

FILOSOFOS MODERNOS DEL DERECHO: RUDOLF SMEND

Continuamos la publicación, iniciada en números anteriores, de algunos de los trabajos inéditos que dejó don José Gómez de la Serna y Favre sobre los más importantes filósofos del Derecho, incluyendo ahora un acabado estudio sobre la obra capital de Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, redactado en 1933.

LA ciencia es un sistema de hipótesis metodológicas para llegar a una descripción selectiva de la realidad: por tanto, no una explicación en el dogmático sentido del racionalismo y del positivismo, ni siquiera una descripción que aspire a la exactitud y la integridad. Esto no es una novedad: se ha dicho con precisión por Kant, y se ha rememorado y subrayado por el neokantismo. Ahora bien, la inteligencia tiene sus leyes, la ciencia tiene sus métodos, mecanicistas, si así quiere llamárseles (1), y no puede hacerse ciencia, sino literatura impresionista o delicuescente, por otros procedimientos. Este procedimiento es el de la lógica, con su principio fundamental de identidad o de contradicción. En serie temporal de esquemas de conceptos identificados y delimitados se organiza para la comprensión del mundo real. Una cosa puede ser y dejar de ser (relatividad) puede ser esto y lo otro (interpenetración), puede ser causa y efecto de la misma cosa (interacción)...; pero sólo en planos sucesivos, no en un mismo esquema espacial. La intuición, en cuanto asible y manipulable para el entendimiento, no es más que un concepto precien-

(1) En contraste con una pretendida «formación de conceptos (conceptualización) propia de las ciencias del espíritu». Recuérdese la lógica biocéntrica, anunciada, pero no mostrada por L. KLAGES frente a la logocéntrica.

tífico que aguarda la labor de desbastamiento, depuración, estilización y ubicación, única que hace posible la inserción sistemática y directiva de la voluntad humana en el cosmos. No que se pretenda una filmación exacta de lo real, sino una que llamaríamos «conceptuación suficiente», para la intervención, técnica o moral: para la iniciación humana de una serie previsible (profetizable) de fenómenos, no menos imperfectamente entendidos que los conceptualizados que nos sirvieron de base, es decir, devueltos a la profunda realidad. No que los conceptos, una vez formados, hayan de convertirse en ídolos incommovibles, como Budas. Por consiguiente, renovadoras, geniales, subversivas intuiciones serán siempre bienvenidas en la ciencia...; pero a condición de hacer de ellas nuevos conceptos científicos.

Sin duda, cuanto más analíticamente próximas a la realidad, las síntesis conceptuales son más inestables, más transformativas (deformables, reformables) a lo largo del tiempo. No que sean síntesis temporales, como si la realidad fuera puntiforme y sólo en la composición ideal de los puntos sucesivos pudiera surgir una figura, o bien como las identificaciones de series causales (leyes): las identificaciones sociales, al contrario, son síntesis espaciales, y en tal aspecto, i. e. respecto de la variabilidad de su constelación en el tiempo, sustanciales, pero inestables, es decir, no precisamente evolutivas (desarrollo, diferenciación), sino transformativas. Preferimos esta expresión para los conceptos sociales a la usada por Smend, puesto que integración es el proceso mediante el que una cosa se hace completa, mientras que, en realidad, se trata de una serie temporal de integraciones y desintegraciones de un concepto, como juiciosamente explicaba el repudiado Jellinek, de un «tipo» (2). Síntesis, o mejor *sinetizaciones*, fluctuantes en su volumen y disposición, oscilantes en su tendencia.

El que los conceptos sociales procedan de intuiciones específicas y no sean meras reconstrucciones derivadas de un individualismo materialista, a lo Rousseau, no autoriza a permitirse con esos conceptos licencias estetizantes y mistagógicas que no nos permitiríamos con los demás conceptos científicos: barajar, v. gr., arbitrariamente los diversos planos sucesivos para producir una confusión mágica (de mago o prestidigitador, léase charlatán); creerse dispensado de los preceptos de la lógica, en nombre de unas

(2) Integración, por otra parte, prejuzga un punto de vista colectivo.

supuesta lógica de las ciencias del espíritu; mecerse en un estu-
pefaciente sincretismo..., o bien contrariamente, por un abuso de
lógica, por un matematismo solitario, llevar el análisis de los con-
ceptos obtenidos a sus últimas consecuencias, prescindiendo del
control de la realidad y olvidando la relatividad y convenciona-
lismo inicial de todo concepto. Olvidando sobre todo el principio
de devolución, en virtud del cual los fenómenos, después de pes-
cados y sometidos a la conceptualización estrictamente indispensable,
hay que devolverlos al torrente de lo real o, mejor dicho, hay que
dejarlos y saber que se han dejado donde están, porque lo que
en puridad hemos pescado no es más que su sombra. Sin lo cual
nos perdemos en un dédalo ilimitado, y ya nada entendemos a
fuerza de *entender* demasiado. Por lo que es una pedantería re-
prochar a la ciencia el uso —mecánico, si se quiere— de la lógica
racional, cuando el científico permanece consciente de la conven-
cionalidad, al mismo tiempo que de la inexcusabilidad, de sus
métodos y está dispuesto a la reintegración de sus conclusiones a
la realidad. En puridad, el dualismo entre el tratamiento llamado
mecánico y el que se pretende inexcusable para entender la vida
y la psique se reduce a un dualismo entre esquemas sencillos y
complejos (3), cuando no entre modo lógico y modo estético. La
multiplicidad de categorías o conceptos originales e inderivables,
lejos de ser un progreso, significa el —sin duda necesario— reco-
nocimiento del actual estado de atraso de nuestros conocimientos.
Dada la unidad o la tendencia a la unidad del universo, los con-
ceptos sociales deben poderse derivar de los naturalistas, y vice-
versa. Mas como quiera que nuestra ignorancia no nos permite rea-
lizar actualmente esa derivación sino por los toscos procedimien-
tos del racionalismo o del positivismo, es más adecuado, aunque
más modesto (una confesión de docta ignorancia), arriesgarse a dar
el salto y establecer conceptos primitivos, categorías inderivables
de las ya establecidas y sin solución de continuidad con ellas; mé-
todo dialéctico de contrastes y conciliaciones mediante la simulta-
neidad, donde los contrapuestos no son propiamente contrarios,

(3) Así, v. gr., cuando C. BRINKMANN (citado por SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, pág. 73) caracteriza el pensamiento mecanicista del Estado di-
ciendo que entiende «la igualdad como base y el caudillaje como motor», el
mecanicismo no está aquí en la Lógica aplicada, sino en el incompleto y tosco
planteamiento de los datos del problema.

sino contradictorios, y, por tanto, la conciliación es yuxtaposición que en nada deroga el principio de identidad. En todo caso, la multiplicación de categorías acortaría las distancias en que ha de insertarse y trabajar el convencionalismo de nuestros métodos racionales.

Sin duda, un grupo social acotado por una unidad estatal no se integra como tal grupo coherente por las solas relaciones jurídicas... pero insistimos en que es un postulado de claridad y orden científico no llamar Estado a ese grupo, sino en tanto en cuanto se halla integrado por las solas relaciones jurídicas; o, dicho al gusto moderno: en tanto en cuanto es una integración jurídica. Sin duda, previas a la organización del grupo en Estado hay otras formas de asociación o de relación social en las cuales, o en la transformación de ellas, se basará luego el Estado, y sin las cuales el Estado no sería posible; sin duda, las relaciones jurídicas crean a su vez nuevas relaciones o texturas sociales no jurídicas que concurren a reforzar la síntesis; sin duda, para el Estado es del mayor interés ampliar, como hace, por ejemplo, el fascismo, sus propios vínculos jurídicos al mayor número de relaciones sociales y fomentar indirectamente aquellas relaciones cohesivas que no son susceptibles de reforzar jurídicamente o no es prudente reforzarlas de esta guisa... Pero todos estos ligámenes concurrentes a la acción sintetizante del Estado, mientras no son específicamente jurídicos, no constituyen el Estado, y, en manera alguna, el excluirlos de la teoría del Estado significa desviar ésta hacia un hueco formalismo, a la manera de Kelsen.

Smend presenta su obra como investigación de la base epistemológica de la teoría del Estado, i. e. del método propio de esta teoría, que no es jurídico, sino el método de las ciencias del espíritu (4) y como muestra de la aplicación de este método, no tanto a la teoría del Estado en general como a la de la constitución del Estado (5) en particular.

El formalismo jurídico presupone una teoría material del Estado (6). Las conclusiones de Smend no serían, según eso, incompatibles con las de Kelsen. Materia y forma ¿quiere decir aquí sustancia y función, sustancia y relación? Ya veremos que Smend

(4) Op. cit., pág. VII.

(5) Op. cit., pág. VIII

(6) Op. cit., pág. 5.

huye de toda sustancialización. ¿Qué significa, pues? ¿Base sociológica y superestructura jurídica? Tampoco, porque lo jurídico actúa para Smend como integración o formación de lo social. ¿Entonces? La teoría de Smend no es ciertamente funcional, puesto que no entiende lo social como función entre puntos sustancializados, pero es tan formal como la de Kelsen, en el sentido de que rehuye todo concepto sustancial, con la diferencia de que no se limita a los valores normativos como formas de relación, y no prescinde de los elementos relacionados (aludiendo a ellos como meras x, «puntos de imputación» metajurídicos), sino que intenta reducirlos a las mismas relaciones sociales. Lo jurídico, para Smend, no es un puro orden normativo trascendental, sino una de las formas de integración sociológica; de ahí que no sea el método formal-jurídico, sino el material-sociológico, el adecuado para entender las constituciones. Smend debiera, empero, rechazar la posibilidad de un formalismo jurídico, puesto que también la norma es una forma de integración.

Así, la antinomia entre yo y mundo social como sustancialidades que, según Smend, las actuales teorías materiales del Estado dejan sin resolver —«tensión» entre ambos términos—, o resuelven decidiéndose por uno de los términos, en un rango de valores, se resuelve para Smend en un «problema de estructura», entendido a la manera fenomenológica. Ahora bien, ¿cómo se resuelve este problema de estructura? El análisis de las integraciones ¿va a resolverse este problema? La estructura del yo es esencialmente social, puesto que el yo no existe más que como vida espiritual o participación en el mundo espiritual, no como elemento objetivo del que la vida espiritual sea producto. A su vez, las colectividades no son sino «unificaciones de las vivencias de significado o sentido de los individuos» (*das Einheitsgefüge der Sinnerlebenssisse der Individuen*) (7). «El desenvolvimiento de las esencias (individuales) y la formación de los significados se cruzan socialmente por necesidad, son por esencia un uno-en-otro de vida individual y superindividual.» Individuos, sociedad, conjuntos objetivos de sentido, no son elementos aislados o soportes de la vida espiritual cuyas relaciones mutuas hay que investigar, sino «mo-

(7) Ya veremos que ocurre lo contrario, o sea, que cada individuo es una peculiar estructura de contenidos sociales, estructura coincidente con la de otros individuos en grupos más o menos vastos.

mentos de un orden dialéctico, cuyos miembros, en todo caso, están polarmente coordinados» (8). En suma, un mundo de «sentidos» de carácter social que se estructura diversamente para cada especial ciencia del espíritu, según el objeto de ésta, «obtenido mediante abstracción fenomenológica»; o, dicho de otro modo, un mundo que ofrece distintas perspectivas (no en cuanto *escorzos*, sino en cuanto ordenaciones), según el punto de vista elegido.

La dificultad aquí es que si Smend reconoce, y no puede por menos, que se trata de «vivencias de sentido *de los individuos*», y no de otro cualquier yo (por ej., un yo colectivo), individuo y sociedad no están en el mismo plano ni son polos de igual rango. Del primero no cabrá decir como de la segunda que sea una mera perspectiva o estructura, puesto que es, además, el agente o el paciente (9), el protagonista de la vivencia. Además, no basta desplazar el problema situándolo en las «vivencias de sentido» sociales, sino que es preciso averiguar cómo *se da* la sociedad en tales vivencias. Esta averiguación nos llevaría al descubrimiento de que la sociedad *se da* allí como un tejido de relaciones entre individualidades perfectamente destacadas, en especial la individualidad del *protagonista* de la vivencia, aparte de que las vivencias coincidentes pueden tener por contenido una valoración en que sea justamente el individuo el que ostente la primacía. Cuando Smend dice: «a la participación en la vida social y espiritual los capacita únicamente (a los individuos) la excitación que parte de la comunidad espiritual, por lo que ésta no puede deducirse de ellos» (10), no puede aludir, evidentemente, a la comunidad espiritual propiamente dicha, sino a una corporización de ella, y para tener sentido presupone un radical individualismo, i. e. un individuo previo a la excitación de la sociedad. A continuación, Smend reconoce que el individuo como elemento activo de la vida social es el *a priori* de toda ciencia del espíritu. Todo lo que logra la nueva sociología fenomenológica es una nueva definición del individuo: el individuo como una estructura de contenidos sociales, el individuo compuesto de vivencias sociales, pero siempre un individuo, una estructura individual. No el individuo *previo* a la sociedad, cronológica o históricamente hablando (el cual es in-

(8) Op. cit., págs. 6 a 11.

(9) Aunque SMEND insiste en el papel activo. Op. cit., pág. 11.

(10) Op. cit., pág. 11.

concebible), sino el individuo *nacido* en plena sociedad. Pero suprimir el individuo cronológicamente anterior no equivale a suprimir el individuo sustancial.

El intento de evaporar el individuo (del mismo modo que la colectividad) reduciéndolo a un mero polo metodológico, a la abstracción de una flotante y mostrenca visión compleja, abstracción que se obtiene a fines didascálicos por el método de la fenomenología, fracasa visiblemente. Pero, de otro lado, si la sociedad es una vivencia del individuo, *no* es la «unificación de las vivencias», ni es preciso averiguar de qué modo —desde luego, nunca mecánicamente— esta unificación se realiza. No hay problema, puesto que la sociedad está ya en el individuo. ¿Qué integración de individuos es necesaria para *constituir* la sociedad, si ya el individuo es una serie de vivencias sociales? La conjunción o coincidencia de individuos no logrará constituir más que una *superposición, conjunción o coincidencia de sociedades*. Como se ve, no estamos frente al método *cíclico* a que alude Smend, sino a un método circular, lo que los clásicos de la lógica llaman un argumento circular, en el sentido de círculo vicioso.

La salida del círculo la marca el propio Smend cuando indica que se trata de vivencias de los individuos y no de entes sociales, y ello conduce al análisis de esas vivencias sociales del individuo. Semejante análisis nos descubriría que el individuo (destacadísimo, sobre todo por lo que hace al protagonista de la vivencia) se encuentra allí relacionado con los otros individuos mediante comunicaciones de naturaleza externa, más exactamente, de naturaleza física o que encarnan en una expresión de esa naturaleza. Los casos, en efecto, de telepatía o de transmisión del pensamiento no pueden llevar a mucho resultado, y aun ellos mismos buscan alguna apoyatura física. A su vez, las coincidencias de vivencias sociales de varios individuos crean nuevas comunicaciones con expresión externa, nuevas asociaciones, síntesis, integraciones o como mejor quiera llamárselas, que vienen a enriquecer las vivencias sociales de los individuos. Es significativo que Smend presente, *verbigracia*, como integraciones funcionales «puramente espirituales», frente a las que residen en o tienen un acompañamiento sensible (11) las votaciones, las cuales no son concebibles sin una expresión o acompañamiento físico.

(11) Op. cit., pág. 34.

Se seguirá de esto que las ordenaciones perspectuales del individuo son auténticas, mientras las colectivas son o bien falsas, i. e. correspondientes a un ángulo visual arbitrariamente trazado, o bien individuales, i. e. correspondientes a un determinado punto de vista individual: un determinado contenido de vida espiritual-social funcionará como polo conforme al rango preeminente que ocupe en la estructura individual de que se trate. Tendremos entonces que las pretendidas formas o estructuras sociales serán en puridad estructuras compuestas, sin duda, de contenidos de sentido social, pero estructuras individuales. El carácter social de tales estructuras resultará de la coincidencia en ellas de un número *suficiente* (por la calidad o por la cantidad) de individuos, coincidencia espontánea o producida por el caudillaje (12). Y, evidentemente, el hecho de la coincidencia refluirá en los individuos coincidentes y contribuirá a la subsiguiente formación de sus estructuras..., y así sucesivamente. [Ahora bien, como quiera que toda vivencia espiritual, por efecto de la proyección llamada física de los individuos, concreta en formas físicas: gestos, conductas corporales, hábitos concretados en normas jurídicas o sociales o en jerarquías institucionales (normas e instituciones creadoras, a su vez, de hábitos), concretadas siempre en personas físicas, ritos, símbolos, palabras, escrituras, mitos de expresión estereotipada, ciudades, obras de arte, etc., las vivencias coincidentes en vastos círculos concretarán en formas de mayor envergadura y (puesto que son vivencias estructurales, es decir, recurrentes) en formas más o menos durables. Estas formas son las que llamaremos «cuerpos sociales» o «núcleos corporales de sociedad», cuyo rango respecto de los otros contenidos sociales dependerá, como es obvio,

(12) No me refiero, claro está, al caudillaje guerrero o político, principalmente, sino al espiritual, en cuya virtud una personalidad sobresaliente impone a los demás su estructura espiritual, encauza el modo de pensar de grupos históricos y conduce la Historia del espíritu. Modernamente son, por ejemplo, NIETZSCHE y SOREL, individuos que no ejercieron caudillaje político alguno, los que modelan las estructuras sociales más vastas y poderosas. En este caso no está excluido que la coincidencia se produzca teleológicamente (para fines que el caudillo se proponga), contra lo que opina SMEND, quien excluye todo modo de pensar teleológico (Op. cit., pág. 10). Es indudable, en general, que cuerpos sociales pueden utilizarse y se han utilizado como instrumentos. Es, asimismo, indudable que todo el detalle de la organización estatal es una técnica, lo que no impide que las relaciones estatales sean espontáneas, y no calculadas para un fin.

del rango que tengan en las estructuras individuales coincidentes. De estos cuerpos sociales o núcleos corporales de sociedad, el más destacado, no sólo por lo tajante de sus límites y su fuerza de cohesión, sino por su fuerza de proliferación, creadora de nuevas vivencias coincidentes dentro de su seno (algunas de tanta profundidad y energía como el patriotismo, que es, a su vez, en ocasiones creador de Estados), es el sistema de hábitos institucionales y normativos, encarnados en todo momento en personas, símbolos, lugares y códigos, aunque constantemente sometidos a fluctuaciones de ósmosis y endósmosis, que porta la síntesis espiritual llamada Estado. Bien que el Estado no se agote, y quizá ni siquiera consiste en tal corporización, es sin ella inconcebible. Es, sobre todo, imposible individualizar sin ella los Estados, discernirlos unos de otros en la amplia vivencia social que constituye la Humanidad.

Junto a los núcleos corporales deben estudiarse los núcleos espirituales, que son los que sostienen en actividad constante, bien que los individuos del núcleo se renuevan y el núcleo sea fluctuante en cuanto a su volumen, i. e. al número de los individuos que lo integran, el Estado, actuando como conductores sobre la masa marginal, espiritualmente participantes sobre la masa pasiva, así como sobre los individuos o grupos rebeldes, sobre las almas o, a veces, sólo sobre los cuerpos de esta masa.]

La delicuescencia, la fluidificación fenomenológica que Smend pretende, no se logra. No se logra evaporar los individuos, escamotearlos arrebatándolos en un movimiento circular (13). Smend tiene que considerarlos, a pesar suyo, como puntos fijos, como estructuras determinadas de cuya coincidencia resultan (no que se produzcan en acción causal) (14) las llamadas estructuras sociales. Tiene que «ganar la concepción de lo social, y especialmente de lo político, partiendo de acotaciones de sentido (Sinngebieten) trascendentes al reino de lo social y lo estatal», como hace la Sociología, por él repudiada (15). Es decir, partiendo de los individuos, si bien con una concepción fenomenológica y no naturalista del individuo y de la vida espiritual. Smend se da cuenta de la difícil-

(13) Op. cit., pág. 11.

(14) Sin que esto signifique repudiar *in genere* lo causal, puesto que la relación intercausal no contradice ni suprime, antes presupone la causal.

(15) Op. cit., pág. 10.

dad y renuncia a que su teoría sea una explicación del Estado o de la constitución estatal, contentándose con que sea una «descripción comprensiva» (16).

«La realidad del Estado... no puede ser más que la de una zona parcial de la realidad espiritual» (17). [No, sino la de un cuerpo social (instituciones encarnadas en individuos concretos y en normas determinadas) alrededor del cual se polariza un tejido de vida física y espiritual. Pero no de cualquier vida espiritual, sino precisamente (en tanto en cuanto tratamos de lo específicamente estatal) de hechos volitivos relativos a la conducta humana compeltible, y, por ende, regulados conforme a normas, categóricas e hipotéticas, susceptibles de sanción externa.] Smend, aunque titula el capítulo «El Estado como liga real de voluntades», exige para la existencia del Estado sociológico una duradera conjunción de naturaleza cognoscitiva entre los individuos y la visión —siquiera sea en escorzo o perspectiva— de toda la comunidad en cada miembro, a fin de que se dé la «convivencia activa» (18). Verdad es que, en seguida, declara que también es posible, merced a la «Fenomenología y Metafísica de la época», un modo pasivo de pertenecer al Estado, ya que el contenido de una vivencia actual comprende en sí pasado y futuro, lo que mal se compadece con el postulado de constante actualización y reiteración que en otros pasajes establece (19). Por cierto que Smend viene a apoyar aquí (20), en última instancia, la pertenencia al Estado en hechos externos (i. e. en lo que llamo el núcleo corporal de las sociedades), como es la permanencia física en un territorio. Los pasivos (espectadores de Vierkandt) realizan, en efecto, muchas veces la continuidad del grupo— sólo que, si son verdaderamente pasivos, la realizan en cuanto núcleo corporal invariable frente a la variación de los activos (21).

La «integración», que es el *proceso esencial* de la vida del Es-

(16) Op. cit., pág. 11.

(17) Op. cit., pág. 12.

(18) Op. cit., págs. 14 y 15.

(19) V. gr.: op. cit., págs. 13, 16 y 17.

(20) Op. cit., pág. 16.

(21) También otras formaciones de grupo, como el amor, requieren el núcleo corporal (apoyatura o punto de referencia físico), contra lo que SMEND (Op. cit., pág. 17) supone. Recuérdese, por ejemplo, la novela *Sigfried*, de G. RODOUX.

tado, o, mejor dicho, es el Estado mismo en cuanto grupo de integraciones, no tiene, en efecto, un carácter puramente volitivo. Consiste, genéricamente, en ciertas «manifestaciones de vida en cuanto éstas son actuaciones de un conjunto espiritual y en las todavía más importantes renovaciones y continuaciones que tienen exclusivamente por objeto este mismo conjunto» (22).

Esta vida es la que constituye exclusivamente e informa o da figura al Estado, según Smend, no ningún elemento fijo sustancial, ni menos corporal. Tal vida no es la vida de un *ente* social, sino la de los individuos, cuya existencia, empero, no se agota en el proceso vital, sino que «llevan, además, una existencia biológica» (23).

Las integraciones constitutivas del Estado son, pues, los «factores de su realización», y son de muy diversos tipos, agrupables en dos clases: procesos formales y contenidos materiales (24), aunque antes habíamos quedado en que se trataba sólo de procesos, i. e. procesos vitales. Smend reconoce que se trata sólo de tipificaciones empíricas y no puras. En la primera clase se incluyen los procesos referentes al caudillaje y los demás procesos funcionales. En la segunda clase, los principales contenidos de «hechos y temas» que fundamentan y condicionan una sociedad. En puridad, no se trata, como veremos después (25), de clases distintas, sino de tres aspectos diferentes de la misma integración, a saber: el objeto o finalidad del movimiento integrante, el movimiento mismo y el conductor que lo dirige. Cuando, más adelante (26), el autor insiste en que, «mayormente, la integración es vida espiritual, función», y que por eso las funciones estatales son «su factor más aclarativo», diríase que la integración no la constituyen propiamente ni los órganos, ni las funciones, ni los «hechos y temas» estatales, sino *el efecto* que estas cosas producen en la sociedad respectiva, el efecto asociativo, relacionante y hasta unificativo (aunque no siempre en el sentido de una unificación homogénea, sino adjetiva). No se trata, pues, de estudiar órganos, funciones y valores objetivos como integraciones, sino de las integraciones que órga-

(22) Op. cit., pág. 18.

(23) Op. cit., pág. 20.

(24) Op. cit., pág. 22.

(25) Op. cit., pág. 25.

(26) Op. cit., pág. 96.

nos, funciones y valores producen en la sociedad. Es decir, un estudio colateral y posterior al de la teoría del Estado o del derecho estatal; no un sustitutivo de esta teoría, ni un método especial para tratarla, sino un estudio psicológico-social distinto de ella (27). Tanto los órganos y las funciones estatales como los valores serían, según eso, *al objeto*, el motivo o la finalidad del movimiento integrante, y la integración (materia del estudio) consistiría exclusivamente en este mismo movimiento o proceso unitivo o reunitivo. Una propaganda electoral, una elección, una ley de beneficencia, por ejemplo, son el objeto promotor, como finalidad, de movimientos asociativos en la colectividad, esto es, de integraciones, pero no son ellos mismos las integraciones o *procesos* integrantes. Este punto no está aclarado por Smend.

El todo se reduce a la teoría de los fines y de los valores constitutivos o justificativos del Estado, así como de los procedimientos legislativos, judiciales y administrativos, temas tratados ya (con mayor probidad científica y menos pedantería *fenomenológica*) por los clásicos del Derecho político, si bien se invita aquí a fijar además la atención en otros aspectos no jurídicos, como son el aspecto ceñidamente político de la influencia personal de los cabecillas o jefes de grupos políticos (incluso jefes de Estado) y el aspecto psicológico-social de la operación y elaboración de aquellos fines, valores y procedimientos en el alma de los individuos que integran la sociedad en cuestión (28).

En general, desechado el grupo «personal», y el propio Smend

(27) En general, el servicio de SMEND (HIPPEL, etc.; ¿el sociologismo fenomenológico?) consiste en llamar fuertemente la atención sobre la sustancia social de que están tejidas las construcciones estatales, sustancia espiritual y viviente en constante formación y fluctuación, en constante actividad, donde el cambiar y el actuar es ley de existencia. La enseñanza que se saca de esta *enfaticación* del aspecto psicológico reside en darse cuenta de que para comprender una construcción es preciso atender: a los antecedentes históricos que explican su tendencia; al estado cultural y al carácter individual de la nación de que se trata, los cuales explican el sentido dado a las formas constitucionales; a todos los elementos políticos que, sin estar expresamente incluidos en la Constitución, la completan y dan continuidad, así como a los hechos que, sin ser jurídico-políticos, son preparación o antecedente inmediato o consecuencia de ellos, en guisa que la Constitución se entienda sin perder de vista que el Estado es un todo enterizo y vivo, no un puro esquema intermitente.

(28) Ver, por ejemplo, op. cit., pág. 47.

lo desecha, refundiéndolo en el grupo formal (29), las integraciones se clasificarían en funcionales o procesales y objetivas. Pero, según veremos, las funcionales no son propiamente integraciones, sino medios o procedimientos para llegar a una integración objetiva, es decir, a una verdadera integración o conjunción de vivencias individuales. No por eso, sin embargo, dejan de ser tales procesos relaciones sociales o, mejor dicho, presociales, preparatorias y encaminadas a las relaciones sociales propiamente dichas; y así, para mayor claridad, preferiríamos designarlas como formas de *comunicación* y no como formas de *integración*. Un combate, una propaganda electoral, un debate parlamentario, un reglamento ordenado por la autoridad, no son propiamente integraciones: son medios de lograr integraciones; no son hechos constitutivos de una comunidad (una, homogénea), son medios para constituirla. Quisiéramos ver bien distinguidos los contactos o comunicaciones entre individuos de las asociaciones o comunidades resultantes de esos contactos. Integraciones son los procesos de formación del espíritu público; de la opinión y voluntad públicas; del alumbramiento y formación de movimientos instintivos y pasionales.

Respecto a la integración personal, se echa de menos en la obra de Smend una discriminación fundamental: cuándo el caudillo es un simple excitador de un proceso integrativo cuyos supuestos se dan sin él, cuándo impone a los que le siguen su propia estructura estimativa (integración funcional) y cuando es el objeto, contenido o valor mismo del movimiento (integración objetiva).

En la integración funcional debieran estudiarse todos los medios externos por los cuales los individuos se comunican entre sí, tomando conciencia de grupo, o imponen unos a otros sus vivencias sociales, y no sólo los procesos electorales, como hace Smend, que son precisamente los menos integrativos, como luego veremos. Los procesos integrantes, según Smend, «son principalmente procesos de producción, actualización, renovación, ampliación del contenido teórico (Sinngelalts), que constituye el contenido objetivo de la sociedad». Y prosigue: «En la vida estatal son, por tanto, procesos, sobre todo, de formación de voluntad» (30). Donde conviene precisar que las votaciones, electorales o plebiscitarias, que Smend sitúa en primer plano, no son procesos de la índole indi-

(29) Op. cit., pág. 45.

(30) Op. cit., pág. 34.

cada, sino que los presuponen como anteriores y preparatorios: propaganda, proselitismo, caudillaje, sugestión, discusión parlamentaria, combates, etc. Las votaciones no hacen sino poner de manifiesto las coincidencias y discrepancias existentes y medir su volumen respectivo —aunque de esta medición como toma de conciencia de los grupos y partidos, y sobre todo de las decisiones y de las estructuras resultantes (31), deriven luego nuevos vínculos estatales. En el parlamento liberal (Schmitt), el proceso integrativo era la persuasión; en el parlamento moderno (Thoma), las deformaciones y ajustes que el forcejeo y las transacciones entre los partidos puedan ocasionar, y hasta si se quiere —bien que en grado naturalmente menor— el espectáculo teatral y retórico a que Smend alude respecto de los parlamentos latinos (32) y la fuerza de propaganda que pueda representar su tribuna; pero las votaciones y las transacciones parlamentarias significan solamente el registro de estados sociales ya formados. Contra lo que imagina Smend, el sufragio es una institución jurídica, pero no una institución sociológica del tipo integrativo que quiere Smend, sino, conforme a lo indicado por el propio Smend (33), un procedimiento o medio para llegar a establecer instituciones.

Como segunda forma de funciones integrantes, presenta Smend el señorío (34). El señorío, o, más exactamente, las relaciones de señorío y vasallaje son, en efecto, procedimientos para formar estructuras sociales de valores, en cuanto crean el orden jurídico, que es una estructura de esa clase, y lo imponen formando coincidencias en que la jerarquía de valores se acepta categórica (por sí misma) o hipotéticamente (por consideraciones utilitarias). En tal sentido, se trata, efectivamente, de integraciones funcionales o, más exactamente, funciones o procesos integrativos. Pero, además, y en especial desde el punto de vista de la teoría del Estado, el señorío es ya una integración objetiva, un valor, y no sólo —como Smend indica— algo inmediatamente condicionado y fundamentado por un valor. Los individuos que se someten a un determinado

(31) Una estructura resultante será, por ejemplo, el *modus vivendi* conformado al principio de mayoría, donde este principio no es más que una forma de adaptación vital. No la votación, sino el estado resultante (aceptado de antemano o trasmano), será, pues, la forma integrativa.

(32) Op. cit., pág. 37.

(33) Op. cit., pág. 25.

(34) Op. cit., pág. 42.

señorío coinciden en la vivencia de una determinada jerarquía, de una determinada estructura u ordenación de valores. Respecto del señorío, los hechos previos a la elección son el procedimiento funcional para llegar a esta integración objetiva, a esta institución que es el señorío. El señorío se ha llamado, es verdad, forma *per eminentiam*, forma *formarum*, en cuanto es un procedimiento para determinar el Derecho. Pero así como el Derecho no es forma sino respecto de los contenidos concretos de que es susceptible, así el señorío tampoco es forma sino respecto del Derecho que él informa, no respecto de la sociedad de la cual es la institución jurídica estructural.

Cuando de los procesos de integración formal dice Smend que no tienen finalidad (35), se contradice con lo explicado anteriormente (36) y con lo que a continuación afirma de que no hay integración formal sin otra objetiva.

Mientras que las formas procesales o de comunicación son formas instituyentes (movimientos, como insinúa Smend, dándose cuenta de su carácter transitivo), las formas de integración objetiva son instituciones, síntesis sociales ya logradas y más o menos estables. Claro es que, tratándose de fenómenos de vida, de causación e intercausación continua, las instituciones son a su vez creadoras de nuevas instituciones, y en tal sentido son también instituyentes. A esta tendencia creadora que en toda integración social reside, obedece el fatal y constante crecimiento intensivo del Estado, así como el intensivo crecimiento de la vida cosmopolita —y no a propósitos deliberados ni finalidades racionales. El Estado tiende por propia ley a la totalización, ya exista o no un «fascismo» que declaradamente formule esa tendencia como programa propio. Análogamente a lo que ocurre en el desarrollo de los seres vivos. Es, sencillamente, una ley de crecimiento —hasta determinados límites—, no la «tendencia al máximo», que, según Wieser (37), es común a todos los ramos de la cultura.

La coincidencia (*consensus*) en la valoración de ciertos fines del Estado y su realización consiguiente, así como la coincidencia propiamente jurídica en la observancia de ciertos principios constitutivos y justificativos del Estado, no es más que la coincidencia:

(35) Op. cit., pág. 44.

(36) Op. cit., pág. 25.

(37) Op. cit., pág. 47, citado por SMEND.

en ciertas estructuras valorativas, coincidencia que constituye una síntesis social. Las realizaciones, los actos en que tal coincidencia se manifiesta son, por tanto, integraciones, expresiones e incorporaciones de la síntesis —realizaciones que, naturalmente, utilizan técnicas, por lo que no es admisible la exclusión de toda teleología que Smend intenta hacer (38). Conviene despejar aquí el equívoco teleológico. Sin duda el Estado, consciente de sus fines, aplica técnicas adecuadas para realizarlos. Pero ni el Estado es un aparato para realizar fines ajenos, i. e. puramente individuales, sino un *ser natural*, ni esos fines del Estado se los pone éste deliberada y voluntariamente —como imagina el liberalismo del contrato social—, sino que resultan naturalmente de la constitución de la sociedad, constituyen la estructura coincidente de los individuos agrupados en sociedad. La comunidad de fines, diríamos la *confinidad*, se da por *afinidad*, no por reflexión y de propósito. Ahora bien, la integración propiamente estatal no es ninguna de las que Smend alude, sino precisamente la que realiza la coincidencia en la institución señorial, en la estructura *jerárquica*. Y, sin duda, una vez establecida esta institución (el señorío, el Estado), sobre su base puede establecerse la técnica jurídica que utiliza como medio para realizar los otros fines sociales, fines sociales nada artificiosos, es verdad, nada racionalmente impuestos, sino espontáneamente impuestos como valores integrativos, que son, sin duda, instituciones, pero *no son* instituciones jurídico-estatales. Que el señorío, i. e. la integración estatal, pueda realizar más o menos de tales fines, estos o los otros fines, dependerá de que las integraciones respectivas sean más o menos arraigadas y extensas en la sociedad cubierta por el área del Estado y, caso de que su espontaneidad y arraigo no fueren suficientes, dependerá de la mayor o menor potencia y arraigo de la institución estatal. Así se concilia el crecimiento natural del Estado, la proliferación de las integraciones realizadas con intervención del Estado, a que antes aludíamos (39), por un lado, y el retroceso o estancamiento de la integración genuinamente estatal, por otro lado, a que haya podido dar lugar el movimiento liberal y la técnica política de ciertas democracias. Cuando las integraciones sociales son espontáneo fruto de la creciente socialización, el Estado no necesita intervenir como autoridad, sino

(38) Op. cit., pág. 45.

(39) Vide pág. 29.

como organizador, como marco indicado a que más o menos libremente la sociedad se acoge; puede, pues, una autoridad relajada (suponiendo que el liberalismo sea efectivo y no mera apariencia, como suele ser) aumentar, no obstante, el repertorio de sus intervenciones. Puede así darse un *gran Estado* con una relativamente pequeña autoridad, una desacreditada organización de la arquía, lindante a veces con la anarquía, cuando, como ocurre en Francia, una cultura homogénea, una secular tradición de fuerte vida estatal y el peligro de un vecino temible facilitan la integración estatal. De ahí que el éxito del parlamentarismo en Francia no pueda ser lícitamente aludido como paradigma. La prolongación utópica de esta línea llevaría a la supresión absoluta del Estado en general, siendo así que ella sólo demuestra la posibilidad de una *muy relativa* debilitación del Estado en *ciertas* circunstancias excepcionales.

El mito social o político y el símbolo, no son tampoco más que expresiones estéticas, cifradas de una coincidencia estructural, cuya función es dar estado de conciencia a las síntesis representadas. Asimismo, los ritos y liturgias, que tienen sólo un carácter simbólico, representativo o conmemorativo —no cuando se utilizan para un fin, como, por ejemplo, las manifestaciones, las marchas colectivas.

Los acontecimientos históricos, que Smend incluye entre las integraciones objetivas o instituciones (40), son más bien instituyentes (41).

El territorio no es, como quieren los naturalistas, el cuerpo del Estado, pero sí el más importante de los elementos que constituyen el que llamaríamos núcleo corporal del Estado. En esta función nuclear obra principalmente como símbolo de unificación (42) y como punto de referencia al que se liga la pertenencia y la subordinación al Estado, i. e. la presunción *juris tantum* de que el individuo acepta aquella pertenencia y aquella subordinación, sin necesidad de una no interrumpida aquiescencia y participación explícitas y activas, mientras no se realicen actos de separación, como el cambio de nacionalidad y la salida del territo-

(40) Op. cit., pág. 48.

(41) Muy acertadas las observaciones en pág. 49, op. cit., sobre la ventaja de la formulación simbólica sobre la racional, más exactamente: de la conciencia estética sobre la conciencia teórica de la co-existencia de los valores.

(42) Op. cit., pág. 56.

rio. Sin duda, el territorio es también, como dice Smend, un valor directo de integración objetiva en cuanto objeto de amor, de fructación, de defensa, etc. (43).

Si nos atenemos a los conceptos de las integraciones funcionales y objetivas que tenemos por únicas viables, no tiene sentido la discusión indicada por Smend acerca de si son éstas o aquéllas las que predominan hoy día (44). Lo que en el mudar de la Historia acontece es un cambio de valores sociales y un cambio de técnicas o procedimientos de formación social, pero no un cambio de valores por técnicas o de técnicas por valores, ya que unos sin otras son inconcebibles.

Al tratar de la Constitución (45), Smend confunde, en primer lugar, las leyes de las síntesis sociales que concurren a la *formación* de la base de la vida política del Estado (las cuales, naturalmente, no son jurídicas, —v. gr., la formación de las fuerzas que se ordenan y conectan luego jurídicamente en la jerarquía estatal), con las leyes que regulan esta misma política (las cuales sí son jurídicas, y precisamente constitucionales); y, en segundo lugar, estas leyes jurídicas efectivas con las nominales o escritas, que pueden coincidir o no con las efectivas. Así, «las relaciones de poder que existen de hecho en un país», a que alude Lassalle, son jurídicas, puesto que son relaciones de fuerza, ya estén o no escritas, y no son relaciones vagamente sociológicas o espirituales, como supone Smend (46). Las integraciones propiamente estatales son jurídicas, ya que lo estatal, lo jurídico, lo político, es justamente la estructura de las fuerzas de una sociedad, estructura que el Derecho positivo pretende reproducir y sistematizar, pero no siempre reproduce, o aunque la reproduzca lo hace siempre de un modo imperfecto y sobre todo incompleto y rígido, el cual puede envejecer y discrepar de la estructura viva y cambiante (47).

La Constitución política es la definición de la jerarquía existente entre los individuos o grupos, comprendido el grupo de los súbditos con sus calidades físicas, sociales, económicas, etc., que

(43) Op. cit., pág. 55.

(44) Op. cit., págs. 58 y ss.

(45) Op. cit., pág. 75.

(46) Ver MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, pág. 27.

(47) Conviene notar que lo incompleto aprovecha para compensar lo imperfecto del Derecho positivo constitucional y prestarle una preciosa elasticidad. Ver SMEND, op. cit., págs. 79-80.

integran una sociedad (definición hecha, como es obligado, con referencia a *calidades* y no a grupos o individuos concretos) (48), por lo que respecta a determinados actos compelibles (determinados por el estado histórico de la cultura), y la regulación de las funciones o relaciones correspondientes a esa ordenación jerárquica. Pero la concepción de Smend no sólo desborda de lo propiamente jurídico y se desdibuja en lo sociológico, sino que desborda también lo volitivo a que programáticamente había ceñido la cuestión y deriva hacia un teoricismos. «Aquí se trata de la unidad de la constitución estatal como ideal sistema teórico (Sinnsystem), para cuya comprensión se requiere legítimamente la inclusión de aquellas *fuerzas sociológicas* junto con el texto constitucional escrito» (49). Para Smend la Constitución estatal es «la ordenación jurídica del Estado, o más exactamente, de la vida en que el Estado tiene su realidad vital, a saber, de su proceso de integración» (50), muestra de definición circular o *definitio per idem*, donde para explicar la integración estatal, i. e. la integración jurídica, se dice que es la ordenación jurídica; definición circular que subsiste aunque por Estado se entienda no todo el Derecho, sino sólo una parte del Derecho. A no ser que se entienda, y así lo entiende Smend, según veremos más adelante, que la ordenación jurídica es algo superpuesto heteronómicamente a la vida real del Estado, algo que regula esta vida sin ser la ley propia de ella; que, por consiguiente, la deforma y descompone, como si un reloj se sometiera a la influencia exógena de un campo de imantación. Esto sería peor que una *definitio per idem*, por cuanto implicaría una contradicción (51). Efectivamente, acontece a menudo que un Derecho positivo se intenta imponer como expresión de un valor jurídico en sí, diferente del Estado, sin lograrlo y produciendo sólo perturbación o falsificación, ya que el Derecho positivo sólo en muy pequeña medida puede desviar, encauzar y forzar la constitución política real de una sociedad; es, a saber, en la medida que puede hacerlo, una labor de proselitismo y caudillaje, o bien la fuerza actuante..., que es cosa distinta

(48) Lo cual, evidentemente, no quiere decir que cada Constitución no deba ser una regla concreta y ajustada a la concreta estructura nacional de que se trate; dicho sea en contestación al problema a que alude SMEND en op. cit., página 77, refiriéndose a G. HUSSERL, y que resuelve en sentido contrario.

(49) Op. cit., pág. 77.

(50) Op. cit., pág. 78.

(51) Véase más adelante.

del derecho y no precisamente una integración social. Otro caso es el de los «otros complejos de normas jurídicas» no constitucionales a que alude Smend (52), y que tienen el significado de técnicas (contra lo afirmado en distintos parajes sobre la repudiación de toda teleología) para realizar un valor sobre el cual existe un previo consenso (formado con arreglo a leyes que no son, naturalmente, las reglas de la técnica jurídica respectiva).

La afirmación (53) de que el intento de presentar la Constitución como esencial momento de todo Derecho equivale a desconocer la dignidad del Derecho, es netamente jusnaturalista, por cuanto desconoce que las reglas del Derecho sean otra cosa que una expresión resultante de la dinámica imperante entre los miembros de una colectividad, bien que esta dinámica sea a su vez un resultado o expresión de determinadas estructuraciones valorativas de la sociedad en cuestión (54). Esto no quiere decir que para nosotros todas las normas jurídicas, las constitucionales y las otras, formen un solo sistema, en términos que quepa deducir unas de otras por mero análisis lógico, como pretende la escuela vienesa. Acabamos de indicar lo contrario, es decir, que las normas constitucionales son formas o leyes de integración social, y las técnicas, reglas para lograr la finalidad de una integración social. Donde conviene advertir que no todas las normas que suelen contener las Constituciones positivas son constitucionales, sino solamente las esenciales, siendo las restantes normas técnicas. No olvidar tampoco que las normas técnicas no deben confundirse con las normas que expresan y regulan una integración procesal, y que en tal coyuntura podríamos denominar procesales —aun cuando también la técnica produzca (como subproducto) efectos de integración procesal. Desde nuestro punto de vista pueden aceptarse las teorías que Smend llama mecanicistas y espaciales, bien que con reservas. Cuando M. Weber, por ejemplo, dice que con la Constitución se trata de obtener buenos conductores políticos, y cuando se discute la división de poderes, dando éstos por supuestos (55), ello puede admitirse en cuanto alude a la técnica de distribución de funciones (no distribución de pode-

(52) Op. cit., pág. 80.

(53) Op. cit., pág. 80.

(54) Las condiciones jurídicas son en el fondo condiciones o capitulaciones de paz.

(55) Op. cit., págs. 85-86.

res) dentro de un único poder constitucional, a fin de que éste responda mejor a su misma situación natural (y no técnica) dentro de la Constitución, por una parte, y a la realización de los fines estatales y sociales mediante técnicas (jurídicas y no jurídicas), por otra parte.

Contra lo supuesto por la teoría de los tres fines del Estado a que Smend alude (56) —para subrayar la diversidad de los valores jurídicos, poniéndolos en el mismo plano, lo mismo que hace la dicha teoría de los fines, confundiendo el Poder como Constitución (o sea Constitución jurídica, Derecho constitucional) con el Poder como fin (preparación para la guerra, Derecho penal de guerra, etcétera)—, el Derecho no es nunca fin del Estado. Es, o el mismo Estado —Derecho constitucional *sensu stricto*, comprendido el Derecho civil y el penal (57)— o bien una técnica para lograr los

(56) Op. cit., pág. 82.

(57) El Derecho privado, i. e., el desarrollo y explicación de los principios constitucionales en los Códigos civil y penal privado, es también una técnica jurídica, como lo son el Derecho penal público, el Derecho parlamentario y electoral, el judicial, el administrativo, el social y el militar. Si —como reza la diferenciación dominante— el Derecho civil (en general, el Derecho especialmente así llamado) se distinguen del político en que sus normas son genéricas y promediales, mientras que en la Constitución se formula la ley concreta de una concreta vida jurídica, ello no impide que la base del Derecho civil esté en la Constitución (expresa o tácitamente) como derechos fundamentales del ciudadano, y que, por otra parte, leyes tenidas por políticas, como son las del Derecho penal público, del parlamentario, el electoral, etc., ostenten también un carácter técnico y se formulen en los mismos términos de generalidad y promedialidad que se niega al Derecho político. Este criterio de la formulación genérica o concreta de la norma, puede servir para discriminar en las Constituciones escritas cuáles preceptos son propiamente constitucionales y ocupan allí su lugar apropiado, y cuáles son meros preceptos de aplicación o más bien de técnica —en la cual cabe el artificio— para la consecución de los principios establecidos en la ley constitucional. La Constitución, efectivamente, es un pronunciamiento jurídico concreto, porque es el fallo del pleito político entre las fuerzas o factores elementales de un Estado. Este fallo sienta jurisprudencia, por decirlo así, pues con arreglo a él han de sentenciarse todos los pleitos que en lo sucesivo se planteen, los cuales conflictos, por ser futuros y por lo innumerable de sus posibles combinaciones concretas de personas y circunstancias, no pueden preverse más que de un modo genérico y promedial, razón por la que los pronunciamientos jurídicos que se derivan de la Constitución han de ser leyes, es decir, han de adoptar una formulación promedial y genérica. De aquí el carácter peculiar, y no propiamente judicial, sino político, que por fuerza han de tener las sentencias de un Tribunal constitucional o de garantías cons-

otros dos fines del Estado (poder y bienestar), técnica que tiene el carácter de excepción y que, por ende, viene a contradecir lo dicho por el Derecho constitutivo en cuanto los miembros sacrifican porciones de su estado normal en el Estado (vida, libertad, propiedad) en aras del fin común a lograr (Derecho administrativo, Derecho tributario, Derecho bélico, Derecho social).

La afirmación de que en los órganos del Estado, en su consistencia, y no en su formación y funcionamiento (58), intégrase el Estado personalmente (59), se verifica o no, según entendamos por órganos los poderes elementales que constituyen la estructura jerárquica del Estado o las personas representantes que concretamente ejercitan aquellos poderes. En el primer caso, se trata de una integración objetiva de valor; en el segundo de una integración personal, que es también, según vimos, una valoración. Siempre, claro está, que el órgano se determine (se elija o se reconozca) por referencia a una persona concreta; no cuando se determina por referencia a calidades o condiciones o circunstancias abstractas, pues en este caso cabe el acatamiento o elección de una persona como encarnación del órgano, sin que exista integración personal.

En cuanto al proceso de formación de los órganos es, como dice Smend (60), una integración funcional, y lo es también el proceso que conduce a los actos de los órganos (61). La integración, empero, operada por estos actos es indudablemente objetiva, en primer término. Muy unilateralmente, Smend reduce el papel de la formación de los actos de los órganos al de una integración funcional, cuando niega (62) que la publicidad de ella pueda ser una condición del funcionamiento de los órganos impuesta por la misma estructura jerárquica a los fines de inspección o control, como lo es efectivamente en las Constituciones modernas. Para la finali-

titucionales, pues no son aplicaciones a un caso concreto de una ley genérica, sino juicios sobre si un elemento integrante de la ley concreta, que es toda Constitución, funciona bien o mal relativamente al espíritu general de la Constitución, según el concepto político que de ese espíritu o sentido tenga el juzgador; —o bien (en los casos más claros y más simil-judiciales) sobre la mera interpretación gramatical y lógica de la dicción literal del texto constitucional, criterio absurdo cuando se trata de un hecho vivo y cambiante.

(58) Op. cit., pág. 90.

(59) Op. cit., pág. 88.

(60) Op. cit., pág. 90.

(61) Op. cit., pág. 91.

(62) Op. cit., pág. 91, nota.

dad integrativa del proceso —la formación, puntualización de la opinión y la voluntad públicas—, es evidente el papel imprescindible de las oposiciones a que Smend alude (63). A la integración que deben operar las relaciones de los órganos y de las funciones entre sí, se opone la tajante diversidad de los valores (Derecho y Política) a que sirven, respectivamente, legislativo y judicial, por un lado, y ejecutivo, por otro (64).

Hablando de las funciones del Estado, Smend reincide (65) en considerar la división de poderes como una mera distribución del trabajo, y los poderes como meras agrupaciones de funciones con arreglo a las cuales se distinguen diversos aspectos de un poder único, siendo así que la división de poderes, con sus respectivas esenciales funciones, responde, en el origen de las Constituciones modernas, a una integración objetiva fundamental y es la esencia de esas Constituciones.

El primer obstáculo con que tropieza es la función jurídica: la definición genérica (legislación) y concreta (jurisdicción) del Derecho. En este punto se desarrolla la contradicción latente en su concepción de la Constitución, que ya apuntamos más atrás (66). Estado y Derecho son para Smend (67) «dos provincias cerradas en sí de la vida espiritual, cada una de las cuales sirve a la realización de una especial idea de valor». «No son concéntricos» (68). Ahora bien, como el poder del Estado o los poderes del Estado son los que definen *in genere* e *in specie* el Derecho, resulta que uno de los dos, Estado o Derecho, no es tal realización espiritual de ideas de valor, sino instrumento para la realización del otro, conforme a la teoría que Smend tacha de mecanicista y constantemente rechaza. El paralelismo inconciliado, la igualdad de rango que Smend propugna constantemente entre Derecho y Estado, es un principio desintegrativo que instala la desintegración en el alma misma del Estado y echa por tierra toda la teoría de Smend. O bien el Estado existe para servir y cumplir el imperativo categórico del Derecho, o bien el Estado tiene su ley propia, su propio valor, y a esta ley ha de

(63) Op. cit., pág. 92.

(64) Ver, por ejemplo, op. cit., pág. 154.

(65) Op. cit., pág. 96.

(66) Vide pág. 34.

(67) Op. cit., pág. 98.

(68) Op. cit., pág. 150.

someterse la definición positiva del Derecho, que queda relegado a mera técnica, como opinamos nosotros (69). Legislación y Justicia, dentro de la Constitución, son «partes del sistema de la vida del Derecho», derivan su realidad del valor de éste, son medios para la realización de tal valor, y, como añade luego, el centro de gravedad de Legislación y Justicia no residirá ya «en esta su propiedad estatal, sino en el sistema del Derecho». La subordinación es tal que Smend priva nada menos que a la Legislación del carácter primordial de estatal (71). En otro lugar (72), Smend distingue Legislación «en sentido formal» y «Legislación material», introduciendo así un *tertium quid* misterioso (legislación formal), que no es ni el valor del Derecho ni su realización en la vida (legislación), y que representa la inexplicable interferencia del Estado en un sistema clauso que le es extraño. El valor, y, *a fortiori*, su realización en la vida espiritual social, son para Smend materiales; ¿qué quiere, pues, decir aquí lo formal? No puede significar más que: o el valor independientemente de su realización, en cuanto idea que se designa como formal, en contraste con su (más material) concreta realización —y en tal caso se trata, naturalmente, del valor del Derecho—, o bien significa la fórmula genérica de la ley llamada formal, a diferencia de la aplicación material que hace el juez—, y entonces se trata de la realización del valor del Derecho y no de otro valor alguno—.

Si, empero, como indica un poco más adelante (73), el valor del Derecho se realiza propiamente en la Justicia (por el juez), y no en la Legislación, entonces el valor del Derecho es un subvalor, puesto que la Justicia (aquí en el sentido de Poder judicial, usado por Smend) depende de lo que dicte la Legislación, y ésta el valor que realiza, según Smend, es el del bienestar y el *valor de integración* (?). Smend llega en su confusión a las conclusiones siguientes: que el Estado es Estado de Derecho gracias a su emancipación de las legitimaciones corrientes (la que lo hace derivar de la mera razón de Estado y la que lo hace derivar de un trascendente valor del Derecho), y a su legitimación en la ley como en su poder propio,

(69) Ver nota (57).

(70) Op. cit., pág. 98.

(71) Op. cit.; ver también pág. 150.

(72) Op. cit., pág. 100.

(73) Op. cit., pág. 101.

pero no en la ley material, sino en la *formal*. Es decir, el Estado deviene Estado de Derecho al dejar de fundamentarse en el Derecho para fundamentarse en... *sí mismo* (74).

No se trata para nosotros de valores diferentes; antes bien, el Estado, si se insiste en considerarlo como integración, diremos que es aquella integración social que tiene por objeto o contenido, por ende, por resultado, una estructura valorativa de los elementos (individuos o grupos en cuanto voluntades compelibles) que componen la sociedad en que se realiza, y esta valoración estructurante es lo que (por una falta de *re-flexión* sólo excusable en la ciencia primitiva e ingenua) llamamos particularmente Derecho cuando nos referimos a la distribución estructural de los súbditos (por lo que la Justicia se definió en Roma como «voluntad de dar a cada uno lo suyo»), pero que, extendido a la totalidad de la distribución estructural, según no puede menos de extenderse, coincide con lo que llamamos Estado. La Justicia o voluntad de dar a cada uno lo suyo, bien que creadora de Derecho en parte relevante (75), presupone la determinación de qué cosa es lo de cada uno, es decir, la voluntad que decide qué es lo de cada uno, y esta voluntad o integración volitiva es la que propiamente crea y constituye el Derecho. El Derecho, pues, consiste en la distribución de las situaciones sociales (asignación de bienes materiales, competencias y preeminencias determinadas en cada pueblo y cada etapa histórica por el estado de cultura de entre los bienes, etc., asignables por compulsión) entre los elementos (personas, familias, tribus, castas, estamentos, clases, agrupaciones contractuales y políticas) (76) que componen la sociedad de que se trata, y en esta clasificación o jerarquización es asimismo en lo que consiste el Estado, aun cuando se haya reservado el nombre de Estado para las situaciones que, determinadas por la distribución, como las superiores, *realizan o definen* la distribución, y se haya reservado el nombre de Derecho (77) para esta

(74) Op. cit., págs. 101-102.

(75) Y en esa parte el funcionario judicial no es ya mandatario, sino representante del Poder soberano, y ostenta facultades legisladoras.

(76) Hecha, por tanto, o personalmente o por referencia a ciertas condiciones.

(77) Por un error de visión ingenua y parcial debido también a la identificación del Soberano con un valor sobrenatural e inmutable, error que se muestra casi imposible de desarraigar y persiste en las más modernas teorías del Estado, incluso, como vemos, en SMEND.

misma distribución cuando se realiza o define entre la masa del Estado, entre los súbditos, prescindiendo del definidor. Sin duda la distribución no se realiza caprichosamente, sino conforme a la valoración estructural predominante en la sociedad de que se trata, valoración a la cual corresponde un material valor ideal, distinto para cada caso social —a este valor ideal, refiriéndose al de una determinada época cultural, reputándolo único, es a lo que se ha dado también el nombre de Derecho en sí o Derecho natural. El proceso es, pues, el de una definición cada vez más precisa; una concreción progresiva que va de la síntesis o integración social, cuyo contenido es la valoración estructural (la composición y equilibrio de las fuerzas sociales) a la que tiene por contenido el Estado o Derecho total (integración jurídico-estatal), y luego a aquella cuyo contenido es la función judicial (integración jurídico-técnica) y a las demás funciones estatales. Estado y Derecho son codimensionales, mejor dicho, son la misma cosa, a saber: una clave de distribución. Excluir del Derecho la ubicación jerárquica, la definición localizante (por ende, con sus características existenciales y funcionales) de los distintos elementos principales (poderes, comprendido el súbdito), es excluir el Derecho político. Excluir, en cambio, del Estado la ubicación jerárquica, la definición localizadora de la masa de los súbditos (con sus características existenciales y funcionales, que son, naturalmente, las de los miembros o individuos), es excluir el elemento base, el poder que llamo súbdito. No deja de ser sorprendente que en la época del bolchevismo comunista y del fascismo no se vea aún por todo el mundo que el Derecho privado, llamado Derecho por antonomasia, es una parte y una derivación del Derecho público y viene determinado por éste.

Smenđ acaba de excluir declaradamente de las funciones estatales la función judicial (78), exclusión arbitraria y estridentemente desmentida por los hechos, y a la cual le obliga su intento malogrado de discriminación entre Derecho y Estado. No menos arbitrariamente agrega, en cambio, la función del Gobierno como distinta de la del Ejecutivo o Administración, y luego, como forma excepcional, la Dictadura (79). Por último, excluye también la Administración o Ejecutivo de las funciones realmente estatales, por cuanto la pone al servicio de un valor diferente al del Estado, a saber:

(78) Op. cit., pág. 102.

(79) Op. cit., págs. 103-4.

el bienestar, y asimismo la Legislación, que es, como la Justicia, portadora de la vida del Derecho. Quedan como funciones inmediatamente políticas las que relacionan a los Poderes legislativos y ejecutivo entre sí (80), que son las específicas del Gobierno (no la Administración), y las de la Dictadura (81). En otro lugar (82) vimos que hay tres valores: Derecho, Poder y Bienestar; excluidos Derecho y Bienestar, parece que al Estado debiera quedarle como valor peculiar el Poder. ¿Poder y además Integración, son los valores propios del Estado? En esta coyuntura muéstrase más declaradamente lo que ya se insinuó antes (83); esto es, que el valor realizado por el Estado es el «valor de integración». Son tres reinos que precisa discriminar tajantemente: el del valor del Derecho, el del valor de la Administración y el del valor de la Integración (84). El principio que regula y legitima la Dictadura es este valor de Integración (85), bien que en un sentido «no acostumbrado» (86) y bien que a continuación se diga que la Dictadura «no es ninguna representación de esencia, sino sólo una técnica transitoria».

En cuanto a la Dictadura, su principio regulativo es el valor de integración «en su proyección sobre la realidad externa» (87). Más adelante (88) esta proyección del valor de integración tórnase en un cuarto valor, que se instala «junto y en parte en lugar de los tres valores: el valor de la seguridad y el orden públicos», al cual las medidas de la Dictadura sirven en calidad de actos técnicos análogos a los de la Administración (89), analogía que debe entenderse —suponemos— en cuanto a la tecnicidad, no en cuanto al valor realizado, que, como sabemos, en la Administración es el Bienestar. La tecnicidad es justamente lo que coloca las medidas dictatoriales «en contraste con las que pertenecen al círculo de las

(80) Op. cit., pág. 102.

(81) Op. cit., pág. 105.

(82) Op. cit., págs. 82-83.

(83) Por ejemplo, op. cit., pág. 101.

(84) Op. cit., pág. 106.

(85) Op. cit., pág. 103.

(86) Op. cit., pág. 104. Cual sea el sentido «acostumbrado», la «vida normal de la Constitución», todo eso queda en la oscuridad, aunque se indica (pág. 104) que es el sentido puramente formal el que se da cuando la instancia soberana no representa ningún valor objetivo.

(87) Op. cit., pág. 103.

(88) Op. cit., pág. 155.

(89) Op. cit., pág. 104.

funciones integrantes» (90). Sin embargo, antes (91) se nos había persuadido de que la función específica del Estado era la integración, función que realizaba el Gobierno (no la Administración o Ejecutivo), por decirlo así, en el interior; esto es, coordinando las diversas funciones estatales, y que, en circunstancias anormales, realizaba la Dictadura, pero más bien hacia el exterior; esto es, teniendo por fin la seguridad del Estado y el orden público. Ahora resulta que se trata de una medida técnica de urgencia, la cual no es integrante ni determina esencia; antes constituye una *Abwandelung des Integrationswerts*. Esta contradicción se explica porque Smend plantea la cuestión del modo siguiente (92): o la esencia del Estado es distinta del Derecho, a saber, «un poder formal y último de decisión», y entonces «el caso excepcional revela más claramente la esencia de la autoridad estatal», como dice Schmitt, y, por el contrario, el orden normal enturbia la forma pura del Estado; o bien la esencia del Estado es «la vida normal de la Constitución» —y esto no puede entenderse más que como la vida del Derecho—, y en tal caso la Dictadura constituye un enturbiamiento, una desviación de la esencia del Estado. Como Smend se inclina por esta última interpretación, tiene que contradecirse y afirmar, como afirma, que la Dictadura se desvía del valor de integración, que es, según él, el valor del Estado y que —repito—, no siendo el aludido por Schmitt en la versión de integración de poderes, se identifica (*tertium non datur*) con el valor del Derecho. Es decir, que la Dictadura no realiza valor alguno y se reduce a una pura técnica auxiliar de urgencia —con lo que contradice también, en el fondo, su afirmación de que el valor específico del Estado no es el Derecho. La Dictadura queda en el aire. Por un lado, no realiza el valor del Estado. Por otro, es evidente que perturba al del Derecho. Pero como toda realidad espiritual es realización de algún valor o contravalor, Smend se ve obligado a introducir ese cuarto valor consistente en el orden y seguridad públicos (93).

La verdad es que Estado y Derecho son una misma cosa, a saber: una forma específica de síntesis social hecha según la jerar-

(90) Op. cit., pág. 156.

(91) Op. cit., págs. 102 y ss.

(92) Op. cit., pág. 104.

(93) En más ceñido examen, este concepto resultaría ser el del Poder de decisión de SCHMITT.

quía de valores que rige en el momento cultural en que se realiza, y cuya especificidad consiste en la compulsión virtual o efectiva, por lo que comprende sólo aquellos actos que siendo susceptibles, directa o indirectamente, de compulsión, se incluyen efectivamente en la síntesis. La síntesis jurídica o estatal de una sociedad determinada, en circunstancias normales, se cifra en su Constitución. La síntesis jurídica o estatal, en circunstancias excepcionales —cuando se teme o se sufre la fuerza del extranjero, o bien se teme o se sufren resistencias de fuerzas extraordinarias por parte de los súbditos—, se cifra en la Dictadura. La Dictadura es la misma Constitución (con sus *mismos* fundamentos y valores) modificada (es decir, suspendida en las particularidades de su estructura) para hacer frente a un ataque anormal (94). A la manera que los organismos se contraen ante el peligro para fortificarse y defenderse, así los poderes del Estado se funden en un solo poder, abrévianse todos los procesos de su funcionamiento y se movilizan sus fuerzas. No otros valores históricos realiza y sirve la Dictadura, sino los mismísimos que la Constitución o el llamado (en errónea contraposición con ella) Estado de Derecho; no es otro su fin técnico, sino el de la sintetización social, y precisamente una sintetización más compacta, más fuerte, según corresponde al momento de peligro. Las limitaciones de la fuerza de sintetización estatal establecidas en favor del individualismo, su espaciamiento en trámites puntualizados de legislación y enjuiciamiento, se acortan o se suprimen. Las garantías de procedimiento y de control, inherentes a la delegación y radiación normal de los poderes, devienen sin sentido cuando la radiación desaparece y el poder ejércese directamente, aparte de que la dilación que implica las haría ya imprudentes.

La Dictadura es, pues, la potenciación, la exaltación del Estado, o sea del Derecho. Si las concretas medidas dictatoriales —y son siempre medidas concretas, por cuanto se trata de actuar concretamente— deben o no ir precedidas de disposiciones de carácter general (alteración o suspensión genérica de la Constitución), en superstitiosa y puramente formal, aparential imitación de las leyes, es una cuestión secundaria. Para ser eficaces, esas disposiciones —en una o en sucesivas declaraciones— han de contener una supresión o suspensión de todas las garantías (relativas a los llamados derechos individuales) cuyo funcionamiento puede ser peligroso, y consiguien-

(94) Esta identidad de legitimación es esencial.

temente, de las delegaciones y funcionamiento normal del Poder; es decir, de toda la Constitución. Pero la Dictadura o no significa nada, o significa ya por sí sola, por su simple implantación, la suspensión de la ley constitucional, no su supresión ni su alteración.

Solamente una limitación clara tiene la Dictadura, y es su corta duración cuando la anormalidad contra la que se defiende el Estado es una anormalidad política interior. O la Dictadura, en efecto, logra restablecer el orden precedente y se hace pronto innecesaria o es destruída por las fuerzas políticas que la atacan, o por último, se prolonga, se estabiliza, y entonces desaparece como tal Dictadura propiamente dicha, para convertirse —por haberse producido o revelado en el Estado una profunda y grave división, en la que, sin embargo, las fuerzas adversarias no tienen probabilidades de vencer y son notoriamente inferiores a las representadas por la Dictadura— en una nueva Constitución más autoritaria, cuyos límites generales es en tal caso necesario declarar, así como el carácter de normalidad y estabilidad que asume. Por definición, estado excepcional significa estado transitorio y de duración breve. Cuando los gobernantes no logran dominar prestamente una rebelión, es que no poseen la mayor fuerza en la nación, y entonces deben ceder el puesto, o es que su mayoría —en una desintegración importante y duradera— no es la suficiente para gobernar con la Constitución precedente y precisa reemplazar ésta por otra de más recia cohesión. La transformación debe practicarse con urgencia, porque el carácter transitorio, anormal y antijurídico que la Dictadura ostenta por definición en la mentalidad jurídica moderna, es opuesto a la integración que constituye la primordial misión del Estado. Los castigos transitorios son parvos castigos; la confesión de anormalidad y antijuridicidad que hace el mismo Gobierno al declararse dictatorial, es una propaganda contra su prestigio y autoridad. Por otra parte, la Dictadura para subsistir tiene necesariamente que implantar un régimen de constante terror, lo cual paraliza la vida social en otros aspectos.

Repito que la Dictadura es una forma de Estado y de Derecho. Podría argüirse que normalmente el Derecho actúa por compulsión virtual (autoridad) y que la Dictadura es un estado de hecho y de fuerza actualizada. Ello, empero, no es exacto. El dictador sería incapaz de dominar por la fuerza física a los rebeldes: ha de valerse de funcionarios, de ejecutores de la ley, y éstos obedecen a

su autoridad; para éstos el Derecho necesariamente tiene que funcionar con normalidad, sin lo que el dictador queda convertido en un fantasma (95).

Con el concepto de valor de integración como único valor propiamente estatal, la teoría del Estado de Smend alcanza su clara expresión de puro formalismo. La integración no es, como vimos (96), propiamente el movimiento integrante alrededor de o respecto a un valor objetivo (valor objetivo indispensable en toda integración, según se dice en otro lugar (97), sino que ella misma adquiere ahora la categoría de valor. O dicho de otro modo: no hay un valor objetivo que sea específico del Estado, y por ello, si éste ha de realizar algún valor propio, es al precio de considerar la integración misma, el proceso o función integrativo, como un valor. Donde conviene notar que el Estado, que queda indefinido como valor objetivo, queda también sin definición como integración funcional específica, ya que hay muchas funciones integrativas de la sociedad, hay muchas *formas* de integración social, y no se nos declara cuáles son las funciones especialmente estatales sino haciendo meras alusiones a las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo, a las funciones de gobierno, al Poder y, con reservas, a la Dictadura; pero sin definir ninguno de estos factores, sin explicar cuál es su esencia y su justificación distintas de las del Derecho, y por qué los valores a cuyo servicio funcionan han de realizarse mediante ellos y no por otras formas de integración.

En el capítulo sobre el «Contenido objetivo integrante de la Constitución moderna» (98), se ve, en efecto, que se trata no de la integración del Estado, sino de la integración de la sociedad, de la cual el Estado es el proceso integrante, siendo los valores objetivos integrantes valores sociales distintos del Estado, como, por ejemplo, el Derecho. El valor a que alude el «Derecho natural» y los «derechos del hombre» es el que legitima al Estado en las Constituciones modernas, si bien Smend declara que hay otros varios factores objetivos de integración (99).

(95) Véase mi estudio sobre SCHMITT,

(96) Op. cit., pág. 25.

(97) Op. cit., pág. 44, por ejemplo.

(98) Op. cit., pág. 107.

(99) Op. cit., pág. 109.

Las formas del Estado son para Smend los tipos de los sistemas de integración (100). Concordado esto con lo anterior (101), diríase que alude a los diversos sistemas o combinaciones de las funciones estatales, i. e., a los diversos sistemas de integración social mediante las funciones del Estado. Ni el número ni la calidad de los gobernantes son, según Smend, criterios para resolver el problema de las formas del Estado, ni lo es la técnica estatal al través de su evolución, ni el trato de igualdad o desigualdad dado a los miembros en las sucesivas etapas históricas. Según él, el problema es casi insoluble (102), porque se trata de las distintas «combinaciones de los factores de integración», que, naturalmente son innumerables (103). Pero no es tampoco esto, porque en seguida dice que el criterio para distinguir las formas del Estado debe atender al valor que en cada una de esas formas actúa como principio integrante (104); es decir, a algo que nada tiene que ver con las funciones estatales. Los tipos de combinaciones de las funciones estatales resulta que no se diferencian entre sí por estas mismas funciones y la combinación de ellas, sino por el valor al cual sirven. La Monarquía es una forma de Estado, porque integra mediante un mundo de valores no discutido por aquellos a quienes integra. Aunque luego (105) resulta que son valores que integran sin que los integrados los sientan como suyos (no integran, pues, como valores, sino externamente —¿por la fuerza?), aunque nadie los discute. La diferencia está, quizá, en que la una es aquiescencia o participación pasiva y la otra participación activa. (¿Intervención en las elecciones, en las votaciones? Por tanto, ¿principio de mayoría?) O quizá quiere decir que en las democracias los valores consagrados son virtudes nacionales, i. e., virtudes de los mismos súbditos, y no las de un César, una familia o un crisma. El parlamentarismo no es forma, porque figura sólo como limitación de la Monarquía, o como elemento prevalente. La República tampoco, en cuanto pura negación de la Monarquía. La Democracia, en cambio, es forma de Estado, por cuanto tiene un contenido, aunque no incompatible con la Monarquía (será con la Monarquía como mera for-

(100) Op. cit., pág. 110.

(101) Véase también la cita de REDSLOB, en op. cit., pág. 102.

(102) Op. cit., pág. 113.

(103) Op. cit., pág. 112.

(104) Op. cit., pág. 113 y ss.

(105) Op. cit., págs. 114-115.

ma de gobierno, no como valor integrante, i. e., como forma en la acepción de Smend, pues son valores distintos), a saber: «las verdades y los valores racionales del Derecho natural», de los cuales no forma parte el principio de decisión por la mayoría, que es puramente formal (106). Nacionalismo homogeneidad —verbi gr., las virtudes del pueblo francés como valor integrante, la misión política mundial del pueblo norteamericano, etc.—, son también contenidos de la Democracia, la cual para realizar éstos puede necesitar la Dictadura, i. e., de la decisión de minorías. No menos arbitrario que esto es acabar diciendo que el liberalismo es impolítico, porque no tiene, ni se preocupa de tener, un valor que imponer (107).

A mi juicio, las formas del Estado son sus estructuras políticas, o sea la ponderación o equilibrio político en que están jerarquizados sus poderes elementales. Por consiguiente, no al mero orden y combinación de los poderes gobernantes —que es un orden secundario e interior (un sub-orden)—, sino al de todos los grupos elementales, comprendido el más importante: la masa, fuerza o poder súbdito. Sin duda, las formas dependen del número y valencia relativa de las fuerzas materiales (latentes o actuantes, supuestas o demostradas) que se organizan, y las fuerzas dependen a su vez de los respectivos valores espirituales; pero esta dependencia mediata y la no correspondencia de un valor específico para cada forma, hace que no quepa una clasificación de las formas por los valores en última instancia dominantes. Sin que esto sea tampoco decir que cualquier forma es susceptible de cualquier contenido, según la dirección que quiera darse a la política. Ante todo hay que descartar los valores utilitarios y espirituales de la organización estatal misma, valores cuyo acatamiento es común a todos los Estados, no ya para crearlos, como supone el liberalismo rousseauiano, que es históricamente una fábula, sino para conservarlos, preservarlos y perfeccionarlos. Los valores que determinan formas especiales de Estado son los de las personas o grupos gobernantes, en cuanto tales valores son acatados por toda la sociedad estatal: valores personalísimos (monarcas, caudillos, jefes de partido), valores personales abstractos (cualidades de bravura, de inteligencia, de experiencia, de técnica; cualidades artísticas —oratoria— o de santidad), valo-

(106) Op. cit., pág. 114.

(107) Op. cit., pág. 115.

res representativos (*crismas*, posesión relevante de virtudes nacionales). Desde luego, éstos no son los valores a que Smend alude. La división tripartita que él declara más aceptable (108): Derecho, poderío, bienestar, sólo podría generar una clasificación en Estados predominantemente individualistas (Derecho, bienestar) y nacionalistas (poderío).

En la parte dedicada a sacar las consecuencias de la doctrina en el Derecho político positivo, no se hace más que reiterar lo ya dicho. Sin duda, la *despolitización* absoluta que los teóricos alemanes posteriores a la revolución censuran en la teoría de sus predecesores, el agnosticismo para todo lo que no fuese pura formalidad jurídica, el cerrar voluntariamente los ojos, el desentenderse y apartar despectivamente, con dignidad científica y a veces con pedantería, todo lo político como elemento extraño, perturbador y deformador en la ciencia del Derecho político, puede ser un obstáculo para entender bien la misma disciplina que se trata de estudiar. Pero el formalismo —no ya en Derecho político, sino en todo estudio científico— es un postulado de método que no hay manera de excusar si se quiere evitar el confusiónismo y el barullo estetizante. Toda ciencia debe aislar su objeto —consciente y provisionalmente, se entiende— para estudiarlo; toda ciencia debe ser formal respecto del resto del universo. Trátase, sin duda, de un artificio, pero de un artificio inherente al artificio que en el fondo es toda ciencia. Contra lo que suele creerse, la Fenomenología no ha desautorizado este monismo metódico; al contrario, lo ha reforzado al multiplicar las categorías *a priori*, separando *ab ovo* los objetos de los distintos estudios científicos en compartimientos estancos. Desde luego, todo lo político, y no solamente los textos constitucionales, como quería un angosto leguleyismo; todo lo político entra en el marco del estudio del Derecho político. Con esto rechazamos absolutamente la aplicación del método jurídico analítico al estudio del mismo. Pero no sólo *lo político*, sino también *la política* (el mundo de problemas y puntos de vista que se manejan y discuten en política), ha de tenerse muy especialmente en cuenta para aquel estudio. Ahora bien; una vez tenida en cuenta, y utilizada para *mejor entender*, la política debe ser implacablemente expulsada y perseguida hasta en sus indicios de la ciencia del Derecho político, y los conceptos de esta

(108) Op. cit., págs. 82 y ss.

ciencia han de ser, en lo posible, puramente jurídico-políticos; han de estar mundificados de todo punto de vista de la política, a fin precisamente de que todos los puntos de vista de la política puedan utilizarlos, dándoles el mismo valor y sentido. Sin esto no hay medio de entenderse. Ya lo hemos dicho: todo lenguaje, y más aún, porque es más exacto, el lenguaje científico, es un artificio. Por el contrario, el caos es probablemente más natural; hay en él más contacto inmediato, más efusión. Pero es el caos.

Que el Derecho político es más fundamental que el administrativo (109); que el Derecho político, como Derecho social, existe (110); que es preciso definir el concepto de lo político (111); que cada particularidad del Derecho político no debe entenderse aisladamente, sino como parte de un sistema que tiene en otra particularidad su contrapeso o su complemento (112); que las partes tienen en el sistema rango diferente (113); que la Constitución es mudable (114) (lo que por cierto no es compatible con la afirmación de que la Constitución tiene un sentido determinado que llenar); que los órganos del Estado poseen una significación sustantiva y no meramente funcional (115) (en contradicción con el carácter eminentemente funcional que Smend asigna a la integración), por lo que órganos de la misma denominación, pero de Constituciones distintas (por ejemplo, la francesa y la alemana), no son comparables; que los órganos superiores deben guardar un contacto y una armonía constantes (116); que las funciones legislativa y judicial sólo pueden entenderse por referencia a la vida del Derecho (117); que

(109) Op. cit., págs. 130-132.

(110) Op. cit., pág. 132.

(111) Op. cit., pág. 133.

(112) Op. cit., págs. 134-136. No es cierto, como dice aquí, que esto ocurra sólo en Derecho constitucional. El Derecho administrativo, y sobre todo el civil, es tan integrante y conciliatorio como el político.

(113) Op. cit., pág. 136.

(114) Op. cit., pág. 137.

(115) Op. cit., págs. 138-139.

(116) Op. cit., págs. 142-148. La dualidad o pluralidad de órganos — y no sólo el sistema parlamentario, como cree SMEND (pág. 146)— genera por necesidad el «relativismo» estimativo a que alude. No es posible servir un valor fijo, sino el valor resultante de la transacción (integrativa... del sistema, pero no de la nación), que variará con las contingencias de hecho del combate.

(117) Op. cit., pág. 150. Nótese de pasada que SMEND considera como *conceptos materiales* de la ley el racionalista (generalidad de la ley), el formalista de HAEVEL y el de la Escuela del Derecho Libre.

la primacía del Derecho del Reich sobre el de los territorios (artículo 13 de la Constitución de Weimar) no puede entenderse como una colisión de normas, sino una norma de colisión (118); que el *Prüfungsrecht* del juez pertenece al sistema de las funciones del Derecho (119); que los Tribunales de excepción sirven al valor político y no al valor del Derecho (120); que en las funciones maestras del Ejecutivo precisa distinguir la parte propiamente política (121) o integrativa, que es la función específica y primordial, de la parte meramente técnica (122); que la Dictadura sirve a un cuarto valor (123); que sólo una consideración material o concreta de los fines y justificaciones del Estado es capaz de fundamentar una división material de poderes o funciones, y, por tanto, un criterio seguro sobre la cuestión del «mal uso de las formas» (124), no son consecuencias específicas de la teoría de la integración que falten o no puedan figurar en otras teorías.

Una observación atinada es la de que no sólo las normas, sino afirmaciones de tipo existencial, forman parte del Derecho político y tienen un lugar apropiado en la Constitución. Por lo que hace a la bandera, simboliza, a mi juicio, un sentimiento histórico, un orgullo nacional histórico, y no como cree Smend (125) la peculiar estructura política, que está ya, más que simbolizada, declarada y demostrada en las normas fundamentales de la Constitución. Un significado igualmente trascendental tienen, por ejemplo, la monarquía histórica, la nobleza, las órdenes militares, las condecoraciones... El significado de someter la vida del Estado también al Destino y no sólo a la Casualidad. (La doble casualidad, primero, de los movimientos fugaces de pasión u opinión, y después la casualidad de la aritmética, el capricho de los resultados numéricos en la adición y recuento de los votos.)

En cuanto a los llamados «Derechos fundamentales» son para mí el estatuto o ley orgánica del poder súbdito, y en tal sentido, no

(118) Op. cit., pág. 151.

(119) Op. cit., pág. 153.

(120) Op. cit., pág. 154.

(121) SMEND cree haber definido con precisión el concepto de lo político en página 133.

(122) Op. cit., págs. 154-155.

(123) Op. cit., pág. 156.

(124) Op. cit., pág. 157.

(125) Op. cit., págs. 159-160.

en el que Smend les atribuye (126), tienen su puesto obligado en la Constitución. Decir que su propósito es «regular un sistema de cultura nacional» (127), reviste una vaguedad donde sólo aparece claro el carácter de regla o norma que poco antes les negara. Pero regulación de un sistema de cultura es toda la Constitución, y no solamente esta parte de ella. Su sentido técnico jurídico reside en que constituyen limitaciones puestas, ora al Poder legislativo ordinario, ora al Poder ejecutivo, y ya se trate de autolimitaciones sin garantía organizada, ya de limitaciones convenidas con el poder súbdito y con o sin garantía organizada. Cuando Smend afirma (128) que en el sistema de valor formulado por los «Derechos fundamentales» —e integrado, para la Constitución de Weimar, por el orden de Derecho burgués, con sus instituciones nucleares (libertad de contrato, propiedad, matrimonio, derecho hereditario)— está la legitimación del Estado, insiste en su teoría, ya denunciada arriba, según la cual el Estado sería un mero instrumento al servicio del Derecho, entendiéndolo por Derecho el Derecho privado o material o positivo, aunque (con su consecuente inconsecuencia) indica en otro lugar (129) la posibilidad de que junto a esta justificación jurídica (racional) del Estado democrático republicano exista una justificación histórica: la del Estado monárquico, respecto de la cual los Derechos fundamentales son el lado negativo y limitativo.

¿Es que —concluyendo— no hay otra alternativa? ¿No se puede salir de la concepción estática más que para incidir en la pseudo-concepción estética? ¿O bien para incidir en un dinamismo puramente histórico, como le ocurre a Schmitt? Sí. Hay un dinamismo que Smend llamaría formal, con una designación corriente, pero no menos relativa que las de izquierda y derecha, por ejemplo.

En esta obra Smend no insiste en la distinción de «integración» y «representación» como formas de Estado que propone en «Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform» (*Festgabe für W. Kahl*, Tübingen, 1923), atribuyéndolo a las formas de integración un carácter dinámico frente al estático de las

(126) Op. cit., págs. 161 y ss.

(127) Op. cit., pág. 163.

(128) Op. cit., pág. 164.

(129) Op. cit., pág. 166.

formas tradicionales. Admitido, como dice Schmitt (130), que todas las formas de Estado son integraciones, cabe todavía asignar al intento de Smend un sentido: el de distinguir las integraciones activas o expresas, como el parlamentarismo, y las pasivas o tácitas, como la Monarquía.

Pero lo del plebiscito diario de Renan, que es, sin duda, el pensamiento central inspirador de la concepción de Smend, no pasa de una figura retórica. ¡Como si los seres vivos, y más exactamente las estructuras sociales, por serlo, tuviesen que reconstruirse todas las mañanas después de haberse destruido todas las noches! Baste decir de ellas que están sometidas a constantes ataques y refuerzos y a las variaciones marginales que los desequilibrios entre unos y otros determinan, variaciones acumulables hasta marcar tendencia, pero a base siempre de un formidable núcleo de gran estabilidad, mucho más difícil de alterar de lo que las apariencias escandalizan. La mayoría inmensa de los miembros del Estado se sabe y considera *situada* en un lugar de la estructura estatal, y ello de un modo suficientemente estable y casi siempre por herencia. Esta conciencia individual del *locus politicus* de cada uno (con la correlativa conciencia de la total estructura), y la conducta consiguiente, son la trama nuclear del Estado: el cuerpo estable de su constitución. Ellas son el molde que permanece al través de los cambios en las personas que lo llenan y de las parciales transformaciones en la misma estructura del armazón.

El problema del Estado es el de si ha de tender y amarrar sus redes en las zonas marginales más inestables, o insinuarlas hacia adentro. Ello dependerá de la cohesión social de aquel núcleo, por una parte, y de las fuerzas y amenazas que desde fuera pongan en peligro su unidad, por otra parte.

La concepción de Smend es un intento de solución —como lo es la teoría del equilibrio de poderes— al dualismo teórico que caracteriza a los distintos sistemas del llamado régimen constitucionalista. Mantiénesse, pues, en el mismo plano estático y actualista del liberalismo y pertenece a su ipsísima casta ideológica. *Integración* política de los poderes, armonía, en vez de unidad política. Solución también del problema que la pluralidad y la radical contraposición de los partidos políticos plantea a la realización del parla-

(130) *Vergfassungslere*, pág. 207.

mentarismo como forma de Estado. Mientras el sistema de dos partidos radicantes en una base social homogénea (la burguesía) hace posible el parlamentarismo como régimen de representación nacional, dentro de la cual se verifica lo que los ingleses denominan *alternative government*, entre subespecies de la misma clase social; el advenimiento de partidos económica y culturalmente heterogéneos, léase antitéticos, incompatibles, hace inagible aquella representación unitaria y tiende a convertir el turno pacífico de los partidos en turno sangriento de dictaduras. Un margen de conciliación, empero, y de avenencia —una tregua— es siempre posible aun entre adversarios encarnizados. Por otra parte, los estados mayores de los diversos partidos tienen intereses comunes y pertenecen a una misma clase: la clase de los políticos profesionales. Smend propone entonces una composición, una integración de los partidos en el Parlamento. Proposición razonable, pero racionalista, es decir, utópica. Integración (de lo heterogéneo) en vez de representación (de lo homogéneo).

En mi punto de vista cinético de la «constitución o unificación sucesiva» o «diferida» del Estado, los dualismos, cuando existen en la realidad, (ya estén o no reconocidos en las Constituciones escritas), se resuelven por un predominio alterno de los concurrentes, donde el otro o los otros elementos temporalmente sometidos representan, por todo su peso y magnitud, un impedimento de la gobernación, nunca una cosoberanía, ya que si la cosoberanía es un hecho estable (constitucional), no hay pluralidad, sino unidad de poder. Donde, pues, la realidad políticosocial presenta dualismos ineludibles, la Constitución ha de ser «elástica», en el sentido de que facilite, con el menor roce y estrago posibles, la constitución sucesiva, pero tendiendo siempre a la integración permanente de la nación (no de los poderes y los partidos como tales) en el Jefe del Estado, y a la reducción al *minimum* (en la eficiencia actual) del impedimento.

JOSÉ GÓMEZ DE LA SERNA Y FAVRE

