

**HANS KELSEN Y LA TRADITIONELLE RECHTSLEHRE.
LOS ANTECEDENTES DE LA PUREZA METODOLÓGICA
EN EL PENSAMIENTO DE CARL FRIEDRICH VON GERBER**

*HANS KELSEN AND THE TRADITIONELLE RECHTSLEHRE.
THE PRECEDENTS OF THE METHODOLOGICAL PURITY
IN THOUGHT OF CARL FRIEDRICH VON GERBER*

DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ
Universidad de Almería

Fecha de recepción: 3-5-14

Fecha de aceptación: 1-9-14

Resumen: *En el presente ensayo se trata de rastrear la relación que mantiene Hans Kelsen con el pensamiento de la llamada traditionelle Rechtslehre. Desarrollaremos las críticas que realiza Kelsen a sus antecesores, convirtiéndose así en un herejero ingrato. En el segundo y tercer apartado nos centraremos en la idea kelseniana de pureza, la cual tradicionalmente se ha entendido procedente del influjo de Kant. Aquí defendemos que sus huellas se hallan también en la obra de Carl Friedrich von Gerber.*

Abstract: *This essay traces the relationship between Hans Kelsen and the traditionelle Rechtslehre. We will develop their confrontation, becoming an ungrateful heritor. In the second and third parts, we will focus on Kelsen's idea of purity, which traditionally has been understood from the influence of Kant. Here we argue that its marks are also found in the work of Carl Friedrich von Gerber.*

Palabras clave: pureza metodológica, doctrina jurídica tradicional, derecho público, organicismo.

Keywords: methodological purity, traditional legal doctrine, public law, organicism.

1. HANS KELSEN, EL *INGRATUS*, Y LA *TRADITIONELLE RECHTSLEHRE*

Hace tres años se cumplió el primer centenario de la publicación de uno de los textos más relevantes para la cultura jurídica occidental. En 1911 veía la luz la *opera prima* del que fuera, quizás sin exagerar, el jurista más importante del siglo XX: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*¹. Si bien es cierto que no era su primera publicación, suponía una ruptura con su formación intelectual². Como es bien sabido, esta extensa monografía sentaba las bases, especialmente en su segunda edición de 1923 con la incorporación del dinamismo procedente de Merkl³, de lo que pocos años más tarde sería la *Reine Rechtslehre*⁴. Y estos cimientos se posaban a través de la crítica implícita a su maestro Georg Jellinek⁵.

Pero pasados ya varios decenios desde la muerte de Hans Kelsen, ¿por qué habríamos de volver a leerlo? ¿Qué podemos aportar de nuevo? Teniendo presente la ingente producción de literatura secundaria, nuestra contribución al estudio de la obra kelseniana parte de una pista que nos deja el propio autor en su *Allgemeine Staatslehre*, publicada 25 años después de la fundamental obra homónima de Jellinek⁶. A partir de esta cita trataremos de

¹ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.C.B. Mohr, 1911 (Trad. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Ed. Porrúa, México, 1987).

² H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Viena, 1905 (trad. *La teoría del Estado de Dante Alighieri*, Ed. KRK, Oviedo, 2007). Se trata de un trabajo descriptivo de la obra de Dante *De Monarchia* sobre el que aún se deja notar la sombra ineludible de Jellinek, así como una línea de continuidad con la doctrina jurídica del siglo XIX, especialmente Gierke, Sthal, von Stein y Savigny.

³ En la segunda edición de los *Hauptprobleme*, Kelsen reconoce la deuda asumida con su colega Adolf Julius Merkl con respecto al desarrollo de la teoría gradual del derecho. H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. XLVIII. Los textos de Merkl son los siguientes: *Das doppelte Rechtsanlitz*, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, *Die Rechtseinheit des österreichischer Staates*, *Hans Kelsen System einer reinen Rechtstheorie*, *Die Lehre von der Rechtskraft*.

⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, 1934 (Trad. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2011).

⁵ Jellinek fue maestro de Kelsen durante sus años de trabajo en su tesis de habilitación para la docencia.

⁶ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900 (Trad. *Teoría general del Estado*, Ed. Comares, Granada, 2000). H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925 (Trad. *Teoría general del Estado*, Ed. Comares, Granada, 2002 con un extenso estudio introductorio de Fernando de los Ríos).

reconstruir una parte de la herencia que recibe Kelsen y en qué medida podemos considerarlo un *ingratus*⁷.

En el primer apartado de nuestro trabajo se desarrollarán las críticas que vierte Kelsen contra sus más inmediatos antecesores intelectuales. En la segunda y tercera parte del artículo, la idea motriz del pensamiento kelseniano, la pureza metodológica, ocupará el papel protagonista de nuestras páginas: se ha entendido que esta idea procede de la influencia del pensamiento de Kant. Sin cuestionar esta tesis, defendemos que la pureza kelseniana también mantiene fuertes vínculos con la idea de ciencia del derecho que encontramos en la obra del jurista Carl Friedrich von Gerber. Vayamos por pasos. Leamos en primer lugar la cita que nos sitúa en el punto de partida:

*“Ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno”*⁸.

He aquí a tres ascendientes, aquellos que conformaron lo que el heredero llamó la *traditionelle Rechtslehre*. El primer propósito de Kelsen será precisamente poner en tela de juicio a esta doctrina jurídica tradicional: un *tête-à-tête* contra aquellos con los que se siente, paradójicamente, más unido que nunca. Sin embargo, esta ruptura a veces resultará más aparente que real. Difícil es desembarazarse de esta herencia, lo que no impide direcciones y reinterpretaciones opuestas. Kelsen no es un heredero fiel. Alaba en las introducciones a sus progenitores intelectuales, para en el grueso del trabajo tratar de cuestionarlos, llevarles la contraria e incluso, por utilizar una expresión freudiana, *matar al(os) padre(s)*⁹.

Jellinek representa la síntesis y madurez que cabalga entre los siglos XIX y XX: acoge el bagaje desarrollado durante el siglo inmediatamente anterior, especialmente en el pensamiento de Gerber, Laband pero también Gierke, y lo sintetiza para proponer un modelo que medie entre la facticidad y la normatividad. Conceptos tales como *Zweiseitentheorie* (teoría dual), *mínimum ético*, *autolimitación* o *derechos públicos subjetivos* (los *status*) marcan el devenir de la ciencia jurídica en las proximidades del *laboratorio de Weimar*.

⁷ El término no tiene por qué ser asumido con una carga negativa o peyorativa.

⁸ H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., CLXXXVIII.

⁹ No se puede afirmar que Kelsen conociera y aplicara en su vida las tesis mantenidas por Sigmund Freud, pero ha de señalarse, al menos como mera curiosidad, la vinculación del jurista con el *ethos* intelectual de la llamada *Atenas del siglo XX*. Lo cierto es que no se menciona a Kelsen en el manifiesto del *Círculo de Viena* de 1929, pero sí que existen puntos de conexión y

De hecho, en el prólogo a la primera edición de los *Hauptprobleme*, el jurista pragués se lamenta de la amarga pérdida del *maestro inigualable*, Jellinek, cuando este libro se encontraba en imprenta. Lamento que quizás conllevaba una cierta sonrisa burlona: los *Hauptprobleme* son un ataque directo a la *Zweiseitentheorie* de Jellinek, aquel Jano bifronte que mira a direcciones distintas¹⁰: una doctrina social (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) y una teoría jurídica del Estado (*Allgemeine Staatsrechtslehre*). Pero atacar la doctrina de Jellinek también era ir en contra de la doctrina de Gerber. El propio Jellinek reconocía que sin la obra de 1852 de este autor –al que más tarde dedicaremos algunas páginas– no era posible entender la suya¹¹.

Mario G. Losano sintetizó el punto de ruptura global a través de la distinción entre el sistema externo (*terminus ad quem*, límite hasta el cual), propio del siglo XIX, y el sistema interno (*terminus a quo*, límite a partir del cual), llevado a su más excelsa refinación por Kelsen. De esta forma, si el sistema del siglo XIX tiene por objeto la estructura del derecho (se mueve en el ámbito de la teoría del derecho, su centro es la integridad y sirve al conocimiento del derecho), el sistema del siglo XX se centra en la función del derecho (se mueve en el ámbito del derecho positivo, su centro es la laguna y sirve a la aplicación del derecho)¹². Pero si ahondamos en los motivos particulares de

un paralelismo de propósitos. Sobre este asunto, A. ARTOSI, *Hans Kelsen e la cultura giuridica del suo tempo*, Gedit, Bologna, 2006, pp. 11-116.

¹⁰ Como ya se ha señalado en una nota a pie anterior, Jellinek porta la herencia de la incipiente ciencia del derecho público decimonónico de Gerber y Laband, al tiempo que propone un modelo de mediación entre lo social y lo jurídico. P.P. PORTINARO, “Una disciplina al tramonto? La *Staatslehre* da G. Jellinek all’unificazione europea”, *Teoria Politica*, núm.1, 2005, pp. 5 y 6.

¹¹ “En el año 1852, se halla en la ciencia jurídica alemana el intento de construir una concepción estrictamente jurídica de los derechos subjetivos en el memorable tratado publicado por C. F. von Gerber. Por primera vez se lleva a cabo una investigación sistemática de los derechos públicos del individuo desde el punto de vista estrictamente jurídico. En efecto, la investigación científica”. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentliche Rechte*, Ed. J. C. B. Mohr, Freiburg, 1892, p. 4.

¹² El sistema externo se caracteriza por tratar de poner orden dentro del caos de los datos, por el discurso sobre la ciencia y no sobre la materia, y por el carácter lógico del nexo. Por su parte, el sistema interno se define por la sistematicidad intrínseca del dato jurídico, por ser un discurso sobre el objeto de la ciencia y no sobre la ciencia en sí, y por el carácter específico del nexo. M. G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, 3 volúmenes, Ed. Giuffrè, Milano, 2002. Los dos primeros volúmenes se ocupan de las nociones de sistema interno y externo, especialmente los capítulos *Il sistema giuridico esterno* (vol. I, pp. 167 y ss.), *La nozione di sistema al bivio fra teoria e pratica* (vol. II, pp. XIII y ss.) y *Dal sistema giuridico esterno al sistema giuridico interno* (vol. II, pp. 1 y ss.).

la ruptura debemos centrarnos en la crisis del método jurídico y en el agotamiento de sus planteamientos. Este punto de partida lleva a Kelsen a tratar de superar las ficciones y las falsas seguridades en las que se asienta la doctrina jurídica tradicional con el objetivo de construir unos nuevos márgenes de seguridad desde presupuestos no ideológicos¹³.

Como venimos diciendo, es en su obra de 1911 cuando Kelsen sienta tanto las bases de su teoría pura como la ruptura con la doctrina anterior. La obra nace como crítica a la metodología jurídica tradicional tomando a la teoría kantiana del conocimiento. Del mismo modo, la *Allgemeine Staatslehre* de 1925 es una obra de fuerte impronta sistemática en un doble sentido: sistematiza todo lo anterior para realizar una destrucción sistemática. Realiza, con palabras de Maurizio Fioravanti, una auténtica “demolición del concepto de *Estado* dominante en la doctrina jurídica del siglo XIX”¹⁴.

Ya en la introducción de los *Hauptprobleme* muestra las zonas de fricción con la doctrina jurídica tradicional. Las ideas clave se encuentran en la separación entre ser (*Sein*) y deber ser (*Sollen*), entre el derecho positivo y el derecho natural, entre hecho y norma, entre ciencias causales y ciencias normativas.

El principal error de sus antecesores, a juicio de Kelsen, radica en la mezcla que realizan entre el plano del ser y el plano del deber ser, ante todo al concebir el Estado como una persona (un organismo); cuestión que colisionaría frontalmente con el ideal de pureza metodológica al que aspira. Las críticas más aceradas que dirigirá contra la doctrina tradicional se pueden compendiar en los siguientes puntos: 1) la lucha contra los dualismos; 2) la concepción antropomórfica del Estado; 3) la visión romántica del pueblo; 4) la voluntad psíquico-real; y 5) el órgano del Estado¹⁵. A través de esta fulminante crítica, Kelsen acepta el testamento de la doctrina jurídica tradicional

¹³ M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 116.

¹⁴ M. FIORAVANTI, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’ottocento”, en *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, vol. II, Ed. Giuffrè, Milano, 2001, p. 611.

¹⁵ Un desarrollo de las críticas que Kelsen vierte contra las teorías orgánicas e inorgánicas del Estado en D.J. GARCÍA LÓPEZ, *Organicismo silente. Rastros de una metáfora en la ciencia jurídica*, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 118-121 y 233-248. Creemos errónea la diferenciación entre teorías orgánicas e inorgánicas. Sobre esta distinción véase U. HÄFELIN, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates. Dogmengeschichtliche Darstellung*, Ed. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1959, pp. 105-164.

para posteriormente demolerlo. Sinteticemos brevemente esta quintuple crítica en aras de posicionar la ingratitud con la que este heredero afrontará el reto de construir una ciencia jurídica pura.

Ad) 1. La lucha contra los dualismos. Una de las críticas más sensibles que realiza Kelsen se centra en la impureza que en la doctrina jurídica tradicional se deja advertir a través de los dualismos derecho público-derecho privado y derecho objetivo-derecho subjetivo. Sin pretender extendernos exhaustivamente, ya desde su obra de 1911 atacará estas dicotomías por confundir el aspecto político-ideológico con un hipotético carácter científico¹⁶. Para Kelsen todo derecho es derecho público, es decir, el único que crea derecho es el Estado. De esta forma, la unidad evita la desintegración del sistema. En cambio, la ideología de la doctrina jurídica tradicional, al subordinar el derecho privado al derecho público y primar al príncipe (derecho público, relación de poder, desigualdad) frente a los súbditos (derecho privado, relación jurídica, igualdad), sirve, como leemos en la *Teoría pura del Derecho*:

“para garantizar el gobierno, y al aparato administrativo subordinado, una libertad deducida de la naturaleza de la cosa; no una libertad frente al derecho, lo cual sería a la postre imposible, pero sí frente a la ley, frente a las normas generales creadas por una representación popular o con participación esencial de ésta; y ello no solo en el sentido de que una restricción excesiva legal de los órganos gubernamentales y administrativos contradijera la esencia de sus funciones, sino que también, donde aún así aparece, como una restricción que de ser el caso puede ser declarada eliminable”¹⁷.

Frente a este dualismo, Kelsen defenderá la idea del Estado de Derecho cuyos actos se realizan sobre la base del orden jurídico¹⁸. Esta concepción formal hace que ya no se produzca una relación de poder entre los sujetos, sino una igualdad en la subordinación al ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, también se produce una tendencia política o ideológica en la separación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo que Kelsen trata de superar a través de la reducción del segundo al primero, realizándose de esta forma la unidad del sistema jurídico¹⁹. Para superar esta

¹⁶ H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. XLII.

¹⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2^o edición, Porrúa, México, 2000, p. 288.

¹⁸ H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., pp. 152 y 153. Sobre las diferentes nociones de Estado de Derecho en Kelsen, G. BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato*. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, pp. 63-90.

¹⁹ H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. XLI.

dicotomía, Kelsen recurre a la noción de deber jurídico, de tal forma que no es posible invocar un derecho subjetivo contra el derecho positivo (objetivo) ya que los derechos subjetivos son simplemente el aspecto negativo (reflejo material) de una obligación jurídica reconducible a una norma positiva. Así, por ejemplo, el derecho (subjetivo) de propiedad no es otra cosa que el reflejo material del deber jurídico de abstenerse de toda injerencia en los bienes de propiedad de otro²⁰.

Ad) 2. La concepción antropomórfica del Estado. En la *Teoría general del Estado*, Kelsen muestra sus armas contra aquella concepción que entiende el Estado como una totalidad orgánica, como la personificación de un ser. El problema, apunta Kelsen, no se encuentra en el uso de la metáfora en un nivel pedagógico, sino cuando esta es vista como una realidad por la que el Estado posee un querer, un sentir y un pensar propios. Esta “hipótesis convertida en mitología”, como la nombra el jurista pragués, confunde los planos del ser y del deber ser. La finalidad que posee esta confusión radica en «conferir la apariencia de objetividad “científica”, de atribuir en la medida de lo posible el carácter de conocimiento científico-natural a lo que no pasa de ser un razonamiento enteramente subjetivo, matizado de color ético-político»²¹. Para conseguir esta apariencia de científicidad, a juicio de Kelsen, la doctrina jurídica tradicional se apoya en la ambigüedad del concepto *ley*: leyes que se entienden naturales son transformadas en normas jurídicas, atacando de esta forma a determinadas instituciones y justificando otras. Se toma como factor de legitimidad la terminología científico-natural.

²⁰ H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. 496. Entender el derecho subjetivo como un reflejo ya se encuentra en la obra de Gerber. Este denomina *Reflexrechte* a los derechos del súbdito (*Unterthanen* es empleado en la obra de Gerber de 1852) o del ciudadano (el término *Staatsbürger* sustituye a súbdito en su obra de 1865) entendidos como una mera derivación (reflejo) del poder de dominio del Estado. Los derechos subjetivos no se derivan de la autonomía individual, sino que provienen de la condición de miembro de la colectividad: el Estado, que concede la personalidad a los individuos, transforma el dominio de hecho en una relación jurídica. En última instancia, el ciudadano, en el modelo de Gerber, está sujeto a la personalidad, esto es, a su condición de miembro. A través de este sometimiento, el Estado elimina todas las disonancias. Los derechos aquí no son un *prius* (como en el pensamiento revolucionario francés). C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1880 (se trata de la tercera edición; la primera, de 1865, llevaba por título *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*), se cita por la re-edición de 1969 publicada por Scientia Verlag, pp. 229 y 230.

²¹ Ambas citas en H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., pp. 16 y 17.

Una de las consecuencias que se deriva de la confusión de estos planos se encuentra en la separación entre el Estado y el derecho. Este dualismo, como los dos analizados anteriormente, es erróneo puesto que, sigue Kelsen, la realidad del Estado no radica en el reino de la naturaleza sino en el de las normas jurídicas²². El Estado no posee dos realidades como pensaba Jellinek (una social y otra jurídica). El Estado es una persona jurídica expresión de la unidad de un orden jurídico total. La persona del Estado es el punto último de imputación²³. De esta suerte que entre el derecho y el Estado solo puede existir una relación de identidad²⁴.

La doctrina jurídica tradicional entiende que el Estado crea el derecho, su propio ordenamiento jurídico, al que voluntariamente se somete²⁵. El Estado así es concebido como «un ente metajurídico, una especie de *makroanthropos* u organismo social y, por consiguiente, como algo que es presupuesto al derecho. Pero, al mismo tiempo, supone la existencia previa del derecho al estar sometido a él por ser un sujeto jurídico con deberes y derechos subjetivos»²⁶. Frente a esta concepción *impura*, Kelsen propondrá una visión no ideológica del Estado, libre de metafísica, a través de la confluencia en una misma dirección de Estado y derecho. El Estado no sería un organismo, sino un simple punto de imputación, pura normatividad. Así se disuelve el dualismo Estado-derecho, anulando la ideología subyacente²⁷.

Ad) 3. La visión romántica del pueblo. Frente a la doctrina jurídica tradicional, que sostiene la naturalidad del pueblo, su capacidad de pensar, sentir

²² H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., p. 26.

²³ H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., p. 119.

²⁴ La tesis de la identidad entre Estado y derecho no aparece en la edición de 1911. Habrá que esperar a un texto de 1922, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, en el que, bajo el influjo de Cohen y como crítica a la teoría dual de Jellinek, Kelsen apuesta por la unidad entre el derecho y el Estado. M.G. LOSANO, *Teoría pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, Ed. Temis, Colombia, 1992, pp. 21 y 22. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., pp. 118-127. Federico Fernández-Crehuet López me advierte de la existencia de un texto anterior, publicado en una revista checa en 1913/14, en el que ya esboza la tesis: "Die soziologische und die juristische Staatsidee" (*Sociologická a právníká idea státu*), en *Sborník věd právních a státních*, 14, 1913/14, pp. 69-101.

²⁵ Esta es la tesis de la auto-obligación del Estado de Jellinek, que difiere sobremanera de la autolimitación propugnada por Humboldt. Sobre ambas, D.J. GARCÍA LÓPEZ, *Organicismo silente*, cit., pp. 180-186.

²⁶ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., pp. 118.

²⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., pp. 126 y 127.

y querer, Kelsen apuesta por un concepto de pueblo estrictamente normativo: un sistema de actos individuales con consecuencias normativas, esto es, un complejo de normas²⁸. Podríamos decir que el pueblo, para Kelsen, es un conjunto de centros de imputación y no el cuerpo de la población. Una de las consecuencias de esta idea normativa de pueblo será la defensa del parlamentarismo frente al corporativismo²⁹.

Ad) 4. La voluntad psíquico-real. En su confusión entre el ser y el deber ser, la doctrina jurídica tradicional, al concebir al Estado como un organismo, entenderá que este posee una voluntad como fuerza natural³⁰. Conciben la voluntad del Estado como un proceso psíquico (ya sea individual o social), rechazando el concepto de voluntad ficticia (*persona ficta*)³¹. A diferencia de esta concepción anclada en el mundo de la causalidad y de la sustanciación de la voluntad del Estado³², Kelsen defiende una voluntad normativa, una voluntad en tanto imputación jurídica. La voluntad queda depurada de todo elemento ajeno al estrictamente jurídico. Es configurada como una construcción, un producto, un artificio³³. El Estado no es una sustancia natural cuya voluntad se mueve en el ámbito psicológico-real. Su consistencia es estrictamente normativa, secularizada de toda forma corpórea. La voluntad se entiende como un mero punto geométrico, inmaterial y foco ideal en el que todas las líneas de imputación deben converger³⁴.

Ad) 5. El órgano del Estado. Partiendo de nuevo de la distinción entre las esferas del ser y del deber ser, Kelsen entenderá, frente a la doctrina jurídica

²⁸ El pueblo no sería un conglomerado corpóreo, sino “la unidad de una pluralidad de hechos de conducta humana, que constituyen el contenido de las normas del derecho; unidad, a su vez, que ha sido creada por la unidad del orden jurídico”. H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., p. 250.

²⁹ Quienes defienden una concepción natural u organicista del pueblo pretenden, según Kelsen, sustituir el parlamentarismo democrático por la organización corporativa. H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., p. 577. H. KELSEN, *De la esencia y valor de la democracia*, Ed. KRK, 2006.

³⁰ H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., pp. 161-163.

³¹ Sobre el miedo de la doctrina jurídica tradicional a la ficción, H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. 154. Paradójicamente, en el prólogo a la primera edición de esta obra Kelsen se propone combatir el recurso a la ficción como mecanismo distorsionador de la realidad. A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, p. 14.

³² Kelsen se opuso a la *moderna psicología de los pueblos* de Wilhelm Wundt o al organicismo de Gierke. H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., pp. 139 y ss.

³³ H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. 142.

³⁴ A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit., p. 60.

tradicional, que el órgano del Estado debe concebirse desde el plano estrictamente jurídico. Si Gierke, a quien Kelsen otorga la autoría del concepto prototípico de órgano³⁵, se posiciona desde una visión teleológica (el órgano es un medio para un fin: asegurar la persistencia de la totalidad del organismo), Kelsen rechazará el plano sociológico. Refuta que la voluntad del Estado no sea creada por el orden jurídico sino que la pre-exista. Esta confusión del ser y del deber ser, de la causalidad y de la imputación, de lo natural y de lo jurídico, hace que la personalidad del Estado se entienda anterior y prioritaria al orden jurídico. Para superar esta confusión, Kelsen apuesta otra vez por una mirada estrictamente jurídica: las actividades específicas del órgano del Estado serán aquellas que manifiesten la voluntad del Estado proclamada en la norma jurídica³⁶.

Es curioso que Kelsen trate de salvar en este asunto a Gerber. La deuda asumida con sus legatarios, como vimos al principio de este artículo, lleva hasta el punto de omitir palabras. Kelsen entiende que, en este asunto de los órganos del Estado, Gerber es “adverso a la concepción orgánica del Estado”³⁷, por la cual se entiende que la esencia del órgano del Estado reside en que realiza la voluntad de la personalidad del Estado. Sin embargo, en la cita hay un elemento que Kelsen omite. Gerber señala que «en la representación del Estado como organismo está implícita la idea que debe tener ciertos órganos *cuya actuación realiza la voluntad de su persona* [se refiere al Estado]»³⁸. Gerber, como en el último epígrafe bosquejaremos, defiende una concepción organicista del Estado³⁹.

³⁵ H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. 395.

³⁶ H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., pp. 609 y 610.

³⁷ H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. 393.

³⁸ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., p. 76. Subrayado mío.

³⁹ Se ha ocupado del organicismo en Gerber, D.J. GARCÍA LÓPEZ, *Organicismo silente*, cit., pp. 117-155. Sobre la metáfora orgánica debe citarse E.W. BÖCKENFÖRDE, “Der Staat als Organismus. Zur staatstheoretisch-verfassungspolitischen Diskussion im frühen Konstitutionalismus”, en *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Ed. Suhrkamp, 2006, pp. 263-272. G. DOHRN-VAN ROSSUM y E.W. BÖCKENFÖRDE, “Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper”, en O. BRUNNER, W. CONZE y R. KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, volumen 4, Ed. Klett-Cotta, Stuttgart, 1978, pp. 519-622. A. MEYER, “Mechanische und Organische metaphorik politischer philosophie”, en *Archiv für Begriffsgeschichte*, núm. 12, 1969, pp. 128-199. Véase, no obstante, el *status quaestionis* en la obra D.J. GARCÍA LÓPEZ, *Organicismo silente*, cit., pp. 17-24.

Llegados a este punto en el que hemos esbozado la relación que mantiene Kelsen, como heredero crítico, con el pensamiento de sus antepasados reunidos en la *traditionelle Rechtslehre*, debemos a continuación detenernos en la idea directriz de su obra, a saber: la pureza metodológica. No nos interesa diseccionar los diferentes sentidos que mantuvo a lo largo de la vida y obra del jurista pragués. Sobre eso hay ya una amplia y excelente bibliografía⁴⁰. Lo que nos preocupa es desentrañar sus fundamentos, es decir, en quién se inspira Kelsen para elaborar su *teoría pura*.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LA PUREZA METODOLÓGICA

En la segunda edición de los *Hauptprobleme*, explicita las fuentes filosóficas de su pensamiento: el principio de la pureza metodológica proviene de la filosofía neokantiana de Marburgo; la distinción entre ser y deber ser, así como la diferencia entre las leyes naturales y las normas provienen de la filosofía de Windelband y de Simmel; la antipatía hacia el método sociológico y psicológico de la fenomenología de Husserl; el enfoque epistemológico de Cohen; las críticas a la personificación de la ciencia jurídica de la doctrina de la ficción de Vaihinger. No parece que Kelsen fuera un diletante⁴¹.

Respecto a la pureza metodológica, algunos han atribuido la herencia a la teoría del conocimiento de Husserl⁴², pero la tesis más difundida es aquella que la vincula al pensamiento de Kant. Aunque hay quien ha rechaza-

⁴⁰ Por resumir brevemente los diferentes significados de la pureza metodológica, podemos analizarla desde dos puntos de vista: 1) un sentido negativo que englobaría su carácter depurador (exclusión de todo elemento externo al derecho); y 2) un sentido positivo en torno a la imputación como categoría gnoseológico-trascendental. Ello se traduce en el monismo metodológico frente al sincretismo, la separación *Sein-Sollen*, la neutralidad, el carácter avalorativo y anti-ideológico, la diferencia entre las ciencias causales y las ciencias jurídicas, etc. Al respecto y a modo meramente orientativo, A. CALSAMIGLIA, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1977; J.A. GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996; M.G. LOSANO, *Teoría pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, cit.; U. SCHMILL y R. VERNENGO, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

⁴¹ H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., pp. XL a L.

⁴² B. ROMANO, "La fenomenologia di Husserl e la genesi della "dottrina pura del diritto" di Kelsen", en *Due studi su forma e purezza del diritto*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, pp. 53-122, especialmente 55 a 75. Sobre la relación entre Kelsen y Husserl, G. STELLA, "Hans Kelsen, Ernst Mach, Edmund Husserl", en A. CARRINO (Ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, pp. 141-153.

do este legado⁴³, ya desde un temprano estudio de Renato Treves, fechado en 1934, así como la correspondencia que mantuvieron ambos juristas (en la que Kelsen declara tratar de administrar de la forma más fielmente posible la herencia espiritual de Kant), se atestigua la influencia del filósofo de Königsberg⁴⁴.

Ambos autores presentan un tratado sobre el método. Si en la *Kritik der reinen Vernunft*, Kant trata de la posibilidad de la matemática pura o de la física pura, en *Reine Rechtslehre* Kelsen aborda la posibilidad y la validez del derecho positivo. Incluso, en un primer esbozo, la propia expresión *reine Rechtslehre* la encontramos en el mismo prólogo de *Metaphysik der Sitten*⁴⁵.

El texto de Renato Treves en el que defiende las bases kantianas de la pureza metodológica fue fruto de una polémica iniciada por Herman Heller. En 1934, el jurista de Teschen acusó a Kelsen de representar la figura del eje-

⁴³ “Existe una tendencia generalizada a ver en Kelsen, aparte del gran jurista que es, también a un filósofo. Y ello, no sólo por las inciertas bases kantianas –por lo demás hoy prácticamente rechazadas– de su doctrina, como por las analogías que pueden observarse en algunas de sus posturas (como, por ejemplo, las relativas a los valores, que él considera irracionales) con los principios del neopositivismo, o positivismo lógico, filosofía que en nuestro días ha tenido muchos seguidores”. G. FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho*, Vol. III, Ed. Pirámide, Madrid, 1996, p. 234.

⁴⁴ La correspondencia se puede leer en H. KELSEN y R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Edizione Scientifique Italiane, Napoli, 1992, p. 52. La obra de R. TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, Accademia delle Scienze, Torino, 1934. Más recientemente ha de destacarse el trabajo de S. GOYARD-FABRE, “L’ispirazione kantiana di Hans Kelsen”, en *Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto*, Edizione Scientifique Italiane, Napoli, 1993, pp. 9-43. S. PAULSON, “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 547-582. También ha de ser citado, por manifestarse como una crítica demoledora que situará los primeros pasos del neohegelianismo, E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie: eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Ed. Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp. 20-35.

⁴⁵ “La doctrina del derecho, como primera parte de la doctrina de las costumbres, es, pues, aquello a lo que se exige un sistema que surja de la razón, que podría llamarse la *metafísica del derecho*. Ahora bien, puesto que el concepto de derecho como un concepto puro está, sin embargo, enfocado hacia la praxis (a la aplicación a los casos que se presentan en la experiencia), y por tanto, un sistema metafísico del mismo tendría que atender también, en su división, a la multiplicidad empírica de los casos, para completar la división”. En el prólogo a la segunda parte el término se hace más explícito: “Nadie dudará de esta necesidad en el caso de la doctrina pura del derecho, porque ésta concierne sólo a lo *formal* del arbitrio, que debe ser limitado en la relación externa, según leyes de la libertad, prescindiendo de todo *fin* (como materia del mismo)”. I. KANT, *Metafísica de las costumbres*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pp. 5 y 223.

cutor testamentario de Laband, señalando que la teoría pura no era más que el desarrollo del programa labandiano «más o menos puramente jurídico»⁴⁶.

Creemos que tanto Treves como Heller se equivocaron, al menos parcialmente. Es cierto que la pureza metodológica dista mucho del pensamiento de Paul Laband. El *Kronjurist* del Imperio, por usar una expresión de Massimo La Torre⁴⁷, desarrolló una obra con un fuerte carácter apologético, exponiendo el derecho como mera descripción de las normas jurídicas existentes, no pudiendo separar así el derecho de la política. Su obra fue una legitimación jurídica del régimen político imperial⁴⁸. Asimismo, Treves no parece estar acertado del todo. El jurista italiano niega que la pureza metodológica posea una raíz en la obra de Gerber, pues al negar Kelsen la dicotomía público-privado está atacando la incorporación de elementos de derecho privado que Gerber realizó en la ciencia jurídica del derecho público⁴⁹.

Tres son los motivos por los que nos parece errónea esta afirmación tan precipitada de Treves. En primer lugar, Gerber, al igual que Jellinek y a diferencia de Laband, trató de teorizar un método jurídico general alejado de ordenamientos concretos. Él también podría haber escrito la primera línea de la *Teoría pura del Derecho*⁵⁰. No le interesaban las normas jurídicas de ordenamientos concretos, sino la consecución de una ciencia jurídica que en tanto ciencia fuera válida

⁴⁶ H. HELLER, *Teoría del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 111.

⁴⁷ M. LA TORRE, *Dissaventure del diritto soggettivo*, Ed. Giuffrè, Milano, 1996, p. 165. Como apuntó Hattenhauer, la obra de Laband *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs* (en tres volúmenes aparecidos entre 1876 y 1882) “quedó como la interpretación obligatoria de la Constitución hasta el final del Imperio”. H. HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 246.

⁴⁸ «La función jurídico-política del método “jurídico” después de 1870 consistió especialmente en legitimar las relaciones del derecho público del Reich imperial apenas fundado y en asegurar su existencia con la exclusión de toda crítica política de calidad. La premisa política de la doctrina “jurídica” del derecho público de Laband era la afirmación de los principios monárquicos-conservadores y de la política antiliberal de Bismarck. En la medida en que el compromiso política entre monarquía y democracia, sobre la cual se apoyaba la constitución del Reich, se desarrollaba en la realidad política en el sentido del predominio del régimen monárquico-conservador, la doctrina del derecho público de Laband acabó necesariamente con la obtención de rango de doctrina oficial, incontestada». W. WILHELM, *La metodología jurídica del siglo XIX*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, p. 147.

⁴⁹ R. TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 10.

⁵⁰ “La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo. Del derecho positivo simplemente, y no de un ordenamiento jurídico determinado. Es teoría general del derecho, y no interpretación de normas jurídicas concretas, nacionales o internacionales”. H. KELSEN, *Teoría pura de Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., p. 41.

para todos los sistemas jurídicos. En segundo lugar, aunque es cierto que Gerber mantiene la dicotomía derecho público-privado, esta se diluye al hacer depender el derecho privado del derecho público. De hecho, el derecho privado encuentra su fundamento en el derecho público (*infra*). Y en tercer lugar, el propio Kelsen declara, como señalamos al inicio de este artículo, sentirse heredero de la línea de pensamiento que surge con Gerber y que culmina con Jellinek.

No se pretende negar el influjo de Kant. Es más que obvia su impronta. Pero ello no puede ser óbice para pensar que Kant no influyera en Gerber o Jellinek en relación a la pureza. De hecho, Jellinek conocía bien la obra de Kant. Es el propio Kelsen quien nos da esta pista al señalar, tras mostrar su adhesión a la línea iniciada con Gerber, que estos autores se encontraban:

“influenciados, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo ser y deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas cuantitativas, intrasistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva”⁵¹.

Parece que Treves se equivocaba al tratar de deslindar a Kelsen de la tradición que él mismo acoge de forma, eso sí, crítica.

3. CARL FRIEDRICH VON GERBER, EL OLVIDADO, Y LA EMERGENCIA DE LA IUSPUBLICÍSTICA

Después de analizar las críticas que realiza Kelsen a aquella doctrina heredada del siglo XIX y rastrear los fundamentos de su idea motriz, la pureza metodológica, en el pensamiento de Kant y de Gerber, debemos dirigir nuestra atención hacia este último para fortalecer nuestra tesis, a saber: la pureza kelseniana mantiene puntos de unión tanto con la filosofía kantiana como con el pensamiento jurídico de Gerber.

Las razones que impulsan a detenernos se deben a un olvido, no tanto deliberado como circunstancial o accidental. Kant ha pasado a la historia de la filosofía como uno de los grandes pensadores; no puede obviarse el tributo que Kelsen le debe. Pero esta alianza es de sobra conocida y sobre ella poco más se puede decir. En cambio, Gerber ha sido arrinconado en la historia de la filoso-

⁵¹ H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., p. CLXXXVIII.

fía jurídica, casi desapercibido. Los manuales universitarios, aquellos archivos que reproducen *ab infinitum* una voz rumiante⁵², omiten su vida y obra.

No queremos con ello señalar que existe una enemistad manifiesta de los tratadistas. Lo cierto es que, como bien apunta Michael Stolleis, el olvido al que fue condenado Gerber se debe a los cambios políticos acaecidos a finales del siglo XIX y ante los cuales su obra quedaría *inutilizada*. La renuncia al análisis del derecho positivo de un ordenamiento concreto –algo que también haría Kelsen– provoca que la obra de Gerber quede relegada a un segundo plano⁵³, imprimiéndose solamente tres ediciones, una vez se produce la sustanciación del *Reich*⁵⁴. Pero este olvido no puede ser obstáculo para exponer, aunque sea someramente, las líneas argumentales del pensamiento de Gerber con respecto a la pureza y, aunque convirtiéndolo así en un medio para un fin, poder aportar un poco más de entendimiento a la obra de Kelsen.

3.1. Del Derecho Privado al Derecho Público: los primeros esbozos de la pureza

La importancia de Gerber no solo radica en aquello que lo une con Kelsen. Podemos situar en el pensamiento de Gerber la emergencia de la

⁵² “La ley instituye en cada sistema su propia ciencia, un saber legítimo y magistral, para asegurar a los sujetos la comunicación de las censuras y hacer prevalecer la opinión de los maestros”. P. LEGENDRE, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1979, p. 5. También puede verse M. ONFRAY, *La comunidad filosófica. Manifiesto por una Universidad popular*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2008, p. 58.

⁵³ Eclipsada también por su gran amigo y colaborador Rudolf von Jhering. Juntos fundaron en 1857 la revista *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Mario G. Losano recopiló el intercambio epistolar entre ambos juristas en *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Ed. Giuffrè, Milano, 1977. Las cartas están dedicadas, en su mayoría, a la situación familiar, las relaciones con otros colegas universitarios y la revista que entre ambos sacaron adelante. Llama la atención, durante los primeros años, la insistencia de Jhering en preguntar qué acogida están teniendo sus publicaciones. En este aspecto Gerber es más modesto: apenas habla de sus proyectos editoriales, solo cuando ya se han publicado. Si durante los primeros años ambos coinciden en el pensamiento (idea de sistema, uno para la reconstrucción unitaria del derecho germano y el otro para el derecho romano), con la publicación de Gerber de 1865, Jhering manifestará su distanciamiento debido a la mutación que ha sufrido su pensamiento desde dos años atrás, manifestada en el tercer volumen de su obra *Espíritu del derecho romano*. No obstante, en una carta fechada el 2 de julio de 1865, Jhering reconoce y felicita el perfeccionamiento del aspecto lógico del derecho que se halla en la nueva obra de Gerber.

⁵⁴ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II, 1800-1914, Ed. C. H. Beck, München, 1992, pp. 337 y 338.

ciencia del derecho público⁵⁵. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, el pensamiento de Savigny entrará en crisis: ya no interesa tanto el nexo entre sistema e historia. Se produce un cambio de paradigma: el jurista buscará modelos formales movidos por la coherencia lógica interna⁵⁶. De este modo, la lógica entierra al historicismo⁵⁷.

Gerber conseguirá reconducir los estudios jurídico-públicos desde una visión meramente política, como fue el caso de Bluntschli⁵⁸, a la consideración marcadamente jurídica, pasando de la antigua concepción iusprivatista del Estado como objeto del poder monárquico a la moderna construcción del derecho público y del Estado como sujeto supremo y unitario del derecho. De esta forma se favoreció notablemente la unificación alemana en 1871⁵⁹.

Discípulo de eminentes juristas como Haenel, Albrecht, Mittermaier, Vangerow y Puchta, Gerber deambulará entre la docencia universitaria y la política activa, llegando a ser Rector de la Universidad de Tübingen y *Ministerpräsident* durante 8 meses tras varios años como *Kultusminister*⁶⁰. Es

⁵⁵ No nos planteamos el *origen* de la ciencia del derecho público. Con el término *emergencia* se alude a un momento de ruptura o a una mutación que marca un punto de discontinuidad. Helmung Coing señaló que el fin de la ciencia jurídica unitaria y supranacional encargada del estudio del *ius commune* se produce precisamente en el siglo XIX a causa del desarrollo de la Ilustración, el desuso del latín y el fenómeno de la codificación. Ello provocó que la ciencia jurídica se orientara hacia el derecho de cada Estado, haciendo posible la iuspublicística. H. COING, *Derecho privado europeo*, vol. II, Ed. Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pp. 47 y 48. Para una crítica de la nostalgia identitaria de Coing, F. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, “*Ius commune* e identidad europea: el ocaso de un mito”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, pp. 185-208.

⁵⁶ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., p. 331.

⁵⁷ “El método científico ahora no estaba más conforme con la presunta esencia de su objeto y que no conservaba en la forma científica la “naturaleza orgánica”, sino que más bien la destruía. Con esto sin embargo el ideal científico de la primera escuela histórica, esto es, aquél de dar en el sistema, un retrato del real ligamen interno del derecho estaba definitivamente abandonado. Sistemática no significó ya más libre creación del “sistema natural” por parte de la ciencia, sino una subordinación del derecho a un sistema conceptual lógicamente pre-constituido. El principio romántico de la visión vivificadora era expulsado del pensamiento lógico-formal”. W. WILHELM, *La metodología jurídica del siglo XIX*, cit., p. 79.

⁵⁸ Principalmente en su obra *Allgemeine Staatslehre* de 1852, traducida por la editorial Góngora y Compañía en 1880 bajo el título *Derecho Público universal* (4 volúmenes). Una obra anterior, de 1844, en la que ya encontramos esbozadas algunas de las ideas de su texto de 1852 fue *Psychologische Studien über Staat und Kirche*.

⁵⁹ M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 97 y 98.

⁶⁰ Se habilitó como profesor a la edad de 21 años en la Universidad de Jena. Posteriormente, en 1847, gana una plaza de profesor de derecho privado alemán e historia ju-

curioso que el tránsito del derecho privado al derecho público se produzca precisamente cuando comienza, a partir de los años 50, a ocupar cargos políticos en el Parlamento o en el Gobierno. De ahí que podamos atestiguar dos etapas en su pensamiento: la primera está vinculada al estudio del derecho privado y viene reflejada en *Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts* y *System des Deutschen Privatrechts*⁶¹; la segunda se centran en su compromiso con el derecho público a través de sus obras *Über öffentliche Rechte* y *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*⁶², así como los cargos políticos que ocupó.

El objetivo que Gerber se marca con estas dos obras fue realizar una sistematización del derecho⁶³ (un sistema unitario que favoreciera la unidad del derecho alemán), que lo hiciera una verdadera ciencia, más allá del mero dato histórico, para arribar a la abstracción del concepto a través de un méto-

rídica alemana en Erlangen. A la edad de 28 años pasa a la Universidad de Tübingen. En esta universidad fue nombrado vicerrector y rector. Compagina su labor docente con otros cargos: parlamentario en Wüttemberg, redactor entre 1857 y 1861 del Código General de Comercio (ADHGB). En 1867 se marcha a la Universidad de Leipzig, siendo nombrado miembro por el distrito de Leipzig para el Parlamento Constituyente de la Confederación Alemana del Norte y en 1871 es nombrado *Kultusminister* (este cargo lo rechazó en su etapa en Tübingen por su negación a firmar un concordato con la Santa Sede) hasta 1891, año en el que ocupa el cargo de *Ministerpräsident* hasta su temprana muerte a la edad de 68 años. Sobre la vida de Gerber es imprescindible remitirse a C. KREMER, *Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber*, Ed. Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 2008, pp. 1-69. También puede consultarse BESCHORNER, "C. F. v. Gerber", en *Allgemeine deutsche Biografie*, vol. 49, 1904; P. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1974, pp. 163-169. Recientemente ha sido publicado una pequeña monografía sobre Gerber por J. L. MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, *El caso de la política. Carl Friedrich von Gerber y la ciencia jurídica alemana*, Ed. Comares, Granada, 2012.

⁶¹ Las obras fueron publicadas en Jena en 1846 y 1848 respectivamente. Las dos obras fueron fuertemente criticadas por Beseler y Reyscher, germanistas liberales, por la defensa que hace Gerber de los privilegios de la nobleza y del sistema feudal. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., p. 332.

⁶² C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, 1852 (cito por la reedición de 1968 publicada por Wissenschaftliche Buchgesellschaft) y C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit. Esta segunda obra, en su tercera edición de 1880 cambiará el título por *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*. El cambio es ya representativo de la época en la que se encuentra: el derecho público ya estaba en funcionamiento gracias a la unificación (1871) y la creación del Imperio. Es significativo el contraste entre el retraso y bajo desarrollo del constitucionalismo alemán durante el siglo XIX frente al alto nivel de desarrollo doctrinal.

⁶³ A diferencia de Puchta, que entiende el sistema desde las relaciones jurídicas, Gerber asume el sistema desde las instituciones jurídicas: un sistema no de derecho sino de derechos, de derecho subjetivos. M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, cit., p. 312.

do lógico-dogmático. Con su afán de alejarse del historicismo, llegó incluso a acusar a la doctrina iusprivatista coetánea de haber sometido el derecho moderno a las fantasías medievales con abundantes notas históricas, reinando entre la doctrina un espíritu impuro de superficialidad, de partidismo político y de falta de científicidad, lo que conduciría a su destrucción. Frente a esta falta de científicidad, Gerber apostará por construir (producir) una serie de tipos conceptuales y de formas jurídicas. Para ello utiliza a la historia, pero de modo exclusivamente auxiliar a la lógica, construyéndose así un nuevo mundo jurídico⁶⁴.

El anhelo de científicidad –que recorrerá, años más tarde, la obra kelseniana–, de enfrentarse al derecho desde planteamientos estrictamente lógicos, lo llevará a su más excelso desarrollo en su etapa iuspublicista. En 1852, pocos años después de la revolución de 1848, Gerber publica su obra *Über öffentliche Rechte*, seguida en 1865 por *Grunzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*. Su paso por el derecho privado le aportará los elementos idóneos para esta nueva andadura. Él mismo lo reconoce: el derecho público necesita algunas veces de la ayuda del derecho privado⁶⁵. La razón principal: el derecho privado hasta ese momento es el único campo en el que la ciencia romanista alemana ha llegado a construir un sistema específicamente jurídico en un cuerpo unitario⁶⁶.

3.2. La pureza gerberiana

Gerber escribe en una época convulsa. Los avatares y tensiones de 1848 marcarán su pensamiento. Frente a la crisis política, la desmembración social o la fragmentación de los sistemas jurídicos, Gerber propondrá como solución purificar el método a la hora de estudiar el Estado, consiguiendo de esta forma la sistematicidad de un derecho público común. La pureza se materializará en la exaltación del valor del orden y de la seguridad, construyendo

⁶⁴ H. COING, *Derecho privado europeo*, cit., pp. 77 y 78. C. KREMER, *Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber*, cit., p. 19. W. WILHELM, *La metodología jurídica del siglo XIX*, cit., pp. 84, 85 y 99.

⁶⁵ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., p. 30.

⁶⁶ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., p. 24. No obstante, poco tiempo después, en el texto *Bemerkungen zur Beurtheilung genossenschaftlicher Verhältnisse* (en *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, 12, 1855, pp. 193 y ss.), advertirá de la necesidad de salir de los confines del derecho privado. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Ed. Giuffrè, Milano, 1979, pp. 247 y 248.

una unidad –la del derecho público germano– a través de la ciencia, despojada de elementos extrajurídicos, como anticipo de la unidad nacional aún inexistente. Para Gerber, el derecho se alza como el instrumento o la fuerza para conseguir la organización estatal y la estabilidad institucional⁶⁷.

Sin embargo, como consecuencia de las circunstancias político-sociales de 1852, momento en que se publica la primera obra iuspublicista de Gerber, es imposible llevar a cabo este propósito, a pesar de que el terreno sobre el que se ha de asentar el nuevo derecho público está completamente renovado con respecto al siglo anterior⁶⁸. Si sumamos la falta de unidad en el derecho público (que sí existe en el derecho privado), la reciente revolución de 1848 y la victoria de la contrarrevolución⁶⁹, a juicio de este autor se hace imposible la construcción de una ciencia del derecho público común germano:

“El derecho público germano no podrá ni siquiera llegar a aquella unidad científica que reivindicó en el derecho privado alemán, ya que la unidad de esta última se asienta sobre ser el común espíritu nacional alemán inmediatamente operante más allá de las particularidades de los Estados componentes de la Nación alemana, y, en tanto que no se puede negar que también en el derecho público, debido a múltiples aspectos, se siente la influencia de esta fuerza colectiva, sin embargo la producción jurídica en este campo está, externamente, ligada a los límites y condiciones locales e, internamente, en su esencia, subordinada a aquella determinada oposición entre particular y general y al cierre, consciente, dentro de un territorio determinado, que aquel modo de considerar el derecho, en este caso, estaría lejos de ser justificable”⁷⁰.

El pesimismo de esta obra de 1852 no se contagiará, como veremos a continuación, en su obra de 1865. La inexistencia de una unidad jurídica material y las convulsiones político-sociales hacían imposible la construcción de una ciencia del derecho público estrictamente jurídica. El lamento de Gerber es manifiesto:

⁶⁷ C. KREMER, *Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber*, cit., pp. 408-411. M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, cit., p. 306. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, cit., p. 205.

⁶⁸ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., pp. 1 y 2. Lo que compara Gerber es el siglo XVIII, representado por el código prusiano *Allgemeine Landrecht*, con su presente, el siglo XIX, en el que se desarrollan las constituciones dualistas.

⁶⁹ J. DROZ, *La formación de la unidad alemana 1789/1871*, Ed. Vicens-Vives, Barcelona, 1973, pp. 181-184.

⁷⁰ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., pp. 10 y 11.

“Pero sobre todo una época en la que una organización expulsa a la otra, una época en la que todas las relaciones públicas se encuentran en constante agitación, y todo lo que existe está amenazado de revolución, esta época, por tanto, no es propicia para la ciencia jurídica; es una época de la política y no del derecho”⁷¹.

Esta última frase, *es una época de la política y no del derecho*, marca toda la obra. Su objetivo en 1852 no es construir una ciencia jurídica en todos sus elementos. Esto es imposible⁷². Solo aspira a un intento⁷³ por desarrollar con una materia en formación. Podríamos decir que este escrito se articula al modo de un texto programático. El sistema al que aspira no es ni germanista ni romanista, sino un sistema puramente jurídico⁷⁴.

En cambio, en 1865 las aguas se habían posado aparentemente⁷⁵. La burguesía ya se encontraba fuera de los márgenes revolucionarios y se había comprometido con las viejas autoridades, desarrollándose un proceso de feudalización⁷⁶. En una carta enviada a su amigo Jhering, Gerber reconoce

⁷¹ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., p. 11.

⁷² Kelsen era de la misma opinión. Señala el jurista pragués que el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado solo puede ser posible en una situación de equilibrio social. Sin embargo, el tiempo en el que escribe la *Teoría pura del derecho* –los agitados años 30: la obra se publica en 1934, cuando Kelsen ya se encuentra en Ginebra– no es propicio para la pureza metodológica: «así pues, nada puede parecer hoy más intempestivo que una teoría del derecho que pretende salvaguardar el postulado de la pureza metodológica, mientras que en el caso de las demás teorías no hay poder al que no estén dispuestas a ofrecerse y mientras que no se vacila en clamar muy alto y públicamente a favor de una ciencia política del derecho a la par que se reclama para ella el calificativo de “pura”, alabando así como virtud lo que tan poco puede disculpar la más amarga de las necesidades personales». H. KELSEN, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., p. 38.

⁷³ Él mismo así lo califica: “Es un intento; porque quien quisiera creer que en este campo se puede ofrecer algo terminado y completado, olvidaría que se trata de una materia que está aún en formación”. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., *vorwort*.

⁷⁴ P. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, cit., p. 217.

⁷⁵ Si bien es cierto que se trata de un período de intensidad bélica (segunda guerra de Schleswig en 1864, la guerra austro-prusiana en 1866 y la guerra franco-prusiana en 1870) que llevó, incluso, a la disolución de la Confederación Germánica.

⁷⁶ J. DROZ, *La formación de la unidad alemana 1789/1871*, cit., pp. 191-209. Sobre el pacto de la burguesía con las viejas capas nobles y monárquicas, C. CABO MARTÍN, *Teoría histórica del Estado y Derecho Constitucional. Vol. II. Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, Ed. PUF, Barcelona, 1993, pp. 257 y 258. El pacto de la burguesía con la nobleza y la monarquía supuso el primado del Estado sobre la constitución y su carácter defensivo. D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 144 y 145.

que su reciente obra constituye un primer esbozo definido de una ciencia del derecho público estrictamente jurídica: “introduce un auténtico pensamiento jurídico en una materia que hasta el momento había sido tratada solo desde profanos, esto es, con diletante filosofía y con razonamientos de políticos astutos”⁷⁷.

En las dos obras, de 1852 y 1865, encontramos el afán por estudiar el derecho público y el Estado desde los propios parámetros jurídicos, rechazando el análisis político, histórico y filosófico. Gerber trata de depurar de todos aquellos elementos no jurídicos que entorpecen el desenvolvimiento de la nueva ciencia del derecho público⁷⁸.

El primero de los elementos de los que debe depurarse la ciencia jurídica es el histórico. Paradójicamente Gerber lo hace acudiendo a una razón de tipo histórica: el Estado decimonónico es una situación completamente nueva y radicalmente distinta de la realidad jurídico-política del siglo XVIII, que no era un auténtico Estado sino una suma de derechos soberanos de origen histórico fundados sobre la posesión de un título de derecho privado. Frente a este conglomerado de Estados de derecho privado o patrimoniales, en el siglo XIX verá la luz un derecho público totalmente nuevo⁷⁹. Se produce, de esta forma, la ruptura radical entre el derecho público y el privado⁸⁰. Al depurar de elementos históricos, se pretende, a juicio de W. Wilhelm, eliminar la idea de devenir orgánico y el *Volksggeist*⁸¹. Esta afirmación se derrumba si leemos atentamente a Gerber: recurre a Puchta y su concepción del derecho consuetudinario como forma a través de la cual pueden nacer los principios del derecho público. Tanto es así que incluso la constitución⁸² puede ser modificada por la costumbre, salvo que se trate de principios rectores del Estado sustraídos de la influencia de la transformación del derecho⁸³.

⁷⁷ Carta del 20 de julio de 1865, M.G. LOSANO, *Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 463.

⁷⁸ Esta ciencia debe ocuparse de dos grandes cometidos: 1) establecer los límites jurídicos del poder del Estado y su relación con la posición jurídica del ciudadano; 2) el estudio de los órganos constitucionales que ejecutan el poder del Estado. C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., p. 235.

⁷⁹ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., pp. 2, 3 y 7.

⁸⁰ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., p. 10.

⁸¹ W. WILHELM, *La metodología jurídica del siglo XIX*, cit., pp. 126 y 127.

⁸² En el sentido de codificación de normas de derecho público, *Grundgesetzen o Verfassungsurkunden*.

⁸³ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 14 y 15. Gerber también llega a admirar el devenir orgánico de Inglaterra frente a la abstracción francesa. C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., p. 19.

La filosofía, como segundo de los elementos a depurar, se salva parcialmente de la hoguera. Gerber rechaza «las introducciones filosóficas a través de las cuales los iuspublicistas han creído embellecer de forma especial sus trabajos», pero conserva el análisis filosófico para aquellos elementos que mantengan una naturaleza jurídica: «la doctrina del poder del Estado en su contenido y en sus límites»⁸⁴.

Finalmente, el elemento político debe ser transformado en el marco de la ciencia jurídica. Si nos encontramos *en una época de la política y no del derecho*, ésta no puede convertirse en la finalidad de la ciencia jurídica, sino solamente en su materia. Por eso es necesario el equilibrio político y social, pues la construcción de un derecho público a través de la política, esto es, de la opinión en lugar del derecho, solo podrá hacer de ese Estado una existencia insegura y vacilante⁸⁵.

4. CODA IMPURA

Afirmaba Olivecrona que el positivismo jurídico del siglo XIX no defendió la *Wertfreiheit*. La asepsia valorativa, elemento esencial para la pureza metodológica, ha de situarse en siglo XX⁸⁶. No obstante, como se ha tratado de resaltar, en el pensamiento de Gerber encontramos ya atisbos de lo que será la pureza kelseniana. En sus escritos trató de construir una ciencia jurídica autónoma capaz de situarse al nivel de las ciencias naturales. Aunque Gerber pretende depurar la ciencia del derecho público de elementos extraños al campo jurídico, lo cierto es que su pureza metodológica parece estar cargada de impurezas: la concepción orgánica del Estado, del *organischen Volkstaats*⁸⁷, se oculta en las aristas de la pretendida pureza, contaminándola. Que el intento de científicidad o de pureza lo consiguiera llevar a cabo es otra historia sobre la que no tenemos espacio para detenernos. Unas pocas líneas que lo atestigüen pueden sernos de utilidad.

⁸⁴ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., p. 237.

⁸⁵ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., p. 23.

⁸⁶ K. OLIVECRONA, "Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft", en F. WIEACKER y C. WOLLSCHLÄGER (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Göttingen, Ed. Vandenhoeck&Ruprecht, 1970, pp. 165-175.

⁸⁷ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 9 y 10.

La teoría de la personalidad jurídica del Estado, planteada por Albrecht⁸⁸, acogerá, en la relectura que hace de ella su discípulo Gerber, la conexión entre el Estado y el organicismo, más explícito en *Über öffentliche Rechte* –quizás por su cercanía temporal con la órbita de la Escuela Histórica– y de forma más sutil en *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*.

Gerber parece haber fracasado en su intento por depurar a la ciencia jurídica de elementos extraños. En su obra de 1852 hace descansar todo el entramado del sistema jurídico sobre un elemento no jurídico para evitar de esta forma recaer en una concepción patrimonial del Estado⁸⁹. El elemento central de su pensamiento será el *sittlicher Organismus*⁹⁰. Este organismo ético precisamente se sitúa en el plano ético, fuera del campo jurídico.

La concepción orgánica del Estado hace que este no sea un objeto sujeto al externo poder monárquico, ni tampoco un sujeto que se encuentra junto al monarca. A la inversa. El monarca precisamente se somete a este sujeto supraindividual que es el Estado, en tanto un miembro más; ciertamente el más elevado en la jerarquía –lo que muestra el conservadurismo de Gerber–, pero al fin y al cabo un miembro más en el interior del Estado-organismo (jerarquía funcional).

Sin embargo, el organicismo, aún siendo necesario para comprender la vida del Estado, no es un concepto jurídico, sino, como se ha advertido, ético y presupuesto por el derecho. Ello provoca que sea imposible definir el Estado en términos jurídicos. En la obra de 1852 no existe una verdadera construcción jurídica del Estado, puesto que en última instancia se recurre a un concepto extrajurídico para poder alejarse de la concepción jurídica del Estado como individuo de derecho privado. El organicismo

⁸⁸ Principalmente en la recensión que hace a la obra de Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, publicada en la revista *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 1837. Stolleis entiende que Gerber acoge el concepto de persona jurídica de Albrecht como versión actualizada de la *persona moralis* basada en la teoría del Estado orgánico. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., p. 333. El Estado se considera así una persona unitaria, poseedor de derechos y deberes, en donde el monarca se sitúa dentro del mismo, aunque, eso sí, en la cúspide. De esta forma se aleja de la concepción de la soberanía como un título de propiedad del príncipe. Pasamos del Estado en términos patrimoniales al Estado fundado sobre bases iuspublicísticas. Sobre el pensamiento de Albrecht, A. KOSCHORKE, S. LÜDEMANN, T. FRANK y E. MATALA DE MAZZA, *Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas*, Ed. Fischer, Frankfurt a.M., 2007, pp. 319-329.

⁸⁹ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., p. 15.

⁹⁰ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., pp. 16 y 17.

en tanto elemento pre-jurídico hace del Estado un ser aún imperfecto jurídicamente⁹¹.

En cambio, en su escrito de 1865 el concepto de Estado logra aparentemente la perfección jurídica reclamada por el ideal de pureza, pero sin renunciar al ideal organicista para remarcar de esta forma la distancia con el atomismo y el mecanicismo propio del pensamiento abstracto del iusnaturalismo. Es su opuesto aquello que el organicismo representa: la comunidad que, movida por principios vitales propios, es capaz de desarrollarse de forma autónoma⁹².

En un apéndice a la obra, bajo el título *Der Staat als Organismus*⁹³, el Estado se configura como un organismo en la forma de la persona jurídica. La personalidad se alza como el punto de partida y el núcleo central del derecho público⁹⁴. De ahí que el concepto de organismo pierda importancia en esta obra, reemplazándose por conceptos tales como *personalidad del Estado* o *voluntad del Estado*.

El derecho del monarca ya no es el del sujeto que ocupa el puesto más elevado en el organismo, como en la obra de 1852 (más marcadamente monárquica), sino el derecho del órgano supremo de la voluntad⁹⁵. A través del dogma de la personalidad del Estado, Gerber logra resolver la dinámica sociedad-Estado a favor de este último: la sociedad viene subsumida por el Estado-persona.

El organicismo mantiene una posición pre-jurídica, como fundamento natural de la ciencia jurídica del derecho público. Mas este se transmuta jurídicamente en la personalidad. *Se juridifica*. No es posible desarrollar la voluntad del Estado si no es a través de su propia personalidad, de su capacidad de querer. Para ello se debe ir más allá del concepto de organismo, ya que quedarnos solo en él supondría admitir que el Estado es un compuesto de cuerpos naturales regulado por un ordenamiento superior y externo representado por las leyes de la naturaleza. De ahí que la auto-

⁹¹ C.F. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, cit., pp. 17 y 18.

⁹² C. KREMER, *Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber*, cit., p. 249.

⁹³ Gerber incorpora cuatro apéndices dedicados al Estado como un organismo, los límites del derecho público, el derecho de Alemania del norte y el Imperio alemán. C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 235-259. En lo referente al Estado orgánico, C.F. GERBER *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 217-225.

⁹⁴ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., p. 4.

⁹⁵ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., p. 77.

nomía del Estado, el hecho de que se mueva por una serie de principios vitales propios, hace necesaria su personalidad⁹⁶. Frente a la vieja noción del organicismo como analogía del cuerpo humano al cuerpo del Estado, en la que, como apunta Gerber, queda únicamente la imagen y no la cosa en sí⁹⁷, el autor apuesta por un nuevo tipo de organicismo complementario a la concepción jurídica⁹⁸.

Esta apuesta por lo jurídico aleja a Gerber de las reflexiones acerca de la organicidad del *Volk*, que deja de ser elemento central⁹⁹. Su posición será ocupada por la voluntad de dominio, centro gravitacional de la personalidad jurídica del Estado. Pero no por ello la visión organicista desaparece. Pasa de ser una vaga e imprecisa imagen utilizada para legitimar determinadas posiciones políticas a convertirse en la base sobre la que se asienta la ciencia jurídica del derecho público, la personalidad del Estado y su poder de dominio. Conforme el elemento jurídico gana visibilidad, el organicismo se sumerge en los márgenes de lo jurídico¹⁰⁰.

El organicismo gerberiano, más allá de una posición antiindividualista, supone un medio para evitar en cierta medida lo que sucedió en la Revolución Francesa. La sociedad civil no podía emanciparse del Estado. Debía mantenerse en su interior subordinada, para evitar de este modo todo tipo de revolución. Así se consigue mantener una armonía basada en la jerarquía y en la subsunción. Esta es otra de las consecuencias del organicismo gerberiano¹⁰¹.

⁹⁶ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., p. 222.

⁹⁷ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 223 y 224.

⁹⁸ «Llegamos a la conclusión de que la concepción así llamada orgánica y aquella jurídica se complementan la una con la otra como dos consideraciones sobre el mismo objeto observadas desde dos puntos de vista. Una quiere determinar la vida natural, la fisiología; la otra el contenido ético-jurídico del Estado. Mas aunque se trate de dos puntos de vista diversos, no se excluyen: uno considera las bases reales de los derechos, el otro los derechos en sí; uno da a la cosa su color natural, el otro diseña sobre las líneas de las esferas jurídicas. Así, cuando la teoría jurídica considera el elemento corpóreo ofrecido por la concepción orgánica del Estado como el fundamento real sobre el cual apoyar el propio trabajo, en esto solo hay el reconocimiento de la relación natural en donde ambas concepciones están la una respecto a la otra, en una relación de recíproco complemento». C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 224 y 225.

⁹⁹ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., pp. 332 y 333.

¹⁰⁰ Gerber se alegra de haber superado, en cierto modo, la *fraseología orgánica* de Bluntschli o Beseler en una carta enviada a Jhering el 10 de marzo de 1871. M.G. LOSANO, *Carteggio Jhering-Gerber*, cit., p. 250.

¹⁰¹ M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, cit., pp. 215 y 256.

He aquí las impurezas del intento por realizar una ciencia jurídica autónoma; una ciencia pura que tampoco Kelsen, a pesar de su ingratitud, logró concluir¹⁰².

DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ
Universidad de Almería
Crta. Sacramento, s/n.
04120, Almería.
e-mail: danieljgl@gmail.com

¹⁰² No ha sido nuestro objeto desentrañar la imposibilidad de la pureza teorizada por Kelsen. Bastida y García Amado, por ejemplo, han mostrado que uno de los elementos que hicieron imposible la pureza reclamada por Kelsen fue su carácter ideológico. X. BASTIDA, "Las relaciones peligrosas. Derecho e ideología en la obra de Kelsen y Marx", en *El Basilisco*, núm.11, 1992, pp. 46-57; J.A. GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., pp. 146 y ss. No debe olvidarse la confesión que el propio Kelsen hizo de su fracaso ("Ahora debo, lamentablemente, aceptar que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mí fácil renunciar a una teoría que he representado durante decenios") en un debate sobre el derecho natural publicado en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, tomo XIII, 1963, pp. 119 y 120 bajo el título *Die Grundlage der Naturrechtslehre*.