

PRESENTACIÓN

Todo libro tiene su historia y la de este en particular es bastante accidentada. Su confección comienza en el segundo semestre de 2021, atendiendo a la generosa invitación de Ricardo Marcelo Fonseca para participar en el primer *dossiê* de la revista *História do direito* (v. 2, núm. 3, 2021) sobre *Direito e autoritarismo: juristas e cultura jurídica em regimes de exceção e ditaduras*. Mi pieza partía de una vieja preocupación y de una dedicación inmediatamente anterior. La preocupación se encuadra en mi investigación doctoral sobre un constitucionalista liberal devenido franquista desde el primer momento del golpe. Lejos de expresar una opción puramente individual, la reconstrucción contextualizada de su trayectoria me permitió constatar que ese tránsito desde el liberalismo burgués tradicional, más o menos conservador e individualista, hasta la defensa de un régimen totalitario, constituía una singladura típica entre los juristas de los años 1920 y 1930. La dedicación, suscitada por el diálogo crítico con la difundida obra de José Esteve Pardo sobre *El pensamiento antiparlamentario*, era un extenso comentario en el que realizaba consideraciones críticas sobre Heinrich Triepel, Erich Kaufmann o Gerhard Leibholz con la finalidad de mostrar hasta qué punto la aportación de esta iuspublicística nacional-conservadora, en lugar de proporcionar el antecedente del garantismo constitucional que hoy consideramos un bien a preservar, se dirigió a erosionar y socavar la democracia y empujó hacia la pendiente autoritaria por la que se despeñó Europa. Ese comentario se publicó bajo el título *Crítica de la democracia y responsabilidad de los juristas* en el núm. 50 de los *Quaderni fiorentini* (2021, pp. 877-916), se recoge hoy en *Los libros de los otros* (2023, p. 327 ss.) y conformaba el antecedente directo del artículo que preparaba. Además, debo precisamente a Esteve —es justo reconocerlo con gratitud ahora, de entrada— el acercamiento a la obra de Fritz Ringer, que tan decisiva me ha resultado para la ubicación de los planteamientos aquí examinados.

En unos tiempos de perforación múltiple —incluso de inversión— de las barreras que separaban el recinto privado de la imagen pública, publicitándose de continuo y sin pudor la intimidad personal al tiempo que se hace cada vez más opaca la dirección de lo que a todos interesa, puede resultar pertinente reconocer que fueron duras complicaciones de carácter

personal las que me impidieron llevar a término el trabajo encomendado. Comprendí que las emociones, su disposición más o menos ordenada, constituyen a veces condición de posibilidad del trabajo intelectual. Conocí la desdichada experiencia de la intranquilidad y del bloqueo que impiden culminar una empresa de este tenor. Con el trabajo más de a medio hacer, hube de renunciar a su inclusión en lo que habría sido su sede primera y natural. La incapacidad para completarlo no cesó, sino que se extendió al resto de textos acometidos por aquel entonces, jalonados por lamentables ausencias sobrevenidas. Durante más de año y medio, debido a una suerte de «pérdida del yo», por expresarlo en los certeros términos que Freud utiliza para referirse a la melancolía, no logré llevar a puerto ninguna de las investigaciones abiertas. Pero como el trabajo vocacional es asimismo un asidero fiable para la reconstrucción de ese yo extraviado, del campo de textos e ideas que había levantado para elaborar este estudio extraía utilidades y prestaciones ocasionales que me permitían no perder del todo el hilo, e incluso ir ampliando su recorrido.

Haciendo así de la fatalidad una moderada virtud, este aplazamiento permanente permitió que el trabajo se beneficiase de encuentros y discusiones entre colegas, al tiempo que me prestaba base suficiente para mi intervención en ellos. De nuevo por amable invitación de Ricardo Marcelo Fonseca, participé en un seminario sobre *Direito e autoritarismo* organizado por el programa de doctorado en derecho de la Universidade Federal do Paraná (28, 29-IX-2022), con una ponencia que se planteaba «cómo el discurso jurídico sirvió para derribar la democracia». Si ya había tenido oportunidad de leer algún trabajo suyo durante mis años doctorales, este encuentro brasileño me mostró la coincidencia de ámbitos de estudio y la sintonía de perspectivas con el prof. Gilberto Bercof. Se consolidó entonces una colaboración científica que prosigue en la actualidad. Uno de los aspectos centrales estudiados en el presente libro, el de las relaciones entre el juez y la ley en el marco de una democracia constitucional, me dio ocasión asimismo para participar en el volumen de los *Quaderni fiorentini* dedicado a la memoria de Paolo Grossi (52, 2023, pp. 965-994). La cuestión de los límites materiales impuestos por la norma fundamental al legislador, condensados para numerosos juristas de entreguerras en el principio de igualdad formal ante la ley, fue el asunto al que dediqué mi contribución, después de haberla presentado y debatido en diferentes foros. Primeramente, por gentil invitación

de José Antonio Pérez Juan, en el congreso celebrado en la Universidad Miguel Hernández de Elche (13, 14-XII-2021) sobre *La justicia al servicio de los totalitarismos en Europa*, y, por último, sumándome de nuevo a la valiosa iniciativa de los seminarios interdisciplinarios “Globalización y Derecho”, con la participación en su vigésimo-primer edición celebrada en la Facultad de Derecho de Albacete (23-VI-2023), en la que discutí mi trabajo con, entre otros, José María Vallejo, Isabel Lifante, David García, Macario Alemany, Rafael Escudero y José María Sauca. En medio tuve la fortuna de poder compartir mis planteamientos al respecto, en línea crítica con las sugerencias teóricas y también jurisprudenciales del propio Grossi, con algunos de sus discípulos: el 21 de marzo de 2023, en el Centro de la Universidad de Florencia que ya lleva su nombre, el dedicado a la *storia del pensiero giuridico moderno*, tuve la oportunidad de discutir con Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Pietro Costa, Luca Mannori, Bernardo Sordi e Irene Stolzi mis conclusiones acerca de los orígenes políticos y culturales del control de constitucionalidad de las leyes, una materia que ocupa parte esencial de la parte tercera del presente libro.

Por último, ya con el trabajo prácticamente concluido, pude compartirlo en un seminario celebrado, el 26 de enero del presente año, con los colegas del departamento de derecho constitucional de mi universidad. Fueron foro e intercambio valiosos para mí, pues el modesto propósito de este estudio no es otro que contribuir a profundizar en el conocimiento de la propia tradición del constitucionalismo europeo con la exposición sucinta de obras, opiniones y doctrinas de juristas alemanes del siglo pasado, algunos quizá no demasiado leídos y otros acaso superficialmente interpretados. La presencia, siempre incitadora, de Javier Pérez Royo, y los perspicaces comentarios de Alicia González Moro, Víctor Vázquez o Ruth Rubio, dieron ocasión para matizar enfoques, relativizar consideraciones y trazar incluso un horizonte apetecible de dedicación futura.

De todos estos encuentros y discusiones, de la generosidad y paciencia de los colegas mencionados, se ha beneficiado este trabajo, y es justo reconocerlo con el agradecimiento debido desde el comienzo. Una gratitud sentida especialmente hacia el colega y amigo Federico Fernández-Crehuet, quien lo leyó completo en su último tramo, realizándome sugerencias de alto valor. La demora en su culminación ha presentado otra inesperada ventaja, esta vez involuntaria y no deseada por su autor. Dentro del mundo del derecho, cuentan las investigaciones

histórico-jurídicas con una particularidad comparativa: el paso del tiempo, en lugar de ir haciendo cada vez más obsoleta la propia aportación, como a veces acontece con los trabajos dogmáticos, puede hacerles ganar en actualidad. No se trata de que la dilatación de los tiempos permita una más sosegada y matizada reflexión sobre el propio asunto, sino de que, a veces, por la mudanza de las circunstancias, el objeto histórico conjuga mejor con el momento presente. Me temo que eso es lo que, por desgracia, ha sucedido con este estudio. La concepción nacionalista de la política y su vivo contraste con la noción democrática, y la difícilmente reprimible inclinación conservadora de terminar prestando cobertura, o allanando el terreno, a las pulsiones excluyentes y minoritarias del idealismo político, si componen hilo central de la exposición que ahora comienza, conforman también el escenario oscuro en el que nos adentramos cada vez más.

INTRODUCCIÓN

IUSPUBLICISTAS ALEMANES ENTRE LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO, LA COMUNIDAD POLÍTICA Y LOS VALORES ÉTICOS

I. RELEVANCIA PASADA, DECLIVE PRESENTE DEL JURISTA COMO PENSADOR PÚBLICO

Es difícil figurarse desde la actualidad el alcance de la influencia social y política de los juristas pasados, y no me refiero ahora a los artífices de la cultura jurídica premoderna, con su sofisticada capacidad para canalizar, a través de sus interpretaciones, los conflictos privados y la vida pública, con su refinada facultad dogmática «para hacer amar la sumisión»¹. Aludo más bien a unos tiempos modernos, incluso a los situados en las raíces mismas de la posmodernidad, cuando el estamento de los juristas aún componía una restringida élite minoritaria, con acceso directo al poder institucional y socioeconómico, y cuyas construcciones doctrinales, marcadas por una ostensible homogeneidad, gozaban de notable predicamento oficial. La posición prevalente de los juristas europeos modernos conoció, en ciertas latitudes, un específico refuerzo institucional, que, en cuanto miembros del profesorado universitario, los elevó a la condición de auténticos «mandarines». Los integrantes de esta suerte de aristocracia cultural, en «íntima conexión» con los círculos gobernantes, se sentían autolegitimados como portadores genuinos de la cultura nacional, lo que les confería el privilegio de controlar el sistema educativo e instruir a la futura élite burocrática y dirigente². En el caso de los juristas académicos, esta vocación de supremacía intelectual se traducía en la pretensión de encontrarse especialmente facultados para verbalizar la «verdad» acerca de las cosas sociales y políticas; de ahí su acostumbrada intención de operar como consejeros de estadistas en cuanto conocedores del interés objetivo de la sociedad³, aunque sus diagnósticos

1. P. LEGENDRE, *El amor del censor*, 14-5.

2. F. K. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes*, 23, 46.

3. Aunque en latitudes de mayor diferenciación, el cultivo del derecho ya no se simultaneaba con la política: H. TRIEBEL, *Staatsrecht und Politik*, 15; no así en España: S. MARTÍN, «Funciones del jurista, I», 103-4.

y directrices de reforma solían coincidir sospechosamente con los del bloque tradicional dirigente y «representaban sus valores»⁴.

La uniformidad de sus interpretaciones⁵, expresión discursiva de la homogeneidad que presentaban como casta y de esa solidaridad de intereses con la élite, se vio quebrada tras la Gran Guerra por la inevitable transferencia de las escisiones políticas que atravesaban la sociedad al terreno patricio de la universidad. El «profesor de derecho público» —espécimen de jurista que más nos va a interesar—, de moverse en cómodos consensos unilaterales alejados de la realidad social, empezó a sentirse «obligado a formarse un juicio justo sobre aquellos problemas en torno a los que la lucha de partidos embrav[ecía]»⁶. El resultado, visible en todas las ramas del derecho, fue la apertura de un «periodo de ciencia extraordinaria» en el que, desacreditado ya el paradigma oficial anterior, el ligado al liberalismo tradicional decimonónico, colisionaron perspectivas y metodologías inconmensurables entre sí⁷. El estruendo de la discrepancia no bajó a los juristas del promontorio desde el que pretendían pronunciarse; ante la incertidumbre desatada por la aceleración del tiempo histórico, puede que incluso creciese la importancia social de su juicio. La univocidad del criterio de los juristas fue ilusoriamente restaurada por el totalitarismo, y su contribución a la articulación institucional y a la legitimación cultural de las dictaduras, como bien sabemos, no fue nada desdeñable.

Solo en tiempos relativamente recientes se ha conocido el declive de la opinión autorizada y de la intervención técnica del jurista. En el caso español, todavía en fecha tan temprana como los años 1960, cuando comenzaban a institucionalizarse las ciencias políticas y la sociología, la mayor parte de los intelectuales con incidencia pública, la mayoría de los productores de un discurso social con capacidad de influir en el

4. F. K. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes*, 49.

5. *Ibid.*, 124-5, para la «asombrosa unidad de perspectiva» en «la especulación política alemana del siglo XIX», comprobable desde luego también a escala jurídica española —una escala nacionalista, conservadora y católica— en la propia centuria: S. MARTÍN, «La facultad hispalense de derecho en la España liberal», 598-605. Fue también la tónica de Inglaterra, Francia o Italia.

6. R. LAUN, «Der Staatsrechtslehrer und die Politik», 172.

7. S. MARTÍN, «Modelos teóricos de derecho público en Europa», 213-8.

rumbo político del país, eran juristas, ejercían como tales y se pronunciaban con un lenguaje compartido y reconocible por su comunidad de profesionales⁸. La organización jerárquica de la universidad, aglutinada en torno a cátedras en las que se ejercía un decisivo poder personal, contribuía a esa inflada relevancia. Pero las cosas han cambiado sustantivamente desde entonces.

A la decadencia del jurista como intelectual público han coadyuvado numerosos factores de diversa naturaleza: afectada la cultura jurídica por el insoslayable proceso entrópico que caracteriza la evolución social moderna —un proceso irrestañable de diferenciación funcional y especialización lingüística—, en las últimas décadas se ha asistido a la multiplicación de las cátedras y los medios de comunicación especializados, la fragmentación exponencial de los campos de estudio y la consiguiente eclosión inabarcable de puntos de vista, circunstancias todas que conspiran, en las sociedades poshegemónicas, contra la articulación visible de un criterio consistente del jurista como sujeto social unitario. Y cuando parece operar como tal, en el momento en que emergen supuestos consensos constructivos, no encontramos, en tiempos de transición estancada como los actuales, sino una saturación improductiva de lugares comunes estereotipados, desfasados y repetidos, más aptos para su banalización o parodia —por falta de significación explicativa o conformadora— que para modelar la cultura pública. Son justo estas coordenadas presentes las que dificultan que nos figuremos el alcance de la relevancia política del juicio del jurista en el pasado, incluso el más reciente⁹.

Ahora bien, otra particularidad de nuestra coyuntura actual, a saber, la mediación insorteable de los marcos culturales en la acción colectiva, y en todo proceso de transformación social, permite que nos percateemos, retrospectivamente, de la profunda dimensión performativa de las

8. Para un ejemplo clave, S. MARTÍN, «Derecho político y agenda monárquica entre dictadura y transición».

9. A ellas se pueden sumar otras, no menos relevantes, como el desbancamiento del jurista como voz autorizada en los grandes medios por politólogos, sociólogos o economistas, a lo que debe añadirse el descenso y el descrédito crecientes e incorregibles de esos propios medios convencionales, sustituidos masivamente por medios aún menos creíbles, donde ya el jurista —o cualquier otro analista— competente ni está ni se le espera.

construcciones simbólicas, incluso de aquellas más alejadas, por mendaces, de los relieves evidentes de la realidad. Reabiertos los escenarios de la polarización tras algunas décadas de frágil hegemonía demoliberal, provocados otra vez los desencuentros por las políticas oligárquicas de la desigualdad, renacida en consecuencia el ansia de una comunidad trascendente y protectora, se encuentra de nuevo a la vista cómo la propaganda, las *fake news*, las consignas regresivas de signo nacionalista o las manipulaciones viralizadas por las redes son capaces de dirigir el curso de los acontecimientos políticos, por arraigar en disposiciones de fe o en frustraciones colectivas. En un tal contexto de renovada confrontación se ha convertido además en incontrovertible no solo el sesgo del jurista, el modo en que su interés político-partidario suele guiar su criterio aparentemente técnico y neutral, sino algo todavía más decisivo, esto es, cómo la normatividad jurídica y constitucional positiva resulta inseparable de la interpretación doctrinal (y jurisprudencial), cómo es ésta la que en buena parte la constituye, atribuyéndole contenido específico.

II. EL ASUNTO: CRÍTICA JURÍDICA DE LA DEMOCRACIA

Tenemos así aisladas las dos premisas de las que habremos de partir en la presente investigación: la persistente autoridad moral de los juristas del siglo xx —aun presentándose ya deteriorada, por su parcialidad política, en contextos pluralistas y democrático-populares— y la trascendencia performativa de los marcos culturales en general, y de las construcciones doctrinales del derecho en particular. Las interpretaciones jurisprudenciales —ahora en el sentido clásico de jurisprudencia, como discurso autorizado para enunciar lo justo ante situaciones controvertidas— aparecen así como factores destacados de estabilización social o de cambio político. Y como tales jugaron en el drástico derrumbe de las democracias republicanas y su sustitución por dictaduras. Como sucedió en el ámbito genérico de la cultura y el arte, donde numerosas expresiones empujaron en favor de una salida autoritaria a la crisis socio-económica imperante, también en el terreno de los saberes académicos y de la ciencia jurídica, de manera aquí mucho más explícita y central, se apostó por limitar, socavar o pervertir los sistemas constitucionales recién implantados e

incluso sustituirlos por regímenes autocráticos. Si se quiere, por tanto, historiar la relación entre el discurso de los juristas y las dictaduras «tomando posición contra el fascismo» —que es la perspectiva aquí adoptada también por motivos de presente—, no basta entonces con describir los giros hermenéuticos de la doctrina totalitaria, sino que debe «empezarse ya por Weimar», pues desde tiempos republicanos se labró el terreno para el advenimiento nacionalsocialista¹⁰. La doctrina jurídica oficial de las dictaduras, aun siendo resultado discursivo de las depuraciones, la censura y el terror, no debe así concebirse solamente como fruto de la irrupción de «la fuerza y la violencia» en el gabinete de los juristas, pues muchos de ellos anhelaban ya en democracia a un dictador que liquidase con un seco golpe los desafíos abiertos por la modernización¹¹.

Con su relevante posición cultural, y dado el influjo político de sus proposiciones, a los juristas pasados debe atribuirse, en consecuencia, un notable grado de responsabilidad en la marcha de los asuntos públicos. Bien puede objetarse que, cuando pensaban contra la democracia republicana y trabajaban en favor de su vaciamiento o inversión, incluso de la implantación de dictaduras, no se podían figurar hasta qué extremos llegarían los regímenes que no cesaron de convocar. El exilio real o el ostracismo interior vivido por muchos juristas conservadores ya bien avanzado el III Reich apoya tal aseveración. Y adjudica cierta propensión restrospectiva, de lectura contrafáctica, a nuestra contribución: si hubiesen mostrado mayor compromiso con la democracia constitucional como método de resolución de los desacuerdos en un contexto pluralista y conflictivo, si hubiesen rebajado su dura inclinación reaccionaria ante la perspectiva de ciertas reformas sociales y laborales, ¿podrían haber ido las cosas de otro modo? ¿podría haberse evitado la caída en el abismo? No pretenden estas líneas contestar a semejante pregunta con una rotunda afirmación, pero sí alertar de una posible constante, acaso revalidada en un momento como el actual de auge global de las derechas arbitrarias

10. Es lo que, en proporción menor y centrada en la práctica del art. 48 y la controversia en torno al golpe a Prusia, ensaya H. PAUER-STUDER, *Justifying Injustice*, «2. From the Weimar Republic to the Third Reich», 16-44, título al que llego gracias a Cristiano Paixão.

11. He parafraseado en estas últimas líneas, adaptándolas a la jurídica, expresiones que Adorno dedicó a la cultura alemana en general: «Vuelta a la cultura», 63; «Lo que el nacionalsocialismo ha hecho con la cultura y las artes», 434.

y fundamentalistas: cuando desde la propia profesión cultural se contribuye a sabotear las tendencias democratizadoras se abren escenarios impositivos de destino indeterminado, pero con posibles consecuencias devastadoras. Mejor, dados los precedentes, no arriesgarse a volver a recorrer semejantes derroteros. Y, desde luego, aunque los juristas que van a ocupar el papel protagonista en estas páginas no supieran la estación final del viaje que promovían, sí que eran plenamente conscientes de que su primera parada era imponer por la fuerza un criterio político sobre los demás, por considerarlo más acorde con lo que tenían por «natural», o consustancial a la esencia «nacional», de lo que ya se deriva, *per se*, cierta y grave responsabilidad.

Bajo tal postulado, habremos entonces de explorar qué tipo de argumentaciones jurídicas sirvieron para vaciar de contenido, invertir los planteamientos, subvertir las instituciones o demoler, en definitiva, las democracias constitucionales republicanas, las primeras, en rigor, establecidas en Europa. Nos encontraremos así con una primera evidencia, presente en el caso alemán, pero también visible en la experiencia española: casi todos los juristas opuestos a la democratización del Estado y la economía profesaban, de partida, el liberalismo tradicional conservador que había servido de credo oficial durante las monarquías imperiales y autoritarias precedentes. Con razón se indicó hace ya tiempo que «la mayor parte de los profesores [alemanes] de derecho público siguieron pensando en la tradición del Estado jerárquico guillermino», lo que les impedía realizar «toda interpretación democrática» de las transformaciones a las que estaban asistiendo¹². Ante la irreversibilidad de los cambios culturales e institucionales de sello democratizador, oscilaron entre la evocación nostálgica de la ficticia estabilidad del modelo liberal y la utilización de los propios principios democráticos, dados ya por insoslayables, justo para neutralizar o vaciar la democracia en favor de dispositivos autoritarios. Que, organizados y evolucionados los movimientos fascistas, quepa diferenciar con claridad entre corrientes nacional-conservadoras y totalitarias no elimina la utilidad que los artefactos discursivos gestados en las primeras tuvieron para las segundas. Desde este punto de vista, el presente trabajo abordará en buena medida la contestación polémica que el liberalismo tradicional dio a la

12. K. LENK, F. NEUMANN, «Introducción», 30.

instauración de las democracias republicanas, y consistirá en una suerte de taxonomía de las principales estratagemas argumentales empleadas por los juristas liberal o nacional-conservadores en aquella confrontación jurídico-política.

Realicemos alguna acotación añadida, para seguir delimitando el asunto del presente ensayo. Nos situamos en un terreno que afectó a la cultura política en general, atravesada como estuvo por una implacable contestación conservadora a la naciente democracia. Más contundente aún fue esa respuesta reaccionaria en el restringido campo universitario: «la mayoría de los académicos alemanes no estaban dispuestos a considerar ningún compromiso con la era moderna», «odiaban la república, temían a los nuevos partidos políticos y se sentían horrorizados ante las transformaciones sociales asociadas con la industrialización y la inflación»¹³. Como planteaba uno de los autores centrales de este trabajo, en Alemania, «la actitud política de la *civitas academica*», tanto de la mayoría del estudiantado como de gran parte del profesorado universitario, era de rechazo al «Estado de la Constitución de Weimar», de hostilidad hacia la «revolución» que lo había fundado y las «nuevas condiciones» que había establecido¹⁴. Otro de los autores que aparecerá en más de una ocasión en estas páginas se lamentaba de que «amplios círculos, especialmente dentro de la clase a la que pertenecemos los académicos, la burguesía culta, [siguiesen] siendo hostiles a la democracia»¹⁵. Será este, el mundo universitario, «convertido en baluarte de la oposición de derechas al nuevo régimen»¹⁶, el que nos va a dar nuestro ámbito de análisis, si bien ceñido al terreno de la ciencia jurídica; y aunque la controversia antidemocrática recorrió todas sus ramas, desde el derecho privado al procesal, el penal, el internacional o el tributario, solo tomaremos como

13. F. K. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes*, 84.

14. R. SMEND, «Hochschule und Parteien», 156, quien conjeturaba con tino sobre los motivos de esta aversión: «lealtad auténtica por el mundo derrocado», «apego a los días dorados de la burguesía académica y resentimiento muy burgués provocado por el fin de tales condiciones» y, sobre todo, obligación sentida por el profesor de tomar posición pública contra aquello —la *Umwälzung*, la convulsión o revolución que había traído la República— que consideraba que no habría brotado del *Geist* alemán.

15. G. ANSCHÜTZ, *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung*, 27.

16. F. K. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes*, 208: «la histeria anti-republicana de los profesores y estudiantes producía continuos incidentes».

espacio de indagación, por su mayor congruencia con el tópico de la «crítica de la democracia», el del derecho político y constitucional¹⁷, en unos tiempos en que esta disciplina solía incluir cuestiones de teoría general del Estado y del derecho y también de derecho administrativo.

Se trató de un sector poblado de referencias de autoridad, de las que habrán de interesarnos, sobre todo, entre los maestros, los nombres de Heinrich Triepel (1868-1946), Erich Kaufmann (1880-1972) y Rudolf Smend (1882-1975), y, entre los discípulos, el de Gerhard Leibholz (1901-1982), aunque también abarcaremos algún otro caso ya más situado en terreno nacionalsocialista como fue el de Otto Koellreutter (1883-1972), y unas pocas, pero relevantes aportaciones de los más jóvenes de esta constelación: Ernst Forsthoff (1902-1974), Arnold Köttgen (1902-1967) y Ernst Rudolf Huber (1903-1990). En esta selección de iuspublicistas conservadores sobresaldrá, una vez tras otra, quien constituyó en algunas ocasiones la inspiración más insistente, quien llevó en otras las fobias y censuras de ese sector a su mayor grado de obstinación, maniqueísmo y brillantez: Carl Schmitt (1888-1985).

Las construcciones doctrinales de este grupo de autores quedarían, sin embargo, flotando en el vacío si no se contrapusiesen con los giros argumentales legitimadores de la democracia republicana, provistos, a su vez, por otro conjunto de autores, de aparición colateral pero permanente en las presentes páginas, entre los cuales destacan, de la generación de los mayores, Hugo Preuss (1860-1925) y Gerhard Anschütz (1867-1948), de la intermedia, Richard Thoma (1874-1957), Gustav Radbruch (1878-1949), Hans Nawiasky (1880-1961) y Rudolf Laun (1882-1975), y de la de los más jóvenes, ya desde premisas socialdemócratas, inequívocamente comprometidas con la República en su trance más difícil, Hermann Heller (1891-1933), Franz Neumann (1900-1954) u Otto Kirchheimer (1905-1965). Se reparará entonces en un vacío, el que deja la escuela normativista con sus construcciones, aptas para dotar de sustento teórico-jurídico a los nuevos sistemas constitucionales. Ya sea en las elaboraciones del maestro

17. El alcance político general de la contestación nacional-conservadora, desde su instrumentalización de la experiencia bélica hasta su «politización del irracionalismo», quedó bien registrado en el clásico estudio de K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 54 ss., 93 ss., quien no pudo sino detenerse con especial énfasis en las construcciones del «derecho político alemán».

—Hans Kelsen (1881-1973)— o en las de algún discípulo —Adolf Merkl (1890-1970)—, se presume su conocimiento generalizado, lo que nos exonera de aproximaciones redundantes¹⁸, por más que sus nombres aparezcan alguna vez que otra en las presentes páginas.

III. PRIMER SUPUESTO: LA COMUNIDAD TOTAL

Agreguemos asimismo dos premisas teóricas de partida, cuyo análisis independiente nos colocaría en el ámbito de la sociología y la filosofía, sacándonos del mundo del derecho, pero sin las cuales este no se entiende en su integridad, toda vez que muchos juristas de entonces construían sus doctrinas sobre la base de una cuidada fundamentación filosófica y sociológica. Íntimamente relacionadas, de modo que una llama por necesidad a la otra, la primera se refiere a la comprensión de la sociedad como comunidad total mientras la segunda alude la naturaleza axiológica y vitalista de la realidad cultural.

Abordemos la primera: todos los argumentos jurídicos de los autores conservadores que vamos a examinar remitían, tácita o explícitamente, a una base simbólica concreta, la representación de la sociedad política como unidad orgánica total, integrada e internamente jerarquizada. Este modo de discurrir se engastaba en una contestación generalizada al «positivismo» y su conocimiento fragmentario de los hechos nudos; como alternativa, «la idea de totalidad» pasó a colocarse en «primer plano en todas partes», de «la biología» a la «psicología (especialmente en la teoría de la *Gestalt*)» hasta en «las ciencias sociales» y en «el conjunto de las ciencias del espíritu»¹⁹. Este significativo desplazamiento se produjo en las construcciones básicas del derecho público, en sus representaciones del sustrato social de las instituciones. Presentado como «nación», «pueblo», «comunidad de valores» o «comunidad popular», mas siempre opuesto a la nación individualista de ciudadanos o al pueblo plebeyo, este constructo cultural que servía de referente al discurso

18. Abordé la teoría normativa en numerosos pasajes de S. MARTÍN, *Entre Weimar y Franco*, y en «Modelos teóricos de derecho público en Europa», «3. Modelo formalista».

19. A. VIERKANDT, «Kultur des neunzehnten Jahrhunderts und der Gegenwart», 144-5.

iuspublicista contaba con varias consecuencias fundamentales. Identifiquémoslas.

Por un lado, previa a la institucionalización del Estado, causa eficiente de éste, la «totalidad social» aparecía como una magnitud metafísica anterior a las partes que la conforman, capaz de funcionalizar de modo jerárquico su posición y actividad. No solo se trataba de reducir el estatuto de las «cosas singulares» al de meras «articulaciones de la totalidad», desprovistas, pues, de sustantividad propia si no se referían a la unidad social jerárquica que las precedía. No estamos solo ante una disposición epistemológica, que hacía comprensible la *Ganzheit* a través de una «intuición» sin mediaciones, con desprecio por todo procedimiento analítico racional²⁰. El corolario político de tal idea de comunidad consistía en una «condena [de] la igualdad de los desiguales»²¹, en una censura de todo intento de equiparación de los sujetos y colectivos que, por supuestas diferencias de don natural y por exigencias de su consiguiente función social respectiva, resultaban por fuerza desiguales. Partiendo de esta concepción neo-estamental, de la supuesta «jerarquía de seres realmente existentes»²², que los juristas conservadores apenas se atrevían a enunciar abiertamente, la «igualdad de los iguales» en rango era entonces «la única definición de “igualdad” compatible con la totalidad»²³. Se detecta así al instante la tensión de semejante perspectiva con la propia de la «república democrática», que hacía radicar su signo distintivo en la *politische Gleichberechtigung der Individuen*, en la igual capacitación política de todos los individuos con independencia de su condición cultural o socioeconómica²⁴.

Por otro lado, el carácter unitario previo de la sociedad negaba entidad sustancial a los conflictos socioeconómicos, situando las discrepancias de clase en el terreno de la apariencia o de la falsa conciencia. La «referencia al todo de la sociedad» no podía disimular su «tendencia a ocultar» las «tensiones en las que la vida de “la” sociedad en verdad consiste». En casi todos los autores que lo empleaban, «la apelación al

20. P. BOURDIEU, *La ontología política de Martin Heidegger*, 57.

21. K. POLANYI, «Othmar Spann, el filósofo del fascismo», 58.

22. C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, 73 n. 58.

23. De nuevo, K. POLANYI, «Othmar Spann, el filósofo del fascismo», 58.

24. H. PREUSS, *Reich und Länder*, 40-3.

concepto de la totalidad social» no servía para «mostrar la intrincada dependencia de los hombres respecto de aquel todo», sino para «concebir el proceso social mismo como un equilibrio aproximado de las contradicciones en el “todo”, mediante el cual las contradicciones que propiamente son “la” sociedad desaparec[ía]n en el plano teórico», para perpetuarse en la práctica social. Así, todas las teorías que, de un modo u otro, partían de esa unidad orgánica previa, tanto las liberales de la armonía espontánea prestablecida o del «interés general» como las políticas de la «integración», o las nacionalistas de la «comunidad popular», coincidían en considerar que la voluntad unitaria del Estado podía formarse «prescindiendo de las relaciones de clase»²⁵. Es más: convergían en su convencimiento de que cuando el Estado mediaba en tales relaciones con propósitos de equiparación, no lo guiaban intachables principios de justicia, sino que excedía su recinto natural para incurrir en reprochable injusticia, en un despotismo indigno.

Este arquetipo filosófico, presente en la obra de autores como Othmar Spann y Oswald Spengler²⁶, fungió de referente implícito para buena parte de las doctrinas iuspublicísticas nacionalistas que vamos a examinar, todas coincidentes en su afirmación de una hipostasiada «unidad estatal y popular» por encima —o por debajo— de cualquier discrepancia económica o partidista²⁷. Especialmente su concreción categórica de la *Volks-* o *Wertsgemeinschaft*, constituyó un dispositivo no solo descriptivo, sino con una función política antidemocrática precisa, por oponer, justo en un tiempo de crisis desgarradora a los mecanismos abstractos de la democracia formal vigente la aparente proximidad benefactora de la consanguinidad familiar, logrando con ello «apelar de manera profunda a lo más íntimo del inconsciente de los seres humanos»²⁸.

La presencia de este tropo discursivo arrancó ya desde los tiempos de la Gran Guerra. «La alternativa entre comunidad y sociedad» —«la contraposición entre el ideal asociativo y el ideal comunitario», por expresarlo con el léxico de entonces— constituía, para Helmuth Plessner, «desde hac[ía] años, el punto de intersección de las discusiones públicas, sobre

25. Th. ADORNO, «La nueva sociología libre de valores», 17-8.

26. L. M. KEPPELER, *Oswald Spengler und die Jurisprudenz*, 224 ss.

27. K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 85-6.

28. Th. ADORNO, *Teoría de la historia y de la libertad*, 172.

todo en Alemania», y era por todos contemplada la simpatía creciente «de la juventud por la idea de comunidad», con lo que ello tenía de mal augurio²⁹. Si la conocida contraposición entre *Gemeinschaft* y *Gesellschaft* (1887) de Ferdinand Tönnies vinculó ambos conceptos a formas organizativas dispares bien reconocibles, el contraste entre una colectividad cuyos miembros comparten «objeto» y «fin» de su existencia, y aquella otra «liberada de fines», desprovista de objeto fundante, y restringida a la «reciprocidad e interacción (puramente subjetiva)», resultaba familiar en lengua alemana desde tiempos tardo-ilustrados³⁰. La tensión se había agudizado y comenzó a designar dos cosmovisiones políticas enfrentadas. Detengámonos por un instante en la conocida reflexión de Plessner³¹, para identificar el tipo de comunitarismo subyacente al discurso jurídico que nos va a ocupar.

Comencemos por desvelar el presupuesto tácito: el proceso histórico como modernización. En sintonía con Tönnies, la secuencia histórica moderna, con su diferenciación y complejidad cada vez mayores, compela, por necesidad, a pasar desde el tipo comunitario al tipo asociativo de organización social, con todos sus requerimientos jurídicos e institucionales. Partiendo de este diagnóstico, se detectaba una patología de época, una aparente contradicción esencial: que el proceso socio-económico, de carácter material e ineludible, se hallase marcado por las claves dinámicas de la sociedad, mientras la atmósfera cultural y política, de forma evidentemente compensatoria, se encontraba sobrecargada por

29. H. PLESSNER, *Límites de la comunidad*, 27 y 52. Sobre la inclinación *völkisch-national* de la mayor parte del estudiantado, sus orígenes —muchos habían formado parte de los batallones de voluntarios encargados de reprimir la revolución de 1918— y desarrollos —ya no eran tan monárquicos ni burgueses, ni por eso tan antiproletarios—, daba indicaciones de interés el propio R. SMEND, «Hochschule und Parteien», 161. Que, en contraste con su protagonismo político liberal del siglo anterior, gran parte de la juventud alemana, por su fe nacionalista, «conspira[ba] contra la República para un odio eterno», con la «restauración mecánica de lo viejo» como único programa, era, en suma, constatación compartida: Th. MANN, «Von deutscher Republik», 134.

30. Th. GEIGER, «Gemeinschaft», 173, en referencia a construcciones de Schleiermacher. Para una aproximación sucinta a la contraposición en la ciencia social alemana de los años 1920, vid. O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 51-6.

31. Para las referencias que siguen, vid. H. PLESSNER, *Límites de la comunidad*, 41, 43, 65, 70 y 118.

las claves simbólicas de la comunidad. Justo para amortiguar las consecuencias devastadoras del despliegue técnico y productivo, se alzaban «dos formas del *ethos* comunitarista», «la étnico-nacional y la internacional», la nacionalista de los conservadores y la internacionalista de los comunistas. Aunque no dejaremos de tener presente cómo la respuesta nacional-conservadora se acuñaba, y descubría su propia razón de ser, ante el desafío internacionalista, serán sus propios giros argumentales, en el plano del derecho, los que aquí se aborden.

Y estos presuponían, de una forma u otra, una determinada construcción simbólica del lazo comunitario como «vínculo que nace del origen común de la sangre». En esta participación en la estirpe hacían recaer la unidad social. Para el tipo de «comunitarismo nacionalista» que servía de fundamento implícito a la iuspublicística conservadora, «los límites de la posibilidad del amor» —esto es, de la simpatía que garantiza la cohesión social— y «de la formación de la comunidad coincid[ía]n con los confines de la etnicidad». El género de *Volk* que tenían en mente constituía «una comunidad étnica, garantizada por la unidad de la descendencia, la tradición y la constitución psíquica». El individuo, en cuanto ser social, se caracterizaba por su conexión prepolítica con esa entidad ontológica de carácter «suprapersonal» que era la «comunidad invisible» de la que formaba parte. La realización política de la persona resultaba factible solo en un plano que la trascendía, y se cifraba en las «manifestaciones ceremoniales de iniciación y admisión» en la colectividad a la que pertenecía, o en la exhibición de —y adherencia a— «los signos» exteriores de la identidad nacional.

La actitud correspondiente a este tipo de ideología comunitarista era la del anhelo regresivo, un ánimo de vuelta a los orígenes, en los que se encontraría, sin mácula, esa unidad popular, esa comunidad de estirpe, antes de su degeneración y descomposición a causa de las mezclas modernas. El tipo de acción política que le era propia perseguía la revitalización sustancialista de los elementos identitarios del pueblo, y la caracterizaba el rechazo consiguiente a las «convenciones asociativas», de carácter formal y contenido relativo, que pudieran regularizar y hacer previsibles las relaciones sociales. Desde el punto de vista sociológico, se trataba de un imaginario solidario con las pretensiones políticas de los sectores tradicionales, en especial los terratenientes y los militares, en tensión con el empresario que impulsaba la evolución económica y en abierta confrontación

con unas capas populares a las que se las pretendía condenar a una posición estamental subalterna. Desde el punto de vista político, soñaba con una «convivencia humana» exenta de conflictos, ante todo los de clase, en virtud precisamente de esa «armonía originaria», manifestada en valores objetivos puros que el flujo social no haría sino reproducir y actualizar.

Como habrá oportunidad de comprobar en el curso del presente trabajo, la cuestión de cómo entender la comunidad política absorbía buena parte del debate jurídico-público. La discrepancia fundamental entre las dos direcciones de pensamiento que aquí van a interesar, la nacional-conservadora y la republicana —a veces designadas, en las reconstrucciones histórico-jurídicas, como antiformalista la primera, y como iuspositivista la segunda—, se centraba en la atribución de un sentido político preciso a las categorías tranquilizadoras y aglutinantes derivadas de la *Volksgemeinschaft*. El término «no es un concepto nacionalsocialista genuino», sino que operó como un significante de notoria potencia catalizadora invocado por liberal-demócratas, populares y conservadores por igual, en su común subrayado de la unidad del pueblo alemán por encima de las diferencias de clase o de las particularidades culturales locales³².

La apropiación para fines propios del lenguaje comunitarista constituía una urgencia de época, y es que el tiempo histórico se hallaba objetivamente marcado por el sello de la comunidad «nacional-popular». Los momentos más neurálgicos del proceso social apuntaban a la masificación, y al apremio consiguiente de unificar relaciones cada vez más complejas y multitudinarias: la industrialización, la cartelización o el auge de los monopolios en el aspecto económico, la militancia en los partidos y la afiliación sindical como medios de participación en la sociedad en su faceta política, la irrupción de los grandes medios de comunicación, dotados ahora de nuevas técnicas de difusión más eficientes y capilares, y de la industria cultural en el ámbito de la información, las representaciones o el entretenimiento, y todo el espacio expansivo del intervencionismo estatal y de la política social, promovían efectivamente tendencias masificadoras que rasgaban la ensoñación individualista precedente. Desde la experiencia traumática de la guerra, la pertenencia inevitable a la comunidad había devenido una evidencia incontestable.

32. Lo recuerda últimamente M. WILDT, *Die Ambivalenz des Volkes*, 47 ss.

La dimensión colectiva de la existencia suministraba el recinto al interior del cual cabía debatir acerca de cómo gobernar de forma eficiente la nueva realidad política. Veremos cómo los autores liberal-conservadores, defensores de axiomas individualistas en la *belle époque*, terminaron aclarando todos los condicionantes comunitarios, nacionales e institucionales de su entendimiento de la libertad individual.

IV. SEGUNDO SUPUESTO: EL IDEALISMO DE LOS VALORES

Vayamos ahora a la segunda premisa teórica, más filosófica y ética que sociológica: se trataba de la referencia a los valores objetivos que conforman la cultura, susceptibles de ser revelados por las llamadas, sobre todo desde Wilhelm Dilthey, «ciencias del espíritu», o, a partir de Heinrich Rickert, «ciencias de la cultura». Desde su punto de vista, «el mundo de la historia y de la cultura», «todos los logros del hombre» en todos los terrenos, del arte al derecho, de la religión a las instituciones, resultaban comprendidos como «emanaciones individualizadas o concreciones del *Geist*» objetivo³³. El léxico que vehiculaba las ciencias humanas y sociales era así el propio de la tradición idealista, con su específica prestación de aparecer como un lenguaje «apolítico», situado «“por encima”» de las luchas de partido y de «la “política de intereses”». Ringer, en su imprescindible ensayo, identifica como «elemento común de toda la teorización política de los mandarines», del patriciado universitario alemán, justo «una aproximación característicamente “idealista” y “apolítica”» a las cosas del Estado, y no vacila en considerar ese «“idealismo”» como «la contribución más característica de los mandarines a la política alemana». De hecho, reflexionando sobre el rechazo que «la idea republicana» provocaba entre las clases medias cultivadas, se esgrimió como motivo destacado el que, en la instrucción cultural recibida, nunca se hubiese incluido «el elemento político» y su vinculación con el ejercicio de las

33. F. K. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes*, 105, 110 y 296. Vamos a seguir su exposición en los párrafos preliminares: pp. 124-5, 143, 218, 297, 309, 316 y 349-50. Sobre el punto de partida diltheyano, son también de provecho las consideraciones de K. RENNERT, *Die “geisteswissenschaftliche Richtung” in der Staatsrechtslehre*, 71-85.

libertades públicas³⁴. En paralelo a lo que sucedía con la alta burocracia profesional, el personal dirigente del campo académico construyó a través de su discurso neoidealista un *ethos* de objetividad suprapartidista que, por sus virtudes de ecuanimidad y patriotismo, lo perfilaba como aristocracia llamada a orientar la toma de decisiones políticas.

Roto el encantamiento liberal decimonónico, detectaremos una vez tras otra en estas páginas cómo la desconfianza de los catedráticos «hacia la “política de intereses” era también reflejo de sus propias preferencias interesadas». Conviene ahora detenernos por un instante en los entresijos de ese lenguaje idealista que, como método de conocimiento, movilizaba la mayor parte de las ciencias sociales y humanas en Alemania desde fines del siglo XIX. Bien conocido entre nosotros es el dato de que, en la transición entre centurias, habían divergido dos escuelas neokantianas, la de Marburgo liderada por Hermann Cohen y la de Baden, o sudoccidental alemana, encabezada por Wilhelm Windelband y el propio Rickert. Menos difundido creo que está el hecho de que la primera corriente fuese ya despreciada por la segunda debido a su logicismo formalista, a haber supuestamente provocado «la completa disolución de la filosofía en la epistemología», según expresase Windelband. Ciertamente es que había sido Dilthey quien había abonado el terreno para esa invasión idealista de los saberes, pero ni su propósito fue suministrar «certidumbres éticas», ni «creyó que hubiese valores intemporales “objetivos”» ni llegó a considerar «una *Weltanschauung* determinada como algo más que una elección puramente subjetiva».

La apreciación difiere para la escuela de Baden. En su caso, se llevó al punto máximo de tensión el subjetivismo trascendental kantiano hasta acariciar la posibilidad de revelar de forma objetiva los hechos y las cosas, logro al alcance no solo de las ciencias naturales, sino también de las llamadas desde entonces culturales. Pensaba Rickert que el asunto propio de estas últimas lo conformaban «estimaciones y propósitos humanos» indelebles, no reducibles a meros «caprichos subjetivos», identificados y tematizados con arreglo a reglas de corrección cognitiva. Con su metodología teleológica de la «selección ideográfica»³⁵, las

34. Th. MANN, «Geist und Wesen der deutschen Republik», 219.

35. Entendida como orientación de la investigación de los fenómenos culturales a través de ideas objetivas históricamente significativas que remitían a fines humanos

ciencias de la cultura se colocaban a las puertas del hallazgo de un ser suprahistórico que el científico, sin mediaciones emocionales, se limitaría a descubrir y restituir. Tendían a «identificar lo significativo con lo permanentemente valioso», «las estimaciones» realizadas en el pasado con normas éticas de validez intemporal capaces de fundar científicamente una «visión del mundo».

Con este desplazamiento hasta los mismos confines de la crítica kantiana, y con la urgente búsqueda de certezas objetivas en un tiempo indeterminado y revolucionario como fue el de la primera posguerra, se entiende que «las teorías de la escuela de Baden adquiriesen una importancia inmensa para las controversias metodológicas de la década de los 1920». Es más, situados justo en esta acuciante necesidad de hallar un suelo firme desde el que poder seguir formulando prescripciones relevantes para la dinámica política, se comprende también que «los métodos de análisis en las ciencias sociales, y no solo los resultados, terminasen adquiriendo una importancia política inmediata» justo a partir de este momento. Por expresarlo de forma algo maniquea, la disyuntiva metodológica a aquellas alturas ofrecía dos caminos: separar, al modo en que lo hacía Max Weber, el mundo de los juicios subjetivos de valor respecto del conocimiento científico objetivo de la realidad, con todos los filtros apriorísticos que lo determinan, o bien defender la posibilidad de revelar el objeto sin mediación alguna por parte del observador, haciendo extensible tal posibilidad al conocimiento de las relaciones sociales y políticas, por estar también ellas regidas por magnitudes objetivas. Aunque preparó sus condiciones, para este último salto no servía ya la aportación de la escuela de Baden, y, o bien se regresaba a la ontología escolástica de raíz medieval, o bien se abrazaba la corriente —que entonces empezaba a cobrar auge— de la fenomenología y la «estimativa». Si todos los autores continuaban reprobando, por su chatedad, el positivismo empirista, con este último paso se sometía ya al neokantismo en su conjunto «a la condena que originalmente solo se había dirigido contra la escuela de Marburg»: toda la metodología neokantiana habría degenerado en

permanentes, a las que consideraba «valores culturales objetivos»: vid. H. RICKERT, *Ciencia cultural y ciencia natural*, Madrid, Calpe, 1922, y, para la apreciación y crítica que seguidamente nos interesará, G. HOHENAUER, «Il neokantismo e i suoi limiti come filosofia sociale e giuridica», 114 y 117.

formalismo relativista, era incapaz de ofrecer «cualquier conocimiento sustantivo de la realidad externa», claudicaba ante la ineludible tarea de dictar, desde la ciencia, «prescripciones éticas específicas».

En un texto bien conocido de 1923, Ortega difundió entre nosotros lo que esta última corriente de la «estimativa» proponía y suponía³⁶. Consideraba que «la preocupación teórica y práctica en torno a los valores» constituía «uno de los rasgos fisiognómicos que mejor defin[ía]n el perfil de la época», de aquel «tiempo nuevo». Se trataba de una teoría que tenía «escasamente que ver» con la *Wertsphilosophie* de Wildelband y Rickert; era, en efecto, cosa ya distinta. Con ella se superaba el tratamiento que a los valores habían dado las anteriores «teorías psicologicistas, subjetivistas», empeñadas en identificar lo valioso con productos de nuestra voluntad, con aquello cuya contemplación suscita nuestra «complacencia», o con los ideales que deseamos ver realizados. En todos estos casos, la nueva corriente precisaba que no era el sujeto quien, con sus emociones, deseos o intereses, atribuye valor a las cosas, sino que son los propios valores, en cuanto cualidades objetivas portadas por las cosas, los que provocan tales reacciones en nuestros sentimientos o en nuestra voluntad. Los valores «no valen porque nos agraden o los deseamos, sino al revés, nos agradan y los deseamos porque nos parecen que valen», constituyen una magnitud «independiente de nuestros caprichos», tienen «su validez antes e independientemente de que funcionen como metas de nuestro interés y nuestro sentimiento». Su entidad específica era la de una cualidad tenida por las cosas o una propiedad exhibida por las acciones. Su fisonomía propia se consideraba equivalente a la que presentan los axiomas geométricos, con una existencia objetiva ajena al sujeto que las conoce.

La vía de acceso a los valores, el procedimiento para conocerlos, se postulaba como algo por entero distinto de la percepción de los hechos y las cosas: su aprehensión se caracterizaba por la inmediatez intuitiva, por un tipo de percepción anterior a toda mediación racional subjetiva. Este tipo de percepción se distinguía por su capacidad para captarlos, en un solo acto, en toda «su integridad»; los valores, «desde la primera visión, nos entregan entera su estructura», del mismo modo que se

36. Véase para las líneas que siguen J. ORTEGA Y GASSET, «Introducción a una estimativa», 539, 541-2, 545-6 y 549.

comprenden de forma inmediata los números. Por eso «la Estimativa», o «ciencia *a priori* de los valores» —*a priori* por captarse con anterioridad a la interposición del análisis racional—, aspiraba a constituir «un sistema de verdades evidentes e invariables, de tipo parejo a la matemática», fundado en «leyes» de «evidencia perfecta, al modo de las geométricas». Pero no todos los individuos eran capaces de captar magnitudes objetivas tan exactas. «El estimar es una función psíquica real —como el entender— en que los valores se nos hacen patentes. Y viceversa, los valores no existen sino para los sujetos dotados de la facultad estimativa»; una facultad que no todos poseían, de ahí que la nueva filosofía conllevase un resuelto aristocratismo, y promoviese una suerte de restauración del saber, de regreso de la confianza en que los moralistas y científicos —también los dedicados a los saberes sociales— enunciaban verdades objetivas, sin interferencias subjetivas interesadas.

En su presentación divulgativa, Ortega ponía ante todo énfasis en las implicaciones que este presunto avance filosófico tenía para «la Estética», y hasta para la psicología, al permitir «sujetar bajo un régimen riguroso la región de los gustos y de los sentimientos», antes «abandonada al capricho». Pero reconocía también su impacto en el terreno de la razón práctica y el derecho, hasta el punto de creer que la «Ética» y «las normas jurídicas» ingresaban con él «en una nueva fase de su historia», llamada a superar el «subjetivismo y el relativismo», con su recuperación de «normas trascendentes» identificadas y difundidas por los académicos.

En estas pocas líneas, el filósofo español más actualizado informaba a su extenso público, en exposición accesible, acerca de las adquisiciones de la fenomenología de Edmund Husserl y de la ética material de Max Scheler. Escapa al propósito introductorio de estas páginas adentrarnos en los complejos vericuetos de la «intuición esencial», o de la «actitud natural» capaz de percibir, sin intervención de filtros epistemológicos, los fenómenos del «mundo circundante»³⁷. Tampoco podemos reconstruir con detalle los argumentos que llevaban, en el terreno de la ética, a sostener, con independencia de criterios subjetivos, las relaciones jerárquicas entre los diferentes valores, o su permanencia histórica, más allá de su aparente variabilidad externa³⁸. Nuestro cometido es más acotado:

37. E. HUSSERL, *Ideas*, 20-5 y 66-9.

38. M. SCHELER, *Ética*, 173 ss. y 339 ss.

se trata de identificar el impacto que estas consideraciones filosóficas tuvieron en la metodología jurídica, para aislar con ello las premisas de las que partían algunos de los iuspublicistas que estudiaremos.

Formados en el discurso neokantiano, numerosos juristas alemanes atareados en materias filosóficas mostraban, en el clima de entreguerras, su insatisfacción con el formalismo crítico. Reconocían que la escuela de Baden, con su «selección ideográfica» fundada en «valores culturales permanentes», se había quedado en el umbral de la «metafísica», pero sin franquear aún el camino que condujese desde «la normatividad de la idea a su inmanencia en la realidad»³⁹. En las construcciones de Wildelband y Rickert todavía eran «los principios formales del pensamiento» los que «determina[ba]n el objeto» y no al contrario; en ellas, los valores culturales aún eran «solo normativos, no constitutivos»; no permitían, por consiguiente, fundamentar «ningún punto de vista objetivo, generalmente válido y por tanto absoluto», capaz de prestar base a «una filosofía universal de la cultura y de la historia». Pero era justo esta tarea, la de constituir una filosofía cultural y social «capaz de dar un rumbo y un contenido» material preciso «a una época culturalmente empobrecida y socialmente relajada», la que apremiaba a los académicos, y, entre ellos, a los juristas. Para esa «fundamentación supraempírica y apriorística del saber», que lograrse trascender el positivismo sin sucumbir a la tentación del racionalismo formalista, se tornaba imprescindible apereibirse de «la idealidad de los fenómenos por encima de su mera facticidad», y para tal objetivo había que regresar sin temor a esa «metafísica, donde el valor como norma y el valor como ser materialmente determinado coinciden». Si se pretendía superar «el subjetivismo y el relativismo en la consideración de los valores» a los que la filosofía neokantiana abocaba, entonces los valores debían comprenderse «como “ideas” en el sentido platónico», portadoras de «su propia realidad efectiva», que se imponen, desde fuera y por necesidad, a quienes las contemplan.

Esta reprobación del neokantismo como «pensamiento deliberadamente falto de contenido, alejado de la evidencia y de la experiencia», incapaz de afrontar «los grandes problemas de la vida social y política», se manifestó precisamente en una temprana, espontánea reflexión de uno

39. Véase, para estas líneas y las siguientes, G. HOHENAUER, «Il neokantismo e i suoi limiti come filosofia sociale e giuridica», 109, 111 y 115-7.

de los juristas que van a protagonizar estas páginas, Erich Kaufmann⁴⁰. Insatisfecho con la escuela sudoccidental alemana, a la que reconocía haber pertenecido, por su inaptitud para formular verdades objetivas ancladas en la «materia», Kaufmann echaba igualmente en falta los servicios que otrora rindiera la metafísica, con su enunciación de «valores absolutos» perfectamente jerarquizados. Se atravesaba un momento atribulado, caótico, necesitado de orientación segura, y para tal objetivo no servía el pensamiento formalista y relativista, apto «quizá para dominar la filosofía académica de una época» estable, «satisfecha de sí misma», pero inhábil para «convertirse él mismo en factor dominante de la propia época». Para eso se requería un razonamiento de tipo metafísico que indicase, sin rodeos, «cuándo se debe obedecer a este o a aquel deber, cuándo es justo esto o aquello»; se añoraba una reflexión de raigambre escolástica capaz de descender «hacia abajo, hasta el ser», y elevarse «hacia el valor absoluto de la verdad». La incorporación de «la idea de valor» a la elaboración de «ciencia jurídica» llevaba entonces a sostener que solo a ella habría de corresponder «pronunciar juicios de valor sobre lo justo y lo injusto»⁴¹. Basta con remplazar las remisiones impersonales al pensamiento, la filosofía o la ciencia del derecho por alusiones directas al pensador, el filósofo o el jurista para percatarse de que se estaba reclamando para ellos el ya perdido papel de señaladores infalibles de los valores objetivos a los que los gobernantes, y los propios ciudadanos, habían de atenerse en sus decisiones.

El problema de la disposición analítica neokantiana terminaba siendo, también para Kaufmann, el mismo del que adolecía el positivismo: el olvido del carácter «espiritual» de su objeto, su «ceguera respecto a los valores espirituales concretos que se realizan en la realidad», ceguera que desembocaba en dos actitudes típicas del momento, la «falta de respeto por tales valores» espirituales o un «relativismo fatigado, desprovisto de fuerza y de sustancia». La preterición de la dimensión espiritual de las cosas impregnaba también la concepción de lo jurídico. Escandalizaba la dislocación entre derecho y moral que había provocado el neokantismo:

40. Para lo que sigue, salvo indicación expresa, vid. E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, 5, 10, 13, 17, 45-7, 50, 59-60, 67, 69-70 y 76-7. La obra se publicó en 1921.

41. Tal y como, en su reseña del trabajo de Kaufmann, aseveraba W. SAUER, «Neokantismo e scienza giuridica», 96.

había degradado el derecho a «mera legalidad» exterior observada en virtud de su «coercibilidad», y había convertido la moral en un ámbito de concurrencia entre juicios emocionales subjetivos. Con semejante disociación, la filosofía neokantiana había dado la espalda al «verdadero Kant», quien, en su sistemática, inscribía la «teoría del derecho» en el «reino de la libertad», dotado de «contenidos positivos» bien reales⁴². En una suerte de regreso a este movimiento ilustrado primigenio, Kaufmann proponía reconectar el derecho a la materia social que pretendía regular, pues «los fenómenos sociológicos tienen una propia objetividad, autónoma respecto de la normación jurídica», e incluso superior a ella: de esa legalidad inmanente a la trama social, de su adecuada adherencia a la misma, dependería la propia juridicidad de las normas jurídicas. Frente a la disociación neokantiana entre éstas y los hechos sociales, se postulaba la síntesis entre ambos planos, lo que, a efectos de conocimiento, significaba la necesidad de extraer «las categorías jurídicas» de las «*cualidades sociológicas fundamentales de la naturaleza humana*».

En su intento de transitar desde «la doctrina formal al mundo de los fenómenos»⁴³, la crítica de Kaufmann nos resulta singularmente esclarecedora porque no ocultaba sus pretensiones. El centro de su preocupación lo daba la «falta de resistencia frente al marxismo» que habían exhibido tanto la “inculta” ciencia jurídica alemana como, en general, «nuestro pueblo», ciego ante el «verdadero sentimiento material del derecho». Se trataba, por tanto, de pertrechar a «la ciencia “burguesa”» de una «metafísica positiva» que la tornara capaz de justificar, con argumentos objetivos irrefutables, el «Estado, el matrimonio, la propiedad, el contrato, etc.», esto es, las instituciones públicas y los institutos privados del orden burgués. Este propósito táctico de convertir la ciencia jurídica en una metafísica política para hacerla socialmente más persuasiva que el marxismo —propósito que, según se verá, animó la práctica totalidad de la obra de Kaufmann durante la época examinada— se sublimaba en un lenguaje vitalista. No se defendían unas opiniones políticas frente a otras de igual

42. En idéntico sentido, revelando coincidencias que se explorarán, H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, 7-9, recordaba —invocando a Kaufmann— cómo la «teoría del derecho y del Estado» de Kant aún se hallaba conectada con «la metafísica y la ética del derecho natural».

43. W. SAUER, «Neokantismo e scienza giuridica», 97.

rango, en vana prosecución de una diatriba relativista; cuando se llamaba a prestar fundamento metafísico al plexo institucional burgués, a defender su arraigo en «las necesidades concretas del alma», en una naturaleza inmodificable de las cosas, se estaba protegiendo unas formas colectivas —nacionales— de «vida», que no podían suprimirse por decreto. Antes al contrario, «el formalismo opresivo de la ciencia jurídica», y su correlato real del reformismo revolucionario canalizado a través de las leyes, estaban condenados a ser arrollados por la reemergencia de lo «vital».

La restauración del idealismo por vía fenomenológica componía el *trend* más secundado, declinado con frecuencia en una celebración de «la idea de la vida como hecho último, complejo e irracional», que reclamaba, en el plano de la fundamentación de las ciencias, un «nuevo despertar de la metafísica»⁴⁴. En términos abstractos aplicados al mundo del derecho, suponía la afirmación de que el derecho positivo solo resultaba concebible como concreción de la «*idea de justicia*», de una justicia «*creada por la divinidad*», «no por consejos ministeriales o por jefes de partido»⁴⁵. Mas no estaríamos ante un simple regreso al derecho natural escolástico, porque si la «*idea de justicia*» se entendía como factor permanente, estando como «todos los demás valores indiscutiblemente ligada a la vida», su percepción social cambiaba, sus contenidos concretos se hallaban en «una perpetua renovación»⁴⁶. Ahora bien, tomarla como punto de referencia tenía el efecto práctico de introducir de forma decidida, en la reflexión en torno al derecho, la cuestión de «la eficacia de las normas en la realidad». Todas las normas, y en primer término las leyes, solo conquistaban su juridicidad cuando «la conciencia jurídica de un pueblo» las reconocía como «conformes al Derecho». Tan solo en la medida en que apareciesen para la generalidad como efectivamente enderezadas al cumplimiento de la idea de justicia, podían constituir las normas «Derecho» y no meras «emanaciones de fuerza».

La corriente fenomenológica no era la única que formaba la iuspublicística alemana crítica con el positivismo, u hostil hacia el normativismo.

44. A. VIERKANDT, «Kultur des neunzehnten Jahrhunderts und der Gegenwart», 144-5.

45. W. SAUER, «Neokantismo e scienza giuridica», 101-2.

46. G. LEIBHOLZ, «Tendencias actuales de la doctrina del Derecho público en Alemania», 553, y 549 y 552 para las líneas siguientes.

Quizá la de mayor seguimiento en los primeros años 1920 fuese la llamada escuela «teleológica», cuya resonancia se debía en no escasa medida al hecho de ser secundada por Heinrich Triepel⁴⁷, maestro reconocido por todos. Tenía en común con el positivismo jurídico que tomaba el ordenamiento vigente como el objeto prioritario de conocimiento para el jurista, pero no lo contemplaba con ojos logicistas, sino atento a los fines que perseguía en cuanto mecanismo dirigido a resolver conflictos de intereses. La distancia respecto del armazón semántico idealista tampoco era insalvable, en muy primer término porque las ideas de «valor» y de «fin» se compenetraban: el valor, la propia idealidad portada por los fenómenos jurídicos, les imprimía el fin al que se dirigían. Consciente de ello, y atenta a la aplicación práctica del derecho, la «concepción teleológica» conseguía captar la naturaleza real y espiritual propia, «a un tiempo, de los principios jurídicos»; con ella volvía a recomponerse también «la ligazón con la vida tan necesaria para la ciencia jurídica», abandonada por el «método lógico positivista»⁴⁸. Por otro lado, a falta de una determinación precisa del objetivo perseguido por el derecho, para Triepel —como veremos— tal finalidad podía hallarse en las estimaciones inherentes a los derechos fundamentales, y, cuando estos no ofreciesen asidero suficiente, sería el jurista quien, por su competencia y autoridad, ejerciese de «representante de la comunidad jurídica», en cuanto suerte de intérprete auténtico de las «convicciones jurídicas comunes» que la cohesionaban⁴⁹.

Junto a la dirección teleológica, ya desde comienzos de los años 1930, de forma coherente, y en consonancia con lo que acontecía en el ámbito más general de las ciencias y las artes⁵⁰, algunos autores desembocaban, desde la fenomenología y la ética material, en la práctica ya más resuelta de la «ontología» o de la «ciencia de la realidad»⁵¹. Incluso había algún autor fundamental —Schmitt— de voz tan singular e inclasificable, abierto

47. Para la desembocadura de Triepel en este «pensamiento constitucional material» a partir de la «jurisprudencia de intereses», vid. U. M. GASSNER, *Heinrich Triepel*, 230 ss.

48. G. LEIBHOLZ, «Tendencias actuales de la doctrina del Derecho público en Alemania», 558-9.

49. K. RENNERT, *Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre*, 59.

50. Donde, como es sabido, se transitaba desde el expresionismo hasta una reformulación de la tradición realista denominada «nueva objetividad».

51. Tal acabaría siendo el caso de Kaufmann: K. RENNERT, *Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre*, 116 ss.

a todas las corrientes a la vez que epígono de ninguna, cuya presencia vendría a relativizar todas estas diferenciaciones. Dato que no resta importancia a que, justo a esas alturas, se postulase «el punto de vista fenomenológico y el método de la intuición de las esencias», «inaugurado por Husserl», como el llamado a marcar los avances más provechosos de la ciencia jurídica en curso de elaboración⁵². Su modo de operar lo podemos ya suponer: todas las categorías propias del derecho público, desde la «soberanía» a la «representación», contaban con una estructura esencial de sentido «extratemporal, invariable y de significación única», aprehensible, no mediante la intelección racional, sino «por medio de una visión intuitiva dirigida hacia un contenido material», colocado fuera de la disposición del observador, pero anterior también a toda realización empírica, y por eso invariable históricamente. Atrapada de un golpe dicha «esencia» mediante la intuición, al saber jurídico le correspondería evidenciar cada uno de sus extremos, e inscribir en su marco «todos los fenómenos individuales» que fuesen concreción empírica suya. De esta manera, el conocimiento de tales fenómenos equivaldría a su evaluación, al contrastarlos con la esencia a la que pertenecían. En el terreno práctico del derecho, desde tales postulados se llegaba a la conclusión de que parte central del ordenamiento podía incluso no encontrarse positivada en normas legales, sin por eso perder un ápice de su fuerza normativa: se trataba de las «normas institucionales», emanadas «directamente de la naturaleza de las cosas, de la esencia de las instituciones y de la conciencia general de la justicia», tanto o más «obligatorias que el Derecho positivo».

Aclaradas las implicaciones propias del lenguaje neo-idealista empleado con preferencia por la iuspublicística, conviene reparar en su conexión con la primera de las premisas analizadas: la precedencia de una comunidad total. En una bien difundida definición de época, la *Gemeinschaft* se entendía como «grupo de seres humanos que se sienten unidos en el ser y en la acción a través de un pensamiento común», como agregación «gobernada por una orientación de sentido vinculante, y no por la lucha de intereses». La comunidad política no constituía en ningún caso «el resultado de una elección ética» adoptada por sus miembros en mutua concurrencia, sino cristalización de los «valores morales y culturales»

52. G. LEIBHOLZ, «Tendencias actuales de la doctrina del Derecho público en Alemania», 560-2, también para las frases siguientes.

previos de los que todos ellos participaban⁵³. Si se trataba de volver a enlazar el derecho a unos determinados presupuestos espirituales, para la ciencia jurídica idealista se tenía claro que «la esencia de la “espiritualidad”» radicaba en «una “totalidad” determinada» de carácter histórico-nacional. Cuando el grado de justicia del ordenamiento se cifraba en su adecuación al relieve social, era en referencia a una «*comunidad concreta*, cuyas relaciones el ordenamiento jurídico pretende regular “justamente”, sobre la base del valor de la “razonabilidad”» en ella vigente, en correspondencia, pues, con «una determinada concepción del mundo y su peculiar y concreto *ethos*»⁵⁴. Las proposiciones idealistas suponían las nociones organicistas de la escuela histórica. En la «recepción» que los juristas realizaron de las proposiciones comunitaristas solían ligar *Geist* y *Gemeinschaft*: frente al carácter externo, «artificial y coactivo» de la sociedad, la comunidad contaría con una entidad y un soporte ante todo ideales, por converger sus miembros —internamente, desde sus propios sentimientos— en el propósito común de realizar determinados ideales que se les aparecían cargados de valor⁵⁵. El ordenamiento jurídico, en cuanto concreción de la idea de justicia, solo podía realizarse si se ponía «al servicio de los fines concretos plenos de valor para la comunidad y “razonables” para sus miembros»⁵⁶. Y solo en la medida en que el ordenamiento tuviese, como su fundamento último, esa «totalidad real» de la comunidad nacional, podría el «*valor jurídico*» entrañado en él operar eficazmente distribuciones de cargas y recompensas, «asignar a cada cual el *puesto justo*» en el seno de la totalidad, siendo «*reconocido* y percibido por los miembros de la comunidad como *necesario y no arbitrario*».

La emergencia y extensión del método de las “ciencias del espíritu” en la iuspublicística alemana sirvió así para acuñar una «teoría de la legitimidad» alternativa a la que había desembocado en la constitución. Implicaba en tal sentido una reanudación de las prestaciones políticas de «la escuela histórica del derecho», que elevaba a «la élite jurídica» a la

53. F. K. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes*, 223.

54. E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, 55.

55. O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 58-9, con citas de A. Köttgen y G. Leibholz.

56. E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, 55, también para cita siguiente.

condición de intérprete auténtica del *Volksgeist* como fuente primigenia del derecho, por encima de las leyes positivas. Sobre estas bases epistemológicas, el jurista podría invocar «principios idealistas objetivos, los cuales, colocados por encima del “oscilante sentido” de la multitud», permitirían dar sustento a criterios de justicia colocados «más allá del derecho positivo». El uso de tales formulaciones en el derecho constitucional de orientación nacional podía desembocar en una deslegitimación del orden establecido en 1919 desde sus propios orígenes revolucionarios, o en su contraste permanente con fundamentos considerados trascendentes con idéntico resultado deslegitimador⁵⁷.

Ya en aquellos tiempos se señaló críticamente que este tipo de retórica nacionalista estaba cristalizando en una suerte de «movimiento religioso», con sus propios «tribunales de inquisición» y una visible «tendencia al misticismo»⁵⁸. Los autores demócratas y republicanos, que aceptaban cierto grado de relativismo en el terreno de los valores ético-culturales, denunciaban estos giros argumentales de la ortodoxia académica como una «racionalización del resentimiento de clase»⁵⁹; vista la jerga vitalista e irracionalista que terminaban por abrazar, se estaría más bien operando una “irracionalización” de dicho resentimiento burgués. El *deutsche Geist* solía invocarse para resaltar que no tenía nada que ver con la «democracia, la república, el socialismo y el marxismo» que supuestamente impregnaban el nuevo sistema⁶⁰. Pero más allá de su contenido de oposición explícita, todo este discurso idealista se hallaba herido por una suerte de inversión calculada: se adoptaba el lenguaje que iba tornándose hegemónico para invertir sus contenidos.

Esta tendencia se reflejaba muy en especial en la doctrina del derecho político: obligado el constitucionalista en cuanto funcionario público a organizar su enseñanza del sistema constitucional con adhesión a sus

57. He tomado expresiones de M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, 93-4, que sirven asimismo para indicar una exclusión: interesan a estas páginas los autores nacional-conservadores que apostaron por la resignificación del orden constitucional, y no —pese a su esporádica aparición— los que prefirieron su deslegitimación en bloque: A. Freytagh-Loringhoven, H. Herrfahrt o A. Graf zu Dohna. Que las “ciencias del espíritu” acuñaron una “teoría de la legitimidad” es indicación de Ernst Rudolf Huber.

58. E. v. ASTER, «Metaphysik der Nationalismus», 42-3, 47-8 y 50.

59. F. K. RINGER, *El caso de los mandarines alemanes*, 201 y 225.

60. Th. MANN, «Von deutscher Republik», 141-2.