

# LA DIRECCION DOGMATICA EN EL DERECHO POLITICO

POR

JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA

SUMARIO: EXPOSICIÓN.—LAS LIMITACIONES.—LOS ASPECTOS POSITIVOS.—CONCLUSIONES.

## EXPOSICIÓN

En el año 1865 se produjo un acontecimiento que iniciaría lo que ORLANDO, más tarde, había de llamar «la rebelión de los juristas» (1), a saber: la aparición de la obra de GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*. En el prólogo, GERBER manifestaba su propósito de «investigar y exponer el Derecho político desde un punto de vista exclusivamente jurídico», abandonando los métodos filosófico y político que, en aquel entonces, venían utilizándose (2). Al tiempo de aparecer su obra, la Ciencia del Derecho político—por utilizar una imagen de ella extraída—se parecía a un Estado formado por pueblos y gentes de diferente raza, religión, cultura e intereses, amalgamados y fundidos con acierto muy discutible. La Filosofía del Derecho, la Filosofía de la Historia, la Economía, la Sociología, las divagaciones políticas, se mezclaban en un mosaico falto de claridad y de rigor. Frente a esta situación, GERBER, profundo conocedor del Derecho romano y del Derecho privado, proponía una construcción sistemática del Derecho político, vertebrada jurídicamente, liberada de todas aquellas adherencias que habían desfigurado la fisonomía que como Ciencia jurídica le correspondía. La doctrina del Estado debía ser una doctrina puramente jurídica; para conseguirlo, era necesario proponer una noción jurídica del Estado; a su vez, esto únicamente se conseguiría tratando al Estado como sujeto de derecho, es decir, como persona jurídica: la consideración del Estado como un ente personal aparecía así como la premisa necesaria a toda construcción jurídica del Derecho

(1) En *Giorgio JELLINEK e la Storia del Diritto Pubblico Generale*. Recogido en «*Scritti giuridici varii (1841-1852)*», Milán, 1955, p. 116.

(2) *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, Linz, 1865, p. 8.

público (3). Ahora bien, la propuesta de GERBER, que tenía su concreción y ejemplo en su propia obra, los *Grundzüge*, no había de suponer, desde perspectivas posteriores, un punto de llegada, sino de partida: la sugerencia de reconstruir jurídicamente el Derecho público podía ser, en aquel momento, una idea sencilla y original; pero no representaba un punto de reposo en la historia del pensamiento jurídico-político, sino que, prontamente, despertó interpretaciones diversas acerca de lo que el método jurídico exigía del Derecho público (4).

La interpretación que, de manera más rigurosa, parecía continuar y desarrollar la propuesta metodológica de GERBER fue la de LABAND, formalizada en su obra monumental *Das Staatsrechts des deutschen Reiches* (5). La construcción de este tratado, cuya primera edición aparece en 1876, reflejaba ya los criterios metódicos en que se inspiraba su autor; más tarde, en el prólogo a la segunda edición, fechado en 1887, LABAND—frente a las críticas y objeciones que le habían sido dirigidas—perfilaba y reafirmaba aquellos criterios que, en lo que aquí nos interesa, podían reducirse, esencialmente, a dos. En primer lugar, método jurídico significaba para LABAND un análisis lógico-formal de las normas de Derecho positivo: «Sé muy bien —puntualizaba— que atribuir un valor absoluto al método lógico en materias de Derecho sería dar prueba de un exclusivismo impropio y podría, de algún modo, llevarnos a un deterioro de nuestra ciencia. No desconozco ni la importancia de las investigaciones de historia del Derecho a las que, por largo tiempo, me he dedicado con pasión; ni la utilidad que ofrecen, para el conocimiento del Derecho, la Historia, la Economía política, la

(3) GERBER: *Grundzüge...*, p. 9. Sobre este punto concreto, véase BATTAGLIA: *Nuovi scritti di Teoria dello Stato*; citamos por la traducción española: *Estudios de Teoría del Estado*, Madrid, 1966, especialmente el capítulo III, *El dogma de la personalidad jurídica del Estado*. En la reciente literatura española, con referencia a la polémica—luego superada—entre ALBRECHT y GERBER, véase GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1970, vol. I, p. 331.

(4) Véase el prólogo del profesor DE LOS RÍOS a la traducción española de la obra de JELLINEK: *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, página XII. El mismo profesor español, en ese lugar, escribe: «De GERBER arranca el moderno Derecho político alemán, y aun hasta cierto punto la concepción general que ha prevalecido durante algún tiempo en la Europa continental, en lo que a esta disciplina jurídica respecta. Las dos nociones fundamentales de la teoría jurídica del Estado, a saber, la concepción del poder público como derecho del Estado y de la personalidad moral de éste, si no puede decirse que se deban a él totalmente, sí puede afirmarse que mediante el método con que fueron tratadas por él es como han llegado a ser el punto de partida de la moderna teoría jurídica del Estado.»

(5) La primera edición de la obra es de 1876; la segunda, de 1887; la tercera, de 1895. Seguimos la traducción francesa de esta última edición: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1900, prólogo de LARNAUDE.

Política, la Filosofía. Ciertamente, la dogmática no es el único aspecto de la Ciencia del Derecho, pero es uno de ellos...» Esto supuesto, la tarea científica de la dogmática, en un Derecho positivo determinado, debía consistir en analizar las formas jurídicas; en referir los conceptos particulares a principios más generales; en deducir de éstos las consecuencias en ellos entrañadas. Para cumplir esta tarea —concluía— «no hay otro medio que la lógica; nada puede sustituirla; todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas, por preciosas que puedan ser en sí mismas, carecen de importancia para la dogmática de un Derecho concreto y no sirven, frecuentemente, para otra cosa que para ocultar la falta de una labor sistemática...» (6). De esta manera, el método jurídico, en LABAND, consistía en análisis puramente lógico de las normas de Derecho positivo: un análisis que aspiraba a depurar la Ciencia del Derecho público de elementos heterogéneos; un análisis que excluía las consideraciones históricas, políticas o filosóficas, no porque negase su valor intrínseco, sino porque perturbaban la pureza del razonamiento formal y desorbitaban las pretensiones, más modestas, pero más precisas, de nuestra disciplina (7).

En segundo lugar, la postura de LABAND suponía el recurso a las construcciones metodológicas logradas, con rara perfección, por la Ciencia del Derecho privado. Conviene precisarlo: LABAND no proponía una trasposición pura y simple de los métodos privatistas al campo del Derecho público, sino que postulaba únicamente —llevado de una vo-

---

(6) Prólogo a la segunda edición, páginas 9 y 10 de la traducción francesa. DESLANDRES señala atinadamente que, en el discurrir metodológico de LABAND, pueden distinguirse cuatro momentos: 1.º, el análisis de las relaciones jurídicas que, en un determinado país, constituyen su Derecho público; 2.º, la determinación de la naturaleza jurídica de tales relaciones; 3.º, después de esta calificación, siguiendo un movimiento ascendente de generalización, el descubrimiento de los principios jurídicos más generales a que se hallan subordinadas aquellas relaciones, y 4.º, finalmente, después de esta generalización ascendente, por un movimiento contrario, deducir de los principios descubiertos, las consecuencias que de los mismos derivan. Véase *La crisis de la Science Politique*, «Revue de Droit Public et de la Science Politique», 1900, pp. 436-7.

(7) «El método del positivismo jurídico de LABAND —ha escrito LEIBHOLZ— consistía en una construcción lógica formal. Limitábase al trabajo científico en la esfera del Derecho público; se limitaba, además del estudio de las normas del Derecho positivo, a un análisis puramente lógico. Todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas quedaban, según este concepto, *sin valor para el estudio dogmático de la materia jurídica concreta...*» La cita pertenece al artículo *Tendencias actuales de la doctrina del Derecho Público en Alemania*, cuya versión castellana apareció, por vez primera, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre 1931, pp. 546 y ss. Posteriormente, ha sido publicado, con otros trabajos del mismo autor, en un volumen *Conceptos fundamentales de la Política y de teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, 1964. A la página 16 de este volumen corresponde el texto citado.

cación de rigor— la necesidad de que este último se cimentase sobre determinados principios «que han sido científicamente establecidos y desarrollados en el dominio del Derecho privado; pero que, por su naturaleza, no son principios de Derecho privado, sino principios generales del Derecho. Es necesario únicamente despojarles aquí de aquello que les liga específicamente al Derecho privado...». La aplicación directa e indiscriminada de principios y métodos de Derecho civil al tratamiento de los temas del Derecho público no era recomendable para conseguir un conocimiento adecuado de estos últimos; un tratamiento rigurosamente *civilista* de nuestra disciplina no parecía aconsejable. Pero era conveniente insistir en que las reservas frente a una privatización metodológica del Derecho público no debían servir de pretexto para rehuir su tratamiento jurídico: «a menudo —añadía— la condena del método *civilista* esconde la repugnancia a tratar del Derecho público de una manera *juridica*; y queriendo evitar los principios de Derecho privado se repudia, en rigor, los principios de Derecho para sustituirlos por consideraciones filosóficas y políticas...». En conclusión: la aproximación a los métodos del Derecho privado debía realizarse, de una parte, con discreción e inteligencia; de otra, sin temor: «la Ciencia del Derecho privado —concluía— ha logrado tal avance sobre todas las demás ramas del Derecho que éstas no pueden temer el magisterio de aquélla... En el estado actual de la literatura del Derecho público y, en particular, del Derecho público del Imperio hay menos que temer de verla inspirarse demasiado en el Derecho civil que de verla perder todo carácter jurídico y caer al nivel de la literatura política del periódico...» (8).

La línea iniciada por GERBER, desarrollada por LABAND, sería continuada por JELLINEK, quien dotaría de mayor sistemática y precisión a algunas de las premisas sentadas por los dos primeros. JELLINEK publicó su obra fundamental, *Allgemeine Staatslehre*, en 1900 (9); y en ella proponía una distinción que influiría decisivamente en el destino posterior de nuestra disciplina. En efecto: «La doctrina general del Estado —escribía— ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a los dos órdenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia: el

(8) Prólogo a la primera edición; página 5 de la traducción francesa.

(9) Citamos la obra de JELLINEK —según ya hemos señalado— en la traducción española de la segunda edición alemana *Teoría general del Estado*, prólogo de Fernando DE LOS RÍOS, Editorial Albatros, Buenos Aires.

Estado es, de un lado, una construcción social, y de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del Estado en *doctrina social* y *doctrina jurídica* del Estado» (10). De esta manera, en el Estado se distinguía una dualidad esencial de aspectos a la que correspondía una dualidad de ciencias: la doctrina general sociológica del Estado (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) y la doctrina general de Derecho político (*Allgemeine Staats rechtslehre*) (11). A su vez, esta dualidad de ciencias exigía métodos diferentes: la doctrina social del Estado podía y debía ser estudiada con métodos sociológicos, empíricos, naturalistas, biológicos; el Derecho político sólo podía estudiarse con un método rigurosamente jurídico (12).

Ahora bien, si JELLINEK venía, de algún modo, a agrupar y refundir los aspectos no jurídicos del Estado en una doctrina sociológica del mismo con pretensiones de unidad, su aportación al esclarecimiento de lo que del método jurídico exigía el Derecho político resultaba —según luego observaría ORLANDO— relativamente escasa y, en medida considerable, reproducía observaciones y consideraciones que ya había propuesto LABAND (13). En primer lugar, el método jurídico suponía una particular atención a la dogmática: «la forma dogmática de las normas jurídicas —escribía— sólo puede ser explicada mediante el arte del jurista, arte que consiste en abstraer de los fenómenos jurídicos normas y en deducir las consecuencias que éstas implican» (14). Ciertamente, las consideraciones históricas, sociológicas, políticas eran de importancia decisiva para comprender al Estado en su plenitud; pero su estudio no correspondía al Derecho político, sino a la doctrina social del Estado. En segundo lugar, JELLINEK se pronunciaba también contra la aplicación indiscriminada de los métodos del Derecho privado al público, por cuanto las relaciones que regulaban uno y otro eran diferentes; pero apuntaba la idea de que más allá de las diferencias que pudieran existir, debía afirmarse la unidad del método jurídico, ajustándolo, luego, a las particularidades de los distintos objetos a que se aplicaba: «no se puede hablar con rigor —advertía— de un método

---

(10) *Teoria general...*, p. 8.

(11) *Teoria general...*, p. 8.

(12) *Teoria general...*, pp. 8-9.

(13) ORLANDO: *Ancora del método in Diritto Pubblico con particolare riguardo all'opera di SANTI ROMANO*. Recogido en «*Diritto Pubblico Generale. Scritti varii (1881-1940), coordinati in sistema*», Milán, 1940, pp. 39-40. Otros juicios de ORLANDO sobre JELLINEK se encontrarán en el estudio *Giorgio JELLINEK e la Storia del Diritto Pubblico Generale*, citado en la nota 1 de este capítulo.

(14) *Teoria general...*, p. 37.

de Derecho privado y otro de Derecho público, como no es posible, dentro de las ciencias naturales, hablar de un método químico, sustantivo e independiente del método de la Mecánica. Más bien ha de decirse que la unidad del método jurídico, como todo método, ha de adaptarse a las peculiaridades de los materiales que trabaje...» (15).

La línea expositiva que venimos siguiendo nos llevaría directamente al estudio de Kelsen, en quien aquélla encuentra su remate y culminación; pero antes de llegar a él, es obligado hacer un alto y desviarse ligeramente—más en el orden geográfico que en el doctrinal—para referirnos a ORLANDO, que, en el filo de los dos siglos, proponía en Italia una doctrina metodológica muy parecida a la de los autores alemanes (16). ORLANDO, en 1889, enseñaba que una Ciencia que se llamaba Derecho público debía ser, preferentemente, una ciencia jurídica; que su exposición y reconstrucción debía realizarse según criterios y técnicas rigurosamente jurídicas; que su estudio no podía perderse en divagaciones filosóficas ni debía comenzar, como la tragedia goethiana, con *un prólogo in cielo*. Con ello, no se desconocía el valor de los presupuestos o principios fundamentales de la Ciencia juspublicista: se trataba únicamente de diferir su tratamiento a otras disciplinas; se trataba de seguir el ejemplo de cualquier otra ciencia que parte siempre de presupuestos que son objeto de una ciencia diferente. Así procedía el Derecho privado: «Las nociones de personalidad jurídica, de familia, de propiedad, de obligación—señalaba ORLANDO—no son para ella presupuestos menos importantes que puedan serlo la idea de Estado, de soberanía, de gobierno, para el Derecho constitucional y administrativo. Y, sin embargo, ningún autor clásico de Derecho privado ha creído jamás indispensable hacer preceder su estudio de la

---

(15) *Teoría general...*, pp. 37-38. No se pretende abordar aquí toda la concepción doctrinal de JELLINEK; pero, por su íntima conexión con el problema metodológico, conviene recordar que—como ha señalado LARENZ—JELLINEK introdujo el concepto de tipo en la Teoría general del Estado, del mismo modo que Max WEBER lo introdujo en Sociología. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. esp. 1966, p. 345. El concepto de tipo no lo utiliza JELLINEK en un sentido ideal, de lo que debe ser, sino en un sentido empírico que expresa «tan sólo la unificación de notas entre los fenómenos, unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. Mediante él ordenamos la variedad de los fenómenos al extraer de ellos lo que les es común lógicamente. Este tipo es una abstracción que en la mente del investigador se perfecciona y que frente a la pluralidad indefinida de fenómenos permanece como lo real». JELLINEK: *Teoría...*, p. 27. Este concepto de tipo—como advierte DE LOS RÍOS—equivale al concepto genérico socrático y es del que usan a diario los naturalistas para sus explicaciones.

(16) Quizá por esta razón, PERGOLESSI ha podido decir de él que fue el «copuscuola del método giuridico in Italia». *Diritto Costituzionale*, 1962, tomo I, p. 49.

teoría filosófica de la propiedad, o de la familia o de la personalidad como individualidad consciente...» (17).

Ahora bien, la repudiación de los principios filosóficos no significaba que la Ciencia del Derecho público hubiera de convertirse en oficio de exegetas: entre aquellas divagaciones y el comentario pedestre había lugar para una tercera vía que dotase a nuestra disciplina de rigor y sentido, a saber: «que el Derecho público estudiase, a semejanza del Derecho privado, como un complejo de principios jurídicos sistemáticamente coordinados». De esta manera quedaría salvada la aparente antinomia entre la teoría y la práctica. El principio jurídico tiene una existencia independiente de cualquier ley positiva: por esta razón actuaría como un correctivo seguro de los excesos en que pudiera incurrir el método exegetico. De otra parte, el principio jurídico está ligado a las manifestaciones más nobles del espíritu colectivo de un pueblo: por esta razón, evitaría el peligro de abstracciones arbitrarias. «No debemos ocuparnos —concluye ORLANDO— del Estado mejor, sino de un Estado existente; no de la soberanía de una idea, sino de la de los poderes constituidos; no de los derechos del hombre, sino de la tutela jurídica de la esfera individual, donde la libertad no se concibe como algo potencial, sino como actividad efectiva...» (18). Lejos, pues, de las abstracciones creadas por el espiritismo yusnaturalista, el Derecho público es objeto de una Ciencia positiva en cuanto se encarna en las instituciones de un pueblo determinado; más brevemente: en cuanto se convierte en Derecho público positivo (19).

(17) *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del Diritto Pubblico*. Recogido en *Scritti vari... 1881-1940*, p. 12. El estudio apareció inicialmente en «Archivio Giuridico», t. XLII, Bologna, 1889.

(18) *I criteri...*, p. 20. Como es sabido, ORLANDO, en tiempos posteriores, matizó algunas de las tesis expuestas en el estudio que venimos considerando; a este propósito, puede verse —aparte los trabajos ya citados o que más adelante se citan— la *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, recogida en los mismos *Scritti* editados en 1940, pp. 23 y ss. Con todo, hemos considerado oportuno seguir las tesis expuestas en *I criteri...*, porque ORLANDO, sustancialmente, permaneció siempre fiel a las mismas, porque son las que encajan con mayor rigor en la línea dogmática que estamos exponiendo y por la importancia y trascendencia que tuvieron en la construcción del Derecho Público italiano. En relación a este último punto, CROSA ha señalado que *I criteri...* deben considerarse como «las cartas fundacionales de la Ciencia del Derecho Constitucional italiano (ORLANDO, *maestro e scienziato: i suoi contributi al Diritto Costituzionale*, en «Rivista trimestrale di Diritto Pubblico», 1953, p. 23); y ESPÓSITO ha advertido que ORLANDO, en aquel estudio, «tuvo el mérito de pronunciar palabras que, por el momento en que fueron pronunciadas, eran sumamente oportunas, encontraron el terreno preparado y fecundaron...» (*La dottrina del Diritto e dello Stato di Orlando*, en «Riv. trim. Dir. Pub.», 1953, p. 75).

(19) En la exposición de la dirección dogmática y paralelamente a ORLANDO, podría estudiarse a CARRÉ DE MALBERG y su espléndida obra *Contribution à la Théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitu-*

Después de esta referencia marginal, pero conveniente y aun obligada, podemos volver a la precisa línea metodológica que, iniciada por GERBER, continuada por LABAND y JELLINEK, va a lograr en KELSEN su plenitud y culminación. En el prólogo a su *Teoría General del Estado*, KELSEN manifestaba, de manera muy directa, las raíces y propósitos de su especulación: «... me siento más unido que nunca —escribía— a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von GERBER, Paul LABAND y Georg JELLINEK. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno...». El método seguido por aquellos autores —seguía diciendo— «estaba influido, más o menos conscientemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo del ser y deber ser...; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva...: he aquí algunos momentos esenciales de este método y las directrices de mi labor teórica...» (20). Ahora bien, KELSEN no se limitó a continuar aquella línea, sino que la radicalizó, llevando a sus últimas consecuencias la consideración del Estado como orden jurídico. La Teoría del Estado en KELSEN quedó reducida a una pura Teoría jurídica: con él y su doctrina, la labor depuradora que la dirección dogmática se había propuesto podía considerarse plenamente terminada.

Para exponer, con la obligada simplificación, la construcción metodológica de KELSEN, conviene tener presente dos extremos diferentes. En primer lugar, KELSEN partía del dualismo, ya señalado, que él proponía como riguroso y fundamental: el mundo del ser y el mundo del deber ser. El uno comprende toda la esfera del ser real; incluye

---

*tionnel français*, traducida al español bajo el título *Teoría general del Estado*. Fondo de cultura económica, México, 1948. Sin embargo, prescindimos en este lugar de su consideración, porque CARRÉ no se preocupó tanto de especular sobre el método cuanto de ponerlo en práctica. Referencias a CARRÉ, en relación al método, pueden encontrarse en GENY: *Science et Technique en Droit privé positif*, 1922, tomo IV, pp. 241-5. CUCHE: *A propos du positivisme juridique en CARRÉ DE MALBERG*, en «Mélanges CARRÉ DE MALBERG», París, 1933. CAPITANT: *L'oeuvre juridique de Raymon CARRÉ DE MALBERG*, en «Archives de Philosophie du Droit et de la Sociologie juridique», 1937. SAMPAY: *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, 1951, páginas 115 y s. LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, 1961, p. 92.

(20) KELSEN: *Teoría general del Estado*. Trad. esp. de LEGAZ LACAMBRA, 1934, página VII. LEGAZ es, sin duda, uno de los autores españoles que mejor conocen el pensamiento de KELSEN y su evolución; así, para una visión del primer periodo kelseniano, véase su obra, KELSEN: *Estudio crítico de la Teoría pura del Derecho y del Estado*, 1923; y para una perspectiva posterior, su artículo *Notas sobre el valor actual de la Teoría pura del Derecho*, publicado en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1942, núm. 4, pp. 355 y s.



tanto los fenómenos físicos como los sociales; se explica a través de dos categorías precisas: la causalidad y la finalidad. El otro comprende la esfera de lo normativo; su ámbito no es el de lo que sucede, sino el de lo que se debe hacer; su explicación debe operarse y lograrse mediante un sistema lógico propio. A este mundo de lo normativo pertenece el Derecho: el Derecho es un *sollen*; no es un *sein*. De esto resulta que la Ciencia del Derecho debe construirse como una disciplina autónoma; debe apoyarse sobre esquemas puramente normativos; debe mantenerse apartada de todos los objetos y explicaciones que pertenezcan al mundo del ser. A esta Ciencia le interesarán solamente las normas en cuanto tales; porque lo que el Derecho tiene de normativo no es su contenido, sino su forma normativa. De ahí que la primera tarea, la tarea fundamental de tal Ciencia, deba ser la de depurarse de todos los elementos heterogéneos; la de liberarse de todas las contaminaciones del mundo de lo real; la de desprenderse especialmente de toda adherencia ética y sociológica (21).

En segundo lugar, KELSEN, recogiendo una idea ya apuntada por COHEN y STAMMLER, identifica plenamente Estado y Derecho (22); de esta identificación —de valor fundamentalísimo en el pensamiento total de KELSEN— va a deducir las oportunas consecuencias metodológicas: «Si se concibe el Estado—escribe— como ordenamiento jurídico, entonces hay que desarrollar y resolver todos los problemas de la Teoría general de aquél, desde este punto de vista, es decir, como problemas de Teoría jurídica... Todos los problemas de la Teoría general del Estado son problemas en torno a la validez o vigencia y a la producción del orden jurídico; y, por lo tanto, problemas jurídicos...» (23). De aquí se infiere que, conforme a aquel dualismo de mundos, naturaleza y norma, antes señalados, todos los problemas de la Teoría general del Estado han de sujetarse a un tratamiento metodológico rigurosamente jurídico, sin contaminarlo con análisis sociológicos que desvirtuarían su cabal consideración; ni con valoraciones referidas a la justicia o injusticia de normas e instituciones, ya que tales valuaciones podrán adscribirse a la Política o Ética, pero no al mundo del Derecho (24).

Por todo ello, KELSEN se enfrenta con aquellas direcciones que pre-

(21) Véase KELSEN: *Teoría general...*

(22) Sobre estos antecedentes, véase RECASENS SICHES en el prólogo que se cita en la nota siguiente, p. 66.

(23) *Compendio de Teoría general del Estado*. Trad. esp. 1934. Con un estudio preliminar sobre la Teoría pura del Derecho y del Estado por RECASENS SICHES, página 130.

(24) *Idem, idem*.

tendían llegar a un conocimiento del Estado a través de una consideración sociológica del mismo; pero vienen también a someter a crítica la tesis que distinguía en el Estado una doble dimensión: la sociológica y la jurídica. Esta distinción podía encontrarse, más o menos definida, en los mismos maestros de KELSEN: en un JELLINEK, especialmente; pero había sido más reciente y vigorosamente subrayada por Max WEBER, quien había señalado que el Estado, para los juristas, era un orden o sistema jurídico; para los sociólogos, un conjunto de procesos y comportamientos humanos. A este dualismo conceptual, KELSEN propone una doble objeción: de una parte, advierte que la pretendida consideración sociológica del Estado necesita, para vertebrarse, de un principio que individualice e integre los actos y comportamientos humanos que constituyen la trama real del Estado: tal principio —según KELSEN— sólo puede ser el orden jurídico vigente. De otra parte, advierte que cuando los sociólogos hablan de *Estado* utilizan este término por razón de su precisión y arraigo; pero, en rigor, se refieren a un concepto distinto del que, con aquel nombre, designan los juristas. De esta manera, la Sociología integra hechos sociales valiéndose del orden jurídico: y luego, indebidamente, pasa a llamarles Estado: con todo ello se opera una confusión terminológica que acarrea necesariamente la confusión científica. Esta confusión sólo podrá evitarse desterrando —aniquilando— la llamada dimensión sociológica del Estado: con ello, se elimina uno de los obstáculos que más obstinadamente se oponen a una consideración de la Teoría del Estado como una Teoría pura y estrictamente jurídica (25).

Pero, además, la pureza metodológica postula asimismo la eliminación de cualquier consideración ética o finalista. El Estado se identifica con el Derecho; y el Derecho es Derecho no por razón de la finalidad que se quiera conseguir o por su conformación a un principio ético trascendente, sino únicamente por su especial forma normativa. Con ello —como ha señalado RECASENS SICHES-KELSEN no se deja llevar por un positivismo que niegue toda valoración ideal, sino que trata únicamente de establecer una neta separación entre el orden jurídico que personifica el Estado y la crítica política *jure condendo*, impidiendo que la pureza del método postulado pueda quedar alterada por consideraciones metajurídicas (26). El oficio del jurista consiste en ocuparse

---

(25) KELSEN: *Teoria general...*, p. 25. Véase sobre este particular a CONDORELLI: *Il rapporto fra Stato e Diritto secondo il Kelsen*, en «Riv. int. Fil. Dir.», 1923, páginas 307 y s.

(26) RECASENS SICHES: *Loc. cit.*, pp. 15-18.

del Derecho tal cual es; el del político del Derecho tal como debiera ser o como él quisiera que fuese: cuando un jurista emprende la crítica del Derecho positivo, desde estas perspectivas ideales, se convierte automáticamente en un político (27).

De esta manera, puede concluirse señalando que la construcción metodológica de KELSEN viene a convertirse en una geometría del Estado y de los fenómenos jurídicos; pero tal afirmación, si pretende ser una objeción, no lo es, ya que, cabalmente, tal es la aspiración kelseniana. Así como la Geometría explica la forma de los cuerpos, pero no los materiales de que éstos están formados, ni las reglas del arte para hacerlos, ni la finalidad a que puedan destinarse, así la Teoría del Derecho debe ocuparse sólo de las formas jurídicas y de sus conexiones posibles, pero no de los contenidos sociales ni de los modos de elaborar normas dirigidas a un fin determinado (28).

En KELSEN viene a cerrarse la línea abierta por GERBER. La preocupación por la pureza del método llega en aquél a su culminación. El objeto de la investigación, el Derecho, es ya sólo un producto del método empleado. Los seguidores de KELSEN podrán continuarle o corregirle en otros aspectos; pero, en la pureza metodológica, no se ha conseguido superarle. La dirección dogmática se cierra cronológicamente con KELSEN; pero se cierra también porque no parece posible ir más lejos. Después de KELSEN, incluso en las mismas obras americanas de KELSEN, se inicia un retorno, una reacción. Por esta razón, llegados a este punto en nuestra exposición, parece ya posible y oportuno proponer la valoración de la dirección dogmática; señalar lo que ha representado para el estudio y trayectoria del Derecho público; inventariar sus limitaciones y sus méritos.

#### LAS LIMITACIONES

En primer lugar, es evidente que el Estado tiene una dimensión jurídica; que ésta ha de tratarse con un método adecuado; que, en todo caso, no debe quedar anegada por la marea de reflexiones o divagaciones metajurídicas. Pero es asimismo evidente que el Derecho público no

(27) CORTS GRAU: *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1974, p. 148.

(28) En esta exposición nos hemos limitado a seguir los escritos de KELSEN que más directamente se relacionan con el tema del método. Una relación de las principales obras de KELSEN puede verse en CONDE: *Introducción al Derecho Político actual*, Madrid, 1942, pp. 107 y s. Tal relación puede completarse con la propuesta por CORTS GRAU en *Curso...*, p. 168.

puede construirse mediante un exclusivo juego de abstracciones desligadas de toda referencia exterior; y que sólo puede resultar comprensible cuando se le considere como parte de una totalidad que no se agota en el orden normativo, sino que tiene dimensiones políticas y sociales que mutuamente se condicionan con aquélla. Cerrar el Derecho público a toda consideración que no fuera puramente lógica tenía que llevar —y, especialmente, en Kelsen llevó— a la rarefacción y empobrecimiento de la realidad jurídica: «Lo que resta de la *Ciencia pura del Derecho* —escribió Leibholz— no es otra cosa que una deformación completa del orden jurídico existente en la realidad. La eliminación de todo contenido material no deja ya subsistir más que a los conceptos formales, esquemáticos y de una sola dimensión, tan poco utilizables en la práctica como en la teoría. Conviértese el Derecho en una forma vacía carente de toda entraña. Esta ciencia del Derecho público, absolutamente formal, revela una completa incapacidad para resolver los verdaderos problemas de la vida jurídica...» (29). La reducción de la Ciencia del Derecho a pura lógica había de llevar a una ciencia jurídica sin Derecho; pero había de llevar también a una ciencia deshumanizada, a una ciencia de formas desvitalizadas, sin arraigo en la realidad (30); por esta razón, Kaufmann ha podido señalar que la última palabra del formalismo ha sido arrancar y vaciar el pensamiento de todo lo vital (31); y, más concretamente, Le Fur, ha advertido atinadamente que quien pretenda elaborar un Derecho puro, desentendiéndose de la ética, de la sociología y de la política, acaba por perder todo contacto con la vida misma (32).

En segundo lugar, la dirección dogmática —por razón de lo que acabamos de señalar— llevaba a una consideración puramente estática de la realidad jurídica. La reflexión del jurista venía, de este modo, a proyectarse sobre algo que resultaba petrificado. Pero el Derecho, y especialmente, el Derecho público, no es algo inmutable y acabado en sí mismo, sino un fenómeno sujeto a evolución y renovación constantes. El conocimiento de cualquier norma o institución jurídica —como ha señalado Marañini— resultará siempre insuficiente si descansa única-

(29) Leibholz: *Tendencias actuales...*, en *loc. cit.*, pp. 18-19.

(30) Corts Grau: *Curso...*, p. 181. Hernán Gil ha señalado el paralelismo entre la doctrina de Kelsen y ciertas tendencias culturales parecidas: el cubismo, la deshumanización del arte, todo quería ser teoría pura, *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945, p. 156.

(31) *Kritik der neukantischen. Rechtsphilosophie*, Tubinga, 1921, p. 100. Citado en Corts: *Curso...*, p. 163.

(32) Le Fur: En el prólogo al *Traité General de l'Etat*, de Bigne de Villeneuve, París, 1929, p. VII.

mente sobre la sola investigación dogmática y no busca también apoyo y complemento en una valoración y comprensión de la dinámica histórica (33). La dogmática jurídica se excedió en su afán exclusivista que le llevó a convertirse en puro virtuosismo mental; en su pretensión de buscar morada en las puras esferas de la lógica abstracta ajenas a las exigencias y límites impuestos por el acontecer histórico. Pero como, a la postre, la presencia y presión de éste resultan insoslayables, la Ciencia del Derecho acababa evadiéndose de unas formas que la inmovilizaban y cedía a la atracción de la real como los cuerpos sienten la atracción de la gravedad. Si, de otra parte, se tienen presentes las hondas transformaciones sociopolíticas de los últimos decenios, se comprende fácilmente que los ejercicios de dogmática acabasen en un juego narcisista que, por su misma esterilidad, alimentaban el hastio y el desinterés (34).

En tercer lugar, la dirección dogmática pecó de un cierto imperialismo que le llevó a convertir una teoría parcial y unilateral en una teoría completa y general. Una Teoría del Estado digna de este nombre debe ser una teoría jurídica; pero debe ser algo más, por cuanto el Estado, aparte una dimensión de esta naturaleza, tiene también otra dimensión moral, política, histórica y económica. Por esta razón, el Estado puede y debe ser considerado desde perspectivas diferentes; cada estudioso puede y debe conceder atención preferente a la que corresponda a su formación e interés; pero sin pretender nunca la absoluta eliminación de las demás ni querer convertir la parte en todo (35). El jurista se interesará, lógicamente, por los textos y normas;

---

(33) MARANINI: *Qualche osservazione di metodo sugli studi di Diritto Costituzionale*, en «Stato e Diritto», 1940, p. 47.

(34) Véanse, a este propósito, las primeras y atinadas páginas de la obra de MARTINES: *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milán, 1957. Por su parte, GIANINI ha escrito: «La Ciencia del Derecho, en la medida en que se despliega en un lugar y en un tiempo determinados, sufre la servidumbre de los presupuestos y condiciones de su medio, y, por consiguiente, responde a ciertas ideas, sufre determinadas limitaciones, recibe apreciaciones concretas y, desde entonces, está particularmente sensibilizada para determinadas direcciones y particularmente insensibilizada para otras... Por todo ello, pese a la limitación que deriva de la pureza del método, la Ciencia del Derecho se ve obligada a evadirse de las formas en que vive y buscar su razón de ser práctica en la realidad...» Esta perspectiva, con sabor sociológico, de GIANINI, en *Methodologie sociologique et Droit*, París, 1958, pp. 216-7.

(35) RUIZ DEL CASTILLO ha escrito: «... los problemas del Derecho político son más amplios y numerosos que los que estudia la Teoría Jurídica del Estado. Por lo mismo, no cabe atenerse a un método jurídico exclusivo. Para formar síntesis equilibradas, habrá que construir con materiales de diversa procedencia». *Manual de Derecho Político*, Madrid, 1939. Prólogo, p. xi.

pero sin perder de vista los datos concretos de la realidad. El sociólogo atenderá preferentemente el análisis de los hechos; pero no por ello deberá menospreciar las valoraciones éticas ni las aspiraciones a la justicia que aquél pretenda cumplir. El historiador podrá trazar la evolución histórica del Estado; pero sólo podrá cumplir atinadamente su propósito si cuida de tener presente sus elementos constitutivos. Una conjugación ideal de todos estos estudios merecería verdaderamente el nombre de *Teoría General del Estado* y permitiría una comprensión cabal de esa unidad compuesta que es el Estado: lo que no cabe —como apuntaba, en 1928, BIGNÉ DE VILLENEUVE— es pretender que se reciba como teoría general lo que no es más que una teoría jurídica; pretender haber realizado un estudio completo del Estado cuando en realidad no se ha hecho otra cosa que haber eliminado, salvo una, todas las demás dimensiones y partes de aquél (36).

En cuarto lugar, conviene señalar que el método lógico no logra ser, en la práctica, un método puro ni políticamente neutro; al contrario: en él se introducen valoraciones y tensiones políticas de muy diversa índole (37). En este sentido, LEIBHOLZ ha advertido agudamente que el Derecho público construido por LABAND era, en su casi totalidad, una dogmatización del Derecho público del Estado bismarckiano interpretado de un modo más o menos liberal; y, de manera parecida, la Teoría pura del Estado se funda, en su mayor parte, sobre una dogmatización de ciertos principios extraídos de la doctrina liberal del Derecho público (38). En efecto: la teoría de Kelsen, al conferir a las formas jurídicas un valor absoluto, desligado de toda raíz histórica, condujo —según la severa expresión de HELLER— a una Teoría del Estado sin Estado (39); pero como las formas jurídicas, pese al éxtasis abstracto a que se las someta, continúan irremediabilmente ligadas a lo concreto, resultó que el experimento kelseniano, si conducía a una Teoría del Estado sin Estado, no conseguía, sin embargo, llegar a una Teoría del Estado desprendida de lo político, sino teñida de un tono liberal más o menos preciso que el propio Kelsen se vio forzado a reconocer: «Ya que los resultados a que llego —escribió en alguna ocasión— se aproximan a los de la vieja teoría liberal del Estado no trataré, en forma alguna, de defenderme de la observación que se me puede hacer

(36) BIGNÉ DE VILLENEUVE: *Traité General de l'Etat. Essai d'une théorie réaliste de Droit Politique*, París, 1929, pp. 14-16.

(37) HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*. Edición y prólogo de GERHART NIEMEYER. Trad. esp. de LUIS TOBÍO. México, 1947, p. 75.

(38) LEIBHOLZ: *Tendencias actuales...*, en *loc. cit.*, p. 20.

(39) HELLER: *Teoría...*, p. 77.

de que en mi obra se perciben síntomas de ese neoliberalismo que parece apuntar por todas partes...» (40). Pero aún hay más. La dogmática jurídica no sólo se resintió de esa contaminación genérica y muchas veces inconsciente; sino que, en otras ocasiones, con mayor o menor conciencia, se puso al servicio de fines políticos concretos. En este sentido, la dirección teleológica —y, muy especialmente, TRIEPEL— ha advertido que la doctrina del Estado como persona jurídica no fue otra cosa que artículos de programas de partidos políticos; y que la doctrina de LABAND sobre la distinción entre ley material y formal, aparentemente neutra desde un punto de vista político, apareció en los años del conflicto sobre el presupuesto prusiano y tuvo ciertamente una significación política como fue también política la oposición apasionada que le hizo HANEL... (41).

Finalmente, se ha censurado a la dirección dogmática el abuso de técnicas yusprivatistas que serían inadecuadas para el estudio de nuestra disciplina. Evidentemente, excesos los hubo: así, LABAND —a pesar de la prudencia que, sobre este punto, recomendaba— llegó a pretender que se estudiase la posición del emperador en el Imperio como equivalente a la de un presidente o director en una corporación de Derecho privado (42); tal pretensión nos parece hoy, por lo menos, extraña y forzada (43). El empleo de aquellos métodos ofrecía unas dificultades y tenía unos límites que no siempre se respetaron: LARNAUDE, al prolongar la traducción francesa de la obra de LABAND, advertía ya que las construcciones teóricas del Derecho privado contemplan relaciones cuya naturaleza, en la mayoría de los casos, es distinta de la que corresponde a las relaciones de Derecho público, y recordaba atinadamente la máxima de MONTESQUIEU: «*Il est ridicule de pretendre decider des droits des royaumes, des nations et de l'univers para les memes maximes sur lesquelles on decide entre particuliers d'un droit pour une gouttiere, pour me servir de l'espression de CICERON...*» (44). Sin embar-

(40) KELSEN: *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*, p. xi. Citado en HELLER: *Teoria...*, p. 75.

(41) TRIEPEL: *Staatsrecht und Politik*, Leipzig, 1927, p. 16. Véase también MARTINES: *Contributo...*, pp. 22 y s.

(42) LABAND: *Le Droit Public...*, tomo I, pp. 345 y s.

(43) Con razón, CARISTIA criticaba esta postura de LABAND y podía señalar que «la aplicación de las categorías y conceptos de Derecho Privado al Derecho Público, especialmente al Derecho Constitucional, es más fácil de predicar que de practicar». *Degli odierni indirizzi nel diritto costituzionale italiano*, en «*Rivista di Diritto Pubblico*», 1913, p. 52.

(44) DE LARNAUDE, véase también *Le Droit Publique. Sa conception. Sa methode*, en «*Les methodes juridiques*», París, 1911, pp. XIII-XIV. El texto de MONTESQUIEU pertenece al *Esprit des Lois*, libro XXVI, cap. XVI.

go, aparte del valor terapéutico —de que más adelante se hablará— que tuvo el recurso a las técnicas de Derecho privado, conviene tener en cuenta que los seguidores de esta dirección comenzaron a prescindir de las mismas tan pronto como el desarrollo y consolidación del nuevo Derecho público le permitió independizarse metodológicamente de la Ciencia yusprivatista. En este sentido, ORLANDO, en 1925, al someter a revisión las tesis que había propuesto decenios antes, constataba que el recurso a conceptos y métodos de Derecho privado había podido suponer un peligro para el Derecho público o, por lo menos, una fuente de equívocos; pero, con todo, era un riesgo que había que correr si se quería levantarlo del estado de postración en que se encontraba; que, en todo caso, el abuso de la técnica privatista representaba para nuestra disciplina un daño sensiblemente inferior al que suponía la falta absoluta de toda técnica jurídica (45). De otra parte, ORLANDO, en aquella misma fecha, señalaba que el Derecho público, merced al camino recorrido, había alcanzado una mayoría de edad que le permitía liberarse de tutelas ajenas; que había conseguido elaborar un sistema de conceptos y métodos propios; y que, incluso había construido algunas doctrinas, como la del ordenamiento jurídico, en la que los yusprivatistas podían encontrar materia abundante para el trabajo y la inspiración (46).

---

(45) ORLANDO: *Nota dell'autore...*, en *loc. cit.*, p. 26.

(46) ORLANDO: *Nota dell'autore...*, en *loc. cit.*, p. 27. Desde otra perspectiva, no deja de ser curioso y contradictorio que quienes, simultáneamente, abogaban por la aplicación de métodos del Derecho Privado y condenaban las consideraciones filosóficas, olvidasen que los antiguos juristas se decían *veram philosophiam non simulatam affectantes*; y que, partidarios de aplicar al Derecho Público las categorías del Derecho Romano (véase, especialmente, ORLANDO: *I criteri...*, en *loc. cit.*, página 7) olvidasen —lo recuerda CARISTIA— que éste utilizó en gran medida sistematizaciones y doctrinas de los filósofos de la antigua Grecia. *Degli odierni...*, en *loc. cit.*, p. 62. De otra parte, MAGGIORE ha señalado atinadamente que los seguidores de la línea dogmática predicaban una especie de «abstinencia de toda filosofía» y proclamaban su exclusivo interés por el derecho objetivo: «Sólo que este concepto de objetividad del derecho —advierte— no es aquella cosa sencilla y llana, ajena a toda especulación que frecuentemente se imagina. Se cree haber llegado al fondo del concepto de objetividad cuando se afirma que la Ciencia del Derecho debe limitarse al conocimiento y elaboración del Derecho positivo con un método lógico abstracto. Pero obrando así nada se ha dicho, mientras no se expliquen los conceptos de conocimiento, positividad, elaboración intelectual, lógica abstracta y así sucesivamente. Ahora bien: si se renuncia a una explicación de esta naturaleza se define *obscurum per obscurius*; si se acepta examinar y descubrir aquellos conceptos se entra de lleno en el dominio de la filosofía... De este modo, se hace filosofía sin advertirlo y sin quererlo...» *La doctrina del método giuridico e la sua revisione critica*. En «Riv. int. Fil. Dir.», 1928, pp. 372-3.



## LOS ASPECTOS POSITIVOS

Cuando se somete a juicio la dirección dogmática se acostumbra, generalmente, a señalar sólo sus limitaciones o, por lo menos, a subrayarlas de manera muy especial, silenciando total o casi totalmente los aspectos positivos que pueda tener. Esta crítica unilateral puede explicarse por muy varias razones: por el momento antiformalista que vivimos; por el desdén excesivo hacia esquemas que se reputan estériles o superados; por razón de los excesos en que aquella dirección incurrió que han motivado, a su vez, una reacción también excesiva. En todo caso, la crítica usual podría llevar a la conclusión de que el esfuerzo cumplido por la dogmática resultó equivocado y que apenas hizo otra cosa que conducir a nuestra disciplina a una vía muerta. Nada más lejos de la realidad. A la dirección dogmática debe el Derecho público no sólo espléndidos logros parciales; le debe nada menos que su existencia como disciplina autónoma y rigurosa. Lo que, con posterioridad, haya podido hacer —y es mucho— se ha hecho, en gran medida, completando o criticando la obra conseguida por la dogmática jurídica. Por esta razón, después de haber considerado sus limitaciones, quisiéramos también, ordenadamente, examinar y subrayar sus evidentes méritos y aspectos positivos.

La dirección dogmática tuvo, por de pronto, el mérito indiscutible de encauzar la atención de los cultivadores de nuestra disciplina —dispersa sobre demasiados y heterogéneos temas— hacia el examen y estudio de los textos constitucionales y legales; no para su exégesis pedestre, sino para levantar sobre ellos, como cimientos desnudos, que podían parecer insuficientes, la magna construcción del Derecho público. DESLANDRES señalaba, a este propósito, que en la obra de MAYER el estudio del *Bundesrat* partía del artículo 8 de la Constitución de 1871 (47); y, más recientemente, PRELOT ha recordado que la magna reconstrucción del Derecho constitucional francés efectuada por CARRÉ DE MALBERG se operó partiendo del artículo 1 de la ley de 25 de febrero de 1875 (48). Ciertamente, cuando tanto advenedizo se considera dispensado de prestarles una mínima atención, conviene recordar el mérito de tantas y tantas obras en las que la inteligencia y el esfuerzo consiguieron resultados que no parece hayan sido todavía superados.

(47) DESLANDRES: *La crise de la Science Politique*. En *loc. cit.*, p. 443.

(48) En el prólogo a la obra de MIRKINE-GUETZEVIEHT: *Les Constitutions européennes*. París, 1951, p. XI.

En la línea de aquella misma actitud, la dirección dogmática aceptaba o repudiaba las diferentes doctrinas y tesis según criterios puramente jurídicos; y, en definitiva, venía a concluir que el Derecho es tarea a cumplir y realizar por los juristas (49). Esta especie de doctrina MONROE aplicada a nuestra disciplina, ha podido llevar y ha llevado sin duda a los excesos que ya hemos señalado; pero —como ha advertido MAGGIORE— ha permitido liberar a la Ciencia del Derecho público de adherencias extrañas y le ha conferido la dignidad de una Ciencia sistemática (50).

En efecto, un segundo y estimable mérito de la dirección dogmática es el de haber conseguido una sistemática rigurosa y trabada que, ordenadamente, va extrayendo de un principio todas las consecuencias que en éste se hallan entrañadas. La obra de LABAND —por citar uno de los casos más representativos— es, en este sentido, ejemplar y admirable: el método deductivo se aplica con un rigor que parece insuperable; los razonamientos van surgiendo con aquella aparente facilidad que sólo la lógica, manejada con maestría y rigor, puede lograr; las diversas consecuencias de la norma o de un principio, se exponen numéricamente con una desnudez que subraya su orden y precisión. A veces, el afán sistemático, el rigorismo jurídico llegaba a extremos recusables: «He creído —escribe, en cierta ocasión, ORLANDO— que debía sacrificarlo todo a la precisión irreprochable de las ideas y al rigor sistemático de la exposición...» (51). En otras, se prefería justificar reglas y prácticas más bien por razones de consecuencia lógica que por

(49) DESLANDRES ha señalado agudamente la juridificación total de nuestra disciplina operada por la dogmática alemana: para ésta, «la ciencia política es solamente el derecho público; el objeto de esta ciencia no es otra cosa que el conjunto de relaciones de derecho público...; la naturaleza de estas relaciones es siempre jurídica...; y los principios superiores a los que era necesario remontarse para descubrir su clave son siempre jurídicos. De esta manera, para la escuela alemana, una Constitución, un régimen político no es otra cosa que un vasto sistema jurídico, un conjunto de relaciones de derechos y obligaciones, relaciones de orden puramente jurídico dominadas por principios jurídicos. Así se comprende que toda esta sustancia exclusivamente jurídica deba ser tratada por procedimientos rigurosamente jurídicos». *La crise...*, en *loc. cit.*, p. 439. Bien es cierto que con todo ello —como señala CARISTIA— se da por probado lo que sería necesario probar: la perfecta y absoluta juridicidad de nuestra disciplina y su absoluta repugnancia a todo ramo del saber que no sea esencialmente jurídico. *Degli odierni iudirizzi...*, en *loc. cit.*

(50) MAGGIORE: *La dottrina del metodo giuridico...*, en *loc. cit.*, p. 366-67.

(51) ORLANDO: *Principes de Droit Public et Constitutionnel*. Trad. francesa. París, 1902, pp. 9-10. El rigor se convertía de este modo, a veces, en rigidez: «En la arquitectura conceptual de la dogmática —escribió GIOVANNI— la fría simetría, con sabor de artificiosidad neoclásica, obedece a las exigencias de rigor. El rigor se convierte en rigidez con tal de exorcizar lo extra-jurídico.» *Dommatica, Teoria Generale e Filosofia del Diritto*. En «Riv. int. Fil. Dir.», 1963, pp. 38 y s.

motivos políticos, más fáciles y convincentes: así, BLUNTSCHLI justificaba el predominio del legislativo sobre el ejecutivo por la estricta consideración de que el todo es superior a la parte... (52). No se trata de añabar semejante criterio; pero dada la condición del Derecho público en aquellos tiempos, quizás convenga escuchar el alegato de ORLANDO: «para enderezar un árbol —escribió— es necesario doblarlo en sentido contrario...» (53).

En esta misma línea de pensamiento, se debe señalar, como tercer mérito, que la dirección dogmática tiene a su favor haber logrado una Teoría del Estado dotada de características unitarias y armónicas. Mientras que, con demasiada frecuencia, las antiguas obras de Derecho público y los modernos estudios de Ciencia Política parecen ofrecernos una visión heterogénea e imprecisa del Poder del Estado, las obras situadas en la línea que estamos considerando aparecen como logros de una disciplina trabada y unitaria. Entre los distintos autores integrados en ella podrá haber diferencias de matiz; pero entre ellos existen aquellas coincidencias esenciales que sólo se logran en el interior de una Escuela. «Cuando de nuestros libros —escribió DESLANDRES—, con sus consideraciones frecuentemente vagas, con sus doctrinas más o menos imprecisas, se pasa a cualquier libro de Derecho público alemán, se siente inmediatamente la solidez de esta ciencia, dotada de construcciones precisas, de argumentos acabados, de resultados directos y positivos; todo ello es el fruto del método jurídico...» (54). Sin duda, tal resultado se consiguió a costa de mutilaciones que hoy nos parecen, justamente, intolerables; pero el rigor científico de la construcción es, ciertamente, superior al de tantos ensayos actuales que pecan, asimismo, de unilateralidad y que, en cambio, no logran la trabazón unitaria conseguida por la dirección dogmática (55).

En esta valoración positiva que de la dirección dogmática estamos ahora proponiendo, no debe tampoco olvidarse lo que de positivo y eficaz hubo en el recurso a los instrumentos metodológicos del Derecho privado. No basta, en este particular, denunciar sólo las diferencias, los riesgos y los yerros. Es necesario también recordar que, al tiempo de iniciarse aquella dirección, semejante recurso parecía el más conveniente y aun el único posible para dotar al Derecho público de la sustantividad y vigor que le eran necesarios. En aquellas fechas, el Dere-

(52) La referencia en DESLANDRES: *loc. cit.*

(53) ORLANDO: *Principes...*, p. 10.

(54) DESLANDRES: *La crise...*, *loc. cit.*, p. 451.

(55) LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, pp. 89-90.

cho público apenas si existía como objeto susceptible de consideración jurídica: más que una ciencia jurídica del Derecho constitucional se proponían reflexiones éticas o sociológicas sobre el problema del Estado; más que una ciencia jurídica del Derecho administrativo se cultivaba una ciencia de la Administración cargada de tradición camerarista (56). Para la redención jurídica de estos sectores, no parecía existir otra solución que la de seguir la vía formalista y abstracta, logicista y constructiva que tan excelentes logros había deparado al Derecho privado. El camino ofrecía dificultades y llevó a extravíos que ya hemos señalado; pero fue el obligado precio que hubo que pagar para lograr la construcción de un Derecho público dotado de sustantividad, autonomía y dignidad.

Por último, conviene señalar que, en muchos seguidores de esta dirección, la ascesis formal, la abstracción, el desdén por lo metajurídico, no fueron tan grandes como ellos parecían predicar ni como frecuentemente les han atribuido sus impugnadores. En muchos de ellos, hubo conciencia del valor de los elementos metajurídicos que, en rigor, no querían eliminar, sino únicamente trasladar a las esferas o disciplinas que entendían les eran propias. De otra parte, forzados por la naturaleza misma de la materia que manejaban, matizaron o relativizaron en sus realizaciones la pureza metodológica que, en principio, postulaban; y, en ocasiones, ensayaron construcciones en las que los materiales jurídicos y los metajurídicos se conjugaron de manera más o menos acertada. Así, JELLINEK quería separar el Derecho público de la Sociología y de la Política; pero, al propio tiempo, escribía: «Tanto el orden estático del Estado, que es el objeto de estudio de la doctrina sociológica, cuanto las reglas jurídicas de aquel Estado, que es la materia de que trata el Derecho público, necesitan para ser comprendidas plenamente observaciones políticas que les sirvan de complemento... De aquí que si se hace abstracción de la Política se llegue a resultados vacíos de sentido o a lo más, al conocimiento del esqueleto del Estado al que habría de faltar, naturalmente, todo elemento vital...» (57). Por su parte, ORLANDO negaba la posibilidad y aun la conveniencia de encerrar al Derecho público detrás «de una especie de muralla china que evite toda comunicación con otros elementos de orden científico diferente... El Derecho público —sentenciaba— no puede prescindir de la política... El Derecho en general no puede renunciar a una sistematización de

(56) Véase la observación de GARRIDO FALLA sobre este particular en *loc. cit.*

(57) JELLINEK: *Teoría General...*, p. 23.

indole filosófica... El Derecho es vida...» (58). De esta manera, en el pensamiento y en la obra del autor italiano, el rigorismo jurídico quedó siempre atenuado por una clara comprensión de la realidad vital que suponía el Estado; por una aguda sensibilidad —que PERGOLESSI ha subrayado— para captar las dimensiones políticas de las instituciones constitucionales; y porque, a la postre, aceptó en su sistema las ideas de institución y de ordenamiento jurídico tal como las habían desarrollado HAURIUO y SANTI ROMANO... (59). Parecidas concesiones —y aún contradicciones— podrían encontrarse en otros autores de la Escuela (60).

### CONCLUSIONES

Estos podrían ser, en esencia, los principales aspectos, negativos y positivos de la dirección dogmática. Para cerrar estas consideraciones, quizás habría que señalar que, en la actualidad, la condición de nuestra disciplina —salvando, sin duda, considerables distancias— no deja de guardar algún parecido con la que tenía al tiempo de proponerse GERBER llevar a cabo su reconstrucción jurídica. El Derecho político se nos ofrece también hoy como un repertorio de temas que, muchas veces, nada tienen de jurídicos; como un terreno propicio a las intrusiones más variadas; y, muy especialmente, como una disciplina en

(58) ORLANDO: *I criteri...*, en *loc. cit.*, p. 19-20.

(59) PERGOLESSI: *Diritto...*, tomo I, pp. 49-50. Véase también sobre este punto, CRISAFULLI: *Significato dell'opera giuridica di V. E. ORLANDO*. En «Ressegna giuliana di Diritto e Giurisprudenza», 1953. Por su parte, AMBROSONI señala que ORLANDO, incluso en sus primeros escritos, cuando postulaba un método rigurosamente jurídico, «no excluyó nunca la oportunidad de servirse de materiales políticos y filosóficos, de cuyo uso había tan sólo lamentado y condenado las exageraciones y los abusos». De esta primera actitud, que podría considerarse negativa, pasó luego a una actitud positiva «concediendo a tales elementos una mayor importancia, sin quitar, por ello, al estudio del derecho público su carácter jurídico». *Diritto, Stato e Comunità nel pensiero di Vittorio Emanuele ORLANDO*. En «Riv. trim. Dir. Pubbl.», 1953, p. 785.

(60) Estas contradicciones son patentes incluso en KELSEN, el autor más comprometido en la pureza metodológica. En este sentido, ya tiempo atrás LEIBHOLZ señalaba que «si no siempre aparecen con claridad en la literatura correspondiente las consecuencias de la ciencia pura del Derecho, la causa de ello estriba en que el método exclusivamente lógico, en contradicción inmanente con sus premisas, no se emplea con éxito en sus aplicaciones; antes bien, se han introducido en él elementos heterogéneos tomados de la Sociología, como ocurrió en la *Begriffsjurisprudenz* que se basaba sobre enjuiciamientos de valor extraídos de la política». En *Tendencias actuales...*, recogido en *loc. cit.*, pp. 19-20. De otra parte, es necesario tener presente en la obra de KELSEN la desviación que, en relación a sus primeras posiciones metodológicas, suponen sus trabajos americanos. Véase, a este propósito, *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, traducción italiana, Milán, 1952; y *Società e Natura*, traducción italiana, Turín, 1953. Sobre este último libro véase la interesante recensión de SCARPELLI: *Società e natura nel pensiero di Hans KELSEN*. En «Riv. int. Fil. del Dir.», 1954, pp. 767 y s.

trance de ser sustituida por la Filosofía o por la Sociología política. Lo jurídico se diluye en un caos de consideraciones sociológicas o reformistas que nada o muy poco tienen que ver con la sustancia auténtica de una verdadera ciencia del Derecho; y los estudiosos de Derecho político, sumergidos en una problemática heterogénea, parecen incapaces de dibujar las dimensiones jurídicas del desorientado panorama científico en que se mueven (61). La dirección dogmática quería que el Derecho político fuese sólo una disciplina jurídica; hoy se diría que lo que se quiere es que lo sea todo menos una disciplina jurídica (62). Aquella postura no era admisible; pero esta pretensión tampoco puede serlo.

En efecto: el Derecho tiene una realidad propia que no cabe confundir con la Sociología o con la Historia sin grave riesgo de mezclar planos que deben, netamente, diferenciarse; y sin dejar desvaído aquel mismo orden formal que presta contorno y fisonomía a la comunidad política. Por esta razón, el Derecho político puede y debe ser estudiado conforme a un método jurídico. Con ello, no se postula, ciertamente, una vuelta a LABAND ni a los esquemas rígidos y deshumanizados, cuya crítica quedó ya cumplida en páginas anteriores; pero sí se quiere postular un método jurídico dotado de unidad, rigor y sistema, que, al propio tiempo, ofrezca albergue suficiente a las consideraciones de la historia y de la realidad. La dirección dogmática nos dejó un cuadro de conceptos y categorías, cuyo uso puede sernos todavía de valor inestimable a condición de que sea un cuadro elástico, abierto a la realidad, permeable a las exigencias de la vida actual. No hay, pues, razón para desarboiar la armadura lógico-formal; sino que, cabalmente, lo que se trata de conseguir es que sus esquemas sean instrumento ade-

---

(61) Véanse sobre este particular las duras pero certeras críticas que, entre nosotros, ha formulado un jurista que, profesionalmente, no es un cultivador del Derecho Político: GUASP: *El Derecho Político como Derecho del Gobierno*, recogido en *Homenaje a D. Nicolás PÉREZ SERRANO*, 1959, tomo II, p. 70 y s.

(62) «Antes, el formalismo jurídico —ha escrito LUCAS VERDÚ— apartaba los factores sociales, por considerarlos extrajurídicos, de la *Allgemeine Staatslehre*: ahora cuesta mucho trabajo justificar el empleo del método jurídico...» En la voz *Estado*, de la «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix». Del mismo autor, véase también *En torno al problema conceptual del Derecho Político*. En «Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político». Salamanca, núm. 32, pp. 81 y s. Por su parte, OLLERO ha escrito: «La reacción contra un normativismo ausente de todo sentido social e histórico... ha provocado el menosprecio del Derecho constitucional, al que se ha considerado al margen de la realidad política histórico-social. A fuerza de mirar esa realidad —como ser— más que a la norma —como debe ser— se ha olvidado, generalmente que, en definitiva, el Derecho, como tal, forma parte de la realidad política por poca congruencia que con ella ofrezca.» *El Derecho Constitucional de la postguerra*, 1949, p. 11.

cuado para señorear y no para mortificar el devenir histórico del Derecho (63).

En suma: el Derecho político requiere sistema y lógica: en esto tenía razón la dirección dogmática. Pero, además, el Derecho político —contrariamente a lo que, en general, predicaban sus seguidores— es algo más; y necesita la ayuda de la Historia, la Política, la Sociología como elementos indispensables para una acabada comprensión de las normas e instituciones que pretende estudiar (64). Ciertamente, el jurista que abandone las posiciones de la pura dogmática corre el riesgo de ceder excesivamente a las sugerencias y tentaciones que puedan llegarle de estas otras ciencias; pero habrá de encontrar en su propia disciplina la fuerza necesaria para no ser arrastrado y para evitar que el Derecho sea sustituido por contenidos de los que no puede prescindir, pero por los que tampoco debe ser anegado. No es tarea fácil decir cómo habrá de conseguir este equilibrio: no existe una receta apriorística que permita conjugar en dosis adecuadas la investigación jurídica y las consideraciones metajurídicas: es un problema que cada jurista habrá de resolver, de una parte, según la naturaleza del tema, su contorno y conexiones; de otra, conforme a su personal sensibilidad y, sobre todo, a aquella prudencia que —como recordó reiteradamente SANTI ROMANO (65)— compendia, desde la Antigüedad clásica, la virtud y el saber del jurista (66).

(63) Véase, en este sentido, lo que ya dejó escrito MAGGIORE en *loc. cit.*, p. 385.

(64) Así, CARISTIA, hace ya tiempo escribió: «... declaramos, sin reticencias, que el elemento histórico y político son partes necesarias de una acabada elaboración de nuestra disciplina. Desde nuestro punto de vista no es, pues, cuestión de poder, sino de *deber*, de absoluta necesidad, exigida por la naturaleza misma de la materia de que tratamos. Un derecho constitucional que no tratase de aproximarse y de reavivar sus instituciones con la llama vivificante de la historia, además de ser insuficiente en muchos aspectos estaría destinado a perder su verdadera peculiaridad y a confundirse gradualmente con cualquier otra disciplina; un derecho constitucional que quisiera separarse o prescindir de la política sería como un manojito de formas sin alma, como un conjunto de esquemas admirables por su armonía y compostura, pero a menudo inútiles e incomprensibles. Política e historia son, pues, no meros auxiliares destinados a iluminar o adornar la investigación jurídica, sino elementos indispensables para una verdadera y entera comprensión de los mecanismos que regulan las instituciones y los institutos de la vida pública actual. Porque la política explica y expresa, en la mayoría de los casos, la naturaleza íntima de aquellos principios que han tenido su consagración en la letra de una norma positiva; la historia es luz indispensable que ilumina, a través de las diferentes etapas recorridas en la modernidad, las razones y la esencia de un instituto.» *Degli odierni...*, p. 73.

(65) Véase, especialmente, su última obra *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milán, 1953.

(66) Sobre tales temas, puede verse nuestro trabajo *El jurista ante la nueva Ciencia Política*. En «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro». Valencia, 1974.

