

# La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra\*

Joaquín Brage Camazano

SUMARIO: I. Introducción. II. Los derechos fundamentales como factores de integración material y como expresión de un sistema de valores: la necesidad de su interpretación *sui generis*: 1. Breve exposición del pensamiento teórico-constitucional de Smend: Teoría de la integración; 2. Los derechos fundamentales como medio de integración material y como orden de valores: su interpretación específica. III. Repercusión de la teoría de Smend: 1. Introducción; 2. En la jurisprudencia constitucional alemana; 3. Kelsen y el Tribunal Constitucional austríaco; 4. Schmitt; 5. Forsthoft; 6. Observación final. IV. En especial: la construcción de Smend sobre los derechos fundamentales, particularmente sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra. V. Indicación bibliográfica.

## I. Introducción

En esta comunicación vamos a tratar de condensar la concepción de Rudolf Smend<sup>1</sup> sobre los derechos fundamentales y su interpretación en clave científico-espiritual, contexto-cultural e integradora y cómo el propio Smend proyectó su doctrina

\* Comunicación presentada en la “Jornada sobre Orientación y Método en el Derecho Constitucional” en la sede de la UNED en Madrid, el 16 de noviembre de 2007, dirigida por el prof. Dr. Óscar Alzaga con la colaboración de los profs. Drs. Fernando Reviriego y Jorge Alguacil, a quienes agradezco la invitación.

<sup>1</sup> Un perfil bio- y bibliográfico de R. Smend puede verse en nuestro trabajo introductorio “Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn” (pp. X a LX), en el libro por nosotros traducido: SMEND, R., *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán*, UNAM, México, 2005, con exordio de Diego Valadés. Esta comunicación se basa en gran medida en ese texto introductorio, si bien con ligeras adaptaciones, significativos recortes y algunos añadidos.

“abstracta” en un importante e influyente trabajo sobre la libertad de expresión en concreto,<sup>2</sup> así como también aludiremos a la acogida que sus tesis tuvieron en los más importantes autores de la dogmática teutona de los derechos fundamentales, y la influencia decisiva que obtuvieron en los primeros tiempos del Tribunal Constitucional a la hora de fijar la “ruta” que el Tribunal ha seguido desde entonces.

Este tribunal, a su vez, ha influido en buena parte de los tribunales constitucionales del mundo. Pero es preciso constatar que la asunción *grasso modo* de las tesis de Smend por el Tribunal Constitucional, y su aceptación virtualmente general por la comunidad jurídica, ha convertido lo que antes era polémico y original casi en tópicos y lugares comunes, diluyéndose con el tiempo la decisiva contribución de Smend; y además esta contribución ha sido sencillamente ignorada cuando, fuera de Alemania, se ha buscado y ha hallado inspiración en el Tribunal Constitucional de Karlsruhe y de él se han tomado pautas y criterios hermenéuticos, así como concepciones en el campo de los derechos fundamentales, que se han dado por buenos como aportaciones “ex novo” del Tribunal Constitucional alemán. Esto, en el fondo, es algo propio de cualquier doctrina que deviene clásica, como de algún modo ha ocurrido, a grandes rasgos, con las propuestas de Smend en este ámbito, que se han hecho verdaderos “lugares comunes”, y como también ocurre con frecuencia en estos casos, esas aportaciones que se hacen clásicas en realidad beben y se nutren, en mayor o menor medida, de ideas de otros autores, que se reelaboran, desarrollan y coordinan en un nuevo pensamiento conjunto (las propias citas de sus trabajos son expresión de ello en ocasiones).

En esta comunicación no pretendemos, pues, “rescatar” el pensamiento de Smend en este campo, sino tratar de destacar que algunas concepciones hermenéuticas, axiológicas y sustantivas en el campo de los derechos fundamentales que hoy están gene-

<sup>2</sup> Se trata de un trabajo sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra (ponencia del 24 de marzo de 1927, Múnich; publicada en 1928 en: *Das Recht der freien Meinungsäußerung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927, Walter de Gruyter, Berlín-Leipzig, 1928, hay reedición de 1966): “La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra”, en SMEND, R., *Ensayos...*, cit., pp. 3 y ss. Es un escrito apenas unos meses anterior a la gran obra de Smend, *Constitución y Derecho constitucional*, y en él se anticipan algunas de sus tesis, al tiempo que se aplica las mismas *in concreto* a estos específicos derechos fundamentales analizados, pero haciéndose asimismo ciertas reflexiones de carácter general sobre todos los derechos fundamentales de gran interés aún hoy en día. Este trabajo, que es la publicación más amplia de Smend sobre los derechos fundamentales, fue una ponencia presentada al Congreso anual de la *Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado*. Se trata, además, de uno de los primeros trabajos en que se elabora, conforme a una dogmática jurídico-constitucional, este derecho fundamental, aparte de que la metodología empleada es una de corte científico-espiritual como la que Smend propugnaba con carácter general. Algunas de las tesis defendidas por Smend en este bonito trabajo, en fin, han sido explícitamente asumidas por el Tribunal Constitucional y, sea como sea, es un trabajo de referencia para cualquiera que quiera adentrarse en el estudio de estos derechos fundamentales.

ralmente aceptadas eran “rompedoras” con las tradiciones imperantes hace pocas décadas, pero hoy aparecen aceptadas incluso, no sin fuertes resistencias, por un tribunal constitucional originariamente tan formal-positivista como el austríaco, y que en ello Smend jugó un papel nada irrelevante.

Desde luego que para ello fue decisiva y determinante la asunción “grosso modo” de las propuestas de Smend por los jueces constitucionales de Karlsruhe, por lo demás en un contexto en que se intentaba romper completamente con el nazismo, pero también esto contribuyó a opacar las aportaciones *smendianas* al respecto, en especial con el trascurso del tiempo y ya de manera mucho más agudizada fuera de Alemania. Y a ello también ayudó la propia reacción de Smend, que no “entró al trapo” de la controversia sobre su doctrina suscitada por autores que, desde planteamientos tan completamente contrapuestos (aun dentro del positivismo) como los de Schmitt o Kelsen,<sup>3</sup> le contradijeron *ex professo* de forma tan acérrima. En efecto, tras su libro *Constitución y Derecho Constitucional* y su famoso trabajo sobre la libertad de expresión (previo a aquel en realidad) de 1928, y pese a la confrontación doctrinal directa con sus tesis de tales autores, Smend no dio respuesta a sus contradictores, evitó toda polémica y no volvió a escribir sobre el tema de la “integración” hasta varias décadas después, y la quiebra de este prolongado y “extraño silencio”<sup>4</sup> no fue aprovechada ni siquiera para destacar legítimamente cómo sus tesis habían sido asumidas por la jurisprudencia constitucional y la doctrina dominante, sino que se trató de un conciso trabajo en una modesta publicación, escrito con gran *esprit de moderation* y sin entrar a polemizar con sus contradictores. Smend no continuó el desarrollo de su teoría nunca, aunque sí publicó un trabajo sobre la “disputa metodológica”, que no fue política para él (“Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit” en el *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, coordinado por Ehmke et al., Berlín, 1973).

Sea como sea, en estas páginas sólo pretendemos exponer cómo algunas ideas y doctrinas que hoy nos parecen elementales, pero que hace no tantos años eran ajenas por completo a los cánones dominantes, beben de la fuente de la doctrina de Smend, y, sobre todo, cómo ello ha determinado un “modus operandi” de la jurisdicción (constitucional) a partir de la segunda posguerra con relación a los derechos funda-

<sup>3</sup> Pese a que Kelsen había dedicado un libro (*El Estado como integración. Una controversia de principio*) a refutar las tesis de Smend en términos muy duros, Smend no contestó nunca expresa y frontalmente a dicha obra de Kelsen.

<sup>4</sup> Su sorprendente actitud recuerda, salvando todas las distancias, el “extraño silencio” de Beccaria a que se refería Tomás y Valiente, el “extraño quietismo” “de un hombre que abre caminos y no echa a andar por ellos”, pues, pese a toda la polémica que generó la publicación a los 25 años de su famosa obra *Dei delitti e delle pene*, no volvió a tratar temas penales, y sin entrar en polémicas en todo caso, hasta el final de su vida un cuarto de siglo después, y ello en obras sin significación alguna. *Cf.* BECCARIA, Cesare B., *De los delitos y las penas*, ed. Folio, traducción e introducción de F. Tomás y Valiente, Barcelona, 2002.

mentales que sería completamente impensable con los planteamientos y concepciones antes dominantes en este ámbito. Se pasa de los derechos fundamentales como meros preceptos administrativos concreción del principio de legalidad de la Administración, con un muy limitado rol (no hay vinculación frente al legislador), a los derechos fundamentales como factor fundamental de integración constitucional sustancial a nivel global, más allá de la significación particular para cada sector del Derecho; como los valores materiales que aúnan a toda la comunidad nacional, que requieren una interpretación específica que tome eso en cuenta y que tienen “carácter institucional”; y además son verdadero Derecho constitucional y, por ello, vinculan también al legislador mismo y configuran un sistema cultural que ha de iluminar la interpretación de todo el Derecho ordinario.

## **II. Los derechos fundamentales como factores de integración material y como expresión de un sistema de valores: la necesidad de su interpretación *sui generis***

### **1. Breve exposición del pensamiento teórico-constitucional de Smend: Teoría de la integración**

Rudolf Smend nace a finales del siglo XIX y muere a mediados de los años setenta del siguiente siglo, pero el núcleo central de su obra iuspublicista lo produce durante la convulsa época de la República de Weimar. En esta época de democracia en crisis, los cerebros alemanes del Derecho público elaboraron unas doctrinas de una altura intelectual no superada y de cuyos réditos aún viven y vivimos nosotros: Kelsen, Schmitt, Smend, Heller, Anschütz, Preuss, Thoma, Triepel, Kaufmann son iuspublicistas de esta época en la que se sucede en Alemania la llamada “controversia de los métodos y la orientación” (*Methoden- und Richtungsstreit*) del llamado Derecho político o del Estado (*Staatsrecht*), denominación que indicaba no sólo el lugar central que se otorgaba al Estado (hoy se utiliza también la de *Verfassungsrecht* o Derecho constitucional, aunque esta tiene cierta connotación más de “izquierdas” y la otra más de “derechas”), sino que, además, se consideraba que el Estado, a diferencia por ejemplo de Estados Unidos, precedía y daba su legitimación a la Constitución, que sólo lo limitaba, pero no lo fundaba. En esa época, durante los primeros años veinte, se suceden en Alemania los intentos de golpe de Estado (incluyendo el *Putsch* de Hitler en 1923); y también es una época en que se suceden los gobiernos inestables causados por un sistema de partidos muy fragmentado, que además comienzan a gobernar por Decreto.

En este contexto político, en que muchos alemanes veían tan problemáticamente la democracia y el sistema parlamentario alemanes y que Schmitt describió con su particular agudeza, surgieron los planteamientos teórico-constitucionales de estos grandes cultivadores a que nos hemos referido (y a cuyas ideas se vuelve la mirada

irremediablemente en épocas de crisis), y ahí Smend pretendió ofrecer, con sus teorías, una imagen de unidad y armonía integradoras frente a la convulsión y el caos político que entonces dominaba y frente a los planteamientos doctrinales radicales, lo cual en sí mismo es ya una muestra de lucidez.

Aquí surge también la gran obra de Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, así como su trabajo sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra y en el que no sólo adelanta y desarrolla una serie de ideas básicas sobre los derechos fundamentales, sino que aplica toda su teoría *in concreto* a estos derechos fundamentales, por lo que este trabajo es un buen ejemplo del nuevo tipo de interpretación que Smend propugna para los derechos fundamentales y que es, a la postre, la hermenéutica que hoy se ha impuesto en toda Europa y más allá, como luego veremos. Pero antes de ello, vamos a referirnos a las tesis centrales del pensamiento *smendiano* sobre los derechos fundamentales.

Smend ya se había enfrentado a la interpretación positivista literal que predominaba en su época en su libro *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916), en el que, rompiendo con la rígida separación entre Ser y Deber Ser de la época, introdujo la conexión entre la realidad y el Derecho estableciendo que esa realidad había de ser integrada en la interpretación, lo que le llevaría a reconocer la existencia de un Derecho constitucional no escrito, especialmente el principio de lealtad federal, al que, basándose en que era Derecho constitucional no escrito, dotó de fuerza normativa (y hasta hoy el Tribunal Constitucional alemán así lo reconoce remitiéndose a la obra de Smend; y también ha tenido esta doctrina su impacto, aunque sea “a ciegas”, sobre otras jurisdicciones constitucionales). La teoría de la integración que Smend construye ya durante la República de Weimar en su obra *Constitución y Derecho constitucional* está en línea de continuidad con esta otra a que acabamos de referirnos.

Como nos dice Koriath, Kelsen había fundamentado su *Teoría general del Estado* (1925) en premisas epistemológicas neokantianas y sobre esa base había sujetado todos los conceptos básicos tradicionales del Estado y el Derecho a un examen y revisión radicales, y este era el estándar de rigor metodológico para los debates sobre los fundamentos teóricos en los años veinte y ningún concepto podría sobrevivir si no cumplía con ello. “Smend aceptó el reto. En un esfuerzo de liberar a la teoría del Estado y a la Constitución de su contexto positivista, Smend tomó como su base, en oposición metodológica a Kelsen, el método fenomenológico de Theodor Litt y su filosofía hegeliana”. Para él, el Estado no va a ser ya más una persona jurídica dotada de derechos y obligaciones, sino una parte de una realidad espiritual “integrada”, es decir, una realidad espiritual que resulta de la interacción de procesos vitales individuales (Koriath), pero es una “unidad de sentido”, no estática, sino caracterizada por un “proceso de actualización funcional, de reproducción”, “un continuo proceso de laboriosa configuración social”, un “proceso de continua renovación y permanente reviviscencia”, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día (Renan). El

Estado no se basa ya en ningún contrato social, ficticio o real, consensuado en un momento dado, sino por virtud de un proceso como el descrito.

Y este proceso, núcleo sustancial, es lo que Smend denomina “integración”, lo que había propuesto ya en 1923 en su trabajo sobre “El poder político en el Estado constitucional y el problema de la forma de Estado” y que se había generalizado relativamente cuando escribe su obra *Constitución y Derecho Constitucional* en 1928, en la que desarrolla esta idea a fondo, si bien él mismo concibió esta exposición como un mero esbozo, aunque nunca más la desarrollaría más allá de ciertos matices y precisiones. Y la Constitución era para Smend el ordenamiento jurídico de este proceso de integración, que ella canalizaba, estimulaba y mantenía abierto, al tiempo que normativizaba los valores sobre los que existía acuerdo entre los ciudadanos, especialmente los derechos fundamentales (Korioth).

Pues bien, esta integración en que se basa la vida estatal puede ser de tres tipos, si bien por lo general se dan combinadamente, aunque un tipo de integración predomine sobre el otro:

a) La integración personal: Aquí se refiere a los dirigentes políticos, que, a través de sus funciones objetivas (bien o mal resueltas técnicamente), han de lograr cohesionar al grupo político que les sostiene. Es el caso, sobre todo, del Gabinete en el régimen parlamentario, que ha elevado a esta forma de integración personal a una institución constitucional suprema que ha de crear y mantener cohesionado no sólo a aquel sector de ciudadanos que le da su apoyo, sino a la totalidad del pueblo, lo que, por su parte, logra a través de formas específicas de integración funcional y en conexión clara con la objetiva o material. Es también el caso del Monarca, la burocracia administrativa y judicial (aunque su labor no es primariamente integradora cuando no son funcionarios políticos) o el Ejército.

b) La integración funcional o procesal: Se trata de formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo, a producir una síntesis social; que tienden, bien a que el contenido espiritual se haga comunitario, bien a reforzar la vivencia comunitaria de la vida social, dinamizando así tanto la vida de la comunidad como la del individuo. Esta integración puede encarnarse en procesos de orden sensible (marchas militares, manifestaciones masivas), al menos en parte (*cohesionamiento* de los trabajadores). Aquí se incluirían las elecciones, las votaciones, las actuaciones parlamentarias, la formación de un gobierno, los *referenda*, los procesos constitucionales, y, sobre todo, el poder (en particular, los sistemas constitucionales que prevén la existencia de luchas políticas integradoras), poder que siempre está necesitado de legitimidad (que determina su naturaleza: Max Weber), ya que detrás de él siempre hay otros valores y elementos de los que depende, factores integradores que son justamente los que fundamentan y siguen fundamentando la comunidad en la que se va a ejercer el poder (contrato social, votaciones, principio mayoritario).

c) La integración material u objetiva: Esta tercera forma de integración es la que

nos interesa, pues se refiere a un conjunto de valores que son vividos como comunes por la Comunidad, se trata de una *socialidad* de las vivencias sustantivas. El Estado, para Smend, no es una suma de elementos disgregados, sino una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas. Su eficacia integradora es particularmente eficaz en el Estado contemporáneo, hasta el punto de serle extraña al individuo su racionalidad, por lo que se hace preciso que esta integración se manifieste de modo institucional a través de la representación de los valores históricos que tienen vigencia actual en símbolos políticos tales como banderas, escudos, Jefes de Estado (en especial, los Monarcas), las ceremonias políticas y las fiestas nacionales o a través de acontecimientos políticos, como una batalla. También serían factores de integración material el territorio, la historia, los preámbulos, la forma política, el pabellón nacional, las competencias del Estado federal y los derechos fundamentales. Estos integran a través de sus fórmulas como lo hacen a través de sus símbolos los colores de la bandera o la forma del Estado.

## 2. Los derechos fundamentales como medio de integración material y como orden de valores: su interpretación específica

Pues bien, los derechos fundamentales serían un elemento de integración material de singular relevancia. Smend entiende que el catálogo de los derechos fundamentales tiene varias facetas:

a) Por un lado, pretende regular una serie objetiva autónoma, es decir, un *sistema de valores, de bienes, un sistema cultural*.

b) Por otro lado, se trata de un *sistema nacional*, es decir, el sistema de todos los alemanes, el cual afirma el carácter nacional de valores más generales y confiere con ello a los miembros de ese Estado de distintas nacionalidades un estatus material único, gracias al cual se convierten en un pueblo, con respecto a sí mismos y frente a otros pueblos.

c) Además, en tercer lugar, este sistema cultural y de valores que expresan los derechos fundamentales, “prescindiendo por completo de su fundamento jurídico”, debe dar significado a la vida del Estado instaurada por la Constitución. *A través de su contenido material, legitiman al Estado, aparte ya de su valor integrador.*

d) Aquí también se incluyen “los valores de las minorías y los compromisos”. Se refiere asimismo Smend ya a la “necesidad”, pero también a la “dificultad” de un enfoque histórico-espiritual del sistema cultural de valores en que la Constitución se basa cuando, con el correr del tiempo en la historia y la creciente falta de homogeneidad espiritual y social del conjunto del pueblo, se pierde la convincente univocidad originaria precisamente de los principios supremos y básicos de los derechos funda-

mentales, por ejemplo: la libertad y la igualdad. Este planteamiento es, en el fondo, el que ha llevado a Böckenförde (2001) a cuestionarse seriamente sobre si existe ya, como en los años cincuenta, cuando se formula en la jurisprudencia constitucional, una “imagen del hombre” de la Ley Fundamental (entiende este autor que, al menos, ya no es esa imagen descrita en BVerfGE 4, 7, 15-16, pasaje jurisprudencial que luego citaremos). Ahora bien, Smend advierte de que “también la democracia vive, no del relativismo (en todo caso, fuera de Viena), sino de una unidad existente, a través del Derecho, en los valores materiales de la Comunidad popular”. Este es uno de los sentidos de los derechos fundamentales también.

Smend rechaza enérgicamente la concepción tradicional predominante en su época de los derechos fundamentales como derechos que no significaban, en último término, otra cosa distinta que el principio de legalidad administrativa, pero también rechaza la concepción mayoritaria de los mismos como derechos técnicos especiales, con la finalidad de salvar la contradicción de la tesis anterior: se “trata a los derechos fundamentales como una suma de reformas de numerosas leyes del Imperio y de los *Länder*, [se] elimina todo lo que es sólo ‘programa’ o ‘credo’ y [se] pretende mostrar, como contenido positivo, lo que se ha transformado, por medio de las normas de derechos fundamentales, en los particulares ámbitos jurídicos, en otra cosa”.

Para Smend, sin embargo, los derechos fundamentales no son Derecho (especial) administrativo, ni Derecho (especial) de policía, ni Derecho (especial) privado, etc, “sino que forman parte del Derecho constitucional”. Estos derechos “regulan sus objetos específicos, no desde el punto de vista de las distintas ramas del Derecho técnico, sino desde el del Derecho constitucional”. Aunque estos derechos pueden tener también un sentido técnico, no son derechos técnicos ni forman un sistema técnico y cerrado como los sistemas que conforman el Código civil o los códigos procesales; no son una “legislación técnicamente incompleta de reforma” de ciertos ámbitos del Derecho especializado (Derecho administrativo, civil, mercantil, etc.). Tienen, ciertamente, la exigencia de validez que es característica del Derecho especial técnico, pero su validez “es de otra naturaleza, y la tienen todos y cada uno de ellos en la misma medida”. Son “norma que rige a la Constitución, la legislación y la Administración”. Son, pues, verdadero Derecho constitucional, ese es su rango y no otro.

La interpretación de los derechos fundamentales ha de ser, pues, una específica, peculiar, *sui generis*: se hace precisa “una interpretación distinta de su contenido material y una nueva caracterización del sentido formal de su validez”. El pilar fundamental en que se ha de apoyar la interpretación de los derechos fundamentales viene dado por el hecho de que estos son expresión de “un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución”, implicando, al mismo tiempo, una voluntad de integración material y la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Su interpretación tiene que partir no sólo del tenor literal y del significado originario, sino también de ese valor material de los

derechos fundamentales “en el conjunto del orden vital del presente y de la constelación jurídico-constitucional de valores”. Y ello ha de llevar a tratar de evitar tres tipos de formalismo, como Smend aplica a su tratamiento de los derechos a la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra en el trabajo clásico ya citado:

a) En primer lugar, se prescinde del texto literal de estos preceptos que no tienen un sentido técnico en favor de una consideración de su contenido material (véase, por ejemplo, su interpretación sobre los colores de la bandera, en el trabajo ya citado, en contraposición a la de Giese, o la de las “leyes generales”, etc.). De este modo, incluso si un precepto de Derecho administrativo o privado se traspa literalmente a la Constitución, el significado constitucional ya no es el mismo, sino que “la norma copiada se eleva a otro nivel y a un contexto de significación totalmente nuevo”.

b) En segundo lugar, no se investiga de manera formalista cuáles son los sujetos activos y pasivos del derecho, sino que para ello se busca el sentido esencial del derecho fundamental de que en cada caso se trate.

c) No se atiende sólo al sentido originario de un derecho fundamental, sino también a la relación en que se encuentra con la totalidad del orden vital actual y con los valores constitucionales vigentes. Ello lleva directamente a la ponderación y a la consideración de los derechos fundamentales como principios, cuya moderna formulación está vinculada a Smend, como Alexy reconoce.

d) Por otro lado, con claro influjo de la doctrina social católica (aun siendo él protestante), dice Smend que en la interpretación de los derechos fundamentales es preciso atender a la “imagen antropológica del hombre”, y para Smend esta imagen no es la del “bourgeois”, el burgués o individuo egoísta, calculador y cicatero de la era capitalista, que es la que seguía la mayor parte de la doctrina, sino otra distinta que ha de deducirse de la parte dedicada a los derechos fundamentales de la Constitución, que no es una parte apolítica de la Constitución y esencia misma del Estado de Derecho (como Schmitt): se trata de un individuo ligado moralmente al Estado. La Constitución no es ni puede ser un mero negocio jurídico de intereses creados, expresión del mejor o peor negocio que han hecho los propietarios y los trabajadores, la clase media y las mujeres, los funcionarios y los maestros, la Iglesia y los sindicatos, consolidando constitucionalmente su posición para continuar, a partir de ahí, su lucha de unos con, o contra, otros. Es igualmente preciso tener presente en su interpretación la “íntima conexión existente entre los derechos y deberes fundamentales y la primera parte, de tipo organizativo, de la Constitución”: “el punto de partida y la significación de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución del *Reich* es el de dotar a los diferentes grupos sociales de libertades y de seguridades, que con condiciones indispensables para el ejercicio real, y no sólo formal, de las libertades ciudadanas, dentro de una democracia formal”. Este criterio veremos luego que ha sido asumido esencialmente por el Tribunal Constitucional en una de sus sentencias más relevantes y hoy es doctrina común y una de las columnas vertebrales de la jurisprudencia constitu-

cional alemana (y una de las mayores diferencias, a nuestro juicio, entre la concepción alemana, europea en gran medida, de los derechos fundamentales y la norteamericana).

e) En el trabajo referido sobre la libertad de expresión, ciencia y cátedra (1928), Smend tuvo la oportunidad de concretar, poco antes incluso de publicarse su obra *Constitución y Derecho Constitucional* donde formulaba su teoría de la integración, esta teoría en unos derechos fundamentales particulares, pero en ese trabajo también se observa claramente cuál es el tipo de interpretación que exige su teoría, cómo se concreta esa interpretación científico-espiritual a la luz de un sistema cultural de valores, poniendo además en relación a unos derechos con otros (son un “sistema” cultural, aunque no un sistema cerrado: la libertad de expresión se analiza poniéndola en relación con las de conciencia y de pensamiento, con las de asociación y reunión) y estimando el valor de cada derecho en el conjunto: la libertad de expresión como aire moral vital del individuo; importancia del derecho para la vida comunitaria y para la formación de una opinión pública; conexión con la publicidad, con la vida social y los grupos, y con los partidos políticos; carácter institucional de la libertad de expresión y, en especial, de ciencia, como “expresión privilegiada”; interpretación del concepto de “leyes generales” en cuanto límite al derecho fundamental como aquellos bienes constitucionales que han de tener precedencia sobre el derecho, lo que lleva directamente a la ponderación, hoy central en el ámbito de los derechos fundamentales; la inserción en una relación de especial sujeción no priva al sujeto de sus derechos fundamentales sino que sólo los restringe en la medida en que el fin de la relación de servicio concreta así lo justifique en cada caso con rechazo de las tesis de que el funcionario lo es siempre y también fuera del servicio; el criterio decisivo del “interés” o “esfuerzo” por la verdad de quien se expresa o enseña, etcétera.

Hoy quizás no nos llame la atención este tipo de interpretación, pero era muy novedosa en su época (aparte de muy avanzada en sus particulares consecuencias, pero esto interesa menos incluso), en unos tiempos en que se estilaba una interpretación jurídico-positivista formalista, empobrecedoramente apegada a la letra de la ley (que mata) y alejada de su espíritu (que vivifica) y que reducía a la nada prácticamente el significado de los derechos fundamentales. Y a esa interpretación científico-espiritual propugnada por Smend va a estar luego, como veremos, el Tribunal Constitucional alemán (y tras él, otros muchos de sus homólogos, en Europa o fuera de ella). Este tipo de interpretación conduce, además, a la consideración de la realidad constitucional externa al Derecho, esto es, al rescate por el Derecho constitucional de las categorías de espacio y tiempo, adquiriendo dimensiones concretas e históricas evidentes frente a la metafísica del positivismo (De Vega); lleva también al examen con relevancia jurídica de los vínculos de unos derechos fundamentales con otros en cuanto sistema unitario, y acaba irremisiblemente desembocando en la ponderación, con la toma en consideración de variados “puntos de vista”, incluso siendo consciente Smend de que:

Las relaciones de ponderación de este tipo pueden oscilar [...] Los derechos fundamentales toman posición respecto de tal cuestión de la constelación de valores que afectan a la vida pública y es la tarea de la interpretación de los derechos fundamentales poner de relieve estas cuestiones y su respuesta dada en los derechos fundamentales o, como en los artículos 118 y 129, remitida por los derechos fundamentales al juicio axiológico moral y cultural de la época. Aquí estriban también las dificultades y las soluciones para el artículo 118, no en la jurisprudencia formal conceptualmente vacía. Aquí está lo que realza a estos derechos fundamentales por encima de las confirmaciones particulares evidentes e insignificantes del principio de la [actuación de la] Administración conforme a la ley y lo que los transforma en verdaderos principios constitucionales.

En España o Alemania, y en tantos otros países, debido sobre todo a la hermenéutica utilizada por sus tribunales constitucionales y el gran influjo que ejercen, todos los juristas especializados con el Derecho constitucional están, han de estar, familiarizados con este tipo de interpretación, que hoy no sorprende a nadie, pero ni es así en todos los países, ni tampoco puede desconocerse que es una interpretación que sigue chocando al jurista de a pie: al juez, al abogado, al Letrado, al Fiscal que diariamente interpretan las leyes concretas que constituyen su labor profesional cotidiana conforme a las reglas más o menos tradicionales de la hermenéutica desde Savigny, que son los instrumentos básicos y cotidianos de su oficio y que no es fácil combinar con los específicos de la norma constitucional, cuya misma juridicidad a veces puede resultarles.

También sigue chocando, se reconozca o no, a los magistrados de los Tribunales Supremos (como jueces de la legalidad ordinaria que son, que basan su trabajo en la prioridad aplicativa de la ley sobre la Constitución), y ahí encuentran su explicación, aunque ello no se haya destacado hasta ahora, buena parte de los conflictos, o “guerras” incluso, entre Cortes Supremas y Constitucionales. Aunque, por supuesto, una cosa es que la interpretación de la Constitución presente estas particularidades y otra bien distinta que ello legitime toda interpretación llevada a cabo por un tribunal constitucional, que puede ser acertada o no serlo, y siempre será susceptible de crítica. Pero conviene dar a conocer estas particularidades no sólo a quienes han de aplicarlas en su trabajo cotidiano, sino también al resto de la comunidad jurídica, para que no se rasguen las vestiduras ante cualquier interpretación jurisdiccional-constitucional que no se acomode estrictamente a los cánones interpretativos tradicionales. Esto, al menos en España, no sólo es una tarea totalmente pendiente (y mi experiencia práctica del día a día así me lo demuestra), sino que es algo en lo que ni siquiera parece haberse reparado, lo cual es totalmente más grave, como se comprenderá. El episodio más reciente en España ha venido ocasionado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo, en la que el Tribunal lleva a cabo una interpretación de inspiración reconocidamente axiológica sobre la prescripción penal: “es exigible una argumentación axiológica”, conclusiones que no son “sostenible[s] desde un punto de vista axiológico”, “canon de razonabilidad argumental axiológicamente fundamentada”, “base

valorativa” conforme “a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional”). Aunque se trataba de un asunto de escasa repercusión y resonancia pública, la interpretación *reconocidamente* axiológica del Tribunal Constitucional ha dado lugar a una dura reacción del Tribunal Supremo. Así, a raíz de esta STC 63/2005, entre otras cosas, el Tribunal Supremo, Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de lo Penal, aprobó un Acuerdo de fecha de 25.4.2006 en el sentido de “mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005” y considerar que el artículo 5.1 LOPJ (carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional), “interpretado conforme a los arts.117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art.123.1 CE”. Ello constituye un buen ejemplo de cuanto venimos diciendo, algo sobre lo que convendría reflexionar, cuando menos.<sup>5</sup>

f) También en ese trabajo se observa que Smend sigue, cuando menos tendencialmente, lo que hoy podríamos llamar una “concepción amplia” del ámbito normativo o de protección de los derechos fundamentales, aunque ligada a una ponderación. Y así, de manera muy avanzada, incluye dentro de la libertad de expresión a las opiniones expresadas “a través de símbolos, insignias, estandartes y similares” (el *symbolic speech* norteamericano), que robustecen al derecho; y considera que lo importante en las libertades de expresión, de ciencia o de cátedra no es la verdad de la expresión sino el interés o esfuerzo de quien se expresa o enseña por alcanzar la verdad; o, respecto de la libertad de ciencia y de cátedra, en contra del criterio de muchos de delimitarla con exactitud, dice Smend que “el carácter de una actividad como investigación o enseñanza no está anudado a cualquier forma externa determinada. Un dictamen, un discurso, una alocución de felicitación, un brindis, pueden caer materialmente dentro del ámbito protegido, y un libro científico o una lección universitaria pueden superar estos límites”; cualquier “intento serio” de averiguación o enseñanza de la verdad quedaría, así, abarcado, algo que el Tribunal Constitucional asumirá unos años más tarde en su literalidad.

g) Los contenidos sustantivos integradores (y entre ellos, los derechos fundamentales), nos dice Smend, están tan en movimiento como el Estado mismo, y ello es así porque “no responden a una situación de inmovilidad, sino a unos fines determinados

<sup>5</sup> Pero hay otros muchos ejemplos de interpretación en clave axiológica. Es claro, por ejemplo, en toda la protección medioambiental, de la salud y frente al ruido por la vía de los artículos 15 y 18 de la Constitución española. También pueden mencionarse, entre otras muchas, la STC 154/2002 o la 3/2007, sobre la dimensión constitucional ponderativa en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria (penal, laboral, etc.) cuando hay derechos fundamentales en juego. En realidad, es algo presente en casi todas las sentencias relativas a derechos fundamentales, si bien cuando se trata de ponderaciones materiales axiológicas a partir de los derechos fundamentales más o menos novedosas, y que llevan a resultados diversos de los alcanzados a través de una interpretación de legalidad ordinaria (especialmente, puramente literal), esa dimensión axiológica llama más la atención.

y continuamente renovados que han de ser también continuamente actualizados”; se caracterizan por su “apertura hacia el futuro”. Smend reconoce la posibilidad de una interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución de carácter evolutivo, y así, respecto de la libertad de ciencia y de cátedra, reconoce que “la constelación de valores, el sentido de la intelectualidad que exige la libertad, por un lado, y de los valores que se le contraponen, por otro lado, y con ello también el sentido de la relación axiológica existente entre ellos, cambian permanentemente“. Ello vendría exigido por la vigencia permanente de la Constitución:

El Derecho constitucional debe garantizar, en su calidad de sistema integrativo, el cumplimiento de una tarea que está sujeta al cambio, una labor que es necesario realizar siempre de forma óptima. Los factores determinantes de las soluciones de esta tarea cambian de acuerdo con las modificaciones circunstanciales y temporales.

Es más, dice Smend que:

este cambio puede tener lugar fuera del propio Derecho constitucional, siempre que se dé dentro del ámbito social de las fuerzas espontáneas que presupone e incluso calcula, sin llegar a regular, la Constitución, el llamado ámbito de las fuerzas ‘extraconstitucionales’, en especial el de la dinámica de los partidos políticos. El cambio puede afectar incluso a la misma Constitución, en el sentido de llegar a modificar gradualmente la relación de rango y peso que se establece entre los distintos factores, instituciones y normas constitucionales. Puede incluso introducir un factor nuevo en la vida constitucional [...] En los dos primeros casos se trata de ‘reformas constitucionales’ en sentido propio, que modifican el contenido de la Constitución en un sentido material. Resulta evidente que estos cambios no están ligados a las condiciones que exige para su creación el Derecho consuetudinario. Ello se debe al propio carácter de la Constitución, que regula constantemente el sistema integrativo que responde a su orientación. Esta correspondencia representa el principio que determina, no sólo la actividad del legislador, sino también la continua validez del Derecho constitucional establecido.

Smend estaba abierto a la evolución de la Constitución, a su cambio progresivo, y acaso poco perceptible, de significado y a que la realidad (cambiante) tuviera incidencia sobre la Constitución y su contenido, sin necesidad de reformas constitucionales, de manera muy fluida. Hay, incluso, en su teoría de la integración un cierto *antinormativismo*, pues afirma que la integración puede producirse “por vías no exactamente constitucionales” si así lo exige el espíritu de la Constitución, que no se centra en los detalles, sino en la totalidad del Estado y del proceso de integración, que no sólo permite sino que exige una tal interpretación constitucional elástica, suplementaria bien diversa de cualquier otro tipo de interpretación jurídica.

A juicio de Koriath, este es el aspecto más problemático de su concepto de Constitución precisamente: “dinamizar a la Constitución pone en peligro a su normatividad. Smend subestimó la tarea de la Constitución de crear orden a través del Derecho.

Para él, la estabilidad del Derecho constitucional, que asegura la predictibilidad, quedó en segundo plano ante la elasticidad de un sistema constitucional constantemente cambiante”.

Es cierto que si se permitieran “vías no exactamente constitucionales” se estaría superando la frontera de la interpretación constitucional (Hesse), y ello no puede justificarse la integración en ningún caso, pero debe también decirse que Smend rectificó aquí su teoría después de 1945, desprendiéndola de su orientación antinormativa y consideró la unidad del Estado como el resultado de un proceso de actividad política consciente, de manera que para él la Constitución puede contribuir al proceso de integración regulando el proceso político, asumiendo así su teoría de la integración una idea funcional del Estado y de la Constitución que estaba en congruencia con la tendencia fuertemente antipositivista después de 1945 en Alemania: de un lado, la teoría asoció al Estado con el individuo y, con ello, debilitó la concepción tradicional del Estado como una noción absoluta y abstracta (típica del tradicional *etatisme* alemán), aunque, por otro lado, siguió unida a una fijación fuerte al Estado como una categoría fundamental para la interpretación (Günther), pues sin un conocimiento fundado de lo que es el Estado no cabe un desarrollo satisfactorio del Derecho constitucional, aunque en cualquier caso para Smend (sólo) hay tanto Estado como el que constituya la Constitución. Ya en su teoría de la integración decía que “An die Stelle eines Denkens vom Staat her trat gewissermaßen ein Denken von der Verfassung her”, esto es, que su teoría no era un pensamiento desde el Estado sino, más bien, desde la Constitución.

Y sea como sea, Smend anticipó con sus trabajos que la Constitución tenía que ser “vida que fluye, que se renueva constantemente” (1927-28); pero no menos cierta es otra frase célebre de Smend: “Das Grundgesetz ist Anregung und Schranke”. La Ley Fundamental es estímulo, pero también límite. Y, en fin, por acabar con otra frase igualmente conocida de Smend, “das Grundgesetz gilt, wie das BVerfG es auslegt”, esto es, la Constitución *está vigente* tal y como el Tribunal Constitucional la interpreta, frase que recuerda, por otra parte, a aquella otra del Juez Hughes de que vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución *es* lo que los jueces dicen que es.

### III. Repercusión de la teoría de Smend

#### 1. Introducción

La teoría de Smend sobre la integración, y en particular su concepción de los derechos fundamentales, se enfrentaba radicalmente al positivismo imperante en esa época, pero si compartía con las tesis de Schmitt, Heller o Kaufmann esta faceta negativa, en lo que tenía de formulación positiva de una doctrina se apartaba de la de cualquiera de ellas, y especialmente de la concepción *schmittiana* “amigo-enemigo”, a la que contraponía una armonía integradora. Hasta qué punto la doctrina de Smend

“plantó cara” a un sistema que se consideraba fuertemente implantado como el *kelseniano* es fácilmente observable en la rápida y enérgica respuesta del propio Hans Kelsen a la obra de Smend mediante su libro *El Estado como integración. Una controversia de principio*. La teoría de Smend dio, así, lugar a un encendido debate en la doctrina constitucionalista de Weimar.

Tras la subida de Hitler al poder, hubo intentos de aplicar la teoría de la integración de Smend para justificar y legitimar al nazismo, pero Smend no participó ni directa ni indirecta, ni activa ni pasivamente, en estos trabajos, que no llegaron a buen puerto en cualquier caso. Tras la Guerra, se acusó a Smend de haber cooperado al nazismo con su teoría, pero ello fue desestimado enteramente, lo que permitió incluso que Smend fuera el primer Rector de la Universidad de Gotinga tras la Segunda Guerra Mundial.

Es más, aunque ciertamente en *Constitución y Derecho constitucional* (1928) hay algunas referencias cuando menos ambiguas a la fuerte integración que promovería el fascismo y alguna referencia crítica al parlamentarismo (que, en parte, pueden explicarse por su planteamiento descriptivo), no puede en absoluto pasarse por alto el dato de que Smend se vio obligado a abandonar su Cátedra en Berlín durante la época nazi al negarse a colaborar con el régimen, siendo acogido en Gotinga, y dedicándose durante los años del nazismo primordialmente a la investigación histórica, sin contribuir en lo más mínimo a la legitimación del nazismo, algo que por otra parte, en lo personal, se explica también por el hecho de que Smend era, según nos dice Lucas Verdú, un piadoso protestante. Además, en el trabajo citado varias veces sobre la libertad de expresión y de cátedra, también de 1928, Smend se queja de la posibilidad, que ve relativamente cercana, de restricciones a la libertad de cátedra por el fascismo (o el comunismo), considerando que frente ello había que oponer al muro del derecho fundamental (la Constitución).

Su teoría jurídico-constitucional, tomada como conjunto, no sólo no parece congruente con el nazismo, sino que resulta ser enteramente incompatible, pues era una doctrina que, para una época convulsa y de divisiones, proponía una unidad integradora espiritual donde el centro ya no era el Estado, sino la Constitución; y donde los derechos fundamentales y la imagen del hombre tenían que desempeñar un papel singularmente importante, tenían que ser un “muro de protección” frente a sus limitaciones, en particular las que pudieran llegar del fascismo o el comunismo (1928).

La doctrina de Smend dio lugar a numerosas reacciones entre los autores de su época y aún hoy sigue suscitando críticas, siendo aquí lo que nos interesa destacar las críticas que guarden relación con su concepción de los derechos fundamentales. En este sentido, han de destacarse las tres siguientes críticas, aunque sólo la primera se produjo en la época de Weimar: a) La de Kelsen; b) La de Forsthoff; c) La de Schmitt.

La reacción de Kelsen se produjo ya en 1930, al poco tiempo de publicarse la obra

en que Smend propugnaba su teoría de la integración, a través del libro antes citado. En este libro de Kelsen llama la atención que apenas se profundice en la distinta concepción de Kelsen y Smend sobre los derechos fundamentales, aunque luego nos referiremos a la opinión de Kelsen sobre ese punto publicada en otro de sus trabajos. En cuanto a los escritos de Forsthoff y Schmitt, se escriben y publican una vez que la Ley Fundamental de Bonn ya lleva unos años de vigencia y se ha constatado ya el enorme impacto de Smend en su interpretación por la doctrina (a la que se reconoce enorme relevancia *práctica* en Alemania) y hasta en la jurisprudencia constitucional.

Y es que, en efecto, sin referirnos ya aquí al valor que la teoría de la integración puede tener en el ámbito de la construcción constitucional de la Unión Europea más allá de los derechos fundamentales (Grimm acaba de trabajar el tema), ya sólo a escala nacional el impacto de Smend va a ser enorme no sólo en la doctrina, hasta hoy en día, sino también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que puede decirse que está marcada claramente, de manera consciente (para el tribunal y la doctrina) o no, por la impronta de Smend en su propia concepción general, en concreto, en su interpretación, su hermenéutica, su filosofía interpretativa.

El Tribunal Constitucional alemán, en efecto, va a asumir pronto una metodología científico-espiritual de interpretación de la Constitución, y en especial de los derechos fundamentales, que partirá de la concepción de estos como expresión jurídico-constitucional de un sistema cultural de valores y que tratará de integrar dinámicamente a la realidad político-constitucional en su aplicación de la Constitución. Esta metodología interpretativa, en cuya asunción jugaron un papel importante magistrados constitucionales como Leibholz o Wentrich (muy próximos a las ideas de Smend al respecto) pero también autores como Dürig, se mantiene hasta hoy y, a partir de su utilización por el Tribunal Constitucional alemán, ha tenido un gran influjo en otras jurisdicciones constitucionales, incluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La interpretación de la Constitución, según hoy se admite de manera generalizada, requiere una técnica hermenéutica específica, incluso respecto del restante Derecho público: se precisa de una interpretación y una hermenéutica axiológicas. Y esto se lo debemos en no poca medida a Smend, pionero y precursor incuestionable.

## 2. En la jurisprudencia constitucional alemana

Si bien tras la Segunda Guerra Mundial, el ambiente general predominante en la doctrina constitucionalista (*Staatsrechtslehre*) era uno conservador, quedando formalmente excluidos de la “Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado” sólo algunos autores que se habían significado *mucho* con el nazismo (especialmente, Carl Schmitt), pero no en absoluto, por ejemplo, quienes se incorporaron a las Cátedras dejadas vacantes por profesores a los que se obligó a abandonar las suyas durante el régimen nazi (por razones raciales o de otro tipo), lo cierto es que sí se tuvo buen

cuidado de que al Tribunal Constitucional sólo llegaran personalidades del Derecho que se hubieran opuesto claramente a aquel régimen de terror. Esto produjo sus frutos en la jurisprudencia constitucional.

Esta se orientó casi desde un primer momento hacia una interpretación como la que había propugnado Smend, cuya escuela se enfrentaba, tras la Guerra, sólo a la de Schmitt (pese a que éste fue de los pocos que no recuperaron jamás su Cátedra). Aunque no es hasta 1957-1958, en las Sentencias *Elles* y, sobre todo, *Lüth*, cuando se produce una asunción clara y frontal de este tipo de hermenéutica con todas sus consecuencias, existen ya precedentes que indicaban el rumbo que la jurisprudencia constitucional iba tomando. En ello jugaron un papel muy importante los constitucionalistas Leibholz (que por tener origen judío se había tenido que exiliar en el Reino Unido durante el nazismo), y Drath, como jueces en las Salas 2ª y 1ª del Tribunal respectivamente, y también, más tarde, en la sentencia *Lüth* fue muy importante el papel del Presidente Wintrich, muy próximo también al pensamiento de Smend. A la descrita evolución jurisprudencial pasamos a referirnos:

a) Ya en la Sentencia de 23 de octubre de 1952, relativa a la prohibición de un partido político, el Partido Socialista del Imperio (BVerfGE 2,1), el Tribunal Constitucional se va a ver enfrentado a la interpretación de la cláusula constitucional expresa que prohibía los partidos contrarios al “orden liberal democrático”. Y va a entender que ello es una referencia a “los valores fundamentales supremos” del Estado constitucional basados en las ideas de libertad y democracia, pues los mismos fundamentan dicho orden. Se refiere igualmente el tribunal al “valor propio autónomo” de la persona y su dignidad y a la libertad y la igualdad como “valores básicos permanentes de la unidad estatal”, lo que le lleva a afirmar que “el ordenamiento fundamental es un ordenamiento vinculado a valores”, en contraposición absoluta al Estado total nazi. Aunque esta sentencia se dictó por la Sala 1ª, a la que no pertenecía Leibholz, este reconoció muchos años después ciertas “interioridades” del Tribunal y, en particular respecto de esta sentencia, que, en realidad, él, como experto en partidos políticos, le había indicado a su colega Zweigert (de la Sala 1ª) en detalle cómo debería fundamentar la sentencia (el sentido del fallo era bien claro).

b) En la sentencia del caso *Investitionshilfe* (ayudas a la inversión), de 20 de julio de 1954, igualmente sobre la clara secuela de Smend, el Tribunal Constitucional sentó la siguiente doctrina: “La imagen del hombre de la Ley Fundamental no es la de un individuo aislado soberano; la Ley Fundamental ha decidido más bien la tensión entre el individuo y la comunidad en el sentido de la relación de la persona con la comunidad y el vínculo con ella, sin afectar, al respecto, a su valor propio” (BVerfGE 4, 7, 15-16).

c) En la Sentencia de 16 de enero de 1957, caso *Elles* (BVerfGE 6, 32), se planteó la cuestión de cómo había de interpretarse la expresión “orden constitucional” como límite al derecho al libre desarrollo de la personalidad (entendido como garantía de la

libertad general de acción desde esta sentencia hasta hoy). Era una cuestión de gran relevancia, pues si se entendía esta expresión, como mucho propugnaban, en el sentido de que se refería a cualquier norma conforme a la Constitución, se corría el riesgo de “vaciar” de contenido propio al derecho fundamental, lo cual no era un riesgo inocuo tras la triste experiencia de Weimar. Presidía la Sala 1ª del Tribunal Constitucional, que era la llamada a decidir, quien era también el Presidente del Tribunal, Wintrich. Este juez, que lo había sido antes del Tribunal Constitucional de Baviera, estaba bien familiarizado con la construcción de Smend y además tenía una gran sensibilidad hacia la situación vivida bajo el nazismo e incluso de antes tenía una gran preocupación intelectual y proclividad al empleo de los valores en la interpretación de la Constitución. Pues bien, el Tribunal va a hacer un contraste enérgico entre la regulación de la Constitución de Weimar de los derechos fundamentales y la Ley Fundamental de Bonn, pues mientras bajo la primera la reserva general de ley se interpretaba como una remisión a cualquier ley que fuera conforme a la Constitución, lo que permitía en la práctica “vaciar” el contenido del derecho fundamental, y además el legislador podía “superar” en el caso concreto un límite jurídico-constitucional, la situación bajo la Ley Fundamental es bien distinta y ello porque:

Por el contrario, la Ley Fundamental ha instituido un orden vinculado a valores que limita al poder público. A través de este orden debe asegurarse la autonomía, la autorresponsabilidad y la dignidad de la persona en la Comunidad estatal [...]. Los principios supremos de este orden de valores están protegidos contra una reforma constitucional (artículos 1, 20, y 79, 3 de la Ley Fundamental). Las quiebras constitucionales están excluidas; la jurisdicción constitucional vela por la vinculación del legislador al parámetro de la Constitución.

De esta concepción derivó el Tribunal consecuencias prácticas inmediatas: el “orden constitucional”, como límite al libre desarrollo de la personalidad (y a la libertad de acción ampliamente entendida), no incluía sin más a cualquier ley que no fuera formalmente contraria a la Constitución, sino que exigía, en positivo, que además tal ley estuviera materialmente en conformidad “con los valores básicos supremos del orden fundamental liberal-democrático como el orden jurídico-constitucional de valores”, e igualmente han de estar en correspondencia con los principios constitucionales elementales no escritos y las decisiones básicas de la Ley Fundamental, en especial, el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado social.

d) Es, sin embargo, en la Sentencia en el caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198), de 15 de enero de 1958, donde se va a producir una recepción en toda regla del método smendiano de interpretación constitucional, acogiéndose expresamente incluso sus premisas de que la hermenéutica específicamente constitucional tenía que basarse en un orden de valores, y ello aunque no se cite a Smend, por sorprendente que resulte en un sistema como el alemán (con citas habituales en las sentencias). La sentencia es de una relevancia tal que su conocimiento a fondo es presupuesto en cualquier jurista

alemán; y también da una idea de su importancia el hecho de que, recientemente, el Instituto de Historia del Derecho Max Planck de Frankfurt haya reunido a casi medio centenar de especialistas en un interesantísimo Congreso que tenía por objeto, única y exclusivamente, a esta sentencia y no es preciso decir que el nombre de Smend estaba omnipresente (Thomas Henne, Arne Riedlinger (eds.): *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Grundlegung der Grundrechtsjudikatur in den 1950er Jahren*, Frankfurt del Meno, 2004). Pero lo que ahora importa destacar es que, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional, tras exponer que los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son, antes que nada, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, en cuanto expresión de la primacía del hombre y su dignidad frente al poder del Estado, hace la importante precisión siguiente:

Pero es igualmente correcto que la Ley Fundamental, que no pretende ser ningún ordenamiento neutral ante los valores [...], en su sección de derechos fundamentales también ha instituido un orden objetivo de valores; y que justamente en ello se expresa un fortalecimiento de principio de la fuerza de validez de los derechos fundamentales [...]. Este sistema de valores, que halla su centro en la personalidad humana y su dignidad que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social, debe regir como decisión jurídico-constitucional básica para todos los sectores del Derecho; la legislación, la Administración y la jurisprudencia reciben del mismo directivas e impulsos; así, él también influye evidentemente en el Derecho civil; ningún precepto de Derecho civil puede estar en contradicción con ese orden de valores, cada uno de ellos debe ser interpretado conforme al espíritu de tal orden de valores. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el Derecho privado a través del medium de los preceptos que predominan directamente en este sector del Derecho [...].

Esta jurisprudencia básica y muy principialista del Tribunal Constitucional está hoy totalmente consolidada, aunque hoy en día no se habla ya tanto de “orden objetivo de valores” como de la “dimensión jurídico-objetiva” de los derechos fundamentales, y de esa jurisprudencia se han derivado, directa o indirectamente, algunos aspectos de la construcción general de los derechos fundamentales tan importantes como: el efecto irradiador, y en especial, la eficacia en las relaciones *inter privatos* (sólo indirecta y matizadamente); la interpretación conforme a, o incluso orientada a, los derechos fundamentales; su entendimiento como encargos de conformación, especialmente al legislador; los deberes estatales de protección, en ciertos casos; exigencias de protección de los mismos a través de la organización y el proceso, etc.; más cuestionable es ya (Krausnick) el empleo ocasional de los contenidos jurídico-objetivos para limitar la faceta de derecho individual (libertad de radiodifusión como una *dienende Freiheit*). En último término, esta nueva concepción de la interpretación de la Constitución en clave axiológica, como una hermenéutica jurídica específica, que en particular lleva a tomar en cuenta en ese proceso interpretativo al sistema cultural de valores que subyace al catálogo de derechos fundamentales, conducirá también a la ponderación a

través de la proporcionalidad, hoy criterio central del sistema constitucional, y de los derechos fundamentales muy en particular, hasta el punto de permitir la limitación de los derechos fundamentales para los que la Constitución de modo expreso no establece límites (“derechos ilimitados”): “sólo los derechos fundamentales colisionantes de terceros u otros valores jurídicos dotados de rango constitucional, en atención a la unidad de la Constitución y al total orden jurídico por ella protegido, están excepcionalmente en condiciones de limitar también los derechos irrestringibles en las relaciones concretas” (jurisprudencia constante desde BVerfGE 28, 243, 261), todo ello en pro de la integración y la armonía en el ejercicio de los derechos constitucionales.

### 3. Kelsen y el Tribunal Constitucional austríaco

Kelsen se refirió a la posibilidad de que las Constituciones recojan “los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc., sin precisar, absolutamente, lo que es necesario entender con ello”. Kelsen lo que tenía en mente, en realidad, eran las Declaraciones de Derechos y comentaba al respecto:

Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de la equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etc., significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es abandonado por la Constitución y la ley.

Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etc., difieren de tal manera, según el punto de vista de los interesados, que, si el Derecho positivo no consagra alguna de entre ellas, toda regla de Derecho puede ser justificada por una de tantas concepciones positivas. Pero en todo caso la delegación de los valores en cuestión no significa, y no puede significar, que cuando el Derecho positivo sea contrario a su concepción personal de la libertad, de igualdad, etc., pudiera dispensarse a los órganos de creación del Derecho de su aplicación. Las fórmulas en cuestión no tienen, de manera general, una gran significación. Ellas no agregan nada al estado real del Derecho.

Es precisamente en el dominio del Derecho constitucional en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador, a conformarse con la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etc., como direcciones relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que sólo sería así cuando la Constitución fijara una dirección precisa, es decir, cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera. Sin embargo, el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las declaraciones de derechos individuales, se borrará fácilmente, y no es, por tanto, imposible que un tribunal constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el poder del Tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la

justicia de la mayoría de los jueces de este Tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población, y por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia o cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria, desde el punto de vista político, como sería el Tribunal Constitucional. Para evitar un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado— [...] la Constitución debe, sobre todo si ella crea un tribunal constitucional, abstenerse de este tipo de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible.

Pues bien, el Tribunal Constitucional austríaco, fuertemente marcado por la impronta de Kelsen (que incluso fue magistrado integrante del mismo), en principio respondió a esta concepción del jurista de Praga. Así, por ejemplo, en una famosa sentencia de 1928, el Tribunal sentó la doctrina de que resultaba evidente que las restricciones legales de la propiedad (en el caso de que se trataba, a favor del arrendatario) deben basarse en el interés público, pero qué sea “interés público” y qué no lo sea es un concepto no justiciable. Más bien, es competencia del legislador hallar el necesario equilibrio entre los diferentes intereses y determinar el interés general en su opinión. Por ello, la decisión del Tribunal fue no decidir y dar su opinión sobre dicha cuestión.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional fue superando esta concepción originaria poco a poco, como Öhlinger, a quien seguimos aquí, ha destacado con toda claridad. Así, después de la Segunda Guerra Mundial, en los años cincuenta y sesenta, el Tribunal, por un lado, dedujo exigencias cada vez más estrictas del principio de legalidad, pese a que la Constitución apenas decía que la Administración sólo podía actuar sobre la base de una ley, sin precisar en absoluto ninguna exigencia concreta de ello derivada; y por otro lado, “transformó” al principio de igualdad en un principio de objetividad con toda una serie de requisitos cada vez más exigentes y concretos. Pero, aun con estas excepciones particulares, a principios de los años ochenta, el Tribunal todavía seguía rechazando cualquier clase de interpretación sistemática de los derechos fundamentales, considerando que cada norma reconocedora de uno de ellos podía ser interpretada y concretada de manera satisfactoria a partir de ella misma.

Sin embargo, a partir de entonces, de una manera progresiva, el Tribunal Constitucional austríaco extendió su interpretación ya no positivista literal (e incluso ponderativa) al resto de los derechos fundamentales cuando “descubrió” el principio de proporcionalidad, lo que tuvo lugar fundamentalmente por exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos (con rango de Derecho constitucional federal) y su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo, así como sobre la base del ejemplo notable del Tribunal Constitucional alemán. Desde luego que con ello el Tribunal Constitucional ha pasado a primer plano, lo que no ha impedido que siga siendo,

también ahora con esta interpretación tan activista (entre 1946 y 1979, había anulado una regulación legal en 453 casos; desde hace años, la media está entre 25 y 35 al año), reconocido como una institución central en el sistema constitucional muy bien valorada. En cualquier caso, el Tribunal austríaco ha rechazado una interpretación a partir de un orden de valores o cualquier otra construcción similar, remitiéndose al legislador en su caso (cfr., por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 1999), aunque no puede dejar de reconocerse que la Constitución austríaca es, en este sentido, bien diversa a la alemana o a la española, y no es nada claro que la misma pueda dar lugar, no ya a una interpretación tan alejada como la actual de las premisas *kelsenianas*, sino incluso a una interpretación abiertamente axiológica, incluso aunque estas sean, en gran medida, exigencias de los tiempos y el lugar en que vivimos a las que será bien difícil sustraerse.

#### 4. Schmitt

Es clásico el trabajo de Schmitt —autor también de un libro con el título “El *valor* del Estado y la significación del individuo” (1914; hay reimpresión de 2004)— sobre “La tiranía de los valores” (expresión tomada de Nicolai Hartmann), pronto traducido al castellano por su hija Ánima y publicado en la *Revista de Estudios Políticos* (núm. 115, enero-febrero de 1961). En este trabajo, Schmitt, sin citar a Smend, se dedica a criticar sus teorías. Constata que en la República Federal de Alemania, “desde hace años penetra la filosofía de valores incluso en la jurisprudencia de los tribunales supremos y transforma la estructura tradicional de los conceptos de Constitución, legislación y jurisdicción [...] Con la invasión de ‘valores’ se provocó, en toda su agudeza, el problema de la disolución de conceptos y métodos jurídicos”.

El autor parte de la premisa básica enunciada por su discípulo Forsthoff de que “los valores tienen su propia lógica” y aprecia que “el valor no *es*, sino *valé*”, “implica un afán muy fuerte a la realización”, “no es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de ejecución y cumplimiento”. Y además, dado que la facultad estimativa es algo subjetivo, también lo son enteramente los valores, que dependen del sujeto que valora. El valor “hace inevitable un cambio específico de pensamiento”, que es su “consecuencia fatal”, ya que, puesto que los derechos fundamentales no son sino que valen y han de ser continuamente actualizados en su validez, ello lleva a que quien afirme su validez tenga que hacerlos valer para que no se disuelvan en mera apariencia. El problema está, además, en que los valores no sólo valen *para* alguien (subjetivismo), sino también *contra* alguien, por lo que tienen una agresividad virulenta, tan pronto hay hombres concretos que hacen valer unos valores frente a otros hombres.

Nada de ello podría solucionarse mediante una teoría supuestamente objetiva de los valores, velando los sujetos y silenciando quiénes son los portadores de valores cuyos intereses suministran puntos de vista, pues “nadie puede valorizar sin desvalo-

rizar, revalorizar o explotar” y “el precio supremo no es demasiado para el valor supremo y hay que pagarlo”, con lo que ya no rige la máxima de que el fin no justifica los medios. El pensamiento en valores “convierte automáticamente la lucha contra un determinado enemigo concreto en lucha contra un *sinvalor* [...] El *sinvalor* no tiene ningún derecho frente al valor, y para imponer el valor supremo no hay precio demasiado excesivo. Todas las categorías del clásico *Ius Publicum Europaeum* —enemigo justo (*justus hostis*), motivo justo (*justa causa*), proporcionalidad de los medios y procedimiento ordenado (*debitus modus*)— serán, sin esperanza alguna, víctimas de esta lógica de valor y *sinvalor*”. Por ello, la “tiranía de los valores” consiste en que los valores reconocidos por cada uno tienden a destruir a los otros valores.

En definitiva, Schmitt viene a denunciar el relativismo y hasta subjetivo de los valores, también de las teorías llamadas “objetivas”, unido al hecho de que los valores se utilizan como elementos para agredir a todo el que no ve los que se consideran valores evidentes, descalificándolo como “ciego a los valores”. Y se refiere así a cómo el médico Hoche y el penalista Binding publicaron en 1920 su trabajo con el título “La autorización para destruir vida sin valor vital”, que eran dos eruditos y respetados autores, ambos liberales, animados de las mejores intenciones humanas; así como a la referencia de Hitler a los valores cuando dijo: “La Historia universal está hecha por hombres. Antes la hicieron los hombres y hoy la hacen los hombres. Lo decisivo es el *valor* de estos hombres y, en cierto modo también, el número. El *valor* del hombre alemán es incomparable. Nunca me dejaré persuadir de que algún otro pueblo pueda tener tanto *valor*. Estoy convencido de que nuestro pueblo, sobre todo hoy, en su continuo mejoramiento, representa el *valor supremo* que existe actualmente en este mundo”.

## 5. Forsthoff

En general, no sólo Schmitt sino toda su Escuela reaccionaron con dureza a la teoría de la integración, a su empleo por el Tribunal Constitucional y a su asunción como propia por prácticamente toda la doctrina, rechazando especialmente el recurso a los valores para interpretar la Constitución y blandiendo la amenaza de que se iba hacia un Estado de Justicia.

Tiene particular interés un trabajo de Forsthoff sobre “La transformación de la ley constitucional” (“Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en *Festschrift für Carl Schmitt zum 70 Geburtstag, dargebracht von Freunden und Schülern*, Berlín, 1959), aunque posteriormente también publicó otros en la misma línea. En esencia, se revela contra la inserción de las normas en amplios contextos espirituales, contra el uso del método científico espiritual o contra la inserción de las normas “en el sistema lógico de la integración estatal”, esto es, la teoría de Smend, que se puede considerar a su juicio “como patrimonio general de la interpretación constitucional” en cuanto que generalmente aceptado. Esto no es, en cualquier caso, una interpretación *jurídica*, pues contie-

ne hipostatizaciones extrañas a las normas a interpretar y, además, desde luego los derechos fundamentales no forman ningún sistema.

Forsthoﬀ reconoce que la norma constitucional no se puede interpretar como otra ley, pero fue mérito de la doctrina de los años veinte librarse de esa visión positivista unilateral, y a lo que no puede llevar eso es a prescindir de los límites a la interpretación de una ley. Por ejemplo, reconoce una interpretación sistemática, aunque sólo cuando una interpretación textual y del significado del texto no sea evidente y rechaza totalmente deducir, a partir de un conjunto de normas, una “imagen del hombre” a la que se dé relevancia para la interpretación de la Constitución; o que los derechos fundamentales, a partir de la propia lógica de los valores (al concebirse como un sistema axiológico), desplieguen efectos frente a los particulares (algo rechazado por toda la doctrina iuspublicista, salvo por Smend, no siendo previsible si ello le será imputable “a gloria o a vergüenza”), pues no hay interpretación tradicional que lo admita, sino que se basa en una *petitio principii* que, como es típico de los valores, llevan a catapultar a las reglas hermenéuticas tradicionales. También rechaza la interpretación sobre la base de la cláusula del Estado social.

Todo ello conduce a una pérdida de las normas constitucionales en racionalidad, en evidencia; da lugar a su “transformación”; destruye la lógica jurídica y su refinada interpretación. Al asumir la ley contenidos éticos, morales o religiosos, y no poder así aplicarse conclusiones silogísticas, la ley constitucional pierde su forma típica del Estado de Derecho: se llega así a un *Justizstaat*, que disuelve a la Constitución en la casuística (por ejemplo, la eficacia frente a terceros o la ponderación de la libertad de expresión con los bienes que delimitan su ejercicio), una casuística que se elabora libre de control y lleva a un alejamiento del vínculo formal a la ley constitucional, a la que se concibe como algo “abierto”, fijándose su contenido *caso a caso* por el Tribunal Constitucional en un desarrollo evolutivo (como propugnara Smend), de manera que el Tribunal supera así ampliamente los límites constitucionales de un tribunal, ya no es el garante de la ley constitucional, y se transforma en un órgano supremo que toma parte activa en la integración estatal defendiendo su posición propia. Se abandona el Estado de Derecho en pro de un Estado de Justicia, donde la sociedad está regida por valores o, mejor, por valoraciones (subjetivas) de los jueces constitucionales, con la consiguiente pérdida de racionalidad y previsibilidad.

## 6. Observación final

Frente a estas críticas, cabe oponer, desde luego, la realidad de que este tipo de interpretación científico-espiritual y axiológica de los derechos fundamentales, no apegada a las reglas tradicionales de interpretación, se ha impuesto en la realidad y ello sin llegar a un Estado de Justicia ni mucho menos y sin pérdida alguna tampoco de racionalidad. Lejos de ello, la libertad de los ciudadanos es mucho más amplia en to-

dos los sentidos y la necesidad de justificar cualquier afectación de uno de sus derechos fundamentales es mucho más estricta, lejos de cualquier decisionismo, y se deja al legislador un papel importante también para desarrollar diversas “políticas de los derechos fundamentales” y configurar a estos de maneras diversas con libertad de conformación. El Estado de Derecho en que se basan estas interpretaciones es un Estado material de Derecho (esto es, no axiológicamente neutral), no uno puramente formal, un Estado en el que la vía judicial (también ante el Tribunal Constitucional) juega un papel central y fuertemente integrador, pero no es un Estado de Justicia de dominio de todos por la “rama menos peligrosa” del Estado ni un “gobierno de los jueces”. Por otro lado, las categorías clásicas del Derecho público europeo, lejos de ser víctimas de la lógica de los valores (Schmitt), se han robustecido enormemente justamente a través de la interpretación axiológica, hasta el punto de que el principio de proporcionalidad (y en particular, en su construcción alemana) está jugando un papel integrador a escala europea muy notable, como lo prueba la asunción de este criterio por los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo o su consagración formal en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Por otro lado, aquí se hace también obligada una referencia y remisión a Alexy, quien ha refutado brillantemente todas las objeciones formuladas a la teoría de los valores, entendida como la formulación de un “orden blando” de preferencias condicionadas (con una red de decisiones concretas de preferencias), como un orden no rígidamente jerárquico, defendiendo además su razonabilidad y racionalidad por cuanto que exige no evidencias intuicionistas, sino fundamentaciones, aparte de que no existen alternativas aceptables que proporcionen mayor seguridad jurídica.

Pero, aun con todo lo anterior, no puede desconocerse que estos trabajos también señalan ciertos riesgos existentes. En este sentido, Smend, que se refiere a ello en su trabajo clásico sobre el Tribunal Constitucional alemán,<sup>6</sup> dice:

Estos ataques son fértiles en tanto que estimulan la teoría alemana del Estado y del Derecho para una revisión enfática de sus fundamentos”; “contiene[n] un ingrediente de verdad en tanto que recuerda los límites de la jurisdicción constitucional”; sin embargo, “son vanos en tanto que la praxis, vía Tribunal Constitucional Federal, no se deja confundir por ellos”. “Esta praxis no está sola: es el desarrollo del Derecho alemán en general, en la jurisprudencia y en la Ciencia, el que a lo largo de la historia del espíritu y del Derecho ha tomado esta dirección ineludible [...] aquellos ataques se limitan sin razón al Tribunal Cons-

<sup>6</sup> SMEND, R., “El Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Ley Fundamental de Bonn”, en SMEND, R., *Ensayos ...*, cit., pp. 47 y ss.; en concreto, p. 63. El original alemán es: SMEND, R., “Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962”, en el colectivo *Das Bundesverfassungsgericht*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1963, hay nueva edición ampliada de 1971. Häberle lo incluye pronto en su obra *Verfassungsgerichtsbarkeit*, en la que recopila algunas de las contribuciones clásicas sobre la jurisdicción constitucional. HÄBERLE, P. (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.

titucional Federal y desconocen, con ello, que la cuestión de que aquí se trata es mucho menos una cuestión de Derecho constitucional, y en especial de reparto de poderes, que una cuestión de Derecho y de jurisdicción. Y el Derecho y la jurisdicción no son criaturas de la Constitución, sino que tienen su naturaleza bastante independiente de ella.

Ahora bien, Smend, integrador, reconoce que estas críticas apuntan también a los límites de la jurisdicción constitucional y “es cuestión de la sabiduría y del tacto judicial de la justicia constitucional respetar estos límites”. En la medida en que esta sabiduría y tacto judiciales falten, y ello puede suceder ante todo en casos particulares más que de una manera generalizada, no está de más recordar alguno de los riesgos aquí señalados, que un órgano de la constitucionalidad también ha de tener en cuenta en todo momento.

#### **IV. En especial: la construcción de Smend sobre los derechos fundamentales, particularmente sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra**

1. La Constitución de Weimar preveía, como lo hace actualmente la Ley Fundamental de Bonn, que uno de los límites de la libertad de expresión lo fueran las llamadas “leyes generales”. De inmediato, como es lógico, se planteaba la cuestión de qué había de entenderse por “leyes generales”. Anschütz entendió entonces que “ley general” era una ley que “no prohíbe una opinión como tal, no se dirige contra la manifestación de la opinión como tal, sino que sirve a la protección de un bien jurídico simplemente sin consideración a una determinada opinión”. Es decir, la previsión de que la libertad de expresión podía limitarse por las leyes generales significaba que podían limitarla todas las leyes que no se dirigieran específicamente contra una opinión, que no regularan directamente la opinión (criterio teleológico). La cuestión básica era, según esta interpretación, el sentido teleológico de la ley.

Smend, sin embargo, se opuso a este criterio y a otros propuestos (la “generalidad personal”, fallo de redacción) y consideró que, a la vista de su significación histórico-espiritual, eran Leyes “generales” en el sentido del artículo 118 las “leyes que tienen la primacía ante el artículo 118 [libertad de expresión] porque el bien social por ellas protegido es más importante que la libertad de opinión” (y que, por ello, merecen la primacía frente a ésta), evitando así tener que llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad de los límites penales de la libertad de expresión y a vaciar de contenido casi a ese límite, algo a lo que más bien conducía la interpretación teleológica.

Pues bien, estas interpretaciones doctrinales tienen su importancia porque, pese a su contraposición en aquella época, la interpretación del TCFA sobre el concepto de “leyes generales” va a venir caracterizada por una interpretación conjunta, “integradora” que combina las de los dos autores citados:

El concepto de la ley ‘general’ fue discutido desde el comienzo. Queda por saber si fue introducido en el artículo 118 de la Constitución del Imperio [de Weimar] sólo como consecuencia de una inadvertencia de redacción [...] En todo caso, fue ya interpretado durante la vigencia de esta Constitución en el sentido de que como tal hay que entender todas las leyes que ‘no prohíben una opinión como tal, que no se dirigen contra la expresión de una opinión como tal’, que más bien ‘sirven a la salvaguardia de un bien jurídico a proteger sin más, sin referencia a una determinada opinión’, a la salvaguardia de un valor de la comunidad que tiene la primacía frente a la actuación de la libertad de expresión [...] Con ello está también de acuerdo el actual intérprete de la LF (BVerfGE 7, 198, 209-210).

En realidad, esta jurisprudencia constitucional (columna vertebral de la doctrina del Tribunal Constitucional) se halla muy próxima de la interpretación de Smend, en particular respecto de la libertad de expresión (Krausnick), para la que en la práctica exige incluso una doble ponderación conforme a la doctrina del efecto recíproco. Sea como sea, detrás del entendimiento de las “leyes generales” por Smend está la ponderación de bienes constitucionales “conforme al juicio axiológico moral y cultural de la época”, teniendo siempre presente que “las relaciones de ponderación de este tipo pueden oscilar” en el tiempo, y considerando, por ejemplo, que en el momento en que escribe, aun siendo una ley penal la que sanciona la crítica al Gobierno (y que para la teoría formal de Anschütz sería una ley básicamente válida), es inconstitucional pues “la falta de crítica al Gobierno no es un bien que merezca la primacía frente a la libre expresión de opiniones en un país el que la vida constitucional justamente presupone la formación de los partidos y la opinión pública a través de la libre expresión de opiniones”; o que el hecho de que sea un funcionario quien haga uso de la libertad de expresión no implica que la relación de servicio haya de prevalecer siempre, sino que ha de haber una justificación estricta a partir de la concreta relación de servicio de que se trate.

2. El estudio de la libertad de ciencia y de cátedra [o libertad de enseñanza de la ciencia] de Smend es también de gran interés, puesto que este derecho fundamental parece que surge, a escala planetaria, en Alemania precisamente, en la Constitución Imperial de 1849, pero sólo comienza a trabajarse dogmáticamente a fin de darle una concreta aplicación práctica en la República de Weimar, y la parte del trabajo de Smend sobre esta libertad y la de ciencia tiene sólo por ello un gran interés, siendo un trabajo de consulta indispensable en esta materia. Sobra decir que el tratamiento tan refinado, avanzado y cuidadoso de Smend de la libertad de cátedra no podría nada, apenas unos años más tarde, frente al poder nazi, que en el caso de Smend “sólo” le obligó a abandonar su Cátedra de Berlín.

Sin embargo, su tratamiento sí que ha tenido gran influjo, por ejemplo en su concepción amplia de las libertades de ciencia y cátedra, definidas por el rasgo de presentarse como cualquier “intento serio” de averiguación o enseñanza de la verdad cientí-

fica; o en su entendimiento como derecho de la Universidad alemana, rechazando que la libertad de ciencia se garantizara a los docentes universitarios sólo en el marco del Derecho funcional, como se pretendía por muchos; o en cómo destaca su faceta institucional de las libertades estudiadas (“uno de los presupuestos y formas más importantes de la vida política comunitaria”, “es la garantía de una parte privilegiada, y reconocida como importante, de la vida espiritual”), etc. Todo ello tuvo y sigue teniendo una excelente acogida en la doctrina y también en la jurisprudencia constitucional, que en ocasiones también ha acogido el criterio defendido por Smend en este trabajo, citándolo o no.

## V. Indicación bibliográfica

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985 (traducción de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling).
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Vom Wandel des Menschenbildes im Recht*, Gerda Henkel Vorlesung in der Vortragsreihe “Das Menschenbild in der Wissenschaft” herausgegeben von der gemeinsamen Kommission der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Gerda Henkel Stiftung, 2001.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004 (prólogo de Francisco Fernández Segado).
- CAMPENHAUSEN, Axel Frhr., “Zum Tode von Rudolf Smend”, en: *Juristenzeitung*, 1975, pp. 621 y ss.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 85 ss.
- FRIEDRICH, Manfred, “Rudolf Smend 1882-1975”, en: *Archiv des öffentlichen Rechts*, tomo 112, pp. 1 y ss.
- GARCÍA ROCA, Javier, “Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, enero-marzo de 1988, pp. 269 y ss.
- FORSTHOFF, Ernst, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milán, 1973.
- GRIMM, Dieter, “Integration by Constitution”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, Symposium on the proposed European Constitution, June 2005; Vol. 3, No. 2-3, 2005, pp.193 y ss.
- GÜNTHER, Frieder, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Devisen und Integration 1949-1970*, München, 2004.
- HÄBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de amparo*, Fundap, Querétaro, 2005 (traducción y estudio introductorio nuestros, presentación de Domingo García Belaunde).
- , *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003 y 2004 (estudio introductorio de Francisco Fernández Segado y traducción nuestra).
- HESSE, Konrad, y HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Porrúa, México,

- 2005, en prensa, prólogo de P. Häberle (presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, traducción y estudio introductorio nuestros).
- KELSEN, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Altaya, 1997 (traducción y estudio preliminar de Juan Antonio García Amado).
- , *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, UNAM, México, 2001.
- KORIOH, Stefan, “Rudolf Smend”, en Arthur Jacobson y Bernhard Schlink (eds.), *A Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, 2002.
- KRAUSNICK, Daniel, “Staatliche Integration und Desintegration durch Grundrechtsinterpretation: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten im Lichte der Integrationslehre Rudolf Smends“, en: Roland Lhotta (ed.), *Die Integration des modernen Staates: Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend*, “Staatsverständnisse”, tomo 14, Nomos, Baden, 2005.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus, Madrid, 1985.
- , *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987.
- , “Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, abril-junio de 1989.
- SCHEUNER, Ulrich, “Rudolf Smend - Leben und Werk”, en: *Rechtsprobleme in Staat und Kirche - Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag am 15. Januar 1952*, Götting, 1952.
- SCHMITT, Carl, “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 115, enero-febrero de 1961 (traducción de Ánima Schmitt).
- SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985 (traducción de José María Beneyto Pérez).
- , *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker und Humblot, Berlín, 1955/1968/1994.
- , “Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962”, en *Das Bundesverfassungsgericht*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1963, hay nueva edición ampliada de 1971; también en Peter Häberle (ed), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.
- , “Das Recht der freien Meinungsäußerung”, en: *Das Recht der freien Meinungsäußerung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, “Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927”, Walter de Gruyter, Berlín-Leipzig, 1928, hay reedición de 1966.