

SOBRE EL COMENTARIO CONSTITUCIONAL

TECNICA Y METODO

Los profesores Maunz y Dürig, catedráticos de Derecho constitucional y Derecho administrativo de las Universidades de Munich y Tubinga, respectivamente, están publicando un Comentario a la Ley Constitucional de Bonn, de 23 de mayo de 1949 (1). La importancia de esta obra ha sugerido este ensayo sobre el comentario constitucional. El concepto de «comentario» lleva a la Edad Media, a la Escolástica, a los glosadores y postglosadores, mundo espiritual donde el «comentar» tuvo lugar de honor en las dos ciencias afines que son la Teología y la Jurisprudencia. Tras ello se hace una alusión al concepto de «Constitución»... La unión de los dos conceptos: «comentario a la Constitución», plantea el problema de la interpretación y, en general, del método jurídico. Tras estas consideraciones se vuelve la mirada a los precedentes que han antecedido a la obra de Maunz-Dürig; se aludirá a algunos comentarios a la Constitución de Weimar, así como a la de Bonn. Por último se tratará de la obra de Maunz-Dürig.

* * *

Los principales géneros literarios de la ciencia jurídica de nuestros días ante el Derecho positivo, son la monografía, el comentario y el tratado. Quizá una de las primeras reflexiones sobre las formas literarias del jurista se encuentra en el prólogo al *System des heutigen römischen Rechts* (1840),

(1) En la última parte de este estudio se dan los datos referentes a esta obra. Para evitar equívocos y posibles críticas, conviene, desde el primer momento, indicar que el material —comentarios constitucionales, bibliografía tanto de metodología jurídica como de Derecho público, Derecho constitucional, etc.— utilizado en este trabajo hace referencia, salvo alguna excepción, a la ciencia jurídica alemana. Se trata más bien de un estudio sobre el comentario constitucional en Alemania. Esto no excluye que resultados y tesis que van surgiendo a lo largo de la exposición tengan su propia independencia.

página XXVIII, de Savigny. El tratado es la exposición sistemática de una materia jurídica. La monografía es el estudio llevado a cabo sobre un punto concreto (en la terminología de Savigny: un instituto jurídico) del ordenamiento jurídico. El autor de la monografía goza de gran libertad; su investigación se caracteriza por establecer a partir del instituto jurídico estudiado una relación con el todo. Savigny continúa diciendo que en la literatura monográfica radica en su tiempo los más importantes progresos de la ciencia jurídica. Esto es hoy también válido. La monografía explora el terreno desconocido, establece relaciones nuevas, postula tesis atrevidas; debe ser crítica. Su extensión depende del tema escogido. El tratadista está sometido a una mayor disciplina; la exposición de los institutos jurídicos no podrá ser arbitraria ni desigual, sino estar en armonía con la totalidad del sistema jurídico expuesto. Por otra parte el tratado da lugar a grandes esquemas doctrinales con fundamentaciones teórico-constructivas en las cuales sólo la prudencia del autor pone el límite. Dentro del tratado como subespecie habría que distinguir el manual (curso, lecciones) que se puede considerar como un tratado conciso. Un punto hay que resaltar: la palabra «Handbuch» que literalmente quiere decir manual, parece estar reservada últimamente en Alemania, por lo menos en Derecho público, a obras de gran altura científica realizadas con la colaboración de un grupo de escritores, así, por ejemplo, el *Handbuch der Grundrechte für Theorie und Praxis*. Dice bien Köttgen (2) que no se encuentra en la moderna literatura jurídica lo que se podía designar por el «Sistema». El último que en Alemania realizó esta difícil tarea fué Laband que escribió en su *Das Staatsrechts des Deutschen Reiches* (1911) un auténtico sistema de Derecho público —en sentido estricto— alemán, dividiendo su obra en Derecho constitucional y Derecho administrativo. Quizá para compensar esta desaparición el *ius publicista* ha cultivado con interés la «Teoría General del Estado» cuya diferente conformación, según los autores, no es sino consecuencia de un alejamiento del Derecho positivo; este es, por último, trabajado directamente por el jurista a través del «comentario». Es este el género literario quizá más acuñado y y con más tradición de la ciencia jurídica europea. Hablar de una ciencia jurídica europea no es una fórmula retórica; Koschaker empieza su libro *Europa und das römische Recht* afirmando que a eso que llamamos Europa ha contribuido de una manera importante la ciencia del Derecho privado elaborada brillantemente hace alrededor de 850 años en la escuela de los glosadores de Bolonia. Sobre esta idea volvió Schmitt en su conocida confe-

(2) Vid. *Archiv des öfftl. Rechts*, 1960, págs. 65 y sigs.

rencia (3), y René David en su curso de la Universidad de Luxemburgo hizo una sugeridora exposición del «Sistema de Derechos Romanistas». En las escuelas jurídicas de la Edad Media la forma literaria fundamental fué el «comentario»; Chenu (4) escribe que el comentario es el prototipo del trabajo intelectual en la actividad cultural de la Edad Media. Este «comentar», representa la necesidad de interpretar con la que se vió enfrentada el medievo. Viehweg (5) lo ha explicado bien: «La Edad Media se enfrentó con la tarea de recibir y hacer aplicable para su propia vida un cuerpo literario tradicional y hasta cierto punto extraño. De ahí la necesidad existencial de la interpretación para aclarar, superar las contradicciones, adaptarse a la realidad dinámica social». Es la especial autoridad otorgada al texto lo que da lugar a tal actitud. «Bien sea Gramática, Retórica, Ciencia, Derecho o Filosofía, los autores son la constante fuente de especulación y nuevos pensamientos», ha escrito Chenu. El «método de autoridades» se impone al jurista, al canonista, al teólogo; el uno, comentará el *corpus iuris civilis*, el otro, el *corpus iuris canonici*, quién comentará la Sagrada Escritura, las obras de los filósofos. El paso siguiente a considerar es el cómo de ese comentar. El problema de la recíproca influencia del método interpretativo en la Edad Media es una difícil cuestión dada la insuficiencia de investigación (6) sobre este punto. Según Ebers (7), Irnerio —al que Wiacker llama el fundador de la ciencia jurídica moderna— introdujo el método escolástico en la jurisprudencia. Sin embargo, Grabmann en su conocida *Geschichte der scholastischen Methode*, indica, para mostrar la mutua influencia de la Jurisprudencia y de la Teología, el hecho de que Irnerio escribiese sentencias teológicas en las cuales lógicamente aplicó el método jurídico; aquellas sentencias que provienen de círculos jurídicos muestran una tendencia a la compilación, agrupación y disposición de citas, mientras que las sentencias de círculos teológicos muestran un superior interés por la construcción y la sistemática. Esta misma idea parece deducirse de la exposición de Plöchl (vid. loc. cit.); la recepción del Derecho romano había dado lugar a un método interpretativo propio en las escuelas jurídicas. Con Irnerio, fundador de la escuela de juristas de Bolonia (1074), empieza la gran época de los glosadores que tienen una clara influencia en los canonistas y colabora a la independencia del Derecho canónico de la Teología, producién-

(3) *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft*, 1950.

(4) *Das Werk des Hgl. Thomas von Aquin*, 1960, esp. pág. 64.

(5) *Topik und Jurisprudenz*, 1953, pág. 43.

(6) Vid. BOCHENSKI: *Formale logik*, 1956, págs. 166 y sigs.; PLÖCHL: *Geschichte des Kirchenrechts*, 1955, II, págs. 420 y sigs., esp. 446; WIACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, pág. 10.

(7) *Grundriss des Katholischen Kirchenrechts*, 1950, pág. 143.

dose ésta definitivamente por medio del Decreto de Graciano. Plöchl indica que los canonistas usaron, de una parte, el método jurídico de Irnerio y su escuela, y de otra, el escolástico que había quedado confirmado tras un largo período de formación en la cuestión de las concordancias y discordancias con el *Sic et Non* de Abelardo (siglos XI y XII). Dado que los canonistas (Decretistas) adoptaron el método escolástico, y dada la evidente interconexión entre canonistas y juristas —en el siglo XIII se obtenía frecuentemente el título de doctor en ambos Derechos: *Doctor iuris utriusque*— parece lógico pensar en la fuerte influencia del método escolástico en los glosadores y postglosadores, estos últimos también llamados comentadores; sin embargo, esta posible influencia y adaptación del método escolástico en el *mos italicus* es una cuestión oscura sobre la que los pareceres son bien dispares. La tesis de Koschaker —generalmente aceptada— según la cual la ciencia jurídica sistemática es una creación de la escolástica medieval con la cual como la teología está unida orgánicamente, ha sido criticada por Viehweg y Coing (8); según aquél, en su libro *Topik und Jurisprudenz* y a lo largo de la defensa de su tesis del ineludible enfoque «tópico» en la Jurisprudencia, indica que en el *mos italicus*, ni el método escolástico fué aplicado totalmente ni cabe hablar de la existencia de un sistema en los comentadores; aquí habrá que señalar, sin embargo, que Viehweg parte de un sistema axiomático deductivo y como ha criticado Engisch éste no es el único sistema científico posible (9). Dejando a un lado esta cuestión, cuya aclaración depende de futuras investigaciones, es evidente cierto paralelismo entre la Teología y el Derecho medieval y la influencia de aquélla en éste, de tal manera que con Chenu se puede decir que «en la Edad Media juristas y teólogos trabajan mano a mano en ciencias que hasta cierto punto se asemejan». Según Chenu (10), la Teología en los siglos XII y XIII pasa de la dialéctica a la ciencia. Frente a los comentadores tradicionales con un sistema gramatical, dialéctico y retórico se instaura en el segundo tercio del siglo XII con la llegada de la *logica nova* aristotélica un cambio radical que concluirá en una elaboración sistemática. Literariamente el proceso se manifiesta de la simple exégesis a las *quaestiones*, del comentario del texto a la sistematización teológica, de la lectura del Evangelio de San Mateo a la *Summa Theologica*. El Derecho canónico presenta el mismo desarrollo: De las glosas de los decretistas a la gran época de esplendor a partir de 1274, con los decretistas, y en los romanistas habla Wiacker del paso del análisis exegético a la operación sintética, conociéndose

(8) *Geschichte und Bedeutung des Systemgedanken, Österreich. Zeitsch. für öffentl. Recht.* 1957, págs. 257 y sigs.

(9) Vid. *Zeitschf. f. g. Strafrechtswissenschaft*, 1957, pág. 601.

(10) *La Theologie comme science au XIIIe siècle*, 1957. cap. 1.

esta evolución con los nombres de glosadores y comentadores, aunque entre los glosadores no hubo sólo exegetas. La peyorativa designación de postglosadores es debida a la influencia de Savigny cuyo injusto juicio sobre esta escuela ha puesto de manifiesto Koschaker. Ante la llegada de los humanistas en el siglo XVI que cultivaron con interés el enfoque histórico y sociológico se hundió, como dice Wiacker, la unidad de este mundo espiritual, cuyo núcleo formal lo constituyó probablemente el método escolástico que elaboró una lógica altamente valorada por Bochenski en su historia de la lógica formal. Los juristas de la Edad Media desarrollaron unos géneros literarios que se siguen repitiendo hoy en la actividad del jurista; quizá la diferencia que habría que resaltar es que aquellos se enfrentaban con la masa compleja y llena de contradicciones del *corpus iuris* mientras que éste trabaja con un texto que en principio está bien determinado por el legislador.

Savigny en su *Geschichte der Römischen Rechts im Mittelalter* (1822), III, pág. 519, dice que el jurista medieval empezó escribiendo glosas en forma de pequeñas aclaraciones a algún concepto difícil, primero entre líneas y después al margen del texto. En Alemania hoy se llama «Comentario en glosa» a aquel que se escribe a partir de una llamada concreta en el texto a comentar (ejemplo: el comentario de Achilles-Graff al Código civil alemán; el comentario de Giese a la Ley Fundamental de Bonn). Estas glosas, continúa Savigny, se convirtieron en auténticos comentarios (*Apparatus*), esto es, en una explicación continuada del texto en cuestión con un claro trabajo sistemático. Hoy se llama a este tipo de comentario «Comentario sistemático». Junto a los comentarios, los juristas medievales escribieron sobre una institución jurídica en particular, es decir, monografías (*Summula, Casus*). Y, también, aunque ya se dijo que hay diferentes opiniones, escribieron exposiciones sistemáticas (*Summa*), particularmente los comentadores. Cuando Savigny en una mirada de retroceso da una visión general sobre la escuela de los glosadores (11) ve en ellos la conciencia de realizar un trabajo teórico (exegetico y dogmático-teórico) y práctico; esta diferencia entre la teoría y la práctica, que a veces se da de una manera abismal, se ha mantenido hasta nuestros días (12). En la producción literaria de los juristas medievales hay que distinguir, como hoy, las obras emanadas directamente de la actividad docente (curso, lecciones) de los escritos jurídicos propiamente dichos. Y, por todo ello, no es de extrañar que Wiacker llame a los glosadores los padres de la literatura jurídica moderna. Una institución que en su época gozó de gran importancia falta en nuestros días: la

(11) Op. cit., tomo V, págs. 199 sigs.; tomo VI, págs. 403 y sigs.

(12) Vid. las sugeridoras reflexiones de SAVIGNY sobre este punto en su *System des heutigen römischen Rechts*, XX y sigs.

Disputatio. Quizá la última que se celebró fué la que en 1935 dirigió Schmitt en la Universidad de Berlín: «Disputation über den Rechtsstaat», de triste recuerdo.

Cada comunidad jurídica presenta una diferente proporción en estos géneros literarios. Si en España son frecuentes los tratados, los cursos, etc., en Alemania suele haber muy pocos, uno o dos en cada asignatura; el peso recae en las monografías y en los comentarios. No se debe entender que haya muchos comentarios, sino que éstos están muy cuidados y gozan de gran predilección; este hecho tiene su razón de ser tanto en la complejidad del orden jurídico que impide escribir un tratado en alegre decisión, como en la formación del jurista que al no ser examinado de una manera memorística, sino práctica, está obligado a conocer y manejar el orden jurídico de una manera viva y, por tanto, a pensar jurídicamente. El comentario sistemático y profundo es la máxima expresión de la dogmática jurídica. En oposición al tratadista y al monografista, el comentarista es un esclavo del texto al que le están vedadas, como dice bien Köttgen, la fantasía y la especulación filosófica; su tarea está centrada en desentrañar el sentido del texto, es decir, que su objetivo es la interpretación la cual con frase de Savigny (*System I*, pág. 213) es «la reconstrucción del sentido inmanente de la ley». Interesa señalar que el comentarista lleva a cabo una «interpretación exegetica», esto es, una aclaración o explicación que sigue directamente al texto y es una especie de «guía» —por eso mismo su primera forma fué la glosa— para el lector; el juez, sin embargo, realiza la interpretación como un medio para llegar a la subsunción del hecho realizado en el supuesto o situación de hecho descrita en la proposición jurídica. La interpretación es para el comentarista el fin en sí mismo; toda la exposición del comentario adquiere el especial valor que le proviene del texto de la «auctoritas» y, por lo tanto, el sometimiento debe ser absoluto. Pero toda interpretación lleva consigo un acto creador; se suele decir que la ley es más lista que el legislador, esto quiere decir que el intérprete descubrirá aspectos, matices, ideas y posibilidades al estudiar los conceptos y las relaciones entre las diferentes proposiciones jurídicas en las que jamás pensó el legislador. Por eso no es de extrañar que se atribuya a Napoleón la exclamación: «Mi Código está perdido», al ver el primer comentario al Código civil; no perdido, habría que decir, sino concretado por primera vez en ese proceso de «concretización» que sufre toda ley, inmersa en la dinámica social, por la ciencia del Derecho y por la sentencia judicial.

Tras lo dicho sobre la forma literaria del «Comentario», hay que volver la mirada sobre el concepto de Constitución. Este concepto ha sido objeto siempre

de gran polémica; Schmitt quiso ver cuatro posibilidades: el concepto absoluto, el relativo, el ideal, el positivo.

Heller distinguió dos conceptos sociológicos y dos conceptos jurídicos de Constituciones, y todavía uno más, el concepto formal, esto es, el documento constitucional. Tras la Revolución francesa el concepto de Constitución se usa de una manera general para designar ese documento fundamental en el que se establecen los derechos de los súbditos frente al poder establecido, así como las relaciones entre los órganos superiores de la comunidad política. Quizá el primero que en los tiempos modernos ha popularizado la existencia de otra Constitución que la escrita, es Lasalle. En aquella apasionada conferencia de Berlín aludió a la Constitución real: las relaciones fácticas de poder; la Constitución escrita será el correspondiente documento conteniendo determinados principios. Ambas Constituciones no se identifican; la suerte de la segunda depende de si efectivamente corresponde a las relaciones de poder existentes. Para un sociólogo como Max Weber (13) quedaría centrada la atención sobre lo que Lasalle llamó Constitución real. La más interesante distinción en relación con la realidad del proceso de poder la ha llevado a cabo Loewenstein con su bien conocida distinción de Constituciones normativas, nominales y semánticas (14). Pero para un jurista, en principio, queda excluido el enfoque fundamentalmente sociológico; su *Comentario a la Constitución* quiere decir explicación, interpretación y sistematización del documento jurídico fundamental (Ley Fundamental). Se puede, pues, afirmar, siguiendo a Maunz, que frente a las distinciones sociológicas y jurídicas, frente a las distinciones —dentro ya de lo normativo— entre Constitución formal y material, la tendencia hoy en Alemania es comprender el concepto Constitución en su sentido formal, esto es, aquel documento legal sometido a un proceso especial para ser enmendado, y además —hay que añadir— que presenta la característica de librar a ciertos puntos de todo tipo de enmienda (15). Las críticas de Schmitt contra dicho concepto eran improcedentes; dicho concepto es imprescindible, y dado que este mismo documento contiene la distinción entre Constitución y Ley Constitucional, no cabe hablar de desaparición de la Constitución en la pluralidad de leyes constitucionales. El objeto del comentario ha quedado concretado: se trata de un documento jurídico con particular relevancia y características. Pero con esta constatación no está dado nada más que el primer paso; según se con-

(13) *Wirtschaft und Gesellschaft* I, pág. 27, apart. 13.

(14) K. LOEWENSTEIN habla de clasificación ontológica, vid. *Archiv. des öff. Rechts*, 1952, págs. 387 y sigs., y, sobre todo, *Verfassungslehre*, 1959, págs. 151 y sigs.

(15) T. MAUNZ: *Deutsches Staatsrecht*, 1959, págs. 37-38. Carece de interés la especulación sobre el concepto «Ley Fundamental» (*Grundgesetz*), que si ha tenido un cierto voluntario matiz político, hoy lo ha perdido.

sidere la esencia y función de dicho documento cambiará considerablemente la actividad —esto es la interpretación— del comentarista. Así, pues, a partir de una determinada idea de la Constitución se realizará una determinada interpretación. Esto ha ocurrido en otras ramas del Derecho, la interpretación jurídica ha estado frecuentemente determinada por la correspondiente concepción del Derecho. Para lo que aquí interesa, según se vea en la Constitución, «la imagen de un orden estatal en el momento de ser emitida» (Nipperdey), o «la regulación del fenómeno vital del Estado en su totalidad», o «el orden jurídico de la vida en la que el Estado tiene su realidad vital, es decir, su proceso de integración» (Smend), o bien «normas que regulan la legislación estatal, las relaciones y competencias de los órganos superiores, las relaciones de los súbditos con el poder estatal» (Kelsen y, en general, todo el «positivismo») o bien «como una organización de dominio» o como «medio para hacer posible una mecánica de dominio» (por ejemplo, Forsthoff), o bien como «decisión total sobre la clase y forma de la unidad política» (Schmitt), o bien como «mecanismo para imitar y controlar el poder político» (Loewenstein), cambiará notablemente la interpretación del comentarista ante el orden constitucional. Según se conciban los Derechos fundamentales como «regulación de un sistema de valores, de bienes, de cultura», como «una estructura con una conexión y orden interna», dotados de una «integración popular» (Smend, etcétera), o como «normas cada una de ellas con propia lógica, que garantizan una cierta esfera frente al poder estatal» (Forsthoff, etc.), la interpretación del comentarista adquirirá diferente cuño. Muy compleja es la cuestión de distinguir hasta qué punto en esa concepción —en este caso la constitucional— que va a determinar la interpretación es producto de una reflexionada y correcta actividad científica o mera expresión ideológica, cuando no expresión de los más burdos intereses políticos. Por ello, en lugar de enfrentarse con las diferentes concepciones es más conveniente un tipo de enfoque que reflexione sobre la ciencia jurídica y la labor del jurista, intentando obtener unas ideas claras que permitan orientar y asentar fundamentalmente la tarea del comentarista del orden jurídico —que es de lo que se trata— constitucional. El Derecho público no es sino una parte, y la menos desarrollada, del orden jurídico, por lo cual es necesario una recapitulación de toda la problemática.

La Ciencia del Derecho tiene un doble carácter: por una parte es un *pensar dogmático*, por otra parte un *pensar investigador* (16). La naturaleza del pen-

(16) Esta terminología la ha desarrollado VIEHWEG en «Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin», *Studium Generale*, 1958, 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

sar 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. El pensar dogmático se 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 dió lugar a esa afinidad en el método de trabajo de juristas y teólogos de la que anteriormente se habló. Koschaker (17) 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. De manera apasionada ha sido criticada la dogmática por Kraft (18) que pide un poco inconscientemente, la desdogmatización del enfoque jurídico. Viehweg (19) y Thul (20) 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 (21), no es sino la sistemática explicación de una especial actitud, de un determinado estilo, de un especial enfoque con evidente carácter científico. Larenz (22) 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 ju-

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. «Forschungsdanken» queda bien traducido por «pensar investigador». Esta duplicidad también se da en la teología, vid. SCHMAUS: *Katholische Dogmatik* I, pág. 67. La exposición histórica de un instituto o proposición jurídica que se llama en Alemania «*dogmengeschichtliche Darstellung*».

(17) *Europa und das römische Rechts*, pág. 337.

(18) «Das Rätsel der Geisteswissenschaft und seine Lösung». *Stud. Generale*, 1958, página 131.

(19) *Loc. cit.*,

(20) *Die Denkform der Rechtsdogmatik*, *Archiv. f. Rechts- und Sozialphilosophie*, 1960, pág. 242.

(21) ROTHACKER: *Die Dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften*, 1954. BETTI: «Moderne Begriffsbildung...», *Stud. Generale*, 1959, pág. 87, esp. 89.

(22) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, pág. 236, y esp. en la Introducción.

ridica, 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. La unidad del concepto *Ciencia del espíritu* es bien problemática; Rombach lo traduce por *moral sciences, sciences morales, scienze morali*. Desde Dilthey—Rickert sustituyó el concepto espíritu por el de cultura, Ciencias culturales o de la cultura, teniendo este 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 (23) una distinción tripartita que corresponde con la división que exista 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.

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 a cualquier comunidad y a cualquier orden, progresista o conservador (24); 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 fué el

(23) *Handbuch der Sozialwissenschaft*, voz «social sciences».

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

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 XIX; la jurisprudencia de conceptos será máximo exponente. Bajo el imperio del positivismo —como se suele decir— las escuelas 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 una 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 (25). 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 (26), influenciado por Viehweg, 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 resaltado la inexistencia de un estricto procedimiento para controlar el pensamiento jurídico; la Jurisprudencia no tiene sentido sino 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 (27), Larenz (ob. cit.) han defendido la necesidad del sistema. 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

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

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

(27) 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.

donde se aplica (vid. Legaz Lacambra: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1954, t. II, pág. 300). En esta lógica material jurídica la 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 (28). La relación del jurista con las medidas valorativas metapositivas es objeto también de polémica. Diríase, pues, que la conformación de la dogmática jurídica parece haber perdido su evidencia para el teórico del Derecho (29). Tras esta rápida visión en el Derecho privado hay que volver al Derecho público.

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.

El método histórico en la ciencia jurídica sirvió (30) 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. Fué Puchta el que desarrollando muchas ideas de Savigny (por ejemplo, el método orgánico, el sistema) se había convertido en el maestro de la dogmática que propugnaba Ihering en su primera época. Gerber fué el encargado de trasladarlo al Derecho público. Ha-

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

(29) 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.

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

cia la mitad del siglo XIX se había impuesto la llamada jurisprudencia *pro-ductiva* (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). 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 (31) 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 (32), dedica las primeras páginas a un planteamiento general de 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 (33), sin

(31) *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 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.

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

(33) En Francia, GENY (1899), llevará a cabo —aunque con más profundidad, según

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 corregir a Heck: La situación en el Derecho público alemán en la República de Weimar era bastante más complicada (34).

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*. 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 inco-

LARENZ— la crítica contra el método positivo (exegetico-legalístico). Vid. las notas de LARENZ (ob. cit., págs. 52 y 55) sobre la obra de GENY en relación con la realidad jurídica alemana. Vid. SCHMITT: *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, págs. 54 y sigs.

(34) 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; vid GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo I*, 1958, páginas 158 y sigs., y últimamente en *Revista de Administración Pública*, 35, pág. 72.

arrectamente se denominaba positivismo —porque todo jurista es positivista en cuanto tiene que trabajar con el Derecho positivo— 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 podría tener recta aplicación sus críticas.

El primero en «violiar» la Constitución fué 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 (35) en 1924 frente a toda la doctrina dominante, Schmitt interpretó la enumeración constitucional de los Derechos Fundamentales que el Presidente podía suspender no como limitativa, sino a modo de ejemplo, producto dicho resultado interpretativo de su enfoque «realista» y «político» (36).

Dos años más tarde —y dato simbólico: en el mismo año en que se publicaba la *Teoría General del Estado de Kelsen*— el enfrentamiento metodológico sería perfilado (37). Las ponencias de Kaufmann y Nawiasky en torno al art. 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 ésta Asociación— el explicar éstos enfrentamientos por la existencia de diferentes intereses políticos. Nawiasky resaltó el *ius naturalismo*, y cierto espíritu antidemocrático, que albergaba la nueva doctrina. Junto a él Anschutz, Thoma, Giese, Heller, y sobre todo Holstein apoyaron con entusiasmo la ponencia de Kaufmann. Holstein en su famoso artículo (38) calificaría el nuevo método por un cambio del positivismo al idealismo jurídico prefiriendo esta terminología a la del Derecho natural (39), de un formalismo conceptual a un método de *Ciencia del Espíritu*. Si bien es difícil determinar en qué consiste dicho método, sí es fácil constatar que con él cierto vocabulario toma lugar de honor: Idea del Derecho, nuestro pensamiento jurídico, Weltanschauung, sistema de valores, etc.

(35) VVDStRL, 1, págs. 3 y sigs.

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

(37) VVDStRL, 3, págs. 3 y sigs.

(38) *Arch. des öff. Rechts*, 1926, págs. 1 y sigs.

(39) Vid. corrección de FORSTHOFF en *VerwR* I, pág. 152, nota 2.

(40) VVDStRL, 4, págs. 3 y sigs.

El año siguiente (40), Smend presentará una ponencia sobre la libertad de expresión, cuyo método y enfoque general daría lugar a una violenta disputa entre diferentes participantes, aunque los resultados presentados por Smend fuesen aceptados por todos. Los grandes comentaristas Giese, Anschütz y también Thoma, fueron criticados por su interpretación y estudio de las proposiciones jurídicas. No es posible detenerse con detalle sobre la polémica, baste indicar que Thoma tuvo que hacer resaltar la alarmante falta de comprensión que reinaba en un círculo tan reducido de especialistas en una misma materia. 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.; a tanta pobreza intelectual se enfrentaba el enigmático concepto de Ciencia del espíritu. Desde entonces se han oído con frecuencia estos conceptos, empleados la mayor parte de las veces de una manera mecánica, alegre y tópica.

Dos directrices de la nueva doctrina quedaban al año siguiente concretadas en dos importantes obras, Smend publicaría en 1928 su *Verfassung und Verfassungsrecht*, partiendo no del método jurídico sino del método de «Ciencia del espíritu» (así, expresamente en la primera página); Schmitt publicaría el mismo año su *Verfassungslehre* haciendo del «decisionismo» el punto de partida de su obra, aunque dicho enfoque sea hoy para nosotros lo menos interesante del análisis que llevó a cabo Schmitt (41); otra dirección de la nueva escuela tardaría unos años en ver la luz, la *Staatslehre* de Heller (1934).

En una mirada de conjunto no habría inconveniente, con Sontheimer (42), en apreciar dos corrientes doctrinales, por una parte una tendencia ético-filosófica, por otra una sociológica. Concretando algo más no es arbitrario hablar de una línea partidaria del así llamado método de Ciencia del espíritu: Smend, Holstein; otra postuladora de un Derecho natural y un idealismo jurídico: Kaufmann y Leibholz (este último utilizando el así llamado método fenomenológico). Heller se decidiría por un enfoque de ciencia de la realidad, esto es un enfoque sociológico. Hay un cierto paralelismo con el Derecho privado: El idealismo neokantiano de Radbruch, Laun; la feno-

(41) Estas obras dieron lugar a que quedase plasmada la desafortunada y equívoca fórmula «Derecho constitucional como Derecho político», que tuvo después aceptación durante el régimen nacionalsocialista (vid. BILFINGER: «Verfassungsrecht als politisches Recht», *Z. f. Politik*, 8, págs. 281 y sigs.

(42) «Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehrer in der Weimar Republik», *Archiv. f. Sozial und Rechtsphilosophie*, 1960, págs. 39 y sigs.

menología de Reinach; la sociología de Ehrlich. A Schmitt lo ha calificado K. Hesse como representante de un positivismo sociológico; concretando 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 peso de su ideología, cuya obra, junto a fatales y arbitrarias tesis, presenta auténticas aportaciones para el Derecho público (43). 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 éste acercamiento y en tal caso en qué medida, supone un difícil trabajo y no es lugar aquí de ser tratado; sin embargo un tratamiento a a partir del enfoque y las conquistas de la empírica ciencia política anglosajona no podría por menos de resaltar el contenido romántico y la peculiar ideología en 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*, formulación extendida en Francia y España, mientras que en Alemania se habla hoy de *Politologie* o *Politikwissenschaft*; vid. Heller, *Staatslehre*, pág. 4, nota— no pudo escapar totalmente, dice bien Badura, a la tradición científica alemana en dicho campo.

Si hubiera que buscar una explicación a toda la polémica metodológica de Weimar cabría decir que se encuentra en la incomprensión de la «nueva doctrina» para ver si la necesaria separación entre diferentes campos científicos, es decir, entre el *pensar dogmático* y el *pensar investigador*. Un enfoque no jurídico —dentro, claro está, de una tendencia sistemática y dogmática que lo separa 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, sociológico en la *Teoría*

(43) 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 mismo subtítulo indica, LAUFER ha llevado a cabo su trabajo a partir de la más clásica teoría política aristotélica.

del Estado de Glumpowicz. El mismo Jellinek en su gran obra, que Loewenstein ha calificado «obra maestra del profundo humanismo positivista», parte de una concepción de la Teoría del Estado como ciencia social. Sus diferencias con Laband son considerables (vid. *Allgemeine Staatslehre*, 1924, páginas 12, 16, 356, 398, etc.); no es una imagen correcta el hablar mecánicamente de una línea uniforme Laband, Jellinek, Kelsen.

El grave error de la «nueva doctrina» consistió en querer trasladar —consciente o inconscientemente— un método que parecía ser lo más necesario y fructífero en el campo de una teoría no jurídica del Estado, o en terminología moderna, en el campo de la realidad sociopolítica, a la interpretación del Derecho positivo. En este punto hay que hacer justicia a Kaufmann y a Heller; el primero afirmaría expresamente (44) que el método tradicional era necesario y, especialmente, en la literatura de comentario legítimo jurídico. Heller vió perfectamente el papel necesario del «método jurídico» y de la «dogmática jurídica» en la aplicación de la Constitución escrita (concepto formal) (45)

Por todo lo expuesto, cuando Thoma, esa gran figura del Derecho público alemán, cierre la disputa metodológica de Weimar en dos obras fundamentales (producto ambas de la colaboración de los mejores *ius publicistas* alemanes y en cuya publicación colaboró él activamente) *Grundpflichten und Grundrechte der Reichsverfassung* (1927) y sobre todo en *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, dirá: «... 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 positivo 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 filosófica jurídica» (46). Antes de esta afirmación cita Thoma un párrafo del famoso prólogo a la quinta edición del *Staatsrecht des deutschen Reiches*, de Laband: «... 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 no-

(44) VVDStRL, 4, pág. 81.

(45) *Staatslehre*, págs. 47 y 259 y sigs.

(46) *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1930-32, pág. 4. Esta posición sería recogida y ampliada por MAUNZ en el primer capítulo —dedicado al problema metodológico de sus *Hauptprobleme der öffentlichen Sachenrechts*, Munich, 1933.

tas sin conexión para una investigación de Derecho público.» Esta cita —que es hoy frecuentemente, tan vigente como entonces (47)— 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.).

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 fué 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 cambiar la equívoca nomenclatura de Derecho político —quizá popularizada por Montesquieu, *Esprit des Lois* I, cap. III; vid. Rousseau, *Contrat Social*— 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 immanente, que el jurista debe de conocer y trabajar.

De la necesidad de salvaguardar en la ciencia jurídica el pensar dogmático fué bien consciente Max Weber (48). Ultimamente, Thul (loc. cit.),

(47) 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, vid. *Z. f. gesamte Staatswissenschaft*, 1950, pág. 354.

(48) Vid. J. WINNKELMAN: *Max Webers Rechtssoziologie*, págs. 20 y sigs. (y su

Sontheimer (loc. cit.), Schnur (49), 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 (Hesse) (50), frente, para decirlo con Jellinek, la fuerza normativa de lo 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 (51). 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» (vid. 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.

Esta preponderante atención que el jurista debe al pensar dogmático no excluye en absoluto —sino que es necesario para la refundición y 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 fué apuntado por Thoma y Maunz (52). Interesa, sin embargo, indicar que todavía no está claro que punto el *ius publicista* tendrá que abandonar tradicionales tareas; se piensa al decir esto en la *Teoría General del Estado* —teóricamente asignable al pensar inves-

referencia al capítulo sobre «Stammler de Max Weber», en la *Wissenschaftslehre*) en MAX WEBER, *Rechtssoziologie*, 1960.

(49) *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1960, págs. 123 y sigs.

(50) *Die normative Kraft der Verfassung, Recht und Staat*, 1959.

(51) 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.

(52) 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.

tigador— que enseñada tradicionalmente en las Facultades de Derecho con rasgos dogmático-sistemáticos, juega, como bien indica Badura, un papel pedagógico importante que no quedaría muy bien satisfecho con un enfoque al estilo de la empírica Ciencia política.

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 (53). Ha ocurrido, sin embargo, que al reanudarse 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 (54). Ya se dijo que el *ius publicista* 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 este pensar investigador se presenta frecuentemente como un lamentable retórico, como mero repetidor de hipótesis de trabajo de otros, o como diletante coleccionista de citas, las

(53) De la tesis que aquí se expone han sido conscientes los administrativistas, vid. 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. 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.

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

obras, por ejemplo, de un Loewenstein (55) o de un Huber (56), son prueba del éxito del jurista en el campo del pensar investigador.

• • •

Los principales comentarios a la Constitución de Weimar son: Anschütz: *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. 8. 1919*, que alcanzó la 14.ª edición (1933); Poetsch-Heffter: *Handkommentar der Reichsverfassung*, 3.ª ed., 1928; no son tan extensos comentarios de Giese: *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. 8. 1919*, 8.ª ed., 1931, y Gebhardt: *Handkommentar zur Verfassung des deutschen Reiches vom 11. 8. 1919*, 1932.

Quizá el primer comentario de la Constitución de Weimar es la pequeña obra de Poetsch, publicada en septiembre de 1919; en esta pequeña obra se encuentra una estructura que se repetirá a lo largo de muchos comentarios constitucionales: una introducción histórica tras lo cual viene la exégesis; tiene una peculiaridad, y es la de hacer una pequeña introducción al principio de cada sección con la finalidad de facilitar una rápida impresión del espíritu de la nueva Constitución; la exégesis es en glosa, es decir, como ya se explicó, desarrollada a partir de llamadas directas al texto.

Giese escribió un comentario con el subtítulo «Edición de bolsillo para la práctica y el estudio», que tenía la pretensión de acercar al ciudadano al Derecho constitucional. Después del de Anschütz fué el más popular. Corto, claro, conciso, muy jurídico; la obra muestra ya un cuño moderno: tras cada artículo, un primer apartado remitiendo a las correspondientes disposiciones en otros textos constitucionales; en un segundo apartado explica, en glosa, los conceptos y sentido del artículo en cuestión; por último, citará biografías sobre el artículo comentado. Esta misma técnica en la estructura del comentario se encuentra en la obra de Giese a la Constitución prusiana de 20 de noviembre de 1920, y muchos años más tarde en su comentario a

(55) 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).

(56) Autor de *Deutsche Verfassungsgeschichte* (hasta ahora dos tomos, 1957-60). De esta obra se ha dicho (recensión de HEFFTER, *Archiv. d. O. Rechts*, 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.» Vid., en España, por ejemplo, SÁNCHEZ-AGESTA: *Historia del Constitucionalismo Español*, 1955.

la Ley Fundamental de Bonn, al que se alude más adelante. Por su extensión, la obra de Giese podría ser equiparado con el comentario a la Constitución española de diciembre de 1931 (Antecedentes-Texto-Comentario) de mi respetado maestro, don Nicolás Pérez Serrano (q. e. p. d.); hay, sin embargo, una gran diferencia material. Más que una interpretación jurídica, Pérez Serrano escribió un comentario —en glosa— político e histórico sobre el origen de los diferentes artículos, los diputados que colaboraron en su elaboración, etc.

Gebhardt publicó su comentario en 1932. Más de diez años han pasado y los cambios han sido tan enormes que el profesor Maunz, testigo de la última época, ha escrito (vid. *Homenaje Laforet*) que la Constitución de 1933 —sin modificación del texto— podría ser designada como otra Constitución que la de 1919. De este cambio fueron bien conscientes los hombres de Weimar, y así éste hecho le obliga a afirmar a Gebhardt, en el prólogo a su comentario, la necesidad de interpretar «el espíritu objetivo de la ley» y no «el espíritu de sus creadores». Tras una introducción histórica, así como del texto de la Constitución, estudia cada precepto: primero, nota bibliográfica; después en una serie de apartados va «deshaciendo» el artículo; comentario en glosa.

Pero el gran comentario fué el de Anschütz; en el prólogo a la última edición —al mismo tiempo cuarta refundición— se deja sentir la enorme tensión política que atraviesa el país. Anschütz ve la posibilidad de que la Constitución sucumba a la «fuerza normativa de lo fáctico» y comprende la gran medida de confianza y esperanza que hay que poner en su obra; como tiene conciencia de la adaptabilidad de la Constitución, quiere sacar de ahí fuerzas para su esperanza. Por ello dedicará —y esto ocurre en todos los comentarios que se han reseñado— mucho más interés a la parte formal que a la parte material de la Constitución, quiere sacar de ahí fuerzas para su esperanza. Por ello dedicará —y esto ocurre en todos los comentarios que se han reseñado— mucho más interés a la parte formal que a la parte material de la Constitución. Anschütz quiso escribir una obra para que fuese leída y no sólo consultada. Dice bien Maunz que su pretensión era establecer un término medio entre el comentario y la exposición sistemática. Anschütz cuando lo crea oportuno polemizará con las opiniones contrarias, si bien reduce la cita al mínimo. La obra contiene una introducción, el texto y la exégesis; la estructura de ésta es: tras el artículo una breve indicación bibliográfica, después la interpretación de la disposición que no está hecha en glosa sino sistemáticamente. La obra es realmente histórica; en ella está contenido el espíritu de Weimar: la elaboración del Principio de la Legalidad de la Administración, la «teoría del vacío de los Derechos fundamentales», el artícu-

lo 48, y, sobre todo, como bien recuerda Köttgen, el artículo 76 («la Constitución está a disposición del legislador»). El comentario de Anschütz es el representativo de todo un pensamiento jurídico del cual críticas injustas han dicho —contribuyendo a la popularización de una falsa imagen— «que no dominaba sus conceptos sino que estaba dominado por ellos». Y, sin embargo, en este pensamiento jurídico se encontraba esa «voluntad al Estado de derecho» que tanto postulaba Holstein. Y por eso es quizá la obra de Anschütz el camino imprescindible para comprender aquella gran aventura de los hombres de Weimar.

* * *

La Ley Fundamental de la República Federal de Bonn tiene fecha del 23 de mayo de 1949. Los comentarios a dicha ley son: *Kommentar Zum Bonner Grundgesetz* (colaboradores: Bühler, Laun, Schneider, etc., y cuya dirección estuvo a cargo de B. Dennewitz, y después K. G. Wernicke), Hamburgo, 1954; F. Giese: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, 5.^a edición (puesta al día por Schuck), Frankfurt, 1960; Mangold, H. v.: *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, Berlín y Frankfurt, 1953, que ha sido refundido y continuado por F. Klein, conociéndose por Mangoldt-Klein, 1957; Hamman, A.: *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. 5. 1959*, Berlín, 1960, segunda ed.; por último la obra de T. Maunz y G. Dürig: *Grundgesetz, Kommentar*, München/Berlín, 1960.

Como últimamente, en las páginas de esta REVISTA (núm. 110, pág. 115), el profesor Loewenstein ha escrito sobre la realidad política de la República Federal, no es necesario aludir a este punto; la exposición de Loewenstein es un personal, agudo y conciso análisis sobre la realidad política constitucional alemana. Por otra parte, la obra de Grosser es bien conocida en España. Si quizá sea interesante hacer una breve alusión a la cuestión de la relación entre el orden constitucional y el orden social sobre la que últimamente ha llamado la atención Forsthoff; basta indicar que para captar el sentido de la realidad político constitucional alemana hay que desprenderse de ciertas imágenes tradicionales y tener en cuenta que la reconstrucción económica primó sobre la estatal, que el orden económico es más creación de las fuerzas vivas de la sociedad que supieron autosometerse a los mandatos de lo objetivo que de una administración estatal, la ausencia de ideología estatal y de concepción teórica, la reintegración de la sociedad a partir de sus propias fuerzas en un orden social de nuevo estilo, extremada racionalización, retroceso ideológico en los partidos políticos, la inexistencia de la alternativa política, la falta de regulación constitucional para el estado de excepción.

Sobre la Ley Fundamental hay que decir que es una obra realmente notable por su perfección técnica (formal y materialmente) particularmente lo hace referencia a los Derechos fundamentales. Es ese tecnicismo lo que ha hecho afirmar a W. Weber (57) la ausencia en la Ley Fundamental (GG) de esa despreocupada viveza, de esa osadía innovadora y violenta decisión, típicas características de los textos constitucionales.

El primer comentario, cuyo redactor fué Dennewitz, no ofrece mucho interés; tanto el excesivo número de colaboradores, así como la desaparición de su alentador, Dennewitz, y lo anticuada que se ha quedado han contribuido a que dicha obra sea hoy poco consultada, salvo para ciertas notas históricas.

Sobre la obra de Giese poco hay que añadir a lo dicho en relación a su comentario a la Constitución de Weimar. Quizá recoger un par de frases al prólogo a su primera edición, que deberían ser lógicas y naturales para cualquier jurista sea interesante: «(la Ley Fundamental)... necesita, sobre todo, una marcada interpretación jurídica»... «un apunte conciso, distanciado que evite penosamente todo juicio valorativo político...». Este comentario por su extensión sólo puede servir de introducción a la GG.

Hamman publicó en 1956 su comentario para cubrir el hueco que yacía entre la concisa obra de Giese y la extensa —pero de publicación lenta de v. Mangoldt después Mangoldt-Klein—. Ultimamente ha publicado la segunda edición. El autor no ha alcanzado el nivel científico de las obras anteriormente citadas; es superficial y desequilibrado en cuanto hay una tendencia (confesada en el prólogo) a tratar los principios del Estado de Derecho y del Estado social. La obra contiene una amplia introducción sobre los conceptos y principios fundamentales del Derecho constitucional y de la GG. En la técnica del comentario es curioso: nota bibliográfica, un apartado A), resumen del artículo de cuestión; B), visión general introductiva; Cc, comentario en glosa. Como la diferencia entre A) y B) no acaba de ser clara, se ha visto obligado en la segunda edición —aparentemente mejorada también materialmente— a suprimir dicha disposición, presentando ahora: A), generalidades; B), *exégisis*, siempre en glosa. Esta obra es el único comentario de cierta extensión que está terminado; ni el Mangoldt-Klein, ni el Maunz-Dürig están terminados, aquél, probablemente no se acabará nunca, y éste, empezado hace corto tiempo, lo será en un futuro próximo (58).

Mangoldt había empezado a publicar en 1950 su comentario, acabándolo

(57) *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 1958.

(58) Cfr., sobre la obra de HAMMAN, recensión de GROSS: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1956, pág. 362.

en 1953, y teniendo que constatar que gran parte de él estaba superado y necesitaba nueva elaboración. No pudo llevarla a cabo por sobrevenirle la muerte, y quedó encargado de ella Klein. Mangoldt había participado en el consejo parlamentario que redactó la GG, y esto se muestra en algunos puntos de la obra en los que, como dice Ule, la interpretación reflejará más la opinión del autor que el espíritu objetivo de la norma. La refundición llevada a cabo por Klein ha dado lugar, en verdad, a una nueva obra, que ha visto la luz en 1957 alcanzando sólo hasta el artículo 26. Klein introduce la novedad de tener en cuenta la totalidad de la literatura sobre cada artículo. Se recordará que Anschütz redujo la cita al mínimo; pero Klein no sólo citará sino que se enzarzará en polémica con mucha frecuencia. Todo ello, naturalmente, amplía considerablemente la exégesis del artículo, de tal manera que ésta no puede ser en glosa sino en forma de exposición sistemática dividida en las correspondientes cuestiones jurídicas que el autor considera necesarias; esto trae consigo el peligro de perder la claridad, precisión y concisión indispensables a todo comentario. De cualquier forma es esta una gran obra, y particularmente su exégesis de los Derechos Fundamentales ha contribuido de manera importante a la ciencia del Derecho público alemán. Las entregas posteriores, muy en retraso, algo abandonada la dirección por Klein, carecen de la altura de la primera parte (59).

Cuando los profesores Maunz y Dürig a los diez años de existencia de la GG se deciden a escribir su comentario, tienen detrás de ellos toda una técnica del comentario constitucional y una problemática metodológica que pesará a la hora de tomar las decisiones que conformarán su obra. Lo primero que hay que señalar es el hecho de que un comentario profundo a la Constitución sobrepasa las fuerzas de un solo autor. El no muy afortunado intento de Hamman (que por otra parte ha contado con varios colaboradores para la segunda edición; Klein llevó a cabo la refundición del Mangoldt con varios colaboradores) ha confirmado la necesidad de dividirse la tarea. En parte esto es debido al deseo de continuar el camino emprendido por Klein, esto es, la consideración de la totalidad de la literatura publicada sobre cada cuestión; tal actitud, como ya se dijo, conduce a ampliar de tal manera la exégesis que ésta se convierte frecuentemente en una monografía, siendo difícil cumplir la exigencia del comentario que debe ser una obra de consulta para la lectura del texto. Este defecto que se nota en el Mangoldt-Klein, ha sido resuelto de una manera sobresaliente en la obra de Maunz-Dürig. Tras el:

(59) Cfr. recensiones de ULE: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, 590; 1951, 372-615; 1953, 32; 1954, 32; 1958, 34; 1959, 677; cfr. las recensiones de GIBSB en: *Archv. des O. Rechts*.

texto del artículo y en apartados claramente separados se encuentra: una remisión a las fuentes sobre antecedentes históricos del precepto, una referencia de Derecho comparado, una referencia bibliográfica dividida unas veces en moderna y antigua y otras veces para cada párrafo del artículo; tras todo esto se encuentra un esquema de la exégesis que alcanza a veces hasta diez divisiones dando esto una idea del grado de sistematización al que se ha llegado. Ahora bien, toda la interpretación de cada artículo está numerada según las cuestiones que se van estudiando; la numeración y una breve indicación de la cuestión estudiada están inscritas al margen. De esta manera se ha encontrado el justo contrapeso al comentario sistemático, ya que el lector no se pierde entre la larga exposición y podrá encontrar con facilidad el punto que le interese. Otro dato significativo en torno a la técnica formal de este comentario es el hecho de que se edite —como las colecciones legales— en forma de libro-archivo, es decir, con hojas sueltas que se van ordenando sucesivamente; con esto se pretende tener perfectamente al día la obra. La reflexión de Köttgen que quiere deducir de esto un sometimiento de la Constitución a una febril dinámica social es un tanto peregrina. Tanto la numeración a la que se ha aludido como los diferentes caracteres tipográficos, etc., contribuyen a una extraordinaria claridad en la exposición. La obra presenta un auténtico alarde editorial puesto al servicio de la más depurada interpretación constitucional (60).

Dentro de unas consideraciones de tipo material no se puede dejar de resaltar una de las más grandes diferencias que existen entre los comentarios constitucionales de Weimar y Bonn: la importancia adquirida por los Derechos fundamentales. Ule, en una recensión a la obra de Maunz escribía que la cláusula general de Derecho administrativo, el control judicial de las leyes han hecho justiciable de tal manera la parte material —los Derechos fundamentales— de la Constitución que cada día se produce una sentencia sobre cuestiones jurídico-constitucionales (61). Tanto absoluta como proporcionalmente la exégesis dedicada a los 19 artículos que comprenden los Derechos fundamentales es mucho más amplia que la dedicada a los 57 de la Constitución de Weimar, en los comentarios anteriormente reseñados. Es indudable que las razones aducidas por Ule explican este hecho; «el perfeccionismo alemán» tampoco está ausente de dicho fenómeno, así como también contribuye

(60) Cfr. las recensiones de ULE: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, 899; 1960, 534; cfr. recensión de HANS HUBER: *Neue Juristischen Wochenschrift*, 1959, 425.

(61) DÜRIG escribe —MAUNZ-DÜRIG: *Komm.*, art. 1, pág. 54, nota 2— que casi todos los casos de actos administrativos gravosos son jurídico-constitucionalmente casos de Derechos fundamentales

una razón sociopolítica, la estabilidad del orden social. No se puede negar, por otra parte, que la justiciabilidad de los Derechos fundamentales es un mandato de nuestra época (piénsese en la Convención Europea de los Derechos Humanos). Si Weimar tuvo como fundamental preocupación —igual que la cuarta República Francesa— las normas de organización, las facultades del Presidente, etc., no se puede negar la gran atención que merecieron los Derechos Fundamentales, y así Bühler en el prólogo a la tercera edición (1929) de su pequeño comentario —traducido al español por Labor— a la Constitución de Weimar dirá: «En esta nueva edición se ha ampliado considerablemente el estudio de los preceptos referentes a los Derechos Fundamentales, cuya importancia es cada vez mayor para nuestra vida estatal y jurídica...».

Esta misma cuestión de los Derechos fundamentales nos lleva al problema metodológico. La polémica científica de Weimar que se expuso anteriormente tuvo como consecuencia hacer tambalear el método jurídico constructivo; éste mismo se corrigió conociendo los límites de la lógica, la necesidad del enfoque teleológico, etc. Sin embargo, «la negativa a todo positivismo» y a lo que falsamente se creía a él unido ha conducido a la fenomenología, a la ciencia del espíritu, a un pensamiento jurídico axiológico que bordea el arbitrario subjetivismo que se manifiesta frecuentemente en una actitud inconsciente ante lo normativo. Tras toda la exposición anterior y a modo de complemento hay que indicar que el acercamiento del método jurídico a la teoría general hermenéutica, como quiere Coing, debe ser hecho con mucha prudencia. No cabe perder de vista que la ciencia jurídica es de absoluta relevancia social, en oposición a otras ciencias del espíritu, o sociales; de ahí la necesidad de establecer claros los límites con el fin de mantener la racionalidad. Como indicaba Obermayer (62) hay que distinguir en el método jurídico entre la interpretación y la construcción conceptual; el gran mérito del método constructivo tradicional fué el fijar la atención sobre el carácter formal de la ciencia jurídica y por ello la necesidad de dominar la materia jurídica obteniendo los conceptos jurídicamente relevantes. Más que dejar de lado al método constructivo, hay que evitar sus excesos, y el enfoque teleológico ofrece un excelente instrumento. Es falso y peligroso, como indicó Obermayer, hablar de un método jurídico y de un método de Ciencia del espíritu: sólo hay un método jurídico.

Toda esta problemática metodológica podría hacer creer, como parece hacerlo Köttgen, que el trabajo del comentarista se ha vuelto problemático; el

(62) En un Seminario sobre metodología de Derecho público que en 1960, a lo largo del semestre de verano, llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich.

intérprete, frente a 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 ese 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.

Volviendo a la obra de Maunz-Dürig hay que señalar que el primero se ha encargado de comentar las normas de organización, lo cual no es de extrañar por su experiencia y conocimientos en el campo del federalismo y parlamentarismo; el segundo, muy conocido por sus monografías sobre los Derechos fundamentales se ha encargado de éstos, que se prestan más a un tratamiento monográfico que a la estricta exégesis del comentarista, aunque se declare —como lo han hecho Dürig y Klein— que el objeto de su interpretación es la positivización de los Derechos fundamentales para evitar caer en disquisiciones filosóficas. Las normas de organización se someten mejor al estricto enfoque del comentario jurídico de estudiar los elementos del supuesto de hecho descrito en la norma, aunque la competencia entre la Federación y los Länder da lugar a enfrentarse con la interpretación de la «naturalidad de la cosa», y la «conexión material». El Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) ha desarrollado los tradicionales principios de interpretación en algunas de sus sentencias (vid. la exposición en v. Mangoldt-Klein, págs. 6 y sigs.).

Hasta ahora Maunz ha comentado los artículos 21, 28, 30, 31, 35-45, 46-50, 54-58, 60-72, 76-78, 80-82, 121-127, es decir, los partidos políticos, los artículos claves del federalismo, todo el Derecho parlamentario las disposiciones sobre el Presidente de la República, sobre el Gobierno, algunas disposiciones sobre legislación y ejecución de leyes. Todavía no está terminado el artículo 20 que con el primero forma la «Constitución» de la Ley Fundamental. Sí está, y es lógico, el 79 III, cuya exégesis, hecha por Maunz y Dürig es de señalar (Enmienda Constitucional). Dürig ha comentado de manera exhaustiva el artículo 1 (protección de la dignidad humana), 2 (Derecho Fundamental de la Libertad), 17 (Derecho de petición), 19 IV (Cláusula general de protección jurídica), 45 y 45a (Comités parlamentarios para asuntos exteriores y defensa), 45b (control de Derechos fundamentales por un encargado de la defensa), 103 (*nulla poena sine lege*), 114 (privación de la libertad, garantías jurídicas).

No es posible extenderse con gran detalle sobre esta obra. En las páginas

que ha escrito Maunz se encuentra esa ponderación y solidez que da la experiencia. En esta hora en la que parece que el fanatismo se impone, resulta alocionador sentir a través de un seco comentario constitucional la actitud de tolerancia y respeto que se desprende de las páginas de Maunz. Pero, sobre todo, el comentario de Maunz es, por su rigor, claridad y sometimiento al texto legal, un verdadero modelo de lo que es y debe de ser el trabajo del jurista en su labor de repensar la proposición jurídica. Dürig se ha decidido por unos Derechos fundamentales «positivizados con un contenido axiológico» a partir de lo cual desarrolla el sistema de valores y el sistema de pretensión de los Derechos fundamentales «positivizados con un contenido axiológico» a partir de lo cual desarrolla el sistema de valores y el sistema de pretensión de los Derechos fundamentales, con gran brillantez, claridad y apurada lógica; problemas de la más absoluta actualidad se irán resolviendo, y donde parece que el comentarista va a llegar a la «aporía» será ésta resuelta produciendo una inevitable admiración en el lector. Si bien se podrán manifestar reservas ante esa «pretensión de totalidad» y esa insistencia en subrayar los valores, lo que no se podrá desconocer es la gran labor que como jurista ha llevado a cabo Dürig en la dominación de unos difíciles conceptos jurídicos indeterminados. Quede, por último, dicho —y en ello participa del actual enfoque general de la ciencia jurídica alemana— que esta obra no es un conjunto de abstractas y teorizantes disquisiciones sino una exposición eminentemente real teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria. 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. Esto fué verdad en Weimar (63) y lo es hoy mucho más. El constitucionalista tiene que conocer en 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

(63) 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*, vid. las primeras consideraciones de THOMA en *Grundrechte und Polizeigewalt*, 1925.

unidad (Kelsen, Engisch, etc.). Y es justamente esta gran dificultad que plantea la Constitución —aparte de las posibles dudas de captar científicamente algunos puntos de la realidad constitucional— lo que ha hecho desaparecer la promesa —en el prólogo de la obra—, de Maunz y Dürig de tener también en cuenta la «Constitución vivida» (64). No es necesario decir que el comentario de Maunz-Dürig quedará como el *comentario* a la Ley Fundamental de la República de Bonn, como el de Anschütz lo es a la Constitución de Weimar. En esa larga cadena de los Mohl, Gneist, Laband, Mayer, Jellinek, Anschütz, Thoma, etc., quedan así inscritos con justicia los nombres de Maunz y Dürig (65).

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE

(64) Dichos autores hablan de «geschriebene und gelebte Verfassung» (Constitución escrita y vivida). D. STERNBERGER ha acuñado la expresión «lebende Verfassung» (Constitución viva).

(65) Sobre las cuestiones metodológicas tratadas, cfr. la bibliografía española: CASTRO: *Derecho civil de España I*, parte IV, cap. 1 (1955), así como las obras especiales sobre metodología jurídica de CASTÁN y HERNÁNDEZ-GIL, vid. LEGAZ Y LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, 1953, y «El destino del normativismo en la Ciencia Jurídica moderna» (en *Derecho y Libertad*, 1952, págs. 33 y sigs.). Sobre Derecho político, Derecho constitucional, etc., cfr. CONDE: *Introducción al Derecho Político Actual*, 1953; FRAGA IRIBARNE: *La Crisis del Estado*, 1958, págs. 429 y sigs.; JIMÉNEZ DE PARGA: *Los regímenes políticos contemporáneos*, 1960, esp. Introducción; LUCAS VERDÚ: *Introducción al Derecho Político actual*, 1958, pág. 219; ídem, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, noviembre-diciembre 1957 (números 20-23), pág. 143; OLLERO: *Estudios de Ciencia Política*; SÁNCHEZ-AGBETA: *Derecho Político*, 1959.

