

SOBRE LA TEORIA CONSTITUCIONAL DE RUDOLF SMEND

(A propósito del libro de Pablo Lucas Verdú
*La lucha contra el positivismo jurídico
en la República de Weimar* (*)

Por F. JAVIER GARCIA ROCA

1. No es nueva la preocupación del profesor Lucas Verdú por Rudolf Smend, aunque sí resulte minoritaria —casi personal— entre los quehaceres habituales de los estudiosos españoles de Derecho público. Así, ya en el *Curso de Derecho Político* se ocupaba del pensamiento de este autor enmarcado en su contexto como integrante de la doctrina alemana del Derecho del Estado y en el acaecer de un rico debate metodológico y conceptual entre las distintas escuelas, y muy especialmente con la de Viena. Sin embargo, Smend continuaba siendo entre nosotros, en gran medida, muy poco conocido, a diferencia de otros autores clásicos como Kelsen o Schmitt, que fueron bien pronto vertidos al castellano, y poseyeron, en distinto períodos, una clara influencia. En 1985, el Centro de Estudios Constitucionales acometió la traducción del clásico *Constitución y Derecho constitucional*, acompañado de una selección de escritos menores; acaso espoleado por esta publicación, apareció también en 1985 un trabajo de Lucas Verdú titulado *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, donde se hace evidente una clara influencia de Smend: no sólo en el manejo de la conocida teoría de la integración y su aplicación a la Constitución (como orden jurídico de esa integración), sino también en lo que Lucas Verdú llama un método interpretativo culturalista, que, por ejemplo, utiliza para indagar *a priori* el contenido esencial de los derechos funda-

(*) PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 268 págs.

mentales en vez de, como suele hacerlo nuestra jurisprudencia constitucional, buscar las facultades que hacen al mismo reconocible o el bien jurídico constitucionalmente protegido.

Vuelve ahora Lucas Verdú, en parte, a ocuparse de algunos de estos temas al reseñar la teoría constitucional de Smend y lo que él denomina la lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. En el estudio se percibe una doble pretensión, que no oculta: de un lado, ya que no una «vuelta» a un Smend, que nunca estuvo presente en la doctrina española, cuando menos una «estimación» de su teoría constitucional y de su valor sugeridor como clásico, y de otro, un intento de modular las tendencias excesivamente «neopositivistas» que, a su entender, marcan las elaboraciones contemporáneas de los estudiosos del Derecho público en nuestro país mediante el conocimiento de aquella teoría. Pero veamos algunos de los contenidos principales del libro.

2. Tras una exposición de la relevancia del espíritu y de la cultura de la República de Weimar para comprobar las interconexiones siempre existentes entre la política, el derecho y la cultura, y para comprender el Derecho constitucional europeo, se acomete una reseña de los supuestos metodológicos de los que parte Smend. En primer lugar, una visible influencia de Theodor Litt y de su método sociológico, que le lleva a efectuar un giro metodológico hacia las ciencias del espíritu, separándose de las tendencias entonces imperantes. La teoría de la Constitución de Smend se incrusta dentro de las ciencias del espíritu y ello es, sin duda, su rasgo definidor y su principal factor innovador: se trata de comprender el Estado y la Constitución como realidades espirituales y dinámicas en un cambio incesante, rechazando cualquier reduccionismo metodológico que lleve de manera inevitable al «no saber» sobre el propio «hacer»; en este sentido, se aparta Smend del positivismo de Laband y de la teoría normativista de Kelsen, quien llegó a calificarle más tarde como «un teólogo del Estado», pero también del decisionismo de Schmitt, a la par que se aproxima a Heller. Y no puede negarse que Smend (que era protestante evangelista) intenta conectar el Estado con la idea de valores o con exigencias éticas, lo que le acerca al Derecho natural. Es precisamente este intento de conectar el derecho con sus raíces en la sociología, la ética y la política lo que Lucas Verdú destaca de la posición de Smend, y lo califica como un camino intermedio entre la trivialización de la norma constitucional por Lasalle y el positivismo de Kelsen, que tacha de formalista.

3. Partiendo de estos presupuestos metodológicos, se destacan algunas de las principales aportaciones de Smend a las teorías de la Constitución y

del Estado: la búsqueda de un concepto sustancial de Constitución para poder comprender el Derecho constitucional. Así, la Constitución es para él la ordenación jurídica de la integración política de los ciudadanos en el Estado y, por ello, también el fruto de la eficacia integradora de sus normas, muy especialmente de sus valores y derechos fundamentales. La singularización de las normas constitucionales como normas de cultura, que recaban fundamentaciones extranormativas. Sus elaboraciones sobre la dinámica y variabilidad de las Constituciones, que le hacen verdadero precursor de la teoría de las mutaciones constitucionales. El rechazo de la teoría convencional de los elementos del Estado. Smend coincide con Kelsen en señalar que la teoría de los tres elementos estatales (poder, pueblo y territorio) concibe el Estado de modo corpóreo, como una estructura psicofísica y tangible, lo que hace desembocar a la teoría del Estado que parte de esta fundamentación, desde el principio, en una concepción espacialista y estática. Por otro lado, Smend subraya la importancia política de los preámbulos de las Constituciones y de sus declaraciones:

«Estos son los elementos que, en lo fundamental, configuran la esencia y realidad del Estado, de tal manera que todo aquello que se añade a ellos en las Constituciones aparece como una serie de normas para su realización» (Constitución y Derecho constitucional, véase P. L. V.: *La lucha...*, pág. 104).

Pero, sin duda, su aportación más conocida es la teoría de la integración. Si el Estado como el Derecho son aspectos de la vida espiritual, entonces hay que admitir que la realidad estatal se cifra en su existencia como integración y que la realidad del Derecho radica en su positivación; emerge así el Estado como un ente espiritual dinámico y en constante cambio. Ahora bien: el concepto de integración no es una definición, sino una concepción de la esencia de la Constitución del Estado en cuanto comunidad política y de los procesos en que esa comunidad se realiza. Esos procesos de integración del Estado o «factores tipo» son múltiples y de distinta índole:

a) Una integración personal que comprende fenómenos políticos como son el liderazgo y el caudillaje y que se corresponde, en la teoría jurídica del Estado, con la teoría de los órganos y de la Jefatura del Estado. Así podrá decir Hugo Preuss, de una manera muy expresiva, que «cuando se ovaciona al soberano no se pretende con ello honrar a una persona concreta, sino que se trata más bien de un acto de autoconciencia de un pueblo políticamente unido» (P. L. V., pág. 93).

b) Corresponden a la integración funcional las elecciones y votaciones

que promueven y desarrollan la sustancia espiritual de la comunidad; son, por tanto, procesos de conformación de la voluntad comunitaria, pero no en su sentido estrictamente jurídico, sino antes bien pretendiendo actualizar o renovar la comunidad política como comunidad de valores.

c) En relación a la integración material, el pueblo y la vida estatal se confunden a través de los símbolos políticos o de los valores y derechos fundamentales que poseen una enorme fuerza integradora y son vividos por la comunidad con plena intensidad. Esta exposición de la eficacia política de los símbolos y de los derechos fundamentales, como esencia de la comunidad y factor cultural de integración, conserva sin duda toda su viveza e innegable actualidad.

4. Se pasa revista también en el libro a los principales influjos causados por Smend en las distintas doctrinas nacionales; por lo que atañe a la doctrina alemana, sus seguidores son tantos como sus detractores, afirma Badura (P. L. V., pág. 192). Juicio que comparte Klaus Stern en su *Derecho del Estado*. Así, entre los autores que reciben algún influjo de Smend se encuentran, entre otros, Konrad Hesse, Peter Häberle, Friedrich Müller, Klaus Stern, Georg Leibholz o el austríaco Félix Ermacora; a la par que entre sus críticos debe destacarse a Hans Kelsen (*Der Staat als Integration*, 1930), para el cual es equivocado buscar la naturaleza del Estado en el espíritu, en hechos perceptibles con el sentido, lo que no deja de ser una afirmación casi poética y la parte válida de su razonamiento —el carácter dinámico del ordenamiento jurídico que se autointegra— ya había sido destacada por él mismo; y también a Niklas Luhmann, quien indica la oscuridad del pensamiento de Smend, basado en juicios muy elásticos y no comprobados, simplemente descriptivos, sin llegar nunca a definir qué es la integración o su concepción como realidad vital. En todo caso, parece que la teoría de la integración volvió a tener algún influjo tras el paréntesis nacional-socialista, cuando los horrores de la guerra hicieron pensar que era menester instaurar una democracia fundada en valores y beligerante en vez de una democracia formal, relativista e «indecisa» (en expresión de Kirchheimer) que, queriendo satisfacer a todos, acaso no lo hace a nadie. Por eso tras su *Constitución y Derecho constitucional*, de 1928, Smend retoma el tema en su *Integrationslehre* de 1956. En este sentido, la teoría de la integración puede tener utilidad cierta, según Lucas Verdú, para eludir el riesgo de que al positivarse los derechos humanos como derechos fundamentales sus contenidos esenciales se desvanezcan o evaporen en unas transcripciones que pueden a menudo no recoger toda su riqueza, y todo ello mediante la constante insistencia en los contenidos culturales y estimativos de estos derechos.

5. Una segunda parte del libro (capítulos VI y VII) se dedica a lo que Lucas Verdú llama, parafraseando a Ihering, la lucha por el Derecho y a la crítica del positivismo jurídico del período de entreguerras que conecta con la opción por una Constitución indecisa, una democracia relativista, la negación de la existencia de valores superiores en los ordenamientos jurídicos y el trágico fin de la República de Weimar. No obstante, no parece Lucas Verdú intentar extraer de esta lección histórica una pretensión de superar el positivismo jurídico —lo que se califica de insensatez—, pues la cuestión es mucho más rica en matices: se trata simplemente de integrarlo con un sistema valorativo que no desdeñe los avances científicos, conceptuales y metodológicos alcanzados por el positivismo. Es precisamente ahí donde Lucas Verdú piensa que las posiciones de Smend pueden resultar de utilidad: despojando el positivismo de sus orígenes históricos como ideología al servicio del poder, ofreciendo una interconexión entre individuo y comunidad en el Estado, integrando elementos valorativos en las normas y en la vida comunitaria y, sobre todo, entendiendo la función integradora de la Constitución como una actividad permanente para asegurar dignamente la convivencia política.

6. Una vez reseñados algunos de los contenidos principales del libro —lo que no resulta fácil, pues es rico en cabos sueltos—, se hace no menos problemático intentar un diálogo por las dimensiones teóricas del tema y por su misma amplitud, pero este coyuntural y difícil oficio de crítico de libros —y de libros de un amigo y maestro, lo que es casi imposible— parece obligar a pergeñar algunas reflexiones necesariamente apresuradas, lo que les resta sin duda valor y les concede el de simple conversación.

El lugar de Rudolf Smend entre los clásicos de la Teoría de la Constitución del período de entreguerras parece fuera de toda duda, y su valor sugeridor —por acción o por reacción—, como el de todo clásico, es innegable, se comparta o no la justeza de sus opiniones; Smend tiene ciertamente un puesto asegurado entre los tratadistas del Derecho alemán del Estado. Más complicado es, sin embargo, pronunciarse sobre la utilidad del pensamiento de Smend para los problemas del Derecho público español de nuestros días, es decir, intentar rastrear qué queda de él más de medio siglo después de su Teoría de la Constitución y en unas concretas coordenadas de tiempo y espacio.

Un concepto material de Constitución como el de Smend —orden jurídico de un proceso político de integración— viene a destacar, como rasgo específico, la inclusión más acentuada del proceso político en el Derecho constitucional (así lo percibe también Klaus Stern), y no puede negarse que contri-

buye a enriquecer el análisis de una de las facetas de toda Constitución. Si tomamos la distinción que efectúa Ignacio de Otto entre funciones políticas y jurídicas de la Constitución, parece indudable que, por ejemplo, la función legitimadora del proceso de toma de decisiones políticas que toda Constitución cumple puede ser mejor entendida y acometida por el poder constituyente y los órganos constitucionales, desde la teoría de la integración. La Constitución es, desde un punto de vista estático, un compromiso de las fuerzas políticas representativas del pueblo en torno a un mínimo denominador común, a una idea compartida del Estado por encima del concreto Gobierno. Pero este compromiso debe ser esencialmente dinámico y constantemente perfeccionado, para que no se produzca un desajuste entre normativa y realidad, desde esta óptica, el estudio y desarrollo de los distintos procesos de integración estatal parece no sólo aconsejable, sino imprescindible, para mantener una Constitución viva, que es el mejor presupuesto de su fuerza normativa. En definitiva, como afirma Stern, una Constitución debe promover la unidad no sólo de la comunidad o de la nación, sino también suscitar que sus decisiones sean tomadas con un componente de consenso que aglutine a la inmensa mayoría de los ciudadanos.

Ahora bien, la utilidad de la teoría de la integración para exponer y comprender las funciones políticas de la Constitución no es óbice para la validez, a mi juicio, de dos objeciones: de un lado, no parece llegar a precisarse conceptualmente (a definir) qué es la «integración», o esa «realidad vital», más allá de una descripción con validez expositiva o didáctica o de aportación terminológica, y de otro, y con mayor relevancia, conviene precisar que la teoría de la integración, en cambio, no parece resultar de gran ayuda al jurista cuando se pretende buscar un concepto estrictamente normativo de Constitución que precisamente por ello resuelva los problemas de la vida jurídica cotidiana y permita construir una moderna Teoría jurídica de la Constitución (y como toda buena teoría, un intento práctico de entender la realidad) que ofrezca respuestas a preguntas como, v. gr., son: la eficacia directa de las normas constitucionales, su aplicación por los tribunales ordinarios e incluso la conveniencia de esta técnica, el carácter normativo de las normas finalistas o programáticas a menudo equiparables a las normas sin sanción, la discrecionalidad del legislador, los criterios en que debe sustentarse la interpretación constitucional, etc. Claro está que la validez de la teoría de la integración para una Teoría de la Constitución filosófica o sociológica, como pretende Smend, o para comprender qué es una Constitución en nada empaña su menor relevancia, a mi juicio, para los problemas típicamente jurídicos, la cuestión está en si es posible hoy acometer ambos bloques de problemas en una única teoría. Porque no siempre el concepto de Consti-

tución que mejor capta su esencia y ayuda a «comprenderla» es el más útil para «interpretar» la Constitución como norma jurídica, lo que es el cometido principal del Derecho constitucional contemporáneo o, cuando menos, la exigencia ineluctable y acuciante que la sociedad demanda al constitucionalista.

En relación con el debate entre iusnaturalismo y positivismo sin intentar revisar su sentido y alcance en el período de entreguerras ni pretender desandar la construcción histórica de ambos dogmas, no me resisto a reproducir una cita de Norberto Bobbio (por cuya largueza pido disculpas), que refleja magistralmente una posición sobre la cual no oculto mi sintonía:

«Oltre che come contrasto tra generazioni o tra concezioni del diritto, l'opposizione tra giusnaturalismo e positivismo giuridico ha luogo, infine, dentro ciascuno di noi, tra la nostra vocazione scientifica e la nostra coscienza morale, tra la nostra professione di scienziati e la nostra missione di uomini. C'è almeno un significato di "positivismo giuridico", per cui sembra che, soltanto accettando il metodo di ricerca impiegato e raccomandato dai positivisti, si riesca ad avvicinarsi a quell'ideale del rigore, senza il quale non c'è scienza, nel senso tradizionale della parola, ma solo opinione. E c'è pure almeno un senso di giusnaturalismo, per cui sembra che solo l'appello a valori ultimi, trascendenti le leggi positive, da chiunque poste o giustificate, salvì, in ultima e disperata istanza, la libertà della coscienza e insieme l'austerità e l'integrità della nostra vita morale. Siamo continuamente tentati di difendere alcune esigenze del positivismo in quanto scienziati, con lo stesso impegno e con la stessa coerenza (nonostante l'apparenza del contrario) con cui difendiamo le ragioni ultime del giusnaturalismo in quanto uomini liberi. Esiste dunque un limite tra positivismo e giusnaturalismo che taglia a metà la nostra stessa persona e per quale ci accade di essere o positivisti o giusnaturalisti non secondo i tempi o le occasioni, ma addirittura secondo la parte che rappresentiamo nella società» (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1977, pag. 12).

Uno tiene la sensación de que, en el viejo debate entre iusnaturalismo y positivismo, gran parte de los juristas contemporáneos ocupan el papel *supra partes* de un juez instructor: hay logros indiscutibles del positivismo jurídico, como son el rigor científico, la comprobación empírica de los datos, la exclusión de los juicios de valor y metajurídicos, el método inductivo, etc.; pero no puede tampoco negarse que asistimos en nuestros días a un positivismo

flexible o a un iusnaturalismo crítico (cuando no a posiciones mucho más desarrolladas, como son los distintos realismos) donde ya no son posibles viejos dogmas, como son la negación de los valores o la reducción del derecho a la exclusiva forma de ley.

Por lo demás, en España el debate viene condicionado, si no en parte resuelto, por la Constitución, que en su artículo 1.1 obliga a entender como parte integrante del ordenamiento jurídico a una serie de valores que enumera. Sin poder entrar ahora en el difícil tema de la distinción entre valores y aquellos principios generales del Derecho con un contenido más político, o dilucidar su eficacia normativa o su jerarquía o si existen valores constitucionales fuera del art. 1.1 (v. gr., en los arts. 2 y 10), baste ahora con destacar que el legislador, sustancialmente, pero también el intérprete, vienen obligados a extraer eficacia interpretativa y normativa a los valores proclamados por la propia Constitución como internos al ordenamiento jurídico. Sin embargo, sería cerrar los ojos a la realidad, ocultar el escaso uso que tanto el Tribunal Constitucional como los Tribunales ordinarios hacen de una jurisprudencia de valores y las reticencias que ello frecuentemente comporta (véase, p. ej., STC 53/85, sobre el aborto, voto particular del magistrado Tomás y Valiente), quizás por la misma imprecisión, elasticidad o ambigüedad de esos valores, allí donde no existe un punto de conexión con una norma de cualquier rango que permita avanzar en su concreción con las deseables dosis de certeza de la norma y seguridad jurídica que exige la construcción de un mandato. Y, significativamente, no ha habido un desarrollo por el Tribunal Constitucional de la idea de Constitución como orden de valores (salvo excepciones a esa línea jurisprudencial), al igual que ocurrió por el B. V. G. en los primeros momentos. Por consiguiente, quizás no sea descabellado pensar que deba ser primero el poder constituyente y luego el legislador quienes deban extraer el contenido de los valores antes que el intérprete.

Obligado a cerrar lo que he presentado como una simple conversación escrita, quiero terminar invitando a la lectura del libro por el interés de la cuestión, la profundidad del debate teórico durante la República de Weimar (frente a la modestia de los problemas de microingeniería constitucional, que a menudo hoy nos ocupan), el desconocimiento muy extendido del pensamiento de Smend y de la rica bibliografía que en el libro se maneja y por las agudas y sugerentes consideraciones que Lucas Verdú realiza, que se alejan del camino que recorre la mayoría de nuestra doctrina, pero que en ello mismo encuentran su grandeza; como Fernando Pessoa decía de sí mismo, él es de aquellos que, ante una muchedumbre, no ve la multitud, sino los huecos entre la gente.