

# LA DISOLUCIÓN DE LOS DERECHOS.

## Sobre la relevancia del debate entre Kelsen y Smend para el constitucionalismo actual.

José Manuel Cabra Apalategui  
*Universidad de Málaga / Andalucía Tech*

### 1. Introducción.

Si hay un rasgo que caracteriza el actual marco de la ciencia jurídica que llamamos *constitucionalismo* o *neoconstitucionalismo*, éste es el de la eficacia jurídica de las constituciones y, en especial, de las normas que recogen los derechos fundamentales. En las constituciones contemporáneas, junto al diseño institucional del Estado, la separación de poderes y la distribución competencial, se incluyen declaraciones de derechos cuya protección y garantía se articula mediante instrumentos jurídicos.

Ahora bien, es objeto de discusión en la teoría del derecho contemporánea cuál sea la naturaleza –estructura– de las normas de derecho fundamental y, con ello, si el método jurídico tradicional es adecuado para la identificación de su contenido, así como para su aplicación a situaciones concretas. De forma resumida, se afirma que las normas de derecho fundamental son principios, y no reglas; y que su aplicación consiste en una ponderación a la luz de las circunstancias del caso. Y ello porque la naturaleza principialista de las normas de derecho fundamental significa que su contenido es expansivo, tendiendo a incluir como parte del derecho *prima facie* toda aquella conducta que el titular identifique como susceptible de ser amparada por dicho derecho, de manera que la identificación *definitiva* del contenido de los derechos no es posible sino después de contraponer el contenido *prima facie* de cada derecho, con otros derechos o bienes constitucionales colectivos con los que pueda entrar en conflicto en una situación determinada. El criterio justificador para que el contenido *prima facie* de un derecho se vea disminuido o limitado es el principio de *proporcionalidad*: la limitación de un derecho está justificada si es proporcional. O dicho de otro modo, si existe una relación de proporcionalidad (utilidad) entre el sacrificio del derecho y el grado de realización de derechos o bienes constitucionales contendientes.

Los derechos, que en origen operan como límites al ejercicio arbitrario del poder, adquieren otra significación en el contexto democrático. Ciertamente, los derechos deben seguir condicionando el margen de actuación del poder legislativo, protegiendo al individuo, su persona, su patrimonio y asegurando la observancia de las garantías procesales, pero el principio de proporcionalidad no debe desvirtuar el papel del parlamento; sobre todo, porque el de proporcionalidad no es un juicio meramente pragmático –aunque a veces se presente como una operación aritmética–, sino que depende de la atribución de valores a los elementos en conflicto; presupone, en definitiva, un orden objetivo de valores que determina, en cada caso concreto, el derecho (interés, valor) precedente o preponderante. No se trata únicamente de que generaciones pasadas puedan decirle a las presentes cómo deben de gestionar sus asuntos; se trata de que la proporcionalidad estrecha de tal manera el margen de actuación que reduce

extraordinariamente el ámbito de lo político y, al mismo tiempo, expone al criterio de utilidad cualquier derecho fundamental.

Este trabajo intenta explorar si y en qué medida, el debate entre Hans Kelsen y Rudolf Smend acerca del concepto de Estado y el valor de la constitución, paralelo en el tiempo a los mantenidos con Schmitt acerca de la defensa de la constitución (La defensa de la constitución / ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?) o la crisis del parlamentarismo (Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual / Esencia y valor de la democracia), puede ofrecer claves que expliquen en parte las tesis que caracterizan el constitucionalismo contemporáneo.

En el próximo apartado expondré la concepción kelseniana del Estado. En el siguiente el intento de superación planteado por Smend a partir de la idea de *Estado como integración* y, finalmente, en concluiré con la respuesta de Kelsen a las tesis de Smend y su proyección en el debate contemporáneo.

## 2. La teoría del Estado en la teoría pura del Derecho<sup>1</sup>.

La teoría del Estado kelseniana puede calificarse como una teoría *normativista*, pero en absoluto es una teoría *normativa*. Kelsen, lejos de carecer de una filosofía política, era un liberal convencido<sup>2</sup> y un defensor acérrimo de la democracia<sup>3</sup>, incluso en los tiempos en que en Europa triunfaban ideas políticas bien distintas, pero su teoría del Estado nace con una clara vocación de cientificidad, lo que excluye cualquier pronunciamiento acerca de la preferibilidad de una u otra forma de Estado o cuáles deberían de ser sus funciones o el alcance de sus acciones. Es una teoría normativista porque describe su objeto normativamente, esto es, como un conjunto de normas y no como un conjunto de hechos conectados causalmente. El Estado es concebido como una entidad ideal, cuya existencia consiste en la validez de un orden jurídico positivo, a partir del cual ciertas conductas humanas pueden ser interpretadas como actos estatales en un sentido objetivo, esto es, independientemente de la voluntad o conocimiento de los sujetos. Este giro normativista supone, como veremos en este apartado, una redefinición en clave jurídica de los problemas clásicos de la teoría del Estado.

Con la doctrina de la identidad del Estado y el orden jurídico, Kelsen pretende hacer frente a la conocida como “teoría de las dos caras” de Jellinek, según la cual el Estado es, simultáneamente, *construcción social* e *institución jurídica*<sup>4</sup>: por un lado, comunidad humana que vive en un determinado territorio,

---

<sup>1</sup> Este apartado reproduce las páginas XX a XX de un trabajo anterior, dedicado a la doctrina kelseniana del Estado “La teoría normativista del Estado de Hans Kelsen”, en Aguilera Portales, R. (coord.), *Teoría del Estado Contemporáneo. Análisis desde la ciencia y teoría política*, México D.F., FACDYC/UANL/Porrúa/AECID, 2011, pp. 241-262.

<sup>2</sup> Véase el conocido pasaje con el que cierra su despedida de la Universidad de Berkeley en 1952, “Qué es Justicia”, en Kelsen, H. *¿Qué es Justicia?*, trad. Calsamiglia, A, Ariel, 1992 (2ª ed.), p. 63.

<sup>3</sup> Cfr. Kelsen, H. *De la esencia y valor de la democracia*, trad. Juan Luis Requejo Pagés, KRK, 2006.

<sup>4</sup> “La doctrina general del Estado ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a los órdenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia: el Estado es, de un lado, una construcción social y de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del Estado en *doctrina social*, y *doctrina jurídica del Estado*. (...) Esta última, o sea el conocimiento de la naturaleza jurídica del Estado y de los conceptos fundamentales del Derecho público, es, pues, tan sólo una parte de la doctrina general del Estado” (Jellinek, G. *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos Urruti, Granada, Comares, 2000, cita en p. 8). Debe aclararse que los recelos de Jellinek frente a posiciones monistas que limitan la

una entidad empírica situada espacio-temporalmente, un ser social; por otro lado, un orden normativo, un deber ser jurídico.

Este dualismo plantea de inicio dos problemas desde el punto de vista de la teoría pura del derecho<sup>5</sup>. En primer lugar, el problema de las relaciones mutuas entre el Estado y el derecho. La concepción tradicional considera al Estado como el poder social, la fuerza coactiva, que garantiza la eficacia del derecho (Jellinek, Ihering). La esencia de un orden jurídico estatal cualquiera reside, entonces, en que está respaldada por una comunidad social, pero, ¿qué, si no un orden jurídico, puede hacer de una pluralidad de individuos una comunidad? ¿En qué podría fundarse la idea de la comunidad sociológica presupuesta por la doctrina tradicional del Estado? Las respuestas o criterios proporcionados por los distintos enfoques sociológicos (la doctrina de la acción recíproca, la de la voluntad o los intereses comunes, la concepción organicista del Estado o aquella que lo define como un conjunto de relaciones de dominación) resultan insatisfactorios para el propósito a que sirven. A poco que observemos la vida de los hombres, podemos constatar que las relaciones recíprocas que se dan entre ellos son múltiples y trascienden los límites de la comunidad política: “[l]a pertenencia a la misma comunidad de lenguaje, religión, profesión o clase, a menudo crea lazos más estrechos que los de una ciudadanía común”<sup>6</sup>. Tampoco parece fácil que pueda darse, salvo en comunidades muy pequeñas, la unidad de querencia, sentimiento y pensamiento que la voluntad o conciencia colectiva presuponen; es más, se trataría de una ficción política con fines ideológicos, a saber: el ocultamiento de los distintos grupos de interés que confluyen en el Estado. Por último, la vida social está plagada de relaciones de dominación y difícilmente podremos distinguir los mandatos emitidos “en nombre del Estado” de otros mandatos, por ejemplo, los de una banda de ladrones, atendiendo únicamente a su manifestación fáctica o sensorial.

Kelsen no sólo niega que para comprender la esencia de un orden jurídico nacional –su *principium individuationis*– haya que presuponer la existencia del Estado como realidad social subyacente, lógica e históricamente preexistente a su realidad jurídica, sino que, al contrario, es el concepto sociológico de Estado el que presupone el concepto jurídico:

“El Estado, como comunidad jurídica no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca. (...) El término “comunidad” sólo designa el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un orden normativo”<sup>7</sup>.

Cuando hablamos del Estado presuponemos ya un orden normativo. No hay un criterio empírico que permita vincular y concebir como unidad la multiplicidad de fenómenos observables en la vida en común de los hombres; ello sólo es posible

---

realidad estatal a una realidad jurídica no van dirigidos, precisamente, contra Kelsen y su concepción positivista, sino contra la doctrina contractualista del derecho natural, que condensaba en el pacto no sólo el fundamento jurídico, sino también el origen histórico, “y de esta suerte llegaba a concebir el Estado exclusivamente como una construcción jurídica” (*Idem.*, p. 9).

<sup>5</sup> Vid. Thienel, R. “Derecho y Estado en la percepción de la teoría pura del derecho”, en Walter, R. (ed.), *Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*, trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 111-129, aquí, p. 112.

<sup>6</sup> TGDE, p. 218; TGE, pp. 9 y ss..

<sup>7</sup> TGDE, p. 217; vid. TGE, pp. 21 y ss. y TPD, pp. 291 y ss.

en referencia a un orden normativo que regula su conducta recíproca. La comunidad en que se encarna el Estado no existe en un sentido empírico como algo dado independientemente de la existencia del orden jurídico, sino como entidad ideal, cuya concepción presupone el orden jurídico; en palabras de Kelsen, “[e]l Estado no existe en el reino de la naturaleza (...), sino en el reino del espíritu”<sup>8</sup>. El Estado es el orden jurídico que regula la conducta recíproca de un conjunto determinado de hombres. Esta identidad disuelve el problema de las relaciones entre el Estado y el orden jurídico, convirtiendo en una aspiración sin sentido la pretendida subordinación del Estado a las normas jurídicas que propugna la teoría liberal del Estado de derecho<sup>9</sup>.

El segundo de los problemas que plantea el dualismo en la teoría del Estado tiene carácter metodológico: como *factum* social o poder de hecho, el Estado es objeto de una ciencia social explicativa o causal, pero, en tanto que *institución* cuyas acciones están reguladas jurídicamente, precisamente por el orden jurídico que el Estado respalda, éste es objeto de una ciencia normativa. La conclusión a que llega la teoría pura del derecho sobre la naturaleza normativa del Estado debería ser suficiente para abandonar este planteamiento, pero es que, además, el sincretismo metodológico propio del dualismo es rechazado por ésta como un imposible lógico: un mismo objeto de conocimiento –el Estado– no puede ser construido a partir de dos principios metodológicos distintos<sup>10</sup>. El objeto de la sociología, entonces, no puede ser el Estado, sino un conjunto de acciones humanas, cuya consideración como acciones estatales requiere que sean interpretadas a partir de un orden jurídico.

Con ello alcanzamos un punto esencial de la teoría kelseniana: la consideración del problema del Estado como un problema de imputación<sup>11</sup>. El Estado, en cuanto entidad ideal, no puede realizar acciones; sólo los hombres pueden. La calificación de algunas de estas acciones como acciones estatales significa que dichas acciones se atribuyen, esto es, se imputan, al Estado, conforme a lo establecido por un orden jurídico presupuesto. Los individuos cuyas acciones se imputan al Estado son los denominados “órganos” del Estado, los cuales tienen esa consideración únicamente con base en un orden jurídico. Según esta definición, toda persona que realiza una función determinada por el orden jurídico, ya sea de creación o de aplicación de normas, es un órgano del Estado, lo que convierte en tal tanto a un juez que dicta una sentencia, como a los particulares que celebran un contrato o ejercen su derecho al voto. En la mayoría de los sistemas jurídicos desarrollados, sin embargo, existen una serie de órganos que son nombrados o elegidos para una función específica de creación o aplicación del orden jurídico (funcionarios). Puede decirse que, en sentido estricto, éstos son los órganos del Estado. Paralelamente al concepto estricto de órgano del Estado encontramos un concepto estricto de imputación al Estado. Se imputa una acción al Estado, esto es,

---

<sup>8</sup> TGE, p. 18.

<sup>9</sup> Cfr. el prólogo de Albert Calsamiglia al *Compendio de Teoría General del Estado*, op. cit., pp. 10 y ss.

<sup>10</sup> En palabras de Kelsen, la teoría de las dos caras “es impotente para salvar una objeción suscitada por la Teoría del conocimiento; a saber: que la identidad del objeto de conocimiento no está garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo, es decir, por la identidad de la dirección, de los caminos de conocimiento” (TGE, p. 8). En un sentido similar: “No hay un concepto sociológico del Estado además del jurídico. El doble concepto del Estado es lógicamente imposible, entre otras razones porque no puede haber más de un concepto para un mismo objeto” (TGDE, p. 224).

<sup>11</sup> TGE, p. 93; TGDE, p. 228.

se considera un acto estatal, “no porque aparezca como creación o ejecución del orden jurídico, sino únicamente porque es realizada por un individuo que tienen el carácter de órgano del Estado en sentido estricto y material del vocablo”<sup>12</sup>.

Otro de los problemas clásicos de la teoría del Estado es el de explicar cómo el Estado, siendo la autoridad que crea el derecho, puede ser obligado por éste. Para la teoría normativista, el problema de la llamada auto-obligación del Estado, es un pseudo-problema derivado del dualismo entre Estado y orden jurídico<sup>13</sup>. Como hemos visto, no es que el derecho sea creado por el Estado, sino que el derecho (o sea el orden jurídico, o sea el Estado) regula su propia creación. En cuanto a los derechos y obligaciones, éstos lo son siempre de los individuos. Las conductas con relevancia jurídica, es decir, aquellas a las que se imputan consecuencias jurídicas, son las llevadas a cabo por los hombres. No tiene sentido, por tanto, afirmar que el orden jurídico no impone obligaciones ni concede deberes al Estado. Esto no significa que el Estado no esté sometido al derecho, antes al contrario, pues toda acción estatal es una conducta humana realizada por los órganos estatales. Los derechos y deberes del Estado son, en realidad, derechos y deberes de los funcionarios en tanto que órganos estatales.

La juridificación de la teoría del Estado llevada a cabo por Kelsen se hace patente en relación con lo que la doctrina tradicional denomina como los elementos del Estado (el territorio, el pueblo y el poder estatal), que son explicados como propiedades del orden jurídico. Así, el *territorio* estatal, no constituye, como se desprende de la concepción tradicional, una unidad geográfica natural, sino una unidad jurídica: el *ámbito espacial de validez* del orden jurídico<sup>14</sup>. Esta solución recorre el camino inverso al de la concepción tradicional: sólo determinando el ámbito de validez del orden jurídico puede decirse qué territorios pertenecen a un Estado. El territorio del Estado es, pues, el espacio en el que un Estado, y sólo él, está facultado para ejecutar actos coactivos. El principio de efectividad del derecho internacional determina la validez exclusiva de un orden jurídico nacional, que mantiene tal consideración en tanto es generalmente aplicado y los actos coactivos establecidos por dicho orden se realizan efectivamente. A los elementos del Estado considerados por la concepción tradicional, y ante la evidencia de que en un mismo territorio pueden sucederse dos Estados, Kelsen añade el *tiempo*<sup>15</sup>. La existencia temporal de un Estado corresponde a la validez temporal del orden jurídico estatal. El nacimiento y la desaparición de un Estado dependen de la adquisición y pérdida de eficacia de un orden jurídico. La identidad de un Estado no varía durante el lapso de tiempo en que los actos de creación y aplicación de normas se realizan continuamente con fundamento en un mismo orden jurídico, incluso cuando las modificaciones afecten a sus formas de gobierno u organización, como la abolición de una monarquía y la instauración de una república, siempre que dichos cambios se hayan producido en los términos prescritos por el mismo orden jurídico que se modifica. Este principio, en cambio, no rige para el derecho internacional, que asocia la identidad de los Estados con la permanencia, en lo esencial, del elemento territorial, con independencia de que, desde el punto de vista jurídico, dentro de dicho territorio se sucedan dos o más órdenes jurídicos que no deriven de la

---

<sup>12</sup> TGDE, p. 230.

<sup>13</sup> TGE, pp. 97 y ss.; TGDE, p. 236.

<sup>14</sup> TGE, p. 181; TGDE, p. 247.

<sup>15</sup> TGE, p. 194 y ss.; TGDE, p. 259 y ss.

misma norma fundamental, como ocurre con las revoluciones o los golpes de Estado.

En cuanto al *pueblo* de un Estado, la pertenencia de un hombre a un Estado no es algo que pueda establecerse a partir de una cualidad natural, sino única y exclusivamente en términos jurídicos, como se pone relieve cuando el nacional de un Estado pierde o cambia de nacionalidad. Kelsen define al pueblo estatal como el *ámbito personal de validez* del orden jurídico nacional<sup>16</sup>, entendiendo como tal no una pluralidad de hombres que coexisten en un mismo espacio (territorio estatal), sino una pluralidad de conductas humanas que constituyen el contenido del orden jurídico nacional.

Por último está el *poder* del Estado. Para Kelsen, el poder consiste en “la validez y eficacia del orden jurídico”<sup>17</sup>, esto es, no en un ejercicio de dominación *tout court*, sino en el ejercicio efectivo, por parte de los órganos estatales, de actos coactivos de acuerdo a lo establecido en el orden jurídico.

### 3. El Estado como integración.

La concepción del Estado de Kelsen, según la cual, no existe una realidad estatal objetiva –territorio, pueblo, cultura o nación– previa al orden jurídico que lo constituya<sup>18</sup>, despoja a la constitución de cualquier otro status que no sea el de norma superior del sistema jurídico, esto es, fundamento de validez del resto de normas del ordenamiento y ordenación e institucionalización del poder, que queda sometido a las formas jurídicas. En otras palabras, Kelsen defiende una concepción estrictamente jurídica (positivista) de la Constitución.

Esta concepción del Estado y de la Constitución propugnada por la teoría pura del derecho resulta inasumible para gran parte de la doctrina alemana del Derecho público. La identificación del Estado con el orden jurídico es una tesis excesivamente formalista, ajena a la historia y a la realidad cultural y política de la comunidad cuya vida e instituciones ordena; es una tesis, por así decirlo, una tesis muy poco hegeliana. De hecho, podría el debate se polariza como una contraposición entre un concepto *prusiano* de Estado, que pretende justificar la necesidad histórica del Estado como realidad concreta, cultural y vital, y un concepto *austriaco*, como lo define el propio Kelsen en su Autobiografía:

“A la vista del Estado austriaco, compuesto de grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algún nexo psico-social o biológico-social de los hombres que jurídicamente pertenecen al Estado, se muestran claramente como ficciones. En tanto que esta teoría del Estado es una parte esencial de la teoría pura del derecho, puede considerarse a la teoría pura como una teoría específicamente austriaca”<sup>19</sup>.

A diferencia de la fuerza centrípeta que despliega el concepto que hemos llamado prusiano, el concepto austriaco da cuenta de una realidad fragmentaria, pluralista y carente de una vertebración de orden existencial.

---

<sup>16</sup> TGE, p. 196; TGDE, p. 276.

<sup>17</sup> TGDE, p. 302.

<sup>18</sup> No así al contrario, es decir, es posible pensar en derecho no estatal o preestatal, como es el caso del Derecho internacional o todos aquellos órdenes jurídicos que carecen del grado de institucionalización propios del Estado moderno.

<sup>19</sup> Citado en Méta, *Kelsen. Vida y obra*, op. cit., p. 49.

Uno de los autores que con mayor intensidad combatió esta concepción del Estado y de la Constitución fue Rudolf Smend. Aunque comparte con Kelsen la crítica a la doctrina tradicional del Estado como hipóstasis, para Smend, la Constitución de un Estado no es una norma jurídica más, ni únicamente norma jurídica, sino que en ella cristaliza una realidad objetiva prejurídica que se configura a partir de la noción de *integración*<sup>20</sup>. La integración remite a un sentimiento de pertenencia a la comunidad política –“comunidad de destino”, dice Smend–, con la que se crea un “vínculo espiritual” y un entramado de interrelaciones mutuas entre sus miembros, incluso de aquellos que no participan directamente en la vida política de la misma, que se concreta en “la posibilidad de una comprensión global del entorno político”<sup>21</sup>. La integración es “la clave de la realidad estatal”<sup>22</sup>.

La integración se produce en distintos niveles –personal, funcional y material– y a través de los distintos mecanismos. Pero antes de concretar cuáles son, Smend advierte, dando un giro de tintes irracionalistas a sus tesis, que “[l]os procesos propios de la dinámica del espíritu –pertenecientes simultáneamente al individuo y al todo social– a los que nos vamos a referir, se desarrollan básicamente sin una toma de conciencia plena –ni individual, ni colectiva– de su sentido”. La integración espiritual, por tanto, no es el resultado de la deliberación o el cálculo y ponderación de intereses, sino que se produce de manera espontánea e irreflexiva; y de esa naturaleza son los mecanismos o los estímulos que propician la integración.

Cuando Smend se refiere al segundo tipo de integración, la integración funcional o procesal, la define como “formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo”<sup>23</sup>. Uno de los procesos que encauza el sentimiento de participación en lo colectivo es el Parlamento, cuya relevancia política no reside en la capacidad para llegar a acuerdos, ni en el valor epistémico o moral que atribuyamos a dichos acuerdos, sino en la capacidad para reforzar el sentir político de la comunidad<sup>24</sup>. De tal manera que su eficacia integradora “se halla condicionada por la existencia de una *comunidad de valores* que no es cuestionada por la lucha política porque se mantiene a salvo de ella, comunidad de valores que dota de pautas normativas a la lucha y le da su sentido como función integradora de la vida del grupo”<sup>25</sup>.

Éste es uno de los elementos esenciales, en mi opinión, de las tesis de Smend y sobre el que quiero centrar la atención: la existencia de un orden de valores compartido como presupuesto de la integración. De qué forma este tipo de postulados determina la concepción de los derechos fundamentales y el papel del

---

<sup>20</sup> Smend, R. *Constitución y Derecho Constitucional* (en adelante CDC) (trad. José María Beneyto Pérez), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 63.

<sup>21</sup> CDC, p. 58.

<sup>22</sup> CDC, p. 64. “Si partimos del hecho de que la vida del espíritu es al mismo tiempo autorrealización del individuo y de la comunidad (...) El Estado existe únicamente a causa de, y en la medida en que se halla inmerso en este proceso de auto-integración que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo” (CDC, pp. 64-5).

<sup>23</sup> CDC, p. 78.

<sup>24</sup> “Lo verdaderamente importante para la comprensión última del Parlamento no es si el Parlamento es capaz de adoptar acuerdos, ni siquiera tampoco de si es capaz de adoptar buenos acuerdos, sino si la dialéctica parlamentaria es capaz de crear en el Parlamento y fuera de él una auténtica comunidad política, una unión de voluntades, una actitud política general determinada” (CDC, 86).

<sup>25</sup> CDC, 87 (subrayado JMCA).

Parlamento en la configuración de su contenido y sus modos de ejercicio y garantía es algo sobre lo que habrá que volver al final.

No es el propósito de Smend ofrecer una teoría de los valores; y no lo hace en absoluto. Por lo demás, introduce algunas distinciones dignas de ser consideradas aquí, sobre todo porque muestran la generalidad de que adolecen los conceptos y las tesis de Smend. La primera de ellas es la que diferencia entre valores racionales e irracionales. Cuando considera el “poder de dominación” como forma secundaria de integración, al margen de la lucha política que se desarrolla dentro de los márgenes del marco constitucional (parlamento, plebiscito), afirma que éste depende aún más de los “valores objetivos” que la lucha política integradora, ya que “mientras que en este último caso se precisa únicamente la existencia de una comunidad de valores, el poder se fundamenta en valores muy concretos: de tipo irracional, que sustentan su legitimidad, y de tipo racional, que se materializan básicamente en la burocracia”<sup>26</sup>.

Pero, si, como se ha dicho antes, la comunidad de valores es presupuesto de la integración formal, ésta es condición necesaria de aquella; esto es, del mismo modo que la integración formal (funcional o procedimental) no es posible sin una “comunidad material de valores”, tampoco es posible “la integración a través de los valores sustantivos si no existen formas funcionales”<sup>27</sup>.

El papel central de los valores en la teoría de Smend se aprecia cuando aborda el tercer tipo de integración, la integración material, que permite contraponer su concepción del Estado a las concepciones contractualistas y teleológicas (entendidas éstas como modelo evolucionado de las primeras). El Estado –dice Smend– “no es una esencia real “en sí”, que pueda ser utilizada con el fin de realizar determinados objetivos exteriores a él mismo. Antes al contrario, el estado es real únicamente en la medida en que es realización de un significado material; es más, el Estado se identifica con la realización de dicho significado material. Su explicación o su justificación no depende de una vinculación teleológica con objetivos o finalidades que se hallan fuera de él, sino justamente con su naturaleza sustantiva como realización de valores”<sup>28</sup>. Los fines son sólo un aspecto, “una especificación de la totalidad cultural”<sup>29</sup>.

Es contexto filosófico atribuye a la Constitución del Estado un papel muy distinto al perfilado por Kelsen. Para Smend, la Constitución es la ordenación jurídica “de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración”, cuya finalidad “es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado [siendo] la Constitución (...) la plasmación legal o

---

<sup>26</sup> CDC, p. 90.

<sup>27</sup> CDC, p. 92.

<sup>28</sup> CDC, p. 94.

<sup>29</sup> CDC, p. 95. Un aspecto especialmente interesante es la virtualidad integradora de los contenidos simbólicos (banderas, escudos, Jefes de Estado, en especial los Monarcas), cuya fuerza obedece tanto a su naturaleza irracional, que permite una vivencia especialmente intensa de los mismos, como a su maleabilidad o adaptabilidad a la propia experiencia personal: “La fórmula como expresión normada del contenido sustantivo es heterónoma y rígida; y hace patente a la conciencia la tensión entre el individuo y la comunidad, pero también la inclusión en el todo social. Por el contrario, la simbolización cuya fundamentación histórica se halla en la falta de expresividad propia de los tiempos más primitivos, en los que el mundo de los valores estaba menos diferenciado, ha hecho de la necesidad virtud, y ha conseguido una forma de representación especialmente eficaz, y al mismo tiempo especialmente moldeable: los contenidos valorativos simbolizados pueden ser vividos personalmente “tal y como yo los entiendo”, sin la tensión y el rechazo que necesariamente producen fórmulas y reglamentaciones” (CDC, p. 98).



normativa del aspectos determinados de este proceso”<sup>30</sup>, pero de ninguna manera su significado se agota en la dimensión jurídica. La vida del Estado y la dinámica política se extiende más allá de los límites establecidos por la regulación constitucional, de manera que, en ocasiones, la integración no tiene lugar dentro de los canales constitucionales. En los casos en los que los impulsos y motivaciones políticas de la comunidad parecen contradecir las normas constitucionales, la integración –sostiene Smend– “se realiza, a pesar de estas aparentes divergencias, de un modo más pleno, amén de ser así más fiel el genuino sentido de la Constitución que a través de una regulación exhaustiva y pegada al texto constitucional, pero que a la postre no es sino muestra de una escasa vida constitucional”<sup>31</sup>.

No puede verse la Constitución, por tanto, como una norma que regula supuestos concretos, esto es, que asocia acciones o estados de cosas con consecuencias normativas, bien estableciendo derechos y obligaciones, bien estableciendo sanciones para el caso de la vulneración o inobservancia de dichos derechos y obligaciones. Captar la naturaleza del texto constitucional requiere tomar conciencia de su carácter abarcador de la totalidad del proceso de integración del que participa. Y ello significa, entre otras cosas, que la constitución debe ser objeto de una “interpretación extensiva y flexible, que difiere en gran medida de cualquier otra forma de interpretación jurídica”<sup>32</sup>.

Pero Smend va más allá. Una cosa es que los criterios o pautas que deban regir la interpretación de la Constitución (en tanto que texto) presenten peculiaridades que los hacen diferentes a los criterios que sigue la interpretación de cualquier otra norma del orden jurídico, y otra es –una idea recurrente en Smend– la contraposición entre lo establecido en la Constitución y aquello que *verdaderamente* propicia la integración, incluso cuando se trata de los derechos fundamentales.

“El efecto legitimador e integrador que se pretende no viene siempre dado por una serie de artículos constitucionales. Existen una serie de derechos fundamentales que son tan evidentes, tan anodinos o tan problemáticos que su mención no supone la adición de algo al contenido ideológico normativo que cohesiona a un pueblo. Existen también banderas nacionales que no son el símbolo de una comunidad de valores declarada y que, por tanto, no pueden desempeñar la función integradora que les corresponde”<sup>33</sup>.

Este párrafo es muy representativo del pensamiento de Smend; no es sólo que equipare los derechos a las banderas, lo que da muestra de la indeterminación y maleabilidad del propio concepto de integración, sino que se trata de igual modo, bajo el argumento general de que su eficacia integradora es limitada, aquellos derechos que resultan o evidentes o anodinos o problemáticos, sin especificar a qué derechos se refiere en cada caso. Bien podría admitirse que los derechos problemáticos, aquellos cuyo reconocimiento únicamente materializa las aspiraciones de una clase social o de un sector determinado de la comunidad, pueden no tener un efecto integrador o, incluso, tener un efecto disgregador, pero no puede admitirse lo mismo los derechos que denomina como “evidentes”. Si los derechos son evidentes, lo son por la irrenunciabilidad ética o por su aceptación

---

<sup>30</sup> CDC, p. 132.

<sup>31</sup> CDC, p. 133.

<sup>32</sup> CDC, p. 133.

<sup>33</sup> CDC, p. 169.

generalizada, de manera que deberían formar parte de eso que llama “comunidad de valores”. Que el reconocimiento por el texto constitucional de estos derechos aceptados por todos no genere sentimientos especialmente intensos de integración en la comunidad política, se debe, precisamente, a que se dan por supuestos. La verdadera medida de su efecto integrador la daría una hipotética negación de esos derechos y las reacciones que ello provocaría por parte de la comunidad.

Volvamos a la cuestión de la interpretación de la Constitución. La especificidad de la interpretación de la Constitución –que no del texto constitucional, porque, como veremos, la literalidad del documento jurídico pasa aquí a segundo plano– tiene en Smend un fundamento político. Este fundamento se manifiesta, en primer lugar, en el contexto del ordenamiento jurídico, con la segregación del Derecho político respecto del Derecho Administrativo. Aunque ambos regulan la “vida pública”, el primero es considerado por Smend como un derecho integrador, mientras que el segundo es esencialmente técnico<sup>34</sup>. Esta caracterización determina su verdadero sentido y, con ello, la aproximación hermenéutica a la Constitución. Tampoco es de extrañar que haga suya la distinción, cuestionada por el formalismo jurídico, entre la Constitución sentido formal y la Constitución en sentido material para poner de manifiesto el carácter específicamente político de los fines de la Constitución y las consecuencias que de ello derivan para la interpretación del Derecho constitucional. Según Smend, lo que él denomina el método formalista, cuando se enfrenta al Derecho constitucional, sigue aplicando a su objeto “los conceptos jurídicos “generales” que le son familiares”<sup>35</sup>; un derecho, por otra parte, que estructura las relaciones jurídicas según el principio de jerarquía. El resultado es un Derecho constitucional entendido en clave estrictamente jurídico-formal, que se limita a la identificación de las normas e instituciones constitucionales, sus relaciones jerárquicas así como los derechos y obligaciones que contienen. Esta aproximación al Derecho constitucional ignoraría la diferencia esencial entre éste y el resto de sectores del ordenamiento; a saber, que mientras en éstos “se trata de la reglamentación abstracta de infinitas situaciones jurídicas para lograr el término medio de todas ellas”, en el Derecho constitucional “se trata, por el contrario, del derecho individual [singular] que rige una única realidad concreta”<sup>36</sup>. Esta caracterización es especialmente importante, porque deja abierta la puerta al decisionismo más absoluto. La identificación del Derecho para la realidad concreta, desplaza a un segundo plano la interpretación y aplicación de las normas escritas, pues el derecho aplicable puede encontrarse en el “material jurídico” positivo proporcionado por las normas legales o constitucionales o, como ocurrirá la mayoría de las veces que se recurran a este tipo de construcciones, no. Del mismo modo que quien apela al espíritu de la ley, lo hace para distanciarse de su letra.

---

<sup>34</sup> “La idea fundamental que guía las normas de Derecho político es la interacción integradora de las instituciones y de las funciones estatales para conformar así la vida estatal en su conjunto, y la de las normas de Derecho administrativo debe ser la administración en sí, la consecución técnica de sus propios fines concretos que siempre atañerán a la prosperidad” (CDC, p. 194).

<sup>35</sup> CDC, p. 197.

<sup>36</sup> CDC, p. 198. Tal es la importancia que Smend concede a esta singularidad del Derecho constitucional, que sugiere la inclusión en el comienzo de los textos constitucionales, junto a las disposiciones sobre el territorio, la forma de Estado o la bandera, de una cláusula que especifique el objeto –la integración– de dichas normas.

Tomando esto en consideración, formula Smend tres reglas generales que pueden tomarse como una síntesis de su doctrina de la interpretación constitucional. En primer lugar, que “los hechos particulares del Derecho político no deben ser considerados en sí mismos y de forma aislada, sino como elementos pertenecientes a un contexto significativo, que cobra vida a través de ellos, como elementos pertenecientes al todo funcional de la integración”<sup>37</sup>.

En segundo lugar, “la jurisdicción estatal no es equiparable a la jurisdicción civil o a la administrativa”<sup>38</sup>, ni en su objetivo, ni en su eficacia. Así, sostiene Smend, la defensa de una minoría parlamentaria por parte de los tribunales constitucionales debe conducir a la “unificación integradora de los partidos”, mientras que la defensa de los intereses particulares, individuales o colectivos, que lleva a cabo la jurisdicción civil tiene otras finalidades, que puede ser distinta en cada caso. Por otra parte, las sentencias de los tribunales constitucionales carecen de la fuerza ejecutiva de las sentencias civiles o administrativas; no existen instrumentos jurídicos que obliguen al cumplimiento de las obligaciones derivadas de tales pronunciamientos, “sino que hay que dejarlo a cargo de la buena voluntad y del deber genérico de conciliación, es decir, de una leal colaboración tal y como lo determina la Constitución (...) un medio y uno de los estadios del entendimiento entre las facciones parlamentarias”. Por así decirlo, las sentencias del tribunal constitucional tendrían carácter prescriptivo, pero no imperativo. Este argumento, como salta a la vista, depende de circunstancias contingentes, tales como que el tribunal constitucional está legalmente habilitado para imponer coactivamente sus decisiones (como ocurre en España, por ejemplo).

La tercera regla general de la interpretación constitucional reza que las “diversas normas del Derecho político constituyen, tomadas en su conjunto, el sistema del contexto integrativo”; es su lugar en dicho sistema el que les confiere valor y su distinto rango<sup>39</sup>. Cualquiera puede advertir que la separación del principio formal de jerarquía dentro del ordenamiento permite subvertir la distribución del poder efectuada por la Constitución. Esta distribución está determinada por la competencia formal, que establece qué órgano puede dictar qué tipo de normas, y el rango, o sea, la fuerza que una norma tiene para modificar lo establecido por otra cuando ésta es inferior y para resistir en caso de contradicción normativa (antinomía) o intentos de modificación por otras normas de rango inferior.

La idea de que el sentido integrador de la Constitución va más allá del texto constitucional es recurrente en el libro de Smend.

Así, en los contenidos simbólicos de los arts. 1 y 3 de la Constitución de Weimar, relativos a la forma del Estado y a los colores de la bandera, respectivamente, quedan vinculadas las ideas de integración y la de legitimidad a partir de estas normas, que, a diferencia de las normas de Derecho civil, penal o administrativo, no tienen un carácter general y abstracto, sino que regulan un caso específico y concreto.

En este juego de legitimidades, los derechos fundamentales hacen de forma directa lo que la forma de Estado y los colores de la bandera hacen de forma

---

<sup>37</sup> CDC, p. 198.

<sup>38</sup> CDC, p. 199.

<sup>39</sup> “[L]a cuestión del rango de los distintos elementos del sistema integrativo del Derecho político debe ser analizado, a casusa de su totalidad sistemática, teniendo en cuenta sobre todo su contenido jurídico, que tiene que ser tratado, además de forma científica” (CDC. P. 201).

simbólica. Los derechos fundamentales –sostiene Smend– son percibidos, al menos en su sentido clásico, como límites al poder o, si se quiere, como parte del principio de legalidad que rige la actuación de los poderes públicos. Se consideran y son tratados como derechos administrativos especiales; de ahí que se estudien sus relaciones de coherencia o en qué medida modifican otras normas ya existentes en el ordenamiento, ignorando lo que se entiende como contenido “programático”. UN análisis de este tipo, que sigue las pautas de la dogmática jurídica tradicional, nos llevará a reprochar al legislador constitucional unas cualidades técnicas muy inferiores a las del legislador ordinario. Este planteamiento –dice Smend– es una fuente de equívocos (por ejemplo, en lo que respecta a la relación de las libertades fundamentales y las relaciones especiales de poder y de deber y en qué medida corresponden a los funcionarios)<sup>40</sup>. Los derechos fundamentales no pertenecen a ninguna de las otras ramas del Derecho, son Derecho constitucional, esto es, “no representan leyes marco para leyes técnicas especiales, y no deben por tanto, entenderse en un sentido técnico”<sup>41</sup>; tienen un sentido distinto incluso cuando reproducen literalmente alguna norma de esas otras ramas del Derecho, lo cual explicaría, al menos en parte, la despreocupación por la técnica legislativa del legislador constitucional.

El carácter político de los derechos tiene consecuencias en ambos sentidos, material y formal, esto es, tanto para su contenido, como para su validez. En relación a lo primero, los derechos fundamentales no tratarían su objeto del mismo modo en que lo hace la legislación sectorial. Este hecho se pondría de manifiesto en la misma redacción de los preceptos de derechos que, o bien comienza refiriéndose a un “ámbito cultural material” –por ejemplo, “La libertad de la persona...” (art. 114), “El matrimonio es el fundamento de la vida de la familia...” (art. 119), “La educación de la prole...” (art. 120)– o bien lo hace a su titular mediante la mención de su pertenencia a la nación –“El domicilio de un alemán...” (art. 115), “Todo alemán tiene derecho a manifestar sus ideas...” (art. 118), “Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse sin armas...” (art. 123)–, lo que expresaría los dos elementos que componen el sentido de los derechos fundamentales: una dimensión material, en tanto que regulación de un sistema de valores y de bienes, de un sistema cultural en definitiva, y una dimensión estatal, que afirma el carácter nacional de los valores más generales y atribuye a los miembros del Estado un estatus material único que los convierte en pueblo. Los derechos conjugan, por tanto, estas dos ideas: fundamentación de una sistema cultural e integración nacional<sup>42</sup>.

Amen de la relación jurídico formal de los derechos fundamentales con la legislación, la Administración o los particulares, “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución”<sup>43</sup>. Políticamente, los derechos significan la voluntad de integración material; jurídicamente, la legitimación del ordenamiento positivo, ordenamiento que “es válido sólo en cuanto que representa esta sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo”<sup>44</sup>. Los derechos, viene a ser la representación proposicional de dicho

---

<sup>40</sup> CDC, pp. 228-9.

<sup>41</sup> CDC, p. 229.

<sup>42</sup> CDC, p. 231.

<sup>43</sup> CDC, p. 232.

<sup>44</sup> CDC, p. 232.

sistema cultural; “un comentario a la breve definición y la simbolización de las normas contenidas en el preámbulo, es especial, en el artículo 1 y 3 de la Constitución”<sup>45</sup>. Esta idea debe regir toda interpretación de los derechos fundamentales.

#### **4.- La controversia con Kelsen.**

Cualquiera que se acerque al texto de Smend podrá comprobar que su lectura resulta densa y confusa a ratos. Si, posteriormente, se lee *El Estado como integración. Una controversia* de principio, el libro de Kelsen en el que entabla una encarnizada polemica con Smend, se siente uno más reconfortado. Gran parte de los debates que ahí se mantienen han quedado orillado hace años, como la discusión acerca de si la teoría del Estado pertenece al campo de las ciencias del espíritu y, en particular, si la doctrina del Estado de Kelsen es la teoría que mejor da cuenta de una aproximación a la realidad estatal desde ese punto de vista. Dejaré al margen la disección sistemática que de la obra de Smend lleva a cabo Kelsen, que no deja títere con cabeza, evidenciando las contradicciones, imprecisiones, lagunas y postergaciones que nunca llegan.

Es en las últimas páginas, cuando Kelsen pone a prueba las tesis de Smend en relación con la Constitución de Weimar. Nos interesa, sobre todo aquí la cuestión de los derechos, a la que Kelsen se refiere expresamente. En primer lugar, para sorprenderse que los derechos fundamentales sean elevados por Smend a categoría de factor de integración, toda vez que los derechos “son la única herencia real que las modernas Constituciones han tomado del liberalismo”, y éste es “el Anticristo de toda integración”<sup>46</sup>. Para Kelsen, la simpatía de Smend por los derechos en la Constitución de Weimar, obedece a razones aviesas: que esos derechos, en especial, la libertad de expresión, de ciencia y de doctrina “protege a los que luchan contra ella misma”<sup>47</sup>. Porque lo que Smend le concede a los derechos en abstracto –la capacidad de integración– se lo niega a la Constitución de Weimar.

Y aquí es donde el concepto de integración despliega su carácter ideológico y su condición de instrumento contra-jurídico, por así decirlo: “[d]ado que el Estado no puede estar sino integrado –el ser del Estado consiste precisamente en su integración– la realidad del Estado habrá de entrar en contradicción con una Constitución que cumple mal o no cumple en absoluto su ‘misión’”<sup>48</sup>. Esto explica –dice Kelsen– las consideraciones acerca de la interpretación constitucional que realiza Smend. La consideración del texto constitucional y de los derechos como un conjunto de artículos esquemáticos, incapaces de abarcar y desplegar la carga axiológica de la comunidad de valores que expresan, su riqueza vital, no tiene otra finalidad que la de deslizar la función de integración hacia otras fuentes, distintas e independientes de la Constitución, mostrando que existe una realidad estatal, al margen e, incluso, en contra de la Constitución, cuya integración responde a un “impulso vital político”.

---

<sup>45</sup> CDC, p. 232.

<sup>46</sup> ECI, p. 141.

<sup>47</sup> ECI, p. 141.

<sup>48</sup> ECI, p. 142.

De lo que se trata en definitiva –sostiene Kelsen– es de “justificar bajo ciertas circunstancias el acontecer anticonstitucional (...) No conviene engañarse pensando que se trata solamente de “vías no exactamente constitucionales” o de “discrepancias puntuales”. Para abarcar éstas basta con la interpretación jurídica habitual, la cual con sus métodos interpretativos restrictivos y extensivos, históricos y lógicos, orientados al tenor literal, al sentido o a la intención, es suficientemente “elástica” y “complementadora” para subsumir bajo una misma norma una pluralidad de supuestos hasta cierto punto distintos entre sí (...) Se trata de una “interpretación constitucional” muy distinta de la “interpretación jurídica”. Qué fin persigue esa “interpretación” se aprecia suficientemente<sup>49</sup> en la contraposición entre “Constitución” y “derecho” que subyace a tal diferenciación entre interpretación jurídica e interpretación constitucional”. Así se entiende plenamente por qué la teoría de la integración no necesita la Constitución como fundamento del derecho (...) Todo ello porque el atentado contra la Constitución que la teoría de la integración quiere legitimar, sólo puede dejar de ser un atentado contra el derecho, sólo puede ser calificado como integración “satisfactoria”, por contraste con un comportamiento fiel a la Constitución pero “defectuoso”, a condición de que Constitución y derecho no tengan entre sí nada que ver. Si integración es el principio que da sentido a la Constitución, y si la integración anticonstitucional y no apoyada en la Constitución ha de ser la integración “satisfactoria”, el “sentido” de la Constitución debe verse en lo siguiente: que la propia Constitución exige que el supuesto anticonstitucional se interprete como acorde con la Constitución”.

---

<sup>49</sup> ECI, pp. 146-7.