

# LA DISCUSION SOBRE EL METODO EN DERECHO PUBLICO DURANTE LA REPUBLICA DE WEIMAR (Ciencias del espíritu y método jurídico)

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE

*SUMARIO:* I. PENSAR DOGMÁTICO Y PENSAR INVESTIGADOR.—II. MÉTODO JURÍDICO E IDEOLOGÍA POLÍTICA.—III. WEIMAR: 1. *General*. 2. *Crítica a la filosofía jurídica neokantiana*. 3. *Las reuniones anuales de los profesores alemanes de Derecho público*. 4. *El nuevo método*. 5. 1928: *Schmitt y Smend*. 6. *Visión de conjunto*. 7. *Diferentes valoraciones sobre el «nuevo método»*. 8. *Olvido y permanencia de la legitimidad del método jurídico tradicional*. 9. *El «ethos» científico de Laband*.—IV. RECAPITULACIÓN: 1. *No al Derecho político*. 2. *El pensar dogmático fortalece la normatividad*. 3. *La apertura del pensar dogmático al pensar investigador*. 4. *Pensar dogmático: condición existencial del jurista*.—V. CONCLUSIÓN.

## ABREVIATURAS EMPLEADAS

ASPR: *Archiv für Sozial-und Rechtsphilosophie. Mainz.*

AöR: *Archiv des öffentlichen Rechts. Tübingen.*

BayVBL: *Bayerische Verwaltungsblätter. München.*

DVBL: *Deutsches Verwaltungsblatt. Köln, Berlín.*

DöV: *Die öffentliche Verwaltung. Stuttgart, Köln.*

JZ: *Juristenzeitung. Tübingen.*

NJW: *Neue Juristische Wochenschrift. Köln, Berlín.*

Verw-Arch: *Vermaltungsarchiv.*

VVDStRL: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.*

## I. PENSAR DOGMATICO Y PENSAR INVESTIGADOR (1)

### 1. La ciencia del Derecho tiene un doble carácter: por una parte es un

---

(1) Las presentes páginas son parte de un estudio que escribí hace treinta y cinco años, en 1961, cuando tenía veinticinco años y era becario del Ministerio de Educación y Ciencia en la Fa-

*pensar dogmático*; por otra parte, un *pensar investigador* (2). La naturaleza del pensar dogmático ha sido muy investigada últimamente: los trabajos de Viehweg, de Rothacker, Betti, Thul, aparte de las obras generales de metodología jurídica de Engisch, Larenz, Betti, etc. El pensar dogmático es aquel que tiene como fin el pensar hasta el final una opinión —*opinio iuris*— dotada de autoridad, habrá que «apurar» esa opinión pensando todas sus posibilidades, pero estará prohibido salirse de ella. Y es justamente esa prohibición —dice bien Viehweg— lo que caracteriza a la dogmática (3). El pensar dogmático se

---

cultad de Derecho de Munich. Se publicó en el núm. 121, 1962, págs. 137 y sigs, de la *Revista Estudios Jurídicos* con el título «Sobre el comentario constitucional/técnica y método». El encargado de la Revista, pese a habérselo anunciado yo, no esperó a las ampliaciones que había hecho de mi primer original. Por mi cuenta publiqué una separata ampliada con el texto completo, con el título: «Sobre el comentario constitucional. Prolegómenos metodológicos al Derecho estatal», y que difundí entre conocidos y amigos (véase el prólogo de García de Enterría, nota 2, a la edición española, 1964, de *Tópica y jurisprudencia*, de THEODOR VIEHWEG). En gran parte es, pues, inédito para el público. La ocasión de este estudio fue la publicación, ya consolidada, del que se ha convertido en el mejor comentario constitucional en Alemania, MAUNZ, DÜRIG, HERZOG y otros: *Grundgesetz Kommentar*.

Este texto, sirvió de base a mi intervención oral en el Seminario organizado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalidad de Cataluña, la Universidad de Gerona (Departamento de Derecho público) y el Instituto Alemán de Cultura, en Sagaró, los días 13 a 15 de octubre de 1994, sobre el tema «La República de Weimar y la evolución de la ciencia del Derecho».

(2) Esta terminología la ha desarrollado VIEHWEG en «Zur Geisteswissenschaftlichkeit del Rechtsdisziplin», *Studium Generale*, 1958, págs. 334 y sigs. «Meinungsdenken» (literalmente: pensar de opinión) se traduce por «pensar dogmático» —aunque esta fórmula recuerda la calificación que se suele dar a ciertas expresiones intelectuales frecuentes en el campo humanístico y, desde luego, inaceptables—, ya que reproduce formalmente de manera concisa y materialmente de manera absolutamente correcta la terminología de VIEHWEG. «Forschungsdenken» queda bien traducido por «pensar investigador». Esta duplicidad también se da en la teología, véase SCHMAUS: *Katholische Dogmatik*, I, pág. 67. La exposición histórica de un instituto o proposición jurídica que se llama en Alemania *dogmengeschichtliche Darstellung*.

(3) Los límites están impuestos, por una parte, por el «posible sentido literal» (der mögliche Wortsinn, véase LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, págs. 243-244), que representa el límite de toda interpretación. Naturalmente que se dan unas «Grenzüberschreitungen» (traspasar las fronteras) —piénsese en las insuficiencias de la ley, las lagunas, la dinámica social, etc.—, véase LARENZ: *op. cit.*, págs. 273 y sigs. Abandonando esos límites empieza el desenvolvimiento del Derecho. El paso de la interpretación al desenvolvimiento —oculto o confesado— del Derecho es «flexible», véase, LARENZ: *op. cit.*, pág. 275, nota 1. Es la labor de la ciencia jurídica racionalizar estas *Grenzüberschreitungen*, con argumentaciones a partir de la propia intención y teología de la ley en el caso de las lagunas jurídicas (LARENZ, págs. 279 y sigs.); o, en último término, a partir de los principios ético-jurídicos, y de la «naturaleza de la cosa» (véase LARENZ, págs. 303 y sigs.). Pero hay otro enfoque de los límites de la Dogmática jurídica: frente a una dogmática jurídica filosófico-histórica (tipo: marxismo), existe una dogmática de principios jurídicos

tiene que mover y mantenerse dentro del cuadro dado, desarrollando en él una serie de distinciones, relaciones con otros puntos, clasificaciones, etc., proceso éste lleno de dificultad y que tanto irrita al lego. El pensar dogmático no es peculiar de la Jurisprudencia, sino que también participa del pensar dogmático la Teología (tanto la católica como la protestante, siendo justamente este hecho lo que dio lugar a esa afinidad en el método de trabajo de juristas y teólogos de la que anteriormente se habló. Koschaker (4) ha negado el carácter de ciencia a la dogmática, ya que ésta no quiere transmitir la verdad, sino sólo ordenar y comprender la materia jurídica dotada de autoridad.

2. De manera apasionada ha sido criticada la dogmática por Kraft (5), que pide, un poco inconscientemente, la desdogmatización del enfoque jurídico. Viehweg y Thul (6) han puesto de relieve que la dogmática no es un conocimiento ontológico: aunque fundada en el marco del ser, no busca el ser como tal. La dogmática, dirán Rothacker y Betti (7), no es sino la sistemática explicación de una especial actitud, de un determinado estilo, de un especial enfoque con evidente carácter científico. Larenz (8) manifiesta que la dogmática jurídica en cuanto interpretación es un «conocimiento creador», es «el arte» de la búsqueda de la verdad a través de determinados métodos. La dogmática jurídica —continúa— es una ciencia en cuanto ha desarrollado sus propios métodos de conocimiento. Para Viehweg el pensar dogmático está alejado del «comprender» propio de las *Ciencias del espíritu* (*Geisteswissenschaften*), mientras que Rothacker se esfuerza en introducir ese pensar en esta categoría científica.

3. La unidad del concepto *Ciencia del espíritu* es bien problemática; Rombach lo traduce por *moral sciences*, *sciences morales*, *scienze morali*. Desde Dilthey —Rickert substituyó el concepto espíritu por el de cultura, Cien-

---

(tipo: la que existe en la comunidad occidental). Estos principios —fundamentales conformadores del orden social—, concretados en una teoría material jurídica, son, según VIEHWEG, las directrices y los límites de la interpretación jurídica de la ley o del precedente judicial, véase VIEHWEG: *Zwei Rechtsdogmatiken*, *Festschf. Emge*, 1960, págs. 106 y sigs., especialmente 112 y sigs.

(4) *Europa und das römische Recht*, 1947, pág. 337.

(5) *Das Rätsel der Geisteswissenschaft und seine Lösung*, *Stud. Generale*, 1958, pág. 131.

(6) *Die Denkform der Rechtsdogmatik*, ARSP 1960, pág. 242, siguiendo a VIEHWEG: *loc. cit.*

(7) ROTHACKER: *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, Akd. d. Wiss. und d. Literatur, Mainz, 1954, págs. 243 y sigs.; BETTI: *Moderne Begriffsbildung...*, *Stud. Generale*, 1959, págs. 87 y sigs., especialmente pág. 89.

(8) *Op. cit.* (nota 3), pág. 236, y especialmente en la Introducción.

cias culturales o de la cultura, teniendo esta terminología bastante aceptación— las categorías Ciencias del espíritu y de la naturaleza se han convertido en parte integrante del vocabulario cultural de Occidente. Seligman adoptó esta terminología alemana en la *Encyclopaedia*. L. v. Wiese ha propuesto (9) una distinción tripartita que corresponde con la división que existe en la enseñanza superior de los Estados Unidos: Ciencias sociales, Ciencias del espíritu, Ciencias de la naturaleza. Dejando esto de lado, es realmente cierto que no cabe hablar de una unidad interna con comunidad de método en las llamadas Ciencias del espíritu (Kraft habla del enigma de este complejo). Ya se verá más adelante, sin embargo, el importante papel que ha jugado la idea de un método de Ciencia del espíritu en oposición al método jurídico en la problemática *ius publicista* desde Weimar hasta nuestros días.

4. En oposición al pensar dogmático, el pensar investigador es aquel que no está sometido al marco impuesto por una «opinión» dada; aquí se preguntará constantemente y se estará dispuesto a abandonar en cuanto sea necesario cualquier «opinión». En las Facultades de Derecho son «asignaturas investigadoras»: la Filosofía del Derecho, la Historia y la Sociología del Derecho; la mayor parte, pues, son asignaturas dogmáticas porque lógicamente así debe ser. Frente a las pretensiones y falta de comprensión de los humanistas hay que indicar que el pensar dogmático es imprescindible en cualquier comunidad y en cualquier orden, progresista o conservador (10); éste desaparecería ante el constante preguntar fuera ya de la opinión o principio impuesto. El pensamiento investigador en su forma histórica y filosófica se introduce en el Derecho, tras el dominio del pensar dogmático de las escuelas jurídicas de la Edad Media, en el siglo XVI. Desde entonces ve Viehweg en la Ciencia del Derecho dos corrientes: la primera se aleja de la Ciencia del espíritu al emplear un sistema lógico deductivo (Derecho natural racionalista); la segunda une un enfoque histórico a uno dogmático, acercando la Ciencia del Derecho a las Ciencias del espíritu. Savigny fue el genial representante de esta posibilidad. En Savigny se encuentra el material clave a partir del cual se desenvolverá tanto la dogmática del Derecho privado como la del Derecho público. El concepto de sistema que con clara influencia del idealismo se encuentra en Savigny será desarrollado por casi todos los juristas del siglo XIX; la jurisprudencia de conceptos será máximo exponente.

5. Bajo el imperio del positivismo —como se suele decir— las escuelas

---

(9) *Handwörterbuch der Sozialwissenschaft*, voz «social science».

(10) Cfr. VIEHWEG: «Zwei Rechtsdogmatiken», en *Festschf*, Emge, 1960, págs. 106 y sigs.

jurídicas se van desarrollando, Jurisprudencia de intereses, Escuela libre del Derecho, Kelsen. El abandono de un concepto positivo de ciencia, como dice Larenz, da lugar al neokantismo de Radbruch, a la fenomenología de un Reinach, al neohegelianismo de un Binder, de un Larenz. Hoy no sólo en Derecho privado, sino en general en la Ciencia jurídica alemana, se puede hablar de un florecimiento de la jurisprudencia de valores (11). Según Viehweg, las dos direcciones que se dan en la dogmática jurídica son: por una parte, aquella que ve su ideal en un sistema cerrado; por otra, aquella que se conforma, desde un círculo de problemas, en establecer puntos de vista dentro del horizonte de la *opinio iuris*, y de ellos deducir relativamente claras consecuencias. Las diferencias son evidentes: la primera dirección usará preponderantemente, por su punto de partida, la deducción; la segunda utilizará un enfoque «tópico». Esser (12) ha hablado de la supuesta «lógica subsunción» del juez, el abandono de las fundamentaciones jurídico-conceptuales, la necesidad de recurrir a principios reconocidos de la doctrina, o a principios superiores. Viehweg ha resalado la inexistencia de un estricto procedimiento para controlar el pensamiento jurídico; la Jurisprudencia no tiene sentido, sino en relación con el problema central —la aporía fundamental—; esto es, con el problema de la justicia. La idea del sistema se abandona. Sin caer en un sistema axiomático, deductivo, Engisch, Coing (13), Larenz (*op. cit.*, nota 3) han defendido la necesidad del sistema (14).

6. De la enseñanza de Engisch se deduce su pretensión de querer establecer una mayor verificabilidad en el proceso jurídico; para esto último la lógica jurídica es lógica material. La lógica formal, mejor —dice Engisch— el silogismo, tiene una fructífera aplicación en el Derecho; pero hay que ir más lejos para llegar a una lógica material que es aquella que se adapta al campo donde se aplica (véase sobre esto, en castellano, la obra de lógica jurídica de Legaz Lacambra, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1955, t. II, págs. 1 y sigs.; *Lógica y Ciencia Jurídica*, Coimbra [1958]). En esta lógica material jurídica la

(11) Este es el esquema de la exposición histórica que hace LARENZ en la obra citada (nota 3). Se recoge como una muestra representativa de la actual situación espiritual.

(12) Ultimamente, «Zur Methodenlehre des Zivilrechts», en *Studium Generale*, 1959, pág. 93.

(13) ENGISCH: *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en *Studium Generale*, 1957, pág. 173; COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1952, cap. VIII, esp. 278 y artículo citado anteriormente.

(14) En ESSER —*loc. cit.*, nota 12— se advierte un intento de síntesis entre el «Problem-denken» (pensar el problema, es decir, centrado en torno a un problema concreto) y el «System-denken» (pensar sistemático); véase LARENZ: *op. cit.* (nota 3), pág. 131, nota 1.

cuestión no estriba tanto en la deducción como en las premisas, pasándose así de la lógica formal al método jurídico y a la teoría del conocimiento jurídico (15). La relación del jurista con las medidas valorativas metapositivistas es objeto también de polémica. Diríase, pues, que la conformación de la dogmática jurídica parece haber perdido su evidencia para el teórico del Derecho (16). Tras esta rápida visión en el Derecho privado hay que volver al Derecho público.

## II. METODO JURIDICO E IDEOLOGIA POLITICA

1. La evolución metodológica en el Derecho público tras Savigny es muy interesante. Anteriormente se indicó cómo una determinada ideología ha solido tener una relación directa con la manera de entender la actividad interpretadora del jurista. El siglo XIX y la República de Weimar ofrecen en Alemania un excelente campo de estudio. *Es evidente, tras las investigaciones realizadas, que determinados enfoques jurídicos han favorecido cierta política; sin embargo, un análisis científico objetivo —aparte de constatar que el mismo método ha servido a diferentes direcciones políticas, lo cual desvirtúa conocidas argumentaciones— no puede perder de vista las exigencias inmanentes al pensar dogmático que tiene que llevar a cabo el jurista.* El hecho de que esto produzca irritación y desagrado no cambia absolutamente nada.

2. El método histórico en la Ciencia jurídica sirvió (17) en la figura de Savigny a fines conservadores enfrentándose al revolucionario (liberal) Thibault que apoyaba la codificación. La creación de la ciencia del Derecho público tiene su origen en el Derecho privado. Fue Puchta el que, desarrollando muchas ideas de Savigny (por ejemplo, el método orgánico, el sistema), se había

(15) Véase ENGISCH: «Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens», *Studium Generale*, 1959, págs. 76 y sigs.

(16) Con este aserto no se quiere decir que tal dogmática haya sido siempre evidente. En el campo teórico —como se ha visto—, pese al predominio del legalismo, se han dado otras escuelas. Quizá lo más característico hoy es la flexibilidad del enfoque que se hace de la proposición jurídica con consideraciones de tipo metajurídico; esto se aprecia frecuentemente no ya en la doctrina sino en la actividad de los Tribunales. Voces críticas sobre esto, entre muchos, en el Derecho privado, ENGISCH: *Einführung in das juristische Denken*, 1959, págs. 168 y sigs.; en el Derecho público, FORSTHOFF, en el *Homenaje a C. Schmitt*, 1959, págs. 37 y sigs., aunque ambos autores con rasgos y objetivos diferentes; véase las interesantes reflexiones de PAWLOSKI: «Problematik der Interessenjurisprudenz», *NJW*, 1958, pág. 1561.

(17) Sobre esto se sigue la investigación de W. WIELHELM: *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958.

convertido en el maestro de la dogmática que propugnaba Ihering en su primera época. Gerber fue el encargado de trasladarlo al Derecho público. Hacia la mitad del siglo XIX se había impuesto la llamada jurisprudencia productiva (método constructivo), cuyas figuras más representativas fueron los dos citados juristas. Gerber, que pertenecía al partido antiliberal, introduce el método formal para el estudio científico del Derecho, que contribuiría a mantener el *status quo* y, por tanto, serviría a su ideología. En la misma línea política estaba Stahl, el fundador del Partido conservador prusiano. En aquel momento defenderían y aplicarían el enfoque histórico político (crítico) al Derecho público los liberales, que todavía no tenían satisfechas todas sus aspiraciones: Gneist, Mohl, Gierke, etc. Por último, cuando la burguesía, en 1870, siente afianzadas sus conquistas y contempla el Estado de Bismark como la realización de muchos de sus intereses, pierde interés teórico el Estado imponiéndose totalmente el método jurídico puro de Gerber en Laband, su ejecutor testamentario (Wielhelm).

### III. WEIMAR

#### 1. General

El paso siguiente es Weimar; los catorce años que duró la Constitución de Weimar es quizá uno de los más interesantes períodos que se le han dado al *ius publicista*. Sin detenerse en Weimar, en lo que significa esta Constitución, sin leer la literatura que en torno a ella se produce y sin conocer los enfrentamientos de los grupos doctrinales tal como se representan en las apasionadas reuniones de la *Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público* (18) no se entenderá debidamente la Ley Fundamental de Bonn ni se conocerá uno de los períodos más decisivos para el desarrollo del Derecho público. *Para el teórico del Derecho público, Weimar presenta un enfrentamiento metodológico de gran altura científica*. Cuando, en 1932, Heck escribe su conocido libro sobre la construcción conceptual y la Jurisprudencia de intereses (19), dedica las primeras páginas a un planteamiento general de

(18) *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDSrL) cuadernos 1-7 de 1924 a 1932: 8-18 de 1950 a 1960. Se traduce Staatsrecht por Derecho público; los temas fundamentales tratados son de Derecho constitucional y Derecho administrativo; ha habido ponencias de Derecho financiero y Derecho internacional público, aunque el enfoque ha sido constitucionalista. La traducción correcta sería Derecho estatal; más adelante se hacen unas consideraciones sobre este punto en relación con la terminología española.

(19) P. HECK: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, esp. Introducción.

la cuestión metodológica. Empieza afirmando que frente a la escuela antigua, con su sistema cerrado y deductivo, su construcción jurídica y su concepción de una estricta subsunción en la aplicación de la ley, la jurisprudencia de intereses presenta una jurisprudencia pragmática y orientada al interés. La crítica a la escuela del conceptualismo jurídico, dice Heck, había sido empezada por Ihering (en su segunda época) y por la escuela del Derecho libre (20); sin embargo, cuando, en 1920, Max Weber expone en su *Wirtschaft und Gesellschaft* el método jurídico, describe el de la escuela tradicional, considerándolo como el dominante. Heck señala que esta afirmación no es correcta en 1932 en el Derecho privado y que el Derecho público vive en esa época el mismo despertar metodológico contra la vieja escuela de Gerber y Laband. Según Heck, la actividad metodológica de los años veinte en el Derecho público se explica, ya que en dicho campo la Jurisprudencia de los conceptos había penetrado más tarde (lógico, pues, como se ha expuesto antes, había sido introducido a partir del Derecho privado), pero lo había hecho más profundamente, y además porque a través de Kelsen —que fundamentalmente es un *ius publicista*— el enfoque lógico normativo había adquirido nuevo empuje. Siguiendo a Schwinge, Heck ve en el Derecho público, frente al grupo Gerber-Laband a Thoma y Triepel, estos últimos con un conceptualismo individualizado valorativo, históricamente determinado y teleológico.

Heck se queja del enfoque aislado que se suele dar al estudiar la problemática metodológica en el Derecho público y en el Derecho privado. La relación entre ambos campos jurídicos es evidente; así como Gerber había partido de Puchta, Triepel lo hará de Heck, refiriéndose en su famoso escrito *Staatsrecht und Politik*, expresamente a la Jurisprudencia de intereses. Sin embargo, hay que ampliar la exposición de Heck: la situación en el Derecho público alemán en la República de Weimar era bastante más complicada (21).

---

(20) En Francia, GENY (1899): *Methode d'Interpretation et sources en Droit privé positif. Essai critique*, 2.ª ed., 1919, véase esp. n. 61: «critique negative de la methode traditionnelle», llevaré a cabo —aunque con más profundidad, según LARENZ— la crítica contra el método positivo (exegético-legalístico). Véanse las notas de LARENZ [*ob. cit.* (nota 3) págs. 52 y 55] sobre la obra de GENY en relación con la realidad jurídica alemana. Véase SCHMITT: *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, págs. 54 y sigs.

(21) FORSTHOFF (*Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1961, pág. 147) indica, por otra parte, que la jurisprudencia de intereses no ha tenido resonancia en el Derecho administrativo; véase GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, I, 1958, págs. 158 y sigs., y últimamente en *Revista de Administración Pública*, 35, pág. 72.

## 2. *Crítica a la filosofía jurídica neokantiana*

El tratamiento del orden jurídico se realizaba en general con las directrices del método de Laband. Con unos fundamentos neokantianos, Kelsen vino a reforzar dicho enfoque. Lo metajurídico quedaba excluido. Quizá la primera crítica profunda al llamado positivismo jurídico, y en particular a la figura de Kelsen, la llevó a cabo F. Kaufmann en su libro *Kritik der neukantische Rechtsphilosophie* en 1921. A partir de entonces la «nueva doctrina» iría adquiriendo numerosos partidarios; si cabe hablar de un nuevo grupo o doctrina no es por razón de una interna unidad, sino por una común postura negativa ante el método jurídico, de tal manera que se puede decir que la nueva escuela, en una lucha justificada o injustificada contra lo que incorrectamente se denominaba positivismo —porque todo jurista es positivista en cuanto tiene que trabajar con el Derecho positivo (22)— rechazaba un método de trabajo que en absoluto se puede rechazar, no formulaba claramente el «nuevo», no establecía correctamente el campo de aplicación en el que quizá podrían tener recta aplicación sus críticas.

## 3. *Las reuniones anuales de los profesores alemanes de Derecho público*

El primero en «violiar» la Constitución fue Schmitt con su interpretación del famoso artículo 48, II de la Constitución de Weimar, aquella disposición que otorgaba al presidente de la República la facultad de dictar las «medidas» oportunas en caso de estado de excepción. En aquella histórica primera reunión de la Asociación de *ius publicistas* alemanes (23), en 1924, frente a toda la doctrina dominante, Schmitt interpretó la enumeración constitucional de los Derechos Fundamentales que el presidente podía suspender no como limitativas, sino a modo de ejemplo, producto dicho resultado interpretativo de su enfoque «realista» y «político» (24).

Dos años más tarde —y dato simbólico: en el mismo año en que se publi-

---

(22) El concepto es complicado y equívoco, pero que esta verdad de Perogrullo sirva, por lo menos, para acabar con el uso de semejante *slogan*, frecuentemente utilizado como insulto en el campo jurídico. Véase nota de JESCH: *Gesetz und Verwaltung*, 1961, pág. 61, nota 56, con referencia a WIACKER: *op. cit.*, pág. 253; véase el curso de BOBBIO sobre *Il positivismo Giuridico*, en la Universidad de Turín, curso académico 1960-1961.

(23) *VVDStRL*, 1, 1924, págs. 3 y sigs.

(24) En otro lugar *Drei Arten* (*supra* nota 20), pág. 8, SCHMITT habla de un conceptualismo realista necesario en el Derecho público.

caba la *Teoría General del Estado*, de Kelsen— el enfrentamiento metodológico sería perfilado (25). Las ponencias de Kaufmann y Nawiasky en torno al artículo 109, I (principio de igualdad, modo de sometimiento del legislador al principio de igualdad, el posible control judicial) acentuaron las opuestas interpretaciones; sería incorrecto —y este pensamiento se ha repetido a lo largo de la historia de esta Asociación— el explicar estos enfrentamientos por la existencia de diferentes intereses políticos. Nawiasky resaltó, sin embargo, cierto espíritu antidemocrático que alberga la nueva doctrina. La ponencia de Kaufmann se inclinaba decididamente por el Derecho Natural y por la aplicación del principio de igualdad al legislador y no sólo a la aplicación de la ley. Anschütz, Kelsen, Thoma, Nawiasky y von Hippel rechazaron —con matices— «la nueva teoría», mientras que Heller y, sobre todo, Holstein, apoyaron con entusiasmo la ponencia de Kaufmann. Holstein, en su famoso artículo (26), calificaría el nuevo método por un cambio del positivismo al idealismo jurídico, prefiriendo esta terminología a la del Derecho natural (27), de un formalismo conceptual a un método de *Ciencia del espíritu*.

El año siguiente (28), Smend presentará una ponencia sobre la libertad de expresión, cuyo método y enfoque general daría lugar a una violenta disputa entre los diferentes participantes, aunque los resultados presentados por Smend fuesen aceptados por la gran mayoría. Los grandes comentaristas Giese, Anschütz, y también Thoma, fueron criticados por su manera de interpretar y estudiar las proposiciones jurídicas. No es posible detenerse con detalle sobre la polémica —dominada por el tema de la construcción conceptual en el Derecho público—; baste indicar que Thoma tuvo que hacer resaltar la alarmante falta de comprensión que reinaba en un círculo tan reducido de especialistas. El «nuevo estilo» había enriquecido su terminología para designar el trabajo de sus oponentes: «formalismo», «estéril lógica formal», «estilo naturalista-mecanicista», «arbitrario y positivista logicismo», etc.; desde entonces se han venido oyendo con frecuencia estos conceptos, empleados la mayor parte de las veces de una manera mecánica, alegre y tópica. Frente a tanta pobreza intelectual se enfrentaba, con rasgos enigmáticos, un «enfoque de Ciencia del espíritu» o «histórico-espiritual» (29).

(25) *VVDStRL*, 927, 3, págs. 2 y sigs.

(26) *Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatswissenschaft*, AöR n. F. Bd. 11, 1926, págs. 1 y sigs., esp. 31, *passim*.

(27) Véase corrección de FORSTHOFF, *VerwR*, I (*supra* nota 21), pág. 152, n. 2.

(28) *VVDStRL* (1928), 4, págs. 6 y sigs.

(29) La terminología en alemán: *geisteswissenschaftlich*, *geistesgeschichtlich*, véase SMEND: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955, pág. 96.

#### 4. *El nuevo método*

Todas las explicaciones de lo que significaba este nuevo método se caracterizaban por su gran vaguedad y por tomar en él lugar de honor un determinado vocabulario: «Idea del Derecho», «nuestro pensamiento jurídico», «Weltanschauung», «Valor Jurídico», «Sistema de Valores», «Sistema Cultural», etc. Tras la llamada de Holstein, que veía su viraje a la Ciencia del espíritu reflejado en una vuelta a la «Idea del Derecho» (*Rechtsidee*) y a la justicia, y que postulaba como fuente para captar el Derecho positivo las conexiones histórico-espirituales de nuestra cultura jurídica, los partidarios de la nueva escuela se esforzaron en determinar cómo se debería de entender el nuevo enfoque de Ciencia del espíritu. Así Kaufmann (30) insistiría que por encima del concepto está el Instituto jurídico (*Rechtsinstitut*), que habría de ser entendido a partir de su contenido ético, de un «ethos» objetivo. Smend (31) hablaría de los conceptos que hay que interpretar a la manera de Ciencia del espíritu, sin dar más detalles. Heller usaría (32) la mencionada designación, que después, al publicar su Teoría del Estado, abandonaría; aludió al eminente carácter social y político de todas las Ciencias del espíritu e indicó que «el pensar de la Ciencia del espíritu» entrañaba siempre una fijación creadora, una decisión subjetiva (33). Heller postuló «formas jurídicas con contenido ontológico» frente a las formas del pensar científico (*denkwissenschaftliche Formen*), caracterizadas por una abstracción y generalización: «La construcción conceptual en la teoría del Estado y del Derecho tiene que estar dirigida a normas de conducta creadora-espiritual» (34). Al final indicaría la necesidad de un método sincrético para captar el objeto de cualquier Ciencia del espíritu (35). Jerusalem (36) se preocupó también de concretar el método de Ciencia del espíritu que él veía plasmado en la totalidad de los principios metodológicos que la escuela histórica había establecido frente al racionalismo del siglo XVIII. El concepto de integración de Smend (véase *infra*, 5, 9) se acercaba, según él, al concepto «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*) de Savigny (37).

(30) *VVDStRL*, 4, pág. 82.

(31) *VVDStRL*, 4, pág. 96.

(32) *Die Krise der Staatslehre, Archiv f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 55, págs. 289 y sigs., y *Bemerkungen zur Staats- und rechts-theoretischen Problematik der Gegenwart*, AöR n.F. Bd. 16, 1929, págs. 321 y sigs.

(33) AöR, 1929, págs. 321-322.

(34) *Op. cit.* pág. 352 y antes 341.

(35) *Op. cit.*, pág. 354.

(36) *Das Problem der Methode in der Staatslehre*. AöR n. F. Bd. 15, 1930, págs. 101 y sigs.

(37) *Op. cit.*, pág. 194.

Schwinge (38), filósofo del Derecho y penalista, se ocupó de la problemática metodológica, y, como ya se dijo, su exposición fue recogida por Heck. El trabajo de Schwinge es interesante porque se puede leer por primera vez una concreción menos teorizante del método de Ciencia del espíritu: éste, en lo que hace referencia a la construcción conceptual, consistiría en un pensamiento teleológico y axiológico (39); y así, por haber empleado un enfoque teleológico en diversos trabajos, Schwinge, sorprendentemente, presenta formando un grupo a Kollreuter, Thoma, Triepel, Smend, frente a la vieja escuela de Gerber y Laband. Aunque la versión de Schwinge es superficial, llegaba, quizá, al meollo, como se verá más adelante. Leibholz caracterizaría el método de Ciencia del espíritu, como un enfoque teleológico en la jurisprudencia (40); pero esto no sería suficiente para hacer evidente el carácter de Ciencia del espíritu de los conceptos jurídicos, por lo cual postularía conjuntamente un método fenomenológico y de Ciencia del espíritu para los conceptos-esencias ideal-típicos; por ejemplo: Constitución, parlamentarismo, lo político, etc. (41).

##### 5. 1928: Schmitt y Smend

Tras este intento de caracterizar que significaba, según sus defensores, el nuevo método, hay que volver al punto donde quedó interrumpida la exposición; al año siguiente de la reunión de Munich, con la ponencia de Smend, dos directrices de la nueva doctrina quedaban plasmadas en dos obras fundamentales: Smend publicaría en 1928 su *Verfassung und Verfassungsrecht* partiendo no del método jurídico, sino con un método de Ciencia del espíritu (así, expresamente, en la primera página) y desarrollando la llamada teoría de la integración que había sido apuntada en anteriores trabajos. Para lo que aquí interesa, abordaría en la tercera parte de su obra las consecuencias prácticas de su teoría, tocando en primer lugar la cuestión de la interpretación constitucional; de su exposición, sin embargo, no se deduce con claridad en qué consistiría prácticamente la novedad de su interpretación constitucional. Schmitt publicaría el mismo año su *Verfassungslehre*, haciendo del «decisionismo» el punto de partida de su obra, aunque esto sea hoy lo menos interesante del análisis que llevó a cabo Schmitt (42); otra dirección de la nueva escuela tardaría unos años en

---

(38) *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, 1930.

(39) *Op. cit.*, pág. 19.

(40) *Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht, Bl. f. Deutsche Philosophie*, Bd. 5, 1931-1932, hoy en *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1958, págs. 262 y sigs.

(41) *Op. cit.*, pág. 275.

(42) Estas dos obras darían lugar a que se hablase, en desafortunada y equívoca fórmula, de «Derecho Constitucional como Derecho Político», con gran aceptación en el régimen nacional-

ver la luz, la *Staatslehre* de Heller (1934), de eminente cuño sociológico y con la preocupación obsesiva de superar los polos Kelsen-Schmitt, con un enfoque dialéctico del tipo de Schindler (véase HELLER: *op. cit.*, pág. 189). Este último punto obliga a citar otra obra que, aunque escrita por un jurista suizo que no estuvo directamente entrelazado en la polémica, estaba en directa conexión con la problemática metodológica de Weimar, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (1931), por D. Schindler. Reduciendo un poco rápidamente el enfrentamiento metodológico a una oposición entre una concepción sociológica (Erhlich) y otra jurídica (Kelsen), Schindler pretendió una superación aplicando un método dialéctico para comprender el «mundo de la vida social» (43).

## 6. *Visión de conjunto*

En una mirada de conjunto no habría inconveniente, con Sontheimer (44), en apreciar dos corrientes doctrinales; por una parte, una tendencia ético-filosófica; por otra, una sociológica. Concretando algo más, cabría decir que la corriente ético-filosófica agrupada bajo el concepto de Ciencia del espíritu se desenvuelve por una parte en una dirección que, apoyada en dicha expresión, postulaba metodológicamente una orientación a la idea del Derecho, un enfoque histórico, una teoría de la integración: Holstein, Smend; por otra parte, otra dirección se confesaría por pensamiento institucional con contenido ético, que permitiría hablar de un Derecho natural: Kaufmann; y por último, una dirección teleológica-fenomenológica estaría representada por Leibholz. Frente a todo esto, Heller se decidiría, como ya se dijo, por un enfoque de «ciencia de la realidad»; es decir, un método sociológico (45). Hay cierto paralelismo con algunas corrientes del Derecho privado y Filosofía del Derecho: el idealismo neokantiano dominado por un pensamiento axiológico de Radbruch, el pensa-

---

socialista (véase BILFINGER: *Verfassungsrecht als politisches Recht*, Zeitsf. f. Politik, 8, págs. 281 y sigs.).

(43) SCHINDLER: *Verfassungsrecht und Soziale Struktur*, pág. 7.

(44) Véase *Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, ASRP, 1960, págs. 37 y sigs.

(45) Es incorrecta la clasificación de BADURA: *Die Methoden der neuen allgemeinen Staatslehre*, 1959, que bajo la categoría de «geisteswissenschaftliche Methode», en las teorías sociológicas del Estado, sitúa a SMEND y a HELLER. En su *Staatslehre*, HELLER, rechazó, como ya se dijo, dicho concepto y se refiere a la «Wirklichkeitswissenschaft», véase pág. 37, expresamente contra SMEND: pág. 89. La nota de BADURA al respecto, pág. 191, n. 302, no convence; desaceratado también al clasificar de «geisteswissenschaftliche Soziologie» la sociología de MAX WEBER.

miento material y dialéctico de Schönfeld, la fenomenología de Reinach y de G. Husserl, la sociología de Ehrlich. A Schmitt lo ha calificado K. Hesse como representante de un positivismo sociológico; Schwinge (46) hace unas agudas observaciones sobre el método de Schmitt, señalando su realismo acrítico, la absoluta falta de fundamentación metodológica, la sensación de arbitrariedad que produce su teoría, la constante argumentación a partir del «concepto», todo ello acerca a Schmitt, según Schwinge, a la llamada jurisprudencia de conceptos. Con una visión más amplia cabría decir que Schmitt desarrolló un método sincrético caracterizado por un enfoque de historia de las ideas políticas, historia constitucional, de tipo jurídico y crítico político, todo ello dominado por el tremendo peso de su ideología, cuya obra, junto a fatales y arbitrarias tesis, presenta auténticas aportaciones para el Derecho público (47).

### 7. *Diferentes valoraciones sobre el «nuevo método»*

Si hubiese que encontrar un rasgo común a la «nueva doctrina» sería el deseo de introducir lo político en el análisis del orden normativo concerniente al Estado, intentando acercarse a la realidad constitucional y política. El análisis profundo sobre si se produjo este acercamiento, y en tal caso en qué medida, supone un difícil trabajo, y no es lugar aquí de ser tratado; sin embargo, un juicio a partir del enfoque y conquistas de la empírica ciencia política anglosajona no podría por menos de hacer resaltar el contenido romántico y la peculiar ideología de la bella teoría de la integración de Smend, el idealismo de los «Strukturbegriffe» de Leibholz. El mismo Heller, que en su manuscrito usó frecuentemente el concepto inglés de «Political Science» —su editor lo germanizaría en 1934 por *Polytologie*, véase Heller, *Staatslehre*, página 4, nota, formulación ésta extendida en Francia y España, mientras que en Alemania se habla hoy de *politologie* o *Politikwissenschaft* (48)— no pudo escapar totalmente, dice bien Badura (49), a la tradición científica alemana en dicho campo.

(46) *Op. cit.*, pág. 19, n. 39.

(47) Sobre CARL SCHMITT —en particular sobre su concepto de lo político, aunque desvelando el origen y contenido ideológico de toda su obra— ha escrito un profundo trabajo (tesis doctoral) el profesor ayudante en el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Munich, que dirige ERIC VOEGELIN, HEINZ LAUFER —al cual, el autor de estas líneas agradece haber puesto a su disposición el texto mecanografiado—, *Das Kriterium politischen Handelns/Versuch einer Analyse und konstruktiven Kritik der Freund-Feind Unterscheidung auf der Grundlage der aristotelischen Theorie der Politik*, 1961. Como el subtítulo indica, LAUFER ha llevado a cabo su trabajo a partir de la más clásica teoría política.

(48) Véase V. DER GABLENZ: *Politische Vierteljahresschrift*, 1, pág. 4, nota.

(49) *Op. cit.* (supra nota 45), pág. 222.

Es bien cierto que lo que se acaba de decir sería un punto de vista para juzgar estas obras; otro, sería considerar la nueva escuela a partir de la problemática determinante: *Die Vergemeinschaftung der individuellen Willen zur Wirkungseinheit eines Gemeinwillens* (50) (literalmente: mancomunicación de la voluntad individual para la unidad de acción de una voluntad general), actitud ésta que se acuña enfrentándose a todas las corrientes disolventes y pluralistas que destrozaban el orden social (*l'État est mort*). Quede por lo menos apuntado este otro enfoque; aparte de esto, la riqueza de múltiples análisis de estas obras está fuera de duda.

#### 8. *Olvido y permanencia de la legitimidad del método jurídico tradicional*

Hoy, el enfrentamiento metodológico de Weimar entre la nueva y vieja escuela queda en parte explicado por el olvido de la nueva doctrina de la necesaria separación entre los diferentes campos científicos; es decir, entre el pensar investigador y el pensar dogmático. Un enfoque no jurídico —dentro, claro está, de una tendencia sistemática y teorizante que lo distingue del enfoque de la ciencia política norteamericana—, sino histórico y sociológico existía en el ámbito de la *Teoría General del Estado* bien antes de que llegara la «nueva doctrina». Un tratamiento histórico se encuentra en la *Allgemeine Staatslehre*, de Schmidt, y los trabajos de Weber y algunas otras obras, como, por ejemplo, el *Allgemeines Staatsrecht* (1907) de Gumpłowicz, habían introducido un tratamiento sociológico en el ámbito de los estudios jurídico-políticos. Esto se reconoció expresamente en Weimar (véase Smend, *op. cit.*, pág. 122, y Heller, *op. cit.*, pág. 33), aunque se rechazase la obra weberiana, sobre todo su punto de partida agnóstico, lo que sugeriría interesantes reflexiones en relación con la ciencia política actual. El mismo Jellinek en su gran obra, que Loewenstein ha calificado de «obra maestra del profundo humanismo positivista», parte de una concepción de la teoría del Estado como ciencia social (51). Sus diferencias con Laband son considerables (véase *Allgemeine Staatslehre*, 1924, págs. 12, 16, 356, 398, etc.); no es una imagen correcta el hablar mecánicamente de una línea uniforme Laband, Jellinek, Kelsen.

(50) HELLER: *Souveranität, Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, 1922, págs. 87 y sigs.; SMEND: *op. cit.* (*supra* 5), pág. 187.

(51) Véase M. DRAHT: *Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat, ihren Gebieten und Methoden*, Homenaje a SMEND, 1952, págs. 41 y sigs.; esp. pág. 56.

Para decirlo otra vez: la nueva doctrina, impulsada por un justificado deseo de introducir, de una manera fundamental, una nueva actitud metodológica que parecía necesaria y fructífera en el campo de una «teoría no exclusivamente jurídica del Estado» o, en terminología moderna, el campo de la realidad socio-política, polemizó inútilmente contra un enemigo que no lo era, con argumentaciones *slogans* («positivismo», «logicismo», etc.) y descuidando la fundamental distinción entre el pensar investigador y dogmático. Y lo más grave ha sido la repetición mecánica de las «consignas» (*Schlagwort*) de la época por los epígonos. En este punto hay que hacer justicia a Kaufmann y a Heller; el primero afirmaría expresamente que el método tradicional era especialmente legítimo en la literatura del comentario jurídico. Heller vio perfectamente el papel necesario del «método jurídico» y de la dogmática jurídica» en la aplicación de la Constitución escrita (concepto formal o «documental») (52).

### 9. El «ethos» científico de Laband

Por todo lo expuesto, cuando Thoma, esa gran figura del Derecho público alemán, cerró la disputa metodológica de Weimar en dos obras fundamentales —producto ambas de la colaboración de los mejores *ius publicistas* alemanes, y en cuya dirección trabajó él activamente—, escribió sobre la teoría de la integración de Smend:

«Función integradora la tiene cualquier proposición jurídica constitucional, bien que sea interpretada en este o aquel sentido; con la teoría de la integración no se puede resolver ni una sola cuestión interpretativa en particular» (53).

Y añadirá:

«Tampoco me ha convencido hasta ahora Smend de que haya sido capaz de producir un método de Ciencia del espíritu en la interpretación de las proposiciones constitucionales».

---

(52) Véase KAUFMANN: *VVDStRL*, 4, pág. 81; HELLER: *Staatslehre*, págs. 47 y 259. ¿Y no es correcto ver una cierta correspondencia material entre las categorías *Meinungs und Forschungsdanken* y la distinción que hace Heller entre *Sinnwissenschaft* (ciencia del «sentido») y *Wirklichkeitswissenschaft* (ciencia de la realidad), la primera concretada en la dogmática jurídica y la segunda en la *Staatslehre* (hoy se diría ciencia política)? Véase HELLER: *op. cit.*, pág. 43.

(53) *Grundpflichten und Grundrechte der Reichsverfassung* (edto. NIPPERDEY), 1929-1930, I, pág. 11. Una fuerte crítica a la teoría de la integración de SMEND ante la pretensión de ésta de querer resolver problemas interpretativos y determinar conceptos y líneas jurídicas, la hace SCHWINGE: *op. cit.* (nota 38), págs. 28-29.

Consecuentemente Thoma corregirá la formulación de Smend de que «trata de interpretar a la manera de la Ciencia del espíritu conceptos con gran contenido histórico espiritual», dejándola reducida a «se trata de interpretar conceptos con gran contenido histórico espiritual» (54). En relación con el método jurídico, la «*geistwissenschaftliche Methode*» no aportaba nada que no fuera ya conocido: la necesidad de emplear un enfoque teleológico en la interpretación jurídica lo había visto ya Thoma en 1922 (55), y que la política (juicios de valor, relativa objetividad, etc.) era ineludible en la labor del *ius publicista* era bien conocido, habiendo encontrado su primera gran exposición en un trabajo de Laun (56). En consecuencia con esto, unos años más tarde Thoma resumirá:

«... los maestros alemanes de la ciencia jurídica del Estado han insistido siempre que la primera e indispensable tarea de los juristas es elaborar una Dogmática del Derecho a través de su sistemáticamente ordenada disposición e interpretación, y que esta tarea de la jurisprudencia no debe ser confundida con otras, esto es, con la deducción histórica, la explicación sociológica, la crítica política y la apreciación filosófico-jurídica» (57).

Antes de esta afirmación cita Thoma un párrafo del prólogo a la quinta edición del *Staatsrecht des deutschen Reiches*, de Laband (58):

(54) Por esto, no es feliz el intento de COING: *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959, que hace jugar otra vez el método jurídico frente a la teoría hermenéutica general de las Ciencias del espíritu (cfr. intervenciones de PETERS, págs. 34 y sigs., y SCHIDER, págs. 43-44 en la discusión).

(55) *Das richterliche Prüfungsrecht*, AöR, Bd. 4, n. F, 1922, pág. 267, donde THOMA, ante la imposibilidad de deducir ni a favor ni en contra del orden jurídico de WEIMAR, el control judicial de las leyes, lleva a cabo una serie de consideraciones teológicas-pragmáticas.

(56) *Der Staatsrechtslehrer und die Politik*, AöR, Bd. 4, n. F, 1922, pág. 145.

(57) *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1930-1932 (edto. ANSCHÜTZ-THOMA), página 4. Esta posición sería recogida y ampliada por MAUNZ en el primer capítulo dedicado al problema metodológico de sus *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts*, Munich, 1933. Resulta sorprendente la similitud con la formulación que posteriormente escribía HELLER (*op. cit.*, pág. 189): «Es ist die eigenartige Aufgabe der Juristen, aus den für die Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens bedeutsamen Verhaltensweisen diejenigen Bedeutungen oder Sinngehalten, welche als "Recht" gelten, auszuordern, zu interpretieren und zu systematisieren» (Es la peculiar tarea del jurista, de aquellas formas de conducta importantes para el orden de la vida común en la sociedad, ordenar, interpretar y sistematizar las significaciones o sentidos que rigen como «Derecho»). Tanto estas citas como la indicación en la nota 52, ponen en duda la afirmación de SCHNUR (véase VerwAach, 52, 19) que quiere ver las categorías *Meinungs- und Forschungsdenken*, apuntadas ya en KOSCHAKER (*op. cit.*, nota 4), cuando materialmente se encuentran en la discusión de Weimar.

(58) Se trata del prólogo a la segunda edición de su *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1887, 5.ª ed., 1911, donde LABAND defendió su método de trabajo frente a las críticas que se habían hecho a su obra.

«... No era mi intención acusar de heréticos a otros métodos de investigación, sino luchar contra el diletantismo, el cual se satisface, por una parte, con una exposición carente de meditación del material legislativo; por otra parte, con un banal comentario de la política diaria y con unas superficiales y pragmáticas consideraciones para publicar de todo este conjunto notas sin conexión para una investigación de Derecho público».

Esta cita —que es hoy frecuentemente, tan vigente como entonces (59)— que hace Thoma de Laband es simbólica, porque pese a sus errores —y mejor que nadie los resalta Thoma— el intento de Laband está unido a la más profunda intimidad del Derecho público europeo, mejor todavía, en él se da la posibilidad de una Ciencia del Derecho público (*vid.* O. Mayer: *Traité de Droit Administratif*, XIV, etc.) (60).

#### IV. RECAPITULACION

##### 1. No al Derecho político

Si Weimar enseña algo es que —frente a las exposiciones que hasta ahora se ha solido hacer, frecuentemente carentes de objetividad, superficiales y al servicio de ideologías— justamente fueron los llamados «positivistas» (formalistas, etc.) los que respetaron el Orden constitucional y los principios que en él estaban contenidos, y fue la «nueva doctrina» la que con su integración, decisionismo, idea del Derecho, etc., la que directa o indirectamente contribuyó a producir la catástrofe. Esto quizá dé lugar a repensar la conveniencia de cam-

(59) K. LOEWENSTEIN ha hablado del peligro que tiene el *Political Scientist* —por la carencia de claras fronteras en su trabajo— de caer en el diletantismo, véase *Z. f. gesamte Staatswissenschaft*, 1950, pág. 354.

(60) Esto lo reconocieron en el fondo hasta sus más acérrimos críticos, véase GIERKE: *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, nueva impresión, 1961, págs. 4, 7; TRIEPEL: *Staatsrecht und Politik*, 1927, págs. 37-38, nota sobre O. MAYER; SCHWINGE: *op. cit.* (nota 38), pág. 7. Aquí el autor desearía indicar lo siguiente: el presente trabajo fue terminado fundamentalmente en el mes de julio, 1961, en Munich. Por aquella fecha no había llegado todavía a sus manos el libro recién publicado de JESCH, citado anteriormente (nota 22). Antes de corregir las pruebas de este trabajo, el autor ha podido conocer dicha obra y le ha sido muy grato comprobar que las consideraciones metodológicas que hace JESCH están en la línea de la exposición que aquí se ha presentado (véase *op. cit.*, págs. 57-60); acaba un apartado (pág. 60) con la frase: «soweit sich Labands Positivismus gegen solchen Subjektivismen richtete ist sein wissenschaftliches Ethos ungebrochen» (siempre, en cuanto el positivismo de Laband se dirigió contra tales subjetivismos, permanece su «ethos» científico inquebrantable).

biar la equívoca nomenclatura de Derecho político —quizá popularizada por Montesquieu, *Esprit des Lois*, I, Cap. III; véase Rousseau, *Contrat Social*, cuyo subtítulo es *Principes de Droit Politique*, y que vive hoy un *resurgir en cierto sector de la Ciencia política francesa. Si el Orden jurídico fundamental es legítimo y tiene pretensión de validez —ya que en otro caso lo que aquí se expone carece de sentido—, sería más conveniente hablar exclusivamente de Derecho constitucional y Derecho administrativo.* Por otra parte, podría pensarse en la posibilidad de introducir el concepto de *Derecho estatal*, que entendido en sentido restringido vendría a cumplir bien el servicio pedagógico de concretar ese núcleo central del Derecho público compuesto por el Derecho constitucional y Derecho administrativo. Desde luego que dicho cambio terminológico —del que no se excluye una posterior matización— no está libre de críticas, pero es evidente que contribuye a acotar y fortalecer el campo del pensar dogmático frente al carácter problemático y equívoco de toda nomenclatura que encierra el concepto de lo político. El Estado, mejor, la estructura estatal, institucionalizada en el Parlamento, Gobierno, Administración Pública, etc., presenta una unidad normativa con su lógica inmanente, que el jurista debe conocer y trabajar. *Semejante actitud científica es la que se deduce del pensar dogmático y además la única que está de acuerdo con el objetivo de preservar y mantener un orden constitucional con pretensión de validez.* El desagrado e irritación que esto pueda producir no cambia ni sirve para nada. Por otra parte, la inexistencia de tal orden no justifica la ignorancia.

## 2. *El pensar dogmático fortalece la normatividad*

De la necesidad de salvaguardar en la ciencia jurídica el pensar dogmático fue bien consciente Max Weber (61). Ultimamente, Thul (*loc. cit.*), Sonthheimer

---

(61) Véase J. WINNKELMAN: *Max Webers Rechtssoziologie*, págs. 20 y sigs. (y su referencia al capítulo sobre Stammler de Max Weber en la *Wissenschaftslehre*), en MAX WEBER: *Rechtssoziologie*, 1960. LARENZ: *op. cit.* (nota 3), pág. 63, n. 1, critica a MAX WEBER, reprochándole que la «*verstehende Soziologie*» no tiene en cuenta «si en el sentido *subjetivo* pretendido por el que actúa no se encuentra frecuentemente la relación con el correspondiente sentido *objetivo* (o viceversa), es decir, con un orden jurídico, ético, etc.». Si esto es así, continúa LARENZ, no cabría separar de una manera tan tajante —como lo hace MAX WEBER— la sociología jurídica de la dogmática jurídica. Refiriéndose al libro de V. SCHELTING (*Max Weber Wissenschaftslehre*, 1934), LARENZ indica que una «*verstehende Soziologie*» debería de abarcar también ese «*objektiven Sinngehalt einer geschichtlichen Rechtsordnung*» (el sentido objetivo de un orden jurídico histórico) dado que —LARENZ cita a V. SCHELTING— «la conducta real social del hombre... también está determinada y conformada por estos momentos ideales (representaciones normativas).

(*loc. cit.*, nota 44), Schnur (62), han insistido sobre este mismo punto. No se trata de volver a un abstracto y unilateral enfoque legalista; el *ius publicista* tiene que estar abierto al fenómeno social, pero esta apertura deberá estar centrada en torno a la norma jurídica impuesta, de tal manera que estará obligado a moverse dentro del marco dogmático a partir del cual dará la respuesta, la única relevante. Así deberá entenderse el estudio de lo normativo y así se fortalecerá la fuerza normativa de la Constitución (63), frente, para decirlo con Jellinek, a la fuerza normativa de fáctico. *En un momento en que la normatividad se debilita por las exigencias de los sociólogos, filósofos, médicos, tecnólogos, etc., es necesario que el jurista sea consciente de la función que tiene que desarrollar* (64). En lo que aquí, y más adelante, se dice, no se debe ver ni una optimista —en todo caso lo contrario— visión de los bienes que produce una Constitución, ni tampoco una encubierta preferencia por el «orden» (véase, sobre esto, Huber, *op. cit.*, pág. 19), *sino el convencimiento de ser esta actitud la única científicamente lógica y, por otra parte, la única políticamente sensata ante una sociedad dividida y enfrentada por diferentes ideologías o, como dice Voegelin, por diferentes proyectos existenciales.*

### 3. *La apertura del pensar dogmático al pensar investigador*

Esta preponderante atención que el jurista debe al pensar dogmático no excluye en absoluto —sino que es necesario, por ejemplo, para la refundición y

---

A esta crítica de LARENZ hay que decir dos cosas: 1) Que en la obra de MAX WEBER, y justamente donde lo cita LARENZ («Über einige Kategorien der vestehenden Soziologie», en *G. Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, pág. 528, esp. 539), se encuentra explícitamente expuesta la tesis que postula LARENZ: «La sociología estudia una conducta entre cuyos determinantes y resultados también las representaciones (*Vorstellungen*) sobre el sentido (*Sinn*) y la validez (*Geltung*) de determinadas proposiciones jurídicas juega un papel importante» (440). Esta y otras posible citas (por ejemplo —539-540—, donde indica que el moderno «Estado» se mantiene de una manera considerable porque determinadas personas orientan su conducta según las representaciones [*Vorstellungen*] de órdenes de aquella orientación político-jurídica), hacen incomprensible la crítica de LARENZ, dándose hasta la misma terminología (*Vorstellung, Sinngehalt*, etc.) en la obra de WEBER. 2) Y en segundo lugar, que esto no tiene nada que ver con el hecho de que la sociología y dogmática jurídica, por ser, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, pensar investigador y pensar dogmático deben estar fundamentalmente separados. Lo cual no excluye un posterior complemento, como se expone más adelante. Véase también en este sentido el mismo LARENZ: *op. cit.*, pág. 65.

(62) DVBL, 1960, págs. 123 y sigs.

(63) K. HESSE: *Die normative Kraft der Verfassung, Recht und Staat*, 1959.

(64) Esto resuena en un bello trabajo, lleno de sensibilidad humanística, de uno de los mejores *ius publicistas* suizos del momento, HANS HUBER: *Das Recht im technischen Zeitalter*, 1960, aunque la formulación no está apurada y algunas veces es problemática.

revisión crítica de las instituciones y conceptos jurídicos, como lo muestra la literatura en el Derecho público— el complemento por un pensar investigador (histórico, sociológico, etc.), tal como fue apuntado por Thoma y Maunz (65). Interesa, sin embargo, indicar que todavía no está claro hasta qué punto el *ius publicista* tendrá que abandonar tradicionales tareas; se piensa al decir esto en la *Teoría General del Estado* —teóricamente asignable al pensar investigador— que enseñada tradicionalmente en las Facultades de Derecho con rasgos dogmáticos-sistemáticos, desempeña, como bien indica Badura, un papel pedagógico importante que no quedaría muy bien satisfecho con un enfoque al estilo de la empírica ciencia política. Aunque en este punto la obra sistemática llevada a cabo por cierto sector de la ciencia política moderna (piénsese en Loewenstein) podría vivificar enfoques tradicionales.

#### 4. *Pensar dogmático: condición existencial del jurista*

De cualquier manera debe quedar clara la estricta distinción y separación entre el pensar dogmático y el pensar investigador, y la lógica primacía de aquél sobre éste, en la tarea del *ius publicista*, tanto del constitucionalista como del administrativista (66). Ha ocurrido, sin embargo, que al reanudarse

---

(65) Teóricamente —en la práctica no tanto— la Filosofía, Historia y Sociología del Derecho, como ciencias investigadoras, deben vivificar la dogmática jurídica en general. Esto no excluye que cada rama dogmática posea una correspondiente rama investigadora; así el Derecho administrativo, la Ciencia de la administración, el Derecho penal, la Criminología, el Derecho estatal, la Teoría general del Estado o la hoy llamada Ciencia política, etc. Sin embargo, práctica y teóricamente el *como* de ese complemento presenta gran dificultad; quede aquí apuntado este punto, al que quizá el autor le sea posible dedicar cierta atención en un futuro próximo: véanse las indicaciones sobre esto en VIEHWEG: *op. cit.* (nota 2), pág. 340; THUL: *op. cit.* (nota 6), pág. 250; HESSE: *op. cit.* (nota 63), pág. 15; SCHNUR: *op. cit.* (nota 57), pág. 126. Por otra parte, es evidente que dichas ramas investigadoras tienen por encima de dicha función su propia independencia. Una muestra de la aplicación de categorías y enfoque de la Filosofía del Derecho en la «dogmática jurídica» es la obra de LARENZ, en particular su «*konkret-allgemeiner Begriff*», de cuño hegeliano. Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría jurídica y dogmática jurídica hay un reciente trabajo de VIEHWEG que el autor desconoce todavía; sobre este punto, véanse las interesantes observaciones de THUL: *loc. cit.*

(66) De la tesis que aquí se expone han sido conscientes los administrativistas, véanse las obras citadas de GARRIDO FALLA y, últimamente, *Dos métodos en el estudio de la Administración pública (Método jurídico y Ciencia de la administración)*, 1961, desconocida esta última todavía para el autor de estas líneas. Unas reflexiones interesantes sobre la Ciencia de la administración se encuentran en GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Administración española*, 1961, introducción. Consecuentemente esto también fue postulado por LABAND y llevado a cabo por su discípulo OTTO MAYER. Resulta cómico conocer las cosas que trataban los manuales de Derecho Administrativo

la vida espiritual en Alemania, el enfrentamiento metodológico de Weimar ha pesado considerablemente, y el desprecio y superación del mal llamado positivismo condujo a un debilitamiento del método indefectiblemente unido a la tarea del jurista, llevando la duda hasta la misma dogmática del Derecho público; como se ha visto, esta situación se ha dado también en la dogmática del Derecho privado. En este punto hay que recordar la enseñanza que dejaron las mejores y más sanas cabezas de Weimar: *el ius publicista está existencialmente obligado a trabajar lógica y sistemáticamente en monografías, comentarios y tratados la materia jurídica para formar así la necesaria dogmática, la cual no es elaborada en una actitud del arte por el arte, sino como una imprescindible exigencia racional en la moderna estructura estatal, que en parte queda institucionalizada en la existencia de una amplia jurisdicción constitucional y administrativa*. Y esto se tiene que hacer —y de hecho se hace— con un método que es mucho más evidente de lo que ciertos ideólogos desearían (67). Ya se dijo que el *ius publicista*, por ejemplo, se abre al pensar investigador —tomando como punto de partida la norma jurídica— bien al querer profundizar y replantear ciertos conceptos o instituciones, bien porque así lo exige la aplicación de la norma a la realidad social. Si bien es cierto que el jurista en el pensar investigador se presenta frecuentemente como un lamentable retórico, como mero repetidor de hipótesis de trabajo de otros, o como dilatante coleccionista de citas, las obras, por ejemplo, de un Loewenstein (68) o de un Huber (69), son prueba del éxito del jurista en el campo del pensar investigador.

---

a finales de siglo (véase la recensión de LABAND al libro de MAYER: *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, en AöR, tomo II, pág. 149). La falta de comprensión ante esta tesis —y ante todas las consecuencias que ella entraña—, así como la irritación o desagrado que pueda producir, no sirven, desgraciadamente, para nada.

(67) Sobre este punto se hacen unas consideraciones finales al tratar del comentario de MAUNZ-DÜRIG (*infra*).

(68) Jurista y *political scientist* de categoría internacional, que ha publicado últimamente dos obras fundamentales, fruto de largos años de experiencia y madurez: *Verfassungslehre*, 1959, y *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in den Vereinigten Staaten*, 1960. El autor de estas líneas prepara la traducción española de la *Verfassungslehre* (Teoría de la Constitución), con un estudio preliminar.

(69) Autor de *Deutsche Verfassungsgeschichte* (hasta ahora dos tomos, 1957-1960). De esta obra se ha dicho (recensión de HEFFTER, AöR, 1960, pág. 357): «El exacto y agudo conceptualismo del modo de pensar de jurista trae consigo para el historiador de las Facultades de Letras una rica ganancia, quizá especialmente para este último, que sólo ganará al conocer las específicas cuestiones jurídicas». Véase en España, por ejemplo, SÁNCHEZ-AGESTA: *Historia del Constitucionalismo Español*, 1955.

## V. CONCLUSION

La polémica científica de Weimar que se expuso anteriormente tuvo como consecuencia hacer tambalear el método jurídico, cuando en realidad de lo que se trataba era de corregir ciertos excesos. *El fantasma del positivismo, el deseo de «llegar a la realidad», retóricas declamaciones de Justicia y otros elementos, en compleja confusión, han conducido a un enfoque sociológico, de Ciencia del espíritu, fenomenológico, axiológico, que bordea el arbitrario subjetivismo, manifestándose todo esto en una inconsciente actitud ante lo normativo.* Ante la ignorancia y la inconsciencia hay que repetirlo: el pensar dogmático que se le impone al jurista le obliga a desentrañar el sentido del material («dogma», «opinión», «proposición jurídica») jurídico para obtener los conceptos relevantes y llevar a cabo su interpretación, construcción conceptual y sistema. El gran mérito del método tradicional fue el fijar la atención sobre el carácter formal (70), esencial en el Derecho. Hay absoluta obligación de proceder con máximo rigor, estableciendo los límites con claridad, y para esta labor es falso y peligroso hablar de un método de ciencia del espíritu, sociológico o de lo que sea: sólo hay un método jurídico. Y esto —completando un pensamiento anterior— lo exige la misma naturaleza de la ciencia jurídica, que, a diferencia de otras ciencias sociales, culturales, etc., es de *inmediata* relevancia social. Así, pues, lo que aquí se dice no es sino una contribución a elevar la racionalidad y con ello la justicia (71).

(70) Otro concepto «consigna» usado frecuentemente como comodín. Cfr. sobre el formalismo en general, I. M. BOCHENSKI: *Die zeitgenössischen Denkmethode*, 2.<sup>a</sup> ed., 1959, págs. 42 y sigs., y esp., págs. 48 y sigs.; véase BOBBIO: *op. cit.* (véase nota 22), págs. 181 y 289. Véase toda la exposición de LARENZ (*op. cit.*, nota 3, págs. 322 y sigs.) sobre la abstracción y el concepto abstracto general imprescindible para la subsunción.

(71) Y en este punto se tienen que interrumpir estos «prolegómenos»: se han aplicado las categorías del pensar dogmático e investigador; se ha polemizado contra corrientes que rechazando el método jurídico desconocían dichas categorías; en una palabra, se ha fundamentado teóricamente el marco dentro del cual se tendrá que llevar a cabo una complicada y posterior labor: la *conformación* de ese pensar dogmático, de esa dogmática jurídica, y en este caso de una dogmática de Derecho Público (reglas de interpretación, construcción conceptual, etc.). JESCH (*op. cit.*, nota 22, págs. 40 y sigs.) distingue tres conceptos en torno al término «método»: 1) entender por tal los métodos generales del pensar (método, semiótico, fenomenológico, etc.); 2) los métodos generales científicos (por ejemplo: sociológico, histórico, etc.); 3) métodos particulares de investigación (aquí empleado el concepto «investigación» en otro sentido que el de la dicotomía pensar dogmático-investigador, esto es, de una manera más amplia). Lo que justamente se ha llevado a cabo en este estudio es la fundamentación del segundo punto al aplicar las categorías, -cuya falta se nota en la exposición de JESCH: *Meinungs-und Forschungsdenken*. Naturalmente que con frecuencia la exposición se ha salido de esa tarea (piénsese en la cita de THOMA, en las notas sobre la interpretación de los diferentes comentarios, etc., y, por otra parte, recuérdense las indi-

Toda esta problemática metodológica y la confusión que en ella ha reinado y reina ha podido y puede hacer creer que el intérprete —en este caso el comentarista constitucional— ante una jurisprudencia *creadora* por «haberse liberado del positivismo», carece ya de un objeto evidente de trabajo. A esto habría que añadir la dinámica social y política a la que está sometida la Constitución. Sin embargo, esto es falso. Como es evidente en una estructura con un pensar dogmático, la jurisprudencia está sometida a la Constitución —y a la ley—; será, por tanto, en la concretización de este sometimiento, esto es, el dar sentido, en establecer los límites, etc., de la proposición jurídica donde el papel del comentarista constitucional —igual que el del civilista— es y será de absoluta necesidad.

La enorme dificultad con la que se enfrenta el constitucionalista al interpretar el orden constitucional cuando éste no es un «trozo de papel» (Lasalle), sino una ley que se introduce e infiltra en todo el Orden jurídico anulando, confirmando o exigiendo nuevos institutos jurídicos, ha sido superada en esta obra con gran altura. *La Constitución no es el fundamento del Derecho público, sino el fundamento de todo el orden jurídico* (véase Kägi). Esto fue verdad en Weimar (72) y lo es hoy mucho más. *El constitucionalista tiene que conocer en*

caciones sobre la conformación de la dogmática jurídica en la parte del trabajo dedicada al Derecho Privado); hasta cierto punto, se han dado unas directrices para dicha conformación, lo cual era ineludible en la polémica con otras corrientes. Si no se quiere caer en una palabrería abstracta, esa labor posterior sólo se puede hacer con base en un material concreto (Constitución, legislación, jurisprudencia). Quizá le sea posible algún día al autor presentar semejante estudio; sea hoy citado tan sólo como ejemplo de un tratamiento de un problema concreto del Derecho Público. GALLEGO ANABITARTE: «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 34, págs. 11 y sigs. La conformación de la dogmática del Derecho Público, en particular Constitucional, ha sido objeto de muchos estudios bajo la *Grundgesetz* de Bonn (SCHEUNER, PETERS, etc.) y tesis doctorales (TIEFENBACHER, STERN). El *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional) se ha ocupado también de este tema al establecer directrices de interpretación, véase BVerfGE 1, 312; y últimamente, BVerfGE 11, 129 (sobre esto, MANGOLDT-KLEIN, págs. 6 y sigs.). La teoría de la interpretación vive últimamente una época de gran interés tras unos trabajos de FORSTHOFF (cit. anteriormente nota 15), véase LEISNER: DöV, 1961, 641; KRÜGER: DöV, 1961, 721; IDEM: DVBL, 1961, 685; LERCHE: DVBL, 61, 690. La *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* ha dedicado su última sesión a este tema, véase JZ, 61, 709 (BULLINGER); DVBL, 61, 912 (TEITGEN); BayVBL, 62, 12 (STERN). El autor quiere hacer constar aquí lo provechoso que ha sido para él el contacto personal con docentes y ayudantes del Instituto de Derecho Público (dirigido por THEODOR MAUNZ) de la Universidad de Munich, así como su participación en un Seminario de Metodología del Derecho Público, que bajo la dirección del entonces docente Dr. K. OBERMAYER, tuvo lugar el semestre del verano de 1960 en dicha Universidad.

(72) Frente a la frecuente mal entendida —tampoco afortunada— frase de O. MAYER (prólogo a su *Tratado de Derecho Administrativo*, 3.ª ed.): *Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*, véanse las primeras consideraciones de THOMA en *Grundrechte und Polizeigewalt*,

*general todo el Derecho público, y en particular el Derecho administrativo; frecuentemente estará obligado a adentrarse en el Derecho privado (parte de la ciencia jurídica alemana pretende hacer valer los Derechos fundamentales en el Derecho privado). La problemática que plantea lo normativo en la esfera constitucional se transmite frecuentemente a todo el orden jurídico, porque éste no es un conjunto de compartimientos estancos, sino una unidad (Kelsen, Engisch, etc.).*

*Nota en 1996:*

Como se ha dicho al principio, este texto lo escribí hace treinta y cinco años; lo he mantenido intacto, salvo la división por títulos y epígrafes, la corrección de tres líneas confusas, y erratas en las referencias bibliográficas.

1. Es evidente que hoy no lo escribiría de la misma manera, sobre todo formalmente. Hay que entender lo que este estudio supuso para un joven licenciado español, educado bajo el Derecho político, en un ambiente en el que empezaba ya a ser triunfante la ciencia política y el estudio de los regímenes políticos, despreciando como positivista e irreal el análisis jurídico-constitucional. Desde luego hay que tener en cuenta que las leyes fundamentales del general Franco no eran tomadas muy en serio por la comunidad jurídica, salvo quizá, cuando se aprobó la Ley Orgánica de 1967; pero la ausencia del análisis técnico conceptual en el Derecho público español, viene de lejos, como he demostrado en otro lugar. La ingenua emoción, del que descubre el Mediterráneo, está presente en estas páginas, pero creo que sustancialmente es correcta la tesis que se mantiene.

2. Este estudio, para su autor una verdadera declaración de principios, explica que, quien empezó dedicado formalmente a la asignatura de «Derecho Político», terminase siendo profesor de Derecho Administrativo, asignatura que en España ocupó gran parte del Derecho Público, hasta la reciente consagración académica del Derecho Constitucional en las Facultades españolas. Es una anécdota: en las becas otorgadas al autor de estas líneas a partir del Curso Académico 1959/1960 por la hoy desaparecida Comisaría de Protección Es-

---

1925. La obra de W. KÄGI, autor mencionado en el texto, es *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945; la obra de K. ENGISCH a la que se alude más adelante es *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935. La referencia a LASALLE: *Ueber Verfassungswesen* (reimpresión 1958).

colar para sus estudios como postgraduado en Alemania, constaba que el objeto de estudio sería «Derecho Constitucional y Derecho Administrativo», según la solicitud del peticionario.

3. Unos años más tarde de haber publicado estas páginas traduje al castellano la *Teoría de la Constitución* de KARL LOEWENSTEIN (primera edición 1964; segunda edición 1975). En el estudio final *Constitución y Política*, que se me permitió adjuntar a la primera edición castellana de la obra de LOEWENSTEIN, hago unas notas generales de este autor en relación con MAX WEBER (de quien era discípulo LOEWENSTEIN) y CARL SCHMITT (páginas 514 y sigs.). En mi posterior libro *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, 1971, páginas 283 y sigs., volví a referirme a la polémica —con profundas diferencias metodológicas pero también ideológicas políticas— entre HELLER y KELSEN sobre el concepto de ley en la reunión de los profesores alemanes de Derecho Público de 1927, cuaderno 4, páginas 168 y sigs. y 201 y sigs.

4. El lector interesado podrá informarse someramente en mi libro *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, 1994, de las relaciones del llamado método de *Ciencias del espíritu* y la crítica que hace Forsthoff en 1959 (brevemente citado en las presentes páginas, *supra* notas 16 y 64) y de la aparente contradicción entre su Manual y el artículo de 1959. Asimismo, se podrá comprobar el intento de enmarcar y distinguir esta concepción del método jurídico (que también incorpora institutos jurídicos, pondera los bienes jurídicos en conflicto, positivizados, etc.). De forma sintética se expone la corriente doctrinal jurídica que practica el método jurídico institucional y que tiene un concepto estricto de garantía institucional frente a la interpretación institucional de gran estilo, representada por HÄBERLE y otros, y que según los mejores análisis enlaza con SMEND (*Derechos Fundamentales, op. cit.*, pág. 33, *passim*): en virtud de la relación social, los derechos de libertad se entienden también como deberes sociales, y lo normativo y lo político se entremezclan.

5. La doctrina dominante sobre la interpretación constitucional en la Alemania de hoy (fuentes en *Derecho Fundamentales, op. cit.*, pág. 35, nota 26), rechaza por ambigua la expresión *geisteswissenschaftliche Methode*, o sencillamente es ignorada, exponiendo el método jurídico, los cánones hermenéuticos tradicionales e incorporando como complementario la tópica, etc.

6. En el mencionado libro (aquí *supra* 4) se puede comprobar que obras

citadas en las presentes páginas han tenido ediciones posteriores, por ejemplo LARENZ, o han sido traducidas al castellano (el propio LARENZ, ENGISCH, JESCH, etc.).

7. Como simple complemento tiene interés indicar que K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, segunda edición, 1984, pág. 127, nota 124, recoge un estudio de W. MANTL, publicado en *Rechtstheorie*, cuaderno 4, 1982, págs. 186 y sigs., en el que clasifica los grupos doctrinales en Weimar en: 1, continuación de la vieja tradición positivista (ANSCHÜTZ, THOMA); 2, un grupo de innovadores que forma un grupo nada homogéneo (KAUFMANN, TRIEPEL, SMEND, LEIBHOLZ, HELLER); 3, KELSEN y su escuela, y 4, la posición especial polémica de SCHMITT. No es muy diferente de lo expuesto en estas páginas, aunque no coincida.

8. En la discusión tras mi ponencia en Sagaró, en octubre de 1994, sufrí por algunos miembros presentes, la misma incomprensión que se produjo en Weimar: la defensa del método jurídico no tiene nada que ver con descartar la interpretación teleológica, y mucho menos descartar los bienes jurídicos (libertad, igualdad, dignidad, etc.), que están además positivizados en el preámbulo de nuestra Constitución en el artículo 1.1 y 10. Un ejemplo de cómo se practica el método jurídico con los bienes jurídicos es el análisis en *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*, op. cit., págs. 171 y sigs., con ocasión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor y a la intimidad: ponderación de los bienes en juego haciendo intervenir diferentes puntos de vista (veracidad, proporcionalidad, etc.) y teoría del efecto recíproco.

9. En el mencionado libro *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales* he apreciado dos torpes erratas. En la pág. 28, en el texto retranqueado debe de decir una «teoría no exclusivamente jurídica del Estado» y no como está una «teoría jurídica no exclusivamente del Estado». La segunda errata es que en la notas 10 y 16 de dicha obra se cita el tomo 3 (1927) de las publicaciones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho, cuando en realidad la cita de KAUFMANN es del tomo 4 (1928) de dichos Cuadernos; se trata de una intervención suya en la discusión sobre la libertad de expresión (aquí *supra* III, 3). Kaufmann no fue ponente sobre el concepto de Ley en dicha reunión, sino que lo fueron Heller y Wenzel. Kaufmann había sido ponente el año anterior sobre la igualdad ante la ley (aquí *supra*, loc. cit.).

