

FUNDACIÓN
/ ANTONIO
HERNÁNDEZ
GIL /

LA METODOLOGÍA Y EL METODO

PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN
ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisolo

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

1. LA METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO EXPUESTA POR ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

1.1. LA PRIMERA APROXIMACIÓN DE ANTONIO HERNÁNDEZ GIL A LA METODOLOGÍA JURÍDICA

La primera aproximación a la metodología del derecho de mi antecesor en la presidencia de la Real Academia de Jurisprudencia, Antonio Hernández Gil, data del mes de junio del año 1944¹. Es un artículo recogido en el vol. 5 de sus Obras completas², y lleva, en éste, al pie de su primera página, una nota indicativa en la que dice que ese trabajo: «En parte es una visión sintética y muy resumida de los temas tratados en el vol I de la Metodología. Se recoge, no obstante, por el valor metodológico atribuido a la realidad social, que incorporó luego la reforma del Título Preliminar del Código civil, como método de interpretación de las normas».

En su introducción³, con su característica finura mental, trata de lo que es la metodología y del problema del método. Advierte de entrada que el objeto de la metodología, o «estudio del método o métodos», puede seguirse «para el conocimiento de una materia científica, o bien con fines sólo de investigación, o bien, además, con fines prácticos o de aplicación».

De la metodología del derecho dice que concretamente responde a las preguntas siguientes —que califica de inquietantes—: «¿Qué método o métodos, qué camino, qué procedimiento ha de seguir el jurista para conocer científicamente la materia jurídica, para determinarla, para hacerse dueño de ella —según frase consagrada—, ya sea sólo con el fin de elaborarla científicamente, ya también en el de encarnarla en las realidades, esto es aplicarla?». «¿Cuál es la actitud mental y vital —porque, digámoslo desde ahora, el jurista no puede ser pura máquina pensante—, qué le cumple adoptar ante el derecho?». «¿Cómo se delimita y acota, cómo se aprehende y configura la materia jurídica? ¿Cómo, en fin, se opera el tránsito para transformar la materia jurídica en científico-jurídica, o para ajustar los supuestos de hecho específicos de la vida a los supuestos de hecho genéricos de las normas?».

Puede verse, por las preguntas formuladas, que Hernández Gil plantea conjuntamente la metodología de las leyes, la metodología de la determinación del derecho y la metodología de la ciencia del derecho —y con ésta, principalmente, la de su investigación.

Trata, también, de deslindar funcionalmente la metodología de la filosofía y, en principio, admite que «dentro de la metodología no puede acometerse el problema de la esencia misma del derecho, cometido propio, y específico de la filosofía del derecho. Pero —añade— es cierto, igualmente, que la metodología presupone este problema, que no puede desconocerle; tiene que adoptar una actitud

¹ Antonio HERNÁNDEZ GIL, «Las direcciones metodológicas en la ciencia del derecho y la consideración de la realidad social», RGL y J, 89, 1944-1, pp. 601-630.

² Ibid, Obras completas, vol 5, Metodología de la ciencia del derecho, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, pp. 9-30.

³ Ibid, Las direcciones metodológicas en..., 1, pp. 60 y ss.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

previa ante él; y así toda dirección metodológica vendrá en gran medida determinada por el punto de vista en que, con respecto de él, se sitúa y refleja su influencia, aunque no sea un aspecto de la teoría del método, sino sólo un presupuesto».

Por mi parte, pienso —y así lo pensaba cuando comencé a ocuparme de lo qué es la metodología y, concretamente, toda metodología jurídica, y creo que lo expliqué el primer día en que lo enseñé en la Universidad de Comillas— que para conocer un camino ha de comenzarse por saber cuál es su punto de partida y su punto de llegada. Pienso, que no puede prescindirse del estudio de uno y de otro; ¿cómo, sin saber de dónde partimos y a donde vamos, podemos hallar el mejor camino que nos resulte transitable?

Hernández Gil piensa que ésta es una cuestión previa. Concuero en ésto con él; pero, además, creo que es de tal importancia que la metodología no puede dejar de estudiarlo, como materia propia, y comprobarlo antes de emprender la marcha.

«El jurista entregado a tal clase de estudios —sigue diciendo Hernández Gil— se dirige una mirada introspectiva. Hace un alto en la labor para preguntarse cómo la lleva a cabo».

Dice Hernández Gil que el método es tan antiguo como la ciencia del derecho pero que «la teoría del método, la metodología, al hacer del método en sí un estudio específico, arranca del siglo XIX» e indica que, en el tiempo de su artículo, se hablaba por doquier de «preocupaciones metodológicas», de que «vivimos en la edad de la «fiebre metodológica». Recoge la opinión de que, cuando las ciencias tienen que ocuparse de la teoría del propio método, suelen ser ciencias enfermas, porque la ciencia sana, como el hombre sano, no suelen saber mucho de sí mismos; pero opina: «El pensamiento es ingenioso pero equivocado. Sería cierto si en el hombre y en la ciencia el único motivo de introspección interior fuese la introspección en sí, la duda, la dolencia, la congoja. Pero hay también una mirada, una vida interior que tiende al perfeccionamiento. Un conocerse bien para conducirse mejor. Y tal es el sentido que nosotros damos a la preocupación metodológica: un deseo de la ciencia de perfección a través de conocimiento de la misma».

«Es esto indudablemente cierto; pero también lo es que la fiebre por el método acomete especialmente en los periodos de crisis. Hemos aludido, en la última nota, a la que tuvo lugar en el siglo xvi. También el siglo xx es una época de crisis, ante la decepción de la ciencia del derecho por los resultados del positivismo y por la convicción del fracaso del conceptualismo dogmático por haber errado de camino»⁴.

Todavía veía Hernández Gil otra razón para ocuparse de la metodología del derecho, la de que, «al ponderar el jurista la materia jurídica, al elaborarla científicamente, entra forzosamente en contacto

⁴ Tal vez fue el siglo xvi el periodo con mayor fiebre metódica —cuando, después del nominalismo, tendría lugar la sustitución del /nos italicus por el mos gallicus, la reforma protestante, y se afirmaría la independización de las leyes políticas de la jética—, siglo en el cual, según explica Federico DE CASTRO (Parte General, vol I, IV, I, 2, p. 492, nota 1) —quien cita, como muestra, los títulos de algunas obras—, se creyó que la autoridad de la tradición debía sustituirse por la dimanante del método, especialmente, de la «método sintético».

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisolet

con la realidad social, con la que, por lo menos en cierto sentido, a nuestro juicio, se conexiona la realidad jurídica y en la que, por lo menos en cierto sentido, a nuestro juicio, se integra».

Respecto del punto de partida⁵, dice que, al serle imposible «seguir el curso de la evolución que tendría que arrancar del derecho romano», toma por punto de partida «la época en que comienza a elaborarse una teoría del método y que coincide con la iniciación de la moderna ciencia del derecho y con el periodo codificador».

«El momento de arranque —dice— lo marcan las dos grandes escuelas de jurisprudencia y que son, a su vez, direcciones metodológicas, con que se abre, en los comienzos del siglo XIX, la ciencia del derecho: la escuela francesa de la exégesis y la escuela histórica alemana». En ellas ve «este denominador común: el siglo XVIII fue el del derecho natural racionalista (...). Pues bien, frente a tal idealismo jurídico, el siglo XIX comienza bajo el signo del positivismo jurídico: el derecho todo es algo externo, dado, lo qué es. Y este positivismo —que es una filosofía, aunque niegue la filosofía— constituye el presupuesto de las dos direcciones metodológicas mencionadas, así como el de otras muchas, que dan de él versiones distintas».

Los siguientes apartados de este artículo exponen el panorama histórico de la metodología a partir del siglo XIX, con apreciaciones críticas de las diversas escuelas. Así desgrana: la escuela francesa de la exégesis y sus defectos⁶; la escuela histórica alemana y la falta de adecuación entre las afirmaciones de principios y la obra⁷; el dogmatismo, construcción jurídica, jurisprudencia de conceptos⁸, algunos de sus representantes, definiciones más caracterizadas y repercusiones⁹; otras manifestaciones: la «teoría pura» del derecho¹⁰; líneas dominantes en los movimientos de revisión de los métodos reseñados —a los que señala las siguientes líneas dominantes: «a) Acentuación de la misión práctica del derecho y de la ciencia jurídica, b) Ponderación del elemento teleológico. c) Necesidad de tener en cuenta la realidad social, d) Conexión de la ciencia jurídica con la filosofía del derecho, e) Exaltación de los hechos aún en contraposición a las normas. En suma, realismo, frente a formalismo jurídico; sociologismo, frente a normativismo»¹¹. A continuación va ocupándose de estos movimientos: el fin del derecho, iniciado por Jhering¹²; el movimiento del derecho libre, acaudillado por Kantorowicz¹³; las escuelas científicas francesas y la armonía en ellas de los factores sociales y racionales (Saleilles, Planiol, Gény)¹⁴; el sociologismo jurídico iniciado por Ehrlich¹⁵; la jurisprudencia de intereses, sus

⁵ HERNÁNDEZ GIL., op.ult. cit., 2; pp. 604 y s. o en Obras completas, 5, pp. 11 y s.

⁶ Ibid 3, pp. 605 y ss., u O.C. 5, pp. 12 y s.

⁷ Ibid, 4, pp. 607 y ss. u O.C. 5, pp. 13 y ss.

⁸ Ibid, 5, pp. 611 y s. u O.C. 5, pp. 16 y s.

⁹ Ibid, 6, pp. 612 in fine y ss., u O.C. 5, pp. 17 y ss.

¹⁰ Ibid, 8, pp. 617 y s., u O.C. 5, pp. 8 y s.

¹¹ Ibid, 10, p. 619, u O.C. 5, p. 22.

¹² Ibid, 11, pp. 619 y s., u O.C. 5, p. 22.

¹³ Ibid, 12, p. 620, u O.C. 5, pp. 22 y s.

¹⁴ Ibid, 13, pp. 620 y s., u O.C. 5, pp. 23 y s.

¹⁵ Ibid, 14, pp. 622 y s. u O.C. 5, pp. 24 y s.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

deficiencias, y la dirección teleológica¹⁶; otras tendencias revisoras, entre las que se refiere al pensamiento jurídico italiano —en el cual dice que, con Maggiore, Particone, Antonio Pagano, Jemolo, «pugnaba contra el dogmatismo jurídico y el formalismo», «aunque solo en pequeña medida de efectividad práctica», y en el que cita especialmente al «realismo jurídico» de Camelutti—; el neohegelianismo alemán, con Binder, Larenz, Dikowk, Schonfeld, y el método del pensamiento del orden concreto de Karl Schmitt¹⁷; y el renacimiento del derecho natural (Renard, Le Fur, Olgiatti)¹⁸.

Lo más interesante de este artículo son las reflexiones que hace Antonio Hernández Gil. De ellas recordaremos algunas de las que opone al conceptualismo y al formalismo, y sus conclusiones críticas.

En el dogmatismo, dice¹⁹: «Se olvida que el derecho es una dirección hacia la justicia y que se integra en una realidad social» «El jurista, en todo momento, tanto en la esfera de la práctica como en la de la teoría, está manejando una materia que tiene, no sólo un destino, sino un contenido humano, moral y social, y el tratamiento a que se somete no puede desconocer esto y, por tanto, no puede darse aquí como cierto lo que lo sea para otras clases de ciencias. Los conceptos son necesarios como instrumentos de elaboración científica; pero no es lo mismo concepto que conceptualismo»; ni «un sistema cerrado de conceptos, con su larga serie de antecedentes y consecuencias y la obtención de lo particular por lo general. Tras la previa obtención de esto por aquello, no sólo corre el peligro de degenerar en un círculo vicioso, sino que puede conducir a resultados arbitrarios. Además téngase en cuenta que un buen resultado dialéctico no siempre es un buen resultado jurídico».

Al formalismo jurídico le opone²⁰ que escinde «el elemento formal y el material del derecho, para hacer objeto de consideración científico-jurídica sólo al primero». A su juicio, el jurista tiene que considerar ambos elementos; no sólo porque están enlazados, sino mutuamente condicionados. Lo que no es afirmar que la realidad social deje de existir como tal porque adquiera una configuración jurídica».

En sus conclusiones críticas²¹, después de indicar cual es la posición dominante en la ciencia jurídica y en el orden metodológico —«primado de las categorías lógicas, de los conceptos, por un puro considerar las normas y, dentro de ellas, su elemento formal, al que se ceñía la esfera de lo jurídico»—, explica:

— Son sus «graves defectos: superestimar el valor de los conceptos que de instrumentos útiles y necesarios para el pensamiento y la elaboración científica, se transforman en tiranos suyos; otorgar, sin distinguos, validez objetiva permanente a lo que es fruto de una operación mental; hacer que la ciencia jurídica... perdiera el contacto con los hechos, con la realidad social que se modula en las normas y que continúa subsistiendo como tal, aún después de regulada». En suma: su positivismo jurídico.

¹⁶ Ibid, 15, pp. 624 y ss., u O.C. 5, pp. 25 y s.

¹⁷ Ibid, 16, pp 626yss..uO.C 5, p. 27.

¹⁸ Ibid, 17, pp 627 y s., u O.C. 5, p. 28.

¹⁹ Ibid, 7, pp 616 y s , u O C 5, p. 20.

²⁰ Ibid, 9, pp 618 y s , u O.C. 5, pp. 21 y s.

²¹ Ibid, 18, pp. 627 y ss u O.C. 5, pp. 28 y ss

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytiso

— Lo que son: «los movimientos de revisión y revolución, algunos atendibles, otros muy violentos, en cuanto no sólo aspiran a hacer tabla rasa de lo precedente, sino que incurren en posturas no menos unilaterales, aunque, antitéticas». Él cree adecuado: «que se acentúe la misión práctica de la ciencia jurídica; que se pondere el fin de las instituciones, porque el conocimiento sólo será completo si junto al objeto se tienen en cuenta las funciones; que se tome en cuenta la realidad social, desde el punto de vista de las normas; que no se prescindida de la historia, y que se establezca una conexión entre la ciencia del derecho y la filosofía».

— Advierte que «algunos han ido más lejos; y así no faltan quienes hagan caso omiso de las normas jurídicas y pretendan inquirir la realidad social de modo directo o resolverlo todo mediante juicios individuales»; «no faltan quienes, dispuestos a sobreestimar los hechos y aún dando cabida a las normas, reducen éstas a mera superestructura de lo social o lo político, lo que implica desconocer en el derecho todo contenido propiamente jurídico; no faltan quienes cifran todos los fenómenos jurídicos en la lucha de intereses, lo que es desconocer otros fenómenos superiores; no faltan en fin, ... quienes, ..., arrojen por la borda los conceptos, lo que viene a ser como si un trabajador abandonara una herramienta indispensable...». Así, «al eludir el positivismo jurídico y su aliado el conceptualismo dogmático y constructivo, se ha incidido en un positivismo socio-lógico, en un positivismo político y en un anticonceptualismo, igualmente necesitados de superación».

Concluye por considerar que «la tarea de nuestros días» implicaba: «la necesidad de superar el positivismo jurídico, sin incidir en otros tipos de positivismo (sociológico o político), es decir superando también éstos, a través de lo que podríamos denominar un realismo jurídico, que conjugue, en el terreno de los principios, las exigencias de la razón y de la justicia, como valores supraempíricos, con las exigencias de la vida y la contingencia de los hechos, y que, en el terreno del método armonice la validez de las normas y el buen uso de los conceptos con las necesidades de la realidad social, no ya porque el derecho surja, sin más, de ella, ni sea su mero exponente, sino en cuanto aspira a modelarla y servirla».

Puede decirse, sin la menor duda, que Antonio Hernández Gil, —quien, cuando se publicó este estudio, hacía solo tres meses que había cumplido los treinta años— mostraba ya una plena madurez, gran ponderación y capacidad de síntesis.

1.2. EL ENSANCHAMIENTO DE LA PERSPECTIVA METODOLÓGICA DE ANTONIO HERNÁNDEZ GIL DESDE SU «METODOLOGÍA DEL DERECHO» HASTA DESPUÉS DE SU «METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO»

Después de su referido artículo en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Antonio Hernández Gil, publicó en 1945, su Metodología del derecho²², que más bien es una historia crítica de la metodología jurídica, tal como muestra el índice de sus capítulos: I La doctrina del derecho

²² ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL, “Metodología del derecho (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)”, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado 1945.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

natural. Su valor metodológico. II Métodos exegéticos. La escuela francesa de la exégesis. HE La escuela histórica. Iniciación de los métodos dogmáticos. IV Métodos dogmáticos y constructivos (positivistas, formalistas). V La revisión de los métodos tradicionales. VI La denominada escuela científica francesa. VII Métodos sociológicos (sociologismo jurídico). VIII Métodos ideológicos (en sentido estricto y jurisprudencia de intereses). Di Realismo jurídico en general. X Métodos político-jurídicos. XI Intentos de superación de los métodos anteriores y sincretismos metodológicos. Conclusiones generales.

Entre sus conclusiones generales, creo destacables las siguientes: «1) La teoría del método implica una actitud previa ante el problema de la esencia, el origen y el fin del derecho. Y así, vendrá en gran medida determinada por la posición que adopte ante él, aunque esto no sea un aspecto de la teoría del método, sino solo un presupuesto». «9) En el primer plano de la actividad del jurista, como cultivador de la ciencia del derecho o como encargado de la aplicación de ésta, aparece el material normativo que le suministra el derecho positivo de que se trate. Opera en un cierto grado de vinculación con respecto de él. Esta vinculación no es totalmente determinable desde el punto de vista del método. Pero, en todo caso, vinculación no es la sumisión literal, irreflexiva. El jurista no despliega una actividad mecánica que acaba por inmovilizar el derecho; si bien tampoco es su libre configurados porque todo el derecho —el natural no menos que el positivo— posee un carácter normativo incompatible con la decisión puramente subjetiva. 10) Este material normativo, que constituye lo que suele denominarse ordenamiento jurídico, no agota, tal como aparece formulado, la realidad jurídica. Se halla en una posición de equidistancia y entronque: con un orden moral universal que respecto a él aparece en un plano superior; y con un orden histórico, que puede representarse en una relación de anterioridad». «15 La ciencia jurídica no es meramente descriptiva, sino también explicativa y valorativa. Y dicha función ha de cumplirla mediante consideraciones filosóficas, sociológicas e históricas. A veces la explicación y la valoración sólo podrán engendrar una crítica que prepara el camino de la transformación jurídica; pero a veces, también, de una manera más directa, puede contribuir por sí a determinar el contenido y el alcance de la realidad jurídica».

Esa obra, en la segunda edición de 1971²³, cambió su título pasando a titularse Metodología de la ciencia del derecho; modificó también su subtítulo, y se convirtió en el primer volumen de una obra más extensa (el volumen segundo fué publicado simultáneamente y el tercero apareció dos años después, en 1973). En el prefacio de la segunda edición de este volumen, el mismo Hernández Gil explica las razones del cambio de título: «La alteración introducida en el título general» responde «a que en rigor, no se afrontan, al menos con detalle, los problemas de la interpretación y de la técnica de aplicación del derecho, sino principalmente los temas de la ciencia muy relacionados con los de la filosofía del derecho en su dimensión metodológica. El cambio en el subtítulo es una exigencia del nuevo contenido que se introduce al proseguir la obra». Esta, sin embargo, continuó siendo de historia de los métodos tradicionales de la ciencia del derecho y del proceso de su variación.

²³ Ibid, Metodología de la ciencia del derecho (Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Expansión y superación del positivismo), Madrid, Gráficos Uguina 1971, pp. 15 y s.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytiso

En cuanto al contenido del volumen, en el mismo prefacio de la segunda edición, advierte; «De propósito no he querido modificar lo que escribí entonces. Si no el libro en sí, mi visión de él resiste, me parece que con dignidad, las mutaciones posteriores. El ámbito ideológico y cultural en que hoy aparecemos insertos es muy distinto del imperante cuando se concibió y escribió ese volumen. En la medida en que las ideas descubiertas y los criterios sustentados no se plegaron a unas específicas circunstancias históricas pueden ahora seguir manteniéndose sin buscar el amparo de la admisión o de las rectificaciones. El autor es también otro tras la forja que supone el intenso ejercicio de la profesión de abogado unido a la incesante función universitaria y las tareas de investigación científica, actividades todas ellas apenas esbozadas entonces. El adentramiento profundo en esos cometidos ha dado lugar más a la reafirmación que a la discrepancia. En modo alguno cabe pensar en la retractación, si bien hoy no utilizaría todas las expresiones ni los mismos juicios». Pero con esto advertía que lo dejaba para los siguientes volúmenes.

Al recoger ese volumen en el tomo 5 de sus «Obras completas», Hernández Gil suprimió el capítulo I, dedicado a la doctrina del derecho natural, porque —dice²⁴— el antiguo capítulo II, que pasa a ser I.º, ya incluía y sigue incluyendo los epígrafes; «1. Iusnaturalismo, positivismo y exégesis. 2. Los glosadores. 3. Apreciación crítica. 4. Los comentaristas: orientaciones y características»; y el capítulo III que pasa a ser 2.º, examina: «17. Consideraciones críticas sobre la escuela histórica. Sus deficiencias en el orden filosófico jurídico. 18. La disociación de lo jurídico y lo moral y la actitud antifilosófica del historicismo. 19. Insuficiencia, en general, del puro empirismo materialista». Sin embargo, pienso que Hernández Gil en 1945 hubiera considerado insuprimible su capítulo I y que entonces debía estimarlo fundamental para su Metodología.

En el segundo volumen, publicado en 1971 —y del cual, al reproducirlo en sus «Obras completas», extrae lo referente al estructuralismo que pasa al volumen tercero²⁵—, advierte Hernández Gil en su prólogo²⁶: «El volumen primero tiene como tema central el derecho mismo, esto es, los problemas de la filosofía, la epistemología y la metodología vistos predominantemente desde la interioridad del saber jurídico. En el presente volumen el autor se coloca a una distancia considerable del derecho. Si en todo momento he albergado temor —más bien la certidumbre— de desbordar lo propiamente metodológico, ahora tengo la evidencia de que me he alejado mucho del derecho. Esta lejanía ha sido buscada de propósito. El derecho es un producto social y cultural. Las disciplinas jurídicas forman parte del gran sector de las ciencias humanas y sociales».

Un párrafo más adelante, explica que este libro «es la obra de un jurista que ha perseguido la extralimitación atraído por el deseo de insertar los problemas del saber jurídico en una temática general de la que están ausentes en demasiadas ocasiones. Son incontables las veces que, en la

²⁴ Ibid, Obras completas, tomo 5, «Metodología de la ciencia del derecho», Madrid, Espasa-Calpe 1988, p. 39, nota *.

²⁵ Ibid, tomo 6, Saber y lenguaje, Madrid, Espasa Calpe 1989, El estructuralismo de base lingüística y sus posibilidades en la ciencia del derecho, pp. 179-360.

²⁶ Ibid, Prólogo, al vol II de su «Metodología de la ciencia del derecho», pp. 15 y ss., reproducido en Obras completas, tomo 5, p. 289 y s.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytiso

enunciación de las disciplinas humanas, y sociales, la ciencia jurídica sólo puede sospecharse albergada, en algún etcétera».

Lo cierto es que en este volumen sus capítulos se titulan: «I Fenomenología y existencialismo, II La dialéctica marxista y el derecho III. Sociología del derecho y metodologismo jurídico. IV Neopositivismo o positivismo lógico. Lógica formal y semiótica. V Neopositivismo lógico y lenguaje en el derecho». En este último capítulo, entre otras cuestiones, se examina «conceptualismo y positivismo lógico en Bobbio». «7 La lógica de las normas de García Máynez como complemento de la lógica general. 8 Semiótica y lógica deóntica en Kalinovski».

El tercer volumen de su Metodología lo titula Hernández Gil: «Formalismo, antiformalismo y pluralismo»; y, en unas palabras explicativas —escritas después de concluirlo pero que las antepuso²⁷— indica: «Al dar cima este volumen ni de la Metodología de la ciencia del derecho, percibo con mayor claridad los inconvenientes de una obra de carácter predominantemente histórica y erudita». Advierte que la comenzó así porque entonces era aspirante al profesorado universitario y esto era lo requerido. «Sobrepasada aquella circunstancia y en trance de continuar la obra, no resultaba posible hacerla cambiar de naturaleza. Aunque he procurado acusar en algunos aspectos la actitud crítica, en cambio, no cabía prescindir del examen de las diversas corrientes o escuelas, así como de los nombres integrados en ellas». A su vez, observa que el tema metodológico «ha adquirido, señaladamente en los últimos tiempos, tanta entidad y difusión que resulta en verdad complicado establecer sus límites, abordarlo de manera completa y llegar a sus múltiples ramificaciones y desarrollos»...«La consideración ha sido más bien el método de conocimiento jurídico en general y no el correspondiente a cada una de las ciencias particulares.

De la materia abordada en el volumen III, dice que, «en tanto el volumen II supone una contemplación del derecho desde perspectivas filosóficas y metodológicas muy generales, el presente retoma a la interioridad de las temáticas propiamente jurídicas. Parte del contenido proyectado para él queda remitido, si no a otro volumen, por lo menos a un apéndice que comprenderá algunas reflexiones sobre la tópica, la teoría de la argumentación, el cientifismo y la cibernética». Todo esto lo incluye en el tomo 1º de sus «Obras completas».

Los capítulos de este volumen III se titulan: «I El problema del formalismo y la dogmática. Superación y rectificaciones. II. Los cauces del realismo» (Aquí examina los diferentes sentidos en que se emplea la palabra «realismo»; dedica varios apartados a Michel Villey —creo que sin alcanzar a entenderle—, uno al que denomina «realismo ontológico-ético» que me atribuye, otro al «realismo radical» de d'Ors y el último a «El razonamiento jurídico de los casos como factor de generalidad (Puig Brutau)»). III. El derecho y su conocimiento. La doctrina egológica. (Ahí es Carlos Cossio el autor examinado). IV El pluralismo y sus facetas. Pluralismo, dualismo y sincretismo frente a monismo. V El pluralismo como técnica dominante con especial referencia al pensamiento jurídico español (No obstante incluye el trialismo de Miguel

²⁷ Ibid, Metodología de la ciencia del derecho, vol III, Palabras explicativas, pp. 15 y s.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

Reale). VI El pluralismo del profesor De Castro y otras cuestiones (Calificación que éste no aceptó y acerca de la cual polemizaron; pues, ciertamente Federico de Castro utilizaba un método omnicompreensivo, único aunque en él integrara varios elementos). VII Iusnaturalismo y comparatismo).

En el tomo 6 de sus «Obras completas», que titula «Saber jurídico y lenguaje», contiene algunos enunciados que están referidos explícitamente a la metodología y otros que, aún no recogiendo en el título, Hernández Gil los relaciona con ella. Así, en el prefacio de «La ciencia jurídica tradicional y su transformación», explica²⁸: «La ciencia se define por el método, que es la racionalización del comportamiento a observar en el desarrollo de la actividad cognoscitiva, es tan indispensable para moverse en el territorio de la ciencia como lo es andar para desplazarse de un lugar a otro»...«Desde que comencé, hace ya muchos años, el estudio del tema metodológico tengo la impresión de haberlo tratado en términos poco estrictos. He incurrido en patentes desbordamientos. La inicial Metodología del derecho (que luego se convirtió en volumen primero con la tardía publicación de los otros dos), me sirvió de incentivo y quizá de pretexto para referirme al derecho mismo, no sólo desde ese punto de vista, sino como realidad objeto de reflexión filosófica. Los otros volúmenes quedaron más adentrados sobre la temática del conocimiento, y, por eso, la obra cambió de título (Metodología de la ciencia del derecho). La ciencia pasó a tener protagonismo; a través de ella, o mejor, en ella misma, contemplaba al derecho, con lo que venían erigidas en cuestiones centrales las referidas al saber acerca de él, pero colocando el acento en el saber, si bien como método y conocimiento no se identifican del todo, el cambio de rumbo tampoco se refería estrictamente al método. Al publicar la reunión de estudios que forman el libro Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica (Ed. Cívitas, Madrid, 1981) quedó muy claro el tránsito de los temas metodológicos (o los que yo denominaba así) a los del conocimiento, aunque entendido éste de manera no circunscrita al conocimiento jurídico prototípico, ya que di entrada a otros saberes.

«Ahora vuelvo con ciertos propósitos de restricción. Trato de dar cuenta de como es, desde la perspectiva de hoy, la ciencia jurídica tradicional (que, al mismo tiempo y sin contradicción podría llamársela moderna) tal como aparece en el modelo y bajo el paradigma de la dogmática»...«Expresa un convencimiento que sintéticamente enunciado es éste: el futuro de la ciencia no es un rodeo para volver al pasado; al practicismo del derecho no se le sirve con la entrega al empirismo precientífico; creo preciso desbordar el modelo de la dogmática, pero si esto supusiera la vuelta atrás preferiría el mantenimiento del modelo».

Entre los temas que A. Hernández Gil considera emparentados con la metodología del conocimiento, se halla el estructuralismo, aún cuando reconoce²⁹ que el estructuralismo «no ha llegado a penetrar todavía propiamente en el campo de la investigación jurídica». Los títulos de sus capítulos son: «I El estructuralismo y en particular el estructuralismo lingüístico. Aspectos jurídicos. II La autonomía de la lingüística estructural como ciencia y la autonomía de la ciencia jurídica. III Más allá del estructuralismo científico. IV Algunos conceptos fundamentales en tomo a la estructura y al estructuralismo. V

²⁸ Ibid, Obras completas, vol 6. pp. 109 y s.

²⁹ Ibid, p. 180.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

Estructura social, relaciones sociales y comunicación. Particular consideración de las estructuras del parentesco en LeviStrauss. Reflexiones jurídicas. Crítica de Lefèvre. VI Estructuralismo, marxismo, existencialismo y positivismo lógico: conexiones y pugnas. VII Estructuralismo y derecho (Aquí reconoce³⁰: «a) No hay duda alguna, el derecho social es la ciencia social que menos contactos ha mantenido con el movimiento de irrupción y difusión del estructuralismo»), «b) El estructuralismo es esencialmente un método, una actitud metodológica...»). VUI Atisbos de ideas estructuralistas en la ciencia jurídica (Lugar donde trata: «3 La noción de Sistema en Savigny, Analogías y diferencias con la tesis de Saussure. 4 Atisbos de preestructuralismo en Jhering»), «IX Estructuralismos globales no bien delimitados del estructuralismo específico. La pretendida estructura de la norma jurídica. X Aplicación del análisis estructural —o estructuralismo específico— al derecho».

Recoge también en ese volumen otros discursos suyos en los que trató acerca de temas metodológicos, como son: Ante la teoría pura del derecho (que contiene la mejor crítica que he leído acerca de la tesis de Kelsen); La contemporaneidad de la metodología del derecho (donde, en su epígrafe 8, trata de «Las corrientes metodológicas»; y reitera³¹ «el relativamente pequeño reflejo que han tenido en el campo del derecho los que considera Bonchenski métodos actuales del pensamiento»); otro en el que se ocupa de la actitud metodológica de algunos juristas (De Diego, Casso, Cas tán Tobeñas, Plaza, Pérez Serrano, Verdross, Legaz, Jaime Guasp y los seguidores del fisicalismo, etc)³²; y otro acerca de la metodología y la epistemología³³, donde narra que, en el campo metodológico: «Era preciso situarse en el terreno de los fundamentos y hacer cuestión de la propia científicidad del conocimiento jurídico, de sus problemas y de sus limitaciones». Con lo cual desemboca en los dominios de la epistemología).

Concluye ocupándose de la informática jurídica³⁴, de la cual dice que «en sus bases científicas tiene como aliados inseparables, la lingüística y la lógica, que constituyen a la vez dos versiones del logos, en lo que éste significa como pensamiento y palabra o verbo». Señala los servicios que presta y puede prestar la informática a la ciencia del derecho. Es decir, indica aquello en que la informática es un instrumento que puede ser muy útil al derecho. Ahora bien, por mi parte pienso que este instrumento debe acomodarle el jurista al método adecuado, pero no convertirlo en método que incida en la operatividad del sujeto, invirtiendo la relación en la cual la informática es sólo instrumental.

En conclusión, entiendo que Antonio Hernández Gil ha escrito una historia crítica de la metodología de la ciencia del derecho con sus variaciones, en la que incluye la historia presente. De ese presente trata de utilizar, para la metodología de la ciencia derecho, los procedimientos modernos de la epistemología, la lingüística y la informática. La posición propiamente suya se halla expresada fundamentalmente en los párrafos de sus prefacios explicativos que hemos transcrito.

³⁰ Ibid, P. 289

³¹ Ibid, p. 520.

³² Ibid, En torno a algunos juristas y/o sus textos, pp. 535-616.

³³ Ibid, Entre la metodología y la ipistemología, pp. 625-634.

³⁴ Ibid, Informática jurídica, pp. 649-669.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

2. EL MÉTODO PRACTICADO POR ANTONIO HERNÁNDEZ GIL PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO, EXPLICADO POR ÉL MISMO

2.1. SU CONSIDERACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ABIERTO A LA JUSTICIA

Antonio Hernández Gil no fue sólo catedrático de derecho civil, sino también abogado en ejercicio, triunfante en el foro, y Presidente del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo de Justicia. De allí que sus saberes jurídicos, evidentemente, no solamente fueron teóricos, sino también en alto grado prácticos enfocados a la individualización, determinación o concreción del derecho.

Si en su obra teórico no fue positivista, tanto menos podía serlo en su perspectiva práctica del derecho.

En su discurso de apertura del año, el día 10 de septiembre de 1986 se ocupó de la justicia y la Constitución³⁵, tema al que también ha dedicado el capítulo, «La Constitución, el derecho al ordenamiento y los valores»³⁶.

Su planteamiento acerca del positivismo legalista es nítido³⁷: «Los códigos, aún cuando se concibieron como autosuficientes en sus respectivas áreas, no llegaron a serlo efectivamente, ya que, por una parte, ellos mismos hubieron de reconocer fuentes distintas de la ley y, por otra parte, no consiguieron absorber el total proceso legislativo, cada vez más caudaloso, hasta el punto de hacer imposible la inicial pretensión exclusivista. A su vez, el derecho natural, aletargado con la codificación, la exégesis y la dogmática, volvió a mostrar síntomas de pervivencia y de renovada vitalidad. La naturaleza de las cosas, como manifestación de aquél o de modo independiente, puso de relieve la inmanencia humana y social de lo jurídico, algo así como una fuerza reguladora no sometida a los dictados del Estado legislador. La contraposición entre el derecho formulado y el efectivamente vivido, ya por la imposición de los hechos —los llamados hechos normativos—, ya por las amplias posibilidades de la autonomía de la voluntad, o ya, en fin, por la razón práctica alojada en las decisiones judiciales, vendría a suponer una desviación del ideal del normativismo. La gran quiebra de éste se encuentra en las estrecheces del propio concepto de norma. Cualquiera que acumule la experiencia de la practica y la del conocimiento teórico del derecho puede apreciar la diferencia que existe entre las definiciones de las normas contenidas en los libros y aquello con que hemos de enfrentarnos en la aplicación del derecho»;

En España la Constitución de 1978, dice Hernández Gil³⁸, «es, sin duda, la más amplia vía de penetración del término y el concepto de ordenamiento jurídico. Diversos preceptos constitucionales se

³⁵ Ibid, «La justicia y su independencia y eficacia», recogido en Obras..., vol I., pp 790 811.

³⁶ Ibid, «La Constitución, el derecho, el ordenamiento y los valores», cap I. cap IX, Barcelona, Ed. Planeta, 1987, recogido en Obras..., vol I, pp. 401-452.

³⁷ Antonio HERNÁNDEZ GIL. El ordenamiento jurídico y la idea de justicia, discurso cit.. 1, p 8

³⁸ Ibid, 7, pp. 36 y ss.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

refieren a él». Y pregunta; «¿Refleja la Constitución una concepción normativista del ordenamiento, inserto en el positivismo estricto o, por el contrario, la concepción a que responde sobrepasa el modelo positivista?». En su respuesta sienta, entre otras proposiciones, que la Constitución y el conjunto del ordenamiento no son cerrados y autosuficientes, «por cuanto tienden a algo que les trasciende» y que el fundamento del derecho «no radica en la estricta legalidad, sino en una legitimidad material a la que la propia legalidad [arts. 1.º, 1; 9, 1; 96, I y 147, 1, Constit.] se remite»; pues; «La justicia dota de sentido al ordenamiento en su conjunto, por lo que la comunicación de la justicia con el derecho habrá de ponderarse en la fase de aplicación, mas también en la previa de la elaboración de normas». Conforme el art. 1o, 1, de la Constitución, el Estado «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». El subrayado la palabra «propugna» es de Hernández Gil, que explica³⁹: «Propugna» equivale a decir que el Estado asume la misión de que el ordenamiento jurídico tienda hacia esos valores, los alcance y realice». Acerca de éstos, en una primera aproximación, trae a colación la contribución de Luis Recasens Siches en pro de la tendencia valorativa, en su varias veces citada aquí, Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de su razonable.

De la justicia, bajo esta perspectiva, anticipa⁴⁰: 1.º Que es «el «valor» prototípico»; 2.º Que no es solo un valor; y, en esto, se remite a mi afirmación de que es, también, sentimiento, virtud, idea y realidad esencial. 3.º «La libertad y sobre todo la igualdad forman parte del contenido y del fin de la justicia. Esta y aquéllos son valores cercanos y conexos. La justicia es una exigencia del ser libre que es el hombre». Más adelante⁴¹, respecto de la igualdad, refiere la concepción aristotélica de la igualdad aritmética, para la justicia conmutativa, y de la geométrica o proporcionalidad, para la distributiva. Criterios que, Hernández Gil, califica de aprioristas y formales, si bien dice que el realismo de Aristóteles aparece «cuando acepta alguna variabilidad incluso en la justicia natural, y desde luego en la legal, así como también y sobretodo en el modo de concebir la equidad, al compararla con la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra porque no es rígida»:

Según Hernández Gil⁴², la justicia en la Constitución no tiene un sentido meramente formal sino material: «Afirmar la justicia desde una posición iusnaturalista y reputarlo como un valor no son tesis incompatibles, si bien tampoco idénticas»...«el hecho de que en el seno del iusnaturalismo tenga la justicia, además de su significado ontológico esencial, un significado axiológico, no quiere decir que toda axiología jurídica sea de estirpe iusnaturalista». Ya que la filosofía de los valores o la teoría de los valores, «si en algún aspecto es compatible con el iusnaturalismo, en general no puede considerarse como una posición iusnaturalista. Lo que sí hace es corregir el formalismo estricto o el indiferentismo valorativo propio del positivismo riguroso»...«Nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado dos grandes rupturas en la concepción formalista del derecho. Una procede de la reforma del título preliminar del Código civil al establecer como criterio interpretativo «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas. Esto supone una apertura del derecho a los hechos, a la

³⁹ Ibid, 8, p. 41.

⁴⁰ Ibid, 10, p. 53.

⁴¹ Ibid, 11, pp. 63 y s.

⁴² Ibid, 13, pp. 71 y ss. Así lo reitera en «La Constitución, el derecho, el ordenamiento y los valores», 11, Obras ..., pp. 434 y ss.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytiso

experiencia histórica, a la vida, en fin, a la sociedad, con lo que las normas, lejos de quedar inmovilizadas, se hacen sensibles a los cambios derivados del tiempo y a situaciones no previstas cuando se formularon. La otra gran ruptura, es ésta, procedente de la Constitución que supone abrir el derecho, por arriba hacia os valores».

El mismo Hernández Gil⁴³, resumiendo sus anteriores conclusiones acerca de la norma constitucional en relación a la justicia, concreta que «es necesario plantearse que ha de entenderse como justo en un sentido que: I) no puede ser meramente formal; II) sino sustancial; III) en términos tales que, si bien dotado de generalidad, no conduzca a la abstracción, IV), y sea posible determinarlo en el proceso formativo del derecho y no exclusivamente en el acto de aplicación del mismo al caso concreto».

Respecto de ésta aplicación, sigue explicando: «No es lo mismo interpretar la norma sin ningún punto de referencia concreta en la realidad, que es la labor desplegada por quien lleva a cabo la investigación científica del derecho, que interpretarla en presencia del conflicto a resolver con su aplicación, tal y como proceden principalmente el abogado y el juez»...«La enunciación lingüística de la norma solo es el punto de partida»; pues, «la norma es el resultado del proceso de interpretación y no su mera percepción sensorial»...«La aplicación del derecho abre más los cauces de la valoración. El proceso interpretativo se despliega entonces apegado a la realidad concreta»...«El conflicto de la vida real a resolver jurídicamente no es un posterius al que se llega una vez establecido el sentido normativo; contribuye a determinarlo. Este es el momento óptimo para la captación de lo justo».

«La justicia obtenida por vía de aplicación judicial del derecho no puede llegar a excluir una norma que se considere injusta. O se consigue obtener de ella el sentido más concorde para el logro de una solución justa o, agotadas todas las posibilidades interpretativas y de adecuación al caso, no se consigue. Esta será una última hipótesis extrema irremediable, pero no eliminable del todo».

El logro flexible de una solución justa será menos asequible según se trate de «algo legalmente cuantificado» (fijación de la mayoría de edad, de los plazos de prescripción o caducidad de las acciones, las que determinen las cuotas hereditarias, etc., etc., de contenido invariable), o bien, si es dependiente de la estimación judicial, «si el efecto previsto en las normas depende de la estimación que haya de hacerse de la conducta observada», en cuyo supuesto «la flexibilidad es mayor, como también lo es la iniciativa judicial, bien porque haya verdadero arbitrio (como en la fijación de un plazo para el cumplimiento del contrato después de declarada la resolución, en la modificación de la cláusula penal, etc.), o bien porque, sin arbitrio propiamente dicho, sea decisiva la apreciación judicial (como ocurre con la interpretación de las declaraciones de voluntad, con la apreciación de si un comportamiento es diligente o no, con la buena o mala fe, con la fijación de los daños a indemnizar, etc.)». Para esto estima valioso el recurso a la equidad, que apoya el art. 3.º, 2, del Código civil, y que «en definitiva es la misma justicia no susceptible de enunciación normativa universalmente válida, ni siquiera de una aplicación general, sino dependiente del caso»...«La ponderación de la equidad es el

⁴³ A. Hernández Gil, discurso cit., 15, pp 89 y ss.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

mejor ejemplo de que el derecho y los hechos no pertenecen a mundos separados para luego, en el momento de la aplicación, encontrarse; hay entre ellos una intercomunicación con influencia en las respectivas significaciones.

«Si el ordenamiento no es cerrado y autosuficiente, sino abierto y fundado en los valores, el tema de la justicia permite un planteamiento mas profundo»...«Propugnar la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico tiene estas significaciones muy claras: forma parte del modo en que España se constituye en Estado de derecho, es fundamento del derecho constituido y pasa a ser factor integrante del mismo; pero no queda estrictamente positivizado en las normas constitucionales; de manera permanente y fluyente el ordenamiento jurídico ha entenderse compenetrado con la justicia. Hay una norma afirmatoria de la misma que actúa per se con la general primada que en el ordenamiento jurídico corresponde a la Constitución y, además, con la primacía específica que ostentan las normas proclamatorias de los valores materiales. Consiguientemente, ya no se trata de que el intérprete —el juez, el abogado, el jurista en general— pueda, en el desarrollo de su cometido, al inquirir el sentido de las normas, suscitar el problema de la justicia. Ha de hacerlo así preceptivamente. A la ponderación de la equidad, tal como previene el Código civil, ha de unirse la ponderación de la justicia».

«Las dificultades que suscita la enunciación de lo que ha de entenderse por justicia —dice en el último capítulo del discurso que seguimos⁴⁴— demuestran que, siendo su cometido estar presente en las conformaciones normativas, no es ella enunciable como norma. Por eso, el precepto constitucional erige la justicia en un valor, pero sin llegar a establecer en que consiste. A diferencia de los valores, los principios desempeñan, por sí mismos una función normativa; son normas por más que en un grado de enunciación no circunstanciadamente desenvuelto, sino dotado de gran generalidad. En razón de ella puede desempeñar el cometido informador del ordenamiento jurídico, así como el de suplir la insuficiencia de las normas que, aún siendo también generales, preconfiguran situaciones y consecuencias jurídicas dentro de unos límites. Por eso es mayor la fuerza expansiva de irradiación de los principios. Los valores están por encima de todas las normas e incluso de los principios que presuponen la realización de un valor».

De ello deduce que, conforme la Constitución, no se produce «la neutralización de lo jurídico respecto de lo justo para verlo encarnado esencialmente en la ley y en la seguridad conseguida a expensas de la misma». Ahora bien: «Por más que el ordenamiento no sea de modo exclusivo la ley, ésta es su principal expresión. Y preceptivamente propugnado el valor justicia respecto del ordenamiento, lo establecido para éste se establece también para la ley»...«el principio de la legalidad se inserta en un ordenamiento jurídico del que el Estado propugna la justicia como valor superior. El derecho legal y el derecho justo no pertenecen pues a mundos diferentes».

Concluye Hernández Gil poniendo en relación el valor justicia con el principio de seguridad jurídica. Este —dice⁴⁵— «aparece recogido en la Constitución junto al principio de legalidad, o más exactamente, dentro de él, como una de sus manifestaciones. Aunque el artículo 9º, 2, sólo califica de

⁴⁴ Ibid, 16, pp. 99 y ss.

⁴⁵ Ibid, pp. 101 in fine y ss.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytiso

principio a la legalidad, las posteriores referencias que hace a la jerarquía normativa, a la publicidad de las normas, a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas, a la seguridad jurídica y a la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos son manifestaciones o exigencias del propio principio de legalidad».

2.2. SU PERSPECTIVA GENERAL DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO EN EL JUICIO

Su experiencia jurídica le había mostrado muy claramente a Antonio Hernández Gil, tal como, con su habitual buen decir⁴⁶, explicaría, que, si bien para una concepción mecanicista del derecho «el juez, boca de la ley, según la expresión tradicional», es reducida a ser tan sólo «un mensajero que lleva la norma, tal cual es, al caso sin añadir una palabra», en cambio no se observa lo mismo «cuando se parte de una concepción material del derecho» — como la que, a su juicio, es propugnada por la Constitución española —, «mediante el reconocimiento de unos valores superiores del ordenamiento jurídico con el consiguiente reflejo en los actos de aplicación». Porque, entonces — dice — «la determinación positiva del sentido total y concreto de la ley», resulta «no solo de su expresión textual, sino de la ponderación de los valores superiores y de los fines esenciales, así como del análisis de la realidad social y de las circunstancias del caso».

Por ello, rechaza Hernández Gil tanto la concepción que equipara la sentencia al silogismo, como aquella que «prescinde de la lógica y ve en ella la expresión de la convicción del juez, formada sin seguir un itinerario silogístico», sino de una manera psicológica en virtud de su emotividad e improvisación. «Si la vía estrictamente lógica — dice — puede resultar estrecha y peligrosa, su contraria, la emocional e intuitiva, puede resultar arriesgada y personalista».

Sin embargo, advierte que no debe caerse en el extremo, contrario al legalista, de que la ordenación jurídica «sea una reproducción o reflejo de la realidad social». Sin perjuicio de que «en el entendimiento del derecho se tenga en cuenta la realidad social», que «contribuye a dotar de flexibilidad a las normas que de este modo se adecúan a las circunstancias», no puede olvidarse que «el derecho no es una servil copia de la realidad, ya que le incumbe también una función correctiva del orden históricamente dado y del propio orden jurídico establecido».

2.3. SU PERSPECTIVA DE LA INTERPRETACIÓN

La perspectiva que acabamos de exponer nos permite comprender la concepción que Hernández Gil tuvo de la interpretación. Pienso que puede observarse, en ella metafóricamente, una analogía semejante a la — expuesta por Carnelutti — del puente de dos ojos. Aunque en él tiene un significado distinto, pues no expresa que el legislador cubra uno de los arcos del puente mediador y el juez el otro, como en la comparación del jurista italiano, sino que, en la imagen de su concepción, un arco recorre la interpretación de la norma y el otro la de los hechos. Puesta en símil, en la concepción de Hernández

⁴⁶ Antonio HERNÁNDEZ GIL, De la experiencia jurídica, 25-28, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1992 (discurso inaugural, pp. 35 y ss.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

Gil un arco transitaría sobre los hechos y otro sobre el derecho; pero el intérprete siempre debe de recorrerlos ambos en toda su extensión y, para ello, ha de realizar su intercomunicación. En efecto, cuando Hernández Gil trata de la interpretación —que observa bajo la perspectiva práctica del abogado⁴⁷— identifica y entiende el derecho, primero, para, después, comprender jurídicamente los hechos enjuiciados.

a) Cuando observa⁴⁸ la «carga de generalidad de las normas de derecho», advierte que ella «no procede sólo del carácter abstracto de las normas; deriva también de que no enuncian hechos (aunque haya en las normas genéricas previsiones), sino «leyes» conformadoras. Esto determina que las proposiciones relativas a las normas, en cuanto más generales que las concernientes a los hechos, sirven de punto de partida a un razonamiento de tipo deductivo que tiene por objeto convertir las proposiciones generales en singulares o concretas. Si bien la marcha de lo general a lo particular es deducción, no toda deducción queda absorbida por el silogismo, aunque siga siendo la fórmula más frecuentemente aplicada por el jurista. Cabe asimismo la deducción cartesiana, la transformación tautológica, la identidad, etc. Ahora bien, el que las normas sean y hayan de reputarse como generales no significa que, por necesidad, contengan previsiones comprensivas de todos los hechos ni de todas las peticiones articulables como realización práctica del derecho. Naturalmente, la entidad comprensiva de las normas está en función de su generalidad, mayor capacidad de comprensión. No obstante, unos determinados hechos o el problema que suscitan pueden escapar de las previsiones normativas directas. Entonces se plantea la cuestión de inquirir como se alcanza la comprensión re-querida».

«Por la interpretación —explica— encontramos o descubrimos lo que, estando latente, no aparece suficientemente enunciado y requiere, para elevarlo a un nivel de expresión, una penetración analítica hasta llegar a la correspondiente reconstitución sintética».

Es de destacar que Hernández Gil —como hemos anticipado— no solo observó la interpenetración conjugada de la norma y del hecho, sino que atendía a un tercer elemento: «En grandes dominios del pensamiento en tomo al derecho —explicó⁴⁹—, ha ad-quirido predicamento la trilogía norma, hecho y valor para referirse respectivamente, al poder ordenador de la conducta, a la efectividad social y a la nota ética. El formalismo entraña la concentración cognoscitiva entorno a la norma en sí».

Hemos visto antes lo que Hernández Gil dice de la justicia y de su reconocimiento constitucional como valor⁵⁰. Estimaba valioso el recurso a la equidad, en su función interpretativa —que queda apoyado por el nuevo art. 3º, 2, Cc— y del cual decía él⁵¹ que «es la misma justicia no susceptible de

⁴⁷ Ibid, «El abogado y el razonamiento jurídico», Madrid, Suc. de Rivadeneira, 1.975, recogido en Obras completas, vol. I, pp 619-790 y, más específicamente en su cap. VI, pp. 719-742.

⁴⁸ Ibid, cap. VI, 3, pp. 730 y ss.

⁴⁹ Ibid, Contestación al discurso a la Real Academia de Jurisprudencia de Manuel TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros, La casación civil española en algunas de sus complejidades, Madrid, RAJ y L, 1977, p. 160.

⁵⁰ Supra, 3.

⁵¹ A. HERNANDEZ GÍL, El ordenamiento jurídico y la idea de justicia, 15, pp. 93 y s.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

enunciación normativa universalmente válida, ni siquiera de una aplicación general, sino dependiente del caso». La ponderación de la equidad —estimaba— que «es el mejor ejemplo de que el derecho y los hechos no pertenecen a mundos separados para luego, en el momento de la aplicación, encontrarse; hay entre ellos intercomunicación con influencia en las respectivas significaciones». En cuanto a las dificultades de enunciación de la justicia —concluía⁵²—, «siendo su cometido estar presente en las conformaciones normativistas», no es «enunciable como norma». En cambio, «a diferencia de los valores, los principios desempeñan por sí mismos una función normativa»; sus normas «por más que en un grado de enunciación no circunstancialmente desenvuelto» están dotadas de gran generalidad. En razón de ella pueden desempeñar el cometido informador del ordenamiento jurídico, así como el de suplir la insuficiencia de las normas que, aún siendo generales prefiguran situaciones y consecuencias jurídicas dentro de unos límites. Por eso es mayor la fuerza expansiva de irradiación de los principios. Los valores están por encima de todas las normas e incluso de los principios que presuponen la realización de un valor».

b) Pero, según también explicó Hernández Gil⁵³, es de notar que también los hechos, «no considerados en su estricta realidad de tales, sino con vistas a su dimensión jurídica, reciben como primera impronta significativa la derivada de la interpretación». Aunque advierte: «Mientras la interpretación es un modo necesario y unitario de acceso a las normas, no ocurre exacta y paralelamente en orden a los hechos».

Respecto de estos distingue:

1. «La interpretación en sentido propio o estricto, es solo un tratamiento necesario respecto de una clase de hechos, los que contienen manifestaciones de voluntad».
2. En sentido menos propio —observa⁵⁴—, «aún faltando una interpretación configurada como tal, el llevar a cabo la calificación de los hechos no sometidos al régimen legal de la interpretación, impone también una determinación del sentido de los mismo de alguno de ellos— como actividad concomitante con la propia operación de calificación. Porque hay hechos que solo tienen un sentido, al menos para el derecho. Como ejemplo puso el de la accesión en bienes inmuebles, donde observaba que «encontramos muchos hechos que proceden de la naturaleza (como la mutación de cauce, la formación de isla, el acrecentamiento de las heredades confinantes con las riberas de los ríos, etc) y, pese a su condición de hechos naturales es preciso inquirir su sentido».
3. Tanto más lo observa así cuando ciertos hechos son tomados en consideración por las normas atendiendo a determinado «animus» o subordinándolos a la buena fe del agente. «Entonces —dice— se hace indispensable un análisis del comportamiento y hasta una penetración psicológica en la interioridad de las personas. Esto no es, sin duda calificar en su significado estricto. La jurisprudencia remite todas las cuestiones sobre «animus», la buena y la mala fe, al mundo de los hechos. Bien

⁵² Ibid, 16, pp. 99 y ss.

⁵³ Ibid, El abogado y ... cap. VI, 4, pp. 734 y ss.

⁵⁴ Ibid, b, p. 739

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

aceptémoslo, pero sobreentendiendo que se trata de unos hechos no meramente resultantes de la prueba, sino de la determinación de su sentido ».

Para precisar esto mejor, A. Hernández Gil preguntaba⁵⁵: «¿Interpretar es determinar el significado o determinar el sentido?». Consideró que la respuesta más precisa consiste en «determinar el sentido del significado»; y le parecía preferible «dar entrada al sentido. Porque, en tanto los significados, aunque puedan ser varios y reversibles parece que están subordinados a los valores de las palabras, el sentido incorpora mayores dosis de singularización al paso que su campo predicativo es más amplio, pues lo mismo s infiere de las palabras que del mismo silencio de la conducta».

Ante las debatidas tesis acerca de la interpretación, que unos centran en el sentido dado por el emisor, otros en la percepción del receptor o, en fin, en el significado objetivo del texto, A. Hernández Gil, matiza: «La percepción es sobrepasada con un doble alcance: por un lado, porque es preciso volver al acto de la emisión y de las circunstancias en que se ha producido; y de otro lado, porque hay que convertir la percepción en fenómeno de comprensión jurídica. El intérprete, dado su conocimiento del derecho encuentra en la emisión, en la percepción y en lo emitido y percibido problemas y facetas cooperadoras en la determinación del sentido. Precisamente del sentido. Cuando me encuentro con una palabra perteneciente a un idioma que no conozco pregunto que significa. El que me responde me facilita una correspondencia lingüística por la que el significado de la palabra en la lengua desconocida se convierte en otro significante para mí conocido, a través del cual encuentro el significado. Esta operación no es para mí de simple percepción, porque lo que se me ofrece como significante carece para mí de significado. En una operación de tal clase, aunque sobrepase o complique la mera percepción no hay todavía interpretación propiamente dicha. Porque esto requiere hallar precisamente el sentido del significado. Es decir, partiendo de unos significantes conocidos y de diferentes significados posibles, determinar el sentido que no es tampoco la mera elección de un significado sino la comprensión de aquello que se interpreta, su sentido»⁵⁶.

Pienso, por mi parte, que esta función es la que, precisamente, competía a la clásica subtilitas explicandi, y a la que desarrollaba el *interpres iuris* al explicar el derecho — *quod iustitum est* — en el caso contemplado, pues lleva implícita su calificación jurídica; (aunque Hernández Gil haga de ésta una operación subsiguiente a la interpretación).

c) Según el mismo Hernández Gil, la interpretación de la norma y la interpretación del hecho son conjugadas por el intérprete cuando efectúa la calificación jurídica. De ésta dice⁵⁷ que «es la operación de adentramiento de los hechos en el derecho», que «subsigue al proceso interpretativo». A su juicio: «calificar es insertar un dato de la realidad social en la situación que le corresponde dentro de un sistema particular y en el conjunto del sistema. Acaso este concepto parezca demasiado amplio. La amplitud ha sido buscada de propósito». De propósito, decía, porque la consideraba con mayor

⁵⁵ Ibid, a, p, 736.

⁵⁶ Ibid, p. 737.

⁵⁷ Ibid, b, p. 738 y ss.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

amplitud que la calificación tipológica, pese a la gran laxitud y facilidad de modificación que reconocía a los tipos; pues —indicó— «no todo el ordenamiento jurídico organiza las normatividades mediante modelos o tipos, aunque sea importante su recurso».... «Calificar es, en suma, determinar la situación antecedente de un efecto jurídico. Todo efecto tiene un presupuesto normativo en cuyo ámbito es pertinente. Determinar si concurre o no el presupuesto es calificar».

d) El razonamiento jurídico —dice Hernández Gil⁵⁸— «empieza con los hechos mismos. No hay que esperar a las normas para entrar en la zona de la razón. Hay también la razón emanada de los hechos [esto es —digo yo— expresión de la naturaleza de la cosa] que se hace fluir través del tratamiento idóneo».

A su juicio⁵⁹: «No obstante la pertinencia del análisis lógico, el tratamiento jurídico no tiene una contextura exclusivamente lógica y se desenvuelve con el concurso de otros factores».

Y lo explica: «Una lógica circunscrita al cálculo axiomático formal deductivo deja fuera de sí la mayor parte de la lógica aristotélica, toda la lógica material y no digamos aquella que en alguna etapa histórica mostraba predilección por la moral o la prudencia en el discurso. Además en el mejor tratado de lógica formal todo lo que se dice para exponerla no se atiene siempre al razonamiento lógico. De un lado porque para explicar el lenguaje de la lógica se utiliza un metalenguaje que en sí mismo no es lógico. Y de otro lado, porque buena parte de la lógica, pese a ser una ciencia susceptible de aplicaciones y desprovista de un objeto material propiamente dicho, se ofrece muy replegada sobre sí y preocupada de sus propios fundamentos. En parte la lógica tiende a ser una lógica de la lógica o una teoría de la lógica, porque duda acerca de lo que es y carece de convicciones dispuestas a perdurar». Ello —advierte— es un reflejo del fenómeno generalizado en el mundo presente que ha convertido «su crítica» «en fenómeno concomitante del conocimiento».

De la introducción a la lógica de Sacristán, recoge esta frase: «En el acto del descubrimiento científico intervienen factores psicológicos —como la imaginación—, culturales —los medios materiales a disposición del científico— y económico— sociales — el estado y la organización de los medios de producción, el modo de producción mismo—, los cuales no son, naturalmente, agotables por un análisis meramente formal». Por ello —concluye Hernández Gil—, «el razonamiento lógico no representa la textura total del saber del derecho», como también ocurre «respecto de otros saberes más rigurosos».

Tampoco la lógica deontica —es decir, la lógica normativa— agota el razonamiento jurídico pues, «cubre un aspecto del razonamiento que si es más idóneo allí donde actúa (las normas dadas), deja fuera de sí zonas en donde aparece no sólo todo lo que es lógico, sino también otra operatividad lógica, aunque no deóntica». Como aclara⁶⁰: «Los propios cultivadores de la lógica deóntica —al menos algunos— tienen que reconocer que la totalidad del razonamiento jurídico no es normativo. En efecto, el lenguaje del jurista que interviene en la aplicación práctica del derecho es incomparablemente más

⁵⁸ Ibid, 2, p. 722.

⁵⁹ Ibid, cap. V, 8, pp. 692 y s.

⁶⁰ Ibid, 9, pp. 693 y s.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisoló

rico y heterogéneo que el de las normas»; y el propio razonamiento referido a las normas «no es en todos los casos absolutamente normativo».

Por otra parte, advierte que «la problemática del razonamiento jurídico no únicamente cuando ha llegado a instalarse en una norma que se va a utilizar como punto de partida discursivo. La empresa más difícil radica en el acceso a la norma».

En esos casos, ha de comenzarse por hallar la norma. Entonces —dice Hernández Gil, siguiendo la metáfora del escalador— «tenemos que empezar por construir la montaña. Esta labor de construcción no lo es en el sentido pleno de edificar o al que no existe. En su mitad es descubrimiento: el esfuerzo que representa el llegar a conocer lo que, existiendo, se resistía a dejarse ver; y, en su otra mitad es reelaboración; porque aquello que existía precisa ser completado, es decir, interpretado e integrado hasta alcanzar una enunciación normativa que, implicada o subyacente, es preciso perfeccionar y sacar al exterior. Esta labor de descubrimiento y reelaboración la afrontar el jurista con todas sus armas entre ellas la de la lógica, pero me parece que todas las aportaciones lógicas posibles (que, por lo demás, no son las únicas) no puede editarlas la lógica deóntica».

2.4. LA CONEXIÓN HECHO-DERECHO Y LA DETERMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

Hechos y derecho están relacionados desde el primer esbozo del círculo hermenáutico de la precomprensión⁶¹ y esta interrelación progresa a medida que ese círculo perfila más claramente y al compás en que se abre en un espiral, en el cual los hechos van observando, calificando y valorando jurídicamente y el derecho se entiende en relación con el hecho del caso, en una interrelación que culmina con la formulación quaestio por resolver.

En esas operaciones, «la conexión hechos-derecho no es —según entendió An Hernández Gil⁶²— la nueva operación de ensamblaje de aquéllos, ya establecidos, y éste, el derecho, ya determinado». La operación comienza de buen principio. Después es necesaria «una labor de aquilatamiento y de precisión. Las piezas han de ser puestas en disposición de integrarse. La acomodación presupone el reajuste. El derecho no es un troquel uniforme. Los hechos han de ser condensados y definidos en su dimensión jurídica. Este ensamblaje o conexión (...) no es el primer encuentro de los hechos con las normas, aunque sea, ciertamente, el decisivo y no es un mero encuentro —un choque o una tangencia— porque la acomodación de los factores supone una última y definitiva decantación al nivel de la correspondencia que, a su vez, se desarrolla en diversas fases».

De la última fase de la interpretación, es decir de la concreción de sus resultados y la determinación de sus consecuencias jurídica, entendida —según dice Antonio Hernández Gil⁶³— como «las derivaciones

⁶¹ Cfr MARTIN HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 32; cfr en castellano *El ser y el tiempo*, 2.ª ed., Madrid, 1991 pp. 166 y ss.

⁶² Antonio HERNÁNDEZ GIL, «El abogado y...», VI, 4, en *Obras completas*, vol I, p. 733.

⁶³ *Ibid*, pp. 740 y ss.

LA METODOLOGÍA Y EL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SEGÚN ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

Juan Vallet de Goytisolo

y los efectos ligados a una calificación [subrayo yo] determinada». Aquella consecuencia puede consistir en la determinación de una pena y de la responsabilidad civil consiguiente, en la declaración de la existencia de un contrato u otra relación jurídica; así como en la especificación del contenido efectos concretos, de un derecho (propiedad, derecho real en cosa ajena); de la tenencia de un crédito que, por razón de la causa que sea, puede implicar el pago de deuda, una devolución, una indemnización, una transmisión; la extinción de una relación o de un derecho de cualquier clase, con sus inherentes consecuencias liquidatorias, etc., etc.

Esta es —en suma— la nítida perspectiva que Antonio Hernández Gil nos ha mostrado de la concreción o determinación del derecho.