ante el tribunal y distribuir correctamente los bienes materiales”. ¿No significa eso una correcta ponderación de intereses?

Pero incluso si a la JI representada por Heck se le hubiese ocurrido por primera vez la idea de que para la obtención del contenido de las normas jurídicas, los intereses que entran en consideración deben ser valorados y ponderados unos frente a otros, semejante idea está aún lejos de ser un “método” de obtención de un determinado contenido de una norma jurídica requerida. Diciéndole al legislador o al juez, que debe ponderar los intereses, ¿no se le está diciendo absolutamente nada sobre el contenido de la regla que debe producir la norma jurídica!

Un método debería al menos dar alguna indicación al legislador, al juez, respecto al punto de vista según el que tiene que valorar y al parámetro según el que debe ponderar los así valorados intereses entre sí.

Stoll (p. 67) quiere extraer del primero de esos dos actos de pensamiento el nombre para el método de la JI y llamarla, en lugar de JI, “teoría de la valoración”. Pero no se puede hablar de una teoría de la valoración mientras sólo enseñe que se debe valorar, sino cuando también se enseñe cómo se debe valorar.

Heck acentúa la necesidad de una “investigación valorativa”, de una “teoría del valor”²⁹, pero asigna “la difícil materia de la investigación valorativa” (p. 158), a la *Filosofía del derecho* como ciencia previa (p. 132). La JI no es una teoría material del valor (p. 28).

Pero así ya queda claro que la JI no tiene actualmente ningún “método” de obtención del contenido de normas jurídicas y que, si como ha declarado Heck, sigue renunciando a la investigación valorativa y –cabría añadir– al desarrollo de parámetros para la ponderación de valores, tampoco tendrá nunca tal método.

A ello se añade que *Heck* no es claro respecto al tipo de pensamiento que se

²⁸ *Reichsgericht und Interessenjurisprudenz*, en el *Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jähr. Bestehen des Reichsgericht* (Libro Homenaje de las Facultades de Derecho por los 50 años de existencia del Tribunal Supremo del *Reich* (*Reichsgericht*), Segundo tomo, 1929, pp. 161 ss.

²⁹ *Wertlehre* significa literalmente “teoría del valor” y así lo traduzco, pero en este contexto podría traducirse también por “axiología” (N. del T.).

dirige a la captación de valores. Él considera la JI un método del pensamiento *racional*. Pero los valores *no* se pueden captar mediante el *entendimiento*, sino únicamente con el *sentimiento*: el entendimiento no ve valores³⁰.

Esto es tanto más cierto cuanto más alto en la jerarquía de valores se encuentre el valor en cuestión. Los valores éticos, los valores religiosos, el valor de la justicia son menos susceptibles de ser captados por el entendimiento que los valores económicos.

Si la JI quiere renunciar seriamente a la utilización del sentimiento, eso significa que también renuncia a la valoración e igualmente a la ponderación de valores. *Una teoría “racional” de la valoración no puede existir.*

IV

A lo anteriormente dicho hay que añadir que la JI, por lo demás como la Filosofía del derecho, no logrará construir una “teoría del valor” mientras se mantenga en su concepción del origen de las normas jurídicas y –dependiente de ello– de la relación entre norma jurídica y decisión. He tratado a fondo esta cuestión en mi obra *“Rechtsnorm und Entscheidung”* (1929). Heck se enfrenta con este trabajo en diferentes lugares³¹, pero no con su tesis fundamental sobre el origen de las normas jurídicas.

Yo he defendido la idea (pp. 26 y ss.) de que no es la decisión la que deriva de la norma jurídica sino al contrario, es la norma jurídica la que deriva de la decisión o de una sucesión de decisiones.

Esto vale ante todo para el *legislador*.

Heck discute (pp. 77 ss.) la *técnica* de la legislación, esto es, la formulación conceptual de normas legales. Pero no se encuentra en su obra ningún comentario respecto a cómo obtiene el legislador el contenido *material* de sus normas.

Una descripción plástica del procedimiento mediante el que se crean normas jurídicas por el legislador lo ofrece *Schlegelberger* en su breve escrito *“Zur Rationalisierung der Gesetzgebung”* (Berlín, 1928). Él describe (pp. 3 ss.) el proceso típico, aunque con un ejemplo inventado. Para los fines de esta discusión es relevante tanto que el propio Ministerio de Justicia invita a expertos a una reunión, como que el Consejo económico del *Reich* escucha a los profesionales de los sectores que se toman en consideración.

El material, que será presentado por los expertos a las autoridades en esas reuniones, consiste en la comunicación de casos individuales, es decir, de decisiones. A partir de esos casos individuales y de las decisiones que, o bien ya ha dado la jurisprudencia, o bien se demandan como deseables, se obtiene la norma jurídica para el grupo de casos singulares a regular.

De mismo modo procede también la Ciencia del derecho para la obtención de normas jurídicas. De las decisiones del tribunal así como de las decisiones que él

³⁰ Vid. *Rechtsnorm und Entscheidung*, pp. 56 y ss. Y las indicaciones bibliográficas ahí recogidas.

³¹ Lo que podría decir al respecto, no procede en el marco de este artículo. Sólo quiero rebatir la interpretación de *Heck* (pp. 116-117) de que yo vería, en la búsqueda de la sentencia judicial, por influencia de la fenomenología filosófica, un tipo de “visión de la esencia”. Yo he enfatizado precisamente (*Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 46) que sólo he extraído de ella el método fenomenológico, pero rechazo su teoría de las esencias para el Derecho.

mismo da a los casos planteados, deduce el jurista la norma jurídica.

No necesito remitirme aquí a mis propios comentarios a la Ley sobre patentes y a la Ley general prusiana de minería, sino que puedo referirme a un escritor, al que precisamente los representantes de la JI admitirán como válido, al mismo *Ulmer*.

Ulmer investiga en su excelente tratado “*Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb*”³² (Berlín, 1929, pp. 74 y ss.) la solución del conflicto entre propietario de la marca y el usuario de la marca no registrado. *Ulmer* analiza una serie de decisiones del Tribunal supremo del *Reich* y consigue así (p. 79) la norma jurídica que se deduce de esas decisiones.

Finalmente llegamos al juez. Allí donde él formula una nueva norma jurídica, llega a ella igualmente a partir de la decisión por él alcanzada para el caso presente, tanto si es sólo a partir de ésta, si deduce de ella la norma jurídica con la que ella debe ser fundamentada, como si se plantea una serie de casos similares al presente y decide y de la totalidad de esas decisiones por él alcanzadas deduce la norma.

Sobre la formación de nuevas normas jurídicas por el juez, nada se dice en el último escrito de *Heck*: él sólo se ocupa, muy brevemente, del supuesto de una laguna de las normas legales (pp. 109-110). Sin embargo, la cifra de nuevas normas construidas por la jurisprudencia es considerablemente mayor que las legisladas.

Por el contrario, *Stoll* (p. 74, nota 3 y p. 75) considera la formación de normas por el juez de la misma forma que lo hago yo: el juez toma la decisión para el caso concreto sobre la base del sentimiento jurídico y de la valoración de intereses “y expresa su valoración en una proposición normativa por él obtenida”.

Y es que no puede ser de otro modo. Sólo el caso concreto, en toda su plenitud vital y realismo, actúa sobre el sentimiento de valor del juez y permite a ese sentimiento valorar los intereses presentes en conflicto y ponderarlos unos frente a otros.

El abstracto supuesto de hecho de la norma no puede producir ese efecto en absoluto. Por ello es absolutamente imposible que el juez primero encuentre la nueva norma y después, a partir de ella, la decisión. Más bien es evidente precisamente lo contrario³³.

V

Heck ha señalado la decisión judicial de casos como objetivo principal de la JI (p. 18). Pero si se leen sus afirmaciones sobre la obtención de la decisión judicial, la ponderación de intereses desempeña un papel muy secundario.

Según *Heck* (p. 109), el *caso normal* es que el juez obtenga la decisión mediante *subsunción lógica* en los conceptos de la ley, es decir, mediante un silogismo lógico.

De la misma opinión es *Stoll* (p. 90), quien tanto por razones de continuidad como de *rapidez de la administración de justicia*, considera indispensable el proceso

³² “Marca registrada y competencia desleal” (N. del T.)

³³ Hay que destacar que también los representantes de la Teoría del Derecho Libre, H. *Kantorowicz* y E. *Fuchs*, opinan que el juez primero debe construir la norma a partir de la observación de la vida y después debe obtener de ella la decisión. Vid., en contra, *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 336, nota 3.

de subsunción lógico-formal, “el cálculo con conceptos”.

No es difícil mostrar que aquí estamos en presencia de un autoengaño. Para introducir el hecho del caso controvertido bajo el abstracto supuesto de hecho de la norma –y ¿de cuál de las varias normas?– debe constituirse un “supuesto de hecho” a partir del fluir vivo del hecho, es decir, del gran número de acontecimientos y condiciones imperantes deben seleccionarse como “esenciales” aquellas que se dejarán “subsumir” bajo el abstracto supuesto de hecho de la norma. Pero cuáles de ellas son “esenciales” es algo que la norma por sí misma no puede indicar, sino que sólo puede hacerlo la decisión del juez. Pero esa decisión ya es la propia decisión del caso (vid. *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 173).

Si el juez no encuentra una norma bajo la que podría subsumirse el hecho –por cierto, también la decisión de que no existe ninguna norma adecuada presupone la decisión material del propio caso–, entonces según Heck (p. 109) el juez debe integrar esa laguna mediante la ponderación de intereses “con sujeción a los juicios de valor del legislador e intervención subsidiaria de las propias valoraciones”.

Por el contrario, Stoll (p. 91) se pregunta –apelando a Rümelin– “cómo podrá el juez, ante la enormidad de casos que tiene ante sí, encontrar el tiempo para semejante investigación”. No deja de tener razón: la indagación de los juicios de valor del legislador en los casos en que falta una norma no es una tarea fácil de solucionar para el juez.

Junto a esos casos de obtención de la decisión a partir del entendimiento, también admite Heck (p. 111) casos de obtención intuitiva de la decisión. En su opinión lo que actúa aquí no es el “sentimiento jurídico” sino el “subconsciente” en el que se consuman “operaciones de pensamiento abreviadas”. En estos casos de intuición deben ocurrir por tanto las mismas subsunciones lógico-formales en las normas o en las ponderaciones de intereses, sólo que en el umbral de la consciencia.

Heck declara (p. 111, nota 5) no querer rechazar la comparación que yo efectúo con el instinto de los animales. Pero el instinto sería “subconsciente heredado”. Esa declaración me parece sencillamente insostenible. Puedo remitir a los ejemplos de acción del instinto que menciono en *Rechtsnorm und Entscheidung* (pp. 71 y ss). En todos estos casos se trata de operaciones para las que no existe en absoluto un parangón racional. El *entendimiento* nunca puede ofrecer lo que ofrece el instinto. Pero tampoco pueden hacerlo operaciones “abreviadas” del entendimiento –ni siquiera en el subconsciente–, ya que no es una actividad mental sino sólo un estado en que la actividad del entendimiento no se consuma en la ilustración mediante la consciencia.

Para la búsqueda intuitiva de la decisión no se puede hablar de una valoración y ponderación de intereses: ni tampoco de una ponderación racional de intereses en el sentido de la JI.

Por lo demás, aquí sólo cabe volver a incidir en que, incluso allí donde el juez, según la teoría de la JI, debe valorar y ponderar intereses, ésta no le proporciona ningún “método” para que pueda efectuar esa valoración y esa ponderación. Más bien queda totalmente abandonado a su propio sentimiento y a su propia experiencia vital.

VI

No es casualidad que la JI no haya podido desarrollar hasta el momento, ni un “método” de valoración, ni un “método” de ponderación, aunque, por ejemplo Heck,

reconoce “el orden de valores completo y coherente” como “necesidad de la vida” y asigna a la ciencia la tarea de establecer una “jerarquía de valores” y de obtener “suficientes parámetros de valor”.

En primer lugar, ni siquiera la consecución de esos fines sería suficiente. Un orden de valores significa un orden de valores según su rango³⁴, por ejemplo, el valor de lo santo, de la belleza, de la utilidad, etc. Pero así nada se gana aún respecto al *concreto portador de valor*³⁵.

La diferencia entre un *valor* y un *portador de valor*³⁶ falta por completo hasta el momento en la JI, así como, por cierto, la diferencia entre un *valor* y un *bien*.

Cuando se trata de conflictos entre concretos intereses, en la mayor parte de los casos no procede una ponderación de valores según una jerarquía de valores, sino una ponderación de intereses, esto es, de *portadores de valor*.

Esto vale especialmente allí donde son *los mismos* valores los que se contraponen, por ejemplo, a los dos lados de valores *económicos*. Aquí no hay que ponderar los valores, sino los portadores de valor.

No está nada claro qué entiende *Heck* por “parámetros de valor”, que la JI tiene que obtener. ¿Deben ser parámetros para la medida de “los valores” o para la medida de intereses concretos, esto es, de “portadores de valor”?

Como se ve, la JI carece por ahora incluso de los fundamentos que le podrían ayudar a conseguir un auténtico “método” de valoración de intereses.

En segundo lugar, un “método” es un procedimiento *sistemático* para lograr unos fines; además debe ser *generalmente aceptado*. Si después de todo un proceso así para el *sentir valorativo* puede ser enseñado y puede ser voluntariamente aplicado por cualquiera, es algo que merece cuando menos una investigación.

El hecho de que hayan pasado veinte años desde la primera publicación de *Heck* en el año 1912, sin que la JI, a pesar de sus no pocos partidarios, haya logrado ir un paso más allá de un tratamiento puramente casuístico, es decir, que hasta el momento no haya logrado aún un “método” en el sentido de un procedimiento determinado, hace pensar que tampoco en los próximos veinte años logrará un “método” de valoración y ponderación de intereses.

Ya que la idea general de que las normas jurídicas deben ser obtenidas mediante valoración de intereses no es –por volver a repetirlo como conclusión–ningún “método” sino, como mucho, una *tarea*.

³⁴ *Max Scheler*, *Formalismus in der Ethik*, p. 84 ss. *N. Hartmann*, *Ethik*, pp. 245 y ss.

³⁵ Traduzco *Wertträger* como “portador del valor”, que es una forma habitual de traducir ese concepto de *Scheler*. “Portador de valor” en el sentido de “lo que detenta el valor”, “lo que tiene el valor”, “lo que soporta el valor”. (N. del T.)

³⁶ Vid. *Scheler*, *Formalismus*, pp. 9, 12 y *passim*.

LA NEGACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES POR HERMANN ISAY. UNA RÉPLICA (PHILIPP HECK)³⁷

I. Consideración general³⁸

Isay comienza su crítica a la Jurisprudencia de intereses con un descubrimiento asombroso, francamente deslumbrante: el método de la Jurisprudencia de intereses, del que tanto se habla, no existe en absoluto. Sus representantes discuten; también prometen indicaciones para la obtención de normas, pero no las dan. Las indicaciones no existen.

Esa negación del método resulta especialmente asombrosa para aquel lector que sabe que la Jurisprudencia de intereses no sólo está firmemente representada en Derecho Civil sino que, con la denominación de “método teleológico”, también se considera prácticamente dominante en los demás ámbitos jurídicos³⁹. Si *Isay* tiene razón estamos ante un enigma de la dogmática. ¿Cómo se puede explicar que tantos eminentes investigadores de diferentes ámbitos hayan creído poder representar, combatir, aplicar, un método que en absoluto existe, hasta que *Hermann Isay* ha

³⁷ Este trabajo fue publicado originalmente con el título *Die Leugnung der Interessenjurisprudenz. Eine Erwiderung* en *Archiv für die civilistische Praxis* (137, N.F. 17 [1933]: 47-65) y posteriormente fue incluido en Ellscheid y Hassemer (1974: 235-253), que es a partir de donde se ha hecho la traducción.

³⁸ Citaré mis escritos de forma abreviada: (1) *Rechtsgewinnung* = Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübinger Rektoratsrede, 1912, 2ª edición 1932; (2) *Gesetzesauslegung* = Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1914.; (3) *Begriffsbildung* = Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932. Además, “*Rechtsnorm*” = *Hermann Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlín, 1929.

³⁹ La relación entre el método teleológico y la Jurisprudencia de intereses ha sido recientemente abordada de forma exhaustiva por *Bienenfeld*, en una valiosa investigación, “*Die Haftung ohne Verschulden*”, Zürich, 1932. *Bienenfeld* llega a la conclusión de que la diferencia es sólo terminológica y finaliza con la esperanza de que yo apruebe esa opinión. Esa aprobación ya ha sido concedida en los puntos principales. Ya en mi *Rechtsgewinnung* se considera la Jurisprudencia de intereses como una subespecie de la Jurisprudencia teleológica y se coloca frente a la Teoría del Derecho Libre de tal modo que en una contraposición la Jurisprudencia de intereses parece equivalente a la corriente teleológica fiel a la ley (*Rechtsgewinnung*, pp. 20 ss.). Vid. *Schuldrecht* pág. 473, nota 1, *Begriffsbildung*, pp. 2 ss., 50. El acuerdo en los postulados fundamentales no excluye discrepancias respecto a la terminología y a cuestiones singulares. Dos son las notas distintivas de mi propia concepción y están relacionadas entre sí. Yo considero especialmente importante el interés como herramienta conceptual y el procesamiento del conflicto de intereses (Máxima de la clasificación de intereses o teoría del conflicto. Vid. p. ej. *Begriffsbildung*, p. 39, nota 3; p. 41; p. 147, nota 3). En conexión con ello, prefiero la denominación Jurisprudencia de intereses. La valoración del conflicto de intereses no es compartida por todos los representantes de la corriente teleológica. En este sentido puede distinguirse una Jurisprudencia de intereses en sentido estricto como una subespecie de la corriente teleológica (*Begriffsbildung*, p. 50). Pero también esta diferencia, que aún existe, es en mi opinión sólo cuestión de tiempo. Todos los partidarios de la corriente teleológica llegan, mediante el trabajo riguroso, al conflicto de intereses. *Hegler* había dudado en su primera *Kanzlerrede** del alcance del concepto de conflicto (*Begriffsbildung*, 44), pero la segunda *Kanzlerrede* de *Hegler*, *Die Reform der Strafrechtspflege* (La reforma de la justicia penal), 1932/33, es fundamentalmente una investigación de conflictos. Por eso, en mi opinión, esa diferencia concierne únicamente al grado de autorreflexión sobre la idiosincrasia del procedimiento común.

* *Kanzlerrede* puede traducirse por “discurso de canciller”. Históricamente, el canciller de la Universidad alemana era el representante de emperador o del Papa que había fundado esa Universidad, después pasó a ser un representante del Estado en esa Universidad, para llegar, en la actualidad, a desempeñar funciones de intervención, gerencia y secretaría. *Hegler*, por ejemplo, fue primero Rector de la Universidad de Tubinga y después Canciller (N. del T.)

venido para desenmascararlo como a un fantasma? Este enigma tiene obviamente un interés especial para mí. Yo llevo toda una larga vida creyendo trabajar según ese fantasma y la crítica de *Isay* se dirige precisamente contra mis manifestaciones, que son prácticamente las únicas que tiene en cuenta⁴⁰. ¿Cómo puede explicarse la extensión y la duración de este error? La respuesta es tanto más urgente cuanto que *Isay* es un meritorio investigador, al que debemos valiosos trabajos, y que se ha ocupado precisamente de metodología.

Tan sorprendente como el enigma es su solución. Sorprende por su simplicidad: este nuevo descubrimiento es un error. El renegado método existe efectivamente y sólo *Isay* lo ignora.

La inexactitud del descubrimiento se pone de manifiesto inmediatamente, en cuanto observamos el contenido de la disputa por el método en sus fundamentos más elementales. La vieja corriente de la Jurisprudencia de conceptos ha sido desplazada por una nueva corriente que sitúa como eje central la conexión del derecho con las necesidades de la vida. Acostumbran a utilizarse diferentes denominaciones para referirse a ella: se habla de una corriente teleológica, de una Jurisprudencia realista, sociológica, de valores, y también de una Jurisprudencia de intereses. Esta corriente vuelve a bifurcarse: algunos de sus representantes dejan la obtención de normas exclusivamente en manos del juez y le liberan de la ley. Es la doctrina del Derecho Libre, actualmente representada sobre todo por *Isay*. Pero la gran mayoría de los representantes de la nueva corriente se ha aferrado a la vinculación a la ley, esto es, la teleología fiel a la ley, etc. Esta corriente, como *Isay* ha reconocido, tiene que combatir en dos frentes: niega tanto la Jurisprudencia de intereses como la doctrina del derecho libre. Pero *Isay* se equivoca cuando mantiene que nuestra teoría se agota en esas dos negaciones y carece de indicaciones positivas. Eso no es cierto. La negación de la Jurisprudencia de conceptos tiene como contrapartida positiva la remisión a las necesidades de la vida; la negación de la Teoría del Derecho Libre, la reivindicación de aplicación de la ley. Estas indicaciones positivas se encuentran en todos los representantes de nuestra corriente, también en mí minuciosamente desarrolladas, como demostraré con más detalle⁴¹. De lo dicho ya se desprende que el descubrimiento de *Isay* no es acertado. El método positivo está ahí ¿por qué *Isay* lo pasa por alto? Cabría pensar en la propia teoría de *Isay*. *Isay* considera la aplicación de la ley no sólo inexacta sino también, como se expondrá con más detalle, debido a un error de observación, como absolutamente imposible⁴². Desde estos presupuestos, nuestras indicaciones deben parecerle absolutamente inoperantes. Pero con ello no da una razón para negar su existencia. *Isay* no quiere pronunciarse en la disputa porque considera que su “objeto” no existe. Pero cabe ofrecer otra explicación. *Isay* considera nuestra teoría tan incompleta porque su conocimiento de ella es igualmente incompleto. No ve las indicaciones que proporciona el método porque no ha visto los escritos que recogen y aplican esas indicaciones. Con todo respeto hacia la personalidad científica de *Isay*, no puedo ahorrarle el reproche de que, para este ataque, su preparación bibliográfica no ha sido en absoluto suficiente. *Isay* ha sido aparentemente víctima de un error de lectura. El extrae las bases para su crítica de mi último escrito sobre construcción de conceptos (*Begriffsbildung*), porque en su opinión he compendiado en él la esencia y significado de la Jurisprudencia de intereses con todo detalle “y en todos los sentidos” (apartado II). Esa opinión es un error: en la Introducción a ese escrito⁴³ he hecho constar expresamente que está pensado como “complemento de mi *Gesetzesauslegung*,

⁴⁰ Ese carácter personal de los ataques puede disculpar que en mi réplica me remita preferentemente a mis propios trabajos.

⁴¹ Vid. final del apartado 4.

⁴² Vid. la “Ilusión de la libre elección judicial del supuesto de hecho”, p. 59.

⁴³ *Begriffsbildung*, p. 2.

como una especie de segunda mitad”. Por eso me he referido continuamente a los escritos anteriores. *Isay* ha ignorado esta limitación de contenido y ha considerado la mitad como un todo, por lo que es comprensible que eche de menos el contenido de la otra mitad. Como consecuencia me reprocha la carencia de análisis que he llevado a cabo detalladamente en mi *Gesetzesauslegung*⁴⁴. También podría explicarse por su desconocimiento de la primera mitad, que *Isay* no haya entendido partes muy importantes de la segunda⁴⁵. La insuficiente familiaridad de *Isay* con la metodología cuestionada es el verdadero fundamento de su crítica, contribuyendo a apoyarla ciertos elementos⁴⁶ de la propia teoría de *Isay*, que él mantiene⁴⁷.

Isay divide su crítica en seis apartados: los apartados I y II abordan la denominación de “Método”. En el apartado III se formula el reproche de incompletud, que en los apartados IV, V y VI se fundamenta con más detalle en relación al problema de la obtención de normas, de la subsunción lógica y de la intuición, así como respecto a la indagación valorativa.

Pasaré por alto la crítica a la denominación “Método” (I y II)⁴⁸, para tratar por orden las objeciones de fondo por orden.

2. El reproche de falta de independencia

Del apartado III se pueden extraer cuatro objeciones particulares: 1. *Isay* echa de menos claridad respecto a si mi método es un método general o sólo para la integración de lagunas: mis indicaciones al respecto serían contradictorias. 2. *Isay* cree que, con la ponderación de intereses, me limito a plantear una tarea para cuya realización, sin embargo, no indico ninguna vía. 3. La propia tarea es ya algo conocido desde hace mucho. 4. Su solución fracasa por la falta de una teoría de los valores racional.

La primera objeción se basa en un error de lectura y se soluciona con esta constatación⁴⁹. Sobre el argumento de los valores volveré en el epígrafe 5.

La segunda objeción recoge el núcleo de la discrepancia y también se basa en un malentendido. No es cierto que nosotros planteemos la ponderación de intereses sólo como tarea. Es cierto que es una tarea, tanto para el juez como para el legislador. Pero también es un proceso histórico, por el que se originan los mandatos jurídicos válidos. Las ponderaciones ya realizadas y los juicios de valor que ponen de manifiesto, deben investigarse y conocerse. Esta es una exigencia principal de nuestra teoría. Y nosotros exigimos al juez esa investigación, precisamente con el fin

⁴⁴ Vid. infra nota 49, nota 53, nota 64 y 65 y final del apartado 5.

⁴⁵ Vid. apartados 4 y 5.

⁴⁶ Vid. infra apartado 4.

⁴⁷ Sobre la propia teoría de *Isay* vid. las consideraciones finales recogidas en el apartado 6.

⁴⁸ En mi opinión *Isay* comprende el método en un sentido literal demasiado estricto. Según el uso lingüístico en Teoría de la ciencia, toda reflexión autónoma sobre principios del procedimiento, que tiene un contenido particular que no se ha convertido aún en lugar común, cabe designarla como método. A la vista de la difusión de la Jurisprudencia de conceptos y de sus efectos posteriores, ya sólo la acción de emancipación puede designarse como cambio de método y el procedimiento de emancipación puede designarse como método. Vid. también para la investigación del conflicto *Begriffsbildung*, p. 147, nota 3. *Isay* admite el cambio de método pero hay dudas respecto a si ha reconocido totalmente su alcance. Vid. mi comentario a su escrito “*Das Rechtsgut des Wettbewerbrechts*”.

⁴⁹ El reproche de falta de claridad se plantea en dos ocasiones: a) respecto a la decisión del caso y b) respecto a la ciencia. Antes de la crítica de *Isay* no me habría parecido posible que incluso un lector superficial de mis escritos pudiera dudar de que yo otorgo valor a la Jurisprudencia de intereses no sólo para la integración de lagunas sino también para otros problemas. Ya el título de mi obra “*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*” (Interpretación de la ley y Jurisprudencia de intereses. N. del. T) deja ver claramente mi intención. Eso sin mencionar el contenido.

de permitirle decidir el conflicto judicial según el patrón legal. Por eso también es falso que nuestra teoría haya omitido indicar los modos de solucionar esta tarea. Es falso lo que *Isay* reiteradamente recalca (p. ej. apartado III): “Allí donde el juez, según la teoría de la JI, debe valorar y ponderar intereses, no pone a su disposición ningún “método” para que lleve a cabo esa valoración y esa ponderación. Más bien queda totalmente abandonado a su propio sentimiento y a su propia experiencia vital”⁵⁰. Esta afirmación es falsa. A diferencia de la Teoría del Derecho Libre, nosotros remitimos al juez a la ley, si bien no sólo al tenor literal⁵¹ y al mandato legislativo, sino también a todo el entramado de juicios de valor e ideales valorativos de la ley. Sólo subsidiariamente puede y debe el juez recurrir a su propia valoración. *Isay* no ha considerado esta idea central del efecto remoto de la ley⁵², pese a que desde el principio y continuamente se ha resaltado precisamente como diferencia respecto a la Teoría del Derecho Libre⁵³. La aplicación de esta idea central conlleva por supuesto numerosos problemas singulares. Personalmente, he analizado antaño de forma “abstracta”, teórica, esos problemas específicos: en *Rechtsgewinnung* y en *Gesetzesauslegung*, para la decisión de casos; y para la ciencia, sobre todo en mi *Begriffsbildung*. Además también he explicado estas ideas centrales para la solución de esa tarea en su aplicación práctica. Un método precisa explicación teórica pero va destinado a la práctica. Precisamente en la práctica se revela la fertilidad o infertilidad de las reglas abstractas. He sometido a prueba la aplicabilidad (de esa idea central) en numerosas monografías⁵⁴ e investigaciones monográficas, en artículos críticos y reseñas⁵⁵ y de forma particularmente extensa en mis dos *Grundrissen des Schuldrechts und des Sachenrechts* (Fundamentos de derechos obligacionales y de derechos reales). Ambas obras han obtenido numerosas reseñas. En ninguna de ellas se ignora que he obtenido de mi método resultados para la formación de normas. Por lo general es especialmente destacada la rigurosa aplicación del método⁵⁶. Y lo que puedo decir de mí, vale también para los muchos representantes de esta corriente tanto en Derecho civil como en otras materias: no sólo han defendido la teoría sino que han aplicado con éxito sus reglas. Un crítico que quiera tildar de fantasma un método no sólo enseñado sino también ampliamente practicado por nosotros, habría tenido ocasión de probar su infertilidad al menos en uno de esos numerosos

⁵⁰ Es llamativo que *Isay* parezca considerar la posición aislada del juez, que él asume como contenido de nuestra teoría, un inconveniente. Ya que es precisamente esa posición aislada la que, según la propia opinión de *Isay*, su Teoría del Derecho Libre, el juez realmente tiene y debe tener.

⁵¹ La Teoría del Derecho Libre se desvía de la Jurisprudencia de intereses al equiparar *Stampe* “ley” y “texto”. Puesto que obviamente es imposible vincular al juez al texto, esa equiparación produce la liberación de la ley (*Begriffsbildung*, p. 200, nota 2). Esa equiparación se encuentra también en *Isay*. Se corresponde con ello el que dude de si la investigación histórica de los intereses es promovida por la Jurisprudencia de intereses.

⁵² Se menciona en pág. 35 y p. 44.

⁵³ El efecto remoto se ha tratado a fondo en *Gesetzesauslegung* (pp. 230 ss.). Pero también con anterioridad: en *Rechtsgewinnung* (pp. 8, 30). En 1905 en *DJZ* (p. 1042), precisamente contra *Stampe*. En 1989, en *Große Havarei* (p. 589) y en muchos otros lugares.

⁵⁴ Sobre las viejas monografías, vid. *Begriffsbildung* (p. 34). Más recientes son: mi contribución al Libro Homenaje de *Gierke* en 1911: *Willensmängel bei Gesellschaftsbeschlüssen* (Vicios de voluntad en los acuerdos); mi dictamen sobre el suministro al Instituto Anatómico en Württemberg en *AcP* 112 (pp. 319 ss.) y el artículo *Die Ausdehnung des §817 Abs. 2 auf alle Bereicherungsansprüche*, en *AcP* 124 (pp. 1 ss.)

⁵⁵ El último en *JW*, 1932 (pp. 2517 ss.) *Bemerkung zu RG*. (seguro de vida a favor de un tercero).

⁵⁶ *Raape* recensiona en *Zentralbl. f. Jur. Prax.*, 1931 (pp. 671 ss.) mis dos *Grundrisse* como unidad. Sobre la aplicación del método dice lo siguiente: “Dudo de que la ciencia del derecho civil pueda ofrecer una obra (no monográfica) del alcance de la que tenemos delante, que siga de un modo tan consciente y sistemático un método tan absolutamente determinado. De ahora en adelante todos los “metodistas” encontrarán en estas obras su arma, muchos a favor, algunos quizá en contra del método. Así se convertirá la obra en una especie de arsenal metódico”.

supuestos prácticos. Si *Isay* hubiese llevado a cabo esa prueba, quizá su crítica habría sido diferente⁵⁷.

Sólo su fertilidad práctica, es decir, la existencia de un método, puede explicar que nuestra teoría sea cada vez más reconocida como correcta y como valiosa. Mientras redacto estas líneas han llegado a mis manos dos recientes artículos de *Wachinger*, Magistrado del Tribunal Supremo imperial, que testifican esa expansión. En la *Deutschen Richterzeitung* (Revista de los jueces alemanes)⁵⁸ responde *Wachinger* a la cuestión de “¿Qué debe hacer?” (la jurisprudencia). El describe detalladamente el método de la Jurisprudencia de intereses, remitiéndose a los escritos “de Heck y de Müller-Erzbach” y hace hincapié en las enormes exigencias que nuestro método supone para el juez, pero también en los beneficios que supone para la satisfacción de las exigencias de la vida. *Wachinger* termina su descripción con estas palabras: “Un método así de búsqueda del derecho es lo que necesitamos”. En un artículo en la *Juristischen Wochenschrift* (Semanao jurídico)⁵⁹, *Wachinger* ha caracterizado la tarea de ponderación de intereses con unas palabras tan acertadas, que quiero reproducir al menos parcialmente su exposición en las notas⁶⁰. Que sea un jurista práctico de gran nivel, un miembro del Tribunal Supremo imperial, quien aboga por nuestro método, aumenta el valor de ese juicio. También es significativo que esa caracterización de la ponderación de intereses no se realice con ocasión de una cuestión civil sino del tratamiento de un problema procesal.⁶¹

Respecto a la cuestión prioritaria planteada por *Isay* hay que diferenciar entre el proceso psicológico de ponderación de intereses y la proclamación de tal procedimiento como programa para la jurisprudencia y la ciencia. A ningún representante de la Jurisprudencia de intereses se le ha ocurrido pensar que esta corriente había inventado el proceso psicológico. Desde que hay derecho, hay ajuste de conflictos de intereses, ponderación de intereses. En este sentido y con razón, desde la antigüedad la justicia sostiene la balanza como símbolo. Pero la existencia de ese proceso psicológico no ha impedido que las concepciones sobre el origen de la norma jurídica y la fijación de objetivos para la administración de justicia y de la

⁵⁷ La expectativa que *Raape* expresaba respecto a la consideración de mis *Grundrisse* en las discusiones metódicas, no se ha cumplido en *Isay*.

⁵⁸ 1932, 15, 9, p. 225 *Was not tut*

⁵⁹ 1932, 15, 10, pp. 3041 ss. *Zur Frage der Erzwingbarkeit der Blutentziehung für die Blutgruppenbestimmung. Bedeutung und Grenzen der richterlichen Interessenabwägung* (Sobre la cuestión de la obligatoriedad de la extracción de sangre para la determinación del grupo sanguíneo. Significado y límites de la ponderación judicial de intereses).

⁶⁰ Op. Cit., p. 3042: “El fin del derecho en el Estado moderno, que puede considerarse una síntesis de Estado de bienestar y Estado de Derecho, es la promoción del bien común garantizando la mayor cantidad posible de circunstancias vitales personales. El Ordenamiento jurídico sirve a este fin al delimitar mediante normas los intereses vitales de los miembros de la comunidad entre sí y frente a los intereses de la comunidad. Esta delimitación presupone una ponderación de los intereses enfrentados entre sí, considerando siempre el bien común y el interés en la libertad de los miembros de la comunidad. La ponderación de intereses pertenece, según esto, a la esencia del derecho. En toda norma autónoma de derecho legislado subyace la ponderación de intereses del legislador, que extrae de las concepciones culturales de la clase espiritualmente dominante del pueblo. Ya al interpretar el derecho legislado –en el desarrollo del derecho–, el juez debe seguir el fin de la disposición y la ponderación de intereses relacionada, ya que sólo así puede entenderla correctamente”. Le siguen indicaciones sobre analogía y delegación. Después se dice lo siguiente sobre el juez: “Él está obligado, según las circunstancias, también a integrar las lagunas –completación del derecho– acudiendo a su propia valoración. En la medida en que se deja espacio para la valoración judicial, entra, en lugar de la ponderación de intereses del legislador o de las partes implicadas en la formación del derecho consuetudinario, la ponderación del juez”. Continúa con otras indicaciones. “Sólo de este modo es posible pasar de la formal Jurisprudencia de conceptos a una Jurisprudencia de intereses basada en la esencia del derecho y adecuada a las exigencias de la vida; superar el “positivismo legal” mediante la justicia material, sin que con ello peligre la seguridad jurídica”.

⁶¹ El valor científico de un procedimiento es tanto más elevado cuanto más amplio sea el ámbito en que es aplicable.

ciencia fuesen muy diferentes en la época de la Jurisprudencia de conceptos. El reconocimiento del proceso sólo se impone tras *Ihering* y la fijación como objetivo aún más tarde⁶². De la fijación como objetivo y sus consecuencias nace todo el reflexionado y coherente proceso que nosotros hoy, y en mi opinión con razón, denominamos método de la Jurisprudencia de intereses.

3. La obtención de normas

Isay me reprocha en su apartado IV dos omisiones. Me falta una toma de posición respecto a la teoría del origen de las normas de *Isay*. No digo nada sobre la formación de la decisión material legislativa. Tampoco analizo bastante la formación judicial de normas, particularmente trato “muy brevemente” el problema de las lagunas, pese a su gran importancia.

Ambos reproches se deben a lagunas de lectura.

1. He comentado la teoría de la norma jurídica de *Isay* en la medida en que es nueva⁶³. No he ignorado ni relegado el hecho sobradamente conocido de que un legislador trata de identificar las situaciones de la vida y obtiene la norma mediante abstracción a partir de las decisiones de casos que se presentan, sino que lo he mencionado en la medida necesaria para mis fines⁶⁴.
2. El segundo reproche se soluciona porque las explicaciones que se echan en falta se encuentran ya en mi *Gesetzesauslegung* con la deseada minuciosidad. El problema de las lagunas se trata en 65 páginas, casi de forma monográfica⁶⁵. Que pese a ello un crítico me reproche la inadecuada brevedad, es algo que no podía prever⁶⁶.

4. Subsunción lógica e intuición

El apartado IV de *Isay* empieza con la afirmación de que, pese al anuncio en sentido opuesto, la ponderación de intereses tiene un papel muy secundario en mis explicaciones sobre la decisión judicial de casos. *Isay* presenta mi teoría de forma dual: La decisión se lleva a cabo (1) mediante razonamiento normativo o también (2) intuitivo. La primera forma, el razonamiento normativo, se divide a su vez en a) una subsunción lógica en el caso normal o b) una ponderación de intereses en el caso de laguna. También supongo una ponderación de intereses en la obtención del derecho

⁶² En todo caso no sólo mediante la generalmente apuntada transformación de *Düringer* (1909) o *Gmelin* (1910), a que alude *Isay*, sino ya desde 1889. Vid. *Begriffsbildung*, pp. 31 ss.

⁶³ *Begriffsbildung*, pp. 31 ss.

⁶⁴ Concretamente sobre la observación digo lo siguiente: “La observación de las situaciones vitales se manifiesta, por ejemplo, como acción parcial cuando en una determinada indagación se realiza una investigación aparte, mediante la consulta a expertos. Al respecto vid. la Comisión bursátil previa a la promulgación de la Ley de Bolsa, en *Begriffsbildung*, p. 75, nota 2; vid. también *Rechtsgewinnung*, pág. 6/7 y especialmente *Gesetzesauslegung*, pp. 80 ss.

⁶⁵ *Gesetzesauslegung*, pp. 157-195 y 224-247.

⁶⁶ El reproche de que he descuidado la “norma judicial” es de una inexactitud difícil de superar. Para cualquier crítico debe estar claro que ese problema ha estado, desde el principio, en el punto central de mis investigaciones metodológicas. Vid. *Begriffsbildung*, p. 33. Ya en 1889 acuñé casi literalmente la frase que después, como núcleo del artículo 1 del Código Civil Suizo, tanto escándalo ha provocado. Tras la constatación de que existen lagunas en la ley, digo lo siguiente: “El juez e igualmente el investigador asimilado debe rellenar las lagunas mediante creación propia. Tiene que decidir *de lege ferenda*, en la medida en que *de lex lata* la respuesta falta (Große Haverei, p. 589). Mi *Rechtsgewinnung* y sobre todo mi *Gesetzesauslegung* tratan este tema monográficamente. En particular sobre la expresión “creadora”, vid. *Gesetzesauslegung*, p. 247.

intuitiva. Si esta exposición de *Isay* fuese correcta, ciertamente yo habría excluido la influencia de mi método para el caso normal (1a).

En esta exposición de *Isay* se conectan dos reproches: 1) La suposición de una subsunción lógica, es decir mi supuesto caso normal, se basa en un autoengaño: eso no existe en absoluto. 2) La suposición de una ponderación de intereses inconsciente en la búsqueda del derecho intuitiva está equivocada. Ese proceso es irracional y por tanto no es una ponderación de intereses.

A todo esto tengo que responder de dos formas diferentes: 1) La exposición de *Isay* es incorrecta y contiene un grave malentendido. 2) Los dos reproches tienen su raíz en dos errores de *Isay*, en los que incurre su propio método.

La exposición de *Isay* se basa en un completo malentendido: el núcleo central de mis explicaciones en *Begriffsbildung* va encaminado a mostrar que la ponderación de intereses funciona siempre y sin excepción, sea de modo reflexivo, sea de modo intuitivo. Especialmente he hecho hincapié en que los casos de subsunción lógica, que *Stoll* y *Rümelin* consideran excepciones y para los que *Isay* también supone que yo niego el examen de intereses, tampoco constituyen realmente una excepción, ya que en esos casos, en paralelo a la subsunción lógica discurre una valoración de intereses intuitiva, que no llega a ser consciente pero que actúa como una alarma e interviene cuando los resultados de la subsunción sean contrarios a los intereses. Esta, hasta donde yo sé, novedosa percepción del control intuitivo en la subsunción lógica la considero especialmente valiosa. También creí haberme expresado claramente⁶⁷. Por eso lamento aún más que *Isay* haya descubierto en mis palabras exactamente lo contrario de lo que opino. Con esta rectificación cesa la supuesta exclusión de la ponderación de intereses.

Los dos reproches de *Isay* tienen su origen en dos ideas suyas que yo considero erróneas.

El primer error podríamos denominarlo “la ilusión de la libre elección judicial del supuesto de hecho”. *Isay* niega absolutamente que pueda producirse una decisión judicial mediante subsunción lógica. Esa suposición se basa en un autoengaño. Para alcanzar una decisión, el juez debe seleccionar de la totalidad de materiales del proceso los “elementos esenciales”. Esa selección *no puede* realizarla la ley, sino únicamente el sentimiento jurídico del juez⁶⁸. Pero en esa selección ya se contendría la propia decisión. Estos importantísimos principios básicos, también para la propia concepción metodológica de *Isay*, encierran en mi opinión un absolutamente asombroso desconocimiento del contenido de la ley y de la aplicación de la ley. El legislador *puede sin duda* prescribir la selección que debe realizar el juez. Puede hacerlo y *lo hace* y lo hace continuamente. De hecho no hace otra cosa⁶⁹. Dado que la ley enlaza consecuencias jurídicas a determinados contenidos de la vida y a otros

⁶⁷ *Begriffsbildung*, pp. 116, 117. “El examen de los intereses permanece en el inconsciente. Pero no por ello es alejado sin importancia ya que la ausencia de la adecuación de intereses sería experimentada por el juez como obstáculo a la subsunción lógica. El examen de intereses actúa en esos casos no como fundamentación consciente sino como aparato de control, como una especie de mecanismo de alarma, que despertaría al juez cuando la subsunción no bastase sino que fuese conveniente un examen más amplio”.

⁶⁸ *Kritik*, p. 43, *Rechtsnorm*, p. 173. Sobre la selección de lo esencial “ninguna otra instancia puede decidir salvo el sentimiento jurídico” (...) “únicamente el *sentimiento jurídico*”.

⁶⁹ El mismo mandato legislativo se produce mediante una selección: el legislador, de la totalidad de la vida que contempla, selecciona aquellos supuestos de hecho —en cierto sentido los separa— para los que deben tener lugar las consecuencias jurídicas. El material procesal es una parte de la vida. Ciertamente el juez debe en todo caso “recortar”, como *Isay* adecuadamente dice, pero el juez tiene que reproducir el patrón de la ley, que es lo que *Isay* pasa por alto.

no, eso explica que para el caso en que entren en consideración esas consecuencias jurídicas, los primeros elementos sean esenciales, pero los segundos no. Cuando el juez, en los materiales del proceso, se encuentra con elementos de ambos tipos, está obligado a seleccionar los primeros elementos y a descartar los segundos. El cumplimiento de esa obligación es lo que se denomina “aplicación de la ley”. Una ley que dejase las manos absolutamente libres al juez para la selección, no sería una ley sino un monólogo no vinculante. Por supuesto la ley tiene necesidad de ser completada tanto en relación al supuesto de hecho como respecto a las consecuencias jurídicas, pero no más. La selección de lo esencial es aplicación de la ley y no una esfera especial de discrecionalidad judicial. Aparte de eso, obviamente la selección no se logra sólo conscientemente sino también intuitivamente. De ahí que una decisión mediante subsunción lógica sin autoengaño es posible y, como cualquier juez sabe, es un proceso que se pone en práctica a diario, si bien se pone en práctica acompañado de un control emocional inconsciente.

El segundo error de *Isay* consiste en la exclusión de la ponderación de intereses inconsciente en la búsqueda del derecho intuitiva. *Isay* se limita a la constatación de que el proceso de esa búsqueda del derecho es irracional y se resiste a cualquier explicación racional, también a su reducción a una ponderación de intereses. Frente a esto sólo puedo remitirme a mis anteriores manifestaciones⁷⁰. La búsqueda del derecho intuitiva, el juzgar según el sentimiento jurídico en ese sentido, equivale a la intuición lingüística, a la intuición del historiador y a otros juicios emocionales. La búsqueda del derecho intuitiva es, como esos otros juicios emocionales, capaz de aclaración mediante autorreflexión y necesitada de ella⁷¹. Esa autorreflexión muestra en todo caso que las decisiones emocionales tienen su origen en un elemento irracional tanto como la reflexión normativa puede conducir a ello. Tal es el caso cuando se generaliza la valoración propia, la reflexión sobre el propio ideal de vida⁷². Pero el valor cognoscitivo que corresponde a la aparición de esos elementos irracionales, es diferente de lo que *Isay* cree. *Isay* acentúa con razón que no es posible una ponderación de intereses sin reconocimiento de unos ideales valorativos. Pero también es cierto lo contrario: que la decisión mediante la propia valoración sólo ocurre en presencia de una ponderación de intereses. Precisamente ese irracional elemento de la intuición demuestra, cuando está presente, la existencia de una ponderación de intereses inconsciente. El método de la Jurisprudencia de intereses no contradice la extraordinaria importancia del juicio del juez. La Jurisprudencia de intereses es, en verdad, la Teoría del juicio.

5. La indagación de valor

La falta de una teoría del valor es especialmente resaltada por *Isay*⁷³. La ponderación de intereses sólo podría llevarse a cabo basándose en unos valores. Respecto a la determinación de valores, en mi obra sólo se encuentran indicaciones insuficientes, poco claras y contradictorias. Por una parte exijo a mi teoría el establecimiento de una jerarquía de valores, por otra parte remito esa tarea a la filosofía del derecho. En realidad la indagación valorativa no puede resolverse únicamente con ayuda del entendimiento. Es una cuestión de sentimiento. Puesto que yo concibo la Jurisprudencia de intereses como un método racional, la compleción, por esa vía,

⁷⁰ Vid. *Gesetzesauslegung*, p. 5 (juicio del lego); *Gesetzesauslegung*, pp. 102, 243 ss. *Begriffsbildung*, p. 111. La búsqueda del derecho intuitiva, no sólo la conozco, como dice *Isay*, sino que desde el principio he acentuado su alcance general y su gran importancia.

⁷¹ Sobre la intuición histórica, vid. el detallado debate “*Intuition und Erkenntniskritik*” (Intuición y crítica del conocimiento) en mi *Übersetzungsproblemen des frühen Mittelalters* (Problemas de traducción de la Alta Edad Media) 1931, pp. 273 ss.

⁷² Vid. *Gesetzesauslegung*, pp. 238 ss.

⁷³ También en la crítica que estoy contestando.

mediante indagación de valores, ni se ha logrado hasta el momento ni será posible en el futuro.

Esta polémica de *Isay* se debe a su error al no distinguir dos tipos de razonamiento, que aunque nosotros ciertamente podamos denominar “indagación valorativa”, deben ser juzgados de forma diferente y también en mis trabajos han sido siempre diferenciados. El primer tipo de razonamiento es la indagación de los juicios de valor *legislativos*, el segundo es la averiguación de los propios ideales valorativos por quien obtiene la norma, de las *propias valoraciones*.

Los mandatos de la ley contienen una delimitación de los intereses en conflicto y por ello un juicio de valor. Esos juicios de valor son decisivos para el juez cuando pondera intereses similares, aunque también en aquellos conflictos de intereses que no caen bajo el supuesto de hecho del mandato legal. Opera ahí el *efecto remoto* de los juicios de valor legales. La indagación de esos juicios de valor legales es una cuestión de conocimiento. Ese proceso es susceptible de ponderación racional y está necesitado de tratamiento científico. La Jurisprudencia de intereses no ha dejado de investigar estos problemas. Al tratamiento de los juicios de valor legales se refieren, por ejemplo, las teorías que se ocupan de la interpretación histórica de la ley, de los problemas del envejecimiento de la ley, del “equilibrio” de los juicios de valor que se contradicen entre sí, etc. Las explicaciones que *Isay* echa en falta las he proporcionado, sobre todo en mi *Gesetzesauslegung*, que *Isay* no ha tomado en consideración. Pero una fórmula general para los elementos determinantes en las valoraciones legales, como la que *Isay* demanda, no se puede proporcionar debido a la diversidad de casos. Sólo la investigación individual permite decidir⁷⁴. Y también conduce a la decisión. Una fórmula general sería superflua y yo nunca la he echado en falta. Una obtención de la norma mediante el aprovechamiento de fórmulas sería también descartable. A la indagación de juicios de valor legislativos se refiere la investigación valorativa que en mi *Begriffsbildung* (p. 132) planteo como tarea de la ciencia del derecho.

También la segunda tarea, la reflexión a partir de los propios ideales valorativos, puede plantearse al jurista. Como se ha señalado, hay casos en los que el juez llega a su propia valoración. La tarea de formarse sus propios ideales valorativos es diferente de la anteriormente comentada. Para esa tarea y sólo para esa tarea es correcta la frase de *Isay* en el sentido de que ahí intervienen sentimientos que se sustraen a la explicación racional. Las valoraciones personales pueden depender de la cosmovisión, cuya formación excede el ámbito de la ciencia jurídica. Ante esos problemas la ciencia del derecho y con ella la Jurisprudencia de intereses

⁷⁴ También sobre la valoración de intereses hay comentarios de *Wachinger* dignos de consideración en *JW*, *op. cit.*, p. 3042: “Especial importancia tiene, para la búsqueda del derecho, la ponderación de intereses judicial, cuando en el caso particular los intereses protegidos jurídicamente (bienes jurídicos) o las obligaciones jurídicamente impuestas o reconocidas entran en conflicto entre sí, es decir, en los casos de “colisión de intereses”. La solución de este conflicto acaece entonces según el principio de que regularmente se da prioridad al interés preponderante, a la obligación superior y de que entre diversos males, no evitables en su totalidad, se elegirá el mal menor. Pero este principio de ponderación de bienes y obligaciones constituye únicamente una pauta (un “principio regulativo”) para la búsqueda del derecho. El parámetro para la valoración de bienes y de obligaciones no puede deducirse de él. Para hallar las proporciones de valor de los bienes jurídicos y de las obligaciones que están colisionando debe –como ya se ha dicho– retrocederse en primer lugar a los fines y ponderaciones de intereses que se reflejan en el derecho legislado, por ejemplo en la amenaza penal; subsidiariamente a las concepciones culturales de la clase espiritualmente dominante del pueblo. Además exige la ciertamente no siempre existente, pero siempre deseable unidad del Ordenamiento jurídico, que el juez siempre tenga presente el conjunto del Ordenamiento jurídico, la totalidad de las concepciones culturales. Entonces llegará con frecuencia al resultado de que no sólo hay que ponderar entre sí los intereses que están inmediatamente en conflicto sino que, en algunas circunstancias, también hay que considerar los intereses que están junto a ellos y sobre ellos e incluirlos en la ponderación; es decir que deben hacerse múltiples ponderaciones”.

debe detenerse⁷⁵. A eso me refiero cuando en *Begriffsbildung* (p. 28) digo que la Jurisprudencia de intereses no es una teoría material de los valores, es independiente de cualquier cosmovisión e igualmente valiosa para cualquier cosmovisión.

6. Comentario final

Una toma de posición de Isay era muy deseable para el avance de la Metodología. La Jurisprudencia de intereses tiene dos frentes que defender: el frente contra la vieja Jurisprudencia de conceptos y sus restos, y el frente contra la Teoría del Derecho libre. En la primera dirección, el intento de mediación de *Oertmann* y las discusiones inmediatamente posteriores han sido estimulantes. Con *Isay* toma la palabra ahora uno de los principales representantes de la Teoría del Derecho libre.

En esta réplica creo haber contestado a todas las objeciones materiales de *Isay* y creo haber demostrado su falta de fundamento. Como principal fallo en esa imagen que *Isay* se ha formado de nuestra teoría cabe destacar que ha pasado por alto el efecto remoto de los juicios de valor legislativos, que nosotros mantenemos⁷⁶. Ese principio fundamental contiene el núcleo de ese procedimiento cuya existencia niega *Isay*.

En esta ocasión no he entrado en las tesis metodológicas del propio *Isay* porque ya me había referido a ellas en mi *Begriffsbildung*. Es sabido que *Isay* mantiene la tesis de que el juez fundamentalmente no extrae su decisión de las leyes, sino que él sólo utiliza la ley para fundamentar su decisión. Ese sería el procedimiento que funciona hoy en la vida y ese sería también el procedimiento correcto⁷⁷. Esta tesis es tan sorprendente y engañosa como la negación de la Jurisprudencia de intereses, e igual de falsa. Tanto la percepción como la valoración deben rechazarse⁷⁸. Y me mantengo en los motivos que ya he expuesto⁷⁹. Me gustaría resaltar una vez más que mi rechazo va dirigido sólo a esas opiniones metodológicas de *Isay*, no a sus trabajos dogmáticos. Esos trabajos, especialmente sus magníficos comentarios a la legislación de patentes, tienen mi caluroso reconocimiento. Pero no se basan, a diferencia de los trabajos dogmáticos de los autores de nuestra corriente, en ese método de obtención de normas que su autor ha desarrollado.

⁷⁵ Respecto al préstamo de la Filosofía, que *Isay* considera necesario, vid. *Begriffsbildung*, p. 26.

⁷⁶ Vid. supra, apartado III.

⁷⁷ Es característico el ejemplo que *Isay* pone de modelo (p. 11): Un padre, que es requerido debido a un delito de su hijo, había proporcionado totalmente, a juicio del tribunal, la prueba de inocencia que la ley le permitía. Sin embargo fue condenado, porque había contraído matrimonio a los 57 años. Fundamento: "Cuando un hombre tan mayor trae a un niño al mundo, debe pagar también por ello". Esta norma judicial vulnera la ley, no toma en consideración la totalidad del caso (patrimonio hereditario de los padres, perspectivas educativas) sino únicamente algunos elementos aislados y es tan injusta como ilegal. Contra la consideración de este serio descarrilamiento como un típico procedimiento de nuestra jurisprudencia y contra su aprobación por *Isay* debe protestarse enérgicamente.

⁷⁸ *Begriffsbildung*, pp. 117 y ss.

⁷⁹ Complementariamente cabe añadir que la teoría de *Isay* también se basa en la anteriormente mencionada "ilusión de la elección judicial del supuesto de hecho" (apartado 4). Semejante atribución de libre elección del supuesto de hecho liberaría, en efecto, totalmente al juez de la ley.