

ANTONIO HERNANDEZ GIL Y LA CIENCIA JURIDICA EUROPEA

1. Bajo el nombre de *Metodología de la ciencia del Derecho*, el Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, don Antonio Hernández Gil, Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Presidente de la Comisión de Codificación, ha publicado ya dos tomos de una vasta obra, cuyo tercer y último volumen aparecerá muy en breve. El tomo primero lleva este seductor subtítulo: «Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Expansión y superación del positivismo». El volumen segundo, este otro, interesantísimo: «Las corrientes generales del pensamiento: fenomenología, existencialismo, marxismo, sociología, neopositivismo y estructuralismo. Su proyección en la ciencia del Derecho». Y el volumen tercero se anuncia bajo éstas prometedoras rúbricas generales: «Nueva evolución de las posiciones y de las directrices metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo».

Es una gran obra que llega a los escaparates y vitrinas de las librerías como un exponente, serio y expresivo, del trabajo universitario, en un momento en que se anuncia fatalmente su descenso de nivel y se siente incluso hasta el temor de la dimisión misma de la Universidad en cuanto a su íntimo, esencial y sustantivo menester, para convertirse en una especie de orfelinato de la cultura a causa de los peregrinos, verdaderamente peregrinos, criterios que misteriosas sirenas de la reforma sugirieron como panacea a la crisis que la Universidad, por naturaleza siempre crítica en todos los sentidos, padece actualmente y que encierran el peligro de transfigurar a ésta, bajo un aspecto, en un centro de enseñanza tutorial (no magistral), en un colegio de vasta magnitud en manos de *hypodidáscalos* y *amateurs* donde vaya a dispensarse lo que el Conde de Keyserling, hace más de cuarenta años, proféticamente, llamó la «cultura del chaffeur», y bajo otro aspecto, en escenario y lugar de incidencia de la explosión retórica, neurótica y colérica de un fenómeno de crecimiento demográfico, de demagogía espiritual oedipiana, de «nazismo» pedagógico, para calmar

al sector díscolo de la encumbrada generación contestataria de nuestros días en esta sociedad de la facilidad, de la tecnificación y de la abundancia en la época de la «gran transición».

2. Si a las presentes consideraciones sobre la mencionada obra de Hernández Gil he puesto el título que al comienzo aparece consignado, es porque el primer tomo de la misma, el único del cual aquí voy a ocuparme, tiene precisamente por tema un fenómeno histórico de sin par importancia, a saber, el nacimiento de la ciencia jurídica europea auténtica y autóctona, cuando nuestra civilización occidental, logrando liberarse de la seducción, tan deliberadamente aceptada por ella, del romanismo y del iusnaturalismo, esos dos fabulosos legados de la civilización greco-romana, se resolvió a pensar jurídicamente por cuenta propia. El nacimiento de la ciencia jurídica occidental se produce así en el siglo XIX bajo el signo—diríamos—de una rebelión contra el Derecho romano y contra el Derecho natural, los cuales, durante siglos, impidieron a nuestra civilización manifestar su genuino pensamiento jurídico mediante peculiares formas de expresión.

Y cabalmente hoy nos encontramos en una situación inversa: aquélla en la que, después de casi doscientos años de fecundo pensamiento jurídico occidental, una corriente de «barbarización» de la Universidad amenaza con adueñarse de ella desde arriba y—dictatorialmente: quiero decir, sin contar con la voluntad auténtica de la Universidad, mientras seductoramente se habla de su autonomía, cuando la verdad es que la Universidad se precipita en una de las formas más agudas que cabe concebir de heterocefalia—trabaja entre bastidores por suprimir formalmente de los planes universitarios de estudio el Derecho romano y el Derecho natural; y no por aquellos motivos llenos de pujanza histórico-espiritual, por los cuales se hizo frente al romanismo y al iusnaturalismo en el siglo XIX, sino—lo que resulta humillante y tristísimo—a impulsos de un malentendido pragmaticismo, a cuya cuenta ni siquiera en su país de origen hay que cargar estragos de esa índole, sin consciencia, claro está, de que tanto el Derecho romano como el Derecho natural han sido factores culturales reales de máxima importancia en el desenvolvimiento de nuestra civilización occidental y, particularmente, en la vida histórica de la Universidad, hasta el extremo de que, desde luego, ésta dejaría de ser lo que real y verdaderamente es, tan sólo con que de los planes de estudio de sus Facultades de Derecho desapareciesen esas dos venerables disciplinas.

3. La obra del profesor Hernández Gil no sólo está escrita de mano profesional—es decir, por quien tiene hábito, no meramente inclina-

ción al estudio y a la consideración de estos temas—, sino que es, además, una obra salida de mano maestra, en la que hay capítulos, como por ejemplo los varios que en el tomo segundo figuran dedicados al estructuralismo, que no han tenido aún superación en medio de cuanta bibliografía hoy existe dedicada al tema en todo nuestro mundo terráqueo.

Si un catedrático de Filosofía del Derecho, al que, tanto por razón de la materia como de la función, competen y obligan los temas tratados por Hernández Gil, fuera el autor de esta obra a que me refiero, yo encontraría muy explicable un tratado así, tan bien logrado, de tan alto interés y de tan extraordinaria calidad. Pero que su autor sea un catedrático de Derecho civil, cuyos menesteres son objetivamente otros, es lo que me llama poderosamente la atención y lo que, al valor intrínseco indiscutible que la obra ostenta, sobreañade un mérito personal en realidad y de verdad extraordinario. La obra causa la impresión de que el autor se ha sentido asediado por estos temas inquietantes de la especulación de hoy, acaso sin quererlo de propósito, abandonando preocupaciones profesionales más suyas y desde luego más provechosas, pero también mucho menos conmovedoras. La obra está escrita con gran autoridad y formidable erudición, por supuesto. Estas cosas se descartan, desde luego, porque el autor es un jurista consagrado, macizo de lecturas y de reflexiones. Pero por encima de todos estos merecimientos destaca la ilusión poética—es decir, creadora—y la dedicación fervorosa y cuasi monacal que se ha puesto en su composición. Singular caso.

4. Se trata de una obra auténticamente especulativa en el más alto sentido del concepto. El ilustre y experimentadísimo abogado y archidocdo catedrático de Derecho civil han quedado trascendidos por el pensador especulativo. El que filosofa, lo mismo que el que ha experimentado o percibido cerca de sí el aleteo de la muerte o quien ha sentido conmovida su existencia por el amor, se desentiende de la vida cotidiana, se desencaja de ella y tiene como una óptica totalmente ajena a los demás, es decir, a quienes viven absorbidos por objetivos meramente prácticos. Al filosofar, sobrepasamos el mundo del trabajo y, como dijo Heidegger, «con la filosofía no se puede hacer nada» sino filosofar: sólo en la filosofía, *vera, non simulata*, se obtiene independencia total frente a la previa relación y ordenación de servicio que no es posible superar en otras profesiones y actividades. Por eso Santo Tomás (*In Metaph.* 1, 3, 59) dijo que «sólo deben designarse como profesiones liberales las que exclusivamente están ordenadas al saber». «La verdad os hará libres», dijo San Juan (8,32). Antonio Hernández Gil se nos

aparece en esta obra libre... hasta de sí mismo, quiero decir, de su contingencia personal, esto es, se nos revela como un auténtico pensador. El gran abogado, el teórico insigne de la posesión, el maestro sumo del Derecho de obligaciones ha sido trascendido. Santo Tomás dijo que el conocimiento es la manera más noble de tener algo, *nobilissimus modo habendi aliquid*. Y esta obra es el más rico y deleitoso entre todos los bienes que su vida de trabajo proporcionó a su autor.

5. Como todas las grandes obras que son expresión de una dedicación íntegra al tema (v. gr.: la política de Aristóteles), ésta de Hernández Gil, refleja en su composición por partes distintas etapas de desenvolvimiento de la personalidad del autor. El problema que entonces se plantea no es el de su diferente valor, aunque en cada etapa haya sido positivo y constante, sino el de su distinta significación. Es lo que ocurre con el primer tomo, al cual exclusivamente—como queda dicho—voy a dedicar estas consideraciones, sin perjuicio de ocuparme en otra ocasión de los volúmenes segundo y tercero: el segundo, que está ya publicado, como el primero, y el tercero, que se halla próximo ya a entrar en prensa. Este primer tomo, que va a ser estudiado aquí, es la segunda edición intacta de una obra que en su publicación data del año 1945, es decir, a los dos años de ser catedrático el autor, cuando éste era todavía plenamente un muchacho meditabundo. Los otros dos tomos, el segundo y el tercero, reflejan al autor en el momento actual, después de veinticinco años de cátedra, como docente eximio, después de un cuarto de siglo también de bufete, como abogado extraordinario, y de cinco lustros, asimismo, de riquísima experiencia de la vida en todos los aspectos, es decir, cuando la cincuentena ha sido remontada.

Pero el autor no se arrepiente, empero, de lo escrito hace veinticinco años. No tiene en verdad por qué arrepentirse. Si lo hubiera considerado necesario, pudo haber enmendado la obra. Lejos de ello, le satisface comprobar que su espíritu no se plegó otrora, como jurista, a circunstancias históricas contingentes, que entonces hubieran podido, acaso, reprimir su pensamiento y, que, por tanto, lo escrito antaño puede reproducirse hogaño, no sólo sin rectificaciones, mas incluso también—ello es más difícil—sin omisiones. Al terminar el capítulo décimo del que es hoy primer volumen, y era volumen único en 1945, el autor decía entonces, y repite ahora, con palabras que al recordar la presión ideológica de aquel momento enorgullecen actualmente al autor, que aún no era treinteno en aquel momento: «que el mejor servicio que cualquier organización política puede prestar al Derecho y prestarse a sí

misma no es la de pretender realizarse como *Derecho*, sino pura y simplemente aspirar a la realización del Derecho».

Estas palabras me parecen hoy aún más profundas de lo que piensa su propio autor. Sencillamente, la expresión «realización del Derecho» estremece. Estremece, sobre todo, pensando que hoy estamos en una etapa de «desrealización del Derecho». Y pensando también que el párrafo fue escrito cuando el autor debutaba como catedrático y como abogado, y que, el empeño por la «realización del Derecho», que ha consumido algo más de la mitad de la vida vivida desde entonces por el autor, diríamos que, más que alterarle o cambiarle (desde luego, no «enajenarle»), le han ensimismado, autenticado, esto es, le ha permitido ser el que es, realizar su destino, resolver favorablemente la crisis de su vida—la que cada uno tiene en su vida—, establecer la debida ecuación entre el «ser en sí», es decir, el ser como principio autónomo de pensamiento y de vida, y el «ser fuera de sí», vale decir, contingentemente como fenómeno, exteriormente, socialmente.

6. Al frente del primer volumen, es decir, del único volumen existente en la edición del año 1945, el autor escribía: «Tampoco pretendo que lo que aquí se recoge sea entendido precisamente como yo lo entiendo. Prefiero sugerir a demostrar.» ¡Es una hermosa confesión! Y un poco más adelante prosigue: «y no se me *oculta que sin perjuicio de lo no muy exactos* que son los límites de dicha designación—*Metodología del Derecho*, que era el título de la primera edición, en contraste con la segunda, que se llama *Metodología de la Ciencia del Derecho*—mientras que en algún otro aspecto parece excederlos, en algún otro parece no alcanzarlos». Porque ésta, que es la única crítica que se le puede hacer al autor, significa precisamente la línea consciente de desenvolvimiento que quiere el autor para su propio trabajo (afortunadamente). Por una parte, en efecto, el autor, al pretender estudiar los métodos, ha tenido que tomar en cuenta los problemas que están más allá de ellos, los problemas que anclan en el plano del pensamiento filosófico-jurídico y científico-jurídico propiamente dichos. De otro lado, porque más que ante una preceptiva metodológica, estamos ante una taxonomía de la metodología, es decir, ante un estudio comparativo de las distintas orientaciones metodológicas fundamentales. Mejor dicho: el autor, partiendo de un propósito modesto—la metodología del Derecho civil, o sea de un tema de opositor a cátedras, en aquella ya lejana época nuestra de añorada iniciación a la vida académica—, ha salido al altamar de las grandes corrientes del pensamiento jurídico, y dejándose llevar primeramente por cada una de ellas, a fin de identificarlas,

para luego rescatarse de las mismas con objeto de no ser mero elemento intelectual arrastradizo, intentó captar su respectiva y peculiar línea metódica. Esto es el libro en verdad. Quiero decir que esto es lo que le da su pleno valor e interés. Es el capítulo más interesante que se ha escrito de la historia del pensamiento jurídico europeo moderno.

«De propósito—dice el autor, esta vez en el prefacio de la segunda edición, en otro momento confidencial con el lector—no he querido modificar lo que escribí entonces. Si no el libro en sí (el libro también, indudablemente), mi visión de él resiste, me parece que con dignidad (indiscutiblemente, sí) las mutaciones posteriores.» «El ámbito ideológico y cultural—prosigue el autor—en que hoy aparecemos insertos es muy distinto del imperante cuando se concibió y escribió este volumen.» «En la medida en que las ideas desenvueltas y los criterios sustentados no se plegaron a unas específicas circunstancias históricas, pueden ahora seguir manteniéndose sin buscar el amparo de la omisión o de las rectificaciones.» «El autor es hoy también otro—añade—tras la forja que supone el intenso ejercicio de la profesión de abogado, unido a la incesante función universitaria y a las tareas de la investigación científica, actividades todas ellas apenas esbozadas entonces.» «En modo alguno cabe pensar en la retractación—dice el autor—si bien no utilizaría todas las expresiones ni los mismos juicios.» «Merece, pues, dejar el libro—concluye el autor—tal y como se concibió. No por extremados pruritos de fidelidad, aunque sí porque las obras adquieren cierta significación propia que el mismo autor debe tener en cuenta y, en lo posible, respetar.»

7. El volumen primero se inicia con un amplio capítulo (págs. 23 a 71) dedicado a la doctrina del Derecho natural. Y ello, como dice el autor, por dos motivos: en primer lugar, porque para adoptar una actitud crítica en torno a las diferentes direcciones metodológicas, preciso es—a su juicio—de antemano fijar una posición con respecto al Derecho natural: idealismo y positivismo, apriorismo y empirismo, monismo y pluralismo, normativismo y sociologismo, etc., son criterios sólo plenamente determinables si últimamente se les contrasta con relación al iusnaturalismo. Además, el Derecho natural—dice el autor—constituye la más antigua concepción del Derecho que registra la historia. Ninguna otra concepción del Derecho—dice el autor—ha sido tan plena y trascendente como la emanada de la doctrina iusnaturalista, e incluso se puede decir—afirma el autor, señalando un punto en el que luego nos permitiremos insistir y desarrollar después un tanto—que hasta comienzos del siglo XIX el pensamiento jurídico ha sido tan sólo Derecho natural. En la pági-

na 364 lo dice claramente: la «ciencia del Derecho sabe ya de esta experiencia porque durante siglos ha vivido—dice Hernández Gil—incorporada a la moral y a la filosofía».

Desde los albores de la especulación griega, pasando por su heredera la cultura romana, deteniéndose en la escolástica (medieval cristiana) y singularmente en la figura de Santo Tomás; ocupándose ya en la edad moderna, primeramente con la escuela española del siglo XVI y luego con la escuela racionalista europea del Derecho natural de los siglos XVI y XVII, el autor desemboca en lo que se ha convenido en llamar «renacimiento del Derecho natural» en el siglo XX y lo que el autor llama «propagación del iusnaturalismo».

Hay que tener en cuenta que este primer tomo es reeditado hoy por el autor tal cual, como volumen único, apareció en 1945. Y aun cuando desde entonces hasta hoy sucedieron no pocas cosas en el plano de la especulación iusnaturalista (han pasado cinco lustros), el libro nos da una estampa valiosa de aquel panorama de entonces, examinado a la luz de las preocupaciones espirituales de un civilista que emprende una investigación metodológica para afrontar fecundamente el desempeño de su disciplina. El iusnaturalismo—dice Hernández Gil—no es una dirección metodológica, sino que, bajo un aspecto, es evidentemente más, puesto que nos da la fundamentación última ontológica y axiológica del Derecho, y bajo otro aspecto es menos, pues en su labor se queda antes de donde comienza la problemática particular de la ciencia jurídica. Pero sin antes aceptarlo—y de qué modo—o rechazarlo—y por qué—, la ciencia jurídica—entiende Hernández Gil—no puede emprender fecundamente su camino; de modo que el mismo método, que no es nunca una teoría cerrada sobre sí misma, puesto que en el fondo implica una previa actitud filosófica o antifilosófica, habrá procedido con mal método, si previamente no define su actitud en relación con el problema del Derecho natural: y esto es lo que, en realidad, más que trazar una historia o esquema histórico del Derecho natural, ha pretendido y conseguido sustanciosamente el autor en este medio centenar de páginas iniciales.

Un civilista que para tratar de los problemas básicos de su disciplina—digamos por vía de comentario a esta parte del libro—tiene que comenzar por el principio de todos los principios del pensamiento jurídico, denota que, como diría Husserl en la última de sus grandes obras filosóficas, estamos ante un cognoscente que sabe que la más preciosa función de la mente humana, la que ha fundado la civilización y la que la salvará, si nuestra civilización puede salvarse, es la función

arcónica (*die archontische Funktion*), es decir, la que se ordena a disponer y articular, partiendo de los primeros principios precisamente.

8. El capítulo segundo (73-88) está dedicado a la escuela francesa de la exégesis, que indubitablemente constituye una de las más formidables aportaciones del pensamiento moderno a la ciencia jurídica por un ámbito de tiempo que abarca casi un siglo y que da lugar a tres generaciones sucesivas de juristas magistrales, los cuales han hecho indeleble el nombre de Francia en cuanto hace al nacimiento de la ciencia jurídica moderna.

Desde el punto de vista de la homología histórica (semejanza de función), el autor, a mi juicio con un gran acierto, compara la escuela francesa de la exégesis con la precedente escuela de los glosadores y comentaristas medievales—muy anterior, claro es, en el tiempo—y con la escuela alemana, un poco posterior, de la jurisprudencia de conceptos, y asimismo destaca el autor con agudeza suma la mentalidad cuasimatemática de algunos de los más típicos representantes de la escuela de la exégesis. Los rasgos característicos de la escuela son límpidamente captados por el autor, que acepta en este aspecto el formidable estudio de Bonnecase sobre esta Escuela. Séame lícito decir que no comparto, empero, la apreciación que el autor hace, aun cuando no muy convencido, de que se haya dado una disociación entre teoría y práctica dentro de la Escuela. Creo, antes bien, que gracias a estas tres generaciones de juristas la rutinaria empirie dominante en la vida francesa del Derecho del siglo XIX fue elevada a la categoría de una genuina praxis. Lo que sucedió fue ciertamente que los refinamientos y las estilizaciones de la escuela sólo llegaron a un capa selecta y que por desventura muchos juristas siguieron apegados a sus toscas prácticas.

El autor siente gran perplejidad al tratar de definir la posición de la escuela ante la idea o doctrina del Derecho natural. Al propio Bonnecase le sucedió lo mismo, y otro tanto le ocurre al agudísimo Olgiati y, en general, ciertamente, a todos los tratadistas de la ciencia del Derecho, en este aspecto de la escuela de la exégesis. No sólo porque me he solazado mucho tiempo leyendo a los principales maestros de la escuela de la exégesis, sino porque—de manera muy concreta—me preocupó por razones obvias el punto a que ahora me refiero, me permito observar que, a mi juicio, la cuestión pudiera tal vez fijarse como sigue.

Diría yo que, en general, los juristas de la escuela de la exégesis admiten el Derecho natural. Por tanto, cabe asegurar que, en general, no son positivistas. Pero, bajo otro aspecto, no cabe duda de que son exacerbadamente legalistas. Mourlon, Aubry y Rau, y sobre todo Tau-

lier, Demante y Demolombe, definen muy bien la posición de la escuela en cuanto a este punto, que, como digo, a mí me ha preocupado mucho.

«Ce n'est pas à dire (25-26) que nous ne reconnaissons pas l'existence de certains principes absolus et immuables, antérieurs et supérieurs à toute législation positive, tels que, par exemple, la personnalité de l'homme, le droit de propriété, la constitution de la famille, la liberté, et la force obligatoire des conventions et la nécessité de l'Etat—dicen Aubry y Rau—.» «Seulement, il nous paraît impossible de déterminer, *a priori*, les règles destinées à organiser et à développer ces principes, règles qui ne présentent qu'un caractère contingent et variable.»

Taulier, sobre todo, dedicó, cual ningún otro miembro de la Escuela, elevadas consideraciones a esclarecer el concepto del derecho natural y sus relaciones con el positivo, reconociendo que éste se halla subordinado a aquél y debe inspirar en él sus preceptos. «Je divise immédiatement le droit en droit naturel et en droit positif—escribe Taulier en su citada obra—. Le premier est l'ensemble des lois antérieures à l'humanité et venant de Dieu même. Le second est l'ensemble des lois faites par l'homme et nécessitées par la vie sociale. L'un est un type primitif, divin. L'autre est un type secondaire, humain... Le droit naturel... est immédiat, c'est-à-dire qu'il se révèle de lui même obligatoire pour chaque homme... Il est un et universel, c'est-à-dire, commun à tous les temps et à tous les lieux, parce qu'il repose sur l'essence même des choses... Il est uniforme et invariable, car l'essence des choses sera toujours ce qu'elle est. Il est évident et palpable, parce qu'il consiste tout entier en faits sans cesse présents à l'entendement humain et d'une démonstration facile pour chacun. Enfin, il est bienfaisant pour tous les hommes, en leur enseignant à tous les véritables moyens d'être meilleurs et plus heureux... subordonné au droit naturel, le droit positif doit s'inspirer par lui, s'appuyer sans cesse sur lui, il doit être le droit naturel même accommodé aux besoins sociaux, aux nécessités, aux infirmités humaines.» Pero una vez acuñada la ley, el jurista tiene que atenerse férreamente a ella, según Taulier, sin pensar ya en el Derecho natural para nada.

Marcadé y Demante creen, en cambio, que el juez debe apelar al Derecho natural cuando la ley calla, porque, según el primero de los autores citados, todos los principios del Derecho natural han quedado consagrados tácitamente por el *Code Napoleon*; mientras que, según Demante, «il ne faut pas conclure que toutes les lois naturelles qui n'ont pas été expressément consacrées par le législateur de chaque peuple soient par là-même rejetées de l'ordre civil. Il en est beaucoup, au contraire, qui sont

tellement essentielles aux rapports que la nature ou l'état social a établis entre les hommes; qu'elles doivent être considérées comme maintenues toutes les fois qu'elles ne sont pas écartées par la lettre ou par l'esprit particulier de la loi positive». Demolombe, por su parte, después de expresar su fe en el Derecho natural, concebido como un código dictado por la naturaleza, como un sistema de preceptos prepositivos, escribe: «Il ne me semble pas possible d'accepter comme jurisconsulte ces thèses abstraites, absolues, qui posent, *a priori*, entre tous les hommes et entre tous les peuples, un droit preexistant, immuable et universel». «Il me semble—escribe Demolombe—que même en matière civile, si le demandeur n'invoque, à l'appui de sa prétention, qu'une pure règle de droit naturel, non sanctionnée même indirectement, même implicitement par la loi, le juge ne devra pas lu accorder le bénéfice de ses conclusions. Est-ce à dire qu'il violera l'article 4 et qu'il refusera de juger? Non, sans doute; il jugera, au contraire, que le demande n'est pas fondée.»

9. El capítulo tercero (89-126) está dedicado con verdadero amor intelectual—esa curiosidad severa que del hombre entero hace como una pupila ansiosa de ver cosas, esa llama que nos hace arder, de dentro para afuera, el combustible de la propia alma, llenando de luz el camino emprendido—a uno de los fenómenos más interesantes del pensamiento jurídico occidental, a saber, la Escuela histórica, que fue el verdadero nacimiento de la ciencia jurídica del siglo XIX en Alemania, y que resultó suscitada, en cuanto escuela, de manera paradójica, como movimiento de reacción, en nombre de lo histórico, contra la codificación, que significaba realmente una exigencia de la historia, en tanto que, por contra, la Escuela francesa de la exégesis emergió para servir la idea de la codificación.

El autor, claro está, busca sus orígenes más allá de Savigny y, por supuesto, de Hugo, a saber en el movimiento historicista del cual la propia Escuela histórica del derecho no fue ciertamente sino una manifestación. Y destaca que el *quid* de la Escuela histórica, lo más genuino de su aportación, no está en haber fundado la historia del derecho como ciencia propiamente dicha—lo cual, por sí solo, ya hubiese significado mucho—, sino en haber considerado la historia como formando parte integrante y esencial del Derecho, en contraste con la actitud que entonces campeaba y que exageró la Escuela racionalista del Derecho natural.

La Escuela histórica comprendió—dice el autor—que el Derecho no puede ser nunca el producto de una invención, que su materia está dada siempre por el pasado, emergiendo de la conciencia de cada Nación. Lo que ocurre—y el autor certeramente lo señala—es que la Escuela histórica se quedó el umbral del *Volksgeist*, del «alma del pueblo», sin intentar

descifrar su misterio, asequible, desde luego, a través de una investigación a lo Max Scheler, que nos descubriría, sin duda con sorpresa para los propios representantes de dicha orientación, sus variados elementos tanto fácticos como axiológicos. Pese a ello, el mero hecho de demostrar para siempre que el derecho está por su origen trabado a la vida misma del pueblo cuyo es, que se halla íntimamente fundido con el resto de sus creaciones histórico-culturales, especialmente con la lengua, constituye—según el autor—una aportación cuyas consecuencias aún no se han explotado.

El autor actúa con gran acierto al destacar que con Savigny emerge en Alemania *ab origine* la ciencia jurídica, y que el propio estudio del Derecho romano—cultivado sin rigor pero con insistencia desde mucho antes—, se constituye desde entonces al amparo de su obra, como verdadera ciencia. Y esto último, a mi modo de ver, es tan rigurosamente cierto, que incluso la obra científica del posterior movimiento interpolacionista es, en definitiva, la realización de puntos de vista y de criterios que estaban ya implicados en el pensamiento de Savigny.

La doctrina de la interpretación del Derecho en el riguroso y profundo sentido que el concepto de interpretación implica—y que mucho después de Savigny fue fecundamente ahondado por el gran pensador historicista W. Dilthey—es—como insiste el autor—otra de las grandes aportaciones de Savigny y de la Escuela histórica a la ciencia jurídica, aportación de cuya trascendencia tampoco hoy nos percatamos debidamente, a causa de la trivialización y rutinización en que ha caído lo que sin duda es la tarea fundamental y más ardua de la profesión jurídica, tarea que la Escuela histórica supo concebir y sentir en toda su arcana grandiosidad.

Lo sorprendente en la Escuela histórica, como el autor señala, con toda intención, es que su historicismo no fue óbice a que, bajo su égida, surgiera un nuevo racionalismo, un racionalismo que lleva al autor a considerar la Escuela histórica, por paradójico que ello parezca, como fundadora de la lógica jurídica. E incluso la ulterior «Jurisprudencia de conceptos» se nos presenta también bajo esta luz, como una hija pródiga, es decir, incontrolada, del pensamiento de Savigny.

En mi modesto entender, séame permitido expresar esta observación, para que este capítulo sobre la Escuela histórica de la obra de Hernández Gil tuviese ya un colmado valor paradigmático, sólo hubiere sido preciso que hubiere destacado más el movimiento sedicioso que contra ella estimuló, fecundamente por cierto para el total desenvolvimiento de la ciencia jurídica—pues hasta en esto fue grandiosa la Escuela histórica—a saber, la sub-escuela de los germanistas; y que exagerase menos—sobre todo porque el autor conoce muy bien las explicaciones de Stahl sobre este

punto—la significación antiiusnaturalista de la Escuela histórica, cuestión donde realmente fue más el ruido que las nueces. Aun con el inconveniente de romper el plan que me propuse seguir, esto es, hacer una exposición objetiva del pensamiento de Hernández Gil y de su modo de plantear los problemas, siento la tentación de definir mi propio modo de entender esta cuestión en el marco de las ideas de la Escuela histórica.

Creo yo que la escuela de Savigny, en cuanto concibe el Derecho como un producto histórico siempre en evolución, como un constante devenir, se opone, por ende, en el terreno escuetamente científico, tanto a los partidarios del Derecho natural, que conciben éste como un sistema de normas universales e inmutables sustraídas al flujo de la historia, cuanto a la concepción racionalista del Derecho—la cual ve en el mismo una creación personal de hombres eminentes que actúan desligados de la fuente de inspiración de la conciencia popular—, tal como esta concepción había encarnado durante la Revolución francesa en el principio jacobino que estimaba posible destruir las antiguas tradiciones y costumbres para sustituirlas mediante leyes y codificaciones absolutamente justas y perfectas, creadas racionalmente. En este sentido, la escuela histórica fue ciertamente antirracionalista y antiiusnaturalista.

Mas este juicio requiere una breve explicación complementaria, porque el iusnaturalismo de que ella renegaba era el *ius naturale philosophorum*, como Vico decía, el Derecho natural racionalista de gabinete con que los filósofos pretendían suplantar las creaciones de la historia, a modo de una ciencia química que pretendiese sustituir desde sus laboratorios los productos de la naturaleza. En modo alguno las concepciones de la Escuela histórica abocan a una negación rotunda del Derecho natural. Lejos de ello, la misma Escuela histórica llamó—según antes hemos indicado de intento—Derecho natural al Derecho emanado espontáneamente de la conciencia del pueblo. Sin complicarnos aquí con más consideraciones, claramente se comprende que, para la Escuela histórica, el espíritu del pueblo, cuya concepción fue exaltada por los discípulos de Savigny en el sentido de una entidad metafísica supra-individual que misteriosamente forja en sus recónditos senos el Derecho, viene a desempeñar, dentro de esta doctrina, las veces del legislador suprasensible, las veces del Dios legislador del Derecho natural escolástico. En el fondo de las teorías de la Escuela histórica se columbra una metafísica panteísta y romántica, en la que Dios pierde su esencia personal y en la que el principio de lo bueno y de lo justo (*lex naturalis*), injertado por Dios en el alma del hombre, según las concepciones iusna-

turalistas de la escolástica, es trasplantado a esta hipostática y poética alma popular.

La Escuela histórica era, en realidad, un brote del movimiento espiritual del romanticismo y, como legítima concepción romántica, no podía menos de exaltar la individualidad y el sentimiento, a expensas de todas las uniformidades y universalidades cimentadas sobre la razón. Pero mientras que otras direcciones del romanticismo exaltaron la individualidad humana, el individuo *uti homo*, la escuela de Savigny realzó, en cambio, la individualidad histórica, el individuo *uti populus*. Cada pueblo tiene, según la escuela histórica, un alma propia, de naturaleza predominantemente sentimental, que matiza con características peculiares y propias todas sus creaciones: lengua, arte, costumbres, Derecho, etcétera. De esta suerte, el espíritu del pueblo es justamente la fuente del Derecho y el canon para su valoración y medida.

En el marco de la Escuela histórica no ha lugar, pues, para un Derecho natural trascendente que sirva de pauta a la historia jurídica. La idea acerca de lo justo alienta subjetivamente en el alma del pueblo, y plasma objetivamente en el Derecho consuetudinario. Lo valioso del Derecho va, pues, inmerso en el Derecho mismo, y no puede, por consiguiente, obtenerse de otro modo que mediante la interpretación de éste. No se trata, por ende, de que se rechace en absoluto la valoración del Derecho, sino sólo la valoración hecha con falsos cánones racionalistas, distintos de los que se expresan en el desarrollo histórico.

No hay, pues, *iusnaturalismo*, si se quiere, en la Escuela histórica, y esto nadie lo puede dudar. Pero tampoco hay en ella positivismo. Positivismo sólo lo hubo en las postreras manifestaciones de la Escuela histórica, cuando sus ideas directrices comenzaron a desdibujarse en contacto con una época de espíritu distinto de aquella dentro de la cual había nacido, y cuando, por tanto, al derecho humano se le reconoció valor en méritos tan sólo de su estar ahí escuetamente facticio, como mera voluntad, nuda voluntad, del legislador socialmente triunfante, o cuando aquel concepto del espíritu del pueblo, lleno de perfume romántico, fue fríamente interpretado como un fenómeno de psicología de masas por una sociología terrorista, sin alma, que comenzaba a desarrollarse hipertróficamente a base de ficheros y de papeletas.

Positivismo no lo hubo en la Escuela histórica, porque al positivismo corresponde una concepción del mundo de tono materialista, mientras que la intuición del mundo de la Escuela histórica era eminentemente espiritualista; más es: era incluso, en última instancia, de recóndita sigilación religiosa, por lo cual, no sin razón, y con ironía, consideró Thi-

baut las concepciones de Savigny y de sus epígonos como una manifestación del «pietismo». Aquí, para dejar a un lado este problema que nos ha salido al paso en uno de los recodos de la presente exposición, no está de más recordar, a guisa de fehaciente prueba, que Bergbohm, el implacable enemigo del Derecho natural, no veía en la Escuela histórica sino un modo de desnaturalizar el Derecho positivo con elementos del Derecho natural: así, rotundamente lo afirmaba.

10. El capítulo cuarto (127 a 198) tiene una notable amplitud y variedad de contenido dentro de la obra, sin que, no obstante, se le pueda hacer reproche alguno por supuesta agrupación de temas heterogéneos. Al contrario, cuantas doctrinas y autores en él se estudian, al ser objeto por el autor de lo que el conde de Keyserling llamaría un «análisis espectral», revelan a la consideración una común dimensión: su dogmatismo, su logicismo, su formalismo. Pero el autor aún penetra más profundamente en la significación de estas corrientes. Todo lo que son —nos dice— dimana o deriva de que son positivistas. Si el positivismo significa que lo jurídico se reduce al Derecho positivo, entonces una primera proyección metódica del positivismo se llama «dogmatismo», esto es, la aceptación del Derecho tal y como está dado socialmente desde el punto de vista del valor, o, lo que es igual, la aceptación sin crítica trascendente, y asimismo una segunda proyección metódica se denomina logicismo, esto es, tratamiento científico del Derecho exclusivamente desde el punto de vista lógico, vale decir, como mera lógica del Derecho, criterio que *in extremis* lleva a la concepción de la función judicial o función de juzgar como mera operación silogística.

Las variadas corrientes o los distintos autores que el autor estudia en el capítulo cuarto presentan en común esa dimensión que acaba de señalarse. Es algo que hermana fuertemente a los aludidos autores, esto es, a las diferentes corrientes mencionadas. Principalmente el autor estudia en este capítulo la «Begriffjurisprudenz» o jurisprudencia de conceptos, referida de modo especial a Rudolf Ihering y a Bernard Windscheid; estudia a los germanistas y a Gierke; estudia el formalismo de Paul Laband y de Georg Jellinek; estudia a Messineo, la corriente de las «partes generales» de las diversas disciplinas jurídicas y la de la «teoría general del Derecho», con la última de las cuales el positivismo quiso suplantar la tradicional especulación filosófica, y también estudia la escuela de la teoría pura del Derecho, de Hans Kelsen, en quien el autor ve con razón la culminación de todo este movimiento o de toda esta orientación.

Rudolf Ihering, durante la época de su vida en que se sintió cap-

tado por esta inspiración no es meramente—nos dice el autor—uno de los varios representantes de la «jurisprudencia de conceptos», aquella corriente doctrinal que constituye la más acentuada manifestación del dogmatismo, cuya operación mental típica es la «construcción» (esto es, con los materiales que el legislador suministra o brinda, como con la materia prima el fabricante, formar conceptos, componer instituciones, levantar sistemas), sino que Ihering es *el* representante de la «jurisprudencia de conceptos». El autor señala el punto neurálgico de la cuestión: Ihering es, en el fondo, bajo este aspecto metodológico, un hegeliano. Al seguir esta orientación, Ihering, claro está, se separa de la escuela histórica dentro de cuyo hogar se había formado. Pero no hay que olvidar que el propio fundador de la escuela histórica, Savigny, había sido un conceptualista y que en esto Ihering no hizo, por tanto, sino explotar—por propia cuenta y por propio esfuerzo—un camino que Savigny ya había sugerido.

Como hace observar el autor, cuesta trabajo creer que el fundador de la escuela histórica con su concepción del Derecho como producto histórico, cultural y social fuere también un conceptualista. Y esto, que con respecto a Savigny es paradójica verdad, resulta aún más sorprendente en Ihering, que, arrancando de los principios de la escuela histórica, terminó convirtiéndose—dice el autor—en el representante máximo del conceptualismo. Sin los conceptos, sin el trabajo de los juristas, sin «construcción», sin juristas, no puede—dice Ihering—hablarse seriamente de Derecho. Los juristas son necesarios, socialmente necesarios. Suyo es el Derecho, suyo, claro está, desde el punto de vista del conocimiento, suyo como objeto de un cometido gnoseológico específico. De modo que la famosa idea de un «Derecho popular», idea tan grata a la escuela histórica, resulta una quimera ante el pensamiento de Ihering en esta fase de su desenvolvimiento.

10 bis. Realmente una mentalidad arcónica como la del autor, queda puesta a prueba en el estudio sobre la metodología de Ihering, ya que nada hay menos metódico en la ciencia jurídica moderna que la teoría del método de Ihering. Jurista de un talento formidable, «un genio del Derecho... que todavía no ha tenido sucesor», como dice Hernández Gil, carecía, empero, de la más elemental preparación filosófica, y donde ello se revela más agudamente es al querer introducir un método en la ciencia jurídica. Como disculpa tiene en su favor el que la ciencia del Derecho nace entre sus manos y que ciertamente puede decirse que el saber acerca del Derecho se había producido hasta entonces sin método.

Como censura tiene, en cambio, en contra Ihering el sincretismo con que procede.

Ihering, que nace en 1818, es decir, cuatro años después de haberse publicado el famoso escrito de Savigny que sirvió de programa a la escuela histórica y cuya vida se extiende hasta 1892, es una figura encuadrada bajo un marco espiritual diferente del que tuvo Savigny. Este, lo mismo que la escuela histórica, que es su creación, y que el movimiento germanista que provocó, son, en conjunto, un brote del idealismo alemán, el cual, en sentido estricto, comprende la filosofía de Kant, Fichte, Schelling y Hegel; pero, en sentido amplio, es todo aquel movimiento espiritual (literatura, filosófica concepción del mundo, arte, pensamiento jurídico, etc., etc.), que comienza con Lessing y Herder y que, además de los filósofos antes citados, engloba a figuras como Schiller y Goethe, Novalis y Schlegel, Schleiermacher y Kleist, Hölderling y los Humboldt, Mozart y Beethoven, Savigny y Puchta, Gierke y los germanistas.

Pero Ihering, en cambio, está animado de otro espíritu: en Ihering va impreso el «espíritu positivo». Es curioso que Gierke, que nació y murió unas dos décadas después de Ihering, y que respiró, naturalmente, el ambiente del positivismo, haya resultado inmune a él. Se trata, claro está, de que el espíritu, como el organismo, es, según cada individuo, diversamente resistente a ciertos virus.

Por la corriente del positivismo naturalista, que llegó a dominar todo el ambiente espiritual de la segunda mitad del siglo XIX y que consiguió invadir el campo del estudio del Derecho, estuvo influido notablemente Ihering, aun cuando denotando siempre una gran personalidad propia, dotada de una potente originalidad y fuerza creadora. A diferencia de Gierke, que tuvo ya conciencia de la división en ciencias naturales y ciencias culturales o del espíritu, en cambio Ihering no conoció otro ideal científico que el de la ciencia natural, y trató, en consecuencia, de aplicarlo al estudio del Derecho, procurando establecer una nueva técnica que le permitiera elaborar los datos de la realidad. Esto da lugar a que, en sus libros, pletóricos de ideas, de ideas preñadas de sugerencias para el porvenir, se advierta ese sincretismo metódico nada laudable a que nos hemos referido y que sus escritos, de vigor genial, lleven como contrapartida la mácula de imágenes y metáforas naturalísticas. La confusión metódica de Ihering es un hecho de singularísimo relieve. Y por ello, el autor merece plácemes al darnos en este libro una de las exposiciones más limpias y mejor dibujadas del pensamiento de Ihering

bajo este aspecto, haciendo al mismo tiempo una certera crítica de sus exageraciones y desvíos.

11. A Bernard Windscheid, que es otra de las figuras que Hernández Gil estudia en este capítulo, le llama el autor «príncipe de la dogmática» y «artífice de la jurisprudencia de conceptos». También su pensamiento está perfectamente comprendido por el autor. Ciertamente, no hay más remedio que reconocer la gran madurez con que aparece concebido este primer tomo, publicado por primera vez en 1945 y compuesto durante unos años antes, recién cumplidos los veinticinco de edad del autor. «Gran gobernante de conceptos», dice de Windscheid Hernández Gil. Para adentrarse en la ciencia del Derecho es preciso —dice el autor— adoptar actitud ante Windscheid, lo mismo que para filosofar es preciso definirse ante Kant.»

Con Bernard Windscheid—llegan al máximo—dice Hernández Gil—la agudeza analítica y la capacidad de síntesis de la ciencia jurídica. «Los conceptos, como medios de comprensión de una realidad, y las palabras, como exteriorización de los conceptos, cobran en él—escribe—una severidad impecable. Le acompaña la pureza escrupulosa del filólogo y la resuelta precisión del matemático. Si Ihering señala como misión del jurista la de organizar cuerpos jurídicos, seres reales, lo que hace Windscheid es resolver estos cuerpos en líneas, otorgarles figura y dimensión geométrica. El trasfondo que se percibe a través de la ciencia jurídica practicada por Windscheid no es el de las ciencias naturales (como en Ihering), sino más bien el de la geometría (como luego en Kelsen). El encarna una dirección de la metodología jurídica.» Y, a diferencia de Savigny, que sólo tuvo seguidores dentro del campo del Derecho romano, el «círculo de Leipzig», en cambio, cuenta como discípulos de Windscheid, a penalistas como Binding, o a procesalistas como Wach, o como Hellwing, o como Stein.

Antonio Hernández Gil tiene el acierto de subsumir dentro de la orientación conceptualista de la ciencia jurídica el Código civil alemán, como obra eminentemente doctrinal y académica: a), es como la sombra del pensamiento de Windscheid, en cuya textura—nos explica el autor—se extremó hasta el virtuosismo el arte de la conceptualización jurídica y el vigor de la concatenación lógica, propias de un verdadero sistema, haciéndolo con un cuidado y un método que no deja nada que desear a un tratado de *Pandectas*; b), para colmo, lleva todo un libro primero dedicado al establecimiento de una parte general. «Así como el Código napoleónico—escribe Hernández Gil en su magnífica caracterización del Código civil alemán—trata de realizar un ideal filosófico y político, en

cambio, el Código civil alemán encarna, ante todo, un ideal científico: la construcción que parecía reservada a la ciencia se acomete profundamente en el plano de la legislación.» La madurez con que el autor trata la cuestión se revela sobre todo en el hecho de que, con evidente gallardía, defiende lo que desde el punto de vista técnico y científico representa el Código civil alemán frente a las fuertes tendencias de oposición que, cuando (1945) el autor publica este primer tomo de la obra que comentamos, se habían desencadenado en Alemania contra él en nombre de un pretendido Derecho popular. Ludwing Enneccerus, así como sus colaboradores Theodor Kipp y Martin Wolff, llevan a cabo, como observa Hernández Gil, sobre la base del Código civil, una labor semejante a la que con el Derecho romano realizó la orientación pandectística. Lo mismo ocurre, según hace ver el autor, con Andreas von Tuhr, otro virtuoso del conceptualismo, que son los autores a que principalmente se refiere Hernández Gil.

La otra gran figura de esta grandiosa época que Antonio Hernández Gil destaca es la de Otto Gierke, poniéndolo, claro está, cabe el marco de los germanistas. No es posible exigirle a un autor todo lo que uno desearía que hiciese, con los temas que trata, para satisfacción propia, sobre todo cuando ese autor ha hecho ya una contribución tan valiosa como la que, al cultivo de los temas elegidos cual objetivo suyo, significa este libro de 1945, reimpresso ahora, veinticinco años después de su publicación pristina, tal y como entonces salió de su pluma, en un indudable alarde de confianza en la calidad originaria del estudio. Pero a mí me hubiera gustado que el autor se hubiese ocupado un tanto con Beseler, con Eichorn, con Gerber y, sobre todo, con Bluntschli. Porque el autor se circunscribe a Gierke, quien, a mi juicio, debe ser liberado, de modo más radical de lo que afirma el autor, de todo contacto, o contaminación, diríamos mejor, con el positivismo en mal sentido—en varios de sus escritos se ocupó, en efecto, del Derecho natural—y debe ser, en cambio, valorado menos de lo que el autor hace como epígono del movimiento germanista.

Yo veo a Gierke no como un epígono de la escuela germanista, racial y nacionalista en su última y profunda dimensión, sino como un precursor de tiempos por venir. Gierke, a mi juicio, representa mucho más que un nuevo modo de concebir metodológicamente la ciencia jurídica. Representa, en efecto, un nuevo modo de concebir el Derecho. Gierke, poseído nada menos que de un sentimiento vital nuevo, reacciona contra la concepción individualista del Derecho privado, heredada del Derecho romano y fomentada intensamente por el sentimiento antropológico del

hombre moderno, que suena ya con la claridad matutinal de una diana en el pensamiento de Descartes, que se expresa de modo hiriente, desafortado y utópico en Nietsche y que tiene realmente la severidad lúgubre de un miércoles de ceniza en los escritos primeros de Heidegger. Pero lo más interesante es que Gierke nos previene al mismo tiempo de la catástrofe que significaría hacer la corrección de la impureza individualista del Derecho occidental a expensas de aquella posición antagónica que el socialismo significa. Esto es de plena actualidad.

Tal peligro lo señaló Gierke varias veces. Pero especialmente hay un pasaje suyo que los menciona, digno de inscribirse en las salas de profesores de las Facultades de Derecho: «Acechan—dice Gierke—en el seno de nuestra sociedad terribles peligros no conjurados. Pero también es cierto que en la lucha que entablamos y que debemos entablar por la continuación de nuestra cultura, nos aguarda la esperanza en la victoria, si cumplimos, cada vez más, con el espíritu de comunidad y si sabemos modelar en sentido social el Estado, el Derecho, la moral y la economía.» Reconstruir no sólo el Derecho, la economía, la moral y el Estado, sino reconstruir también al hombre mismo y con él reconstruir igualmente la sociedad bajo la inspiración del sentimiento vital de la comunidad, evitando los dos antagónicos extremos del individualismo insólito y utópico y de la compacidad y macidez de la colectividad despersonalizada: he aquí la tarea claramente divisada por Gierke. «Por el Derecho romano, pero más allá del Derecho romano», fue la divisa de Ihering como tratadista del Derecho. Pero, en cambio, el lema de Gierke, por él no consignado desde luego en esta fórmula, pero que a mí me ha parecido percibir siempre como al trasluz de lo que Gierke escribe, sería por este tenor: «Ni la personalidad sin comunidad, ni la comunidad sin personalidad, sino más allá del individualismo y del colectivismo, hacia nuevas formas de vida personal, mejor orientadas en la comprensión del vivir en comunidad.» Acaso el entusiasmo que en mí despertó Gierke me lleve a hacer esta afectuosa observación al estudio que el profesor Hernández Gil le dedica. Y no porque él no capte esta dimensión nueva del pensamiento jurídico de Gierke, sino porque, en mi sentir, quizá no le confiere todo el relieve que el pensamiento real de Gierke reclama. Es una apreciación muy personal, no una objeción al docto autor.

Un gran acierto de enfoque científico por parte de Antonio Hernández Gil es el considerar, bajo la perspectiva del conceptualismo jurídico, aun cuando ya de lleno dentro del Derecho público, lo que Laband y G. Jellinek significan en ese otro campo de la ciencia jurídica,

sobre todo si se tiene en cuenta que Laband ya postula una ciencia jurídica pura en el sentido que luego había de hacer famoso Kelsen, es decir, una ciencia jurídica purificada de toda referencia a ingredientes éticos, sociológicos, políticos, teológicos, es decir, una ciencia jurídica circunscrita no sólo al Derecho positivo, en voluntaria autolimitación empirista, sino circunscrita a lo puramente lógico de las normas jurídicas, esto es, a su forma y no a su materia: orientación que vino a re-primariar en el campo del conocimiento jurídico la vieja distinción kantiana llevada a cabo en el campo de la gnoseología general, entre forma y materia. Laband es así certeramente considerado—con mucha más penetración de la que frente a él han revelado los tratadistas de Derecho público—por el autor como un continuador de la «Begriffsjurisprudenz» en el campo del Derecho público.

Y así también enjuicia el autor, a la luz de esta orientación, al más formidable tratadista de teoría general del Estado que ha habido desde 1800: a G. Jellinek, un jurista que recuerda, mucho más vigorosamente ya que Laband, la influencia deliberadamente aceptada de Kant en el pensamiento jurídico, aun cuando los comentaristas y críticos de Jellinek no siempre hayan acertado a verlo claramente, y un jurista que incorpora también, ciertamente, al ámbito del conocimiento jurídico una riqueza de elementos gnoseológicos que faltó en otros juristas anteriores a él (muere en 1911), como la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, la discriminación de un grupo especial dentro de éstas, constituido por las disciplinas normativas, y, sobre todo, que posee la clarísima conciencia de que unos nuevos métodos estaban naciendo para las ciencias sociales y normativas y de que hasta entonces el saber jurídico había venido trabajando sin un método propio, adecuado, por tanto, a su especial género de trabajo.

Cuando el autor, después de efectuada la publicación del tercer tomo de la obra cuyo primer volumen es éste que comentamos, desarrolle acaso, sin necesidad de tocar sus líneas maestras, algunos temas que es natural que dejare truncados en la primera edición de 1945 (es decir, en aquel momento en que el autor tenía otros trabajos que realizar en vistas a la oposición de la primera cátedra de Derecho civil que obtuvo en 1943, la de Granada, poco después de cumplir los veinticinco años) y se ocupe de éste capítulo, entonces sería de desear que con su fina penetración se adentrara más, siguiendo los certeros criterios a cuya luz lo enjuicia, en las concepciones jurídicas fundamentales que son el basamento de la formidable obra de Jellinek, que el gran jurista alemán, como es sabido, no llegó a concluir, ya que su *Allgemeine Staatslehre*, esto es, lo que

hoy se conoce como *Teoría del Estado*, de Jellinek, es sólo el primer volumen (aun cuando dividido en dos en las ediciones francesa e italiana), de los dos magnos volúmenes que compondrían la obra toda.

12. Dentro de la interesantísima excursión que en el mismo capítulo cuarto el autor hace al pensamiento jurídico italiano posterior a la publicación del Código civil albertino (1865), exposición en la que Hernández Gil nos habla, con gran donaire, de una recepción de la ciencia jurídica romanista alemana en Italia, semejante a la «recepción del Derecho romano en Alemania», subdistinguiendo una primera orientación de cuño semejante a la escuela francesa de la exégesis y una dirección ulterior, conceptualista y dogmática, que renueva por completo el pensamiento jurídico italiano (Serafini, Fadda y Bensa, Scialoia, Ferrini, Bonfante, Brugi, Filomusi-Guelfi, Ascoli, Pacchioni, Ruggiero, Polacco, Chironi, Venezian, los Coviello, Pusi, Ferrari, Barassi, etc.), encuentro, por motivos personales de admiración, extremadamente simpáticas las consideraciones que dedica a Francesco Messineo, cuyo pensamiento es sugerentísimo por muchos aspectos, singularmente por sus acertadísimos puntos de vista sobre el trabajo técnico del jurista, como tal jurista, y especialmente por su postulado—que realmente ya está en Ihiering—de que todos los ordenamientos jurídicos son equivalentes desde aquella perspectiva (lógico formal) bajo la cual los trata la ciencia del Derecho.

Asimismo pone el autor de manifiesto su mentalidad arquitectónica insertando en esta línea el famoso movimiento de las «partes generales» de las diversas disciplinas jurídicas especiales, una vez que estas se definieron merced al imperio de la ley de progresiva diferenciación de la ciencia, así también como la aspiración a una «teoría general del Derecho», que aun cuando representaba una superación de la idea de las «partes generales», no pasaba de ser en sus inicios una especie de lugar de citas de los principales personajes o figuras conceptuales con domicilio en las llamadas partes generales, pero no la ansiada teoría fundamental del Derecho, de que habría de dar tan original versión Hans Kelsen, que es el último de los grandes colosos del pensamiento con quien dialoga en este capítulo Hernández Gil: autor para el que, aun cuando perfecta y magistralmente presentado desde lo que pudiéramos llamar principios fundamentales del kelsenismo, el profesor Hernández Gil, habida cuenta de que su obra tiene en el orden universitario un cometido didáctico indiscutible, debiera ampliar *ad extera* el estudio.

Y me permito hacer esta observación precisamente al tomar en cuenta los excelentes puntos de vista críticos adoptados por el autor en torno a Kelsen: a), su positivismo va más allá del atenerse a lo dado del po-

sitivismo vulgar (es, en verdad, un ultrapositivismo); *b*), su realismo se hace tan radical que se transforma en nominalismo; *c*), el Estado no puede ser igual al ordenamiento jurídico porque aun cuando el Estado no sea un ser sustantivo, sin embargo, tras el ordenamiento jurídico, como soporte y objeto del mismo, están ciertas conductas humanas; *d*), la materia que se recoge en la norma como contenido suyo, aun cuando tenga una preexistencia jurídica, sin embargo, desde el momento que adquiere una expresión jurídica (esto es, que pasa a ser contenido de una norma) no es ya en absoluto materia extrajurídica de que el conocimiento jurídico pueda prescindir; *e*), la forma jurídica no es mera cobertura de una realidad social, ni el Derecho un mero ropaje de lo dado, por el modo como lo es la túnica que viste al cuerpo humano, porque la forma del Derecho conforma, esto es, configura, y esta conformación o configuración implica teleología (vale decir tendencia *a* o *hacia* algo, es decir, hacia la justicia) y constituye un momento de la realidad auténtica del Derecho que, sin amputación o deformación caprichosa de la realidad, no podemos eliminar del ámbito del conocimiento si éste no ha de ser confundido con el imaginar libremente; de modo que una ciencia jurídica que todo lo reduzca a esquemas lógicos no está conociendo la realidad del Derecho, sino sólo la demencia del mismo, una irreal imagen suya o sólo su sombra, porque regula *est, quae rem, quae est, breviter enarrat* (regla es la proposición que expone brevemente la cosa tal cual es) *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat* (el Derecho no se toma de la regla, sino que, antes bien, la regla se configura sobre la base del existente Derecho); *f*), si la totalidad escalonada del ordenamiento jurídico («esa línea quebrada ascendente», dice el autor) pende, en definitiva, de un juicio hipotético, entonces la ciencia jurídica no tendría razón de ser y en su lugar debiera recomendarse la no-ciencia, la ἀγνοῖα con su inevitable consecuencia del imperio de la fuerza; *g*), todo lo jurídico tiene una objetividad incompatible con la decisión puramente subjetiva; *h*), la pretendida depuración ético-política-sociológica de Kelsen implica, en realidad, una criptometafísica kelseniana, la que supone la ideología liberal, cuya es expresión la «teoría pura del Derecho»; *i*), la sociología que Kelsen repudia por su identificación con las ciencias naturales será, si acaso, la pseudo-sociología del positivismo, pero no la que quiere «comprender» y «explicar» el fenómeno social como unidad de realidad y sentido.

13. El capítulo quinto (119-230) inicia el tratamiento de lo que el autor llama «revisión» «de los métodos tradicionales». El autor llama posiciones metodológicas tradicionales a las que representaron la Escuela de

la Exégesis, la Escuela histórica, el movimiento germanista, el conceptualismo, Otto Gierke, la llamada dirección de las «partes generales», la «teoría general del Derecho» y el kelsenismo. El autor opina—y tiene en ello plena razón—, que estas direcciones ejercieron una «primacía indiscutible en la ciencia jurídica moderna» y, que después de ellas, han surgido orientaciones nuevas. Estoy en lo fundamental conforme con el autor, pero desearía hacer dos observaciones: la primera, que Gierke es ya una renovación del germanismo, considerado como posición tradicional, y que, en cuanto tal, Gierke no ha sido superado: la segunda, que Kelsen es, a su vez, una renovación del conceptualismo—entendido éste como posición tradicional en el sentido que habla el autor—, y esto sentado, hay que admitir, en cambio, que ha habido una cierta superación del kelsenismo por el propio kelsenismo precisamente a partir del año 1945, en que se publica la primera edición del volumen que el autor reimprime intacto ahora y que, por tanto, el libro de Hernández Gil no ha podido alcanzar. Cuando hablo de una superación del kelsenismo por el kelsenismo, me refiero a la variación que para el kelsenismo significan, por una parte, la publicación de la *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, pensada por Kelsen ya un poco a lo anglosajón, pero escrita por él en alemán aun cuando publicada en inglés por medio de la traducción del filósofo sueco Anders Wedberg, Profesor de Filosofía de la Universidad de Stockholm; y por otra, la nueva reelaboración de la *Reine Rechtslehre*, publicada en 1960 en Viena y que es una segunda edición completamente reelaborada y ampliada.

Estas modificaciones del kelsenismo que se producen a partir de 1945 y que tienen como fechas claves los años 1945 y 1960, no las puede alcanzar, claro está, un libro cuya fecha originaria de publicación es el año 1945. Sin embargo, bien está añadir que para unos autores, el kelsenismo tal como se produce desde los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen, 1910, a la *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, que es el kelsenismo difundido estereotípicamente por el mundo, subsiste esencialmente intacto pese a las obras citadas de Kelsen de 1945 y 1960. Y este argumento opera casualmente en favor del autor.

Esto supuesto, cabría indicar que a partir del capítulo quinto, inclusive, ya todo este volumen se ocupa con orientaciones que son la revisión de las posiciones consideradas como tradicionales. Y este capítulo quinto comprende: a) la nueva orientación de Ihering (ciencia jurídica teleológica frente a conceptualismo y aun antes frente a Escuela histórica); b) la llamada orientación histórico-evolutiva francesa; c) el llamado método

del Derecho comparado; *d*) el «método naturalístico» de Bonfante, y *e*) los nuevos rumbos señalados para la ciencia jurídica por Stammler desde su posición de filósofo del Derecho.

El autor trae a colación a Stammler—síntesis feliz, nos dice, del filósofo jurista y del jurista filósofo—porque entiende acertadamente que su posición filosófica jurídica—él es quien pone nuevamente a flote el barco de la filosofía jurídica después de ser duramente cañoneado por el positivismo—repercute notablemente en la ciencia del Derecho. Y esto, según el autor, por las siguientes razones: *a*) distingue claramente entre ciencias de la naturaleza y ciencias de los fines, entre las cuales, incluye la ciencia del Derecho; *b*) distingue entre *teoría del Derecho*, investigación de los conceptos jurídicos condicionantes del conocimiento jurídico y que constituyen su *a priori lógico*, y *técnica del Derecho*, cuyo cometido es el estudio de un Derecho histórico *hic et nunc*, mediante la ordenación conceptual y sistemática, sobre base empírica; *c*) distingue entre *materia del Derecho* (los afanes económicos y sociales de los hombres que conviven) y *forma del Derecho*, esto es, no la proyección de la materia en sentido materialista, sino la configuración ordenadora de ésta en sentido realista espiritualista; *d*) critica a fondo el materialismo económico y el positivismo y el empirismo, englobando bajo este último incluso a la Escuela histórica; *e*) distingue entre *concepto* (adiáforo) *del Derecho* e *idea* (regulativa) del Derecho; *f*) contrasta Derecho justo frente a Derecho injusto; *g*) emprende la reordenación con arreglo a una severa arquitectura lógico-gnoseológica de toda la órbita de lo jurídico desde los primeros peldaños de la práctica hasta las más elevadas torres de la filosofía, sin olvidar, claro es, las estancias intermedias de la ciencia del Derecho.

En cuanto a Ihering, el autor de nuevo vuelve en este capítulo a ocuparse de él, atendiendo al enérgico viraje que en la orientación de la ciencia jurídica se produce en la mente de dicho autor a partir de 1877 en que se publicó el primer tomo de su famosa obra *El fin del Derecho* (*Zweck im Recht*), cuyo segundo tomo supuso siete años más de trabajo para el famoso jurista. El autor hace algunas consideraciones de gran acierto. Subraya, así, que la nueva orientación finalista que Ihering imprime con juvenil entusiasmo, desde entonces, no obstante frisar en los sesenta años, a la ciencia jurídica, marcando con ello radicalmente una etapa diferente de la anterior en su pensamiento, apuntaba, sin embargo, ya en la obra más representativa del período anterior (*El espíritu del Derecho romano*). El autor amonesta al lector para que no crea que la crítica a fondo que de la «Jurisprudencia de conceptos» hace Ihering, llevado del entusiasmo de la

nueva orientación (*El fin en el Derecho*), en una de sus obras más celebradas (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884, la *Jurisprudencia en broma y en serio*), supone que Ihering reniegue de la orientación conceptualista, sino sólo de sus abusos, que llevaron a divorciar la ciencia jurídica de la vida. Hace ver el autor que mediante la orientación teleológica de la ciencia jurídica, Ihering es el verdadero precursor de la ulterior «jurisprudencia de intereses». Señala la importancia que para la comprensión del pensamiento de Ihering en esta época de su evolución espiritual tiene—cosa que han pasado por alto los filósofos del Derecho al ocuparse del gran jurista alemán—su estudio sobre la voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante (*Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, 1899) que es, como dice Hernández Gil, la obra en que Ihering aplica de manera especial sus ideas finalistas a uno de los temas más interesantes del Derecho, la posesión.

A las magistrales consideraciones del autor, séame lícito añadir a mí en señal de afecto y admiración por el volumen que comento, que todavía hay una última etapa en el pensamiento de Ihering, a saber, los últimos diez años de su existencia (muere a los setenta y cuatro en 1892) en que amainan las preocupaciones de sociólogo, que había significado *El fin en el Derecho*, y se reavivan otra vez las del romanista. Así escribe su historia del desenvolvimiento del Derecho romano (*Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts*, 1894) y su prehistoria de los pueblos indoeuropeos (*Vorgeschichte der Indo-Europäer*, 1894). La publicación de ambas obras es póstuma. Fueron editadas por el yerno de Ihering, Víctor Ehrenberg. De ellas, la segunda constituye el presupuesto de la primeramente mencionada, pues Ihering quiere rastrear en las fases más remotas de su génesis la vida de ese pueblo genialmente creador en el orbe del Derecho, que fue el pueblo romano. Sus estudios sobre la prehistoria de los indoeuropeos nos presentan al Ihering de orientación sociologista más radical, tan radical, que nos habla a veces con la crudeza materialista de un geopolítico.

14. Otra de las corrientes revisionistas en este capítulo estudiadas es lo que el autor llama, de acuerdo con otros tratadistas, método histórico-evolutivo, que Hernández Gil hace arrancar de 1880, esto es, de un momento histórico en que se apaga el resplandor de la famosa Escuela francesa de la exégesis. Según el autor, se caracteriza por su postergación del conceptualismo en aras de la observación de la realidad vital renovadora de la sociedad, que reclama soluciones más a tono con los cambios que la historia misma va pidiendo a los textos aún pervivientes de otrora.

Labbé, Laferrière, Baudant, Bufnoir, etc., son los precursores. Y Esmein, en el campo del Derecho público, y Saleilles, en el del Derecho privado, dos figuras rutilantes de la nueva orientación.

En el proceso de revisión del método dogmático que vivía no sólo ceñido al Derecho positivo, sino a un *único* Derecho positivo, el autor concede certeramente un puesto señalado a la orientación comparativa o corriente del Derecho comparado. El autor cree que dentro de esta orientación deben diferenciarse tres cosas completamente distintas: 1) el mero método de investigación o estudio comparativo de diferentes ordenamientos jurídicos, cuyo fin es llegar a un mejor conocimiento de las instituciones propias; 2) una ciencia del Derecho comparado propiamente dicha, como ciencia autónoma, que aspira al conocimiento de todos los sistemas jurídicos vivos o muertos, antiguos o modernos, primitivos o civilizadísimos, con objeto de penetrar precisamente, mediante la comparación, las causas generadoras y los fines motores de las instituciones jurídicas, las leyes de su evolución e involución, de su comunicación o aislamiento, y que, en definitiva, abriga la confianza en que la humanidad desembarcará en un *ius cosmopoliticum*; 3) finalmente, la comparación histórico-etnológica, que apunta especialmente a la fase de los orígenes. Como representantes típicos de ésta última manifestación, señala el autor a Post, a Summer Maine y a Bachofen. Como representantes de la segunda, a Kohler y a Del Vecchio. Como representantes de la primera, la más frecuente, a Zacharie, a Mittermaier, a Lerminier, a Lambert, a Saleilles, a De Francisci, a Pollock, etc.

Y como una posición aislada en este movimiento de revisión del conceptualismo y del dogmatismo jurídico, destaca el autor el «método» llamado «naturalístico» por el gran romanista Bonfante, quien pretendió levantar sobre su base, animado por una especie de «monroismo» jurídico profesional, una ciencia jurídica autónoma propiamente dicha, no desacreditada por la visión «terre à terre» de los prácticos, ni desfigurada por los altos vuelos especulativos y metafísicos de los filósofos del Derecho.

15. El capítulo sexto (231-264) está dedicado a la Escuela científica francesa, cuya culminación es Geny y de la que el autor considera también como representantes ilustres a Planiol en el campo del Derecho civil y a Thaller en el del Derecho mercantil. Las preferencias del autor van para Geny, figura realmente colosal, que Hernández Gil compara con la de un Savigny o un Ihering para la ciencia jurídica alemana.

El estudio de Hernández Gil sobre Geny es de gran penetración y deja ver el entusiasmo que en el autor despierta el más insigne de los maestros franceses. Parece como si Hernández Gil viese reflejado un poco en él

su propio destino. No osa compararse, ni semejantes pretensiones son propias de su auténtica personalidad científica. Pero señala el autor, con una cierta dolorosa solidaridad, cómo un jurista, dedicado por principio al Derecho privado, se vio forzado, no obstante, en vista del estado de la ciencia jurídica, a dedicar su esfuerzo en beneficio de la totalidad de ésta, cuya regeneración postuló a expensas de una inspiración filosófica de la mentalidad del jurista, precisamente porque Geny está dominado por una especie de convicción fatalista de que las ciencias jurídicas y sociales en general, padecen una cierta insuficiencia insuperable respecto de las demás ciencias. Nadie como él—señala Hernández Gil—estuvo tan persuadido de que para hacer progresar a la ciencia del Derecho, es preciso removerla y reconstruirla de arriba abajo, partiendo de puntos de vista fundamentales que atañen a la concepción del mundo y a las cuestiones fundamentales de la esencia, de la naturaleza y del destino del hombre.

El año 1899, el último del siglo XIX, es la fecha de la publicación de la magistral obra de Geny *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, o sea, el ataque decisivo contra el estado de cosas producido en el campo del pensamiento jurídico por el método de la Escuela de la exégesis. Primeramente Geny expone qué fue el método tradicional de la ciencia jurídica. Luego hace su crítica negativa de él, esto es, la crítica de sus limitaciones y vaguedades. Después bosqueja una nueva teoría del método y una nueva teoría de las fuentes, porque el legalismo de la Escuela exegética había empobrecido el fenómeno real del surgimiento y de la manifestación del Derecho y, por tanto, la teoría de las fuentes. La riqueza espiritual y de conocimientos con que Geny expone la misión que como jurista se siente llamado a realizar en pro de una regeneración de la ciencia del Derecho, capta, claro es, y seduce al autor entonces recién salido de las aulas de la Universidad como alumno y que se prepara para entrar en ellas como catedrático.

El encanto que Geny causa en el autor aumenta, claro es, cuando éste considera la obra fundamental del gran jurista francés que, como al propio Hernández Gil le sucedió toda su vida, tiene como divisa «por el Código civil, pero más allá del Código civil». Me refiero a la obra magistral no solamente del propio Geny, sino de la ciencia jurídica francesa, «Science et Technique en droit privé positif». El título es frío, pero en sus páginas palpita todo un movimiento renovador de la ciencia del Derecho que por entonces se estaba como esperando que brotase de la pluma de un salvador. Este fue Geny, que tras quince años de estudio, de meditación, de labor constante después de la primera edición de 1889 de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positive*, comienza en

1914 la publicación de esta otra su segunda gran obra. La guerra europea impide, de momento, que se aprecie toda su importancia. Pero cuando la conflagración termina en medio de ruinas materiales, y el mundo del espíritu se dispone a levantar de nuevo su vuelo, se encuentra ya instalada en la conciencia de todos, como muestra de su inextinguible fecundidad, la obra de Geny.

Geny distingue entre «science» y «technique». «Science» es la ciencia, el conocimiento, el saber. Y su misión está en atenerse a lo dado. Pero se trata de atender a «le donné total du droit positif». El empirismo, el positivismo, el dogmatismo y el conceptualismo han reducido miserablemente la esfera de lo dado, según Geny. Por tanto, con su miopía han empobrecido la ciencia del Derecho. Pero el dominio de *lo dado* en Derecho positivo, a lo cual ha de atenerse la «science juridique», es mucho más vasto de lo que a primera vista puede creerse. En primer lugar, tenemos «les données réelles, strictement naturelles» los datos empíricos y de hecho, los más elementales, pero los más fuertemente condicionantes. Después tenemos, «le donné historique», que no son elementos brutos y pasivos, sino aportaciones vivas de la humanidad, que varían de pueblo a pueblo, que nacen y mueren, y sobre cuya base se mueve toda la existencia histórica y se cumple el ciclo incesante de renovación de la vida de los pueblos. En una capa más alta de esta visión estructural de lo dado en el mundo del Derecho, tenemos «le donné rationnel». «En réalité, ce donné rationnel représente—escribe Geny—le fonds essentiel du droit naturel classique, nettement dégagé de tout alliage. Sinon le *ius naturale* des Romains, du moins celui qu'ont élaboré les philosophes modernes, en prenant le plus pur de leurs conclusions». «Il est, en effet, des règles de conduite, que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde. En tant qu'elles son véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent, pour lui, aux exigences les plus évidentes des choses... elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité et d'immutabilité... bien que la nécessité qui les domine ne soit pas physique (comme celle issue du donné réel) mais purement morale... Il doit rester bien entendu, en vue d'assurer à ce donné rationnel la valeur éminente dont il est digne, qu'il ne comprend que les préceptes que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme... De sa nature donc, le donné rationnel doit être cantonné au champ d'application strict de la raison; et, c'est une erreur trop fréquente chez les théoriciens du droit naturel, que de prétendre en trouver des larges applications en toutes matières juridiques.»

Y en un grado todavía más elevado de lo dado, objeto de la «science

juridique», se halla «le donné idéal», que está por encima de las otras tres especies de datos objetivos, con una capacidad de acción que le permite influir sobre cada una de ellas y que, aun cuando de carácter subjetivo y fluctuante, constituye la expresión de las aspiraciones humanas en orden al perfeccionamiento del Derecho positivo. «Données réelles», «donné historique», «donné rationnel», «donné idéal», son, en su conjunto, el *datum*, lo *dado* al conocimiento de la ciencia. Sobre esa base surge el *ideatum*, lo «construido» frente a lo «donné». Es el objeto no de la «science» sino de la «technique». El concepto de «technique» tiene aquí su aceptación más sublime: es el *arts boni et aequi* de Celso, la «prior scientia iusti atque iniusti» de Ulpiano, que sobre la imposición a que le sujeta el *datum* en sus varias manifestaciones (real, histórico, racional, ideal)—cual la materia que se impone al escultor haciéndole respetar sus propias imposiciones, que el artífice, empero, sabe emplear al servicio de un fin más alto por el que actúa inspirado—forja, para un pueblo y un tiempo determinado, el Derecho mejor que ha sido posible obtener.

16. El séptimo capítulo (265-290) está dedicado a los «métodos sociológicos». Como siempre, al comienzo de cada capítulo, el lector queda gratamente sorprendido por el acierto de los puntos de vista fundamentales desde cuya perspectiva resultan enfocados los autores que se van a tratar. Hernández Gil distingue entre sociología y sociologismo, lo mismo que—dice—se puede y se debe distinguir entre historia e historicismo. La sociología del Derecho es lícita. El sociologismo, en cambio, constituye una aberración. Nadie puede discutir ni negar que el Derecho sea objeto de estudio por parte de la sociología. Pero tampoco—dice el autor—nadie puede aceptar que—como pretende el sociologismo—la única investigación lícita acerca del Derecho sea la investigación sociológica.

Pero el punto de vista certerísimo y magistral, es el que aprecia que el sociologismo no es sólo una consecuencia de la expansión de la sociología, sino efecto también de la situación penosa de empobrecimiento a que la ciencia jurídica había quedado reducida por obra de la alianza del positivismo con el conceptualismo. «La alianza del positivismo jurídico con el dogmatismo constructivo—escribe el autor—, acentuaba cada día más la rigidez del normativismo y el formalismo. Era palpable—dice Hernández Gil—el divorcio entre la regla y los hechos, como era insuficiente la lógica para evitarlo. Se siente la necesidad de la liberación. Y he aquí uno de los caminos utilizados: el sociologismo jurídico, el cual al positivismo jurídico (de la norma) opone un positivismo sociológico (de los hechos) y al conceptualismo (lógico), un realismo (fáctico). En tanto que unos juristas consideran necesario levantar la mirada y ascender, por el

conducto de la filosofía del Derecho, y especialmente del Derecho natural, a las regiones de la razón absoluta y de los principios superiores, otros—los partidarios del sociologismo—se esfuerzan—concluye el autor—en calar más y más en la realidad de los hechos.»

Ante todo, el autor se fija en el «sociologismo antimetafísico» de Duguit. En realidad, Duguit, no es un positivista, como nos pone de manifiesto Hernández Gil. Es un romántico de los hechos y gracias a ese romanticismo sacó a la ciencia jurídica de su sueño dogmático. El problema que precisamente cautivó a Duguit durante toda su vida y que concentró lo mejor de su actividad jurídica fue el de la limitación de los gobernantes por el Derecho; y si Duguit fuere en verdad un positivista, entonces tal problema no debería haberle pasado por la mente. Otro tanto puede decirse de lo que Duguit llamó la «regla de Derecho» que es, según él, expresión inmediata de la solidaridad social. Se trata, pues, de un positivismo sublime ciertamente que comienza por afirmar que la regla de Derecho es expresión de la realidad social y que todos los detentadores del poder deben someterse al Derecho. Hernández Gil lo califica incluso de escolástico y de conceptualista sin saberlo. A lo que todavía hay que añadir—según Hernández Gil—la plena consciencia que Duguit tenía de que ni los hechos sociales son del mismo orden que los hechos físicos y biológicos, ni las leyes de la causalidad pueden suplantar las de la finalidad.

Otra de las figuras que Hernández Gil estudia dentro de las orientaciones sociológicas es Hauriou. Certeramente dice que Hauriou está mucho más inmerso que Duguit en el seno de la orientación sociológica en cuanto al estudio del Derecho, aun cuando no sea, en modo alguno, sociologista a lo Duguit. Y fruto de semejante orientación es la teoría de la institución, que desde el punto de vista de la renovación de los métodos tradicionales de la ciencia jurídica constituye, a juicio del autor, una aportación realmente preciosa, por cuanto que frente al normativismo desarraigado de la realidad y frente al realismo de los hechos obliterado a cuanto no fuere mera facticidad, la teoría de la institución destaca una zona donde se funden lo fáctico y lo normativo en unidad dual.

Con Jèze—otra de las figuras estudiadas por Hernández Gil—, tenemos, en cambio, como nos dice el autor, un sociologismo de otra índole. Ni es el ingenuo entusiasmo romántico por los hechos del genial Duguit, ni es la ponderada convicción de Hauriou acerca de la necesidad de tomar también en cuenta el enraizamiento social del Derecho si se quiere la plena comprensión de éste. Es el de Jèze—dice Hernández Gil—un sociologismo escéptico y materialista, que llama quimera al Derecho natural, que cree que sólo son Derecho las reglas de conducta social que en cada

momento se imponen en una sociedad, que condena como obra de imaginación todo tratado de la ciencia jurídica que no se limite a exponer las normas *hic et nunc* vigentes: un escepticismo que, como todo escepticismo, implica una contradicción interna y que, como todo positivismo, entraña una actitud dogmática, pues incurre al fin en un cripto o pseudoiusnaturalismo, cuando, insatisfecho de sí mismo, termina—en el caso de Jèze—defendiendo la crítica de lo contingente por lo contingente.

Para el autor, la gran figura de la sociología jurídica es, con plena razón, Ehrlich. Su pensamiento es tan inmensamente rico y tan extraordinariamente interesante que rebosa e impide todo intento de hacer un esquema de su doctrina. El autor trata de enfocarlo desde tres puntos de vista: 1) que fue el verdadero precursor del movimiento del Derecho libre, entendiendo por tal el Derecho no estatal que nace espontáneamente en el seno de la sociedad; 2) que subrayó, como ningún otro autor de la época a cuyo estudio se contrae el libro, incluso Gierke, que el Derecho es un producto social (*Gesellschaftsrecht*) y que el Derecho estatal no es más que una fracción mínima del vasto dominio del Derecho y para colmo, según Ehrlich, la menos efectiva y eficaz; 3) que la tesis de la estatalidad del Derecho es un error que sólo cuenta unos doscientos años de vigencia; 4) que el Derecho normificado es sólo como una sombra o espectro del Derecho verdadero que está siempre en retardo cultural, además, respecto al Derecho social auténtico; 5) que el monopolio del estudio del Derecho desde el punto de vista lógico-normativo, esto es la jurisprudencia de conceptos en todos los sentidos—no en el sentido de una escuela determinada—constituye una aberración, ya que el verdadero estudio del Derecho es el sociológico, esto es, el que adecúa el método al objeto; en tanto, que la ciencia jurídica al uso, al utilizar la lógica, cuyo objeto es el pensamiento puro, con respecto a un objeto, el Derecho, que es de naturaleza social, fuerza la lógica verdadera y auténtica, aplicándola no al objeto que pretendía indagar, sino a una sombra o a un espectro suyo; 6) que si el Derecho no es un producto del Estado—por cuanto el Estado es un producto del Derecho—sino de la sociedad—que entre sus muchas instituciones cuenta una que es precisamente el Estado—, entonces la más genuina forma de estudiarlo será no circunscribirse a esa forma momificada del mismo que son las normas estatales escritas sino dirigir la atención directamente a las relaciones sociales y a los intereses de que el Derecho emerge y surge; 7) que, de esta suerte, Ehrlich aparece también como el precursor de la llamada jurisprudencia de intereses. Esto explica que la más dura crítica que a la obra de Ehrlich se dedicó, saliese precisamente de la pluma de Kelsen, el cual replicó a Ehrlich alegando que una

sociología del Derecho es tan imposible como una concepción matemática de la vida o como una concepción moral de las leyes de la gravedad física.

En íntima conexión con la orientación sociológica, el autor incluye en este capítulo a Kantorowicz (Gnaeus Flavius). Significa otra actitud de reacción ante la insuficiencia del Derecho legislado, actitud que se atribuye en este caso—dice el autor—, «además de una función rigurosamente creadora» (el descubrimiento del Derecho libre, esto es, el Derecho aún no normificado, «non scriptum in literis»), «la de extinguir los elementos muertos de las leyes y contribuir a la madurez de los que florecen». El estudio que el autor hace de esta corriente, como siempre penetrante y cristalino, tiene su mayor acierto—a mi modo de ver—cuando señala la ingenuidad e incautela que por parte de ella significa el renunciar a la objetividad ya lograda institucionalmente en orden a la aplicación del Derecho y el llamamiento a la subjetividad del Juez, habida cuenta sobre todo de la actitud voluntarista—en estricto sentido filosófico—de que arranca Kantorowicz.

17. El capítulo octavo (291-314) está dedicado a los métodos teleológicos. Como dice el autor, Ihering, casi como un visionario, exaltó en las postrimerías del siglo XIX, la consideración del fin en el Derecho, que luego habría de dar motivo a la configuración de las dos direcciones metodológicas distintas aun cuando estrechamente relacionadas entre sí—pese a que hayan discurrido por caminos separados—que constituyen el tema del capítulo octavo, esto es, el *método teleológico*, en sentido estricto, y la llamada «jurisprudencia de intereses». Esta última es más antigua que el método teleológico y se halla proyectada casi exclusivamente en el campo del Derecho privado, en tanto—dice el autor—que el método teleológico tiene su escenario propio más bien en el plano del Derecho público y está casi exclusivamente orientado de manera polémica contra Kelsen. Los penalistas Schwinge, Tesar, Grünhunt, los iuspublicistas Leibholz y Triepel y el iusprivatista Nipperdey, son los principales representantes del método teleológico: elaboración e interpretación de los conceptos jurídicos, no como si fuesen entidades puramente lógicas, sino en cuanto referidos a un fin o valor cultural y, por tanto, con sentido histórico-social.

Mientras que la consideración del fin del Derecho, antes del llamado método teleológico, se enderezaba al *finis operis* o fin intrínseco esencial del Derecho, en cambio—nos hace ver el autor—el método teleológico se orienta hacia el *finis operantis* o fines extrínsecos y contingentes, en cada caso, de las instituciones y de las normas.

El método teleológico tiene una vocación filosófica bien definida, mientras que, por el contrario, la llamada «jurisprudencia de intereses»

—como el autor subraya—alardea de su desentendimiento especulativo. Diríamos que es un movimiento eminentemente profesional. Es el más autóctono de los métodos jurídicos—nos dice el autor—surgidos como reacción contra el método tradicional. El autor nos presenta la Jurisprudencia de intereses como una crítica de la jurisprudencia de conceptos y como un método nuevo, de impronta empírica, cuyo criterio fundamental se cifra en orientar todos los problemas del Derecho hacia los «intereses» (materiales o espirituales, económicos, artísticos, científicos, éticos, religiosos, etc.), cuya protección y ordenación se busca mediante las normas jurídicas.

Como posiciones con rasgos peculiares dentro de la Escuela de Jurisprudencia de intereses o Escuela de Tubinga, el autor considera: 1) la de Stoll, que, más idealista y conservador que Heck, quiere atender también a la misión teórica pura de la ciencia del Derecho en contraste con el practicismo exagerado de que ha hecho gala el fundador de esta orientación; 2) la de Müller-Erzbach, el «enfant terrible» o niño indiscreto de la jurisprudencia de intereses, que quiere radicalizar los puntos de vista de la «jurisprudencia de intereses», liberándola de los restos de los métodos exegético y conceptualista que aún laten en ella y orientándola en un sentido etiológico—como la medicina—hacia la investigación de todos los «por qué» (determinaciones: el *ius gentium* es la consecuencia de la vocación marinera de Roma: la sociedad anónima es expresión de la naciente industria y de la incrementación del comercio, etc.), lo cual le lleva a este autor a cruzar el Rubicón hacia el campo de la filosofía, donde toma por ídolos a un Demócrito, a un Kepler o a un Galileo y a reavivar, en consecuencia, la consideración de la ciencia del Derecho como ciencia de la naturaleza; 3) la de Dnistrjanskyj, o método de las «relaciones de dependencia», con su distinción entre intereses y valores, y su afán de penetrar las relaciones de dependencia entre las actividades vitales y las instituciones y normas jurídicas; 4) la de Müllereisert, que entiende que Heck dejó su doctrina en un plano estático, es decir, que es una «jurisprudencia» de los «intereses *in factum esse*», en tanto que Müllereisert aspira a una «jurisprudencia» de los «intereses *in fieri*», o sea, teniendo en cuenta el momento dinámico.

Los nuevos retoños de la jurisprudencia de intereses aparecidos después de la terrible experiencia en Alemania del positivismo práctico de una dictadura, la «nazi», que no se sentía vinculada a nada y que decía concebir el Derecho cual un medio puesto exclusivamente al servicio de los intereses del pueblo, como son brotes de pensamiento jurídico posteriores al año 1945, quedan excluidos de la contemplación del autor, el

cual tampoco vibra—como lo hace, en cambio, en otros capítulos de la obra—con esta orientación. La «Jurisprudencia de intereses» acentúa en la ciencia jurídica el color gris que ya de suyo tiene toda ciencia, en tanto que Antonio Hernández Gil (tanto el muchacho del año 1945 como el provento del año 1972) quiere—desde una actitud realista—iluminarla con las irisaciones que los rayos de la espiritualidad extraen incluso de las condensadas nubes que forma el interés. Se niega el autor a reducir al jurista a mero «libripens» que equilibra intereses. El Derecho—dice—no es, en modo alguno, la superestructura de los intereses. Resolver conflictos de intereses no es, por otra parte, como subraya Hernández Gil, operar con las reglas exclusivamente derivadas de los mismos. Y eso, ni siquiera en el Derecho mercantil donde la «jurisprudencia de intereses» debería vivir como el pez en el agua. Los intereses—observa—no marcan la dirección de la norma. El equilibrio de intereses—añade—no tiene por qué ser el interés que busca el Derecho. Y la facilidad de adaptación a cualquier clima histórico de que, como su gran mérito, hace gala la «jurisprudencia de intereses» es—dice Hernández Gil—su mayor reproche.

18. El capítulo noveno (314-335), bajo la rúbrica de «realismo jurídico en general», auna orientaciones jurídicas de diversa estirpe o significación espiritual, con que el autor se ha encontrado, que le resultan extrañas o substraídas al alcance de los criterios de clasificación hasta entonces por él empleados en la distribución interior de su libro. Y, por tanto, necesitó agruparlas bajo un denominador común, siquiera fuese tan genérico como el de «realismo jurídico». Permítame el autor la bien intencionada ironía de observar que a mí me parecería más adecuado el título de «plurirrealismo», con lo cual quiero decir que si las doctrinas estudiadas son «realismos»—y así lo reconozco—, lo son mediando entre ellos las más detonantes diferencias.

En primer lugar, el autor se ocupa de la «concepción jurídica» inglesa, ejemplo perdurable y vivo—nos dice—de culto a la realidad y a la practicidad, a la que repugnan las construcciones teóricas y cuyo estilo bajo tantos aspectos recuerda la mentalidad romana por su tendencia al caso y su repudio de la generalización dogmática.

Después aborda la orientación fenomenológica entroncada con Husserl, tomando como representantes de la misma a Reinach y a Schapp, que indudablemente son realistas en cuanto sostienen un realismo de las esencias o de las ideas semejante al de Platon y se oponen a todo subjetivismo del Derecho, incluso al subjetivismo del legislador positivo como omnipotente creador. Su tesis fundamental es, como subraya con gran acierto el autor, el reconocimiento de «leyes objetivas del ser», así como

aquella proclamación fundamental, tan típica de la fenomenología, según la cual, sostener que las formaciones jurídicas son creaciones del Derecho positivo y, por tanto, del legislador, no sólo es falso sino sin sentido, tan sin sentido cual lo sería considerar a la fundación del imperio alemán, o a cualquier otro suceso histórico, como una creación de la ciencia histórica, pues la verdad es que el Derecho positivo *encuentra* los conceptos jurídicos con que opera, y que de ningún modo los produce o crea.

El autor no incluye en su estudio de la orientación fenomenológica ni a Félix Kaufmann, ni a Fritz Schreier, ni a Gerhart Husserl. Dejando aparte que no está obligado a agotar en todas sus manifestaciones las direcciones que se preocupa de señalar, hay que tener en cuenta que los dos primeros, o sea Kaufmann y Schreier, suponen una peculiarísima alianza de los puntos de vista fenomenológicos con los principios del kelsenismo; y que, a su vez, Gerhart Husserl trató de cohonestar las directrices de la filosofía de su propio padre biológico (E. Husserl) con los puntos de vista del hijo pródigo, doctrinalmente hablando, de la fenomenología (M. Heidegger). También es magistral el estudio del autor en este punto.

Otra corriente que el autor incluye en este capítulo es la escuela de Upsala. Si en la fenomenología nos encontramos con un «realismo de las ideas», aquí en la escuela de Upsala estamos ante lo que pudiéramos llamar un «ultrarrealismo empírico», que el autor estudia con referencia a tres de sus más típicos representantes, Hägerstrom, Lundsted y Jaehner. Es una lástima, por una parte, que, dentro de este capítulo, dedicado al «realismo jurídico», el autor no se haya ocupado del llamado «realismo jurídico norteamericano», y lo es también, por otra, que no haya llevado más adelante el examen del realismo nórdico en que se inscriben Hägerstrom, Lundsted y Jaehner, extendiendo el estudio a otros autores tales con Karl Olivecrona y Alf Ross, porque realmente pudiéramos considerar como realismo jurídico ingenuo el de los juristas norteamericanos, dado que, pese a cuanto blasonan, detienen toda su atención en el aspecto más superficial y fenoménico de la vida del Derecho, sin penetrar en el núcleo más íntimo de su verdadera realidad; mientras que, en cambio, para la orientación de los juristas suecos mencionados habría que reservar la denominación de «ultrarrealismo», en cuanto que tal orientación aspira a llevar a cabo como un análisis espectral de lo jurídico que, por debajo de todas las apariencias, descubra su profunda y verdadera esencia, realizando la depuración radical jamás intentada hasta ahora en la ciencia del Derecho, ante la cual la de Kelsen resulta juego de niños.

A continuación, el autor estudia dentro de este capítulo—dedicado al realismo jurídico—el *anticonceptualismo* y el *antiformalismo* de algunos

juristas italianos que, sin llegar a constituir escuela—dice—se han dado cuenta de los excesos que se cometieron en aras del método de la construcción dogmática, autores como de Francisci, Maggiore, Pagano, Pugliati, Jemolo, Antolisei y Mossa. Significa la posición de estos autores un movimiento de simpatía en favor de la llamada lógica de lo concreto. La antinomia «concreto» y «abstracto», que hinca sus raíces en el plano primario no sólo de la lógica, sino también de la ontología, ha tenido ciertamente una interesantísima proyección en el campo del pensamiento jurídico, en cuyo seno se despliega con gran riqueza, precisamente como una orientación de época a partir de 1945. Pero, por razones cronológicas (ya que el libro que estoy comentando es, en realidad, una reimpresión de una obra editada en 1945, que el autor asume ahora, dejándola intacta, como primer tomo de la que, dividida en tres tomos, de los cuales está ya preparado incluso el tercero, tiene actualmente entre manos) esas nuevas manifestaciones de tal orientación quedan fuera del horizonte de contemplación del autor. Ello es lástima, porque tienen un alcance tal que afectan no sólo a la elaboración de los conceptos y a la teoría de la ciencia del Derecho, sino a la praxis jurídica misma, a la cuestión crucial de la realización del Derecho.

Una de las manifestaciones de ese movimiento es la llamada «jurisprudencia de los sentimientos», de Dahm, que es ciertamente la última de las orientaciones que el autor estudia en el capítulo noveno: una orientación que, como el autor muy bien dice, va más allá de la repulsa del Logos abstracto, es decir, que se produce ya en el sentido de la negación de lo racional y de una fuga hacia el irracionalismo y el contingentismo.

Por eso el autor concluye este capítulo con algunas consideraciones en torno a los excesos que implica la llamada lógica de lo concreto. Y aun cuando el libro, por razón de su fecha, queda cerrado, como se ha dicho, al despliegue que, con posterioridad al año 1945, tuvo el movimiento doctrinal sobre el principio de lo concreto en la ciencia jurídica, sin embargo hay que destacar que sus admoniciones en ese sentido acerca de que el concepto no tiene ningún substitutivo o subrogado y de que el imperio de lo concreto llevaría a la aniquilación del sistema e impediría aquella visión unitaria que precisamente—reconocida incluso por los pragmáticos—es la función más importante no sólo de la ciencia, sino del conocimiento mismo, continúan—a pesar del desarrollo, no tenido en cuenta en el libro, de la lógica de lo concreto—teniendo el mismo vigor que las que análogamente hizo Julius von Gierke dos años después, es decir, en 1947.

19. El capítulo décimo (337-352) lleva como título el de «Politicismo

jurídico». Con certera diagnosis, el autor denomina así cierta corriente de pseudo-pensamiento jurídico, cuya actitud fundamental es—nos dice Hernández Gil—el considerar el ordenamiento jurídico como proyección de lo político: y esto no sólo en el momento cálido y exaltado de la creación—lo cual podría tener justificación—, sino siempre, en todo momento, durante todo el proceso de su vida y en toda clase y fase de la actividad jurídica, ya sea legislativa, administrativa o judicial, ya científica o metódica. Naturalmente, el autor rechazó ya entonces—en 1945—semejante actitud y se siente, claro está, muy satisfecho de ello. No quiere, pues, el autor, que esto le pase desapercibido al lector. Y por eso se lo señala al comienzo del capítulo mediante nota especial.

En Italia, el autor menciona como representantes de esa posición a D. Grandi y a A. Rocco. En Alemania, que es donde tal orientación, en su manifestación más estridente y de mala factura—como literalmente el autor dice—, ha producido los mayores estragos, las figuras destacadas por Hernández Gil son Schmitt y Hoehn, a los que critica abiertamente por la supresión en el organismo social de todo diafragma entre la región superior de lo jurídico y la zona inferior de lo político. Su exaltación de la «comunidad popular» es—dice Hernández Gil—la piel de cordero bajo la que se oculta el decisionismo de poder más aplastante, con olvido de toda vinculación al espíritu de esa comunidad y al sistema de exigencias fundamentales que, por encima de todas las contingencias de situación de un pueblo, emanan de la común naturaleza humana. Esa exaltación de la comunidad, por otra parte, no es tanto—añade—el recuerdo de valores olvidados o postergados que el individualismo no debió poner nunca a un lado, cuanto el retroceso, inconcebible en el progresivo orden de la civilización, a momentos en que el valor de la personalidad aún no había emergido. Y bajo ese aspecto, tal orientación parece—dice el autor—una ideología emanada de una íntimamente contradictoria fobia hacia el hombre. El Derecho—subraya Hernández Gil—tiene una intrínseca legalidad propia, posee una peculiar contextura, un ser determinado, un reino propio que no puede resultar sojuzgado por lo político como si fuese tan sólo un instrumento suyo. Esto no es, ni mucho menos, negarle a lo político sus propios fueros, sino reivindicar los que al Derecho parejamente le correspondan de manera inabolible. Es curioso advertir—añade Hernández Gil—que presumiendo esta orientación, en el plano metódico, de ser antiformalista, viene a caer en el formalismo más descarado, pues realmente no cabe un formalismo mayor—concluye—que el reducir lo jurídico a mera investidura de lo político.

Respecto a Koellreuter, el autor se siente movido de cierta simpatía

por cuanto que, como contrapartida de las exageraciones desaforadas e iconoclastas de otros autores del momento, ante las cuales los demás juristas callaron como pájaros asustados, sin reaccionar ni siquiera con la palabra a las afrentas que a la comunidad, tan insinceramente exaltada en la doctrina, se inferían de continuo en el plano de la realidad por parte del modo más autocrático de ejercicio del poder que conoció la historia (Hitler), dicho autor representó al menos un mínimo de su impugnación bajo el marco de la propia ideología. Hernández Gil le reprocha, sin embargo, a Koellreuter el creer que los conceptos son puras formas, como los números, mediante los cuales lo mismo se cuentan guisantes que rosas, pues los conceptos—dice Hernández Gil—y mucho más los principios del Derecho, postulan siempre un «deber ser» axiológico en función del cual es únicamente lícito su empleo. «Al meditar sobre los problemas que suscita el politicismo jurídico o, mejor dicho, al contemplar cómo se debate en encrucijadas sin salidas posibles, se despierta y reafirma en nuestro interior—escribe Hernández Gil—la idea de que el mejor servicio que cualquier organización política puede prestar al Derecho y prestarse a sí misma, no es el pretender realizarse como *Derecho*, sino pura y simplemente aspirar a la realización del Derecho».

20. El capítulo undécimo (353-407), que es el último del primer volumen de la obra de Hernández Gil a que me estoy refiriendo, está destinado al examen de las corrientes u orientaciones que en la época en que el autor concibe y compone su libro (1942-44) entrañaban, desde el punto de vista metodológico, algún rumbo nuevo. El autor atendió a las direcciones más salientes y significativas de ese momento histórico. Todas ellas coinciden—señala Hernández Gil—en aspirar a la superación de las las posiciones que representaban, ya el positivismo sociológico, ya el irracionalismo, ya el anticonceptualismo, ya el antinormativismo, que se advierten en el período inmediatamente anterior.

Por una parte, el autor destaca el neohegelianismo de un Julius Binder, de un K. Larenz, o de un W. Schönfeld. Son los filósofos del Derecho del nacionalsocialismo alemán, o aquellos que, como particularmente sucede en el caso de Binder, los pensadores nacionalsocialistas invocan. Su auge en la época en que el autor escribía aquellas páginas era enorme. Sin embargo, el autor manifiesta no estar captado por ellos. Lo que al autor desilusiona en cuanto al pretendido valor de futuro con que esas doctrinas se presentan es, precisamente, su contingentismo histórico, su circunstancial politicismo. Además, buscar la racionalidad en lo real empírico—meollo de todo neohegelianismo—es, en definitiva, algo discordante, por no decir repugnante, con la personalidad del autor, claramente

dualista (naturaleza y espíritu), al que consideramos colocado—al menos así parece en este momento de su evolución espiritual—en una actitud platónica, con la mirada levantada al cielo de las ideas (κόσμος νοητός), idealista, pues, en el sentido del idealismo subjetivo o personalista dentro de la clasificación de Dilthey.

Uno de los más acertados puntos de vista del autor en torno a Binder consiste, a mi juicio, en la contracritica que Hernández Gil hace a la crítica de R. Treves, inspirada, como siempre, por el rencor político, según la cual la «concreción» que los autores nacionalsocialistas contraponen a la «abstracción» no tiene nada que ver con las ideas hegelianas, como esos autores pretenden, sino que es expresión de la tendencia y de la conveniencia tocante a construir la ciencia jurídica sobre ciertos datos o elementos sociológico-políticos, ya que, como muy bien dice Hernández Gil, esto podría ser cierto de varios autores o de un nutrido grupo de autores nacionalsocialistas, pero nada tiene que ver con Binder o con Larenz, que—dice Hernández Gil—representan posiciones que—en cuanto a su orientación neohegeliana—merecen alta estimación, e incluso aparecen como concienzuda y seriamente elaboradas en cuanto exponentes de la ideología nacionalsocialista. Y, a su vez, es certerísima la crítica que Hernández Gil hace a Binder, reprochándole el obligar a la filosofía jurídica a la misma humillación de servidora de una realidad histórico-política concreta y determinada a que el sociologismo somete a la ciencia jurídica propiamente dicha. La calificación de «metafísica de lo concreto» que Larenz aplica a la posición de Binder es tan expresiva como exacta—dice Hernández Gil—y «de ella misma se infiere—escribe el autor—el porqué de nuestra reprobación».

Otro de los representantes del movimiento neohegeliano, que estaba en pleno auge en la época en que el autor concibe y escribe la obra que comento (1942-44), y a quien éste destaca, es Larenz, de cuyo pensamiento se ocupa especialmente en referencia a la cuestión que más interesa a su libro, esto es, la contraposición entre «jurisprudencia» y «ciencia alemana del Derecho», dualismo inspirado, en definitiva, por la insuficiencia con que la «jurisprudencia de intereses», muy en boga durante aquellos años, se presentaba ante la vocación especulativa de Larenz y su noble aspiración, desenfocada por su orientación política nacionalsocialista de construir una ciencia del Derecho filosóficamente fundada.

En otro sentido, le llaman la atención al autor Gurvitch y Sauer. El primero de ellos no es originariamente jurista, sino sociólogo. Pero en su dedicación al estudio del Derecho ofreció—dice Hernández Gil—la prometedora perspectiva de superar una serie de antinomias tocante a lo

jurídico, pululantes en el clima de la época, como ser y deber ser, normativismo y sociologismo, realismo e idealismo, derecho y fuerza, autonomía y heteronomía. Especialmente feliz—y con razón—le parece al autor la tesis de Gurvitch acerca del «hecho normativo», es decir «el Derecho como forma de la realidad espiritualizada de la cultura». El autor piensa que estamos—y es verdad—ante una nueva versión del concepto de institución de Hauriou. La posición metódica de Gurvitch viene determinada precisamente por la idea o noción del hecho normativo, ya que si el Derecho no se integra de lleno ni en la esfera de lo real ni en la de lo ideal, entonces sólo un «método ideal-realista» puede satisfacer en el tratamiento del Derecho en su verdadera realidad. Particularmente acertada le parece al autor—y a nosotros también—la posición que Gurvitch adopta frente a lo que podríamos llamar «descomposición» del cometido verdadero del jurista en ciencia del Derecho o estudio del Derecho en su aspecto lógico-formal, sociología del Derecho o estudio del Derecho en su función social, y filosofía del Derecho o estudio de sus estructuras ideales, ya que, según él, la misión del jurista estriba más bien en la integración o fusión de esos tres puntos de vista que *metodológicamente* han quedado disociados.

Dentro del capítulo undécimo, el autor estudia también la posición de Sauer, cuyo pensamiento es—dice el autor—como una síntesis de orientaciones distintas, tales como la filosofía de los valores y de la cultura, la sociología de nuevo cuño, el normativismo, el idealismo de Leibniz, el sentimiento de la comunidad, tan en moda en aquellos años, etc., y que también metódicamente adopta una posición conciliadora. Es evidente que el autor siente simpatía hacia Sauer y que esta simpatía obedece a que, en medio del enrarecimiento espiritual de aquel momento histórico, Sauer denuncia la insuficiencia de la idea del pretendido «orden concreto», de que hablaban los autores nacionalsocialistas, y hace, en definitiva, la crítica de las concepciones de Schmitt, el más famoso de los juristas nacionalsocialistas en el plano académico, pues, pese a que acepta algunas de sus ideas, proclama—contra Schmitt—que el Derecho, por encima de sus fines contingentes histórico-políticos, aspira a objetivos más altos, a saber: el bien de la comunidad toda entera, sin discriminación alguna, y la justicia sin acepción de personas.

21. Este capítulo XI se cierra con el estudio de la obra de Carnelutti, «autor—como dice Hernández Gil—de vasta obra que, sobre la base del Derecho procesal, se extiende no sólo a las doctrinas generales del Derecho, sino a aspectos particulares de determinadas disciplinas y que se ha adentrado también en la zona sugestiva de la metodología y, en ge-

neral, de la problemática jurídica». A pesar de la abigarrada masa heterogénea y multicolor de ideas y de pensamientos que componen la obra carneluttiana, el autor trata de caracterizarla desde una serie de puntos de vista fundamentales, ya que es imposible reducirla a patrones conocidos.

En primer lugar, dice el autor, destaca en Carnelutti su *realismo*, donde *realismo* significa, más que una actitud filosófica precisa como tal, una orientación hacia lo dado, que Hernández Gil llama una «cierta orientación fenomenológica sin confesionalismos de escuela», por cuanto que Carnelutti proclama como primera exigencia de la ciencia jurídica la atención a lo dado, en el doble sentido que lo dado tiene, según él, para la ciencia jurídica, a saber: la norma y el acto que se refiere a la norma, entendiendo por acto tanto aquel del que se deriva la norma como aquel que ha de atenerse a la norma. El que Carnelutti llama «principio de la realidad», domina, según él, toda la ciencia jurídica, hasta el punto de que el famoso jurista italiano cree que gracias a ese principio la ciencia jurídica puede ser rescatada de la posición de inferioridad en que se encuentra. Ni siquiera la norma misma, expresión del pensamiento y de la voluntad del hombre, puede ser plenamente captada si su consideración se limita al plano lógico o intelectual, porque la norma es una regla de vida y, por tanto, es en el momento de su inserción en ésta cuando más interesa al jurista. El Derecho, según Carnelutti, no está encerrado en los códigos como las piezas de museo en una vitrina, sino que se halla informando la realidad social y formando parte de su facticidad.

La orientación fáctica o sociológica aparece también—según destaca Hernández Gil—como rasgo principal del pensamiento de Carnelutti. Pero esta orientación sociológica—dice Hernández Gil—no es sociologismo, ni positivismo, en sentido estricto, ni mucho menos materialismo, ni tampoco anticonceptualismo, sino sencillamente y de modo muy particular, consecuencia de que el Derecho, además de su aspecto normativo, tiene también un enraizamiento social y de que esta dimensión social pertenece constitutivamente al ser del Derecho. Particularmente subraya el autor que esta orientación sociológica o realista, lejos de significar una postura anticonceptualista, más bien reclama la necesidad de ser cohonestada con el sistema conceptual, pues—como dice Carnelutti—realismo y conceptualismo «antes que para guerrear, como el capital y el trabajo, están hechos para vivir en paz». Los conceptos son, según Carnelutti, como una caricatura de la realidad, pero sirven al mismo tiempo de instrumento necesario para la captación de ésta en orden al conocimiento. Reinventando la concepción instrumental del conocimiento (Dewey) dice Carnelutti que si el dato jurídico (normativo y social) se compara con la tierra (madre)

entonces los conceptos son como los instrumentos que sirven para cultivarla y para obtener de la misma sus mejores frutos. Carnelutti—dice Hernández Gil—«no pone frente a frente, en conflicto, realidad y concepto, ser y razón, sino que, al contrario, confía plenamente en lo racional y lo conceptual, con una sola condición: que tengan como punto de partida la realidad jurídica en su integridad».

Lo que Carnelutti repugna—dice Hernández Gil—es una ciencia jurídica conceptualista, pero no el empleo del sistema conceptual en la ciencia jurídica. Antes bien, Carnelutti se muestra partidario de él. Los conceptos son ciertamente como caricaturas, en todos los sentidos, es decir, como esquemas abreviados y expresivos sintéticamente de la realidad. Una vez obtenidos, tienen que ser primeramente expresados o definidos y luego «denominados», esto es, tienen que recibir como su peculiar etiqueta. El trabajo que mediante los conceptos lleva a cabo el jurista se realiza merced a la comparación, no la comparación externa de que se vale el Derecho comparado—dice Carnelutti—, sino aquella otra comparación que el maestro italiano llama comparación interna y que tiene lugar entre los diferentes elementos de un mismo ordenamiento jurídico. A la comparación sigue la clasificación y a la clasificación, que es descomposición, subsigue la recomposición mediante la cual se obtienen los «géneros». Todo operar con conceptos está finalmente sujeto al principio de la simetría, exigencia que, como observa Hernández Gil, otorga al pensamiento de Carnelutti cierta tonalidad de logicismo matematizante, poniéndole en algún contraste con su realismo de principio.

Otro rasgo que Hernández Gil destaca en el pensamiento de Carnelutti es su practicismo. Este practicismo no significa, en modo alguno, el considerar la ciencia del Derecho como inadecuada o incapaz de levantar su vuelo del plano de la empirie, logrando para la clase de conocimientos que la constituyen el grado y la jerarquía de la ciencia. Quiere decir, antes bien, que la ciencia jurídica arranca del terreno de la práctica, del terreno de la observación para elaborar sus conceptos y sistemas de conceptos, y que una vez conseguidos estos instrumentos conceptuales el valor que pueda corresponderles se mide precisamente en función de su aplicación práctica, con lo cual el pensamiento de Carnelutti muestra una vez más su grado de afinidad y su semejanza con el instrumentalismo o concepción instrumental del conocimiento de Dewey, ignorado por Carnelutti.

Asimismo, como rasgo característico de la concepción jurídica de Carnelutti, está también—dice Hernández Gil—la idea de la «institucionalidad del Derecho». Esto no significa—dice Hernández Gil—ni que Carnelutti acepte de modo específico la «teoría de la institución» propia-

mente dicha de Hauriou y Renard, ni que aporte a ella especiales contribuciones. Lo que con el principio de la institucionalidad del Derecho quiere expresar Carnelutti es su oposición a la concepción atómica, particularista e individual, propia de la orientación positivista y algo muy semejante a lo que Savigny puso de manifiesto con su tesis del carácter orgánico del Derecho, esto es, con la tesis de que la verdadera visión de lo que es el Derecho no nos la proporciona la consideración aislada de sus diferentes elementos ni tampoco el conjunto de todos ellos como mera agregación mecánica, sino la captación de la armonía y del conjunto de relaciones que imperan en todo el sistema y que precisamente explican la significación de cada elemento en virtud de su relación con la totalidad de que forma parte; si bien con la diferencia—apunta Hernández Gil—de que con la idea de la institución Savigny designa un organismo lógico e histórico, en tanto que Carnelutti se refiere a un organismo más bien social que más que normas lógicas o sucesos históricos engloba fenómenos sociales reales.

El «principio de la unidad del Derecho», íntimamente relacionado con los demás rasgos característicos del pensamiento jurídico de Carnelutti, hasta aquí destacados, sirve también para definirle e identificarle, según Hernández Gil. Conforme a este principio, el Derecho se muestra como una sola e inmensa institución y, en su consecuencia, la ciencia del Derecho es unitaria, si bien, por exigencia de la limitación humana, la unidad de la ciencia se descompone en una pluralidad de ciencias, que como tal pluralidad sólo tiene una significación relativa y provisional.

Finalmente, otro rasgo muy acusado del pensamiento de Carnelutti—según Hernández Gil—es la distinción entre «función» y «estructura», cuyo antecedente próximo es la distinción ya utilizada por Bonfante, en relación con su «método naturalista», asimismo entre función y estructura, basada, a su vez, en la contraposición, destacada en las ciencias naturales por el «lamarckismo», entre las funciones y los órganos llamados a satisfacerlas. Mediante esta distinción—que en Bonfante asumía un carácter predominantemente histórico y se hacía fecunda al considerar que permaneciendo invariable la estructura podía variar, en cambio, la función que una institución desempeñase en la actualidad en relación con el momento de su aparición—Carnelutti expresa un personal punto de vista para la consideración de la realidad jurídica social actual que le permite tomar en cuenta su momento dinámico y teleológico.

22. Digamos ya finalmente, para concluir este detenido estudio del valiosísimo tomo primero de la obra del profesor Hernández Gil a que este trabajo se refiere, que el autor de la misma se confiesa captado por

la cuestión del método, pero no a título de personal susceptibilidad suya, sino por obra de la misma situación histórica de las cosas. «Con un grafismo tan bello como peligroso—escribe—se ha dicho: «Así como los hombres que suelen atormentarse observándose excesivamente a sí mismos están enfermos la mayoría de las veces, así también las ciencias que tienen que ocuparse demasiado con la teoría de su propio método suelen ser ciencias enfermas. La ciencia sana y el hombre sano suelen saber poco sobre sí mismos.» Pero estas palabras, que me parece—no recuerdo bien—que son de Gustavo Radbruch, no convencen a Antonio Hernández Gil. El cree—con razón—que el método es lo que «al jurista le hace jurisconsulto». Así, ««como hay también una mirada, una vida interior—escribe Antonio Hernández Gil—que tienden al perfeccionamiento, un conocerse bien para saber conducirse mejor», de igual modo—añade—existe para la ciencia «el deseo de perfeccionarse a través del conocimiento de sí misma para el mejor cumplimiento de sus fines», «y tal es—concluye—el sentido que yo doy a la cuestión metodológica».

«Se trata—prosigue el autor—de un tipo de investigación que arranca propiamente de mediados del siglo XIX y que se extiende a nuestros días, período de tiempo al cual se contrae esta obra». «Vivimos—añade—en la época de las preocupaciones metodológicas. Me declaro—confiesa—víctima de tal preocupación. Y aspiro—dice—a hacerla revivir en otros.» Y «bueno será recordar—alega el autor—que en España—respecto a esta cuestión—no se han cometido excesos de los que proceda enmendarse. Excepción hecha de algunas aportaciones de muy contados, si bien ilustres juristas, es incuestionable que la acuciosidad metodológica no ha cundido». «... Estoy convencido... de que no sólo nuestra ciencia jurídica necesita reflexionar sobre sí, sino que los españoles no debemos regatear diezmos y primicias al patrimonio de la universal ciencia del Derecho.»

«La metodología, como disciplina del método a seguir en el operar con una materia científica, bien sea sólo con fines de investigación, bien, además, con fines de aplicación, entraña—dice el autor—un autoconocimiento. Autoconocimiento de la ciencia de que se trate y autoconocimiento de su cultivador.» «En la investigación metodológica, la ciencia misma—dice Hernández Gil—se torna objeto de nuestra reflexión.» «La metodología, inicial y elementalmente, es—dice Hernández Gil—una parte de la lógica... Pero... la especial contextura de los objetos de cada ciencia, sus diversos fines y su peculiar problemática, ha dado lugar al nacimiento en torno a ellas de metodologías particulares. Tal, la metodología del Derecho.»

El método le parece al autor el aliento vital mismo de la ciencia, aque-

llo sin lo cual ésta no puede existir, ni actuar. «Llega un momento—escribe con indudable belleza—en que el caminante precisa cerciorarse de la transitabilidad del propio camino y reparar su equipo... Reflexionen sobre ello los que tal vez juzguen a los metodólogos excesivamente preocupados en la instrumentalidad de los medios.»

A mi modo de ver, hay aquí un tema importante de meditación que ya no pertenece a la ciencia del Derecho ni a la metodología jurídica, ni tampoco a la filosofía del Derecho en su sentido más estricto, sino a la filosofía de la historia del pensamiento jurídico. Desde el albor mismo del siglo XIX hasta hoy, la cuestión del método no ha perdido actualidad y es siempre un tema candente del pensamiento jurídico. ¿Qué significa esto?

23. Lo que a mi modo de ver significa es que en el siglo XIX nace, ni más ni menos que nace la ciencia jurídica europea propiamente dicha. Anteriormente no la hubo, y, por tanto, si no había ciencia del Derecho propiamente dicha, no había tampoco metodología. ¿Y los juristas romanos, entonces? Los juristas romanos fueron juristas, pero no científicos del Derecho. Preclaros romanistas, como Schulz, convienen en ello.

Los romanos crearon el Derecho, lo inventaron e hicieron de él un símbolo de su vida como pueblo, esto es, como sujeto de la historia, al modo como otros pueblos inventaron otras cosas e hicieron asimismo de ellas una expresión genuina del alma de su respectiva cultura. Otros pueblos tuvieron santos y profetas. Grecia tuvo filósofos. Roma, juristas. Antes de los griegos no hubo filósofos, ni filosofía, como antes de los romanos no hubo juristas propiamente dichos, ni tampoco Derecho en cuanto forma cultural social tan específica y perfectamente cristalizada cual nos la ofrecen los romanos. Pero aun cuando los romanos crearon el Derecho como forma de vida y como instrumento de la más perfecta organización colectiva, sin embargo, no lo cultivaron científicamente. Y esto no por falta de *madurez histórica*, sino por ausencia en ellos de verdadera vocación teórica. Les faltó fuerza de abstracción, perfección conceptual, conciencia metódica, espíritu problemático, rigor sistemático... Sin ellos acaso no pudiera concebirse la posterior historia occidental del Derecho. Pero con ellos tan sólo, no hubiera habido ciencia jurídica. Pese a todas sus excelencias, el pensamiento jurídico romano es un rudimentario preámbulo de la cultura jurídica occidental, al modo como la filosofía occidental es un débil remedo, una pálida copia de la filosofía griega, mero producto de imitación.

24. Nuestra civilización occidental, que no es una civilización autóctona, sino una civilización derivada, filial de las civilizaciones griega y romana, heredó de éstas, por un lado, la idea del Derecho natural, invento

genuinamente griego, y, por otro, el sistema de las instituciones jurídicas positivas del Derecho romano. Y la verdad es que, a expensas de ambas creaciones culturales ajenas, heredadas por ella del mundo cultural greco-romano, vivió hasta el siglo XVIII, inclusive, sin llegar a expresar por cuenta propia su peculiar inspiración en el campo del Derecho hasta comienzos del siglo XIX. El pensamiento jurídico de la civilización occidental, esto es, de la nuestra, derivada de la greco-romana, de cuyo claustro materno se desprendió, como se desprende el individuo humano del cuerpo de la madre, en la llamada «edad tenebrosa», fue, hasta el siglo XIX, romanismo y iusnaturalismo tan sólo, cosas ambas que no eran creación occidental, sino, tal como insisto en decir, herencia o legado de la antigüedad romana. En el rigor de los términos ni siquiera el Derecho canónico significa un elemento nuevo, una creación peculiar de Occidente. El Derecho canónico es también romanismo por su origen. Aceptamos que los principios esenciales le vinieron dados por la Sagrada Escritura. Pero, en cambio, la mayor parte de los elementos occidentales que componen el Derecho canónico son de origen romano, aun cuando no pueda negarse, en proporción notablemente inferior, también una influencia germánica. Hasta tal punto es dependiente el Derecho canónico respecto del Derecho romano que por sus propios cultivadores hubo de ser afirmado «*Ut unum sine altero vix intelligi possit*».

25. Jusnaturalismo, romanismo y *ius canonicum* resumen, de esta suerte, toda la historia del pensamiento jurídico de la civilización occidental hasta comienzos del siglo XIX. Se trata (con el romanismo y el iusnaturalismo del mundo occidental) de un fenómeno muy próximo a la pseudomorfosis cultural, entendiéndolo por tal aquella anomalía histórica—admitida primero por Spengler y luego, a última hora, por Toynbee—consistente en que una civilización ve impedida la fuerza morfogenética de su propio espíritu para forjar sus peculiares creaciones y formas expresivas, por causa de haber heredado o de haber adoptado creaciones culturales maduras y con un notable grado de perfección, procedentes de otra cultura superior, que la seducen y cautivan. Una anomalía semejante puede mantener inhibidas o sofocadas para siempre las auténticas fuerzas creadoras del espíritu de una civilización. Pero tal inhibición puede cesar también, más tarde o más temprano, si al fin ese espíritu logra sacudir el yugo histórico-cultural extraño que cohibe sus peculiares energías espirituales.

Y esto último es lo que ha ocurrido a la civilización occidental en el plano del pensamiento jurídico desde comienzos del siglo XIX. Por eso la eclosión de la propia inspiración jurídica occidental en el siglo XIX.

se manifiesta como movimientos de rebelión, como anti-iusnaturalismo y como anti-romanismo. Todas las direcciones del pensamiento jurídico del siglo XIX, en mayor o menor medida, estuvieron a mal con el Derecho natural. Y asimismo en el siglo XIX y dentro del marco general de la propia escuela histórica, que tan elevado tributo pagó al cultivo del Derecho romano, se produjo también un movimiento de rebelión contra el yugo del romanismo, movimiento de rebelión cuya importancia es—como puede comprobarse leyendo los textos de la época—mucho más trascendente y significativa de lo que de ordinario se cree. Ciertamente hubo en el siglo XIX no una marea, sino una verdadera marejada anti-romanista, lo mismo que hubo una marejada anti-iusnaturalista.

26. Al amparo del movimiento historicista—que constituye una de las revoluciones espirituales más trascendentes en el desenvolvimiento espiritual de Occidente y que arranca de la segunda mitad del siglo XVIII—, el iusnaturalismo y el romanismo, esto es, dos formas mentales heredadas del mundo espiritual greco-romano, que sujetaron servilmente la propia inspiración jurídica de Occidente, cayeron en profunda crisis, y la genuina inspiración jurídica occidental sintió el impulso de crear formas de expresión más adecuadas a su genio. La tendencia codificadora, oriunda del creciente y progresivo sentimiento de la nacionalidad y del clima racionalista entonces imperante en Europa y que, como proceso cultural e histórico, cuaja decididamente en la mitad del siglo XVIII—aun cuando tiene ya precedentes clarísimos en los primeros decenios setecientescos—, tendencia que, a comienzos del siglo XIX, es ya un movimiento plenamente desplegado..., vino ciertamente a enriquecer en incentivos el panorama jurídico europeo, dando una mejor y mayor ocasión a que la inspiración jurídica autóctona de la civilización occidental actuase en virtud de su propio fuero.

A lo largo del siglo XIX cabría ir señalando el momento preciso en que temáticamente van surgiendo—merced a un movimiento de progresiva diferenciación—las distintas ciencias del Derecho por contraste con el romanismo, el iusnaturalismo o el Derecho canónico hasta entonces dominantes. Se trata, unas veces, de disciplinas, como el Derecho internacional privado, que contaban desde muy antiguo con un cultivo que data de la Edad Media, irradiado de la escuela de Bolonia desde sus primeros tiempos, en alianza con los estudios del Derecho romano, o a su sombra, pero que es entonces, a comienzos del siglo XIX, cuando se transforma en ciencia jurídica nueva. O de disciplinas como el Derecho internacional público, que desde el siglo XVI se había desprendido del tronco del Derecho natural y que a partir de entonces, cada vez más decidida-

mente, se había movido hacia su emancipación, no conseguida, sin embargo, hasta el siglo XIX, precisamente. O como la teoría del Estado y la teoría general del Derecho, que habían venido gestándose paulatinamente desde el siglo XVI, englobadas en el seno del *ius naturae ac gentium*, aun cuando en el siglo XIX quedasen configuradas como disciplinas independientes.

Casi siempre, en el proceso de constitución de las diferentes ciencias jurídicas especiales que tiene lugar en el siglo XIX, puede descubrirse el vínculo o nexo genético que las pone en relación con el Derecho romano o con el Derecho natural, como sucede incluso con el Derecho penal, en cuya emancipación juega un papel importante la reacción (Paul Anselm von Feuerbach) contra el monopolio de que el romanismo había hecho objeto al Derecho privado, o como sucede también con el Derecho procesal, cuya configuración como ciencia autónoma arranca de una polémica—ulteriormente desarrollada en múltiples direcciones, entre un romanista, Windscheid, y un germanista, Muther, acerca del concepto de «acción». Aun cuando—así debe ser reconocido—también hay ciencias del Derecho que surgen relativamente *ex novo*, como la ciencia del Derecho universal comparado—para la que pueden buscarse, sin embargo, precedentes en Leibniz y hasta en Aristóteles—o como la sociología del Derecho y la etnología jurídica, las hijas predilectas del positivismo, o como el Derecho constitucional o como el Derecho administrativo, cuyo nacimiento se registra clarísimamente en el siglo XIX, sin esas conexiones de derivación.

26. Incluso la misma filosofía del Derecho, con su fisonomía moderna, si no nace—porque su origen remonta a la antigua Grecia—, se configura, al menos, como disciplina independiente en esta misma coyuntura histórica que comprende el siglo XIX y la primera mitad del XX. Desde los más remotos tiempos de la especulación griega hasta el siglo XIX, el pensamiento jurídico o saber acerca del Derecho se manifiesta bajo la forma del Derecho natural y recibe el nombre de Derecho natural. Pero en el siglo XIX el iusnaturalismo, bajo el empuje del historicismo y de su forma degenerada, el positivismo, experimenta una ruda crisis. No obstante, desde los últimos años del siglo XIX la temática del Derecho natural, dando muestras de una maravillosa vitalidad, resurge como la fabulosa ave fénix, de sus propias cenizas, de las cenizas en que parecía haberlo dejado convertido el historicismo y el positivismo, que considerados a la luz de la filosofía de la historia fueron como fuerzas necesarias del espíritu para que la ciencia jurídica europea naciese y se constituyera firmemente y con autenticidad.

27. Hasta el siglo XIX, según se ha dicho, sólo hay dos corrientes

dominantes de pensamiento jurídico, que son el romanismo y el iusnaturalismo. En cambio, durante el siglo XIX surge otra forma de pensamiento jurídico perfectamente definida, a saber, la ciencia del Derecho propiamente dicha. Hasta entonces sólo había habido ciencia propiamente dicha referente al mundo de la naturaleza. Desde entonces, en cambio, se dibuja el nacimiento de las ciencias sociales (ciencias históricas, ciencias del espíritu, ciencias de la cultura, ciencias humanas) y entre ellas, la ciencia del Derecho.

La ciencia del Derecho presenta varias formas fundamentales: *a)* dogmática o sistemática del Derecho; *b)* historia nacional del Derecho; *c)* historia universal del Derecho; *d)* ciencia del Derecho comparado; *e)* sociología jurídica; *f)* etnología jurídica. Estos son los productos principales que se manifiestan en el siglo XIX.

Y sobre la base del renacido Derecho natural se constituye, a fines del siglo XIX y en los comienzos del XX una disciplina nueva, no científica, sino filosófica, a saber, la filosofía del Derecho, dentro de la cual el Derecho natural pasa a ser solamente un tema, si bien, es cierto, a mi juicio, que el tema nuclear, al lado de otras cuestiones que, en torno a él, o junto a él, o además de él, o sin perjuicio de él, se definen como cometidos de la filosofía del Derecho. Ciertamente que el nombre de «*philosophia iuris*» procede de la antigüedad, y así lo vemos empleado muy consciente e intencionadamente por Cicerón. Pero hasta el siglo XIX, la denominación que campea para designar la especulación jurídica es la de Derecho natural. En cambio, desde los mismos inicios del siglo XX se afirma y adquiere hegemonía el nombre de filosofía del Derecho, que sirve para denominar una disciplina nueva, la cual engloba la antigua temática iusnaturalista junto con otros cometidos filosóficos en torno al Derecho. Ciencia del Derecho, en sus varias formas, y filosofía del Derecho, componen desde entonces el orbe del saber jurídico.

28. Lo que en su libro—en este primer tomo que comento de su formidable obra—hace Hernández Gil, es presentarnos el gran espectáculo, el maravilloso amanecer de la ciencia jurídica europea. Como estrellas ya para siempre fijadas en el cielo del saber surgen los Savigny, los Ihering, los Gierke, los Windscheid, los Kantorowicz, los Ehrlich, los Laband, los Jellinek, los Kelsen, los Delvincourt, los Merlin, los Duranton, los Demolombe, los Troplong, los Geny, los Esmein, los Hauriou, los Renard, los Planiol, los Duguit, los Ferri, los Lombroso, los Garofalo, los Ardigò, los Frapagane, los Vaccaro, los Miceli, los Loria, los Stammler, los Bonfante, los Carnelutti, etc. Ellos instrumentan o realizan la lucha por la ciencia del Derecho, la lucha que acompaña al nacimiento y a la constitución

de la ciencia del Derecho. Es una gigantomaquia, una pugna de colosos. Hernández Gil es el testigo ingenuo, esto es, el testigo puro, que nos relata fidedignamente y de una manera preciosa este precioso fragmento de la historia del espíritu en Occidente. Sinceramente entiendo que la lectura de su relato es provechosísima para quien de veras aspire a tener una auténtica formación jurídica, y también para quien ya la tenga, sin duda alguna. Leí este libro en 1945. Me pareció muy bueno. Al releerlo hoy, me parece mejor.

EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ.

*Catedrático de Derecho natural y Filosofía
del Derecho en la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid.*