

«Maestros alemanes del Derecho Público (1)
(el rostro humano de los grandes)», de Francisco Sosa Wagner
Recensión de Luis M. Rodríguez Segado

RESUMEN: Luis Miguel Rodríguez Segado repasa esta magnífica obra del profesor Sosa, que no es sólo y exclusivamente la historia de los maestros alemanes del Derecho Público, sino también la historia, tanto colectiva como personal, que les tocó vivir. No sólo trata el libro del nacimiento y desarrollo de conceptos e instituciones jurídicas esenciales en el dificultoso camino de la construcción del Derecho Público, sino también de grandes personajes, de vidas cargadas de ilusión, de energía, de voluntad y, ciertamente, de sabiduría. El libro no sólo detiene su atención en maestros como Von Mohl, Von Stein, Paul Laband, Georg Jellinek y Otto Mayer, sino que antes abre su mirada (apartado 1 del capítulo V) sobre grandes creadores en el Derecho Privado (Von Savigny, Thibaut, Puchta, Windscheid, Von Jhering, y Von Kirchman, entre ellos). Para quienes cultivan el Derecho, la obra de Sosa Wagner sobre los maestros alemanes del Derecho Público es, además de magistral e ilustrativa, emocionante y conmovedora.

ABSTRACT: Luis Miguel Rodríguez Segado examines this magnificent monograph written by the teacher Francisco Sosa Wagner, that is not only and exclusively the history of german public law teachers, but also the history, so much collective as personnel, which they had to live. the book not only it treats of the birth and development of concepts and juridical essential institutions in the difficult way of the construction of the public law, but also of big prominent figures, of lives full of illusion, energy, will and, certainly, wisdom. The book not only stops his attention in teachers such as Von Mohl, Von Stein, Paul Laband, Georg Jellinek and Otto Mayer; before it opens his look (paragraph 1 of the chapter V) on the big creators in the private law (Von Savigny, Thibaut, Puchta, Windscheid, Von Jhering, and Von Kirchman, between other authors). For all who cultivate the law, Sosa Wagner's book about the german public law teachers is. besides magisterial and illustrative. exciting

PALABRAS CLAVE: Maestros alemanes del Derecho Público, ciencia del Derecho.

KEY WORDS: German public law teachers. Science of law.

**“MAESTROS ALEMANES DEL DERECHO PÚBLICO”
(1) (EL ROSTRO HUMANO DE LOS GRANDES)
DE FRANCISCO SOSA WAGNER
(Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales)**

RECENSIÓN DE LUIS M. RODRÍGUEZ SEGADO



Georg Jellinek, imagen en Wikipedia

1. INTRODUCCIÓN

SÓLO los indiferentes o los que tengan por el Derecho y, en particular, el Derecho Público, una concepción cerrada, esto es, lo consideren como una especie de ciencia que se alimenta a sí misma sin influencias externas relevantes (entre ellas, la propia vida –esa “misteriosa trama de azar, de carácter y de destino”, según dijo DILTHEY– de quienes lo cultivan), pueden no haberse sentido conmovidos, en el sentido literal del término, y hasta emocionados, por la obra de Francisco Sosa Wagner **“MAESTROS ALEMANES DE DERECHO PÚBLICO”**. Porque, efectivamente, la obra del profesor Sosa no es sólo y exclusivamente la historia de los maestros alemanes (que por su virtud han dejado de ser “notas a pie de página” de los manuales al uso para convertirse en vidas de verdad y en obras que han encarnado en el Derecho), sino, más decisivamente, la historia, tanto colectiva como personal, que corrió por las venas de aquellos y que, aun hoy, casi dos siglos después, ha llegado hasta nosotros (quiero decir, la sangre que corrió por sus venas), para recordarnos que el Derecho y quienes lo cultivaron fueron ante todo y sobre todo personas, en el mas amplio y noble sentido de la palabra. No sólo, pues, trata este libro del nacimiento y desarrollo de conceptos e instituciones jurídicas esenciales en el lento y, sin duda, dificultoso camino en la construcción del Derecho Público (y del Derecho Administrativo, a fin de cuentas), sino de vidas cargadas de ilusión, de energía, de voluntad y, ciertamente, de sabiduría. De una profunda, larga y fructífera sabiduría.

De Francisco Sosa Wagner, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de León (hermosa ciudad que visito, siempre que el tiempo me lo permite, de camino a mis veraneos gallegos), puede decirse, sin temor a equivocarnos, que con esta obra ha alcanzado el nivel de los grandes, de los maestros del Derecho Público a los que él ha dado vida y puesto un rostro humano (demasiado humano). En cualquier caso, para quienes, como es mi caso, ocupamos parte de nuestro tiempo – de nuestra vida tan corta- en el Derecho Local (a mí me gusta llamarlo municipal, pues tal es su origen, y municipalistas a sus cultivadores) el maestro ya nos era muy familiar. Así, su monografía dedicada a la **GESTION DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES**, un libro que, para mí al menos, fue una especie de lectura deslumbradora, como si por primera vez (y no era ciertamente la primera vez que lo hacía) estuviera descubriendo un mundo desconocido. Y es que, en verdad, hasta ese momento, el mundo del servicio público local era una intrincada maraña de conceptos, instituciones y procedimientos confusos y, en ocasiones, hasta misteriosos. Del proteico mundo del servicio público local el profesor Sosa Wagner me sacó de muchas dudas y a esa obra extraordinaria - la mejor desde que en los cincuenta se publicara la de ALBI- vuelvo una y otra vez, pues como obra “clásica” en la que se ha convertido, se trata de una criatura viva, un ser que nos habla y nos enseña, nos ilumina y a veces nos recuerda y descubre lo que, estando oculto, emerge en la superficie con la calidez antigua de lo que viene del fondo del pensamiento. Así ocurre siempre con las obras maestras.

Y aún antes que esa pieza maestra que es la “Gestión”, tuve oportunidad de leer los estudios dedicados a la autonomía local, primero en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA) y, después, en los “Estudios en Homenaje al Profesor García de Enterría”. Por cierto, dentro del conjunto de esta última obra –considero, tal es mi modesta opinión, a los “Estudios” de consulta imprescindible para quienes quieran iniciarse en el conocimiento del Derecho Público español del último tercio del pasado siglo y aún del presente– a mí me parece que esos trabajos han sido de una importancia decisiva para el futuro de la Administración municipal y, en concreto, para la concepción jurídica actual de la autonomía local. Lo digo sin exageración de ningún tipo y siendo consciente de la existencia de otros autores que, habiendo tratado la cuestión, no han alcanzado las cotas de precisión y claridad en un tema que el Tribunal Constitucional se empeñó en hacernos abstruso. Y aunque en la actualidad no corren vientos clementes para la institución – parece, a la vista de ciertos acontecimientos notorios (Marbella y otros: ahí está “**LA GALLINA DE LOS HUEVOS DE CEMENTO**” de Don Ramón Martín Mateo, para recordarlo), que “el aire de la ciudad (ya no) nos hace libres”-, a mí no me cabe ninguna duda de que, sin aquéllos, el entendimiento de la autonomía local sería mucho más difícil. En fin, su Manual dedicado el Derecho Local – breve y bueno y, por tanto, dos veces bueno- y la imprescindible monografía sobre el contrato de suministro – tan fértil en su continua referencia a la contratación civil, que es, al final, la madre de todo-, son algunas de las

referencias obligadas de este cultivador del Derecho Público que, desde su Universidad de León y en plena madurez de su magisterio, nos enseña a conocer y, sobre todo, a querer el Derecho Administrativo. Y esta es, posiblemente, la mejor enseñanza de la obra recensionada: su capacidad para transmitir (¡y que difícil es ello!) el amor al Derecho, pues solo aquello que se ama puede ser comunicado con la calidez de lo que profundamente se estima, tanto más si se hace con la prosa suculenta y viva de SOSA .

2. BREVE HISTORIA DE ALEMANIA

La obra –inicialmente publicada en dos tomos y, posteriormente, refundida en uno (la segunda edición, también en Marcial Pons, es de 2005) – se inicia (capítulos I y II) con un pórtico histórico que nos sitúa de forma sistemática en el ambiente donde los grandes maestros del XIX concibieron sus obras. “No es posible – nos aclara SOSA- entender las figuras ni las obras de los grandes del Derecho Publico sin acertar a colocarlos en el contexto político e histórico en que se producen”. De esta forma, la obra comienza por una ilustración –breve y magistral compendio histórico– de la formación del Estado (Imperio-Reich) alemán, desde su originaria configuración como “Federación del Rin” – bajo “la sombra protectora de Napoleón” y la penetración el modelo administrativo francés -, pasando por la reordenación subsecuente al Congreso de Viena - con TALLEYRAND y METTERNICH, en su papel de anfitriones sin remilgos –, la unión aduanera y el progresivo deslizamiento de la federación de estados alemanes hacia el poder hegemónico de Prusia, que será, a la postre, la gran inductora y constructora de la unidad alemana. Todo ello, como es sabido, bajo la enérgica dirección de Otto VON BISMARCK, quién sin ambages pudo sentenciar que “las grandes cuestiones de nuestro tiempo no van a ser resueltas por discursos ni votaciones, sino con la ayuda del hierro y de la sangre”. A pesar de ello - es decir, a despecho del canciller y de sus evidentes y, al final, acertados pronósticos - el periodo estudiado está atravesado por las ideas y reflexiones que comenzaron a poner los cimientos del Derecho Público moderno. Así, por citar únicamente las más importantes, el problema de la naturaleza jurídica de la federación (estado federal, estado compuesto o estado unitario), el tema de la personalidad jurídica del Estado (la histórica recensión del ALBRECHT sobre el libro de MAURENBERGER, que tantos discusiones abrió, aun no definitivamente cerradas, ni siquiera hoy), el problema de la soberanía (la discusión de LABAND, WAITZ, JELLINEK y también G. MEYER), la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material, categorizada por P. LABAND y JELLINEK (por cierto, construcción recientemente alabada, por la función histórica que cumplió, por el Profesor MUÑOZ MACHADO en su “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”); la discusión sobre el significado de los derechos fundamentales – derechos públicos subjetivos (en la sutil concepción de JELLINEK) y límites al poder del Estado, pero ineficaces entonces para fundamentar

acciones concretas contra el Estado (LABAND). En fin, la caracterización del acto administrativo sobre la base y el modelo de la sentencia judicial, la discusión sobre la admisión o no en el Derecho Público de la figura del contrato administrativo (tema tampoco resuelto, como revela el muy reciente trabajo de ARIÑO “El enigma del contrato administrativo” en RAP nº 172); las propiedades públicas, el nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y su alcance y, en fin, la concepción mayeriana de las instituciones públicas y de los establecimientos. Como se ve, instituciones todas ellas que, aun hoy –en esta época en que los profetas de la eficacia y de la mundialización parecen ganar un terreno que avanza irremisiblemente hacia un futuro cargado de incertidumbres–, siguen siendo problemas centrales del Derecho Público moderno. Y que por supuesto, nos siguen siendo muy útiles, aunque algunos, al parecer, les estén preparando un ilustre enterramiento, que, nosotros, sin embargo, no alcanzamos a avizorar siquiera.

3. VON MOHL

Comparece, en primer lugar, el “incansable trabajador” (al que se dedica el Capítulo III) que fue **ROBERT VON MOHL** (1799-1875), catedrático en Tübingen y Heidelberg, un sabio de “afilada lengua”- lo que algún disgusto, y no precisamente menor, le costó-, pero que acertó a construir un sistema donde el término “Estado de Derecho” adquiere carta de naturaleza, con su consecuencia necesaria de juridificar todas las acciones del Estado. Su visión anticipadora del poder de la Administración para la regulación de casi todos los asuntos públicos (incluidos los sociales, que fue de los primeros en tratar), reconociéndole ampliamente su capacidad de coacción, ejecución sustitutoria incluida; su obsesión por ampliar la formación de los empleados públicos, demasiados escorados a lo “jurídico” y, en fin, sus aportaciones sobre el principio de reserva de ley en la materias afectantes a la “propiedad y libertad”, tan en la tradición alemana. No es menos interesante en este capítulo III la sabrosa anécdota de Lola Montes y su romance con el Rey Luis I de Baviera, una bailarina enredadora que, a pesar de su nombre, era de origen escocés y que, por si fuera poco, inspiró también una zarzuela a nuestro Amadeo Vives.

4. VON STEIN (LORENZ)

El siguiente que entra en la escena (Capítulo IV) de esta historia es **LORENZ VON STEIN** (1815-1890), “un revolucionario acomodado” nacido en Eckernförde (Schleswig) y por tanto, “danés para los alemanes, alemán para los daneses”. Nos cuenta el profesor Sosa que fue estudiante en una institución “regida por criterios cuarteleros” (el destino de esos alumnos era la carrera militar), aunque pronto pasaría a estudiar en una escuela de latín (Realschule). Quiero presumir que estas primeras enseñanzas no fueron ajenas a su continua preocupación por los estudios relacionados con el ejército, de los que se ocupó en profundidad. Posteriormente nos lo encontramos en la Universidad de Kiel, becado (“gratis

por pobre”), y sus escarceos entonces con la izquierda hegeliana. Más tarde, una vez doctorado, sus experiencias en la Administración de Copenhague (decisivas para su dedicación posterior), de donde pasa a Berlín y Paris. Vuelve a la Universidad de Kiel, donde en 1845 es catedrático extraordinario y participa activamente en los sucesos de 1848. Por cierto, esto último le costó ser apartado de la Universidad, tiempo durante el que escribió, en colaboración con su mujer, un curioso libro: “La educación económica y las tareas del ama de casa”. Y, al final, catedrático en Viena de enorme influencia, donde concentró cada vez más sus esfuerzos en los estudios relativos a la Administración y a la Ciencia Financiera, aspectos que son, justamente, por los que es conocido y tratado en esta historia (por ello no debe ser confundido con otro STEIN, este H.F. KARL (1757-1831), autor del Estatuto Municipal de 1806, donde se contiene la teoría de una nueva comprensión de la autonomía administrativa). “Una Administración seria - nos dice STEIN, LORENZ VON- en un Estado es la medida de su fuerza y de su eficacia”. En esta línea, son destacables sus esfuerzos por deslindar la Administración Financiera y el Derecho Financiero con la Economía Política, entonces bastante difuminados. No le son ajenas, sin embargo, otro tipo de preocupaciones, como la importancia especial que da la autonomía de ciertas instituciones (provincia, municipio, comarca). En fin, gran teorizador de la Administración, fue repetida su insistencia en crear la figura del “administrador”, convencido como estaba de la fuerza constructora de la Administración en una sociedad que él no ve subordinada al Estado, sino en una situación de paridad. Criticado por O. MAYER, pero alabado más tarde por SMEND, discutido (su “Ciencia de la Administración”, que el quiso total y sistemática, no le daría posteriormente la razón), tuvo, nos dice SOSA “agujetas de datos, calambres de estadísticas”. Fue por ello un “ser dolorido”. Sin embargo, “la mirada que echó sobre la Administración” fue tan decisiva, que, sin ella, andaríamos todavía buscándola.

5. LA (IMPRESCINDIBLE) MIRADA SOBRE EL DERECHO PRIVADO

Antes de entrar en la exposición de los grandes constructores del Derecho Público – LABAND, GEORG JELLINEK y OTTO MAYER-, echa Sosa una “mirada previa al Derecho Privado” (al que dedica el apartado 1 del Capítulo V), pues “los más destacados publicistas velarán sus armas como juristas precisamente abordando problemas jurídico-privados”.

El primero de quien se habla es **Antón Friedrich Justus THIBAUT** (1772-1840), catedrático de Derecho Romano en Kiel y Heidelberg, amigo de GOETHE y SCHILLER, apreciable músico y, cómo no, jurista notable y defensor a ultranza de la codificación. Parece evidente también que en esta mirada sobre los grandes renovadores del Derecho Privado, no podía faltar **Friedrich Carl VON SAVIGNY** (1779-1861), catedrático en Berlín, religioso y

solitario, y también, según cuentan, con fama de vanidoso. Notable ratón de biblioteca (gastaba una “enormidad en libros”) y trabajador incansable. Aunque “padeció dolores nerviosos de cabeza desde muy joven”, ello no le impidió la publicación de su “*System des heutigen Römischen Rechts*”, en ¡ocho tomos! Como se sabe, para él el Estado no tiene ninguna necesidad de crear el Derecho porque éste surge espontáneamente del pueblo y, por ello, la ciencia jurídica es una ciencia histórica, como pueda serlo el idioma. Combatió a THIBAUT y “veía el desarrollo del Derecho no desde luego en el trabajo de las comisiones legislativas, sino en la mesa de los juristas más inteligentes”. Paradójicamente, llegó a ser titular de un “ministerio para la legislación”, si bien actuó de forma comedida, pues le faltaba, según su amigo Jacob GRIMM, el sentido “de lo público, la idea del Estado”. Central es su concepto de “relación jurídica”- fundamento de los derechos subjetivos- y sentó las bases de lo que sería el Derecho Internacional Privado. Por lo demás, fue un notabilísimo historiador del Derecho, y el fundador, como nos es conocido, de la escuela histórica. También está aquí **Georg Friedrich PUCHTA** (1798-1846), sucesor de Savigny en la cátedra de Berlín y representante con este de la escuela histórica (en su dirección “romanista”). Fundador de la “jurisprudencia de conceptos”, afirmaba que los conceptos jurídicos tienen una “existencia intelectual autónoma”. Un conservador, aunque alejado del absolutismo, que defendió valores liberales. Tampoco falta a la cita **Georg BESELER** (1809-1888): representante también de la escuela histórica (en su dirección “germanista”). Catedrático en Berlín y aunque políticamente está en “los antípodas de Savigny”, como jurista se consideró su seguidor.

Continúa el profesor Sosa Wagner con **Bernhard WINDSCHEID** (1817-1892), catedrático en Grefswald, Munich, Heidelberg y, finalmente, en Leipzig. Un hombre modesto y humilde al que, por lo demás, le gustaba “patear los Alpes”, en especial en su época suiza. Tuvo una influencia determinante en la formación del proyecto de Código Civil alemán (1880-1883) y su “*Lehrbuch des Pandektenrechts*” alcanzó una enorme influencia. Trató de desacralizar el Derecho Romano, “superar el Derecho Romano para contemplarlo no como un Derecho extraño, sino como nuestro Derecho”, modernizarlo y “alcanzar su unión vivificadora con el Derecho alemán”. Reinterpretó la teoría de la acción en el sentido de subrayar y diferenciar su carácter de instituto procesal y acuñó la voz “presupuesto” en la teoría de la voluntad en el negocio jurídico como algo distinto a motivo. A diferencia de su amigo Jhering, renunció a la nobleza que se le quiso conceder.

Mención especial es la que se dedica a **Rudolf VON JHERING** (1818-1892). De su rechazo al ingreso en la función pública de Hannover, quizás debamos a este grande el haber sido “una de las personalidades más poderosas y atractivas del siglo”. Catedrático al fin - después de los largos periplos a que nos tienen acostumbrados estos profesores alemanes- en

Göttigen (donde falleció en 1892, el mismo año que su amigo y oponente WINDSCHEID), vivió superficialmente la política, aunque no fue inmune (¡quién lo es!) a la felicitación política, en su caso la de BISMARCK, cuando cumplió los setenta años. El mundo de Jhering es el de “los grandes conceptos, el de las grandes construcciones”. Vio en el derecho subjetivo, no un “poder de la voluntad”, sino un “interés protegido”. El Derecho es la “política de la fuerza”, ya que el Derecho sin fuerza es un concepto vacío (por cierto, que en esta concepción he creído percibir un eco profundo de aquello que nos decía **HOBBS**: “los pactos que no descansan en la espada no son más palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno”). Por ello, ciertamente, Derecho y Estado se hallan indisolublemente unidos.

Sin duda, lo sabemos mundialmente famoso por su “*Der Kampf ums Recht*” (“La Lucha por el Derecho”). “La lucha –dice- es la característica esencial de la consecución del Derecho, porque éste muestra siempre una resistencia”. A él debemos también conceptos como el de la *culpa in contrayendo*, “filigrana de mucho efecto” nos dice Sosa con ironía (y tanto: Luis Medina Alcoz ha escrito en base a ella, y muy recientemente, una magnífica monografía sobre “La Responsabilidad Patrimonial por acto administrativo”) y también la distinción entre infracción jurídica objetiva y culpa. Gastrónomo y lector de SHAKESPEARE, decía que “sin tinta para escribir no es concebible la vida, pero también a ella pertenecen como ingredientes importantes los vinos, las anguilas ahumadas, las perdices, el piano, la mujer, los amigos...”. Dos de nuestros grandes, TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ y ALEJANDRO NIETO (“El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces”), como no podía ser de otra forma, se consideran notablemente influidos por el maestro alemán.

Y, en fin, **Julius VON KIRCHMAN** (1802-1884), conocido en la historia del Derecho por una lapidaria frase: “tres palabras del legislador convierten en basura bibliotecas enteras”. Aunque quizás lo sea menos por otra - al parecer gustaba de ser sentencioso- que también dijo: “El sentimiento no es en absoluto un criterio de verdad, sino el producto de la educación, de la costumbre y del temperamento, o sea y en definitiva, del azar”. En todo caso, no es impertinente señalar que LARENZ, en 1966, le corrigió, por lo demás, muy justamente.

6. ANDANZAS Y CREACIONES DE LOS GRANDES DEL DERECHO PÚBLICO

6.1. PAUL LABAND: Orden y método

El genio despierto del P. LABAND (Breslau, 1838-Estrasburgo, 1918), aunque con siete años se quedara paralizado “la primera vez que se vio obligado a hablar en público”, comenzó a manifestarse de forma muy temprana. Con sólo diez años ya había tomado sus posiciones sobre los acontecimientos de 1848 (“favorable siempre a los revolucionarios”) y a ellos quiso aportar parte de sí mismo, aunque al final se llevó un enorme chasco ante el discurso de un orador que peroraba en una plaza pública a favor del pueblo sitiado de Viena, lo que le haría decir luego que “por primera vez se despertaron en mí dudas acerca de la frases revolucionarias y democráticas y acerca del valor de los grandes discursos”. De esos primeros años es también su primer contacto con el mundo del Derecho, “su primer proceso”, que contempla en la casa paterna ante un tribunal (de honor?) que terminará imponiendo una pena leve por una broma que se había gastado a uno de los componentes de una compañía de defensa ciudadana, a la que su padre pertenecía. Fue, incluso, en aquellos años jóvenes, precoz traductor al alemán de Horacio y, aunque nunca aprendió a bailar, siempre se sintió muy atraído por la música. Según nos cuenta Sosa, pareció ser persona enamoradiza.

En 1855 se matricula en la universidad de Breslau, pero sufre un desencanto inicial y quiere abandonar sus estudios de Derecho. De esta época es su recuerdo, no precisamente bueno, de Teodoro MOMMSEN, al que acusa de “descuidar sus clases”. Sin embargo, su posterior traslado a Heidelberg le entusiasma, ciudad hermosa que, dice, “ningún pintor podría expresar”. Queda atrapado por la “transparente claridad” de las clases sobre Pandectas que imparte VON VANGEROW, pero el Derecho Público que explicaba VON MOHL, quedó muy por debajo de sus esperanzas. Pasa a Berlín, donde la plantilla de profesores no le agrada en absoluto y aunque salva de la quema a Julius STAHL tampoco es muy dado al personaje “por su pensamiento reaccionario y por su santurronería”. De vuelta en Breslau, finaliza sus estudios y es asignado al Tribunal de esa ciudad, donde un magistrado experimentado le aconseja: “olvide usted, por favor, todo que ha estudiado en la Universidad”. Nada, pues, nuevo, bajo el sol inclemente de la pragmática historia de nuestros tribunales.

Intenta sus primeros pasos académicos en Leipzig, donde es acogido por ALBRECHT y como no está seguro de su triunfo en ella, trata de ingresar en la Administración de Breslau. Otro rechazo burocrático que, paradójicamente, nos dará a uno de los pensadores más eminentes de aquél fecundo siglo XIX alemán. Será sin embargo en su querida Heidelberg donde por fin se habilitará e impartirá sus primeras clases sobre historia alemana del Estado

y del Derecho. En esa época, dio también, como tantos otros, clases particulares, lo que (vistos los menguados emolumentos de los jóvenes profesores) “supuso para él un alivio económico de consideración”. En 1864 lo tenemos de catedrático extraordinario en Königsber donde, junto a estudios relacionados con cuestiones jurídico-mercantiles (sobre la representación, el derecho de retención, el transporte interior por barco) se ocupa, sobre todo, de historia del Derecho alemán. También en 1869 se ocupa de la naturaleza jurídica de la expropiación.

La Fundación de la Federación alemana del norte implicará un vuelco en el Derecho Público alemán. A partir de ese momento y frente al escaso interés con que hasta ese momento impartía las clases de teoría del Estado (una disciplina secundaria), inauguraré un método estrictamente jurídico para la explicación de la Constitución del Norte de Alemania. Su fama, pues, crece y se asienta y por ello es llamado por la Universidad de Freiburg, que rechaza, y desde Leipzig, que tampoco llega a buen fin. También es llamado desde Breslau, aunque no quiere volver a su ciudad natal por nada del mundo. Pero como no está a gusto en Königsber, al fin acepta la llamada de la recién creada universidad de Estrasburgo, a la que llega el 20 de abril de 1872, ciudad en la que “cuando al fin encuentra casa ha de abandonarla al constatar que no le caben todos los libros que traía desde Königsber”. El plantel de profesores que andan por la universidad que el ayuda a constituir, participando en la redacción de los Estatutos y tomando parte en sus órganos, es impresionante: BINDING en Derecho Penal, SOHM en Eclesiástico, BRUNNER, Derecho Alemán, Gustav SCHMOLLER, Ciencia del Estado, Edgar LOENING, Derecho Administrativo (luego llegaría Otto MAYER).

En 1876 da a la imprenta su Staatsrecht, sucesivamente reeditado. Esta obra supone un cambio sustancial en la literatura jurídica de la época, ya que con ella, a partir del pensamiento puramente lógico (que según nos dice es insustituible) se pasa del positivismo jurídico al positivismo legal. En este sentido la obra de LABAND supone la “dogmatización” del Derecho nuevo del Imperio (tras 1871), pues el quiere trabajar sólo con los conceptos contenidos en ese Derecho positivo, despolitizando la estructura argumental. Como había dicho antes GERBER (del que LABAND es albacea) “el Derecho del Estado es Derecho y nada más que Derecho”. Entre los críticos de la obra, Otto VON GIERKE, aunque acepta básicamente sus postulados, le reprocha sin embargo la “asepsia” que la que trató de explicar el Estado y su funcionamiento y la excesiva confianza en las posibilidades de la lógica. También se le reprocharía su “excesiva dependencia de las construcciones del Derecho privado” (tal ocurriría luego, en similares reproches, estos dirigidos a O. MAYER).

Sea como fuere, su Derecho del Estado ejercería una influencia enorme, al ser considerado como el “jurista” del Imperio (“el mismo emperador lamentaba no poder asistir a sus clases”, nos recuerda SOSA). Aunque tampoco a su éxito es ajeno el hecho de estar escrito con una prosa “bien fresca y jugosa”.

Redacta, en fin, dictámenes que le ponen en contacto con la realidad y en contra de “las manías teóricas”, participa en la creación de numerosas revistas y pertenece a decenas de comisiones. En 1880 es rector de la Universidad. Recibe también llamada de Universidades- en 1873 la de Tubingen y en 1877 rechaza un alto cargo en el Ministerio de Justicia y para ocupar un plaza en el Tribunal del Reich que tampoco llega a cuajar. Más tarde la llamada de la Universidad de Heidelberg, que tampoco acepta por los acontecimientos políticos que entonces se suceden. Así pues, se queda en Estrasburgo pues, como se le dice desde la Universidad, su permanencia “es un obligación patriótica y científica porque hay grandes intereses en juego”.

Miembro del Consejo de Estado y redactor de dictámenes, entre otros muchos asuntos, sobre problemas dinásticos de las distintas monarquías de los estados alemanes- algo relativamente frecuente en la época, no solo en Alemania-, la muerte le llega en Estrasburgo unos meses antes de cumplir ochenta años.

6.2. GEORG JELLINEK: “Una personalidad cautivadora”

Fue Goerg Jellinek (Leipzig, 1851, Heidelberg, 1911) –junto con Jhering, “la personalidad más cautivadora de cuantas desfilan por la pasarela de mi libro”, nos dice Sosa- hijo de un filósofo y predicador de la comunidad judía de Lepizig llamado Adolf Jellinek. A pesar de su despierta inteligencia y su colosal memoria, no fue, sin embargo, un estudiante brillante en el gimnasio. Aun con este ambiente, nunca llegaría a vivir la fe de su padre y a ella se sintió extraño desde muy niño.

Ingresa, “poco decidido”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, pero en ella tiene casi una hiperactividad polifacética, pues además de matricularse en Historia del Derecho y del Imperio, lo hace también en geografía, matemática y física, se interesa por la “crítica del materialismo y el naturalismo”, y hasta de economía, con Lorenz Von Stein. Prosigue su variadísima formación en Heidelberg y Leipzig donde asiste a clases de “filosofía, psicología, de lógica”. Es, como se ve, un lector voraz al que le interesa la filosofía, la poesía, también traductor del italiano. Liberal en su pensamiento desde muy joven y gran conversador - “agudo y rápido”-, recibe en 1872 el doctorado en filosofía con una tesis sobre “el optimismo y el pesimismo en las concepciones de Leibniz y Schopenhauer” y el de doctor en Derecho en 1874.

Redacta en estos momentos iniciales de su formación un trabajo sobre la “pena de muerte”, abogando por su supresión, pues la culpa no es exclusiva del delincuente, sino que éste la comparte con la sociedad entera (una tesis, por cierto, que llega hasta nuestros días), abandona un trabajo rutinario en la Administración de Viena y trata de obtener la “*venia legendi*” con un estudio sobre el valor ético y social del Derecho, de la injusticia y de la pena, trabajo que es rechazado. Escribe un segundo trabajo de habilitación (Injusticia absoluta e injusticia relativa), obteniendo en 1879 su título de Privatdozent (sin sueldo) de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Viena. De esta época es también su dificultoso noviazgo, al ser católica la novia y encontrarse prohibidos los matrimonios mixtos en la muy conservadora Viena de entonces. Trabaja entonces en la “naturaleza jurídica de los tratados” donde defiende la tesis según la cual los Estados, a través de los compromisos que adquieren, pueden limitar su propia soberanía, investigación que amplía a otra sobre “la doctrina de las relaciones entre Estados” (libro -apunta Sosa en nota- de “gran importancia para los internacionalistas”. Con él se aplica a “las relaciones entre estados, el positivismo jurídico”, superando el predominio en este campo del Derecho Natural, divino o de la moral, vigente hasta entonces). Obtiene, no sin dificultades - su origen judío y la prensa, muy reaccionaria, de la Viena imperial, las sufriría Jellinek en sus propias carnes- el nombramiento de catedrático extraordinario (ya con sueldo: esto del dinero fue para él, durante gran parte de su vida, un gran tormento) y escribe - entre otros trabajos, de “Un Tribunal Constitucional para Austria”-, trabaja y viaja mucho. Sin embargo, la vuelta a Viena lo es a la “dura realidad”: el escaso sueldo como extraordinario y su lucha por alcanzar la cátedra de ordinario chocará empero con quienes se oponen a su ascenso (fundamentalmente prebendados de la Iglesia Católica). A pesar de los esfuerzos que hace cerca del Gobierno y de la ayuda que solicita de sus amigos, no le queda otro remedio que expatriarse de Austria, con gran dolor, para iniciar una carrera nueva en Alemania.

Habilitado por la Facultad de Berlín “para Derecho del Estado e internacional” termina por aceptar la llamada de la Universidad de Basilea (1890), ya como catedrático ordinario, donde, a pesar de lo escaso de su sueldo, que “no le da para mantener a sus familia”, no llegó a encontrarse nunca mal. Trabaja ya entonces en su libro - que será decisivo para el futuro del Derecho Público - “Sistema de Derechos Públicos Subjetivos” y, al final, recibe la llamada de la Universidad de Heidelberg, a donde llega por fin en 1891, para impartir clases, por supuesto como ordinario, de “Derecho del Estado, política y Derecho Internacional”.

En aquél Heidelberg –“el ambiente como de antojo de aquella ciudad impar” dice Sosa, casi con emoción- refinado y exquisito, llamado con justicia “aldea mundial”, se formó una

auténtica “sociedad de sabios” y en ese ambiente (donde al parecer el conocimiento de sus vinos era tan decisivo como el de la sabiduría de sus profesores) habló Jellinek muchas veces sobre la construcción del liberalismo, sobre la separación entre la Iglesia y el Estado y sobre las relaciones entre el parlamento y el Gobierno en Alemania. Por allí andaba también el sociólogo y economista MAX WEBER, con el que mantuvo una gran amistad. Y también practicó sus paseos al aire libre, incluso en invierno pues “el espectáculo de la nieve le resultaba bien agradable” y, en fin, vio la luz su *System...* (“he colocado a la doctrina sobre un fundamento distinto...el libro va a tener un lugar duradero en la historia del Derecho Público y de la Ciencias Sociales”, confiesa a su padre. El tiempo, por cierto, le ha dado la razón) y comienza a pergeñar su libro (que resultaría polémico) sobre “La declaración de los derechos del hombre y el ciudadano”. Ahí están el diseño de los status - el pasivo, el negativo, el positivo y el activo-, objeto desde entonces de muchos comentarios, y su concepción de los derechos públicos subjetivos como “un espacio de poder reconocido al individuo por el ordenamiento jurídico”, a los que MAYER contempló en principio con cierta “desesperación”, aunque terminara acostumbrándose a ellos e, incluso, “a lo mejor puede que hasta llegue a ser su entusiasta defensor”, según le confiesa por carta.

Aparece luego su obra “La declaración de los derechos del hombre y el ciudadano”, que es capital en el tratamiento jurídico de los derechos fundamentales (en especial, el de libertad de conciencia), donde se hace especial insistencia en el calvinismo, en la historia inglesa y en las colonias americanas, por lo que para él “lo que hasta ahora era un fruto de la revolución es en rigor un fruto de la reforma”, afirmación que puso en pie de guerra a algunos ilustres franceses, especialmente a BOUTMY . Además de la habitual brillantez con que este tema ha sido tratado por el maestro GARCIA DE ENTERRIA, en ese precioso libro que es “La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución francesa”, puede verse también el reciente (y sumamente completo) tratamiento que de este mismo asunto nos ha dado MUÑOZ MACHADO en su “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, donde además se hace justicia a la tradición española de la Escuela de Salamanca, una aportación que Jellinek no pudo o no quiso ver.

Alude también el profesor Sosa a la obra “Fragmentos de Estado” (concepto por cierto utilizado en la doctrina española por HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN en “Derechos Históricos y Constitución”, quien además fue el autor del estudio preliminar y de la traducción que vertió de la citada obra al español. He querido percibir (una simple intuición) aquí la escasa simpatía de SOSA por este trabajo que “no volvió a publicar ni apareció en sus bibliografías” y de la que claramente se “apartó con posterioridad”. Por cierto, aunque sea a título incidental (o, quizás mejor, aprovechando que “el Pisuerga pasa por Valladolid”), conviene recordar que esta concepción del “estado fragmentado” de HERRERO fue objeto

de un severísimo correctivo, debido a la pluma - siempre temible- de PARADA. Por lo demás, la discusión, enriquecedora en todo caso, entre PARADA y HERRERO puede verse con más detenimiento en los números 141 y 142 de la RAP.

Continua -a pesar de su salud quebradiza- su actividad, en especial, todo tipo de trabajos y reseñas. Entre estas últimas, está la que dedica al *Deutsches Verwaltungsrecht* de O. Mayer con el que no comparte su obsesión por independizar al Derecho Administrativo del *Staatrecht*, pues entiende que hay zonas comunes. Lo mejor del libro está para él en el análisis de la evolución histórica del derecho administrativo alemán, aunque ironiza sobre su construcción de los derechos subjetivos. Tampoco valora positivamente la traída del Derecho Administrativo francés, en especial la teoría del dominio público, aunque alaba las aportaciones francesas sobre el establecimiento público y las personas jurídico-públicas. En cualquier caso, JELLINEK concluye calificando la obra de Mayer como una “obra fundamental.

La gran obra del otoño de la vida de Jellinek es su *Allgemeine Staatslehre*, lo que para la época supuso una clara corrección de la obra labandiana, como ya sabemos el “jurista del imperio”. Con esta obra Jellinek dice adiós al positivismo, tal como LABAND lo había entendido, incorporando “la contemplación social del Estado como un correctivo al método jurídico, lo que le aseguró un reconocimiento más allá del ámbito de los juristas propiamente dichos”. Sus consecuencias en Alemania y fuera de ella, fueron incalculables.

Alcanza, en fin, su madurez, abandona el judaísmo e ingresa en la Iglesia evangélica, y aunque su salud no le permite dedicarse todo lo que quisiera su libros, realiza curiosos viajes con su mujer (uno de ellos al Polo), atiende su seminario de Heidelberg (donde estuvo KELSEN, parece que no muy a gusto), participa en algunos asuntos políticos (siempre desde posiciones nacional-liberales y desde el punto de vista del profesor que medita), y está continuamente presente en las revista especializadas. Por lo demás, en 1895 hubo un nuevo intento de la facultad de Derecho de Viena para recuperarlo, que de nuevo fracasó “por la intransigencia de la clerigalla”: *nihil novun sub sole*.

Falleció el 11 de enero de 1911, fue incinerado y “lo que mortal había en él” se halla en el cementerio de Heidelberg, sin símbolos religiosos, “bajo los viejos y poderosos árboles en cuyas ramas bandadas de pájaros cantan interminablemente sus canciones”.

Bendita sea su memoria.

6.3. OTTO MAYER: Poeta, jurista, teólogo

Hijo y nieto de farmacéuticos acomodados, Heinrich Eduard Otto MAYER (Fürth, 1846-Heidelberg, 1924), quien pasaría a la historia del Derecho Público por su nombre bien conocido de OTTO MAYER, se educó en el seno de una familia con un ambiente intelectual muy elevado. Aunque su padre, como ya hemos dicho, era farmacéutico, también fue un hombre con inquietudes intelectuales y, sobre todo, preocupado por cuestiones políticas, llegando a ser miembro de la Corporación de Fürth y más tarde diputado en el parlamento bávaro. Sin embargo, su hijo Otto mostraría desde muy joven una afición literaria que le acompañaría a lo largo de toda su vida (quizás, para él, su auténtica vocación: “debería haber sido escritor”, reflexiona al final de sus días), y así lo demostró redactando él solo “un periódico juvenil y “escribir en parte el libreto de una opereta”. Ya por esas fechas - influido por su madre - mostraba también una “profunda religiosidad”, circunstancia que jugaría un importante papel en la vida de este influyente jurista.

Realiza sus estudios de Derecho –como es habitual en los estudiantes alemanes de la época, pasando por varias facultades- en Erlangen, Heidelberg, Berlín y nuevamente Erlangen, y termina doctorándose con una tesis sobre la “justa causa en la *traditio* y en la *usucapio*”- Derecho privado, pues, “patria de la ciencia jurídica”, como Mayer acostumbraba a señalar. Aunque inició su labor profesional desempeñando un puesto en la Administración de Justicia en Fürth, le sedujo mucho más el ejercicio de la abogacía, primero en Colonia, luego en Estrasburgo y al fin en Mülhausen. Por cierto, en esta profesión, en la que pasaría varios años y triunfando ella, ganó “mucho dinero” (parece aquí cumplirse la vieja máxima filosófica “*primum vivere deinde filosofare*”). Sin embargo, la vocación es mas fuerte que el dinero y en 1881 se habilita como Privatdozent en Derecho Civil y Derecho Internacional Privado con un trabajo sobre “la capacidad jurídica de las sociedades anónimas extranjeras”. Aunque, como es fácil imaginar, comienza a dar clases de Derecho Administrativo que, ya en esa fecha, ha empezado a adquirir una clara autonomía respecto del Derecho del Estado, en el que inicialmente se encontraba englobado. Coetáneamente participa activamente en las instituciones religiosas protestantes (su religiosidad, que ya sabemos profunda, está alejada tanto de la “vulgar superstición como del descreimiento cultivado”) y es asesor jurídico de la Iglesia evangélica. En cuanto a su actividad como profesor comienza a adentrarse y profundizar en el conocimiento del Derecho Administrativo sobre la base de su esplendido conocimiento del Derecho Administrativo francés (conoce muy bien las obras de DUFOUR, GERANDO, LAFERRIERE, PORTALIS, VIVIEN), tratando, según sus propias palabras, de “traducir al alemán la teoría francesa del Derecho Administrativo, vertiéndola al modo de pensar de los juristas alemanes”. El libro, aunque conoció el éxito, fue criticado por LABAND. Su experiencia como abogado le ha permitido además detectar la importancia de la sentencias, de la incorporación del material jurídico de las opiniones de los tribunales de

justicia, de la contemplación del derecho como algo “real y vivo”. Es, pues, un convencido de la importancia del “derecho de juristas”, de los “principios jurídicos” que tanta importancia y de forma tan decisiva habrían de tener en el devenir del Derecho Administrativo moderno. Pero no conviene olvidar – como subraya Sosa- que frente a quienes han querido ver en O. MAYER un jurista demasiado “abogadil”, sostuvo también que la facultades de Derecho deben transmitir una “formación amplia del espíritu del Derecho”, evitando su degradación en simples “escuelas profesionales”, donde aprender “habilidades prácticas”.

Estudia a continuación “la doctrina del contrato de Derecho Público”, que solo es aceptada a regañadientes. Para él, los contratos se dan siempre entre iguales – que es lo propio del Derecho Privado-, admitiéndolos en el ámbito público cuando estamos en presencia de dos sujetos con equivalente poder público, como cabalmente sucede entre dos estados en el marco de la vida internacional.

Sin duda, la obra de MAYER que más ha influido en estos pagos españoles es su Derecho Administrativo Alemán, cuyo primer tomo publica en 1895 y el segundo en 1896, obra en la que con una impronta de “fuerte originalidad”, continúa la vía abierta ya por otros autores que le preceden. Entre ellos están F. F. MAYER (1816-1870), quien ya había introducido la diferencia entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, el principio de legalidad de la Administración, el concepto de acto administrativo, el ejercicio de la discrecionalidad, el organismo público, el concesionario, etc. Más importancia tiene la obra de Georg MEYER (1841-1900) y en menor medida la de Edgar LOENING, éste último muy crítico con la obra de O. MAYER. Con todo, de su Derecho Administrativo es famosa su concepción del acto administrativo que, con él, adquiere “una singularidad especial” y su visión del poder de policía como el “buen orden de la comunidad” (cómo no recordar nuestras antiguas e ilustres “Ordenanzas de Policía y Buen Gobierno”, germen en buena parte de algunas de las instituciones de nuestro Derecho Municipal).

Otra de las grandes aportaciones al Derecho Administrativo fue la de su reconstrucción de la teoría del dominio público. Se inspiró –no lo negó nunca– para ello en el “*domaine public*” francés, aunque al parecer su aportación no se acogió con especial entusiasmo - todavía hoy, en el Derecho alemán la propiedad pública se construye sobre las base que proporciona el Derecho Privado, aunque matizado por la idea de la “afectación”.

Sus muchas ocupaciones – que le convirtieron en un infatigable trabajador y en un “oso de cueva”, como el mismo confiesa - no le impidieron participar activamente en el gobierno

municipal, experiencia que le permitió poner en práctica su propia teoría de la ejecución forzosa de los actos administrativos. Reconoció, por lo demás, el derecho del municipio a utilizar su influencia económica para perseguir fines sociales, e “incluso que los beneficios que obtuvieran los propietarios de terrenos colindantes con las calles e instalaciones públicas revirtieran a la colectividad” (algo, por cierto, que el Derecho Español de la época ya había acuñado, al menos teóricamente, de la mano del gran Ildefonso Cerdá). Nacen entre 1903 y 1906 los cuatro tomos del *Droit administratif allemand* con introducción de Berthélemey. En fin, catedrático en Leipzig, en 1912 es decano y en 1913 rector, compromisos que comparte con la puesta a punto de una nueva edición del tratado entre 1914 y 1917. Coincidiendo con el final de la “gran guerra” (1918) se jubila y toma el camino de Heildeberg, donde se entrega a estudios teológicos y aunque quieren nombrarle profesor honorario de la universidad, no lo acepta porque teme que “no salga nada a derechas”. Ello no le impidió sacar una nueva edición del tratado en 1924, año en el que falleció, como nos recalca SOSA, “este excepcional jurista, gran abogado, escritor de buenas maneras y estudioso de la teología” que “hasta cuando dormía o, sobre todo cuando dormía, se hallaba despierto, bajo el son incesante de las campanadas de sus intuiciones”.

7. FINAL

Y concluyo ya. Nos ha dicho TOMÁS R. FERNÁNDEZ que “con un solo libro se puede formar un buen jurista, basta que el interesado lo lea con detenimiento y que tenga alguien cerca con quien comentarlo”. Este libro es, no cabe duda, uno de ellos. Pues la formación de un jurista no es sólo la formación técnica de un buen profesional, sino también el ambiente cultural y la realidad vital en el que el Derecho se desarrolla. “Saber pensar con las emociones y sentir con el pensamiento”, nos dijo Pessoa. Esto es lo que nos trasmite este libro tan entrañable, como excelente. Y como uno pasa alternativamente de la lectura de los, a veces, sesudos libros de Derecho a la prosa cálida del portugués, habrá que recordar que también nos dijo aquello de que “*hay una erudición del conocimiento, que es lo que propiamente se llama erudición, y hay una erudición del entendimiento, que es lo que se llama cultura. Pero hay también una erudición de la sensibilidad*”: erudición, cultura y sensibilidad es justamente lo que sin cesar fluye de esta obra del maestro Sosa Wagner.

Si “todos somos lo que debemos a los demás” (GOETHE), al Profesor Sosa le debemos mucho, pero especialmente el habernos hecho disfrutar con estas vidas de los grandes del Derecho Público: aire limpio en la pesada, y no sólo contaminada, atmósfera de nuestro –por otras cosas que no vienen al caso– mediocre tiempo.

(siempre, con permiso de la revista, continuará)

Luis M. Rodríguez Segado