



Historia Constitucional

E-ISSN: 1576-4729

historiaconstitucional@gmail.com

Universidad de Oviedo

España

Martín, Sebastián

FUNCIONES DEL JURISTA Y TRANSFORMACIONES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO
ESPAÑOL (1870-1945) (I)

Historia Constitucional, núm. 11, septiembre-, 2010, pp. 89-125

Universidad de Oviedo

Oviedo, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027583005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

FUNCIONES DEL JURISTA Y TRANSFORMACIONES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO ESPAÑOL (1870-1945) (I)*

Sebastián Martín

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: PARADIGMAS JURÍDICOS Y PRAXIS POLÍTICA.- II. MENTALIDAD TERAPÉUTICA Y EL JURISTA COMO MORALISTA.- 2.1. La ciencia jurídica en el cambio de siglo.- 2.2. ¿Choque de paradigmas o acepciones alternativas de una misma mentalidad?- 2.3. El orden natural y sus implicaciones científicas y políticas.- 2.4. El método filosófico-histórico.- 2.5. La figura del jurista entre el legislador y el intelectual.- III. RACIONALIDAD TÉCNICA Y EL JURISTA COMO PROFESIONAL.- 3.1. Diferenciación del derecho político y transformación del jurista.- 3.2. El paradigma jurídico-político republicano frente a su antecesor.- 3.3. Entre la técnica y los valores.- 3.4. El jurista profesional y el legislador estatal.

RESUMEN: La historia constitucional cuenta con un aspecto doctrinal compuesto básicamente de las representaciones que sobre la Constitución, la política, el Estado y la legitimidad del poder realizaba el discurso jurídico. En este artículo se atiende precisamente a la morfología de los sucesivos paradigmas que estuvieron vigentes en la ciencia jurídico-política entre la Restauración, la República y el primer franquismo, entendiendo igualmente que cada uno de tales paradigmas asignaba al experto en derecho constitucional una función política específica que también se tratará de desentrañar.

ABSTRACT: Spanish Constitutional History is also the history of the Spanish legal scholars' conceptions about the Constitution, politics, the State and the legitimacy of power. Consequently, this article will describe these representations and the morphology of the successive legal and political paradigms during the Restoration, the Second Spanish Republic and the early years of Franco's regime, as well as the role assigned to the constitutional law professor within these paradigms.

PALABRAS CLAVE: Derecho político, paradigmas científicos, funciones del jurista, Restauración, II República, primer franquismo.

KEY WORDS: Political Law, scientific paradigms, jurist's political roles, Restoration, Second Spanish Republic, early years of Franco's dictatorship.

I. INTRODUCCIÓN: PARADIGMAS JURÍDICOS Y PRAXIS POLÍTICA

En un texto reciente, Pietro Costa, autor de una ejemplar reconstrucción de la iuspublicística italiana entre los siglos XIX y XX¹, se lamentaba de que a estas

* Proyectos DER2008-03069 y SEJ2007-66448-C02-01.

alturas no se aplicase la noción de paradigma en el estudio de los saberes jurídicos pretéritos². Junto al lamentable declive del estructuralismo, los motivos más pedestres y materiales juegan en esa carencia un importante papel, pues el esfuerzo exigido por esas aproximaciones epistemológicas parece a todas luces incomparable con el requerido por la doxografía, muchas veces reducida incluso a la ilegítima y endeble condición de exégesis, resumen o hasta trascipción de lo enunciado por los autores en el pasado³.

Sin llegar siquiera a rozar la impecable exhaustividad de *Lo Stato immaginario*, se quiere al menos en estas páginas seguir su ejemplo explorando los paradigmas que estuvieron vigentes en el campo de la ciencia jurídica desde el último tercio del siglo XIX hasta la génesis del régimen franquista. Nuestro ámbito de indagación estará acotado principalmente por las disciplinas de la filosofía del derecho y del derecho político, entendiendo que desde otras asignaturas podían igualmente hacerse referencias u observaciones que, a nuestros propósitos, caen por completo dentro de estas áreas de conocimiento. Nuestro objetivo no es la exposición de sistemas teóricos particulares o el análisis de autores y corrientes determinadas. Por el contrario, este escrito pretende ante todo ser un repertorio de conclusiones, cuyo fin, por consiguiente, se ciñe a transmitir las consideraciones conclusivas alcanzadas por el autor tras estudiar la tradición del pensamiento jurídico-político español desde la Restauración al primer franquismo⁴. Mas, si por algo habrá de caracterizarse también este acercamiento, es por no limitarse a la mínima reconstrucción de paradigmas, aspirando igualmente a ponerlos en relación con la actividad política⁵.

Si se escoge este camino es por una serie de convicciones metodológicas previas. Hasta no hace mucho, la reconstrucción de la historia del saber jurídico se hallaba atrapada o bien por los parámetros de la historia política general o bien por las estrechas constricciones del materialismo histórico. En el primer caso, lo producido por los juristas se subordinaba a lo decidido por

¹ Pietro Costa, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986.

² «Un'applicazione sistematica della nozione di 'paradigma' alle discipline giuridiche non sembra però ancora corrente», Costa, *“Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana”*, Lavoro e diritto XXIII (2009/1), pp. 35-87, n. 1.

³ Vid. Sebastián Martín, “Sobre olvidos históricos, semblanzas jurídicas y estrategias políticas”, CIAN 12/2 (2009), pp. 219-244.

⁴ Sobre la viscosa mentalidad jurídica de la Restauración ya traté en “Fe católica y razón liberal en el Derecho político. La anónima relevancia de Juan de Dios Vico y Brabo”, en Adela Mora (ed.), *La enseñanza del Derecho en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 273-374. A la cultura jurídico-constitucional de la Segunda República dediqué buena parte de mi tesis doctoral, que próximamente dará su primer fruto impreso con la edición de las memorias de cátedra de Francisco Ayala y Eduardo Llorens. Y sobre el derecho político franquista versó mi trabajo final del máster europeo de historia y comparación jurídicas organizado desde hace varios años en la Universidad de Messina por el profesor Andrea Romano. Tómense, pues, estas páginas como un destilado conclusivo de los trabajos citados.

⁵ Siguiendo ahora el ejemplo de António M. Hespanha, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio* (1998), Tecnos, Madrid, 2002, quien proponía en este texto examinar «la evolución reciente de los paradigmas del derecho como lucha en torno a la legitimidad de decir el derecho, lucha que sobre todo opone a políticos (representantes populares) y a juristas», p. 194.

políticos y estadistas. En el segundo, se concebía como mero reflejo ideológico de la infraestructura económica. Y tanto en un extremo como en el otro, se le sustraía toda autonomía e independencia, entendiéndolo como una realidad subordinada y dependiente de los *hechos* políticos o económicos⁶.

A esta actitud metodológica se respondió con alternativas de índole lingüística y semántica. Proponían éstas considerar la ciencia jurídica como realidad autónoma y diferenciada de otras esferas de la cultura y de la actividad humana. Una vez independizado el campo de la producción del derecho, las claves más adecuadas para entender su dinámica las proporcionarían la semántica, el análisis de los discursos o el estudio filológico de los textos. Con su empleo podrían por fin localizarse los símbolos, estructuras y referentes que articulaban la producción cultural y el debate científico en el seno de una rama del saber jurídico.

Como suele suceder en el terreno de las polémicas académicas, al extremo materialista o «pan-politizador» se contestó, en términos reactivos de compensación, situando el enfoque historiográfico en el otro extremo, el de la autorreferencialidad del derecho y su conocimiento⁷. Pero, como también suele ser habitual, esta supuesta oposición entre polos presuntamente indisociables tiene más apariencia que realidad, pues nada impide tomar en cuenta las aportaciones válidas de los análisis semánticos así como de los políticos y economicistas. Si los primeros, los llamados *internos*, sirven en efecto para desentrañar los postulados, consensos y representaciones en los que se basan los paradigmas científicos, los segundos, los llamados *externos*, permiten apreciar su permeabilidad con respecto a otras esferas sociales, como la política, la económica o la burocrática⁸.

Intentando, pues, superar la contraposición entre los dos enfoques indicados se logra, en mi opinión, obtener una noción dialéctica del saber jurídico y sus productores. Con ella la ciencia del derecho, y los juristas que la producen, pueden concebirse como miembros de una comunidad científica que comparten categorías discursivas que hacen inteligibles sus debates y polémicas, pero también como sujetos que producen discursos y argumentos normativos con la finalidad de incidir en la realidad sociopolítica, del mismo modo que ésta influye y condiciona la entidad de sus construcciones. Estas premisas resultan además particularmente ciertas en el caso de la filosofía del derecho y del derecho político, encargada la primera —al menos durante el intervalo que nos va a entretenér— de suministrar axiomas de derecho natural y ocupado el segundo en revelar las claves del desenvolvimiento social y los límites estructurales de la decisión política.

⁶ Pietro Costa, “*Histoire, théorie et histoire de théories*”, texto de la ponencia presentada por el autor en el Coloquio de Historia constitucional celebrado en Centro de Filosofía jurídica y política de la Universidad de Cergy-Pontoise en octubre de 2008, cuyo original consulto por gentileza del mismo Costa.

⁷ Cf. Gunter Teubner, *Recht als autopoitisches System*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1989.

⁸ Ésta es, sucintamente, la vía propuesta por Pierre Bourdieu, más dialéctica que sincrética: “*La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*”, en Id., *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000², pp. 165-223, trad. M^a José González Ordovás.

Podría entonces afirmarse que, junto a su faceta más estrictamente lingüística, el pensamiento jurídico contaba con una dimensión política y hasta constitucional en varios sentidos. En primer término, los juristas encargados de producirlo podían desempeñar funciones de muy diverso calado con resonancias políticas concretas. En segundo lugar, las ideas y teorías por ellos elaboradas se relacionaban de variada forma con la praxis política y la norma constitucional, ya sea explicándolas o bien intentando inspirarlas. Y, en tercera instancia, el impacto que sus consideraciones pudieran tener en el plano político acaso nos permita hablar de una función constituyente y constitucional de la cultura jurídica, implicando lo primero su capacidad para constituir material o axiológicamente la sociedad y lo segundo su vocación de amparar teóricamente la lucha por los derechos y su defensa institucional.

Junto a la estructura del pensamiento jurídico-político, todos estos aspectos habrán también de interesarnos. En las líneas que siguen a continuación, examinaremos así la morfología de los paradigmas vigentes en la ciencia jurídica desde la Restauración al primer franquismo, del mismo modo que trataremos de esclarecer las funciones políticas que pudieron desplegar los juristas cuando elaboraban sus doctrinas, así como el alcance constituyente o constitucional de éstas.

II. MENTALIDAD TERAPÉUTICA Y EL JURISTA COMO MORALISTA

El intervalo que cubre el último tercio del siglo xix y la primera década del siglo xx tiene una importancia cultural y política capital. Es el momento de la pérdida de las últimas colonias, de la crisis del Estado liberal, de las urgencias marcadas por la cuestión social, del regeneracionismo, del positivismo. Son además los años en los que se instruyeron los autores, dirigentes y profesionales que saltaron a la palestra política en el período más decisivo de la historia española reciente, justamente el de los años treinta y cuarenta, durante los cuales se decidió trágicamente el futuro rumbo político de España. Es, por último, el período en que se educó aquella generación que intentó llevar a término la europeización de la ciencia española como vía principal de regeneración ética y cultural del país.

2.1. La ciencia jurídica en el cambio de siglo

Si nos detenemos a observar el campo de la ciencia jurídica en este lapso temporal apreciaremos que casi todas las disciplinas se hallaban escindidas en dos corrientes presuntamente enfrentadas. La materia capital, aquella que pretendía insuflar vida y contenidos a todas las demás, esto es, el derecho natural, se encontraba dividida entre un poderoso neoescolasticismo encabezado por Luis Mendizábal Martín⁹ y un imparable krausismo coagulado en torno a Francisco Giner de los Ríos¹⁰ y la Institución Libre de Enseñanza. Si

⁹ Luis Mendizábal Martín, *Elementos de Derecho natural*, Tip. Emilio Casañal, Zaragoza, 1903-1905, 3 vols., 3^a ed. corregida y aumentada. Vid., para un análisis del sistema jurídico del autor, Ana Llano Torres, "Luis Mendizábal Martín (1859-1931): su concepción del Derecho y de la Ciencia del Derecho Natural", Anuario de Filosofía del derecho, 12 (1995), pp. 467-502.

¹⁰ Francisco Giner, Alfredo Calderón, *Resumen de Filosofía del derecho* (1896), en Francisco Giner, *Obras completas*, XIII-XIV, La Lectura, Madrid, 1926. Sobre la obra específicamente

acudimos a estudiar el derecho penal nos tropezaremos asimismo con una nueva divergencia, la que separa el clasicismo católico de Luis Silvela y José M^a Valdés Rubio¹¹ del correccionalismo positivista de Pedro Dorado Montero¹². Aunque algo más complejo, debido a la posición intermedia entre krausistas y autores ortodoxos ocupada por Vicente Santamaría de Paredes¹³, el panorama continúa siendo similar en disciplina tan relevante como la del derecho político, hendida ahora por la polémica entre Adolfo Posada¹⁴ y autores ortodoxos como Fernando Mellado o Salvador Cuesta¹⁵. También en la internacionalística hallaremos la misma oposición, encarnada ahora en un extremo por el krausista Aniceto Sela Sampil¹⁶ y en el otro por el católico Luis Gestoso

jurídica del intelectual krausista, interesa en muy primer término la exposición de Elías Díaz, *La filosofía social del krausismo español*, Fernando Torres, Valencia, 1983², pp. 63-139, y entre los textos recientes cabe destacar José M. Vázquez-Romero, "Sociedad, derecho y ciencia en los escritos de Giner de los Ríos", en Pedro F. Álvarez Lázaro, José M. Vázquez Romero (eds.), *Krause, Giner y la Institución Libre de Enseñanza: nuevos estudios*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005, pp. 107-130; José M. Vázquez Romero, "Dos en uno: el concepto de estado individual krausista y su relevancia biopolítica", en Id. (coord.), *Francisco Giner de los Ríos: actualidad de un pensador krausista*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 27-82; y José Luis Monereo Pérez, "El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social", *Civitas. Revista española de Derecho del trabajo*, 142 (2009), pp. 279-338.

¹¹ José M^a Valdés Rubio, *Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Francisco de Sales, Madrid, 1903, 2 vols., 3^a ed. corregida y aumentada; Luis Silvela, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Ricardo Fé, Madrid, 1903, 2 vols., 2^a ed. aumentada y corregida por el autor y por D. Eugenio Silvela. Escaso interés, a mi entender, encierran las consideraciones que sobre Silvela hace Juan Sainz Guerra, *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, 2004, pp. 66 ss.

¹² Valga como ejemplo Pedro Dorado Montero, *Problemas de Derecho penal*, Revista de Legislación, Madrid, 1895. Sobre la controversia en la doctrina jurídico-penal durante la Restauración he tratado en Sebastián Martín, "Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)", *Quaderni Fiorentini* 36 (2007), pp. 503-609, concretamente pp. 520-542.

¹³ Vicente Santamaría de Paredes, *Curso de Derecho político*, Ricardo Fé, Madrid, 1903⁷. Para una completa y reciente semblanza del autor, vid. Carmen Fernández-Miranda Campoamor, "Vicente Santamaría de Paredes", en M^a del Carmen Bolaños Mejías (coord.), *Juristas y políticos madrileños del siglo xx*, Colex, Madrid, 2009, pp. 143-200.

¹⁴ Adolfo G. Posada, *Tratado de Derecho político*, Lib. Victoriano Suárez, Madrid, 1893-1894, 2 vols. Vid., sobre las concepciones jurídico-políticas de Posada, en primer lugar, el pionero análisis de José F. Lorca Navarrete, "El derecho en Adolfo Posada: 1860-1944", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 11/2 (1971), pp. 111-192, y el clásico de Francisco J. Laporta, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Edicusa, Madrid, 1974, y con mayor actualidad, Joaquín Varela Suanzes-Carpeagna, "El Derecho político en Adolfo Posada", en Raúl Morodo, Pedro de Vega (eds.), *Estudios de teoría del Estado y Derecho constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense de Madrid, I, 2001, pp. 555-580, y Mónica Soria Moya, *Adolfo Posada: teoría y práctica política en la España del siglo xix*, Universitat de València, 2004.

¹⁵ Fernando Mellado, *Tratado elemental de Derecho político*, Tip. Manuel G. Hernández, Madrid, 1891; Salvador Cuesta, *Elementos de Derecho político*, Imp. F. Núñez, Salamanca, 1895³. El asunto de la ortodoxia jurídico-política de la Restauración lo he abordado en "Fe católica y razón liberal en el Derecho político", op. cit., y cuenta con los fragmentos a él dedicado en el temprano estudio de Alfredo Gallego Anabitarte, "Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español", *Revista de Administración Pública*, num. 100-102 (1983), pp. 705-804, especialmente pp. 769 ss.

¹⁶ Aniceto Sela Sampil, *Derecho internacional*, Sucesores de Manuel Soler, Barcelona, s. f.

Acosta¹⁷, entre los cuales vuelve a alzarse una posición ecléctica, inclinada hacia el positivismo krausista, pero signada por su acusado estatalismo, que la personifica Manuel Torres Campos¹⁸.

Igual acontece en las ramas jurídico-privadas. En la misma historia del derecho de entonces, recién desgajada del derecho civil¹⁹, se aprecia el contraste existente entre la obra de Eduardo de Hinojosa o Matías Barrio Mier²⁰, por un lado, y la de Rafael de Altamira²¹, por otro. Sin despreciar considerables coincidencias, en el derecho mercantil pueden confrontarse los esquemas tradicionales de autores tal que Francisco Blanco Constans o Faustino Álvarez del Manzano²² y las aportaciones más actualizadas y liberales de Lorenzo Benito Endara²³. Y la civilística, por su lado, arrojaría un saldo parecido si confrontamos las premisas metodológicas asumidas, de un lado, por Felipe Sánchez Román²⁴, y de otro, por autores como Modesto Falcón Ozcoidi o Gregorio Burón García²⁵.

¹⁷ Luis Gestoso y Acosta, *Curso elemental de Derecho internacional público é Historia de los tratados*, Imp. Federico Doménech, Valencia, 1897.

¹⁸ Manuel Torres Campos, *Elementos de Derecho internacional público*, Fortanet, Madrid, 2^a ed., 1904. corregida y aumentada. Aunque el verdadero heterodoxo del derecho internacional de la Restauración, que se enfrentaba a los axiomas compartidos por krausistas, católicos y liberales negando con realismo pesimista la juridicidad misma del orden jurídico internacional, era Rafael Conde Luque, *Derecho internacional público*, J. Corrales, Madrid, 1893.

¹⁹ A partir concretamente de 1883 fue incluida como asignatura independiente en los planes de estudio de la licenciatura de derecho. Vid. Manuel Martínez Neira, “Los orígenes de la historia del derecho en la Universidad española”, CIAN 3 (2000), pp. 71-160, pp. 76-78.

²⁰ Eduardo de Hinojosa y Návulos, *Historia general del Derecho español*, Tip. de los Huérfanos, Madrid, 1887; Matías Barrio Mier, *Historia general del Derecho español. Extracto taquigráfico de las explicaciones de ...*, Lib. Victoriano Suárez, Madrid, s. f., 2^a ed. corregida y aumentada. Acerca de la «escuela» de Hinojosa, vid. Francisco Tomás y Valiente, “Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español (1960-1985)”, en VVAA., *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, I, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 12-16, y sobre la historia jurídica del cambio de siglo, cf. Manuel Martínez Neira, “Hacia la madurez de una disciplina. Las oposiciones a cátedra de Historia del derecho español entre 1898 y 1936”, en CIAN, 5 (2002), pp. 331-458.

²¹ Rafael Altamira y Crevea, *Historia del Derecho español. Cuestiones preliminares*, Lib. Victoriano Suárez, Madrid, 1903. Cf. como bibliografía Jesús Vallejo, “La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira”, en Gustavo E. Pinard, Antonio Merchán (eds.), *Libro homenaje In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Universidad de Huelva, 1998, pp. 765-782.

²² Faustino Álvarez del Manzano, *Curso de Derecho mercantil: filosófico, histórico y vigente (español y comparado)*, Viuda é Hijos de M. Tello, Madrid, 1903, 2^a ed. corregida y aumentada; Francisco Blanco Constans, *Estudios elementales de Derecho mercantil según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América*, Tip. F. Gómez de la Cruz, Granada, 1897, 2 vols.

²³ Lorenzo Benito y Endara, *Manual de Derecho mercantil*, Doménech, Valencia, 1904, 3 vols. Sobre el autor y su aportación doctrinal puede consultarse Sergio Villamarín Gómez, “La enseñanza del mercantil a principios del siglo xx. El manual de Lorenzo Benito y Endara”, en Adela Mora (ed.), *La enseñanza del derecho* cit., pp. 543-563.

²⁴ Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1889-1910, 10 vols., 2^a ed. reformada, corregida y aumentada.

²⁵ Modesto Falcón Ozcoidi, *Derecho civil español, común y foral*, Tip. La Publicidad, Barcelona, 1901-1902, 4 vols., 6^a ed. enriquecida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo; Gregorio Burón García, *Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, Lib. Andrés Martín, Valladolid, 1898-1900, 3 vols. Sobre la civilística

De esta somera presentación se deduce que el campo de la ciencia jurídica, al menos en primera instancia, se hallaba dividido por entonces en una corriente neocatólica mayoritaria y una escuela krausista minoritaria, pero de creciente difusión. Entre ellas se situaban en ocasiones autores concretos, que recogían las novedades sociológicas y positivistas importadas por los autores krausistas pero conservando el valor de la soberanía estatal y la supremacía de las leyes profundamente cuestionado por los pensadores institucionistas.

También cabría incluir en este espectro de tendencias doctrinales la representada por algunos juristas catalanes: en derecho penal, Juan Coll y Pujol; en derecho civil, José María Planas y Casals; en historia del derecho, Juan Permanyer y Ayats; en derecho internacional, Juan de Dios Trías Giró; y en derecho privado y filosofía jurídica, el maestro general, Manuel Durán i Bas²⁶. El problema de dicha inclusión consiste en saber si las aportaciones de tales autores gozan de la suficiente entidad y autonomía como para calificarlas de dirección jurídica independiente, o bien suponen una variante política de postulados científicos y jurídicos más generales. Hablar de una *escuela jurídica catalana*²⁷ como la versión hispana del historicismo alemán supondría ante todo desconocer que el historicismo, una vez adaptado y reinventado para su conveniente uso español y sin mucha preocupación por guardar fidelidad a Savigny, era patrimonio común de la mentalidad jurídica decimonónica²⁸, de forma si cabe más acentuada en el último tramo del siglo. Su especificidad, a mi juicio, estribaría más bien en su valencia política foralista, nacionalista o autonomista, la cual permitía congeniar la aplicación de categorías jurídicas caras a la ciencia jurídica ortodoxa con el empleo de algunos giros propios del krausismo: así, ninguna incompatibilidad existía entre la reivindicación de la costumbre frente a la ley estatal y la celebración de las virtudes codificadoras, si la primera servía para sustentar las reclamaciones autonomistas y la

hispana entre los siglos XIX y XX comenzó a desbrozar caminos y a dar unas primeras y valiosas claves interpretativas Carlos Petit, “*El código inexistente (II): por una arqueología de la civilística española*”, en *Anuario de Derecho civil*, 49/4 (1996), pp. 1415-1450.

²⁶ Manuel Durán i Bas, *Escritos*, Lib. Juan Oliveres, Barcelona, 1888-1895, 2 vols.; Juan Coll y Pujol, *Apuntes de Derecho penal (curso 1892-1893)*, Barcelona, 1893, ejemplar manuscrito depositado en la Biblioteca de la Universidad de Huelva; José M^a Planas y Casals, *Apuntes de Derecho civil (curso 1903-1904) tomados taquigráficamente de las explicaciones del Dr. D [...] por D. Rafael Pou de Foxá*, Librería de Penella y Bosch, Barcelona, 1903; Juan Permanyer y Ayats, *Apuntes de Historia general del Derecho español*, Barcelona, s. a., cuyo ejemplar consulto en la biblioteca del departamento correspondiente de la Universidad Complutense; Juan de Dios Trías Giró, *Apuntes de Derecho internacional público: curso de 1902 a 1903*, Lib. de Penella y Bosch, Barcelona, cuyo único ejemplar, por lo que alcanzo a conocer, se encuentra en la Biblioteca de la Universidad de Huelva. No ha de extrañar que estos ejemplares raros e incluso únicos se encuentren en la biblioteca universitaria onubense, pues su recuperación y adquisición forma parte de las actividades y objetivos del proyecto de investigación dirigido por Carlos Petit bajo el título *De la enseñanza a la ciencia del derecho*, cuya presentación puede examinarse en Sebastián Martín, “*De la enseñanza a la ciencia del derecho. Biografía colectiva de juristas españoles (1857-1943)*”, CIAN 12/1, pp. 33-51.

²⁷ Montserrat Figueras i Pàmies, *La Escuela jurídica catalana frente a la codificación española. Durán i Bas, su pensamiento jurídico-filosófico*, Bosch, Barcelona, 1987.

²⁸ Bartolomé Clavero, “*‘La gran dificultad’. Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX*”, *Ius Commune XII* (1984), pp. 91-115, en especial pp. 96-97 y 100: «La escuela histórica, vacía aquí de contenido, tiende a convertirse en un mito», en alusión a construcciones de Durán i Bas.

segunda para entonar la elaboración del *Apéndice de derecho catalán al código de 1889*²⁹.

Con tales precedentes, y comprobada su vigencia durante al menos cuatro décadas, puede afirmarse entonces que bastantes promociones de juristas se instruyeron en una cultura jurídica compuesta por la poderosa y desmedrada corriente oficial, el no menos influyente krausismo y la variante política del catalanismo, prácticamente desprovista, como hemos apreciado, de especificidad científica propia. El debate entre tan dispares sensibilidades trascendía además el ámbito jurídico y universitario, llegando a caracterizar la atmósfera cultural, intelectual y religiosa española de todo el período³⁰. Esta amplia resonancia tiene a mi juicio que ver, por un lado, con el carácter relativamente indiferenciado de la cultura jurídico-política del momento, y por otro, con el rango semi-hegemónico de que había gozado hasta el momento en su producción la doctrina católica, factor que está precisamente en la base de aquella indiferenciación primeramente indicada. Al fin y al cabo, casi todos los que ejercían de catedráticos se habían licenciado en «derecho civil y canónico» y no eran pocos ni débiles los medios de control de la moral personal y las creencias religiosas. De hecho, la promoción profesional resultaba impensable desde los inicios de la Universidad liberal sin la previa presentación de credenciales que documentasen la probidad de los aspirantes a catedráticos.

Una academia así constituida, por consiguiente, no podía sino reflejar en el ámbito académico el predominio cultural del catolicismo. Por este motivo, el impacto que produjo la irrupción de corrientes materialistas, positivistas o empiristas, casi siempre procedentes en primera instancia de las ciencias físicas, médicas y naturales, afectaba tanto a la cultura jurídica en particular como a la cultura en el sentido más general del término. La relativa indiferenciación semántica entre las diversas manifestaciones de la cultura hacía perfectamente coherente la referencia a juristas afamados en un sermón, así como el uso de autoridades religiosas o políticas en una obra jurídica. Los supuestos males que, según el catolicismo, albergaban las teorías positivas eran perceptibles en un tratado de biología, en una novela o en un manual de

²⁹ Manuel Durán i Bas, *La codificación y sus problemas. Conferencias dadas en la Universidad de Barcelona en el curso 1888-89*, Imp. F. Giró, Barcelona, 1889; Juan de Dios Trías Giró, *Conferencias de Derecho civil catalán*, Tip. La Hormiga de Oro, Barcelona, 1899; Juan de Dios Trías Giró y Francisco Romaní y Puigdengolas, *Anteproyecto de apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Imp. Hijos de Jaime Jepús, Barcelona, 1903. Con todo debe subrayarse la mayor afinidad del historicismo catalán con la mentalidad jurídica ortodoxa de la Restauración. Al krausismo, por el contrario, se le percibía como una importación de doctrinas positivistas y amorales alemanas: vid. Trías Giró, *Conferencias*, *op. cit.*, p. 53. Sobre la entidad de esta corriente siguen de hecho teniendo vigencia las observaciones de Juan José Gil Cremades, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Madrid, 1969, p. 303.

³⁰ Valga como ejemplo la «oración sagrada» que en «adoración á Jesús Sacramentado» se celebró el Domingo de Ramos de 1901 en Gerona, donde se pronuncian los nombres de reputados heresiarcas extranjeros —Lombroso y Ferri, Salvioli y D'Aguanno, Spencer y Gumplowitz— para concluir que «al sujetar el Positivismo al hombre y á la sociedad única y exclusivamente á las leyes de la Física y de la Biología, ha puesto de relieve, que cuando el Derecho vive independientemente de Dios y separado de la Moral católica, sufre una reversión atávica, dá un salto atrás para retrotraerse á los tiempos anteriores á la influencia cristiana y presentarse con sus antiguas bajezas, abusos y miserias», en Reverendo Agustín Vilá, *El positivismo jurídico ante la filosofía cristiana del Derecho*, Hospicio Provincial, Gerona, p. 7.

filosofía del derecho. Por su parte, la crítica positivista hallaba las mismas estrecheces dogmáticas en la acepción católica de la moral, el arte, la pedagogía o el derecho. En definitiva, el enfrentamiento librado en las páginas jurídicas conformaba un episodio específico dentro de una colisión de carácter más general, de ahí la relativa facilidad con que las doctrinas jurídicas podían propagarse y transferirse al terreno de las representaciones morales, políticas y religiosas.

2.2. ¿Choque de paradigmas o acepciones alternativas de una misma mentalidad?

La cuestión, de cualquier modo, y desde la perspectiva de la historia de la ciencia, es la siguiente: dado el enconamiento que podía llegar a presentar la controversia doctrinal, ¿podríamos afirmar, en términos de Thomas S. Kuhn³¹, que nos hallamos ante un período de crisis, ante un intervalo caracterizado por el derrumbe del paradigma tradicional y la irrupción de nuevos modos de concebir y producir la ciencia jurídica? A mi juicio, la respuesta a este interrogante exige una aclaración preliminar para poder con posterioridad inclinarnos por la negativa.

Para poder caracterizar este momento como de crisis tendríamos que apreciar la competencia entre dos o más concepciones del derecho incomensurables entre sí. Los referentes empleados por cada una de ellas tendrían que ser indisolubles. No podría existir comunicación ni intercambio posible entre los paradigmas en competencia y debería ser más que evidente la incapacidad del paradigma tradicional para dar respuesta satisfactoria a los nuevos problemas planteados por la investigación y la evolución social. Poco de esto ocurre, como veremos a continuación. No obstante, sí puede sostenerse que asistimos a una lucha por apropiarse de los criterios válidos para la enunciación de la verdad. Una polémica que opone, de un lado, una *episteme* religiosa y tradicional, y de otro, una mentalidad empirista, positivista y, en última instancia, médica. Presenciamos, en efecto, la progresiva «disolución de lo religioso»³² y su paulatina sustitución por el discurso científico propio de las disciplinas naturales, principalmente de la biología y la medicina. Según se ha sugerido, este tránsito, cifrado en la propuesta de remediar los males del alma con la cura de los males del cuerpo, contaba además con un rango extrapolable a la cultura en términos generales. Para comprobarlo, léase, por ejemplo, este fragmento de *La Regenta* de Leopoldo Alas «Clarín»³³:

Víctor Quintanar: ¿De modo... que el cambio de Anita se debe á... otra influencia?... su pasión por el campo, por la alegría, por las distracciones se debe á nuevo influjo?; Doctor Benítez: Sí señor; es un aforismo médico: *ubi irritatio ibi fluxus*; Quintanar: ¡Perfectamente! ¡*Ubi irritatio... justo, ibi fluxus!*! ¡Convencido! Pero aquí el nuevo

³¹ Vid. su ya clásico Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas* (1969), México, FCE, 1976, trad. Agustín Contín.

³² Pierre Bourdieu, «*La disolución de lo religioso*» (1985), en Id., *Cosas dichas*, Gedisa, Barcelona, 1993, pp. 102-107.

³³ Leopoldo Alas, *La Regenta*, II, Daniel Corteza y Cª, Barcelona, 1885, pp. 439-440.

influyo... ¿dónde está? Veo el otro, el clero, el jesuitismo, pero... ¿y éste? ¿quién representa esta nueva influencia... esta nueva *irritatio* que pudiéramos decir?...; Benítez: Pues es bien claro. Nosotros. El nuevo régimen, la Higiene, el Vivero... Vd... yo... los alimentos sanos... la leche... el aire... el heno... el tufillo del establo... la brisa de la mañana... etc., etc.

El debate entre las doctrinas jurídicas finiseculares suponía entonces un enfrentamiento en el que estaba en liza la misma científicidad del saber jurídico. Su carácter científico y verdadero podía basarse en el dogma religioso o bien en la experiencia empírica y la observación de la realidad. No era poco lo que se encontraba en discusión. Sin embargo, pese al aparente tono de confrontación exhibido por el debate en sus manifestaciones más externas, también se caracterizaba éste por una profunda y más oculta confluencia que permite considerar el pensamiento jurídico enunciado durante este período como un fenómeno histórico sustancialmente homogéneo. Es decir, y por continuar con las claves metodológicas empleadas hasta ahora, lo que acontecía en la controversia doctrinal no era la confrontación entre dos paradigmas incomunicables entre sí, sino más bien la bifurcación de un solo paradigma, la escisión de un mismo modo homogéneo e indiferenciado de comprender y producir la ciencia del derecho.

Más allá (o quizá a causa) del común acuerdo entre todas las tendencias académicas sobre la intangibilidad de la estructura social burguesa y, en consecuencia, sobre la impracticabilidad del rampante socialismo, se desplegaba un área de convergencia que uniformaba el discurso jurídico. Serán los axiomas y representaciones que componen esta zona de estructural coincidencia el objeto que nos va a interesar en las próximas líneas, en el entendido de que constituyan una estructura enunciativa y cognitiva que determinaba y unificaba todo el discurso jurídico, al menos en lo que concierne a sus postulados teóricos y metodológicos.

2.3. El orden natural y sus implicaciones científicas y políticas

El referente principal de toda la ciencia jurídica del momento era el residuo teológico de la creencia en un *orden social unitario, armónico, objetivo y continuo*. El tejido conjuntivo de este organismo social, representado en oposición a la jacobina y voluntarista yuxtaposición de individuos aislados, lo conformaba la necesaria *cooperación* entre los hombres, su *sociabilidad natural*, la *solidaridad* como condición objetiva de la convivencia y, en consecuencia, como fundamento de las reglas jurídicas³⁴. Y, como se ha

³⁴ Merece la pena consultar en este punto las exitosas representaciones plasmadas en el manual de Heinrich Ahrens, *Curso de Derecho natural ó de Filosofía del derecho completado en las principales materias, con ojeadas históricas y políticas* (1868⁶), Lib. Carlos Bailly-Baillière, Madrid, 1889⁴, trad. Pedro García Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi, concretamente en el «§ XVIII. Deducción del derecho como principio de orden y de organización de la vida humana», pp. 112-116. Ilustrativas referencias también se encuentran en el tratado inspirador de la otra corriente, la católica: «Aunque son varios los fines particulares de las criaturas, la creación entera no tiene más que un fin único; y esta es la razón de que el *universo* ofrezca á nuestra contemplación un orden tan perfecto, pues la inmensa variedad de cosas criadas está dispuesta con arreglo á un principio de unidad al que todo está

indicado, su recreación teórica podía realizarse partiendo de dos ideologías alternativas, la católico-liberal y la krauso-positivista.

El primero de los paradigmas, ciertamente el más extendido, representativo de la ortodoxia jurídica, apologético del régimen establecido y frecuentemente sostenido por sus mismos protagonistas políticos³⁵, conciliaba en su seno la concurrencia económica como factor de progreso y la religión católica como garantía de cohesión social e identificación nacional. Combinaba y cohonestaba, así, dos tendencias intelectuales solo en apariencia contrapuestas, proporcionando una representación uniforme del orden jurídico, justamente una representación *católico-liberal*³⁶.

Por su parte, la corriente krausista³⁷, escuela heteróclita en imparable ascenso y concentrada en torno a la figura de Giner y la Institución Libre de

subordinado», en R. P. Luis Taparelli, *Ensayo teórico de Derecho natural apoyado en los hechos*, I, Madrid, Imp. de Tejado, 1866, trad. Juan Manuel Ortí y Lara, p. 21.

³⁵ Pienso, por ejemplo, en políticos y exgobernantes que, durante el cambio de siglo, ejercían de catedráticos y ostentaban cargos académicos en la Universidad Central, como el historiador del derecho y decano de la facultad Matías Barrio Mier, o el profesor de derecho internacional y por entonces rector Rafael Conde Luque o, finalmente, el filósofo del derecho y antiguo ministro Francisco Javier González de Castejón, Marqués de Vadillo. En este sentido, resulta significativa la semblanza de Emilio Miñana sobre «Barrio y Mier», «defensor de los principios políticos tradicionales españoles», y aquélla otra de José Toral dedicada al «Marqués de Vadillo», «ministro» y «maestro», disponibles ambas en VVAA, *Semblanzas jurídicas*, Imp. J. Lacoste, Madrid, 1906. Los datos sobre los cargos académicos pueden verse en el *Escalafón de antigüedad de los catedráticos numerarios de las Universidades del Reino en 1 de enero de 1908*, Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1908.

³⁶ Entiendo, en concreto, por *orden jurídico católico-liberal* la representación ortodoxa de la sociedad política durante la Restauración, pero también el concreto proyecto político que ésta entrañaba: refundir, por una parte y como garantía de progreso, la concurrencia económica individualista y la supremacía de la propiedad privada típicas del liberalismo y, por otra y como garantía de la cohesión social, el decálogo católico, inseparable para el conservadurismo de la unidad histórico-natural de la nación española. Considero, pues, la combinación de ambas doctrinas —liberalismo y nacionalcatolicismo— el fenómeno cultural e ideológico más característico de aquel tiempo. Creo también que el éxito de esta fórmula híbrida trasciende geográfica y cronológicamente ese período de la historia española. Por otra parte, obras como las de Louis Dumont sobre el individualismo evidencian la estrecha relación entre el *holismo* tradicionalmente religioso y la *ideología económica*, en el sentido que le atribuye al término el mismo Dumont, *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica* (1977), Madrid, Taurus, 1982, trad. Juan Aranzadi, pp. 33-34. Empleando la acepción marxista de *ideología*, y frente a quienes, al exigir coherencia sistemática a los postulados teóricos, se hallan perplejos ante la aparentemente imposible conciliación entre el ideario liberal moderno y la doctrina católica y nacionalista tradicional, podría aducirse que no otra cosa es sino *ideología* la construcción teórica que, ensamblando extremos incongruentes, trata de ofrecer cobertura argumental a los agentes económicos con mayor poder social y a la institución eclesiástica predominante. Probablemente, esta unión de conveniencia entre el «elemento económico» y el «religioso» con el fin compartido de «regir» el orden político sea, sobre todo, un rasgo intensificado en el último cuarto del siglo XIX, según se infiere de las valoraciones críticas de Francisco Giner, «La política antigua y la política nueva» (1868), en *Estudios jurídicos y políticos* (1875), contenidos en sus *Obras completas*, V, Espasa-Calpe, Madrid, 1921, pp. 117-147.

³⁷ Un análisis completo del sistema filosófico-jurídico del idealista alemán se encuentra en la tesis de Francisco Querol Fernández, *La Filosofía del derecho de K. Ch. F. Krause*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, y un examen no menos exhaustivo de su recepción en la academia hispana nos lo ofrece Gonzalo Capellán de Miguel, *La España armónica. El proyecto del krausismo español para una sociedad en conflicto*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, interesando a los efectos de las reflexiones siguientes el «Capítulo V. Vigencia del krausismo durante la Restauración, 1875-1923», entendiéndolo justamente como canal

Enseñanza, se esforzaba tanto en la pedagógica renovación de la enciclopedia científica, fuente imprescindible del mejoramiento moral de la sociedad, como en atender de un modo realista a las verdaderas necesidades sociales, frecuentemente desoídas por una clase gobernante legalista y doctrinaria.

Ahora bien, ni los epígonos de Santo Tomás, ni los discípulos de Krause, ni los seguidores de Spencer renunciaban a partir en sus construcciones de un orden social gobernado por leyes universales y abocado a la *armonía* entre sus diferentes elementos³⁸. Las discrepancias comenzaban con la diversa estimación que a cada una de las citadas escuelas merecía el grado de correspondencia entre ese orden primigenio y fundamental y el sistema político oficialmente en vigor. Por un lado, la acepción católico-liberal desplegaba una representación *positiva* del orden natural, considerándolo convenientemente materializado por las instituciones vigentes. En el polo opuesto, la sensibilidad krausista desarrollaba en *negativo* su idea del organismo social, entendiendo que se encontraba oprimido por el poder oficial y pendiente aún de canalizar institucionalmente. De este modo, podemos contemplar la confrontación, actualizada sobre la base de categorías simbólicas compartidas, entre un *iusnaturalismo legalista*, valedor del régimen vigente, y un *positivismo antilegalista*, concentrado en deslegitimar. Los textos jurídicos solían así oscilar entre la idealización del orden establecido y la nostalgia del orden ideal, pues, en efecto, la matriz de todos los desacuerdos radicaba en que la representación católico-liberal consideraba razonablemente cumplidos los designios del orden natural en la estructura política oficial, mientras que la sensibilidad krausista contraponía críticamente ambos extremos.

A pesar de tan significativa desavenencia —que marca la distancia que media entre la servidumbre y la rebeldía, entre la sumisión y la independencia del pensamiento³⁹— el referente común del orden natural y armónico continuaba determinando los rasgos esenciales de todo el pensamiento jurídico del cambio de siglo. Ciertamente *antidemocrática* y *antivoluntarista*⁴⁰, al considerarse la materialización del orden un asunto trascendente, providencial

(crítico) de entrada del positivismo en el debate académico hispano, y examinando específicamente su impacto en la «ciencia jurídica» decimonónica (pp. 251-258).

³⁸ Ni siquiera el único de los juristas que se atrevía a denunciar el carácter contingente, subjetivo, artificial e ideológico del orden jurídico natural se resistía a la invocación final de un orden «racional, derivado de las propias exigencias y necesidades naturales, requerido, en cada caso concreto, por la disposición natural de las cosas y por el orden inmanente que esta disposición traduce», en Pedro Dorado Montero, *El derecho y sus sacerdotes*, Imp. Revista de Legislación, Madrid, pp. 29 y 48.

³⁹ Recordaba Bartolomé Clavero esto mismo a la filosofía jurídica progresista realizada en la España de los años setenta y ochenta del siglo xx en las últimas y emotivas páginas de su «*Método entre infieles o el Código en España*», *Quaderni Fiorentini* 20 (1991), pp. 271-317.

⁴⁰ «El derecho de mandar no procede del pueblo, sino de Dios», Mellado, *Tratado elemental*, op. cit., p. 331. Del lado del krausismo, como se dirá a continuación, las críticas a la democracia se dirigían a su acepción rousseauiana, individualista y mayoritaria, mas no a su entendimiento historicista. Cf. las páginas que Giner dedica a la «superstición electoral» en *La persona social. Estudios y fragmentos*, I (1899), en Id., *Obras Completas*, VII, La Lectura, Madrid, 1923, pp. 269-272.

o histórico⁴¹, esta cultura jurídica *holista* cifraba la cuestión del derecho en el cumplimiento del *deber*, en la adecuación de la conducta exterior a un orden prefijado, inmanente o trascendente, de fines y objetivos. La representación de la sociedad política sobre la clave de los deberes, mas no de los derechos, era también común a krausistas y católicos. Para estos últimos el pie lo daba la doctrina teológica, que explicaba la convivencia social en función de los fines naturales asignados por la creación y de los deberes que, por mandato divino, ligan al hombre respecto de dios y sus semejantes⁴². Para los primeros, lo decisivo era, o bien el *fin* al que inexcusablemente debían dirigirse las acciones de los hombres en virtud de su naturaleza⁴³, o bien, en las construcciones más organicistas, las *funciones* que habían de desempeñar los individuos para cumplir el *telos* trascendente y superior de la comunidad⁴⁴.

Tanto en un caso como en otro resulta entonces perceptible la persistencia de categorías premodernas enunciadas en el tiempo de la presunta modernidad⁴⁵. La representación de la sociedad sobre la base del orden natural suponía concebirla de un modo jerárquico y funcionalista, concediendo a cada sujeto un *status* diferenciado dependiendo de las funciones que hubiese de desempeñar ya fuese para cumplir el plan divino o para satisfacer el fin de la comunidad⁴⁶. Si estas convicciones no contribuían demasiado al arraigo de una cultura igualitaria de las libertades individuales, tampoco propiciaba la génesis de una cultura constitucional el hueco que este axioma fundamental del orden natural dejaba a la norma suprema.

En efecto, la declinación católica y la acepción krausista del orden jurídico natural convergían también en la concesión de un papel de rango secundario a la Constitución jurídico-positiva, sobre la cual se situaba la Constitución material o «*interna*»⁴⁷. El mismo carácter axiomático del orden natural obligaba

⁴¹ Por eso no deja de ser forzado trazar una línea de continuidad entre las doctrinas krausistas y el constitucionalismo democrático, según hace Elías Díaz en *De la Institución a la Constitución: política y cultura en la España del siglo XX*, Trotta, Madrid, 2009.

⁴² Luis Taparelli, *Ensayo teórico de Derecho natural*, op. cit., Caps. IX y X; Luis Mendizábal Martín, *Elementos de Derecho natural* cit., Cap. XIII, con reveladora definición: «deber es la necesidad moral que el hombre tiene de poner por obra los medios indispensables para guardar el orden», p. 183.

⁴³ Para Giner y Calderón, la primera *ley* de la «vida jurídica» era que el individuo solo puede actuar de conformidad con su propia naturaleza, de lo cual se derivaba «todo un sistema de exigencias», que componía la matriz del derecho. Vid. *Resumen*, op. cit., vol. 1, pp. 232-233.

⁴⁴ Posada, *Tratado*, op. cit., vol 1: *Teoría del Estado*, pp. 71-76. La cuestión, en el caso del krausismo, no es que los «derechos de la personalidad», según los denominaba Posada, fuesen irrelevantes, sino que su concepción se inscribía en una noción holista y escatológica de la sociedad. De este modo, las libertades equivalían al derecho de los individuos a actuar con arreglo a los fines racionales y necesarios que daban sentido a su existencia en el seno de una colectividad entendida en términos historicistas y orgánicos.

⁴⁵ Ya apuntaba esta paradoja Arno J. Mayer, *La persistencia del Antiguo Régimen. Europa hasta la Gran Guerra* (1981), Alianza, Madrid, 1984, pp. 251 ss.

⁴⁶ Para Giner, dicho fin comunitario «da la ley a los individuos y los convierte en órganos e instrumentos del todo», en *La persona social*, op. cit., p. 58.

⁴⁷ Para las indicaciones que a continuación siguen, vid., por orden de aparición, Bartolomé Clavero, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid, 1986², p. 110; Joaquín Varela Suanzes, «¿Qué ocurrió con la ciencia del Derecho constitucional en la España del siglo XIX?», Anuario Constitucional y Parlamentario 9 (1997), pp. 71-128 y recogido hoy en Id., *Política y Constitución en España (1808-1978)*, CEPC, Madrid, 2007, pp. 121-180,

en cierto modo a otorgar prioridad a una noción constitucional de este carácter en vez de a un concepto «racional-normativo». Lo que volvía a cambiar era el estatuto que cada una de las corrientes enfrentadas asignaba a su particular Constitución interna o material. Para los ortodoxos y liberales venía a coincidir con su particular representación de la evolución histórica nacional⁴⁸, de la cual la Constitución «externa» vigente de 1876 suponía la cristalización o el corolario jurídico final, pero inescindible justamente de la figurada genealogía de la nación y de sus instituciones seculares. Solo en este sentido, en el sentido de apéndice final a la filosofía de la sociedad y a la historia de la nación, era la Constitución positiva susceptible de análisis exegético⁴⁹. Para los krausistas, por el contrario, la norma fundamental suponía más bien un documento doctrinario y formalista ajeno a la fisonomía real de la comunidad hispana, una fisonomía más fielmente manifestada por el derecho consuetudinario y por prácticas jurídicas populares y privadas. No quería esto decir que fuese irrelevante su estudio, pero si éste se realizaba habría de ser en el contexto del constitucionalismo europeo y occidental en general, pues propósito de la ciencia jurídica para el krausismo era elaborar un saber de proyección universal mas no un conjunto de escolios a leyes estatales⁵⁰.

En cualquier caso, la estimación resultante del derecho constitucional y la política dependía del grado de consecución y aseguramiento del orden natural, fuese éste adornado con categorías teológicas o concebido en términos sociológicos. La consecuencia más tangible de esta circunstancia estriba en la disociación del saber jurídico desde su misma base: o se dedicaba a describir el orden natural o a denunciar su incumplimiento. Su complejión íntima permanecía entonces escindida entre la teoría del orden ideal y la práctica de su vulneración, sus frutos se encontraban desgajados entre la *ideológica* evocación de un orden armónico⁵¹ y la crítica apelación a los hechos que lo desmentían y quebrantaban sistemáticamente⁵². De este modo la doctrina

especialmente «6.III. El Derecho político en España: una asignatura enciclopédica sin apenas contenido jurídico»; Sebastián Martín, “Actualidad del derecho político. Antologías, reediciones e iniciativas de recuperación de una disciplina jurídica histórica”, CIAN 11/2 (2008), pp. 213-286, concretamente pp. 235-240.

⁴⁸ Para Cuesta, *Elementos de Derecho político*, *op. cit.*, pp. 227 ss., la Constitución interna se componía de factores morales como la religión y la tradición y de elementos físicos como las razas, el clima y el territorio, esto es, se componía de los mismos factores que conformaban el presunto ser nacional.

⁴⁹ Vid. Santamaría de Paredes, *Curso de Derecho político*, *op. cit.*, su capítulo final dedicado a la «Constitución política vigente», pp. 617 ss.

⁵⁰ Vid. Posada, *Tratado de Derecho político*, *op. cit.*, vol. 2: *Derecho constitucional comparado de los principales Estados de Europa y América*, siendo justamente esta segunda parte del derecho político —genuina y perdurable aportación de Posada a la asignatura— la ocasión para fundamentar doctrinalmente las garantías jurídicas del individuo frente al poder público, pp. 12-13. Destacan esta decisiva aportación de Posada a la tradición del derecho público español, Gallego Anabitarte, “Las asignaturas”, *op. cit.*, pp. 779-780, y Varela Suanzes-Carpega, “¿Qué ocurrió con la ciencia del Derecho constitucional?”, *op. cit.*, p. 166.

⁵¹ «Hablar entonces y en ese contexto —argüía Elías Díaz respecto del pensamiento de Giner— de armonía de intereses puede implicar, junto a una probable dosis de buenos deseos subjetivos, una objetividad que viene a ocultar ideológicamente una realidad social en modo alguno armónica», *La filosofía social del krausismo español*, *op. cit.*, 1983², p. 131.

⁵² Basten como ejemplos el examen crítico de Gumersindo de Azcárate, *El régimen parlamentario en la práctica*, Fortanet, Madrid, 1885, o la consiguiente reproducción de

jurídica aspiraba a erigirse en la conciencia crítica que previene frente a la *crisis* —es decir, frente al desajuste estructural entre el orden ideal y la realidad— y, al mismo tiempo, en factor ineludible del *progreso* —esto es, del paulatino acercamiento de los hechos a la idea⁵³—.

La representación del organismo social como entidad objetiva, unitaria, continua y regida por leyes universales e inmutables posibilitaba, por otra parte, la institución de un saber con los honores y el rango de la *ciencia*. Solo si se partía del axioma a tenor del cual la sociedad estaba gobernada por leyes más o menos permanentes podía inferirse un conocimiento objetivo, seguro y predictor de éstas. El referente del orden natural, además de funciones normativas o moralizadoras, desempeñaba así fines estrictamente discursivos, convirtiendo al saber jurídico en una pretendida ciencia verdadera cual lo eran, por ejemplo, las ciencias naturales o el dogma católico⁵⁴.

Como era de esperar, las disonancias emergían nuevamente según se sustentase el carácter científico del derecho en la objetividad escatológica de la creación divina, conocida a través de la revelación —esto es, del saber teológico—, o en las leyes positivas e ineludibles de la materia orgánica, aprehensibles por la observación empírica. Fuese disciplina experimental o especulativa, y a pesar de la ingenuidad que sus férreas convicciones puedan presentar al juicio contemporáneo⁵⁵, el saber jurídico de la época, discurso

similares argumentos en la tesis doctoral, leída ya principiado el siglo, de Federico Santander, *Organización política de España. Teoría y práctica*, Madrid, 1908, depositada en la Biblioteca de la Universidad Complutense con signatura T42038 y en la que, como era previsible, desfilan Azcárate, Costa o Macías Picavea.

⁵³ Sobre la estrecha relación existente entre el concepto de crisis y el avance progresivo de la historia en la constelación ideológica del siglo XIX véase la voz de Reinhard Koselleck, «Crisis» (1982), en *Id.*, *Critica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués* (1969²), Trotta, Madrid, 2007, trad. Jorge Pérez Tudela, pp. 241-281, pp. 261 ss.

⁵⁴ De hecho, en la prefiguración del orden se asentaba el fundamento de la verdad científica. La *objetividad* imperante en la ciencia jurídica española, en efecto, hacía radicar «la validez de los resultados en fundamentos más sólidos y duraderos que el consenso de los científicos», conjurando así toda interpretación convencional y subjetiva. Cf. la ilustrativa indicación al respecto de Zygmunt Bauman, *Hermenéutica y ciencias sociales* (1992), Nueva Visión, Buenos Aires, 2002, p. 12.

⁵⁵ Como muestra del punto de vista contemporáneo desde el que el jurista actual reprocha a sus antepasados no colmar expectativas racionales de científicidad puede alegarse la erudita reconstrucción disciplinar de Gallego Anabitarte, en cuya primera entrega —“Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español (I)”, en VVAA, *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, IEAL, 1982, pp. 527-556—, y tratando el carácter especulativo de la ciencia política histórica, se exclama: «nada de eso tiene que ver con el Derecho político constitucional». Acaso parecida consideración subyazca al título de Varela Suanzes, “¿Qué ocurrió con la ciencia del Derecho constitucional?”, *op. cit.* Como útil prevención, cabe recordar en este punto los consejos de un excelente historiador de la ciencia, Georges Canguilhem: «La historia de las ciencias no es el progreso de las ciencias invertido, es decir, la puesta en perspectiva de etapas superadas cuyo punto de fuga sea la verdad de hoy. Es un esfuerzo por investigar y dar a entender hasta qué punto ciertas nociones, actitudes o métodos superados fueron, en su época, una superación, y ver, por consiguiente, que el pasado superado sigue siendo el pasado de una actividad para la cual debe mantenerse el calificativo de científica», “El objeto de la historia de las ciencias”, en *Id.*, *Estudios de historia y de filosofía de las ciencias* (2002⁷), Amorrortu, Buenos Aires, 2009, pp. 16-17.

producido por una comunidad oficialmente reconocida para ello⁵⁶, se autoproclamaba científico, verdadero y objetivo, la descripción fiel de la fenomenología política y espiritual de la sociedad de entonces.

A parte de la proselitista «inoculación de cultura»⁵⁷ y de la confianza racionalista en la ciencia y la pedagogía como medio de resolución de los conflictos⁵⁸, la consecuencia práctica de este pretendido estatuto científico consistía en la oposición simbólica entre la incontrovertible objetividad científica y la subjetividad falible de los políticos. La científicidad del derecho ocultaba así una estrategia muy determinada: el saber jurídico se distanciaba con narcisismo de la política práctica, adoptando todas las prevenciones necesarias para que no le confundiesen con las veleidades y contingencias de las decisiones políticas, pero lo hacía con la inconfesada intención de controlarla, tutelarla, legitimarla o, en su caso, deslegitimarla.

Desde un enfoque práctico, tal estrategia se traducía, para el caso mayoritario de los autores ortodoxos, en una ratificación teórica de su poder social y de su gobierno político, y para el de los krausistas, en una lucha desde la sociedad por conquistar el poder político con las armas de la ciencia. Mas, en definitiva, lo fundamental es que, tanto en un caso como en otro, la función específica de la ciencia jurídica, conocimiento *universal* y *verdadero* del organismo social, se cifraba en la demarcación objetiva del espacio legítimo de acción e intervención por parte de los políticos.

2.4. El método filosófico-histórico

Junto al valor inspirativo y supremo del orden natural, la ciencia jurídica de la Restauración se coagulaba en torno a otro consenso: la metodología. Prácticamente todos los juristas del momento adoptaban el método comúnmente denominado *filosófico-histórico*, recurso que venía a reforzar tanto la científicidad del saber jurídico como su pretendida autonomía respecto a la política práctica. El carácter enciclopédico del método en cuestión permitía una aproximación imparcial y omnicomprensiva a la realidad sociopolítica imposible desde la bandería partidaria. Su prudencial propósito de conciliar *Razón* e *Historia* prevenía frente al voluntarismo inherente a la actividad política y

⁵⁶ Que la científicidad de un discurso debe ser calibrada con los criterios de validez vigentes en un momento dado, mas no retrospectivamente con los empleados en la actualidad, es, entre otros, advertencia metodológica de Pietro Costa, “*Saperi, discipline, disciplinamento: verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?*”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Macerata* 2 (1989), pp. 993-1027, y “*La giuspubblicistica dell’Italia unita: il paradigma disciplinare*”, en Aldo Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 89-145, pp. 92-93. Cabe precisar a este criterio de sociología de las ciencias que los así llamados científicos del derecho durante estos años, más que fundar su estatuto en un reconocimiento social general, lo basaban en un reconocimiento burocrático y estatal, materializado en títulos profesionales expedidos por un Estado bien distante de representar, siquiera sea en la forma vaga de la adhesión y el consentimiento, a todos los sujetos.

⁵⁷ Propia del proyecto ortodoxo de enseñanza jurídica, en expresión de Bartolomé Clavero, “*Arqueología constitucional. Empleo de Universidad y desempleo de Derecho*”, *Quaderni Fiorentini* 21 (1992), pp. 37-87, p. 49.

⁵⁸ Confianza propia de los autores críticos. Cf. Elías Díaz, *Filosofía social del krausismo español*, op. cit., pp. 49-61; Capellán de Miguel, *La España armónica*, op. cit. pp. 240 ss.

elevaba a la ciencia del derecho, cual síntesis armónica y equidistante, sobre la disputa entre individualistas y socialistas, «el gran soliloquio del siglo XIX»⁵⁹.

En uso al menos desde la llegada de Ahrens a España⁶⁰, el método filosófico-histórico se aplicaba en todas las ramas jurídicas, desmembradas por su influjo en tres apartados complementarios entre sí. Se trataba, en primer lugar, de averiguar los principios universales del orden social globalmente considerado y de la concreta esfera jurídica examinada. La fijación de este concepto ideal se traducía con frecuencia en el refrendo conservador e ideológico de lo existente. La renovada crítica krausista, sin embargo, denunciaba la absolutización de un determinado concepto ideal, opción teóricamente deficiente, al no valorar la constante variación histórica, y políticamente detestable, al permitir que el detentador de turno del poder se considerase a sí mismo como único representante de un orden moral absoluto⁶¹.

En segundo lugar, el análisis histórico, hasta su paulatina extinción provocada por la creación de una asignatura genérica y autónoma de historia jurídica⁶², constituía la imprescindible y elemental reconstrucción de cada rama jurídica desde los tiempos remotos hasta su positiva concreción en la legislación vigente. Normalmente, corroboraba en los hechos pretéritos lo ya fijado en la fase especulativa y, en consecuencia, relataba la sustancial e inevitable teleología coronada en un presente apoyado entonces «sobre intenciones profundas y necesidades estables»⁶³. En el caso del derecho político, este apartado historiográfico servía además para sustentar la unidad de la nación española como soporte fundamental de las instituciones estatales y, por consiguiente, para remachar el carácter subalterno de la Constitución formal en relación a la material. Sin discutir este aspecto nacionalizador y sustancialista, a la función legitimadora de la parte histórica se oponía nuevamente la corriente krausista, respetuosa con la singularidad del pasado⁶⁴

⁵⁹ Según expresión de Ernst Jünger, *El trabajador. Dominio y figura* (1932), Tusquets, Barcelona, 1993, trad. Andrés Sánchez Pascual, p. 114.

⁶⁰ Vid. Ahrens, *Curso de Derecho natural*, op. cit., pp. 3-6, y Varela Suanzes-Carpega, «¿Qué ocurrió con la ciencia del Derecho constitucional?», op. cit., p. 156. Para la descripción de esta metodología, detallada en cualquier manual jurídico, puede consultarse Giner y Calderón, *Filosofía del derecho I*, op. cit., pp. 16-17.

⁶¹ Para determinar el ideal de Estado, según Adolfo Posada, «ni se puede mirar al porvenir remoto, ni al pasado, ni al presente, porque todo esto implica limitación, posición determinada definida, ó lo que es igual, realización del ideal mediante adaptación del mismo á circunstancias dadas», en su *Tratado de Derecho político*, I, op. cit., pp. 20-21.

⁶² Proceso apuntado por Carlos Petit, «*El catedrático y la biblioteca. Visigotismo y profesión universitaria de don Rafael de Ureña*», en Rafael de Ureña, *La legislación góticohispana* (1905), Urhoiti, Pamplona, 2003, p. LXXXVIII.

⁶³ En esta mentalidad, la historiografía, en efecto, hace de «sirvienta de la filosofía» y cuenta «el nacimiento de la verdad y del valor», según expresiones —destinadas a fundar un modelo historiográfico inverso al circulante entonces— de Michel Foucault, «*Nietzsche, la genealogía, la historia*» (1971), en Id., *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992³, pp. 22-24.

⁶⁴ Frente a la práctica ejercida por «la escuela dualista» de contraponer el derecho real histórico con el ideal inamovible, Rafael Altamira optaba por introducir la historicidad como categoría imprescindible para realizar la genealogía «del sujeto jurídico», ceñida ahora, en consecuencia, a «los hechos del hombre en cada momento», opción que no implicaba relativismo moral alguno, pues «aun en el supuesto de que no exista más Derecho que el fenomenal, variable según los tiempos y los grupos humanos, es indudable que, dentro de

y volcada en desacreditar el *statu quo* con fórmulas jurídicas históricas de mayor calidad moral que las vigentes en el momento⁶⁵.

Por último, el recorrido culminaba en el contraste crítico de ambos aspectos, el filosófico y el histórico, con el objetivo de proponer reformas que permitiesen, avanzando en la senda del progreso, acercar paulatinamente la realidad jurídico-política vigente al ideal marcado por el dictado filosófico según las posibilidades permitidas por la historia. El corolario final, en efecto, cotejaba lo acontecido en la realidad con las perentorias conclusiones de la razón para, mediante las revisiones y reformas oportunas, *racionalizar lo real*. Este precipitado último, denominado *Derecho constituyente* o *Nomotesia*⁶⁶, compone, a mi entender, el producto genuino de la mentalidad jurídica del cambio de siglo, historicista, especulativa y regeneracionista al mismo tiempo.

La adopción de semejante metodología acarreaba inexorables consecuencias que continúan precisando la anatomía del saber jurídico de entonces. Todas las disciplinas estaban sujetas a un idéntico esquema tripartito —filosofía, historia, síntesis reformadora— y reproducían una idéntica y uniforme secuencia enunciativa⁶⁷, precisamente aquélla que permitía a la ciencia jurídica concebirse a sí misma como conocimiento sistemático y ordenado de la rama de que se tratase⁶⁸. Su efecto más singular residía,

cada tiempo y de cada grupo y con relación al concepto de lo jurídico que tienen, se producen hechos justos é injustos», en sus *Cuestiones preliminares de Historia del Derecho*, *op. cit.*, pp. 2 y 7. La base especulativa de esta reflexión se encuentra en Giner y Calderón, *Filosofía del derecho I*, *op. cit.*, pp. 179-188.

⁶⁵ Me refiero, por ejemplo, al caso de Rafael Altamira y su célebre *Historia de la propiedad comunal* (1890), IEAL, Madrid, 1981, estudio que trascendía, en intención de su autor, el «interés puramente histórico», pues afectaba al «problema de la futura organización de la propiedad y del trabajo agrícolas», aunque, en prevención de radicalismos, advirtiese igualmente que «conviene alejar toda ilusión y toda exageración» en lo referido al colectivismo agrario, pp. 62-63. Sobre tal asunto, y con identidad de propósitos, no cabe preterir la cita de Joaquín Costa, *Colectivismo agrario en España*, Imp. San Francisco de Sales, 1898. Se trataba, de cualquier modo, de una corriente de recuperación de instituciones tradicionales generalizada por Europa: vid. Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.

⁶⁶ Mientras que el aspecto filosófico del derecho político se encargaba de revelar los principios jurídicos que están por encima «de las vicisitudes históricas», y la parte histórica estudiaba su desenvolvimiento hasta su última cristalización jurídico positiva, el precipitado último de la disciplina, según Santamaría de Paredes, era propiamente la «*Ciencia filosófico-histórica del derecho político*», cuya «misión es doble, pues comparando los hechos con los principios, las instituciones con los ideales, ha de formular un *juicio* acerca de su conformidad ó disconformidad, y en el caso de existir ésta última, indicar la manera de reformar lo que aparezca defectuoso: la primera de estas dos funciones en que se manifiesta la ciencia filosófico-histórica, es la *Critica de las leyes é instituciones*, y la segunda, es la llamada por Emerico Amari *Nomotesia ó Reforma legislativa*», *Curso de Derecho político*, *op. cit.*, pp. 65-67.

⁶⁷ Uniformidad enunciativa y metodológica que obstruía la proliferación de puntos de vista, la caótica diferenciación interna de perspectivas, que entraña el fracaso mismo del conocimiento según el dadaísmo metodológico —quizá un punto inconsecuente al no preocuparse por la comunicabilidad de los resultados entre los miembros de la comunidad científica— promovido en la teoría por Paul K. Feyerabend, *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento* (1970), Planeta, Madrid, 1993, trad. Francisco Hernán, especialmente pp. 21-28. Es, además, una homogeneidad discursiva que reforzaba la ya propiciada por el carácter estatal y centralizado de la universidad liberal.

⁶⁸ Por eso, desde la perspectiva del historiador, resulta censurable la incomprensión entre el jurista contemporáneo y sus antepasados, inmerecidamente sumergidos en las tinieblas del

empero, en el destilado último de toda la reflexión y en el carácter que éste comunicaba a la completa ciencia del derecho⁶⁹. En efecto, el planteamiento de reformas prácticas fundado en la contraposición de la legislación vigente con el concepto ideal hacia del derecho, en última instancia, un asunto de política legislativa. El razonamiento jurídico, teóricamente diferenciado de la actividad de gobierno por su incontrovertible estatuto científico, terminaba entonces aprisionado en el léxico y en las intenciones del razonamiento político.

Esta compleja imbricación de las disquisiciones científico-jurídicas y práctico-políticas se transparentaba perfectamente en la distinción que, obligada y pormenorizadamente, todos los tratados realizaban entre la ciencia y el arte respectivos. La *ciencia*, conocimiento deductivo de las leyes que rigen la dinámica de cada esfera jurídica, se contraponía nítidamente a su *arte*, aplicación en la vida ordinaria de los juicios incommovibles fijados por la ciencia⁷⁰. En el caso del derecho político, que es el que más nos interesa, esta distinción implicaba nuevamente la separación radical entre la profesión del científico —mesurada, reflexiva, verdadera— y la del político —apasionada, ágil, ajustada a las cambiantes circunstancias—, en el entendido de que la segunda, para ser legítima y prudente, había de ceñirse a las conclusiones logradas por la primera. La ciencia se distinguía tanto de su arte como el jurista lo hacía del político práctico. Sin embargo, puede que este alejamiento no fuese sino una vana pretensión, pues el hecho de que la esencia del saber jurídico de entonces se destilase en sus propuestas de mejoras legislativas determinaba que, si bien intentaba obstinadamente distinguirse de su arte, la ciencia del derecho, en última instancia, se identificaba con su arte mismo.

caos y el error, a la espera de que ilumine su camino una razón científica sospechosamente idéntica a la ejercitada en la actualidad. Se entiende así, por ejemplo, que el obsesivo afán sistemático de Adolfo Posada, rasgo de época evidente, pase por completo desapercibido al constitucionalista Francisco Rubio Llorente, quien, tras elogiar la meritaria labor científica del krausista, lamentaba que «su riquísima información no fuese acompañada, sin embargo, de una análoga capacidad sistemática y [que] la diversidad de conocimientos que él aporta no lleguen a integrarse en un cuerpo científico coherente, sino que queden como un conjunto heterogéneo de saberes sin más unidad que la que, extrínsecamente, les viene dada por su inclusión a efectos académicos bajo una sola rúbrica disciplinar», *“Estudio preliminar”*, en Adolfo Posada, *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, pp. 33-34.

⁶⁹ Hay autores —vid. José Antonio Portero Molina, *“Algunas cuestiones en el Derecho político español: 1875-1900”*, Revista de Estudios Políticos num. 18 (1980), pp. 71-100— que justificadamente recuerdan que los tratados de derecho político parecían detenerse en la exposición de la filosofía y la historia, sin que ese presunto fruto final de la *ciencia filosófico-histórica* aparezca por ningún lado. El lugar de las propuestas de reformas, sin embargo, no eran los manuales, sino las monografías y las tesis doctorales.

⁷⁰ Aparte de la funcionalidad política del saber jurídico, la obsesiva distinción entre la ciencia y el arte, inexistente en décadas posteriores, evidencia una fase concreta de la evolución de las disciplinas, aquélla de máxima tensión entre una rama del saber y los hechos específicos que constituyen su objeto. Con la relegación de este asunto de las diferencias entre la ciencia y el arte, se asistirá entonces a la emancipación del saber sobre las cosas, segregación consumada cuando se formaliza el discurso científico, como testimonia la teoría pura de Hans Kelsen para el caso del derecho. Para estas pautas en la evolución de las disciplinas, vid. Foucault, *Arqueología del saber* (1969), Siglo XXI, Madrid, 1997¹⁸, trad. Aurelio Garzón del Camino, p. 314 sobre lo que denomina «umbral de formalización» de los saberes.

2.5. La figura del jurista entre el legislador y el intelectual

La elaboración del saber jurídico atravesaba además por otras fases, donde también se evidencia el profundo desacuerdo entre las corrientes contrapuestas. Así ocurre en el fundamental asunto de las fuentes del derecho, donde, junto al previsible legalismo de la tendencia liberal-católica, encontramos la coherente revalorización de la costumbre patrocinada por los krausistas. Aunque limitado y ambivalente⁷¹, este extremo entraña el momento *democrático* de toda la ciencia jurídica española, al concebir la fuente consuetudinaria como la más fiel y popular expresión jurídica de las necesidades sociales. Se trataba, más que de una controversia meramente jurídica, de una dispar atribución de la soberanía, efectuada por los krausistas a través de un expediente que pretendía fomentar la libertad civil y devolver el poder al pueblo, de quien el pensador krausista quería hacerse representante y valedor frente al *Estado oficial*⁷². Con tales premisas, saltaba por los aires la ortodoxa división entre el Estado y la sociedad, pues no podía existir institución estatal legítima si no era manifestación de una realidad social previa de carácter genuino, espontáneo y tradicional. Y para denunciar ese «divorcio» entre el legislador y la sociedad, entre las protésicas, heterónomas y artificiales leyes oficiales y el derecho justo, acudía el krausismo en sus diferentes vertientes jurídicas, desde la filosófica y jurídico-política hasta la penal o administrativa⁷³.

Orillando otros aspectos no menos estructurales del saber jurídico durante el cambio de siglo, baste con lo expuesto para intentar bosquejar la figura del jurista. El experto en derecho, instruido en una universidad estatal y disciplinado en las categorías iusnaturalistas y en el método examinados, puede identificarse, en términos globales, por su función social de *legislador*⁷⁴.

⁷¹ Baste mencionar el prototípico ejemplo de Adolfo Posada, perseverante defensor de la costumbre también en el derecho administrativo, frente a la concepción «mezquina, pobrísima» que lo concretaba en leyes y decretos. Para Posada, en efecto, la fuente consuetudinaria no debía obviarse tampoco en ese campo, pues «el *espíritu nacional* —subrayado mío—, que infunde en el Estado la fuerza del ideal del Derecho, es la base esencial del Derecho administrativo». Cf. su *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Lib. Victoriano Suárez, Madrid, p. 140, donde, por supuesto, no se encuentra mención alguna a la normatividad constitucional como soporte de la legislación burocrática. Para el contenido institucional efectivo de la democracia en Posada, vid. José Luis Monereo Pérez, *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2003, pp. 214-231.

⁷² Sobre este arrogación de títulos representativos, por los que el intelectual (o el político) deviene «sustituto simbólico del pueblo», vid. Pierre Bourdieu, “*La delegación y el fetichismo político*”, en Id. *Cosas dichas, op. cit.*, pp. 158 ss.

⁷³ Aunque la base de toda la crítica continuaba proporcionándola la filosofía del derecho. Véase para ello la obra de Giner y Calderón, desde sus mismos comienzos, en los que se atribuye a la ciencia jurídica la crítica de «las leyes y las instituciones» en función del «Derecho» (p. 16), entendido éste no desde luego como «la obra del legislador», sino en cuanto expresión orgánica y espiritual de una colectividad. Vid. *Resumen de Filosofía del derecho I, op. cit.*, pp. 95 ss. y 168 ss.

⁷⁴ El hallazgo definitorio se debe al imprescindible sociólogo Zygmunt Bauman en su *Legislators and Interpreters. On Modernity, Post-modernity and Intellectuals* (1987), Polity Press, Cambridge, 1989, y se encuentra expresado de forma transparente en fuentes de época, como en las palabras de Felipe Sánchez Román, que cifra «el asunto vital de la ciencia Política ó Nomotesis», esto es, del destilado último de la ciencia filosófico-histórica del derecho, en la respuesta a los interrogantes acerca de «¿Quién tiene el poder legislativo?» y de

Así es: en aplicación de la metodología filosófico-histórica, e imbuido siempre de ese propósito utópico de aproximar la realidad social al orden ideal, sus textos y discursos desembocaban con frecuencia en el ofrecimiento de *bases para la reforma legislativa*⁷⁵. El tono, pues, de sus incursiones filosóficas e históricas resultaba entonces más normativo que descriptivo, y la ciencia que producía consistía más en una ciencia moral que en una disciplina empírica.

De este modo, aunque empleasen vías de diagnóstico diversas, tomando como punto de partida las sagradas escrituras o las exigencias de la higiene y la biología, los juristas de la Restauración solían concluir proponiendo modificaciones en el ordenamiento según la misma técnica empleada en la actividad parlamentaria, esto es, proporcionando unas bases con el fin de que fuesen desplegadas y concretadas por leyes y reglamentos. El destinatario primordial del mensaje del jurista no era entonces sino el político, ya fuese el político en ciernes que estudiaba los tratados de derecho o el político en activo que como hombre de cultura consultaba artículos y monografías. En este punto, en el de considerarse legisladores por su común conocimiento de los principios jurídico-naturales, volvían además a coincidir católico-liberales y krausistas, si bien los primeros se concentraban en formular propuestas de reforma que garantizasen la vigencia de la moral y las instituciones tradicionales, mientras que los segundos tenían una agenda más volcada en la regeneración nacional⁷⁶. Aplicando una misma estructura, los autores ortodoxos perseguían asegurar la religión católica, la propiedad privada y el *statu quo*, mientras que los juristas heterodoxos intentaban regenerar las

«¿Cuáles son los principios á que debe atender el legislador para la definición del Derecho?», en *Estudios de Derecho civil I*, op. cit., p. 36. Cf. asimismo la idea de la «misión de los juristas» de Dorado Montero, *El derecho y sus sacerdotes*, op. cit., pp. 39-43.

⁷⁵ Valgan algunos ejemplos: Bartolomé Vera y Casado, *La administración local: memoria sobre los vicios y abusos existentes en los municipios; proyectos y bases para corregirlos*, Imp. Los Huérfanos, Madrid, 1893; Julián Calleja y Sánchez, *Bases que deben tenerse presentes para reformar la instrucción pública de nuestro país*, Imp. José M. Ducazcal, Madrid, 1873; Manuel Torres Campos, *Bases de una legislación sobre extraterritorialidad: estudios sobre el Derecho internacional privado bajo los puntos de vista del Derecho constituido y del Derecho constituyente*, Tip. Sucesores de Cuesta, 1896; Pedro Dorado Montero, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Soler, Barcelona, s. f.; Gerardo Rodríguez de Armas, *Bases para una nueva división administrativa de España*, Madrid, 1902, tesis doctoral inédita depositada en la Biblioteca Complutense con signatura T2957; etc.

⁷⁶ Cf. aquí el texto clásico de Ricardo Macías Picavea, *El problema nacional* (1899), IEAL, Madrid, 1979. Su autor lo pretendía científico, aunque divulgativo, por atenerse a los parámetros de la ciencia positiva y sobrevolar los antagonismos partidistas. El mismo esquema que lo preside —hechos, causas, remedios— ya nos pone en evidencia su orientación terapéutica, decantada no por casualidad en unas «Bases» (pp. 279-315) a la espera, no ya de que el parlamento, sino de que un «hombre genial» las desarrollase y aplicase con autoridad, p. 374. Vid., como bibliografía, Laura Serrano Blanco, *El pensamiento social de Ricardo Macías Picavea*, Universidad de Valladolid, 1999. Aunque pudiese compartir postulados metodológicos y positivistas, precisamente esta invocación final de la dictadura separaba a su autor del espíritu genuinamente krausista: cf. Enrique Tierno Galván, *Idealismo y pragmatismo en el siglo XIX español*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 155, aun con una apreciación algo errónea del significado del krausismo, bastante más lejana de cualquier tentación fascista de lo que Tierno Galván pudiese sugerir, según trato de razonar en «Adolfo Posada, *Hacia un nuevo Derecho político*», disponible on-line en la Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico: <http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/NOTAS/RES0089.pdf>.

costumbres, vivificar las instituciones oficiales y, en suma, despertar a la nación para que insuflase vida al mismo Estado oficial.

La distinción, pues, va más allá de lo cuantitativo. No se trata solo de que para los autores hegemónicos bastase con algunos retoques en el ordenamiento, mientras que los críticos planteaban una enmienda a la totalidad de la legislación. Lo decisivo era que dicha enmienda resultaba interpuesta *en nombre de la nación*. Es esta pretensión representativa del pueblo y sus necesidades, de la comunidad y sus anhelos, lo que identifica a los krausistas, no solo con el legislador, sino con la figura del *intelectual*. Si en el espacio de la cultura en general asistimos precisamente en estos años a la génesis del *intelectual*, como aquel sujeto con proyección pública dedicado a las artes y la cultura que habla en nombre del pueblo para enfrentarse a las instituciones oficiales⁷⁷, en el campo concreto del derecho, y ciñéndonos a la experiencia hispana, su trasunto lo tenemos en los autores institucionistas. Su identidad, a mi juicio, e independientemente de concretas aportaciones doctrinales, no se correspondía tanto con la importación de «la ciencia y la filosofía racionalista de la modernidad»⁷⁸, algo por otra parte muy discutible, sino con su pretendida capacidad pública para *representar a la colectividad* frente a la ortodoxia y la hegemonía imperantes⁷⁹.

Lo cual implica una vuelta de tuerca más en los estrechos vínculos que unían la ciencia jurídica y la política práctica, pues con tal función pública del jurista se pone de relieve, no ya una conexión semántica o una comunión de técnicas entre ambos planos, sino la tentativa desplegada por el saber jurídico y los juristas para apropiarse de la creación del derecho y la representación política legítima. Así pues, la valencia *intelectual* de la aportación krausista expresa la lucha por el poder político librada por los juristas, pero también la circunstancia misma de que tras las polémicas doctrinales se ocultaba un duelo que tenía como objetivo conservar el dominio sobre las instituciones o bien conquistarla.

Por otra parte, que el saber jurídico contase con la fisonomía descrita tenía consecuencias que afectaban a su naturaleza y, de nuevo, al estatuto del jurista que había de producirlo. Al contraponer la realidad y el ideal con el propósito de progresar incesantemente soslayando las audacias revolucionarias de la razón, el método filosófico-histórico y la referencia a un orden trascendente instituían una ciencia jurídica esencialmente *prudencial*⁸⁰,

⁷⁷ Cf. el texto emblemático de Émile Zola, *Yo acuso: la verdad en marcha* (1898), Tusquets, Barcelona, 2004², en especial «Carta a Monsieur Félix Faure, presidente de la República», pp. 75 ss. y p. 36. Y para una reconstrucción histórica del fenómeno, vid. Christophe Charle, *Naissance des "intellectuels" 1880-1900*, Minuit, Paris, 1990.

⁷⁸ Elías Díaz, «Los *intelectuales* y la política en España: institucionistas y socialistas», en VVAA, *Los *intelectuales* y la política*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2003, pp. 61-85, p. 63. En sentido similar, identificando conclusivamente el krausismo con la introducción en España de «la moderna cultura europea», Capellán de Miguel, *La España armónica*, *op. cit.*, p. 284.

⁷⁹ Vid. Edward W. Said, *Representaciones del *intelectual** (1994), Debate, Barcelona, 2007, pp. 30-32.

⁸⁰ Para la disciplina jurídico-política, ya destacaba esta nota prudencial, Gallego, *Las asignaturas de Derecho político y administrativo*, *op. cit.*, p. 804.

una ciencia *moral*, cuyo principal objetivo, la *mejora de la sociedad*, la convertía en un saber *terapéutico*⁸¹.

En efecto, la progresiva aproximación de la realidad jurídico-política a un orden ideal, con frecuencia mera sublimación del discutido régimen vigente y, en todo caso, recreación académica determinada por las condiciones históricas en que se producía, constituía el objetivo vital de toda la ciencia jurídica, hacia del jurista un *Verbesserer der Menschheit*⁸², de su producto cultural una reflexiva alopatía y de la prudencia su virtud principal. El saber jurídico pretendía fijar los criterios de salubridad social, narrar la anamnesis del organismo colectivo, realizar nosografía política, evacuar un diagnóstico refrendado por la ciencia y, finalmente, prescribir los remedios pertinentes, todo ello con el fin de moralizar la sociedad.

La ciencia del derecho era así unánimemente considerada un saber moral⁸³, pues, para los krausistas, las consideraciones especulativas no tenían sentido alguno si no encontraban finalmente traducción práctica⁸⁴, y, además, porque, según extendido parecer, los males de los que adolecía la sociedad solían ser de naturaleza espiritual y no exclusivamente material o económica. Su estatuto científico puede comprenderse entonces como estudiada sintomatología de la *crisis social*. No es extraño, de hecho, encontrar en casi todos los tratados filosófico-jurídicos o jurídico-políticos los capítulos correspondientes a las «enfermedades» del Estado o a las situaciones anómalas en la fisiología jurídica⁸⁵. Y es que la función principal del saber jurídico estribaba en la resolución médica de cualquier patología política, motivo por el que sus conclusiones pretendían, como forma de cura, la *reforma institucional*, por más que tal reforma no supusiera con frecuencia sino la depuración, ahondamiento

⁸¹ Cf., nuevamente, las paradigmáticas páginas de Giner y Calderón, *Filosofía del derecho I*, *op. cit.*, 171-172 y 307 ss.

⁸² Según denotativa expresión de Friedrich Nietzsche, que define a estos «mejoradores» por su incapacidad de reconciliarse con el axioma fundamental de todo análisis moral: *dass es gar keine moralischen Tatsachen gibt*, en *Götzen-Dammerung*, «Die Verbesserer der Menschheit», que consulto en versión digital en sus *Werke* publicados por la *Digitale Bibliothek*.

⁸³ A este respecto cabe citar al principal representante de la filosofía escolástica, Luis Mendizábal y Martín, y su celebración del regreso de todos los autores, hasta los «protestantes y racionalistas», a la fundación ética del derecho. Para Mendizábal, estas doctrinas, entre las que figura el krausismo, «después de combatir á la Iglesia, de considerar como fárrago inútil la ciencia de sus más ilustres hijos, de ver su modo de contemplar la Moral y el Derecho cual monstruosa confusión; vencidas por la luz de verdad, y desandando el camino que recorrieron, han venido á buscar en la Ética, la más pura fuente de inspiración y vida para el Derecho», *Elementos de Derecho natural I*, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁴ «Ciencia que no sirve para la vida no es ciencia [...] y vida que no está guiada por la ciencia, no es vida racional», dirá Santamaría de Paredes en su *Curso de Derecho político*, *op. cit.*, p. 68, recordando en el fondo aquel convencimiento de que la filosofía ha de inspirar la vida asentado por Julián Sanz del Río en su «Prólogo» a Karl Ch. Fr. Krause, *Ideal de la humanidad para la vida*, Imp. Manuel Galiano, Madrid, 1860.

⁸⁵ Santamaría las estudiaba, «á semejanza de cómo se estudian las enfermedades del cuerpo», advirtiendo que en ningún caso comprometían la «esencia del Estado» y explicándolas como objeto de una disciplina dependiente del derecho político denominada la «patología política», *Curso de Derecho político* cit., pp. 398 ss. Cf. asimismo Giner y Calderón, *Resumen de Filosofía del derecho I*, *op. cit.*, pp. 307 ss. sobre la «Medicina del Derecho».

y conservación de la estructura socio-económica existente⁸⁶. Mas, por encima de todo, la condición terapéutica que ostentaba el saber jurídico lo aproximaba nuevamente al arte de gobierno, y, de formar principalmente a abogados, pasó a (querer) instruir estadistas para que, con su fundamentada inspiración, pudiesen acometer la urgente regeneración de la sociedad⁸⁷.

III. RACIONALIDAD TÉCNICA Y EL JURISTA COMO PROFESIONAL

La mentalidad jurídica de la Restauración perduró como cultura universitaria oficial prácticamente hasta la segunda década del siglo xx. Las pensiones en el extranjero que comenzó a financiar la Junta para la Ampliación de Estudios desde 1908 supusieron una franca apertura del debate hispano al escenario europeo, pero el control académico ejercido por las autoridades tradicionales no cesó sin más tras el regreso de los pensionados.

En el terreno de la filosofía jurídica, la hegemonía neotomista se extiende prácticamente por los dos primeros tercios del siglo xx, incluido también el lapso republicano. Tras el fallecimiento de Luis Mendizábal en 1931, copaban la mayoría de las cátedras discípulos suyos como Miguel Sancho Izquierdo y Enrique Luño Peña o autores afines como José Corts Grau y Mariano Puigdollers Oliver. La renovación comenzó a producirse muy a fines de 1920, y ya durante la República, con el ingreso en el profesorado de Luis Recasens Siches, Luis Legaz Lacambra y José Medina Echavarría⁸⁸. Mientras Recasens actualizaba la doctrina del derecho natural con una estimativa jurídica deudora de Max Scheler, Legaz importaba el formalismo jurídico de Kelsen y Medina exponía las corrientes historicistas y dialécticas predominantes en el debate europeo⁸⁹.

⁸⁶ Al no reconocer oposición ni dialéctica, sino mayores o menores grados de realización del orden prefigurado, este pensamiento jurídico emanantista era irremediablemente conservador. A este respecto, encierra singular valor historiográfico la caracterización que Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas* (1929), Altaya, Madrid, 1993, pp. 60-76 y 85, realiza del cambio de siglo como época satisfecha de sí misma, en la que los cambios sustanciales «parecían ya imposibles» y se comparte «una seguridad radical en que [el] mañana será aún más rico, más perfecto, y más amplio».

⁸⁷ Creo que Adolfo Posada sintetiza inmejorablemente este fenómeno de época, cuando presenta su tratado recordando que los estudiantes de «la Facultad de Derecho son, por ley natural de distribución del trabajo social, los hombre públicos, los estadistas de mañana», y prosigue con una interrogación retórica que delata el propósito de su labor científica: «¿Quién no ve bien claro que el desorden en las ideas y en la conducta de los políticos militantes, aun de los políticos que proceden de buena fe y con sana intención, nace de la ignorancia del Estado?», *Tratado de Derecho político I*, op. cit., pp. 6 y 16.

⁸⁸ Cf. Benjamín Rivaya, *Filosofía del Derecho y primer franquismo* (1937-1945), CEPC, Madrid, 1998, pp. 33-48. En lo que concierne a la obra de los nuevos filósofos del derecho, cf. Adolfo Gurrieri, *La obra de José Medina Echavarría*, ICI, Madrid, 1977; Jesús P. Rodríguez, *Filosofía política de Luis Legaz Lacambra*, Marcial Pons, Madrid, 1997, especialmente pp. 21-34 y 85-141; VVAA, *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recasens Siches*, Porrua, México, 2003.

⁸⁹ Luis Recasens Siches, *Estudios de Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1936; Luis Legaz Lacambra, *Kelsen: Estudio crítico de la Teoría Pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Bosch, Barcelona, 1933; Hans Kelsen, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1933,

En el campo del derecho político, tras las jubilaciones, posteriores a 1915, de autores como Salvador Cuesta o Santamaría de Paredes, se ubicó en el centro decisivo Adolfo Posada, determinante para el ascenso a la cátedra de profesores como Alberto Jardón y Carlos Sanz Cid⁹⁰. En los años veinte había quien seguía la estela liberal y estatalista de Santamaría de Paredes, como Mariano Gómez⁹¹, quien realizaba una lectura autoritaria de Giner de los Ríos, como Luis del Valle⁹², y quien aplicaba a la materia las últimas aportaciones del escolasticismo, caso de Carlos Ruiz del Castillo, llamado a encabezar el sector conservador de la disciplina⁹³. Junto a estos profesores, y como no podía ser de otra manera, debido a su predominio académico⁹⁴, prácticamente todos los restantes desarrollaban en sus investigaciones y en su visión de la asignatura los postulados pluralistas fijados en la teoría por el maestro principal, Adolfo Posada⁹⁵. Sin superar del todo la dicotomía del saber jurídico del cambio de siglo, se percibía ahora el influjo de las doctrinas francesas y la participación española en la polémica entre el realismo de Léon Duguit y el institucionismo de Maurice Hauriou, o, lo que es igual, entre el positivismo sociológico y el espiritualismo de corte religioso⁹⁶.

Hasta 1931, por tanto, no podrá hablarse con rigor de una plena europeización del saber jurídico-político, de una completa inserción de la doctrina hispana en el intercambio intelectual europeo, que, mucho más allá de las diatribas francesas, colocaba su núcleo en el debate constitucionalista alemán. Solo el ingreso en la cátedra de Nicolás Pérez Serrano, Eduardo

versión española de Luis Legaz Lacambra; José Medina Echavarría, *La situación presente de la filosofía jurídica: esquema de una interpretación*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1935.

⁹⁰ Jardón ingresó como catedrático de derecho político en la Universidad de Sevilla en 1916 tras unas oposiciones en las que fue el único aspirante que se presentó. Y Carlos Sanz Cid obtuvo su plaza en la Universidad de La Laguna en 1925. Los expedientes de las correspondientes oposiciones pueden consultarse en las cajas del Archivo General de la Administración (AGA, en adelante) 31/7347 y 31/7367, respectivamente.

⁹¹ Mariano Gómez González, *Derecho político*, Tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1924. Sobre el autor, pueden consultarse dos recuperaciones muy recientes: Pascual Marzal Rodríguez, *Una historia sin justicia. Cátedra, política y magistratura en la vida de Mariano Gómez*, Universitat de València, 2009, especialmente pp. 81 ss., y Pedro Pablo Miralles Sangro, 'Al servicio de la Justicia y de la República'. *Mariano Gómez (1883-1951)*, Dilex, Madrid, 2010.

⁹² Luis del Valle Pascual, *Derecho político: orientación sistemática y sintética para la cátedra y seminario*, Imp. Berdejo Casañal, Zaragoza, 1930. Vid. sobre el autor Jerónimo Molina Cano, "El jurista político Luis del Valle y la Sociología", *Empresas Políticas*, 3 (2003), pp. 27-52.

⁹³ Carlos Ruiz del Castillo, *Derecho político*, Reus, Madrid, 1933. Vid. como bibliografía Sebastián Martín, "Carlos Ruiz del Castillo: cara y envés del orden natural conservador", en Miguel Ángel del Arco, Alejandro Quiroga (eds.), *Soldados de Dios y Apóstoles de la Patria. Religión, violencia y derechas en España*, Comares, Granada, 2010.

⁹⁴ Pues, en efecto, hay que relacionar el grado de difusión de las concepciones científicas no solo con su mayor sofisticación sino también con el grado poder académico de quienes las mantienen: cf. Pierre Bourdieu, *Homo academicus* (1984), Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

⁹⁵ Basta apreciar para comprobarlo la visión que sobre la asignatura plantearon Carlos Sanz Cid y Teodoro González García en las memorias presentadas a la oposición a cátedra que ganaron; documentos depositados en caja AGA 31/7367.

⁹⁶ José Alberto Jardón, *Las teorías políticas de Léon Duguit*, Reus, Madrid, 1919; Carlos Ruiz del Castillo, "Observaciones acerca de la conciliación del realismo jurídico y el Derecho Natural", Universidad I (1924), pp. 49-58.

Llorens y Francisco Ayala, así como los trabajos y traducciones realizados en los años treinta por autores como Teodoro González García, Mariano Martínez Pedroso o el mismo Carlos Ruiz del Castillo, nos permiten hablar del comienzo de una nueva, peculiar fase en la historia del constitucionalismo español.

Y a analizar dicha fase van dedicadas las líneas que siguen, dando prioridad al análisis del derecho político sobre la filosofía jurídica, pero en el entendido de que algunos de los rasgos esenciales de aquel saber eran compartidos por la nueva comprensión teórica del derecho, ajena o crítica con el escolasticismo.

3.1. Diferenciación del derecho político y transformación del jurista

Creo que a este modo de razonar jurídico-político, además de un carácter general, puede atribuirsele, a pesar de su efímera y parentética existencia, cierta sustantividad histórica. De un cotejo superficial de los textos jurídico-políticos de los años treinta con los publicados en el cambio de siglo se desprende la evidencia inmediata de que nos hallamos ante dos tipos de razonamiento jurídico diversos⁹⁷. Solo a un ejercicio de abstracción estructuralista desapegado de la realidad o a una igualación simplista de todo lo que, nominalmente, hace referencia a lo filosófico y lo sociológico (es decir, a un desconocimiento de que lo filosófico y lo sociológico tienen también historia) puede pasar desapercibido que los debates, los dilemas, las preocupaciones, el método y el vocabulario que componen el saber jurídico en general, y el iuspolítico en particular, han experimentado una transformación notable.

Esta primera impresión se convierte en razonable certeza si observamos la disciplina desde algunas de las perspectivas mencionadas, por ejemplo, aquéllas que atienden al lenguaje empleado en sus textos o a su relación con la actividad política. En el primer caso, a la indiferenciación lingüística propia del saber jurídico anterior ha tomado el relevo una especialización y diferenciación creciente de las diferentes ramas de la encyclopedie jurídica. Si durante la Restauración era habitual que un mismo profesor de derecho desempeñase varias cátedras a lo largo de su carrera, ejerciese simultáneamente diversas profesiones aparte de la académica, tuviese cierta presencia en los campos del poder político y burocrático y redactase escritos o pronunciase discursos sobre objetos ajenos en principio a su asignatura, ahora, en la década de los treinta, lo normal es encontrar un perfil definido y especializado de aspirante a cátedra, una dedicación más o menos exclusiva a la investigación y la docencia, un compromiso con las instituciones estatales en calidad de técnicos en derecho y, sobre todo, y como requisito previo para ingresar en el escalafón de catedráticos, un dominio notable de los entresijos y corrientes que componen el debate de cada disciplina.

Si, en contraste con lo que acontecía a fines del siglo XIX, el discurso jurídico se ha independizado respecto de otras áreas del saber y la cultura, si, más en concreto, el saber iuspolítico se ha hecho autónomo en relación a otras áreas del derecho, también el modelo de jurista característico del cambio de siglo

⁹⁷ Por eso no resulta muy acertado el juicio que entiende el derecho político elaborado por Pérez Serrano como «epítome» de la disciplina tradicional y encyclopédica auspiciada por Adolfo Posada, según lo considera Gallego Anabitarte, *Formación y enseñanza del Derecho público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 311 n. 24.

parece haber desaparecido. Como hemos visto, dicho modelo se caracterizaba por hacer del jurista un *moralista* o, en el caso de los seguidores del krausismo, un *intelectual*, único sujeto capaz de conocer, en virtud de su bagaje científico y de su virtud moral, las leyes objetivas que gobiernan el proceso social considerado en su globalidad. En una reivindicación estratégica de una representatividad de mayor rango que la ostentada por la clase política, las conclusiones científicas, necesarias y verdaderas, se oponían así a las decisiones políticas, voluntaristas y dictadas por el interés privado, con el ánimo de controlar su radio de acción y adoptando en ocasiones, paradójicamente, la forma de proyectos legales o leyes de bases, esto es, la misma forma de las decisiones parlamentarias, a cuya adopción contribuían los juristas en calidad de políticos profesionales en no pocas ocasiones.

Ahora, la figura del intelectual deja paso a la de un experto *profesional*, consciente tanto de las limitaciones de su campo de estudio —que ha dejado de ser el orden moral unitario, objetivo y trascendente— como del modesto alcance práctico y ético de la opinión científica. Vetada la militancia activa en cualquier partido como circunstancia que haría peligrar la objetividad de las propias conclusiones, su relación con la actividad política se ha transformado, por una parte, en una actitud analítica que trata de integrar en el campo de observación científico el momento del poder, y, por otra, en una función técnica supeditada a los fines que marca la actividad política⁹⁸. En conclusión, más que una representación negativa y desacreditadora de la política práctica realizada con un léxico indiferenciado y con una finalidad también indiferenciada —la de conquistar el poder— puede contemplarse ahora, de un lado, un intento de comprensión científica del poder político provisto de un *léxico autónomo* y, de otro, un servicio técnico prestado por la ciencia a la política, reflejado, por ejemplo, en los propósitos de la *Revista de Derecho público* dirigida por Nicolás Pérez Serrano⁹⁹ y en la presencia, en calidad de técnicos, de juristas ilustres en la prestigiosa y decisiva Comisión Jurídica Asesora¹⁰⁰, a la que se debe, por

⁹⁸ En este último aspecto, estaban muy presentes las enseñanzas metodológicas de Max Weber, “La ‘objetividad’ metodológica de la ciencia social y de la política social” (1904), en Id., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1997, trad. José Luis Etcheverry, pp. 39-101.

⁹⁹ Propósito, en concreto, de dar cabida a contribuciones útiles «a la práctica profesional» y que se centren en «el examen técnico de las cuestiones» suscitadas por el nuevo ordenamiento constitucional y político posterior a 1931. Rescata el listado de intenciones Gabriel Guillén Kalle, *La Revista de Derecho público (1931-1936): el ‘ideal’ de la Segunda República española*, Isabor, Murcia, 2004, pp. 19-20.

¹⁰⁰ Como se apreciará a continuación, esta funcionalidad técnica del discurso jurídico no puede confundirse con un mero formalismo acrítico. En la misma creación de la Comisión Jurídica se aludía a la nueva «función del derecho», no limitada a la protocolización del poder, para justificar la disolución de la Comisión General de Codificación y la instauración en su lugar del citado organismo, más conforme con la «visión reinante» de lo jurídico y encargado de «elaborar los proyectos de ley que el Gobierno le encomienda» (decreto del Gobierno provisional de 6 de mayo de 1931). De esta Comisión formaron parte juristas de la talla de Luis Jiménez de Asúa, José Antón Oneca, Nicolás Pérez Serrano, Leopoldo García Alas, Jerónimo González Martínez o Demófilo de Buen.

ejemplo, el impecable anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías¹⁰¹.

3.2. El paradigma jurídico-político republicano frente a su antecesor

En lo que se refiere a la mirada que arroja este derecho político sobre su pasado, la percepción de que nos encontramos ante un nuevo modo de razonar se hace igualmente manifiesta. En la evolución de las ciencias es difícil encontrar acontecimientos disruptivos por una razón estructural: la transformación se realiza normalmente sobre la base de la propia herencia. En este sentido, se asiste aquí a un cambio paradigmático, que, sin embargo, tampoco se materializa en un *período de ciencia extraordinaria*, caracterizado por la incommensurabilidad de las concepciones científicas contrapuestas¹⁰². Pero, aunque no tenga lugar una revolución científica en sentido estricto, sí puede contemplarse una «rectificación crítica», una «fractura de independencia»¹⁰³ en la que la nueva práctica disciplinar, en un intento de distinción superadora, se autorrepresenta en oposición al paradigma anterior, al que ya objetiva como acontecimiento histórico cancelado susceptible de análisis.

Tanto por su mayor racionalidad interna como por su influencia académica, el espíritu científico krausista debió a su contendiente católico, y en los años treinta Giner, Azcárate, Alas o Costa descansaban en un podio en el que todos se reconocían. Sin embargo, mientras los autores más conservadores, conscientes de su valencia potencialmente contradictoria con la soberanía estatal republicana, invocaban constantemente las autoridades krausistas, los herederos directos de tales autoridades son sus primeros superadores críticos. Para ellos, el legado filosófico del krausismo, que «introdujo en la Ciencia jurídica graves confusiones y equívocos», «debe estimarse caducado»¹⁰⁴. Su vocación enciclopédica, su afán por aprehender todo el proceso histórico-social, son condenados como tarea científicamente vana. La influencia que las ciencias naturales ejercían sobre sus representaciones —calificadas ya de

¹⁰¹ Vid. para «la excepcional» labor de la Comisión reflejada en el citado anteproyecto, Martín Bassols Coma, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, CEC, Madrid, 1981, pp. 34 ss.

¹⁰² Si bien acaso pudiera representarse de este modo el debate que tiene lugar en Weimar, en cuyas polémicas principales puede observarse el empleo de términos homónimos con significados heterogéneos. Como se sabe, para el estudio de estas categorías epistemológicas («ciencia normal» vs. «ciencia extraordinaria», «incommensurabilidad», etc.), cf. Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, *op. cit.*, concretamente pp. 66, 71, 146-149, 228 ss. y 303.

¹⁰³ Son expresiones de Georges Canguilhem, *“El papel de la epistemología en la historiografía científica”*, en Id. *Ideología y racionalidad en las ciencias de la vida* (1988), Amorrortu, Buenos Aires, 2005, pp. 15-39: «Una ciencia es un discurso gobernado por su rectificación crítica», p. 28, y de Jean Cavaillès, *Sur la logique et la théorie de la science*, Vrin, París, 1976: «esas fracturas de independencia sucesivas que cada vez destacan sobre lo anterior el perfil imperioso de lo que viene después necesariamente para superarlo», cit. en Georges Canguilhem, *op. cit.*, p. 32 n. 30.

¹⁰⁴ En compartida opinión de Recasens Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del derecho en el siglo xx*, Labor, Barcelona, 1929, p. 15.

«vieja fantasía organicista»— se evita al reconocer la inexistencia en la realidad estatal de regularidades semejantes a las de la naturaleza¹⁰⁵.

Por su parte, el método filosófico-histórico, omnipresente en toda investigación jurídico-política anterior, es rechazado por infructuoso, impreciso e inapropiado al objeto. En definitiva, nos encontramos en un momento de sucesión de paradigmas en que una pujante racionalidad califica al derecho político antecedente de «ideología científica», tanto porque su objeto de estudio era «hiperbólico», como porque su presunta científicidad se basaba en el prestigio de «una ciencia ya instituida», en este caso, las ciencias naturales. Debe concluirse entonces que este relevo de paradigmas no puede comprenderse con patrones de continuidad ni, en consecuencia, como una sofisticación del anterior modelo de derecho político¹⁰⁶.

El krausismo y el giro científico que comportó han de considerarse, no obstante, condiciones de posibilidad del nuevo discurso jurídico-político, tanto en el nivel de la práctica institucional, que nos muestra a Posada contribuyendo a la obtención de la cátedra de Pérez Serrano, Llorens y Ayala, como en el plano intelectual, en el que se produce una asimilación crítica, una incorporación selectiva de los retos señalados por el krausismo para la ciencia política. El representante más activo del naciente paradigma recordaba, en efecto, que se debe «a la generación que nos ha precedido el tener hoy un arsenal de elementos, un principio de técnica y de nomenclatura» que forman «una base propicia para trabajar con fruto»¹⁰⁷. Algo corroborado por Llorens, que se proponía trabajar aprovechando «las etapas anteriores del Derecho político» y explorar las sendas ya abiertas «por ilustres investigadores»¹⁰⁸. En este mismo sentido, puede vincularse el recurrente consejo krausista de abandonar las disquisiciones doctrinarias para atender a «la realidad palpitable» con el realismo profesado por los nuevos autores. Aunque tibia y parcial, cabe asimismo conectar la recepción que el krausismo hiciera del socialismo jurídico con la entrada en escena de catedráticos socialistas, caso de Martínez Pedroso, acontecimiento impensable de haber triunfado académicamente el integrismo católico. Y es también sintomático que, según las expresiones de Pérez Serrano, Llorens y Ayala, se hubiese llegado a un momento de saldar cuentas, de hacer inventario de lo logrado, de realizar la

¹⁰⁵ Pérez Serrano, *Tratado de Derecho político* (1933-1939), Civitas, Madrid, 1984², pp. 49 y 98.

¹⁰⁶ Cf. el sugerente texto de Georges Canguilhem, «Qué es una ideología científica», en Id., *Ideología y racionalidad*, op. cit., en el que se añade un tercer criterio para identificar una ideología científica: el hecho de que «siempre precede a una ciencia», pp. 57-58. No casualmente pone como ejemplo de ideología científica, en el campo de las ciencias sociales, el evolucionismo de Spencer, inspirador directo del organicismo krausista.

¹⁰⁷ Nicolás Pérez Serrano, «Estudio acerca del concepto, métodos, fuentes y programas del Derecho político español comparado con el extranjero» (1932), en Id., *Escritos de Derecho político*, I, IEAL, Madrid, 1984, p. 33. Para un revelador acercamiento a la figura de este importante jurista, vid. Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, «Nicolás Pérez Serrano (1890-1961) Semblanza y datos biográficos», *Teoría y realidad constitucional* 18 (2006), pp. 503-528

¹⁰⁸ Eduardo L. Llorens, *Notas sobre el concepto, método y fuentes del Derecho político*, 1933, p. 57. Ejemplar inédito conservado en caja AGA 32/13495. A falta de la próxima publicación de mi tesis doctoral sobre el autor, puede por ahora consultarse una primera aproximación a su figura en Gabriel Guillén Kalle, Joaquín Almoguera Carreres, *Eduardo L. Llorens y Clariana y el Derecho Constitucional en la Segunda República Española*, Reus, Madrid, 2006.

síntesis de todos los dualismos, para cimentar sobre pilares sólidos la futura disciplina¹⁰⁹. No se trataba entonces de roturar un terreno yermo, sino de aprovechar los frutos del paradigma anterior, que queda así asimilado en la nueva doctrina en una suerte de evolución orgánica¹¹⁰.

A todas estas razones atinentes a la historia interna de la disciplina se suman, evidentemente, motivos que atañen al contexto socio-político, exterior a la disciplina, pero en el interior del cual ella misma se producía. Debe entonces apuntarse que el mapa constitucional surgido tras la Gran Guerra y el novedoso régimen político republicano, así como el horizonte de transformaciones que éstos anuncianaban, requerían para una correcta interpretación científica y una eficaz aplicación el empleo de instrumentos conceptuales adecuados. En definitiva, no solo la dinámica endógena del saber jurídico-político había superado la anterior práctica científica; ésta, si bien arrastraba una supervivencia espectral, se había visto también desbordada por los acontecimientos, que habían invalidado algunos de sus postulados principales. En un plano más específico, esto significa que, además de responder a cuestiones de evolución disciplinar, la aparición de esta racionalidad jurídico-política se explica por la «renovación política reciente»¹¹¹, necesitada de desarrollo teórico sistemático, propósito que, según sabemos, inspiraba, aparte de la mayoría de los escritos jurídico-políticos de la época, el principal órgano de expresión de la asignatura, la *Revista de Derecho público*.

3.3. Entre la técnica y los valores

Menos perceptible se hace la novedad del paradigma republicano si observamos el modelo reflexivo emergente desde el prisma de la fase espiritual que atravesaba el pensamiento filosófico en general, aunque también goce en este concreto aspecto de una peculiaridad tangible. Durante este período, el historicismo, también llamado «historismo», parece superponerse al tradicionalismo y al idealismo característicos del saber jurídico decimonónico y subyacentes al método filosófico-histórico. Una hegemonía moral relativa, el todavía estable dominio burgués y la creencia compartida por la clase intelectual y política en que el futuro anunciaría un constante progreso, consistente en un mejoramiento incesante de los mismos supuestos sociales y económicos, permitían hipostasiar las instituciones vigentes hasta convertirlas

¹⁰⁹ Este nuevo derecho político republicano trataría de «unir puntos de vista tan radicalmente distintos como el filosófico y el jurídico, el ontológico y el normativo, el sociológico y el político», según Francisco Ayala, *Concepto, método y fuentes del Derecho político*, 1934, 63, depositado en Leg. AGA 31/9142. Sobre la obra jurídica de Francisco Ayala, exceptuando la reciente recuperación de su tesis doctoral acometida por Ignacio Fernández Sarasola, *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la Ilustración a nuestros días*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 258-261, muy poco se ha escrito hasta el momento. Con desigual provecho, cabe consultar Gabriel Guillén Kalle, *Francisco Ayala (1927-1936): la ciencia política como ciencia de la realidad*, Reus, Madrid, 2007 y los epígrafes jurídicos, ceñidos a consideraciones sobre el influjo que recibió de Adolfo Posada y Hermann Heller, de Alberto Ribes Leiva, *Paisajes del siglo xx: sociología y literatura en Francisco Ayala*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.

¹¹⁰ Hecho que no quiere significar la calidad de precedente del derecho político krausista, sino su metabolización crítica.

¹¹¹ Tal y como advierte nuevamente Pérez Serrano, *Estudio acerca del concepto, método y fuentes, op. cit.*, p. 35.

en naturales e inalterables. La experiencia del desastre bélico, el advenimiento de las masas al poder político, el pluralismo ideológico y moral y una realidad política incierta, inconstituida y abierta propiciaron una mirada relativista, que se apercibe de la contingencia de las instituciones sociales, concebidas ahora como obras de la voluntad humana, del acontecer histórico, y, por tanto, susceptibles de transformación profunda.

Antes de que, con el objetivo de asaltar el poder, las doctrinas totalitarias se adueñasen de esta argumentación historicista para desmentir la presunta universalidad de los principios liberales¹¹², el pensamiento liberal más avanzado constataba que «ningún momento puede estimarse definitivo y eterno»¹¹³, reconociendo con ello la contingencia de su objeto, el Estado de derecho, no con el propósito de deslegitimarla, sino como único recurso para hacerlo inteligible. Sin embargo, el «historismo», con su característico relativismo, no llegó a penetrar del todo el naciente paradigma, que no se resignaba a abandonar la búsqueda de valores estables sobre los que volver a cimentar la nueva sociedad política de posguerra. Así pues, por un extremo, caía fuera de este modo de razonar la postura tradicional que absolutizaba históricamente el entramado institucional burgués, pero, por el otro extremo, también se situaba en su extrarradio aquel parecer —solo sostenido parcialmente por Ayala— que diluía la teoría jurídica en el proceso histórico, al que no se contentaba con conocer, como si fuera un objeto exterior e inmodificable, sino que aspiraba principalmente a transformar.

En este sentido epistemológico, el derecho político republicano participaba del espíritu liberal que estima sus conclusiones políticamente neutras y tendencialmente universales, y que parte de la independencia entre el sujeto cognosciente y la realidad política objeto de su análisis. Esta es la razón, además, que explica su total rechazo a la comprensión del discurso jurídico como justificación del dominio de una clase, un partido o una corporación particular. Al intentar racionalizar regularidades de carácter general, y frente a lo que pretendían las escuelas totalitarias, su papel se distinguía del mero amparo teórico dispensado a cualquiera de los bandos en combate por adueñarse del Estado.

Y es que, como ahora veremos, el saber jurídico-político no había renunciado a la función ética que, décadas antes, absorbía su contenido. Es muy cierto que la indicación según la cual a la ciencia social, en cuanto «crítica técnica», «es asequible ante todo la cuestión de si los medios son apropiados para los fines dados», sin que le quepa discernir científicamente la validez moral de dichos fines¹¹⁴, no ha pasado desapercibida al nuevo derecho político, que se concibe a sí mismo, si bien sólo parcialmente, como técnica jurídica. Francisco Ayala, por ejemplo, sostenía que la asignatura, destinada a informar a los futuros abogados «sobre la disposición jerárquica de las normas», debía

¹¹² Apropiación sólo instantánea, suprimida justo cuando los sectores legitimados por dichas doctrinas totalitarias coparon el poder, momento en el que el relativismo historicista abrió paso a una restauración del absolutismo moral, a la pretensión de validez intemporal para los propios postulados políticos, tal y como demuestran teorías como las del «orden concreto» de Schmitt, o la entronización de la ontología católica durante el primer franquismo.

¹¹³ Pérez Serrano, *Tratado de Derecho político*, op. cit., p. 63.

¹¹⁴ Weber, *La 'objetividad' cognoscitiva de la ciencia social*, op. cit., pp. 41-42.

adiestrar al estudiante «en la técnica del jurista mediante la compulsa y la interpretación de preceptos positivos». Pérez Serrano, por su parte, señalaba que «el Derecho positivo como materia de conocimiento» engendra «hábitos técnicos» que previenen «contra las tendencias ideológicas de la propia voluntad». Y Eduardo Llorens, transmitiendo su propia experiencia, advertía que «la técnica jurídica es ardua en grado extremo en materias constitucionales»¹¹⁵. Testimonios confirmatorios de que, en contraste con la mentalidad finisecular, casi todos coincidían en atribuir ahora a la ciencia jurídica una función dogmática, «meramente reproductiva», aclaradora y explicativa de lo establecido por el legislador¹¹⁶.

De hecho, debido a esta nueva función comenzará a ser posible la práctica de la dogmática constitucional, inexistente con anterioridad. Sin embargo, no se trataba de una dogmática exclusivamente jurídico-positiva y formalista, como la aplicada en la actualidad, sino de un tipo de conocimiento del derecho constitucional inseparable de análisis sociológicos, geopolíticos y económicos. Esta combinación explica, por ejemplo, que los esfuerzos intelectuales se concentraran, sobre todo, en los artículos del título preliminar de la Constitución, punto de engarce privilegiado entre la realidad social y la normatividad jurídica¹¹⁷. La atención prestada a fenómenos sociopolíticos de carácter general, y la vocación del derecho político por formular afirmaciones de validez universal, impedían igualmente que toda la asignatura se circunscribiera al articulado de un código político de carácter nacional y, por si fuera poco, de contenido homogéneo a los vigentes en otros países europeos. La dogmática constitucional, para gozar de científicidad, había de realizarse

¹¹⁵ Ayala, *Concepto, método y fuentes del Derecho político*, *op. cit.*, pp. 67-68; Pérez Serrano, *Estudio acerca del concepto, método y fuentes*, *op. cit.*, p. 25; Llorens, «La crisis constitucional en Alemania», *Revista de Derecho público* I (1932), p. 100. Puede consultarse el texto de otro exponente de esta racionalidad, ahora en el ámbito jurídico-administrativo: el desconocido pero influyente Miguel Cuevas, quien, en *La técnica jurídica. Esbozo de estudio*, Huelves y Cía, Madrid, 1929, pp. 91 ss., evitaba las salidas extremas del formalismo «ultralogicista» y de la «estimativa» moralista, para proponer una conciliación de ambos extremos. Indispensable resulta por otra parte la cita de uno de los autores con mayor influjo en la España del momento, que precisamente identificaba el nuevo constitucionalismo con una «técnica de las libertades» y explicaba las Constituciones e instituciones políticas de entreguerras como ejemplos de «racionalización» del poder, esto es, como expresiones de la adecuación del derecho constitucional y de los órganos estatales al dictado racional de la ciencia jurídica. Me refiero, en efecto, a Boris Mirkin-Guetzévitch, de quien es de obligada consulta su texto *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, Reus, Madrid, 1934, trad. Sabino Álvarez Gendín.

¹¹⁶ Función dogmática porque, en efecto, considera un dogma lo establecido legalmente, en igual sentido que la teología considera la «Revelación Divina». Cf. Recasens Siches, *Los temas de la Filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Bosch, Barcelona, 1934, pp. 6-11.

¹¹⁷ Para Llorens, los enunciados generales de la Constitución «son los más interesantes», y en ellos fijará frecuentemente su atención: *La autonomía en la integración política*, *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1932, p. 64. Ayala se proponía dedicar parte fundamental de su derecho político al estudio del título preliminar de la Constitución de 1931, un estudio que había de hacerse, según sus palabras, «no a modo de simple ilustración, sino con disposición tan rigurosa y concienzuda como se estime posible», en *Concepto, método y fuentes del Derecho político*, *op. cit.*, p. 59.

entonces en el seno de una disciplina de proyección comparatista y atenta, como se ha indicado, a cuestiones de carácter social y político¹¹⁸.

Mas la cuestión es que comenzó a realizarse, debido precisamente al aspecto técnico jurídico entrañado por el nuevo paradigma. Este aspecto dispensaba también el lugar desde el cual el constitucionalismo podía ejercer su función de garante crítico de los derechos, ni más ni menos que empleándose a fondo en la habilitación de los medios técnicos necesarios para el desarrollo de la normativa constitucional. Y, en contraste con su irrelevancia en la mentalidad jurídica de la Restauración, ponía de manifiesto la centralidad científica de la Constitución, entendiendo que para su correcto esclarecimiento había de recurrirse a procedimientos cognoscitivos diversos y complementarios a la dogmática jurídico-positiva¹¹⁹. Con ello, se pasaba de la «disociación de la cultura constitucional con el orden vigente», propia del cambio de siglo, al propósito de la nueva disciplina de «llevar a su término la evolución del propio orden constitucional»¹²⁰.

De cualquier modo, el derecho político se resistía a desempeñar exclusivamente una función instrumental y no enmudecía ante los desafíos éticos. A pesar de su aséptico realismo no consideraba «el ocuparse de principios generales» una «tarea ociosa»¹²¹, ni el tratar de asuntos morales un ejercicio de esoterismo oscurantista. Esta nueva racionalidad jurídico-política no se arredraba ante lo que se enunciaba recurrentemente como el reto de la época —conciliar el valor con la realidad, fundamentar reflexivamente una organización justa—, si bien lo hacía de manera harto peculiar¹²².

¹¹⁸ Es esto justamente lo que reivindicaban hasta hace poco ilustres constitucionalistas contemporáneos: Pablo Lucas Verdú, «*El Derecho constitucional como derecho administrativo. La ‘ideología constitucional’ del profesor García de Enterría*», *Revista de Derecho político* 13 (1982), pp. 7-52. Aunque posiblemente sea cierto que, por obra de un especialismo «definitivo e irreversible», haya devenido poco menos que imposible seguir el ejemplo de aquellos «pensadores que unían en su trabajo la reflexión sobre los sustratos fundamentales de la sociedad y del Estado y la artesanía jurídica más precisa», Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985³, pp. 22-30.

¹¹⁹ «En nuestra disciplina —afirmaba Pérez Serrano— la nota dominante es la jurídica; y, por tanto, todo lo demás sólo ha de darse como antecedente para ésta, pero no como materia que por sí exija un desarrollo sustantivo», en *Estudio acerca del concepto, método y fuentes, op. cit.*, p. 28.

¹²⁰ Bartolomé Clavero, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, *op. cit.*, pp. 110-111 y 121, texto en el que también se asocia la emergencia de la dogmática al «rigor antes desconocido» de la Constitución republicana, pp. 117 y 126.

¹²¹ Como ocurre con el empirismo más convencido. Cf. Max Horkheimer, «*Teoría tradicional y teoría crítica*» (1937), p. 226 y, también, «*Observaciones sobre Ciencia y crisis*» (1932), p. 16, ambos en *Teoría crítica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1998, pp. 15-21 y pp. 223-271.

¹²² Para todo lo que sigue, sin detrimento de otros apartados y otros textos convenientemente citados, consultese, Recasens Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, *op. cit.*, «I.I. El furor antifilosófico del positivismo», «I.IV. El tema central de la actual especulación jurídica. ¿Logicismo o Eticismo?», «II. El neocriticismo de Stammler», «III. Valoración crítica del sistema de Stammler»; Recasens Siches, *Los temas de la Filosofía del derecho*, *op. cit.*, pp. 75 ss. para la teoría de la justicia de Stammler y «IX. Superación del formalismo ético. Bases para una teoría de la estimativa jurídica» para Scheler y la objetividad de los valores; la ejemplar monografía de José Medina Echavarría, *La situación presente de la Filosofía jurídica*, *op. cit.*, «III. Idealismo dualista y normativismo», «V. Idealismo objetivo»; y, finalmente, el repaso de Gerhard Leibholz, difundido en la academia española, de las «*Tendencias actuales de Derecho público en Alemania*», *Revista General de Legislación y*

Incorporada ya al debate intelectual europeo, la ciencia jurídica española se sumó a la restauración filosófica de los valores contestando a un naturalismo, empirista y amoral, que aparecía como paradigma antecedente a rebatir, aunque en España nunca hubiese arraigado, ni siquiera en el positivismo ético que los krausistas abanderaban¹²³. El nuevo vigor cobrado por el derecho natural se basaba así en la crítica a un pasado cultural que no era el propio, o, invirtiendo los términos, en una predisposición tradicional a no supeditar la tarea del jurista al dictado de la ley, con lo que ello comportaba de pretendida preservación de la influencia y el prestigio del estamento de los juristas frente al de los políticos.

Entre las autoridades que el saber jurídico hispano tomaba como referencia para fundamentar su atención a los valores destaca Rudolf Stammler, responsable del renacimiento de los estudios sobre el ideal de justicia, aunque considerado ya insuficiente por la angostura formalista de sus planteamientos. Tomando precauciones frente a cualquier tipo de idealismo trascendental, se requerían valores llenos de contenido, principios morales de materialidad palpable, y para tal fin se recurría al sistema ético de Max Scheler, único capaz de trascender el neokantismo y de ofrecer una justificación reflexiva a la objetividad de los valores¹²⁴. El pensamiento jurídico hispano se plegaba así a la propuesta filosófica que estimaba más adecuada a la fisonomía espiritual de su época, caracterizada por la urgencia de las decisiones sobre el futuro de la sociedad¹²⁵ y, en consecuencia, por el requerimiento de sólidos principios morales en que basar aquellas decisiones. Esta referencia al mundo de los valores se correspondía además con el marco constitucional recién instaurado, consagración jurídica de principios éticos¹²⁶, mencionados incluso expresamente, por ejemplo, al organizarse la República española, en virtud del art. 1º de la Constitución, «en régimen de Libertad y de Justicia».

Si el dilema del momento se caracterizaba por la disyuntiva entre el logicismo formalista y el eticismo, entre el derecho natural y el análisis dogmático del ordenamiento, la nueva disciplina planteaba entonces una salida comprensiva, recogiendo en su interior cuestiones de dogmática y referencias axiológicas. Hasta los catedráticos más anacrónicos advertían el hibridismo de la asignatura «en cuanto participa de principios fundamentales y de

Jurisprudencia, 159 (1931), pp. 545-564, en el que se destaca, como una de esas tendencias, la necesaria «intervención de los juicios de valor», pp. 556 ss.

¹²³ Capellán de Miguel, *La España armónica*, *op. cit.*, «El krausismo español, entre idealismo y positivismo», pp. 231 ss.

¹²⁴ El libro de cabecera en este punto de los teóricos del derecho era Max Scheler, *Die Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, Max Niemeyer, Halle, 1927³. Para una reconstrucción contemporánea, con afán además recuperador, vid. Marta Albert Márquez, *Derecho y valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*, Encuentro, Córdoba, 2004.

¹²⁵ Está aquí presente la admirada figura de Ortega: cf. Recasens Siches, *Los temas de la Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 142, y Ayala, *Concepto, método y fuentes del Derecho político*, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁶ Es propio del «advenimiento del *Estado constitucional*» el que la Constitución ya no sea «considerada como el simple marco normativo del Estado, sino por encima de todo como el noble recipiente de valores consensuados, los cuales están ubicados por encima de las propias formalizaciones constitucionales concretas. Estos valores representan ahora conquistas definitivas de la vida política: son valores inderogables para el Estado y desde luego oponibles a la ley ordinaria», en Hespanha, *Cultura jurídica europea*, *op. cit.*, p. 193.

prescripciones de derecho positivo»¹²⁷. La comprensión científica del régimen constitucional —sistema que comprende una esencia ética plasmada en forma jurídica— requería así una aproximación bifronte, que abarcase tanto el conjunto de principios que lo informaba como su concreción y desarrollo técnicos¹²⁸.

En términos generales, si la disciplina se enfrentaba a la dualidad entre «norma y realidad, ser y deber ser», la opción escogida fue conciliarlos en una unidad dialéctica. La diferencia fundamental con el dualismo de Kelsen, no era solo que la separación entre *Sein* y *Sollen* se estimase artificial y, por tanto, anticientífica, sino que el derecho era considerado un fenómeno social más, es decir, un elemento de la esfera del ser, mientras que en el deber ser se alojaban ante todo las prescripciones morales.

En resumen, para este modo de razonar, «el problema de la naturaleza del derecho» era «irreducible tanto a pura idealidad como a una realidad desnuda, sin valor y sin forma». En consecuencia, el saber jurídico no agotaba su comprensión en un mero registro de lo real, sino que trataba de «imponer valores a la realidad o de remitir la realidad a valores»¹²⁹. La distancia con el anterior modo de pensar, que, o bien identificaba la realidad con el orden ideal, o bien disociaba ambos extremos hasta incomunicarlos, radica en que ahora se distingue netamente el derecho existente del derecho ideal, la descripción de las normas de la crítica normativa amparada en valoraciones éticas. Y en este punto de vista, caracterizado porque admitía un «dualismo mínimo» entre lo real y lo racional¹³⁰, se insertaba el paradigma jurídico-político republicano.

Admitida por todos la línea de fuga que escapa del ordenamiento vigente para llegar hasta el universo de los valores¹³¹, las peculiaridades residían entonces en la relevancia que cada uno otorgaba a la exposición o a la crítica de lo existente, quedando fuera de este tipo de racionalidad, sin embargo, la visión dualista propia del iusnaturalismo anterior.

Convencido de que para contrarrestar el carácter ideológico del derecho político decimonónico debía acentuarse la fase descriptiva, Pérez Serrano fue quien más prevenciones adoptó frente a «la estimativa jurídica». La prioridad de la explicación dogmática, sin embargo, no impedía, en su opinión, que, «una vez conocido el Estado», «nos preocupemos de imaginar un ideal posible de Estado». Mediante el reconocimiento de que «la nota jurídica no ha de

¹²⁷ Gonzalo del Castillo Alonso, *Derecho político y constitucional comparado*, Bosch, Barcelona, 1932³, p. 12.

¹²⁸ En ese sentido, muy elocuente resultaba el título completo de Posada, *El régimen constitucional. Esencia y forma. Principios y técnica*, Lib. Victoriano Suárez, Madrid, 1930.

¹²⁹ Hespanha, *Cultura jurídica europea*, op. cit., «La reacción antinaturalista. Valores y realidad», pp. 224-227.

¹³⁰ La doctrina jurídica republicana se opone así a una absoluta «racionalización de lo real y positivo», pues «esta racionalización de lo real tiene el peligro de una glorificación o de una afirmación total de todo lo positivo, y por eso, para eludir este peligro» se crea «un dualismo mínimo que permita reconocer ciertas oposiciones inevitables y aspectos negativos de la realidad», en Medina Echavarría, *Situación presente de la Filosofía jurídica*, op. cit., p. 120.

¹³¹ «El orden jurídico desemboca a la postre, sin posible remedio, en un momento de moderación ética; y no obstante, no deja de ser orden jurídico el que en tales condiciones se ha de mover», Pérez Serrano, *Tratado de Derecho político*, op. cit., p. 65.

reducirse a la esfera de lo legislado», se abría así en la sistemática de Pérez Serrano la posibilidad de realizar una «crítica innovadora de las leyes», que, junto a la exposición del ordenamiento, formaba la tarea propia del jurista, calificada de «*servidumbre y grandeza de la jurisprudencia*», «servidumbre porque los juristas se encuentran vinculados a un derecho constituido», y «*grandeza*» porque a su vez señalan los horizontes del progreso jurídico¹³². Por su parte, Francisco Ayala también combinaba, por un lado, la convicción de que «*las formaciones jurídico-positivas*» constituían el objeto de conocimiento de la disciplina, y, por otro, la referencia de tales formaciones, en tanto que «*productos de cultura*», a los valores, concretamente al «*valor Justicia*»¹³³. De ahí, por ejemplo, que su principal y magnífica aportación al derecho político de la época se caracterizase por su sentido crítico con la regulación constitucional en vigor¹³⁴. Y, finalmente, Eduardo Llorens congeniaba su dedicación a la dogmática constitucional con la construcción de un sistema teórico economicista esencialmente iusnaturalista¹³⁵.

3.4. El jurista profesional y el legislador estatal

El saber jurídico-político de los años treinta contaba, pues, con un perfil complejo y polifacético. Aspiraba a constituir una técnica jurídica sustentada sobre análisis sociológicos y teórico-políticos, sin renunciar por ello a basar sus proposiciones en valores éticos. Esta concreta ambivalencia implicaba el despliegue de una nueva relación entre el jurista y el político.

Si en el cambio de siglo el primero pretendía monopolizar la enunciación de la verdad frente al segundo, normalmente prisionero de los imprevisibles impulsos de la voluntad, ahora el jurista renuncia a este papel fiscalizador. ¿Supone esta renuncia una subordinación del especialista en derecho respecto del legislador estatal como la que podremos observar al examinar la experiencia franquista? A mi juicio, no.

En lo que concierne a su lado técnico, el saber jurídico estaba facultado para transmitir al político sus errores e ineficiencias al recurrir a medios inadecuados para el cumplimiento de los fines que se había propuesto. Aunque limitado a la cuestión técnica del ajuste entre medios y fines, el experto en derecho continuaba desempeñando una labor de control y depuración de las tareas política y legislativa. Ciento es que, en este solo aspecto, ningún reparo podía oponer el jurista a los políticos en relación a los fines que éstos habían considerado prioritarios. Su finalidad se ceñía a proveerlos de los medios

¹³² Pérez Serrano, *Estudio acerca del concepto, método y fuentes*, op. cit., pp. 25 y 30; *Tratado de Derecho político*, op. cit., p. 86; *Función presidencial y poder moderador*, Centro de Intercambio Intelectual Germano-Español, Madrid, 1933, pp. 148 y 149.

¹³³ Ayala, *Concepto, método y fuentes del Derecho político*, op. cit., pp. 12-16. No casualmente Ayala consideraba «hoy por hoy definitivo» el «esfuerzo de Max Scheler» por evitar la separación entre la moral y lo social mostrando sus conexiones.

¹³⁴ Me refiero al artículo titulado «*Los derechos individuales como garantía de la libertad*», *Revista de Derecho público* 4 (1935), pp. 33-43.

¹³⁵ Su monografía *La igualdad ante la ley*, *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1934, pretendía ser un análisis exegético del citado principio constitucional. Y los postulados básicos de su teoría social y estatal los plasmó en los primeros capítulos de *La autonomía en la integración política*, op. cit.

técnico-jurídicos indispensables para lograrlos. El jurista rehusaba con ello la anterior aspiración de instituir un platónico gobierno de filósofos e intelectuales y cedía toda potestad decisoria a los profesionales de la política. Pero, al consumar esta cesión y practicar dicha renuncia en un tiempo de auténtica democracia, de verdadera y plena instauración de la soberanía popular, el gesto no estaba en absoluto desprovisto de calado ético, pues aquellos que terminaban decidiendo cuáles habían de ser los fines perentorios lo hacían en nombre y con el respaldo de la (mayoría de la) colectividad.

La cuestión, no obstante, es que el saber jurídico, según se ha visto, no se agotaba en su dimensión técnica, incluyendo también un decisivo aspecto ético. Y en tanto que productor de un saber engarzado al mundo de los valores, el jurista podía, en nombre de la superioridad y excelencia de éstos, ejercer la crítica de las decisiones políticas. Ahora bien, ¿la referencia a los valores llevada a cabo por la disciplina jurídico-política en los años treinta es equiparable al dualismo iusnaturalista del cambio de siglo? Tampoco creo que sea este el caso.

Aunque difícil de precisar, como todo lo atinente al derecho natural, en este período podemos contemplar, a mi juicio, un derecho natural socializado, inconfundible con cualquier dogma religioso o con las invocaciones románticas y nacionalizadoras de los krausistas. Los valores eran más bien concebidos como el precipitado axiológico de la evolución histórica de las sociedades, el aspecto moral de una comunidad concreta, los principios de carácter político o público que la mayoría de los sujetos de una colectividad compartían y en los que justamente basaban su convivencia. Son estos valores en cuanto decantado histórico y social los que dotaban de contenido las consideraciones iusnaturalistas de la nueva disciplina. Valores, en efecto, descodificados y traducidos a principios jurídicos por mediación del cuerpo de juristas, pero arraigados de cualquier modo en un proceso social en permanente transformación, impulsado por todos los sujetos sin excepción y, por tanto, bien diverso de la dinámica social tal y como la entendía la mentalidad oficial de la Restauración, esto es, como despliegue permanente y progresivo de unas esenciales institucionales indelebles.

Lo decisivo es que era precisamente esta remisión a los valores lo que permitía al jurista volver a colocarse en una posición, no ya de superioridad, mas sí de potencial crítica fundamentada en relación a los políticos. En conclusión, el jurista republicano, trabajando ya con un lenguaje diferenciado, y dirigidas sus acciones por un propósito científico y racionalizador, mas no tanto por la lucha por el poder, se distinguía ahora del legislador estatal por su competencia para refinar técnicamente sus decisiones, mas también por su propensión a criticar la obra legislativa, no ya proponiendo bases para su reforma, sino contrastándola con los valores que se suponían imperantes en la sociedad donde ésta había de arraigar.