

EL PROYECTO DE CONSTITUCION DEL DERECHO PUBLICO COMO CIENCIA EN LA DOCTRINA ALEMANA DEL SIGLO XIX

Por JAVIER PEREZ ROYO

INTRODUCCION

De la misma forma que la teoría política clásica de la sociedad civil o burguesa nace polemizando explícitamente con la teoría política anterior y muy concretamente con la teoría política aristotélica-tomista (1), así también los primeros intentos de constitución del Derecho público como ciencia se caracterizan por su distanciamiento polémico y por la delimitación, tanto de su objeto de estudio como de su enfoque general del mismo respecto de los del Derecho público anterior a los del Estado moderno, a los del Estado propiamente dicho (2).

«La literatura de Derecho público del siglo pasado ha sido olvidada casi por completo en la actualidad» (3), decía Gerber a mediados del siglo pa-

(1) Esto lo he analizado detenidamente en un artículo, «El método de la teoría del Estado», en prensa, en uno de los próximos números de la revista *Sistema*.

(2) Para nosotros el concepto de Estado no es sinónimo de poder político, como se utiliza con frecuencia al hablar del «origen» del Estado, y, por lo demás, de manera general en la investigación política. Consideramos al Estado como una forma concreta de organización del poder político, que se diferencia de todas las demás por varias características: 1) por la concentración y monopolización del poder político; 2) por no ser una relación social de producción, y 3) por presentarse como el resumen de todas las contradicciones que se dan en la sociedad. Este concepto específico de Estado lo he desarrollado ampliamente en los cursos de Derecho político impartidos en la Universidad de Sevilla, multicopiados con el título general *La ciencia política como teoría del Estado*.

(3) C. F. GERBER: *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1913, pág. 1, reimpresión de la edición de 1852.

sado. «A nadie se le ocurre volver a ella cuando se trata de dar respuesta a alguna de las grandes cuestiones políticas, que en nuestros días mueven los espíritus» (4).

Esto no se debe, sin embargo, a la falta de calidad de los representantes de esta literatura jurídico pública, a la poca categoría de sus obras, ya que, como Gerber tiene muy buen cuidado en añadir, «los trabajos de Pütter, Häberlin y muy en particular los de Klüber y Posse, se distinguen en parte por la gran elegancia de su lenguaje y por el dominio de su materia» (5).

Las causas han de ser, por tanto, otras, que no tienen en principio nada que ver con la categoría personal de los autores, con motivos subjetivos, sino con cuestiones totalmente objetivas. La razón de la insuficiencia de la teoría jurídico pública anterior se debe exclusivamente a que su objeto de estudio era diferente al que tiene que analizar la nueva ciencia del Derecho público y a que, en consecuencia, sus conocimientos no resultan adecuados para la nueva realidad que se trata de reproducir científicamente.

«El Derecho público alemán ha pasado a ser un Derecho completamente nuevo; los fundamentos anteriores del mismo han sido destruidos, e incluso el terreno sobre el que dichos fundamentos descansaban ha sido modificado y renovado; el abismo entre el presente y el siglo pasado es más profundo que el que suele separar normalmente a una serie de siglos» (6).

¿A qué se debe esta renovación total del ámbito del Derecho público? ¿Cómo se concreta? Según Gerber, esta diferente determinación del objeto de estudio se pone de manifiesto en dos fenómenos esencialmente:

1.º En el carácter general del poder político en el Derecho público anterior, frente al carácter objetivo, despersonalizado, del mismo, típico del Estado moderno. «Si se quiere decir la verdad, entonces hay que reconocer que la mayor parte de los territorios no constituían en modo alguno Estados auténticos, que para la mayoría de estos últimos, tanto por lo que a sus fuerzas internas se refiere como en relación a su posición respecto al imperio, sólo parece apropiada aquella organización que hoy día se suele llamar la del Estado de derecho privado o Estado patrimonial. En sentido estricto no se trata de un Estado, sino de una suma de prerrogativas históricas tradicionales con conformación externa similar a la que se obtiene en Derecho privado, la cual debería ocupar el lugar del poder del Estado. El carácter general de estas situaciones consistía en la transformación de todas las relaciones jurídicas referentes a la vida total de un pueblo en relaciones jurí-

(4) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 1.

(5) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 1.

(6) C. F. GERBER, *op. cit.*, págs. 1-2.

dicas entre individuos, y concretamente a través de las mismas formas jurídicas en las cuales se presentan los derechos de los individuos como personas privadas. El derecho a gobernar se presenta como el derecho privado consuetudinario de un individuo, cuyo ámbito está delimitado a su vez por límites jurídico-privados y cuyos medios proceden en gran medida del patrimonio privado del príncipe» (7).

2.º Como consecuencia de este carácter privado del poder político, de la constitución de este poder como suma de determinados derechos particulares, se produce la imposibilidad de reproducir este objeto unitariamente a partir de unos principios generales y abstractos contenidos en el mismo y que serían sus elementos reguladores. La antigua teoría del Derecho público se tenía que limitar a efectuar una descripción de los diferentes derechos constitutivos del poder político, a ofrecer una «estadística» de los mismos (8), pero no podía constituirse en ciencia en sentido propiamente dicho. Pues para Gerber sólo es ciencia la comprensión unitaria de todos los fenómenos jurídicos en su forma de manifestación a partir de los elementos más generales y abstractos y, por tanto, más elementales contenidos en dichos fenómenos (9). La explicación científica no puede limitarse a la mera descripción de los fenómenos, sino a descubrir «el principio jurídico específico» (10) que los caracteriza, a encontrar la ley que los regula (11).

Con ello, Gerber nos está indicando cuál es la vía que se ha de seguir en el proceso de constitución del Derecho público como ciencia, así como los problemas que hay que resolver en este sentido.

En primer lugar, la delimitación y definición del nuevo objeto que se trata de reproducir científicamente.

En segundo lugar, la exposición de dicho objeto en su forma de manifestación externa.

Veámoslo pues.

(7) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 3

(8) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 9.

(9) En esto GERBER coincide con la tradición científica de las ciencias sociales de la sociedad civil o burguesa. Este planteamiento metodológico coincide en sus líneas generales con el de un HOBBS, un HEGEL, un A. SMITH o un MARX. Véase el artículo sobre «El método de la teoría del Estado» antes citado.

(10) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 12.

(11) De ahí que GERBER rechace expresamente como inaceptable el simple registro o yuxtaposición de los hechos políticos y de su reflejo jurídico particular como elaboración científica. Véase *op. cit.*, pág. 8.

LA DETERMINACION DEL OBJETO. EL «ESTADO POPULAR ORGANICO»

¿En qué consiste la modificación esencial que se ha producido en el objeto del Derecho público que ha provocado la total obsolescencia de la teoría jurídico pública anterior?

Gerber centra su respuesta a esta cuestión en dos puntos negativos y uno positivo:

El primer punto negativo consiste en la superación de lo que él llama «vinculación antinatural» (12) del poder político con la persona del titular del mismo. El poder político del Estado no puede ser objeto privado sometido a la disposición de una persona determinada, sino que ha de ser algo despersonalizado, fundamento de las competencias de los individuos que lo ponen en movimiento.

El segundo consiste en la superación de la división del poder político en múltiples componentes, yuxtapuestos los unos a los otros, y en la organización de dicho poder como una instancia única con el monopolio del ejercicio de la fuerza. Es decir, en el proceso de concentración y monopolización del poder característico del Estado en cuanto forma política frente a otras formas anteriores de organización del poder político (13).

A la superación de estas dos características del poder político anterior corresponde la consideración del Estado como organismo (14). «Nosotros nos imaginamos al Estado como un organismo en el cual se resumen las fuerzas morales del pueblo para la consecución de los fines sociales supremos y lo dotamos con la idea de la *personalidad*, ya que se trata de un ente que quiere y que actúa. El alma del mismo es el *poder del Estado*; éste es el *punto central* de un sistema correcto del Derecho público cuya primera tarea es la respuesta a esta cuestión: ¿qué puede querer el Estado y de qué manera puede manifestar su voluntad? De esta forma asentamos la naturaleza jurídica del poder del Estado, en cuanto fuerza de voluntad del Estado, en el concepto de *gobierno*. Gobernar es la forma más completa de

(12) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 15.

(13) C. F. GERBER: «Über die Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete», en *Aegidis Zeitschrift*, 1865, pág. 8.

(14) GERBER utiliza ampliamente la distinción entre organismo y mecanismo en la elaboración de su teoría jurídica, distinción a la que ya HEGEL le había concedido una gran importancia para diferenciar el Estado moderno de las formas anteriores de organización del poder político. Véase HEGEL: *Rechtsphilosophie*, en *Obras*, tomo 7, Frankfurt am Main, 1970, pág. 415.

expresión de la capacidad volitiva que el Derecho conoce» (15). «Con la idea del Estado, como la concebimos ahora —dice más adelante—, la idea del mismo como un objeto que se encuentra en la esfera de voluntad de un hombre particular, es completamente incompatible... Para nosotros el Estado es un ordenamiento completamente autónomo que descansa sobre un fundamento ético propio» (16).

En esta nueva definición del objeto del Derecho público, centrada en la existencia de un poder único, despersonalizada y con el monopolio del ejercicio de la fuerza física, está presente en realidad todo el proceso histórico-sociológico de la constitución del Estado moderno. Ya que un tal objeto exige la supresión de las relaciones de supra y subordinación política entre los individuos, así como la imposición del principio de igualdad con la fuerza de un prejuicio popular; exige la concentración y monopolización del poder; exige la consideración del mismo como un ente autónomo diferente de la sociedad civil o burguesa; exige que en el propio Estado resida el fundamento de todas las competencias ejercidas por los diferentes poderes públicos; exige, finalmente, la centralización de la administración pública, etcétera.

Pero este proceso, como Gerber ve muy bien, es un proceso político difícilmente identificable con unas normas jurídicas determinadas. Mientras que en la organización iusprivatística del poder político anterior el momento jurídico era un momento constitutivo determinante de dicho poder, en el Estado esto ya no es así. El concepto de organismo, de «Estado popular orgánico», con el que Gerber intenta definir la conexión lógica entre el desarrollo político y social y la estructura jurídica del Estado, no puede, sin embargo, resolver de manera absoluta las diferencias que existen entre la política y el derecho. Se las puede vincular, examinarlas desde una perspectiva unitaria, pero lo que no se puede es identificarlas.

Por eso Gerber dice que el concepto de organismo, a pesar de lo fructífero y de lo necesario que es para la concepción de la vida del Estado, no es un concepto jurídico estricto. Su relación con el Derecho consiste simplemente en indicar el contenido material de una forma jurídica, la cual no lo absorbe por completo. Aquí se repite, por tanto, la relación general entre lo fáctico, lo orgánico y el derecho. Es exactamente lo mismo que ocurre con la consideración jurídica de la familia. Esta es, ante todo, un presupuesto de hecho no jurídico, puramente ético, y al Derecho no le corresponde sustraerle a la idea de familia su terreno natural y trasplantarla a otro diferente,

(15) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 9.

(16) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 12.

sino que el Derecho da por supuesta más bien la institución de la familia como algo dado y se limita a fijar en términos jurídicos determinados aspectos de ella. Así también el Estado, como organismo, es un concepto dado en el terreno de la moral; el Derecho no lo engendra al darle una forma jurídica, sino que lo da por supuesto y se reduce exclusivamente a ofrecerle un método adecuado para regular el movimiento de sus miembros de acuerdo con la idea de organismo. De ello resulta que para el Derecho no existe necesidad alguna de determinar la naturaleza jurídica del Estado en su integridad, sino simplemente encontrar la forma jurídica apropiada para articular la realidad histórico-sociológica que es el Estado (17).

En consecuencia, lo que diferencia a esta concepción del Estado frente a la concepción del siglo anterior no reside exclusivamente en que le suprime al Estado su posición como objeto de una determinación de voluntad jurídico privada, sino en que ha abandonado por completo la pretensión de construir el concepto de Estado en una forma jurídica cualquiera que ésta sea y en que acepta más bien la consideración del mismo como un ente político al que hay que dar forma jurídica (18).

O expresado en otras palabras: el Estado moderno, el Estado propiamente dicho, es ante todo un producto histórico, una realidad política, en cuya constitución no interviene el Derecho de manera determinante. El Derecho interviene *a posteriori* como elemento de conformación, de configuración de esa realidad política que es el Estado. Se trata, por tanto, de ver qué conexión orgánica existe entre estos dos momentos: el momento político y el momento jurídico; de cómo pueden ser explicados unitariamente.

Con esto entramos ya en el núcleo central de la exposición del sistema de Gerber: el de las relaciones entre los momentos político y jurídico, el de cómo condiciona todo el proceso histórico de constitución del Estado moderno la representación jurídica que se ha de hacer del mismo.

CONEXION DE LOS MOMENTOS POLITICO Y JURIDICO DEL ESTADO

En el prefacio de sus *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* formula Gerber cuál es el objeto científico de toda su obra, que consiste en la «precisión más aguda y concreta de los conceptos dogmáticos fundamentales» (19) y en el «establecimiento de un sistema científico en el cual las

(17) C. F. GERBER: *Über öffentliche Rechte*, págs. 17-18.

(18) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 18.

(19) C. F. GERBER: *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, Aalen, 1969, Vorrede, pág. V.

diferentes formas de manifestación se presenten como desarrollos de un *pensamiento fundamental único*» (20).

Parece, pues, en principio, que se trata para Gerber de construir una dogmática del Derecho público similar a la del Derecho privado, de considerar al sistema de Derecho público como un todo coherente, que se explica por sí mismo sin necesidad de tener que recurrir para nada a realidades que están más allá de él y muy concretamente a la política (21). Pero no es así, pues en esta finalidad científica, como hemos señalado antes, está ya implícita la consideración de todo el proceso de constitución del Estado moderno y de la diferente organización del poder político que éste representa frente a formas anteriores. Plantearse la constitución del Derecho público como ciencia, de la forma en que él lo hace, presupone ya una determinada configuración del objeto que la hace posible, pues son causas objetivas y no subjetivas las que hacen posible la constitución unitaria del Derecho público a partir de un principio fundamental único (22).

Más aún, precisamente lo que hemos visto hasta el momento es que el Estado es una realidad política no susceptible de ser definida conceptualmente en forma jurídica absoluta, y, en consecuencia, la ciencia jurídico-pública, en cuanto ciencia que tiene por finalidad reproducir científicamente al Estado desde una perspectiva unitaria, debe ante todo preocuparse por el proceso a través del cual el concepto político de Estado antes formulado ha de ser puesto en conexión con el concepto jurídico del mismo para desarrollar un sistema jurídico-público.

Hasta el momento conocemos algunas características distintivas de este nuevo objeto que ha de ser analizado científicamente desde una perspectiva jurídica: primero, la superación del carácter privado del poder político; segundo, la concentración y monopolización de las diferentes esferas políticas en una instancia unitaria, y tercero, la consideración de esta instancia unitaria como un organismo en el que sus diferentes partes son consideradas como miembros del mismo recíprocamente coordinados.

Pero ahora se trata de dar un paso más y de precisar con más detalle el contenido de este organismo o, lo que es lo mismo, caracterizarlo no sólo formalmente, sino también materialmente.

Según Gerber, dicho contenido está determinado por la representación

(20) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. VI.

(21) Ya veremos cómo la obra de GERBER acaba en esto, en pura dogmática jurídica, arrojando por la borda la elaboración teórica por él mismo efectuada acerca de los fundamentos políticos del Estado moderno.

(22) Esto, como vimos, era algo que GERBER resaltaba expresamente al referirse a la literatura jurídico-pública del siglo XVIII.

de la identidad entre Estado y pueblo, por la consideración del Estado como la organización jurídico-política del pueblo o como el pueblo organizado político-jurídicamente. «En el Estado —dice— un pueblo obtiene el ordenamiento jurídico de su vida comunitaria» (23). El Estado representa al «pueblo mismo en su configuración política» (24).

Una vez superado el carácter privado del poder político no hay otro fundamento posible del mismo que su consideración como una forma más de manifestación de la vida de los individuos en sociedad. Y puesto que se trata de una forma de manifestación que comprende no a uno o varios individuos, sino a todos y que tiene como finalidad representarlos unitariamente, sólo puede tener como fundamento la expresión global de estos individuos: el pueblo, *das Volk*.

Esto no basta, sin embargo, como punto de partida para la constitución de un sistema de Derecho público. La construcción jurídica del Estado y de sus partes, como toda construcción jurídica, tiene que ver con la delimitación de relaciones entre las voluntades de los individuos, de sujetos jurídicos. Y para esta tarea específica el concepto de organismo sólo tiene valor como descripción de los fundamentos naturales sobre los que se eleva el edificio de las relaciones de voluntad jurídico-públicas. Pero la construcción jurídica tiene que vincularse a la idea de que el Estado tiene una propia capacidad volitiva, tiene personalidad propia, pues no es posible desarrollar el Derecho público sin su vinculación a la personalidad del Estado (25).

En consecuencia, se trata de ver cómo el pueblo organizado jurídicamente en el Estado llega a adquirir el momento de la *personalidad*; qué conexión existe entre el organismo «natural, político»; qué es el Estado considerado políticamente, y el momento de la personalidad necesario para la consideración jurídica del mismo.

Aquí Gerber vuelve a servirse de la contraposición entre el Estado moderno y formas anteriores de organización del poder político, para demostrar cómo la propia estructura de éstas no podía llevar a la representación de un ente estatal con autodeterminación unitaria libre y, por tanto, tampoco a desarrollar el concepto de personalidad estatal y un sistema de Derecho público a partir de un principio fundamental único.

Por el contrario, en el concepto de organismo con el que se define al Estado moderno, esto sí es posible. «Con esto (con la definición del Estado

(23) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 1.

(24) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 200.

(25) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 221; véase también PETER VON OERTZEN: *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt, 1974, pág. 177.

como organismo) se quiere decir que el Estado es una comunidad con una fuerza de desarrollo interna autónoma; ... que las partes individuales son miembros que trabajan en una acción vital coordinada, los cuales, a diferencia del organismo natural, no trabajan inconsciente, sino conscientemente dirigidos; ... que el movimiento del Estado descansa en la propia fuerza vital de estas partes, de estos miembros y no en un impulso externo, como el curso de una rueda mecánica. Todas estas ideas son ideas muy apropiadas para resaltar partes importantes de la vida estatal» (26).

En dicho organismo está ya presente la representación de un ente estatal dotado de una voluntad propia unitaria, libremente determinada, a la que se puede vincular el momento jurídico de la personalidad del Estado, indispensable para la construcción de un sistema científico, es decir, presidido por un principio fundamental unitario.

La concepción orgánica y jurídica del Estado se relacionan, pues, como dos análisis del mismo objeto desde puntos de vista diferentes (27), como dos análisis que se condicionan mutuamente y que son necesarios ambos para una consideración total del Estado.

El sistema del Derecho público se presenta, por tanto, como un sistema vinculado a la forma de organización política del pueblo dotada de personalidad autónoma, personalidad que se pone de manifiesto de manera patente en el poder del Estado. Escribe Gerber: «Se puede decir también que el Derecho público es la teoría de la voluntad del Estado. La manifestación externa del poder del Estado es el gobierno. El gobierno designa la voluntad específica que constituye el contenido de la personalidad del Estado. De acuerdo con su esencia, el poder del Estado es la fuerza total moral, la voluntad moral total, la voluntad general del pueblo como un todo ético» (28).

Junto a este momento de la expresión unitaria de la voluntad general del pueblo en la personalidad del Estado que se manifiesta en el propio poder del Estado, Gerber considera un segundo momento como decisivo en el análisis jurídico del Estado. Es lo que él designa como punto histórico cultural que indica el comienzo de la época moderna y que consiste en que el Derecho propiamente dicho constituye el contenido de la representación del Estado como organismo. Este punto histórico cultural se pone de manifiesto en que los hombres no están dispuestos a someterse pacientemente a la autoridad ajena, bien de Dios bien del monarca, sino que pretenden tomar en sus propias manos la dirección de sus propios asuntos. El nuevo Estado

(26) C. F. GERBER, *op. cit.*, págs. 219 y sigs.

(27) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 218.

(28) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 3.

debe descansar por completo en sí mismo. Todo poder debe tener sus raíces en él y no fuera de él. Debe ser por completo una cosa pública, *res publica*, en la medida en que se convierte en un poder accesible a todos y a todos por igual. Se trata, pues, de la tendencia moderna a la inmanencia del ordenamiento jurídico y a la autodeterminación de los hombres que viven en sociedad (29).

Ambos momentos están íntimamente ligados en la medida en que la concentración y monopolización del poder en una instancia única conduce a que los ciudadanos estén interesados en determinar el contenido de dicha voluntad y al mismo tiempo la participación ciudadana conduce a la unificación e intensificación de dicha voluntad.

Como consecuencia del desarrollo lógico de estos dos momentos, resulta evidente que la voluntad general del pueblo constituye la sustancia, el contenido del poder del Estado. Voluntad que ha de ser general para evitar que la voluntad dominante se le imponga al pueblo como algo externo y que ha de ser real, y no una ficción, para que la realización de dicha voluntad se produzca no sólo idealmente, sino también en la realidad. De esta forma la recepción del desarrollo histórico-político implícito en el Estado moderno tenía que conducir necesariamente a Gerber a una concepción del Estado basada en la teoría que comúnmente se conoce como soberanía popular. Y, en consecuencia, éste debería ser en última instancia el principio fundamental unitario a partir del cual habría que desarrollar todo el sistema jurídico-público (30).

Pero en este momento Gerber interrumpe el proceso lógico que había venido desarrollando, abandona los principios teóricos formulados hasta entonces y pasa a analizar el Derecho público vigente en la Alemania de la época, análisis que le va a conducir a la negación de los principios antes formulados y a la negación de la explicación unitaria de los elementos político y jurídico del Estado moderno. De esta forma tira por la borda todo su proyecto de constitución científica del Derecho público. La consideración o explicación unitaria de la política y el derecho deviene imposible y hay que centrarse, por tanto, en uno de ellos abandonando el otro, Gerber abandonará el momento político, limitándose a la consideración del sistema jurídico público positivo, como si se explicara por sí sólo, inaugurando una línea de estudio que pasó a ser la dominante en el Derecho público desde entonces.

Con ello entramos en el segundo problema del sistema de Gerber.

(29) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 227, y PETER VON OERTZEN, *op. cit.*, pág. 182.

(30) PETER VON OERTZEN, *op. cit.*, pág. 183.

LA EXPOSICION DEL SISTEMA DE DERECHO PUBLICO

Como el propio título de su obra indica (31), Gerber no se propone desarrollar un sistema de Derecho público correspondiente al Estado moderno, es decir, un sistema de la articulación jurídica del Estado moderno, sino que pretende desarrollar un sistema del Derecho público alemán.

Ahora bien, como la forma de Estado existente en la Alemania de la época era la Monarquía constitucional o Monarquía limitada con una estructura organizativa peculiar, dualista, la exposición del sistema de Derecho público de Gerber va a conducir:

- A) A la negación del carácter unitario del sistema.
- B) A la negación de la tesis de la soberanía popular.
- C) A la inversión del planteamiento de las relaciones entre los derechos y libertades de los individuos y el poder del Estado.

Monarquía constitucional y negación del carácter unitario del sistema

La primera consecuencia de la contradicción entre la finalidad científica de Gerber y su pretensión de construir un sistema de Derecho público alemán va a ser la imposibilidad de mantener el carácter unitario de dicho sistema, que era precisamente la condición imprescindible de su científicidad.

Y ello por una razón fundamental: porque la estructura constitucional de la Monarquía limitada que él trata de reflejar en un sistema jurídico no es una estructura unitaria, sino una estructura dualista, resultado del compromiso entre principios contradictorios; por una parte, de los elementos básicos constitutivos del Estado moderno a los que Gerber se refería expresamente y que hemos analizado con anterioridad, y por otra, de determinados elementos incorporados de la forma anterior de organización del poder político (32).

De ahí que todo intento de exposición de un sistema de Derecho público que reflejara esta estructura constitucional tuviera que estar condenada ne-

(31) *Rasgos fundamentales del Derecho público alemán.*

(32) La estructura constitucional de la Monarquía constitucional o Monarquía limitada la he estudiado de forma muy detallada en mi tesis doctoral sobre *La reserva de ley*.

cesariamente a reproducir dicha estructura dualista y a no poder presentarla desde un punto de vista unitario como desarrollo de un único principio fundamental.

Pero esto no se ve con toda claridad en el problema de la soberanía, que, como es sabido, constituye el problema básico de la definición del Estado moderno (33).

Negación de la soberanía popular

Ya hemos visto antes cómo el desarrollo lógico de los dos principios básicos del Estado moderno, la consideración del Estado como un poder objetivo, desvinculado de su unión antinatural con la persona del príncipe y el principio de la autodeterminación ciudadana, del autogobierno por parte de los propios componentes de la comunidad estatal, debería conducir a Gerber a un desarrollo del sistema de Derecho público a partir del principio de la soberanía popular. Incluso el concepto de «Estado popular orgánico» parece ser, dentro de la teoría de Gerber, el punto de unión de la política y el derecho, el momento en el que se articula el elemento político del Estado con el momento jurídico del mismo.

Y, sin embargo, la dirección que va a tomar Gerber va a ser completamente diferente. Frente a este desarrollo lógico, a partir de los principios previamente formulados, Gerber va a seguir el camino opuesto, centrado exclusivamente en el análisis del Derecho positivo y en reflejar su contenido.

(33) Entendemos aquí la soberanía no en el sentido en que la formuló BODINO, sino en el sentido en que es desarrollada por HOBBS y por la teoría clásica del Estado. Tanto desde un punto de vista formal como material se diferencian uno y otro. Para BODINO la soberanía se caracteriza formalmente por la coexistencia de múltiples poderes políticos entre los que hay que establecer un orden jerárquico. El concepto de soberanía es el instrumento empleado para la fijación de ese orden. Materialmente el concepto de soberanía se caracteriza por la incapacidad de fijar a priori, mediante un criterio general, el contenido de dicha soberanía. (Véase BODINO: *Les Six Livres de la Republique*, Aalen, 1964, págs. 215, 222-23, 224, 228, 231 y 236.) Por el contrario, para la teoría del Estado desde HOBBS en adelante se da una coincidencia entre el contenido y la forma del concepto de soberanía, en la medida en que se predica del único poder que existe en la sociedad, el poder del Estado, que tiene el monopolio del poder político y al que es, por tanto, inútil y superfluo fijarle determinadas competencias. (Véanse HOBBS: «Leviathan», en *English Works*, tomo 3, págs. 157, 158, 224, 308 y 309; MONTESQUIEU: «De l'Esprit des Lois», en *Oeuvres*, Paris, 1964, pág. 535; ROUSSEAU: «Du Contrat Social», en *The Political Writings of J. J. Rousseau*, ed. Vaughan, Nueva York, 1962, págs. 35, 42 y 43, y HEGEL, *op. cit.*, págs. 442-443.)

Aquí la teoría jurídica pública se encontraba, no obstante, con un problema de difícil solución. Por un lado, en el Estado moderno, a diferencia de lo que ocurre en formas anteriores de organización del poder político (34), la soberanía tiene que ser una característica del poder del Estado que se impone tanto hacia el exterior como en el interior, es decir, tiene que ser expresada de manera unitaria. Por otro, en la estructura de la Monarquía constitucional esto parece imposible, en la medida en que existen diversos órganos, fundamentalmente el monarca y la representación parlamentaria, con pretensiones ambos de ser portavoces de dicha soberanía (35).

En principio, parece que la solución lógica debería ser la de que la representación parlamentaria fuera el órgano encargado de representar la soberanía estatal, ya que en ella se dan las dos características antes señaladas de despersonalización del poder y de autogobierno; pero la solución de Gerber, y con él de toda la teoría posterior, va a ser la contraria, la de hacer titular de la soberanía al monarca y la de convertir a la representación parlamentaria en un mero órgano limitador de dicha soberanía (36).

En la persona del rey, dice Gerber, en cuanto expresión de la personalidad del pueblo, el poder del Estado obtiene un carácter jurídico (37). «El monarca es el órgano de voluntad supremo del Estado. Su voluntad debe tener vigencia como voluntad general, como voluntad del pueblo» (38).

La contradicción entre los principios teóricos y esta conclusión es evidente. Por una parte, la afirmación de Gerber de que el contenido del Estado en cuanto expresión de la voluntad del pueblo tiene que ser un contenido real, ha sido sustituida por la identificación de la voluntad del pueblo con la voluntad del monarca. Por otra, dicha ficción sólo puede mantenerse mediante la escisión de la forma y el contenido del concepto de voluntad y

(34) Véase, por ejemplo, la crítica de HEGEL al concepto de soberanía de la Monarquía y su contraposición al concepto de soberanía en el Estado moderno, *op. cit.*, págs. 442-443.

(35) Este problema lo he analizado de forma muy pormenorizada en mi tesis doctoral antes citada, en la que efectúo una exposición muy detenida de la teoría orgánica alemana, así como de su conexión con la teoría realista francesa de ROYER COLLARD.

(36) Esta va a ser la solución general al problema de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo en la teoría constitucional alemana anterior a la República de Weimar, solución que va a determinar la delimitación de las competencias entre ambos poderes. Véase sobre este tema la bibliografía incluida en mi tesis doctoral.

(37) C. F. GERBER: *Über öffentliche Rechte*, pág. 43.

(38) C. F. GERBER: *Grundzüge...*, pág. 77.

la reducción del Estado al simple acto de voluntad, es decir, al gobierno y a la administración propiamente dichas (39).

Con lo cual resulta que el Estado no es una forma organizativa de los individuos, construida a partir de sus relaciones sociales y regulada jurídicamente en cuanto expresión de la voluntad colectiva de los ciudadanos, sino que el Estado es un sujeto único de derecho, dotado de fuerza, de poder, cuya expresión es la voluntad del monarca y que sin ninguna vinculación previa se relaciona con los demás sujetos de derecho, los súbditos, que caen dentro de su ámbito de acción. Todo el proceso histórico-político constitutivo del Estado moderno ha sido cancelado y sustituido por la exposición del sistema de Derecho público positivo alemán de la época como si no existiera contradicción alguna entre ambos.

*Inversión de las relaciones entre los derechos y libertades
de los ciudadanos y el poder del Estado*

Pero tal vez sea en este último punto donde mejor se pone de manifiesto la contraposición entre la perspectiva histórico-política y la perspectiva exclusivamente jurídica en la consideración del Estado.

Desde la primera (40), puesto que el Estado es considerado, por una parte, como una forma de manifestación social de los individuos que constituyen el soporte objetivo de este poder despersonalizado y, por otra, como un poder cuya legitimación hay que buscarla en el propio autogobierno de los ciudadanos, parece lógico que el problema de los derechos y libertades de los ciudadanos, soportes de ese poder político, debería ser el momento fundamental a partir del cual explicar posteriormente la organización y la actividad del Estado. Y, sin embargo, no es así. Según Gerber no es infrecuente en la ciencia jurídica que «un resultado sumamente importante para la vida práctica sólo puede ser tratado desde el punto de vista de una concepción puramente sistemática como un fenómeno secundario» (41). Por muy importantes que sean para la vida de los hombres en sociedad el problema de los derechos y libertades públicas, para el sistema jurídico son, sin embargo, de importancia secundaria subordinada.

(39) Esta concepción es perfectamente comprobable en la teoría alemana del Derecho público del siglo XIX, en particular en el análisis de las relaciones entre la Administración y la ley, en la potestad reglamentaria de la Administración, etc. Véase JESCH: *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1966.

(40) C. F. GERBER: *Über...*, págs. 63-64.

(41) C. F. GERBER: *Grundzüge...*, pág. 227.

Esto se pone de manifiesto en dos puntos esencialmente:

En primer lugar, en la consideración del individuo como súbdito como condición previa para considerarlo como titular de determinados derechos. No es el simple hecho de ser miembro de una comunidad lo que le otorga a un individuo determinados derechos, entre otros los de participar en la vida política, sino que es el hecho de estar sometido al poder político estatal, el hecho de ser un súbdito, un *Untertan*, lo que le confiere al individuo determinados derechos. «Todos estos derechos públicos sólo los tiene el individuo en el Estado por el hecho de pertenecer jurídicamente a este Estado como un súbdito» (42). El individuo no es concebido como sujeto del poder del Estado, sino como objeto de dicho poder (43).

En segundo lugar, en la inversión en la estructura de su obra, incluso en la dedicada a los derechos públicos subjetivos (44), de la posición del monarca y de los súbditos, del poder estatal y los ciudadanos. El análisis del derecho del monarca a ocupar la posición suprema del Estado, el estudio de la vinculación del derecho del monarca con la persona del rey y el derecho incluso de los funcionarios en cuanto prolongación del monarca preceden al análisis de los derechos de los ciudadanos, de los súbditos (45).

Lo cual es, por lo demás, lógico, ya que la posición del monarca es concebida de una manera positiva como determinante de la vida del Estado, mientras que los derechos de los ciudadanos son concebidos desde una perspectiva totalmente negativa. «El punto de vista general de los llamados derechos públicos (libertades públicas) —dice Gerber— sólo puede ser encontrado en algo negativo, concretamente en que el Estado en el gobierno y sometimiento del individuo se mantiene dentro de los límites acordes con su naturaleza y deja libre de su círculo de influencia aquella parte de la personalidad humana, que, de acuerdo con la idea germánica de la vida en comunidad, no puede ser sometido a la acción coactiva de la voluntad general. *Los derechos individuales son, por tanto, derechos puramente negativos*» (46).

De esta forma se consuma la inversión y contraposición entre los principios en los que Gerber pretende resumir el desarrollo histórico y sociológico que está implícito en esa forma de organización del poder político que

(42) C. F. GERBER, *op. cit.*, pág. 227.

(43) C. F. GERBER: *Über...*, págs. 62-63.

(44) En esta obra se trata sucesivamente del derecho del monarca, el derecho de los funcionarios y el derecho de los súbditos.

(45) Y lo mismo ocurre con los *Grundzüge* que tienen una estructura similar.

(46) C. F. GERBER: *Über...*, págs. 64-65.

llamamos Estado y la articulación de su sistema de Derecho público, en el que dichos principios son arrojados por la borda para quedar limitada a la exposición del Derecho público positivo vigente en la Alemania de la época. La exposición unitaria de la política y el derecho resulta ser, para Gerber, una tarea impracticable, teniendo que renunciar a la una o al otro. Gerber se decide por el segundo, iniciando una línea de desarrollo del Derecho público que hizo época y que se convirtió sin lugar a dudas en la línea dominante en la investigación jurídico-pública desde entonces. No en vano sus estudios, tanto sobre los derechos públicos subjetivos como sobre las líneas fundamentales del Derecho público alemán, fueron calificados, ya inmediatamente después de su publicación, por Gierke como *epochemachende Schriften* (47).

LA CONSAGRACION DE LA TENDENCIA FORMALISTA EN EL ESTUDIO
DEL DERECHO PUBLICO

Sin embargo, el éxito y la difusión de este enfoque exclusivamente jurdicista del Derecho público, prescindiendo por completo de todo intento de explicación unitaria de la política y el derecho, no fue atribuido primariamente a Gerber, que era en realidad quien había sentado las bases para el mismo, sino a Laband, cuyo *Staatsrecht des Deutschen Reiches* (48) se convirtió en el modelo científico a imitar en el estudio del Derecho público.

Los motivos de esto son claros. Por una parte, en la obra de Gerber se reflejan todavía las circunstancias políticas conducentes a la sustitución de una forma determinada de organización del poder político por otra, circunstancias que hacen difícil la consolidación de su sistema jurídico. «En general —dice Gerber—, una época en la que una organización desplaza a la otra, en la que todas las relaciones públicas son concebidas en una oscilación permanente y en la que lo existente está amenazado en todo momento por una revolución, es desfavorable para la ciencia jurídica; es una época para la política y no para el derecho» (49). Por otra parte, este reflejo pone de manifiesto contradicciones entre los presupuestos histórico-políticos de los que se parte y el desarrollo posterior de su sistema de Derecho público.

Por el contrario, en la obra de Laband ya no se da nada de esto. La

(47) O. GIERKE: *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatstheorien*, Tübingen, 1915, pág. 20.

(48) P. LABAND: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 7.ª ed., Tübingen und Leipzig, 1901.

(49) C. F. GERBER: *Über...*, pág. 11.

situación política en el momento en el que escribe su tratado es ya mucho más estable y el proceso de constitución del nuevo Estado alemán puede ser considerado por él como un simple «hecho histórico» (50), como un mero presupuesto del que la ciencia jurídica no tiene por qué ocuparse.

«Con la edificación de la Constitución y con su aplicación las relaciones del nuevo Derecho público se articulan cada vez de forma más profunda y rica y cada vez deviene más difícil, pero también más importante, fijar los fundamentos unitarios y los principios rectores que se presentan en las formas de manifestación particulares de la vida jurídico-pública; surgen en la propia práctica una cantidad inagotable de cuestiones y dudas que tienen que ser decididas no según el desco político o el poder político, sino de acuerdo con los principios fundamentales del Derecho existente. Después de que la realidad de la nueva configuración política de Alemania ha sido realizada, surge la necesidad de expresar conscientemente en qué ha consistido esta realidad, qué éxito es el que ha efectuado. *La satisfacción de esta necesidad es tarea de la ciencia jurídica*» (51).

Pero esta tarea de la ciencia jurídica no puede considerarse que está cumplida con la simple apropiación de la materia que se tiene que reproducir, con su catalogación y exposición, ya que para Laband, como para Gerber, ciencia es explicación de los fenómenos a partir de los principios generales en ellos contenidos. «El análisis científico del Derecho consiste precisamente en que no sólo describe las formas de manifestación de la vida jurídica, sino en que la explica y la reconduce a conceptos generales» (52). En concreto, la tarea de la ciencia del Derecho público consiste «más bien en el análisis de las relaciones jurídico-públicas recién nacidas para fijar la naturaleza jurídica de las mismas y para hallar los conceptos jurídicos más generales a los que aquéllas están sometidas» (53).

Así, pues, lo que caracteriza al Derecho público, según Laband, son dos circunstancias: una negativa y otra positiva,

La circunstancia negativa consiste en la supresión de toda consideración política en el estudio del Derecho público. La política es un hecho que subyace al Derecho público, pero que a éste en cuanto tal no tiene por qué interesarle de manera expresa. El derecho empieza precisamente allí donde acaba la política y es una ciencia autónoma que ha de ser desarrollada a partir de sus propios principios. Cualquier intento de explicación unitaria de la política y el derecho está excluido por hipótesis.

(50) LABAND, *op. cit.*, pág. V.

(51) LABAND, *op. cit.*, págs. V-VI.

(52) LABAND, *op. cit.*, pág. VI.

(53) LABAND, *op. cit.*, pág. VI.

En consecuencia, y ésta es la circunstancia positiva, la ciencia del Derecho público sólo puede ser una dogmática jurídica en la que mediante un procedimiento exclusivamente lógico se va deduciendo de los principios más generales y abstractos en ella incluidos las formas de manifestación de los fenómenos jurídicos tal como se presentan en la realidad. Con lo cual se demuestra al mismo tiempo la coherencia entre los fenómenos jurídicos y los principios inspiradores del sistema, y la imposibilidad de que en un sistema jurídico puedan existir lagunas, ya que al tener que ser explicados todos los fenómenos jurídicos unitariamente a partir de los principios generales del sistema, la imposibilidad de efectuar esta explicación sólo podría darse mediante la negación del carácter sistemático de la ciencia jurídica (54). Un sistema jurídico es un todo coherente que se explica por sí mismo sin necesidad de recurrir a elementos externos.

Naturalmente esto no quiere decir que Laband considere que una exposición del Derecho público con este procedimiento exclusivamente lógico baste para una comprensión total de la realidad a la que dicha rama del Derecho está vinculada. Lo que sí afirma es el carácter absolutamente necesario de este procedimiento para el estudio y exposición de la ciencia jurídica, insustituible por ningún otro tipo de investigación histórica o política. «Sé muy bien —dice Laband— que el imperio exclusivo del análisis lógico del Derecho sería algo unilateral y perjudicial y en cierto sentido ocasionaría un empobrecimiento de nuestra ciencia. Yo no desconozco la importancia de las investigaciones histórico-jurídicas... ni el valor que tienen la historia, la economía, la política y la filosofía para el conocimiento del Derecho. La dogmática no es el lado único de la ciencia jurídica, pero sí es uno de sus lados. La tarea de la dogmática de un determinado Derecho positivo consiste en la construcción de las instituciones jurídicas, en la reconducción de los fenómenos jurídicos particulares a los conceptos más generales y, por otra parte, en la deducción de las consecuencias que resultan de estos conceptos. Esta es una actividad mental puramente lógica. Para la solución de esta tarea no hay otro medio que la lógica; todos los análisis históricos, políticos y filosóficos no tienen influencia en la dogmática de una determinada materia jurídica y sólo sirven frecuentemente para ocultar la falta de trabajo de construcción jurídica» (55).

La contraposición entre la política y el derecho, entre el método histórico-

(54) LABAND: «Las leyes pueden tener lagunas, pero el orden jurídico no puede tenerlas, de la misma manera que tampoco las puede tener el orden de la naturaleza» (*Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege*, 1871, pág. 75).

(55) LABAND, *op. cit.*, pág. IX.

político para la observación de una determinada realidad y el método jurídico resulta evidente. Aquí ya no hay contradicciones como en el sistema de Gerber, no hay mala conciencia (56), sino todo lo contrario. Más bien encontramos la constatación del triunfo y de la expansión de la concepción científica que se propone. «Una simple ojeada al desarrollo de la literatura jurídico-pública de los últimos diez años me da la seguridad de que esta lucha ha estado acompañada por el éxito; el método jurídico de análisis del Derecho público ha encontrado numerosos partidarios, e incluso aquellos a los que gusta atacarlo se esfuerzan al mismo tiempo por seguirlo» (57).

Así, pues, en la obra de Laband no encontramos ya ni siquiera el fracaso de un intento de explicar unitariamente la política y el derecho, el proceso histórico-político de constitución del Estado moderno y de su articulación jurídica, sino que nos encontramos con una renuncia, *a priori*, a plantear siquiera esa explicación unitaria. La separación de la política y el derecho se ha consumado.

LA CULMINACION DEL FORMALISMO JURIDICO

Pero es a Kelsen a quien se debe el haber llevado hasta sus últimas consecuencias la orientación jurídicista en el Derecho público. Para la teoría jurídico-pública anterior el sistema de Derecho público tiene que ser estudiado autónomamente de la mano del Derecho positivo vigente; pero dicha teoría no pretende en modo alguno haber agotado el objeto que trata de investigar, el Estado moderno, con este estudio, sino que afirma más bien de manera expresa que su visión de este objeto es una visión limitada, reducida a una perspectiva concreta del mismo. Junto a ella es posible y necesario que se desarrollen otras ciencias que estudien dicho objeto desde otras perspectivas. «El imperio *exclusivo* del análisis lógico del derecho sería algo unilateral y perjudicial y en cierto sentido conduciría a un empobrecimiento de nuestra ciencia» (58), decía Laband.

El Estado, como ya vio Gerber, es una realidad histórico-jurídica imposible de reducir a pura norma jurídica. La norma jurídica puede encauzar o articular dicha realidad que le está presupuesta, pero no puede llegar en modo alguna a su identificación. Precisamente en esto es en lo que se diferencia el nuevo objeto del Derecho público del de la teoría jurídico-pública an-

(56) C. F. GERBER: *Über...*, págs. 62-63, y *Grundzüge...*, pág. 227.

(57) LABAND, *op. cit.*, pág. X.

(58) LABAND, *op. cit.*, pág. IX.

terior, cuya concepción del poder político respondía a una orientación iusprivatista. Explicación unitaria de la política y el derecho no supone, pues, reducción de la una al otro, o a la inversa, sino análisis del momento en el que ambos confluyen y en el que tiene que residir el elemento común a ambos que permita su reproducción científica coherente, global.

Para Kelsen, por el contrario, considerar que el Estado puede ser objeto de un estudio sociológico, histórico-político y de un estudio jurídico, resulta inaceptable por principio. Y resulta inaceptable porque ello supondría la negación de la especificidad del objeto de estudio de cada ciencia, ya que un mismo objeto, el Estado, sería al mismo tiempo el elemento definidor de la teoría jurídica del Estado y de la sociología política, con lo que nos encontraríamos ante la imposibilidad metodológica de aprehender un objeto único por dos ciencias diferentes (59).

El Estado es el Estado, es un único objeto que sólo puede ser aprehendido por una ciencia con exclusión de las demás. Y ésta, según Kelsen, es la ciencia jurídica. El llamado concepto sociológico de Estado no es más que una aplicación del concepto jurídico del mismo, o lo que es lo mismo, según Kelsen, la teoría sociológica para calificar a un determinado complejo de acciones y relaciones humanas como Estado no tiene otra alternativa que recurrir al concepto jurídico de Estado, que se presenta, en consecuencia, como el único criterio científico válido para su definición. «Como Estado sólo son consideradas las acciones humanas, en la medida en que son comprendidas como aplicación de un orden jurídico normativo estatal como esquema de explicación» (60). El concepto sociológico de Estado se reduce, pues, a ver en concreto cuál es la aplicación práctica del concepto de Estado obtenido recurriendo al elemento jurídico, con lo que se presenta como una simple «variante del intento de comprender el Estado como la aplicación efectiva de las representaciones jurídicas» (61).

Para Kelsen, por tanto, sólo hay un concepto de Estado, el concepto jurídico de Estado, que se obtiene mediante la identificación del mismo con un determinado sistema jurídico. Pues el Estado, según Kelsen, no es más que un «orden idcal, un sistema de normas específico» (62), que no pertenece al «reino de la naturaleza —de las relaciones físico-químicas—, sino al reino del espíritu» (63).

Así, pues, lo específico de este ente que llamamos Estado es el ser un

(59) H. KELSEN: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, págs. 6-7.

(60) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 19.

(61) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 20.

(62) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 14.

(63) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 14.

sistema de normas, es su carácter normativo. Y una vez aceptado esto, la consecuencia lógica es la identificación del Estado y el Derecho, de la teoría del Estado y la teoría del Derecho como teoría de las normas jurídicas. Pues, como dice Kelsen, «si se reconoce que el Estado es, de acuerdo con su esencia, un sistema de normas o la expresión de la unidad de tal sistema, entonces se ha llegado ya a la conclusión de que el Estado, como orden, sólo puede ser el orden jurídico o la expresión de su unidad. El hecho de que el Estado esté en una relación esencial con el orden jurídico es generalmente reconocido. Pero el que esta relación no signifique identidad, sólo se acepta porque no se concibe al Estado como orden» (64). «Si se reconoce al Estado como orden jurídico o como su expresión unitaria, entonces la teoría del Estado sólo es posible como teoría del Derecho, es decir, como teoría de la norma jurídica, y en este sentido sólo es posible como disciplina normativa» (65).

Con Kelsen se llega, pues, a la reducción pura y simple de todo estudio del Estado a un estudio jurídico. Gerber intentó explicar unitariamente tanto la realidad histórico-política plasmada en el Estado moderno como la articulación jurídica de dicho Estado, aunque no llegara a conseguirlo; Laband abandonó, *a priori*, cualquier intento de explicación unitaria de la política y el derecho, pero manteniendo la necesidad del estudio del Estado desde ambos puntos de vista; se trataría en ciencias diferentes, pero complementarias entre sí; los resultados de cada una serían de interés para la elaboración de la otra. Para Kelsen, por el contrario, la ciencia del Estado es sólo una y ésta es la ciencia jurídica. Es decir, la ciencia jurídica no sólo es una ciencia autónoma, sino que es además la única ciencia que puede dar razón del Estado en cuanto tal. El Estado no es más que la representación de un determinado orden jurídico, y en cuanto tal, objeto único y exclusivo de la ciencia del Derecho. La explicación unitaria de los momentos político y jurídico no es abandonada, sino rechazada expresamente como un planteamiento inaceptable.

LA REACCION ANTIFORMALISTA EN LA CIENCIA JURIDICA

No hubo que esperar, sin embargo, a que esta tendencia positivista, formalista y exclusivamente jurídicista en el Derecho público se desarrollara hasta el extremo al que la llevó Kelsen, para que se reaccionara contra ella

(64) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 16.

(65) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 18.

en el propio terreno de la ciencia jurídica. Reacción en la que el nombre de Gierke ocupa sin lugar a duda el lugar preeminente.

Naturalmente esto no quiere decir que no haya puntos comunes, puntos de acuerdo entre la teoría de Gierke y la de los autores antes analizados. Como veremos más adelante los hay y más de lo que parece a primera vista. Pero aquí interesa resaltar de momento la coincidencia con lo que podríamos llamar la escuela de Gerber en dos puntos fundamentales: en primer lugar, con la delimitación de qué es lo específico de la forma política que llamamos Estado en sentido estricto, qué es lo que lo diferencia de las demás formas de organización del poder político (66); en segundo lugar, con la pretensión científica de la Escuela de Gerber. «Completamente justificado —dice Gierke— nos parece el núcleo y la finalidad de los esfuerzos a los que esta dirección debe su existencia. Se trata en realidad de superar las diferencias y unilateralidades de la teoría del Derecho público hasta la fecha; se trata de liberar los conceptos fundamentales del Derecho público de la falta de claridad y de la indeterminación que tienen, de la confusión de su contenido jurídico con elementos no jurídicos de toda clase y convertirlos en un sistema verdaderamente científico; se trata, puesto que el Derecho público es Derecho, de dar forma jurídica a esta ciencia y de incluirla como un miembro del mismo rango en el organismo total de la ciencia jurídica» (67).

Las diferencias se centran, por tanto, en la manera concreta en que los autores representativos de esta dirección ejecutan su tarea, pues «la solución de esta tarea no reside en el camino de un formalismo dogmático» (68). «El camino correcto para la construcción jurídica y para el esclarecimiento del Derecho público conduce necesariamente a través del edificio trabajosamente construido en profundidad a lo largo de siglos y no en pasarlo de largo. Ciertamente hay que limpiar el sistema conceptual dominante de todas las excrescencias, pero su núcleo auténtico y sano ha de ser preservado. Y ciertamente hay que formalizar los conceptos hasta el momento vagos e indeterminados sobre relaciones jurídico públicas, hay que acuñarlos en forma de conceptos jurídicos técnicos y hay que articularlos en un puro sistema jurídico, pero su contenido material no debe perderse en el acuñamiento, la sustancia esencial no debe ser sacrificada a la superficie formal» (69).

(66) O. GIERKE: *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Graz, 1954, tomo I, páginas 801 y sigs.

(67) O. GIERKE: *Die Grundbegriffe...*, pág. 86.

(68) O. GIERKE, *op. cit.*, pág. 86, y también «Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft», en *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, tomo VII, 1883, págs. 1100 y sigs.

(69) O. GIERKE: *Die Grundbegriffe...*, pág. 87.

La deducción del sistema de Derecho público tiene que proceder, pues, a la inversa de como lo hace la teoría jurídica positivista, formalista. Se trata ante todo de ver cuál es el contenido, cuál es la materia del Derecho público, para analizar cómo se expresa posteriormente esta materia en unos conceptos jurídicos técnicos, formales. La teoría del Derecho público (*Staatsrechtslehre*) es sólo una parte de la teoría del Estado (*Staatslehre*) y una parte además que no se comprende sino a partir de ésta. «La teoría del Derecho público es una parte de la teoría del Estado, en la medida en que trata de un lado esencial del Estado; pero no agota la teoría del Estado, ya que además de la naturaleza jurídica del Estado, su naturaleza física, ética, económica y política... puede ser objeto de discusión científica» (70).

De esta forma Gierke está indicando cuál es el camino que se ha de seguir para la constitución de una ciencia del Derecho público en sentido estricto; camino que pasa, en primer lugar, por la delimitación del objeto, de la materia que ha de recibir su configuración jurídica después, y en segundo lugar, por el carácter histórico de dicho objeto, aprehensible únicamente mediante el conocimiento de su proceso de formación a través de varios siglos. El sistema jurídico-público aparece así vinculado no sólo a la teoría del Estado, sino además a la historia del Estado y a la historia constitucional.

Y aquí justamente es donde empiezan los problemas. Pues, por un lado, a pesar del carácter histórico que Gierke pretende darle al objeto de su investigación, en realidad lo que hace es proyectar en toda su investigación histórica una determinada concepción de dicho objeto, la concepción vigente en el momento en el que él escribe y a la que convierte de esta forma tanto en punto de partida como en punto de llegada de la historia (71). En consecuencia, Gierke deduce los conceptos fundamentales del Derecho público no de un objeto históricamente determinado y aprehendido en esta su determinación histórica, sino de una determinada idea del Estado, la idea de la teoría moderna del Estado en la que presuntamente se armonizan los principios de libertad y autoridad, de individualidad y generalidad (72). Con lo cual Gierke retorna en cierta medida a una solución apriorística y formal del tema, ya que no es un determinado objeto científicamente aprehendido en su especificidad el que se desarrolla en un sistema jurídico, sino que dicho sistema es deducido a partir de un concepto abstracto y formal de Estado.

Esto conduce a Gierke, en el desarrollo de sus conceptos fundamentales

(70) O. GIERKE, *op. cit.*, pág. 108.

(71) BÖCKENFÖRDE: *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19 Jahrhundert*, Berlín, 1961, pág. 163.

(72) O. GIERKE, *op. cit.*, págs. 88 y sigs., y *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, tomo I, pág. 833.

del Derecho público, a incurrir en aquello que Laband criticaba: seguir la línea por él representada, criticándola al mismo tiempo. De ahí su coincidencia en la teoría de los órganos (73), en la posición del monarca (74), en la cuestión de la soberanía (75), en la delimitación del campo de actividad de la Administración (76) e incluso en temas tan concretos, pero tan significativos, como en el carácter formal o material de ley del presupuesto (77).

La solución de Gierke resulta, pues, claramente insatisfactoria, no siendo de extrañar que no pudiera constituir una alternativa viable frente a la de la escuela de Gerber.

LA CRÍTICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN LA CRISIS
DE LA TEORÍA DEL ESTADO

Sin embargo, a pesar de esta insatisfactoria solución de Gierke al problema de la constitución del Derecho público como ciencia, tal como lo había planteado originariamente Gerber, su obra constituyó sin lugar a dudas el punto de arranque, expresamente reconocido como tal por la teoría jurídica posterior, de la crítica a la corriente positivista y formalista en el Derecho público. «El modo de trabajo acrítico o precrítico —dirá Smend—, a pesar de o quizá como consecuencia de su ingenuidad metodológica, ha planteado los grandes problemas de forma imperecedera. Por el contrario, la línea Jellinek-Kelsen es la de una crítica constantemente más significativa, pero al mismo tiempo de un vacío progresivo en cuanto al contenido material, hasta llegar de manera plenamente consciente al punto cero que representa la teoría general del Estado de Kelsen de 1925» (78).

La preocupación básica de toda la argumentación en esta crítica del positivismo jurídico en el Derecho público consiste en la refutación de la teoría del Derecho público, no como una ciencia autónoma, pues precisamente lo que ha caracterizado el desarrollo de las ciencias sociales en el mundo contemporáneo ha sido su progresiva independización de cada ciencia de las demás con las que antes estaba vinculada (79), pero sí en su re-

(73) O. GIERKE, *op. cit.*, págs. 124 y sigs.

(74) O. GIERKE, *op. cit.*, pág. 120.

(75) O. GIERKE, *op. cit.*, pág. 120.

(76) O. GIERKE, *op. cit.*, págs. 130 y sigs.

(77) O. GIERKE, *op. cit.*, pág. 130.

(78) R. SMEND: «Verfassung und Verfassungsrecht», en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.^a ed., Berlín, 1968, págs. 123-124.

(79) Hay que destacar sobre todo la desvinculación de la política de la ética y su progresiva autonomización, fundamento indispensable para una teoría exclusiva-

futación como una ciencia que agota por completo su objeto de estudio. De ahí que no sea tanto la teoría de Gerber la que se trata de refutar, como la teoría de Kelsen, quien, como hemos visto antes, había llevado hasta sus últimas consecuencias la dirección positivista y formalista en el Derecho público.

Evidentemente esta refutación de la teoría positivista quiere decir, *a sensu contrario*, que la teoría del Derecho público necesita para ser desarrollada coherentemente la elaboración previa de una teoría del Estado material, sustantiva (80), en la que se estudien y resuelvan cuáles son los problemas básicos del objeto que ha de ser reproducido científicamente: el Estado moderno o el Estado propiamente dicho. Si el Derecho público no ha de ser más que la explicación de la articulación jurídica del Estado, si presupone la existencia de esta forma política como dato, como una realidad que le sirva de fundamento (81), es evidente que un esclarecimiento de los problemas sustantivos que plantea la existencia del Estado en cuanto forma política ha de ser la condición *sine qua non* para la elaboración científica del Derecho público.

De ahí que, precisamente a partir de la culminación de la línea positivista en el Derecho público efectuada por Kelsen, los intentos de elaboración científica del Derecho público se centran no tanto en la propia construcción sistemática de esta ciencia, como en el estudio de los presupuestos materiales de la teoría del Estado, previos a y que condicionan y determinan su forma de manifestación jurídica posterior (82). La obra de Smend y la de Heller son buenos ejemplos de lo que decimos.

Pero los años no pasan en vano y entre la época en que Gierke publicó su primer volumen del *Genossenschaftrecht* y su crítica a la obra de Laband (83) y los años en que Smend y Heller escriben sus teorías del Estado han pasado muchas cosas. Entre otras: la primera guerra mundial, la desaparición del imperio alemán, el triunfo de la revolución rusa y, en general, la primera fase de la crisis del orden político, económico e incluso ideológico y cultural vigente en los países europeos tras las revoluciones burguesas.

mente secular de la sociedad. Por lo que al Derecho público se refiere, es de destacar que en este tratamiento científicamente autónomo es donde reside, según GIERKE, el mayor mérito de GERBER y LABAND. En lo que está en contra es en la reducción del Derecho público a pura dogmática jurídica.

(80) R. SMEND, *op. cit.*, pág. 127.

(81) Esto, como vimos antes, era admitido también por GERBER y LABAND.

(82) R. SMEND, *op. cit.*, pág. 127.

(83) 1868 y 1883, respectivamente.

Y naturalmente, estos acontecimientos, este cambio de clima, se va a reflejar puntualmente en la teoría política y jurídica de estas fechas.

La concepción del Estado que inspira toda la obra de Smend o de Heller, ya no va a ser la concepción clásica del Estado, la concepción del Estado de la sociedad burguesa en su época de ascenso, que es todavía la que reflejaba Gierke, sino que va a ser una concepción del Estado completamente diferente. Ya no se trata de una sociedad que se desarrolla libre y espontáneamente según leyes naturales y que no exige del Estado sino que no intervenga, no se trata de una sociedad que impone unas relaciones entre los individuos que constituyen el más poderoso instrumento para el desarrollo de las fuerzas productivas materiales, sino que se trata de una sociedad en la que dichas relaciones han entrado en crisis y en la que ya no se exige del Estado la pura no intervención, sino que, al contrario, se le exige mucho, concretamente que sea el instrumento de cohesión de una sociedad que por sí sola encuentra serias dificultades para mantenerse en cuanto tal.

De ahí que para Smend lo característico del Estado, el elemento sustantivo que define al Estado y que condiciona su reproducción científica, tanto política como jurídica, esté constituido por su actividad «integradora», por su acción destinada a dar cohesión a la sociedad sobre la que el Estado se eleva.

«Así, pues, el Estado no es en particular un todo en reposo, que emite leyes, actos diplomáticos, sentencias y actos administrativos, sino que sólo existe en general en estas formas de manifestación vitales, en la medida en que éstas son actuaciones de una estructura espiritual total, en las que tienen lugar importantes renovaciones y desarrollo, que tienen por objeto esta estructura total. El Estado sólo existe en este proceso de constante renovación; vive, por emplear la famosa caracterización de Renán acerca de la nación, de un plebiscito cotidiano. Es para este proceso nuclear de la vida estatal, su sustancia fundamental, para el que ha propuesto en otra ocasión la expresión «integración» (84).

Este elemento «integrador», este «proceso de integración» es el núcleo en torno al cual se organiza toda la vida del Estado, el elemento que explica el porqué y el para qué del Estado.

En consecuencia, tanto la teoría del Estado como la del Derecho constitucional tienen como objeto esencial el análisis de las formas de manifestación de este proceso de integración, que Smend delimita en tres tipos bá-

(84) R. SMEND, *op. cit.*, pág. 136.

sicos: integración personal (85), integración funcional (86) e integración objetiva (87).

Como no podía ser menos, esta concepción dinámica del Estado como un proceso, como un proceso de integración, tiene consecuencias importantes para la elaboración de la teoría constitucional, del Derecho constitucional. Ante todo, dicha concepción comporta, según Smend, la imposibilidad de aceptar el planteamiento tradicional acerca del problema de la fuerza normativa de la Constitución, que se disolvía en última instancia en la tensión entre el mundo normativo y el mundo de la realidad, entre el *Verfassungsrecht* (Derecho constitucional) y la *Verfassungswirklichkeit* (realidad constitucional) (88).

Según Smend, el problema es otro completamente diferente, que pasa por la correcta delimitación de la sustancia, del contenido del Estado. «El problema (de la fuerza normativa de la Constitución) que aquí está visto de forma correcta, pero está incorrectamente descrito, es el problema central de la teoría de la Constitución. No se trata de un caso de aplicación del problema general de la tensión entre el deber ser y el ser. Tampoco se trata de una cuestión de teoría de las fuentes del Derecho, sino que se trata de la cuestión de la sustancia específica del Estado en cuanto objeto de regulación jurídica mediante su Constitución... Aquí se trata de la unidad de la Constitución del Estado como un sistema ideal para cuya aprehensión se requiere también la inclusión de 'las fuerzas sociológicas' junto al Derecho constitucional escrito» (89).

De ahí que la Constitución sea definida por Smend como «el ordenamiento jurídico del Estado, o más exactamente de la vida en la que el Estado tiene su realidad, concretamente de su proceso de integración. El sentido de este proceso es la constante creación de nuevo de la totalidad vital del Estado, y la Constitución es la normativa legal de aspectos individuales de este proceso» (90). «Esta orientación de la Constitución estatal como un orden de integración es su primera y fundamental particularidad frente a las Constituciones de otras asociaciones» (91).

(85) R. SMEND, *op. cit.*, págs. 142 y sigs.

(86) R. SMEND, *op. cit.*, págs. 148 y sigs.

(87) R. SMEND, *op. cit.*, págs. 160 y sigs.

(88) La obra clásica en este sentido, punto de partida de la discusión, es la famosa conferencia de LASALLE: *Über Verfassungswesen*, pronunciada en Berlín en 1862.

(89) R. SMEND, *op. cit.*, págs. 188-189.

(90) R. SMEND, *op. cit.*, pág. 189.

(91) R. SMED, *op. cit.*, pág. 195.

Como puede verse, para Smend el Derecho público, el Derecho constitucional, lejos de ser una ciencia que agota el estudio del Estado, es más bien un apéndice de una teoría sustantiva, material, del Estado, que se limita a fijar en formas jurídicas los procesos básicos de tipo político que el Estado desarrolla en su actividad integradora.

De forma similar se expresa Heller, para quien el Derecho público no es más que la expresión de un contenido estatal previo a su forma de manifestación jurídica. La Constitución del Estado no puede ser más que la articulación de una manera formalizada, el precipitado como «producto» del «proceso» en que el Estado consiste.

Pues para Heller, lo mismo que para Smend, el Estado se caracteriza por su capacidad de «organización» de la sociedad. «La ley de la organización es la ley básica de la formación del Estado... La relativa homogeneidad puede ser una de las causas de la unidad del Estado; pero, a la inversa, esa homogeneidad puede resultar de la acción de la unidad estatal. Nunca, sin embargo, el carácter relativamente unitario, en lo natural o lo cultural, de los habitantes podrá engendrar por sí mismo la unidad del Estado. Esta sólo puede concebirse en última instancia como resultado de una acción humana consciente, de una formación consciente de unidad, de una organización» (92).

Pero el Estado no es solamente un sistema de «organización», el Estado es además un sistema que se distingue de todos los demás, según Heller, por varias características:

1.º Porque en su proceso de formación histórico ha llegado a convertirse en un sistema autónomo de la sociedad civil, desvinculando el poder político del poder social y económico (93).

2.º Porque este proceso histórico ha sido simultáneamente el proceso de constitución de una instancia única de poder que controla y monopoliza todo el poder político (94).

3.º Por el carácter soberano del Estado frente a otros grupos territoriales de dominación (95).

Esta caracterización del Estado, que refleja el proceso de supresión de los poderes políticos intermedios, de supresión de intermediarios entre el ciudadano y el Estado, característico del Estado moderno, es el fundamento

(92) H. HELLER: *Teoría del Estado*, Méjico, págs. 103 y sigs. y 248.

(93) H. HELLER, *op. cit.*, pág. 153.

(94) H. HELLER, *op. cit.*, pág. 153.

(95) H. HELLER, *op. cit.*, pág. 255.

de toda la teoría jurídico pública, la condición indispensable de su existencia. «No hay duda —dice Heller— que la representación del ordenamiento jurídico como un sistema unitario, cerrado y sin lagunas, de preceptos jurídicos... es idea que tiene una gran base histórico-sociológica; pero ella no pudo concebirse antes de que el territorio del Estado se convirtiera en territorio jurídico unitario y antes de que el poder del Estado se convirtiera en unidad de decisión y acción en su territorio... Pues sólo a partir de entonces hubo un poder de voluntad unitario, actuando, por medio de la organización burocrática, desde un centro, poder que está en condiciones de reclamar para sí con éxito, para sí exclusivamente, todo el poder coactivo físico legítimo y que mediante la amenaza y la aplicación de la coacción organizada es capaz de asegurar en su territorio un derecho unitario» (96).

Pero este hecho que condiciona el desarrollo científico de la teoría jurídica, que hace posible la creación de un ordenamiento jurídico unitario, no debe conducir, como lo hizo al positivismo jurídico, a concebir el sistema jurídico como algo cerrado, sin lagunas e independiente de la realidad política subyacente. Llegado el momento de la unificación del poder en el Estado y de la creación unitaria del Derecho «es cuando corresponde al dogmático del Derecho la tarea de concebir hasta donde sea posible la totalidad de los preceptos jurídicos existentes como la expresión de la voluntad unitaria y sin contradicciones de un único legislador, aunque tales preceptos jurídicos procedan de distintas fuentes y tiempos. Nunca, empero, le es dado al jurista el sistema jurídico sin lagunas y sin contradicciones como una realidad que apareciera, pronta ya, ante sus ojos» (97).

El dogma de la ausencia de lagunas en un sistema jurídico tan importante para la escuela positivista resulta insostenible, y más todavía en el Derecho constitucional, donde junto a «las lagunas de carácter lógico y de valoración conocidas también en todas las demás ramas del Derecho se dan las llamadas 'lagunas jurídicas absolutas' (98). Y este es un problema totalmente insoluble para el jurista dogmático que nunca podrá desaparecer del horizonte del Derecho constitucional» (99).

El proceso político de organización en que el Estado consiste resulta imposible integrarlo de una manera total en una perspectiva exclusivamente jurídica, y, en consecuencia, aún menos se puede prescindir de él como si

(96) H. HELLER, *op. cit.*, págs. 284-285.

(97) H. HELLER, *op. cit.*, págs. 285-286.

(98) H. HELLER, *op. cit.*, pág. 287.

(99) H. HELLER, *op. cit.*, pág. 287.

fuera irrelevante o negarle incluso que pueda tener importancia alguna para la constitución del Derecho público como disciplina científica.

CONCLUSIONES

Como puede verse, tras el análisis efectuado hasta el momento, las dos orientaciones en el estudio del Derecho público se contraponen de la manera más absoluta. Mientras una considera que el Derecho público ha de ser una dogmática jurídica, la otra afirma expresamente que el Derecho público no es más que un apéndice de la teoría del Estado que lo determina por completo.

En la primera de estas orientaciones está claro, como hemos visto antes, que se renuncia expresamente a la tarea que se había planteado en sus orígenes: la de la explicación unitaria del elemento político y el elemento jurídico que confluyen en el Estado moderno, para limitarse a la construcción de una dogmática del Derecho público en la que el proceso histórico y político de constitución del Estado moderno brille por su ausencia. El fracaso de este intento, medido incluso por el propio criterio fijado por dicha orientación positivista por Gerber, es evidente. La producción de unos instrumentos jurídicos sumamente refinados fue comprada al muy alto precio del progresivo vaciamiento de contenido de los mismos, de su progresiva desvinculación con la realidad.

Pero no menos insatisfactoria resulta la segunda orientación a pesar de que su propósito sea más coherente con el punto de partida. Y ello por varios motivos:

1.º Porque no desarrolla de manera efectiva la comprensión unitaria de los elementos político y jurídico del Estado, sino que reduce prácticamente al elemento jurídico a un papel tan subordinado que resulta difícil poderlo considerar como objeto de un estudio científico.

2.º Porque parte de un análisis sumamente parcial del Estado en el que son dejados de lado toda una serie de puntos decisivos para la definición del mismo que tienen importantísimos desarrollos en su articulación constitucional.

3.º Porque la infravaloración de estos autores de la forma jurídica se debe a una deficiente comprensión de la conexión necesaria que existe entre una forma determinada de organización del poder político y una forma determinada de organización de ese poder; en consecuencia, son incapaces de explicar cómo los problemas básicos del Derecho constitucional, las formas

jurídicas que ha asumido el Estado moderno no son fortuitas, casuales, sino formas necesarias a las que simplemente hay que integrar en el contexto al que pertenecen (100).

(100) Este es el problema de fondo que subyace a toda la problemática sobre la fuerza normativa de la Constitución, sobre el carácter jurídico o no jurídico del Derecho constitucional, tan abundantemente desarrollado en la literatura jurídico-política. Problema de fondo que ha sido pasado por alto con frecuencia. De ahí lo poco consistente que resultan la mayor parte de las exposiciones de este tema.