

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ARTÍFICE (O NO) DE LA IDEA DE INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL¹

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid
Letrada del Tribunal Constitucional

TRC, n.º 53, 2024, pp. 455-491
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. ¿Por qué analizar la actividad del Tribunal Constitucional español desde la teoría de la integración de Rudolf Smend? II. La jurisprudencia sobre lo simbólico: escudos, banderas y lengua. III. La jurisprudencia sobre la adhesión a los valores constitucionales: ¿somos una democracia militante? IV. Las fórmulas de acatamiento de la constitución: la paradoja de lo formalmente simbólico. V. La interpretación unitaria y la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales. VI. Cómo desarrollar una jurisprudencia constitucional para la integración constitucional.

I. ¿POR QUÉ ANALIZAR LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DESDE LA TEORÍA DE LA INTEGRACIÓN DE RUDOLF SMEND?

1. Algunos apuntes introductorios sobre la idea de integración y el interés de utilizarla para hablar sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

Referirse a la teoría de la integración², tal y como ha llegado a nuestros días, desde que la formulara Rudolf Smend en el año 1928 bajo la denominación de

1 Este trabajo se desarrolla en el marco del proyecto de I+D+i 2020 “La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y del sistema político” (referencia PID2020-117503GB-I00), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por Xabier Arzoz, Catedrático de Derecho Administrativo de la UNED, a quien agradezco las ideas y las recomendaciones de lectura.

2 Hago notar que en el texto me refiero exclusivamente a la teoría de la integración de Rudolf Smend, sin la pretensión de abarcar la ingente bibliografía sobre los diversos conceptos jurídicos, políticos y

*Integrationslehre*³, es reflexionar en torno a los efectos no jurídicos de un objeto jurídico (Grimm, 2004: 53).

Partiendo de la consideración de que la Constitución escrita, propia de las tradiciones constitucionales continentales europeas, conforma una realidad jurídica tangible, la teoría de la integración de Smend propone asociar a ese objeto jurídico un efecto metajurídico, que se percibe y analiza desde métodos propios de las ciencias del espíritu⁴, y que se describe con la noción de integración.

Así, la integración puede ser definida como “un proceso efectivo, en el cual los miembros de una comunidad desarrollan un sentimiento de pertenencia común y conforman una identidad colectiva que les distingue de otras comunidades” (Grimm, 2004: 53). La integración así entendida —como emoción—, podría explicarse sea como causa, sea como efecto de la Constitución, pero lo más relevante es que se formula en la esfera propia del sentimiento, del espíritu individual que trascenderá sucesivamente a una esfera colectiva. Se enuncia en el ámbito propio de la percepción de las realidades y de la reacción emocional que provoca en el individuo lo factual, lo tangible, la realidad, en suma.

Este planteamiento teórico, surgido en el contexto de la crisis constitucional severa que sufrió la República de Weimar entre 1919 y 1933, y condicionado por la voluntad innegable de Smend y los teóricos que le fueron contemporáneos de encontrar vías adecuadas para su superación, puede resultar interesante para analizar alguna dimensión de la crisis constitucional, entiendo que mucho menos severa, que viven el nuestro y otros estados del contexto europeo, pasado algo más de un siglo desde la aprobación de la Constitución de Weimar. En particular, me parece que puede tener algún interés proyectar la noción de integración al análisis de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional español, que es uno de los órganos constitucionales particularmente sujetos a tensión, es decir, particularmente afectados por la crisis de legitimidad institucional (o constitucional) en la última década.

sociológicos de integración. Para aproximarse a una visión más omnicompreensiva sobre el concepto político-jurídico de integración sugiero la lectura de Frankenberg (2000).

3 El texto original de Smend en el que se incluye por primera vez la teoría de la integración es el trabajo “Verfassung und Verfassungsrecht”, publicado por Duncker & Humblot (München), en 1928. Una primera traducción del texto al castellano, realizada por José M.^a Beneyto Pérez, fue publicada bajo el título “Constitución y Derecho Constitucional” por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid) en 1985. Para realizar este trabajo he utilizado indistintamente esta primera traducción y una sucesiva, del mismo autor, publicada en el volumen titulado “La controversia Smend / Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar. Constitución y Derecho constitucional versus El Estado como integración”, publicada por Tecnos (Madrid) en 2019. En este volumen se recoge, asimismo, la traducción del texto de Kelsen que contesta la teoría de la integración de Smend, realizada en su momento por J.A. García Amado (El Estado como integración. Una controversia de principio, Tecnos, 1997) y reactualizada también para esta publicación de 2019.

4 En relación con la proyección de la metodología de las ciencias del espíritu al examen del derecho, véase Lucas Verdú (1987: 54), cuando se refiere al trabajo del teórico Wilhelm Dilthey, especialmente al contenido en el Volumen 1 de sus obras, Introducción a las ciencias del espíritu, publicado en 1944, por el Fondo de Cultura Económica.

En el contexto situado en el primer cuarto del S. XXI, que tanto recuerda al trance europeo (y nacional) del primer cuarto del S. XX, la recuperación de la doctrina alemana surgida en torno a la Constitución de Weimar se ha convertido casi en un lugar común⁵, quizá con la vana aspiración de encontrar ahora las respuestas que no se encontraron entonces o que fueron de todo punto insuficientes para evitar la crisis aguda que desencadenó en la Segunda Guerra Mundial. Mi pretensión no es formular una traslación de la teoría de Smend a los tiempos modernos, entre otras razones porque no creo que sea posible identificar ni las causas, ni la explicación, ni las soluciones propuestas para abordar dos crisis a las que separa una centuria (y, por tanto, al menos tres generaciones cronológicas y el doble de generaciones culturales) y una revolución económica y tecnológica de un alcance inédito en la historia previa de la humanidad. Dicho lo cual, la idea de integración de Smend resulta atractiva y muy conectada con el mito del consenso del 78⁶. Si de ese mito consensual surgió el texto constitucional que nos rige⁷, si el Tribunal Constitucional estaba llamado a garantizar la integridad de ese consenso a través de la garantía de la integridad del texto constitucional y si ese acuerdo, en parte expreso y en parte tácito, parece haber saltado por los aires ¿qué papel debe jugar el Tribunal constitucional en este espacio de realidad, alejado del mito fundador? ¿puede aspirar a convertirse en un nuevo hacedor de consensos a la espera de que entre en juego de nuevo el poder constituyente? ¿puede ser un órgano constitucional promotor de la integración en el sentido imaginado por Smend? ¿puede o debe su jurisprudencia desempeñar una labor de actualización de los acuerdos constitucionales, o debe limitarse a ser guardián de las esencias originarias del pacto fundador?

No es fácil dar respuesta a estas cuestiones, en particular desde la certeza de que el Tribunal Constitucional español ha perdido parte de la posición que

5 Véase, en este sentido el trabajo de Lepsius (2008), en torno a la idea del “redescubrimiento de Weimar”.

6 Ciertamente existen algunas diferencias entre las teorías del consenso como mecanismo de integración y las teorías axiológicas o del sistema de valores como mecanismos de integración. A estas diferencias se refiere Frankenberg (2000: 6 y ss). Pero a mi juicio existe una indudable conexión entre ambas, puesto que la conciencia o el sentimiento compartido sobre la existencia de un sistema de valores común no puede sino traducirse en la creación de un consenso en torno a la traslación de ese sistema de valores al texto constitucional. Entiendo que Smend analiza la comunidad del sistema de valores desde el enfoque de las ciencias del espíritu, es decir desde la consideración de la asunción psicológica y/o moral del elenco de valores. Pero esta concepción termina por trasladarse, desde el diálogo a la esfera de la construcción de los consensos. Por eso ambas posiciones teóricas pueden distinguirse desde el punto de vista teórico en virtud de dónde pongan el acento “integrador” los autores, pero al final son inevitablemente confluyentes cuando se llevan al ámbito del reconocimiento constitucional, que no deja de ser una realidad normativa tangible que se elabora a través del lenguaje normativo una vez concluida la deliberación en torno a la plasmación normativa de los valores comunes.

7 En este sentido P. Lucas Verdú insiste en su texto sobre “El sentimiento constitucional” (1985) en las particularidades del proceso constituyente español, incidiendo en la consideración de la realidad constitucional de los tiempos de la transición y en la existencia de una constitución sustancial esto es, de un sentimiento constitucional, previo al texto y congregado en torno a la monarquía y a la afección por el pluralismo político y social (Lucas Verdú, 1985: 115).

ostentaba como intérprete privilegiado de un texto constitucional que también ha perdido parte de su ascendente político sobre quienes integran el futuro poder constituyente. Esa pérdida no procede sólo de un denunciado ejercicio deficiente o sesgado de su función jurisdiccional, o de la aparición de otros intérpretes cuya actividad se solapa innegablemente con la del supremo intérprete de la Constitución. El desgaste de la jurisdicción constitucional española también tiene que ver con su instrumentalización partidista y con el desplazamiento desmesurado del conflicto político a la sede de Doménico Scarlatti. Dicho en otros términos, parece que ya no está claro para los actores del sistema constitucional cuáles son los límites y el alcance de la función de la jurisdicción constitucional. O, para ser más precisos, no existe el suficiente consenso ni teórico, ni político, a este respecto.

A pesar de la dificultad descrita y tras exponer sintéticamente las líneas maestras de la teoría de Smend, en las páginas que siguen analizaré algunas aportaciones de la jurisprudencia constitucional española al desarrollo de mecanismos de integración en el sentido que a esta expresión atribuyó, a principios del S. XX, Rudolf Smend. Esta delimitación minimalista del objeto de mi reflexión supone dejar fuera del análisis la idea de integración territorial o la idea misma de nación presente en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del estatuto de autonomía de Cataluña del año 2006, así como la idea de soberanía que subyace en las sentencias clave dictadas en torno al *Proces* (STC 42/2014, de 25 de marzo, 259/2015, de 2 de diciembre, 114/2017, de 17 de octubre, 124/2017, de 8 de noviembre y 89/2019 de 2 de julio). Ninguna de esas dos dimensiones aparece claramente en la teoría de Smend. Del mismo modo, y por la misma razón, tampoco abordo la idea de integración supranacional presente en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre. Además, ambas cuestiones, fundamentales para entender la idea de integración en el contexto español y en el tiempo presente, merecen un tratamiento específico y mucho más exhaustivo que el que es posible plantear aquí.

2. Breve aproximación a la teoría de la integración de Rudolf Smend en el contexto de la crisis de la república de Weimar

La crisis política alemana del período de entreguerras del S. XX fructificó en una pluralidad de teorías político-jurídicas cuyos conceptos básicos vienen a conformar el moderno derecho público continental, en particular el derecho constitucional europeo contemporáneo. Sobre la base de una sólida teoría del Estado, los teóricos centroeuropeos trataron de ofrecer distintas respuestas a los problemas de crisis estructural del sistema político.

Según la lectura que hace de aquel período el profesor Massimo La Torre, los planteamientos teóricos se articulaban en torno a posiciones liberales, de un lado,

y a las consideraciones de los teóricos de la comunidad de otro lado⁸. Smend se situaría en una posición de comunitarismo moderado al negar la visión contractualista, la primogenitura lógica del individuo, o la preexistencia de un sujeto colectivo independiente de la subjetividad individual. Establece este autor que los “procesos propios de la dinámica del espíritu —pertenecientes simultáneamente al individuo y al todo social— (...) se desarrollan básicamente sin una toma de conciencia plena —ni individual, ni colectiva— de su sentido. Por ello no pueden ser reconducidas en modo alguno a una causalidad determinista; solo pueden entenderse formando parte de las relaciones en las que se realiza la estructura valorativa del espíritu” (Smend, 2019: 2018). Simplificando la idea, Smend niega que la vida en grupo sea causalmente deducible de la vida de los individuos y que estos, racionalmente, den lugar a la conformación de las sociedades (La Torre, 2006). Si la vida en grupo se define de este modo, el Estado no puede identificarse con una persona jurídica dotada de derechos y obligaciones propios, sino con una parte de una realidad espiritual “integrada” y resultante de la interacción de procesos vitales individuales dotadas de “unidad de sentido” (Brage, 2005).

Desde esta posición, la integración es un hecho colectivo irracional, que no se adscribe a forma alguna de deliberación o discusión reflexiva o aditamento instrumental de intereses. La integración es un proceso en el que lo más relevante es el sentimiento de agregación cultural. Subyacen a este planteamiento principios de la corriente fenomenológica y de la filosofía cultural de T. Litt (Lucas Verdú, 1985: 115), que conducen a una frontal oposición a cualquier argumento formalista. Por tanto, al igual que Schmitt y Heller⁹ pero apuntando matices que le distancian de estos autores —también comunitaristas—, Smend rechaza el formalismo kelseniano. Rechaza una descripción del mundo jurídico y una teoría del comportamiento político que presupone el encaje, o la necesidad de encaje, entre la construcción teórica y la realidad, al tiempo que desconecta la lógica normativa de la lógica conductual y la psicología humana. Frente a la construcción kelseniana, la teoría de Smend ofrece un argumento que explica, al margen de parámetros estrictamente formales, la adhesión a la Constitución y el manteni-

8 Me resulta más atractiva la lectura de Massimo La Torre que la más tradicional, expresada por Pablo Lucas (1987: 25) que diferencia entre teóricos normativistas (en línea con los postulados kelsenianos) y teóricos antiformalistas (como Schmitt, Heller o Smend). Ciertamente esta clasificación puede resultar más elocuente pero me parece más inspiradora la que no acude directamente a la aproximación dogmática a la Constitución o al derecho constitucional, sino a la base sociológica (individualista o comunitaria) que subyace en las distintas aproximaciones al derecho constitucional, porque creo que es este mismo sustento el que justifica el cuestionamiento de la hipótesis ficticia en que se basa el normativismo kelseniano, que construye desde la pura teoría funcional un universo de normas que organiza el universo de las instituciones en el que se mueve, desconectado de normas e instituciones, el ser humano.

9 Sintetiza las posiciones de Schmitt y Heller el trabajo de Pablo Lucas (Lucas 1994: 24), afirmando que Schmitt responde al normativismo kelseniano desde la afirmación de que la norma sirve en momentos normales, mientras que Heller se refiere a que la dicotomía ser-deber ser debe ser sustituida por la correlación entre normatividad y normalidad. Ambos, por tanto, ponen el acento en la conexión entre el diseño teórico del modelo de Constitución estructural y la aplicación práctica de dicho modelo.

miento de esa adhesión en el tiempo, llamando integración a dicho argumento, aunque sin llegar a proporcionar herramientas completas e inequívocas que aseguren la validez y garantía de tal argumento.

Quizá se entienda mejor la teoría de Smend desde el momento en que se analiza su formulación pragmática (Martin, 2018: 103) por oposición a una concepción liberal del Estado como empresa neutral y aparato meramente técnico. Desde su posición crítica, el estado democrático, fundado sobre la participación activa y consciente de los individuos, no puede hacer nada a menos que exista una motivación que impulse a esos mismos individuos a la acción. Y esa motivación no procede de la razón, sino del sentimiento común, que lleva al entendimiento y la comprensión recíproca (La Torre, 2006: 118). Por eso, para que el Estado funcione, para que el sistema constitucional funcione, no basta la mera vigencia de la norma, respaldada por una validez estrictamente formal. Es necesario trabajar en cambio en el refuerzo de las respuestas psicológicas y morales de cada individuo al proceso de construcción del sistema, esto es al proceso de integración.

En su construcción teórica, que parecía pretender como otras propuestas críticas con el normativismo puro kelseniano, contribuir a la pacificación social (Martin, 2018: 103), Smend propone la idea de que el Estado, al que se confiere una realidad cultural dinámica, se integra a través de tres procesos: la integración personal y la integración funcional (ambas modalidades de integración formal), así como la integración estrictamente material.

La integración personal¹⁰ propugna la congregación en torno a una o más personas a través de un principio activo de adhesión, lo que aparta esta posición de la defensa acríptica del caudillaje que, según nuestro autor, no precisa de la adhesión. Sostiene Smend que compete al dirigente político no solo ejecutar sus funciones objetivas, sino lograr a través de ese ejercicio, afianzarse como jefe de aquellos a los que dirige (Smend, 2019: 30). Este argumento es llevado al régimen parlamentario para explicar que es “misión del Gabinete, independientemente de sus logros técnicos y administrativos, lograr crear y mantener cohesionada una mayoría parlamentaria, e integrar así —por medio de formas específicas de integración funcional (...) no solamente aquel sector de ciudadanos vinculado a la coalición gobernante, sino la totalidad del pueblo, que se convierte entonces en unidad política” (Smend, 2019: 30). Pero no sólo se produce integración personal a través de quien articula el ejercicio del poder ejecutivo, sino que, según Smend, también ostentan esa capacidad el monarca, y el aparato burocrático administrativo y judicial.

La integración funcional o procesal, por su parte, es un proceso o “forma de vida” que tiende a crear un sentido colectivo. Así, lo “característico de los procesos integradores de una comunidad determinada reside en que dichos procesos

10 La idea de integración personal que, como las demás, se presentan de forma muy sucinta en estas páginas, es desarrollada por Smend en el capítulo quinto (primera parte) de su libro “Verfassung und Verfassungsrecht”, o del equivalente, en su traducción “Constitución y Derecho Constitucional”. La idea de integración funcional se desarrolla en el capítulo sexto y la de integración material en el capítulo séptimo.

son generalmente procesos que producen, actualizan, renuevan o desarrollan la sustancia espiritual de la comunidad, que es precisamente lo que constituye su contenido objetivo. En la vida política son, por tanto, fundamentalmente procesos de conformación de la voluntad comunitaria. Ahora bien, ello no se ha de entender —al menos no exclusivamente— en un sentido jurídico, es decir como si se tratase de un negocio jurídico en su acepción más amplia, sino en el sentido de una continua restauración de la comunidad política como agrupación de voluntades, esto es, de la permanente creación de las condiciones necesarias para las sucesivas actualizaciones —incluyendo especialmente las de tipo jurídico— de la comunidad política como comunidad de voluntades” (Smend, 2019: 37). Para ejemplificar el concepto de integración funcional Smend cita las elecciones, las actuaciones parlamentarias, las modalidades de formación de gobierno o las consultas referendarias. A juicio del autor la eficacia de esta función integradora depende de dos momentos distintos: “por un lado, de que su principio constitutivo (en este caso, el de la mayoría) tenga en sí fuerza integradora; y, por otro, de que esa fuerza integre realmente a toda la comunidad política. La eficacia integradora se halla condicionada por la existencia de una comunidad de valores que no es cuestionada por la lucha política porque se mantiene a salvo de ella, comunidad de valores que dota de pautas normativas a la lucha y le da su sentido como función integradora de la vida del grupo. Aquellos sectores del grupo que no se hallen suficientemente vinculados por ese conjunto de valores con la totalidad del mismo, se desligarán rápidamente de las reglas del juego y, por tanto, también de su eficacia integradora, utilizando, por ejemplo, la obstrucción” (Smend, 2019: 42).

Por último, la integración material o fáctica llama a la unificación a través de valores comunes y comunitarios, encarnados en símbolos estatales como los distintivos patrios (himnos y banderas), la historia común, el territorio, la forma política, las competencias del estado federal, las festividades comunes, o la lengua compartida. En este mismo eje de integración actúan los derechos fundamentales, en la medida en que traducen un sistema de valores y, por ello, un sistema cultural (Brage, 2005: XXIV). En la reflexión en torno a la integración material resalta la idea de que los contenidos sustantivos que forman la estructura integradora de una agrupación de voluntades están en movimiento, del mismo modo que lo está el Estado (Smend, 1985: 99). Asumido este contexto variable, la legitimidad del Estado se basa en los valores concretos que actúan como factores y elementos básicos de la validez de un orden jurídico-político determinado, y puesto que los valores difieren, también pueden ser distintos los tipos de grados de intensidad de la legitimidad (Smend, 1985: 101).

Entender la Constitución, como lo hace Smend, como una norma que no tiene por finalidad regular supuestos concretos sino abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador, exige del intérprete de la norma, según este autor, una exégesis extensiva y flexible, lo que difiere de cualquier otra forma de interpretación jurídica (Smend, 1985: 130).

El sistema de valores que traduce el reconocimiento de los derechos fundamentales supone así un estatus material único para todos los integrantes del Estado, de modo que han de incluirse en ese estatus los valores de las minorías nacionales y los compromisos (Smend 2005: 8 y Brage 2005: XXIV). Pero no basta con el reconocimiento, es preciso asegurar la adaptación al sistema de integración. Por eso Smend sostiene que la interpretación de los derechos no tiene que partir exclusivamente de su interpretación literal u originaria, sino que la misma debe evitar el formalismo buscando el contenido material de los derechos, atendiendo a las relaciones que describen con la totalidad del orden vital y los valores constitucionales vigentes al momento de la interpretación (técnica interpretativa holística) y atendiendo a la imagen antropológica del hombre como individuo ligado moralmente al Estado (Brage 2005: XXVI y La Torre, 2006: 186). Esta interpretación de los derechos lleva además al “al examen con relevancia jurídica de los vínculos de unos derechos fundamentales con otros en cuanto sistema unitario, y acaba irremisiblemente desembocando en la ponderación, con la toma en consideración de variados puntos de vista” (Brage, 2005: XXIX y La Torre, 2006: 186). Por último, Smend sostiene que “los derechos fundamentales toman posición respecto de tal cuestión de la constelación de valores que afectan a la vida pública y es la tarea de la interpretación de los derechos fundamentales poner de relieve estas cuestiones y su respuesta dada en los derechos fundamentales” (Smend, 2005: 18).

Descrita la teoría del Estado y de los derechos en los sucintos términos expuestos, puede deducirse que la Constitución es para Smend el ordenamiento jurídico de un proceso de integración que debe canalizar, estimular y mantener abierto, al tiempo que normativiza, el conjunto de valores sobre los que existe acuerdo entre los ciudadanos, especialmente en materia de derechos (Brage, 2005: XXII). El derecho constitucional no puede permanecer ajeno a las categorías de espacio y tiempo, adquiere dimensiones concretas e históricas frente a la metafísica del positivismo y, por eso mismo, el autor reconoce la posibilidad de una interpretación constitucional de carácter adaptativo, en particular en lo que se refiere a los derechos.

El fallo de esta teoría identificado por los críticos que se posicionan a favor del normativismo de corte kelseniano, se asocia a la constatación de que dinamizar la Constitución pone en riesgo, precisamente, su carácter normativo, así como su capacidad para poner orden a través del derecho. Algunas críticas proceden también de la incapacidad de Smend para percibir los riesgos del comunitarismo o del universalismo, cuyos contenidos se acercaban en exceso, al momento de su formulación, a lo sostenido por autores de neta orientación autoritaria (La Torre, 2006: 188). Pero el objetivo de estas páginas no es contradecir a Smend ni explorar las debilidades políticas o argumentales de sus tesis. Kelsen y, en España, su traductor García Amado (1997), entre otros autores¹¹, lo han

11 Resulta interesante la crítica de S. Martín, al establecer los vínculos entre las posiciones del Smend de los años 20 con la literatura fascista, y las matizaciones sucesivas introducidas por el propio

hecho con solvencia. Del mismo modo que han reforzado con entusiasmo las bondades de la teoría otros teóricos como Lucas Verdú, repetidamente citado en este trabajo. La proyección efectiva, o no, de la teoría de la integración de Smend, especialmente en su dimensión material o fáctica, a la jurisprudencia de la primera época del Tribunal Constitucional Federal Alemán tampoco será objeto de análisis exhaustivo, a pesar del interés que ello podría presentar¹². La teoría de la integración se dispone en este trabajo como herramienta metodológica, como clave de lectura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y ello porque se identifica una tensión creciente y manifiesta en la doctrina constitucional y en la jurisprudencia constitucional entre quienes asumen los postulados de la democracia procedimental, negando virtualidad a postulados axiológicos, y quienes consideran de un formalismo enervante estas posiciones, asumiendo la necesidad de una visión más próxima a la democracia sustantiva o material. Se trata ahora de evaluar en qué punto del debate se sitúa el Tribunal Constitucional español y en qué medida se pueden identificar, a lo largo de su jurisprudencia, elementos definitorios de los procesos de integración en el sentido formulado por la teoría de Smend, en particular en de los procesos de integración material o fáctica.

autor en su inicial y, según Martín, ambivalente teoría de la integración tras la Segunda Guerra Mundial (Martín, 2018: 119). Esta matización vendría a mostrar, según Martín, que la nacionalización de las masas sería el propósito implícito de la teoría de la integración, así como la recuperación del estatus de la nación alemana en el contexto europeo. Sin entrar al debate sobre si la teoría de la integración ofreció o no una base de sustentación al III Reich, considero que tal posibilidad no desmerece el interés teórico de la propuesta que puede ser leída también en clave de fortalecimiento de un sistema constitucional en que se garantice el respeto al estado de derecho, la división de poderes y la garantía de los derechos individuales y colectivos.

12 Suele afirmarse que la teoría de la integración mantuvo cierta importancia hasta la década de 1970, por su predicamento en la jurisprudencia constitucional, a través de la Escuela Smend en la que se incluyen G. Leibholz (que será en su día magistrado constitucional), U. Scheuner, K. Hesse (a quien debemos la idea de la irreversibilidad de los derechos sociales), H. Ehmke, P. Häberle y F. Müller. A este respecto véase P. Lucas Verdú (1997: 260); S. Martín (Martín, 2018: 102) y J. Brage, cuyo trabajo resulta en este punto sumamente ilustrativo (Brage 2005: XXXVII), en particular al detallar el análisis de las sentencias de 23 de octubre de 1952 (BVerfGE 2,1), la sentencia del caso Investitionshilfe, de 20 de julio de 1954 (BVerfGE 4,7, 15-16), la que resuelve el caso Elfe (BVerfGE 6, 32), de 16 de enero de 1957 y la más importante de todas, la que resuelve el asunto Lüth (BVerfGE 7, 198), sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero, 1958. Este último pronunciamiento sostiene que “la influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales, cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del *ordre public* (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorias también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el derecho público y lo complementan. Éstas deben exponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional. Para hacer realidad dicha influencia, la Judicatura cuenta —en especial— con las “cláusulas generales” que, como el § 826 BGB, remiten para la valoración de las conductas humanas a criterios externos al derecho civil e incluso extralegales, tales como el de las “buenas costumbres”. Así, para determinar el contenido y alcances de las exigencias sociales en un caso particular, se debe partir, en primer lugar de la totalidad de las concepciones axiológicas que el pueblo —en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual— ha alcanzado y fijado en su Constitución”.

II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LO SIMBÓLICO: ESCUDOS, BANDERAS Y LENGUA¹³

Para Smend los símbolos patrios, entre los que identifica en particular las banderas, funcionan como expresión de la identificación de una serie de valores comunes. Generan un vínculo psicológico entre quienes adhieren a esos valores.

Esa capacidad simbólica integradora es reconocida por la jurisprudencia constitucional, si bien en sus expresiones más recientes esa posición jurisprudencial genera una contradicción intrínseca con la idea de integración funcional a través de los derechos fundamentales. Pero veamos el itinerario jurisprudencial para comprender de qué modo el uso del símbolo material como mecanismo de integración puede derivar en fuente de disenso.

El 2 de noviembre de 1978, es decir, antes de la aprobación en referéndum de la Constitución española, el Consejo General del País Vasco (como ejecutivo del ente preautonómico) adoptó el escudo de la que después sería la Comunidad Autónoma del País Vasco. Este escudo, denominado “Laurak-Bat” (cuatro en uno) estaba compuesto por los escudos de Alava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra (cadenas de oro sobre fondo de gules con una esmeralda en el centro de unión de los ocho brazos de eslabones). El 25 de enero de 1982, la Diputación Foral de Navarra interpuso ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias contra el acuerdo de 2 de noviembre de 1978, afirmando que el “Laurak-Bat” no debía integrar el escudo navarro en su diseño.

Para resolver este conflicto estimando las pretensiones de la Diputación Foral Navarra, el Tribunal elabora en la STC 94/1985, de 29 de julio, una jurisprudencia sobre los símbolos políticos que parece tomada, casi literalmente, de la teoría de la integración de Smend. Dice el FJ 7 de la sentencia que la “materia sensible del símbolo político (...) trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos

13 Entiendo que, al hablar de la jurisprudencia sobre los símbolos, también podría haber hecho referencia a la relativa a la Corona o a los derechos históricos. En este sentido véase De Miguel Bárcena (2020). No obstante, por razones de extensión del trabajo he realizado una selección que no incluye ninguna de las dos cuestiones de manera directa, aunque sí de manera tangencial como se verá a lo largo del texto. En cualquier caso se recuerda, en relación con la Corona, el interés de las SSTC 111/2019, de 2 de octubre y 98/2019, de 17 de julio, pronunciamientos ambos en los que se enjuician resoluciones del Parlamento de Cataluña que tenían por objetivo someter a valoración política la actividad —general o puntual— del titular de la corona. En ambas decisiones el Tribunal declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas, apelando al estatus constitucional de la persona del rey, que le garantiza la protección frente a cualquier tipo de censura o control de sus actos.

jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles”. Este párrafo no puede resultar más elocuente, siendo muy clara también, aunque mucho más controvertida, la consecuencia que extrae el Tribunal de esta función “identificadora del símbolo político” en relación con la asunción de una competencia política de cada Comunidad Autónoma para fijar sus propios símbolos de forma exclusiva y excluyente respecto del resto de CCAA. El Tribunal obvia que tan simbólico es para la Comunidad Foral Navarra el uso “exclusivo” de su escudo, como lo es para el País Vasco la incorporación de ese escudo al propio como expresión de la voluntad de integración de los territorios históricos¹⁴ bajo una sola entidad autónoma, máxime si se tiene en cuenta que la disposición transitoria cuarta de la Constitución no niega la posibilidad de unión política entre los cuatro territorios históricos. Esto es, el Tribunal asume, aunque no lo haga expreso, una dimensión metasimbólica a la competencia sobre la definición del símbolo autonómico¹⁵.

En la década de los noventa del pasado siglo, y en el marco del desarrollo exponencial de la jurisprudencia sobre distribución territorial del poder, el Tribunal comienza a asumir que los símbolos patrios, en este caso las banderas, pueden hacer referencia tanto a la patria común, como a las patrias singulares, de lo que podríamos deducir que se reconocen como símbolos identitarios aptos para funcionar dentro procesos de integración material bajo el signo constitucional o dentro de procesos disgregadores promovidos por nacionalismos periféricos, lo que no parece alienarse excesivamente bien con la idea de integración bajo un paraguas común de valores contenidos en el texto constitucional. Ciertamente el Tribunal no formula el reconocimiento de la simbología autonómica en estos términos, bien consciente de que hacerlo sería, también desde el punto de vista simbólico, profundamente disgregador. Por ello, el argumento que sustenta la diversidad simbólica se basa en un principio o valor que podría definirse como comúnmente compartido: el pluralismo político y el reconocimiento de la diversidad de nacionalidades en el marco del Estado. Así se establece que el art. 2 de la Constitución española “ha instaurado un Estado complejo, en el que el ejercicio de las funciones

14 Utilizo aquí la expresión “territorios históricos” en el sentido empleado por el nacionalismo vasco que entiende que Euskal Herria debiera estar integrado por Araba, Bizkaia, Gipuzkoa, Nafarroa y las demarcaciones francesas de Baja Navarra (Nafarroa Beherea), Labort (Lapurdi) y Sola (Zuberoa).

15 Resulta sumamente interesante también la lectura del voto particular que firman los magistrados F. Rubio Llorente y L. Díez Picazo, por cuanto niega el conflicto competencial basándose en que no existía distribución competencial alguna el 2 de noviembre de 1978 y que, incluso admitiendo que se pueda juzgar la norma preconstitucional de acuerdo a una asunción competencial (estatutariamente definida) posterior en el tiempo, no se puede definir una competencia como el derecho de propiedad sobre un símbolo, sino sólo como un “haz concreto de potestades que se ejercen válidamente dentro de un territorio concreto, sobre personas determinadas y respecto de materias definidas”. Sin manifestarlo de este modo, estos dos magistrados asumen una visión normativista de la estructura territorial del Estado basada en la definición estatutaria de competencias en el marco de los arts. 148 y 149 de la Constitución.

estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las CCAA, dotadas de autonomía política que son expresión del ‘derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones’ que integran ‘la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles’. [...] no cabe duda de que, siendo los principales símbolos de nuestro Estado la bandera de España y su escudo, también son símbolos del Estado español las banderas y enseñas previstas en el art. 4 C.E. y reconocidas en los Estatutos de las CCAA, en tanto en cuanto, como ha quedado dicho, éstas constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad del Estado que configura” (STC 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2¹⁶).

También sobre las banderas se pronunciará el Tribunal en varias sentencias de amparo referidas al delito de ultrajes y ofensas a las banderas (SSTC 118/1992, de 16 de septiembre; 119/1992, de 18 de septiembre; 63/1993, de 1 de marzo), pero sin hacer mayor referencia a su carácter simbólico o integrador. Esa referencia se reserva a un pronunciamiento relativamente reciente, la STC 190/2020, de 15 de diciembre que, para resolver un recurso de amparo y en un *obiter dicta* perfectamente innecesario, formula un juicio positivo de constitucionalidad sobre el art. 543 CP, referido a los ultrajes a España, esto es, en buena medida a sus símbolos. Dice la sentencia que “la norma penal de referencia persigue un fin legítimo, no es indeterminada y está prevista en la ley de forma accesible y previsible. Ninguna duda razonada cabe sobre la relevancia y legitimidad de la finalidad del tipo penal, pues se dirige a proteger los símbolos y emblemas del Estado constitucional, entre los que se encuentran las banderas, únicos símbolos expresamente constitucionalizados (art. 4 CE). Así lo corrobora el hecho de que el delito de ultrajes a España (art. 543 CP) figure dentro del título XXI del Código penal, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución”. A mi juicio, el Tribunal se equivoca cuando afirma que no existen dudas razonadas sobre la legitimidad de la finalidad del tipo penal, cuando, en torno a la protección penal del símbolo las opiniones doctrinales no son unánimes. Bien al contrario, parecen ser mayoritarias las posiciones que asumen que el símbolo debe poder ceder ante el ejercicio de derechos fundamentales, ya que, si aceptamos la virtualidad de estos como elemento de integración, podemos aceptar también que su preservación puede tener un mayor efecto en la consecución de objetivos de integración material que el que tiene la defensa penal del símbolo (en este sentido De Miguel, 2022b). De nuevo aquí, como en la STC 94/1985, el razonamiento del Tribunal prescinde del contenido simbólico de las expresiones dirigidas en un acto de izado de la bandera, contra la bandera, pudieran tener cuando, precisamente, la

16 Retoma este pronunciamiento, mucho tiempo después, la STC 158/2019, de 12 de diciembre, que declara inconstitucionales algunos preceptos de la Ley de las Cortes de Aragón 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón. Este pronunciamiento sostiene la reserva de los Estatutos de Autonomía para regular los símbolos propios de las CCAA, quedando vedada esa posibilidad a cualquier otro tipo de norma autonómica o estatal con rango de ley.

relevancia fundamental de las expresiones perseguidas derivaba del ataque al símbolo en el momento de homenaje formal al símbolo, como una forma de poner de manifiesto la puerilidad del gesto frente a la desatención de los derechos laborales de los manifestantes que, a la postre, resultarán penalmente condenados. En este mismo sentido resulta elocuente el razonamiento del voto particular a la sentencia firmado por J.A. Xiol y M.L. Balaguer, quienes se refieren a que “el lenguaje simbólico también pertenece a quien se manifiesta contra el símbolo”.

Y es que, efectivamente, la lengua, como los escudos o las banderas, también es un elemento simbólico, con una innegable conexión histórica y cultural. Así lo reconocía también Smend en su formulación teórica. Por eso, el tratamiento que haga la Constitución de la lengua o las lenguas que se hablan efectivamente en un Estado va a determinar que ese elemento simbólico-cultural actúe como eje integrador o como elemento disgregador. El tratamiento constitucional de la lengua puede llevar a su oficialización, esto es a su asunción simbólica como lengua de Estado, propia del espacio público, o a su reserva al espacio privado, con lo que ello supone de confinamiento. Como dice Lucas Verdú “oficializar una lengua, cualquier lengua es un ingrediente básico de la *emotio* del Estado Constitucional; quizá su ingrediente por antonomasia, pues la lengua es el cauce que posibilita la integración en el marco del Estado constitucional entendido como Estado de cultura (...). Pero la lengua no es, como el himno o la bandera, una creación artificiosa a la que se reconoce un valor. Las lenguas son formaciones naturales asumidas por los individuos e incorporadas a su ser más íntimo (...) y, por eso, cualquier disposición constitucional relativa a ella es materia especialmente delicada” (Lucas Verdú, 1987: 86)

Desde fechas muy tempranas el Tribunal Constitucional estuvo llamado a pronunciarse sobre el uso de las lenguas propias de algunas CCAA (SSTC 6/1982, de 22 de febrero y 30/1986, de 20 de febrero), pero el primer pronunciamiento en el que se formula una noción sobre la lengua como elemento constitucional de integración es la STC 82/1986, de 26 de junio. El Tribunal sostiene en esta sentencia que la Constitución reconoce la realidad plurilingüe de la Nación española y ve en ella un valor cultural no sólo asumible, sino también digno de ser promovido (FJ 1). Desde ese reconocimiento simbólico y cultural del plurilingüismo, el Tribunal bascula hacia una aproximación formal y normativa del uso de las lenguas para sostener que “es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos” y, en este contexto, tiene una posición preminente del castellano respecto de las demás lenguas oficiales, que lo serán sólo en cada territorio en que así se determinen por vía del Estatuto de Autonomía, lo que “se traduce también en el reconocimiento de que sólo existe la obligación de conocer el castellano, lo que lleva aparejada una presunción de que todos los españoles lo conocen” (FJ 3).

A pesar de este reconocimiento de una suerte de pluralismo desequilibrado en favor del castellano en su primera jurisprudencia, el Tribunal Constitucional vino a

asumir posteriormente el carácter integrador de la lengua tanto cuando se trata del castellano, como cuando se hace referencia a las lenguas propias de las CCAA, que también funcionan, en el marco del territorio propio, como elemento de integración cultural. Así, la STC 337/1994, de 23 de diciembre, se refiere a que el modelo de conjunción lingüística previsto por la ley 7/1983 del Parlamento de Cataluña “es constitucionalmente legítimo en cuanto responde a un propósito de integración y cohesión social en la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea la lengua habitual de cada ciudadano”. Y continúa “al igual que es legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo, siempre que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma”. Este pronunciamiento, que supone un punto de inflexión en la jurisprudencia lingüística, también se deduce claramente que el mayor problema de uso de la lengua tendrá que ver con su empleo en el ámbito de la enseñanza, cuestión a la que no alude la Constitución. El lugar de la lengua en la escuela, que determinará como dice el Tribunal “corregir situaciones de desequilibrio heredadas históricamente y excluir que dicha lengua ocupe una posición marginal o secundaria.” (STC 337/1994) va a suponer, hasta hoy, motivo de conflicto permanente y elemento simbólico y político de indudable relevancia.

III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA ADHESIÓN A LOS VALORES CONSTITUCIONALES: ¿SOMOS UNA DEMOCRACIA MILITANTE?

La conexión de la teoría de la integración de Smend con la noción de “democracia militante” (*streitbare Demokratie*) de Lowenstein (1937) se produce a través de la idea de que el sistema constitucional es un sistema de valores compartidos que conduce a la integración, y que los procesos de integración se encaminan al mantenimiento del consenso valorativo, independientemente de que el contenido de los valores consensuados se vaya modificando paulatinamente para adaptarse a un contexto espacial y temporal. Si bien Smend habla de la integración en torno a valores (integración material) como un proceso irracional, la referencia a la democracia militante introduce un elemento de racionalidad garantista, con el objetivo de mantener el consenso axiológico mínimo que asegure el mantenimiento del sistema democrático. En la dicotomía planteada entre una democracia procedimental, ajena a los fines pretendidos por el modelo o a los valores subyacentes, y una democracia sustantiva y beligerante en relación con el mantenimiento de esos valores subyacentes¹⁷, las

17 Rescato aquí la reflexión de M. Revenga (2005) cuando critica la falta de evolución en la aproximación dicotómica al dilema de las sociedades abiertas y los límites de la apertura. Sostiene este autor que, a pesar de la experiencia adquirida en un siglo de trabajo teórico sobre el dilema de la apertura de las democracias y a pesar de los “estudios de caso”, seguimos aferrándonos a las construcciones doctrinales de los años 30 del

teorías de la integración y la noción de democracia militante confluyen en torno a esta segunda perspectiva.

Así, un modelo de democracia militante sería aquel que prevé una serie de garantías que aseguran la integración en torno a un núcleo esencial de valores compartidos, tratando de evitar el disenso dentro del propio sistema respecto de esos valores mínimos consensuados¹⁸. Según definición elaborada por Miguel Revenga, se califican como democracias militantes “aquellas democracias que cuentan con medios de defensa para «plantar cara» a quienes aprovechan las posibilidades abiertas por un sistema de libertad para todos, con el fin de intentar destruirlo” (Revenga, 2005: 13), siempre y cuando se trate de formas específicas de protección “que actúan en la dirección opuesta a la de un sistema de libertades gracias al cual es posible concebir, expresar, y aspirar a ver plasmado cualquier proyecto político” (Revenga, 2005: 14)¹⁹.

El paradigma de democracia militante sigue siendo, para la mayoría de la doctrina, el art. 21, apartado 2, de la Constitución alemana de 1949 (Grimm, 2001) y la aplicación jurisprudencial que se hace del mismo²⁰. Este precepto establece que los partidos políticos que “por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales”, resultando competente el Tribunal Constitucional Federal para decidir sobre la constitucionalidad y sobre la eventual exclusión de

siglo XX, y a las construcciones dicotómicas derivadas de la oposición frontal entre la democracia sustantiva y la democracia procedimental. Estando de acuerdo con la crítica de M. Revenga, me parece útil reproducir aquí este planteamiento con la finalidad instrumental de explicar la conexión entre la teoría de la integración y la noción de democracia militante porque ambas confluyen a la hora de identificarse en el eje teórico vinculado a la democracia sustantiva. Este recurso expositivo no me impide asumir, con Miguel Revenga, que “(t)ales construcciones dicotómicas llevan a olvidar que entre un extremo y otro hay espacio para categorías intermedias. Y difícilmente encontraremos en la práctica de nuestros días ejemplos que respondan con nitidez a los modelos «ideales» de democracia sustantiva o de democracia de procedimientos”.

18 Resulta sumamente relevante la idea de la defensa frente al “disenso interno” y eso porque la noción de defensa de los valores comunes esenciales frente a actores exteriores al propio Estado se articula a través de una noción propia, como es la de “identidad constitucional”. Este concepto tiene algunos puntos de conexión con el de democracia militante en el sentido de pretender la identificación de una serie de valores o principios constitucionales intangibles, que deben preservarse ante la eventual acción exterior, incluso aunque esa acción esté basada, por su parte en valores de integración supranacional. En este sentido véase el trabajo de Burgorue-Larsen, L. (2022) y el de Núñez Poblete (2008).

19 Algunos autores, como L. Álvarez (2023: 353) restringen la definición de la democracia militante a una norma de lealtad constitucional específicamente dirigida al control de ideologías contrarias a la democracia, pero entiendo que, si bien este es el origen propio del concepto, actualmente el contenido de este se ha ampliado y se aproxima más a la noción de lealtad constitucional en el sentido también definido por Álvarez. Entiendo que así puede deducirse del uso jurisprudencial que hace el Tribunal Constitucional, sin entrar a valorar si el mismo es o no el más adecuado, pero, de hecho, ha venido a extender la noción.

20 No debe olvidarse que el concepto de democracia militante es de origen doctrinal, trasladándose al ámbito estrictamente jurídico en la sentencia constitucional que ilegaliza el Partido Comunista de Alemania (BVerfGE 5/85), de 17 de agosto de 1956. Pero no se recoge expresamente en la Ley Fundamental de 1949 (Álvarez, 2023: 352).

la financiación estatal a la que se refiere el apartado 3 del mismo art. 21. Estas consideraciones sobre la prohibición de la defensa público-política de determinadas opciones ideológicas se completa, de un lado, con la existencia de cláusulas materiales de intangibilidad dentro del propio texto constitucional, es decir con la prohibición de reforma de determinados valores o principios en torno a los cuales se construye el propio sistema constitucional; y de otro con el reconocimiento de la noción de abuso de derecho (De Miguel, 2022: 22). Estos mecanismos de garantía se sintetizan en la prohibición de abuso de derecho cuando nos trasladamos al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, tal y como se recoge los arts. 30 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La cita de la dicción literal de este último basta como ejemplo ilustrativo: “(n)inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”²¹.

Nuestro texto constitucional de 1978 no prevé cláusulas sustantivas de intangibilidad²², a pesar de reservar un procedimiento particularmente complejo de reforma al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II (art. 168 CE). Tampoco prohíbe de forma expresa de la defensa y promoción de ningún tipo de opción política, y habrá que esperar hasta la aprobación de la L.O. 6/2002 de partidos políticos para que el sistema constitucional prevea un mecanismo de ilegalización de partidos. Del silencio constitucional en relación con la inexistencia de límites materiales a la reforma y con la posibilidad de ilegalizar o declarar contrarios a la Constitución partidos políticos con un ideario determinado, aderezado con una aproximación liberal e incondicionada a la libertad de expresión que contempla pocas y recientes excepciones²³ a las que nos referiremos inmediata-

21 Véase, a este respecto, la reflexión de Allúe Buiza (2006) sobre el alcance del art. 17 del CEDH y la prohibición de abuso de derecho que desarrolla la jurisprudencia relacionada con la prohibición de partidos políticos en Turquía, en particular la sentencia Refah Partisi (The Welfare Party) y otros c. Turquía (de 13 de febrero de 2003). Resulta de interés asimismo la cita de la STEDH Vona c. Hungría (9 de julio de 2013).

22 Cosa distinta es que se pueda defender, como hacen algunos autores, la existencia de cláusulas de intangibilidad tácitas contenidas en el Título Preliminar de la Constitución. En este sentido véase el trabajo de Allúe Buiza (2006: 251).

23 Las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), 176/1995, de 11 de diciembre (caso comic Hitler=SS), y 235/2007, de 7 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad sobre la sanción penal de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen delitos de genocidio), sostienen en términos muy próximos que “(...) al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria. La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa, de la que más abajo habrá ocasión

mente, podría haber derivado la categórica afirmación jurisprudencial de que la Constitución de 1978 no sustenta un modelo de democracia militante. Ahora bien, a la hora de argumentar este apartamiento del militantismo constitucional, el Tribunal toma la parte por el todo y asocia exclusivamente la ausencia de cláusulas de intangibilidad constitucional expresa a la afirmación de que el sistema español no es una democracia militante y, alcanzada tal conclusión, se ve obligado a encajar el procedimiento de ilegalización de partidos en el modelo, afirmando que el sistema no persigue las ideas sino la elección de mecanismos de defensa de las mismas violentos y contrarios a los derechos fundamentales.

Este esquema argumental surge con la STC 48/2003, de 12 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco contra diversos preceptos de la L.O. de partidos políticos²⁴. La ley desarrolla un estatuto específico para los partidos políticos que, hasta ese momento, se regían por la legislación propia de las asociaciones civiles y concreta las obligaciones de respeto a la Constitución y la ley derivadas del art. 6 CE regulando, entre otras cuestiones, un procedimiento judicial de ilegalización²⁵ de aquellos partidos políticos que proporcionen “un apoyo político real y efectivo a la violencia o el terrorismo” (apartado I de la exposición de motivos de la LO 6/2002), es decir introduciendo un mecanismo de garantía de la democracia. La particularidad del modelo radica en que, a pesar de la asimilación de un dispositivo de garantía próximo al previsto en el sistema alemán, el Tribunal Constitucional negará la definición de la española como democracia militante.

Ciertamente, la legislación impugnada no limita la defensa de ningún tipo de idea disidente con el sistema constitucional, siempre que esta se formule a través de los cauces procedimentales adecuados de reforma constitucional. Lo que impide es el recurso a la violencia para defender esas ideas. El Tribunal Constitucional dice coincidir con el gobierno autonómico recurrente al afirmar que, en el ordenamiento constitucional español, no tiene cabida un modelo de “democracia militante” en el sentido

de hablar. Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico” (STC 176/1995, FJ 2).

24 Concretamente contra los arts. 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6 y 9, el Capítulo III (arts. 10 a 12) y la Disposición Transitoria Única, apartado 2, de la L.O. 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. El gobierno autonómico recurrente consideraba que la previsión de ilegalización de partidos políticos prevista en los preceptos impugnados suponía una limitación del derecho de asociación y del reconocimiento de los partidos políticos (arts. 6 y 22 CE) sin base constitucional, al construir un significado del deber de fidelidad a la constitución previsto en el art. 9.1 CE sobre el que el Tribunal se habría ya pronunciado en el año 1983 (SSTC 101 y 122/1983) formulando una lectura abierta que implica únicamente “el compromiso de respetar las reglas del juego político y del orden jurídico existente, en tanto existe, y no intentar su transformación por medios ilegales” (cita formulada en el escrito de demanda por el Gobierno Vasco).

25 Se hace notar que se trata de un sistema de ilegalización, y no de un modelo de declaración de inconstitucionalidad como el previsto por el art. 21.1 de la Grundgesetz.

que confiere a esta expresión el recurso de inconstitucionalidad, esto es “un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”. Ahora bien, lo que resulta sorprendente es la razón que sustenta esta afirmación: el Tribunal entiende que, para considerar el sistema constitucional español como una democracia militante es presupuesto inexcusable que exista un “núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos” (FJ 7). Y continúa: “(l)a Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento.” (FJ 7).

En suma, la jurisprudencia constitucional niega categóricamente que en el sistema constitucional español se acoja un modelo de democracia militante porque no existen cláusulas de intangibilidad constitucional y, dentro de ese marco, la ley de partidos no excluye ningún partido aunque su ideario sostenga valores contrarios a los constitucionales, salvo que su defensa implique actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia, siendo que estas no pueden considerarse cubiertas por las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información. Esta misma línea jurisprudencial se afianza con las sentencias constitucionales que revisan diversas resoluciones judiciales de ilegalización de partidos políticos²⁶ y la misma lógica sirve en su día a las SSTC 62/2011, de 5 de mayo (asunto candidaturas de Bildu) y 138/2012, de 20 de junio (inscripción de Sortu) para confirmar la legalidad de las dos conformaciones políticas más recientes de la izquierda abertzale, surgidas en un momento y con unos planteamientos de acción política matizadamente distintos. La STC 62/2011 corrige la anulación de la proclamación de todas las candidaturas presentadas por la coalición Bildu a las elecciones municipales, a las Juntas Generales de los Territorios Históricos y al Parlamento Foral de Navarra. La STC 138/2012 anula la decisión denegatoria de inscripción del partido

²⁶ En particular las SSTC 85/2003, de 8 de mayo (asunto agrupación de electores Amezketa y otras); 5/2004, de 16 de enero (asunto Ilegalización de Batasuna); 6/2004, de 16 de enero (asunto ilegalización Herri Batasuna); 99/2004, de 27 de mayo (asunto agrupación de electores Herritarren Zerrenda); 112/2007, de 10 de mayo [asunto Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV)]; 31/2009, de 29 de enero [asunto Eusko Abertzale Ekintza/Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV)] y 43/2009, de 12 de febrero (asunto Askatasuna). Las SSTC 5 y 6/2004 serán revisadas por la STEDH de 30 de junio de 2009, en el asunto Herri Batasuna y Batasuna c. España, concluyendo el Tribunal de Estrasburgo, aplicando la doctrina elaborada en la STEDH Refah Partisi y otros c. Turquía (de 13 de febrero de 2003), que la innegable injerencia en la libertad de asociación política responde a una “necesidad social imperiosa”, habida cuenta de que “los proyectos políticos de los partidos demandantes eran contrarios al concepto de ‘sociedad democrática’ y representaban un peligro importante para la democracia española”. (apartado 93). En el mismo sentido se pronuncian las SSTEDH Herritarren Zerrenda c. España (30 de junio de 2009, en revisión de la STC 99/2004) y Erxeberría, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako y otros c. España (30 junio 2009, en revisión de la STC 85/2003).

político Sortu. En este último supuesto el Tribunal introduce una diferencia entre el mecanismo de ilegalización de partidos y la prohibición de inscripción en el registro: la sentencia afirma que cuando se impide la inscripción, se impide la actividad que pudiera denotar la defensa ilegítima de postulados contrarios a la Constitución, y que de la mera lectura de los Estatutos presentados para la inscripción se deduce “un inequívoco rechazo a la violencia, como medio de acción, incluida la violencia de ETA; rechazo expreso que por primera vez se recoge en los estatutos de un partido político nacido del ámbito de la izquierda abertzale”.

Ahora bien, la coherencia del argumento sobre la democracia militante empieza a sostenerse con dificultad a partir de la STC 12/2008, de 29 de enero. En este pronunciamiento el Tribunal Constitucional desestima un recurso y una cuestión de inconstitucionalidad acumulados planteados en relación con el art. 44 bis LOREG, que prevé las listas electorales “paritarias” o equilibradas²⁷. Entre las dudas de constitucionalidad suscitadas en el proceso se planteaba si el precepto no vendría a imponer un modelo de democracia militante, por cuando parece imponer a todos los partidos políticos una ideología alineada con la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, al excluir la posibilidad de presentar candidaturas electorales que no respetasen el principio de presencia equilibrada de los sexos. En este caso, el Tribunal insiste en que de un lado van las ideas y de otro los hechos, pero aquí ya no se trata de que el partido político deba renunciar a acciones violentas o de sustento de acciones terroristas. Aquí se trata de que el partido debe cumplir unas determinadas reglas en el diseño de las listas electorales, independientemente de que esté de acuerdo o no con los valores que inspiran esas reglas, lo que condiciona, innegablemente, su margen de maniobra política. Ya no se trata de abstenerse de la acción, sino de actuar en un determinado sentido, aunque ello vaya en abierta oposición a su ideario que, según la jurisprudencia constitucional, sigue siendo válido en un contexto de ausencia de democracia militante. Insiste la sentencia en que “el requisito de que las formaciones políticas que pretendan participar en los procesos electorales hayan de incluir necesariamente a candidatos de uno y otro sexo en las proporciones recogidas en la disposición adicional segunda LOIMH no implica la exigencia de que esas mismas formaciones políticas participen de los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria” (FJ 6). La debilidad del argumento es evidente: el sistema constitucional integra como valor la idea de democracia paritaria o igualitaria y un partido político puede, en teoría, oponerse a este valor constitucional, pero está obligado no sólo a no combatirlo mediante el sustento de un proceder violento (lo que se deriva de la primera jurisprudencia sobre ilegalización de partidos políticos) sino a adecuar la configuración de sus candidaturas electorales, elemento básico de su acción política, a ese valor que puede llegar a combatir, asumiendo la obligación de hacerlo a través de representantes políticos

27 L.O. 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, en la redacción que le diera la D.A. 2ª de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

que han sido escogidos en aplicación de una regla a la que se oponen. Resulta cuando menos paradójico si nos empeñamos en negar la existencia de una democracia militante.

Y la discordancia lógica se acentúa cuando la negación del militantismo constitucional se lleva a la resolución de los procesos en que se plantea y resuelve la cuestión del proceso independentista en Cataluña (Gómez, 2023). La primera de esta serie de resoluciones es la STC 42/2014, de 25 de marzo, relativa a la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”. El FJ 4 de la sentencia reitera, de forma ritual, la negación del modelo de democracia militante para añadir después que “(e)l planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ 4). La apertura de un proceso de tales características no está predeterminada en cuanto al resultado. Ahora bien, el deber de lealtad constitucional, que como este Tribunal ha señalado se traduce en un “deber de auxilio recíproco”, de “recíproco apoyo y mutua lealtad”, “concreción, a su vez el más amplio deber de fidelidad a la Constitución” (STC 247/2007, de 12 diciembre, FJ 4) por parte de los poderes públicos, requiere que si la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, que tiene reconocida por la Constitución iniciativa de reforma constitucional (artículos 87.2 y 166 CE), formulase una propuesta en tal sentido, el Parlamento español deberá entrar a considerarla”. [FJ 4 c)]²⁸. Aquí (y en supuestos sucesivos) el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el ajuste constitucional de resoluciones parlamentarias sin efectos extraparlamentarios, esto es, sobre el ajuste constitucional de formulaciones o declaraciones esencialmente políticas y esa será la tónica general, apenas excepcionada en asuntos como el que resuelve la STC 52/2017, de 10 de mayo (relativa a la preparación de las denominadas estructuras de Estado)²⁹. A partir de ahí el problema constitucional se transforma en una cuestión de falta de respeto a las resoluciones del Tribunal. Por citar sólo un ejemplo en este sentido véase la STC 91/2021, de 22 de abril que no habla de acudir a la

28 El mismo argumento, con una formulación más o menos aproximada, se identifica en la STC 136/2018, de 13 de diciembre (sobre la moción 5/XII del Parlamento de Cataluña), y en la STC 111/2019, de 2 de octubre (sobre la resolución del Parlamento de Cataluña 298/XII, de 7 de marzo de 2019, de creación de la Comisión de Investigación sobre la Monarquía).

29 Este pronunciamiento sostiene que el decreto de preparación de las estructuras de Estado supone un intento de soslayar los procedimientos de reforma constitucional pretendiendo la transformación de la identidad institucional de la Comunidad Autónoma, por obra de su sola voluntad

reforma constitucional para modificar el sistema, sino del respeto a las resoluciones del Tribunal Constitucional que se referían al procedimiento de reforma negando la idea de democracia militante. En este caso, para validar la condena penal a algunos de los líderes del proceso independentista, el Tribunal Constitucional sostiene que no “se castiga por difundir opiniones o doctrinas contrarias al actual estatus constitucional. Tampoco por propugnar una superación del marco político vigente. La libertad de los acusados, en este punto, permanece incólume. Nuestro sistema no se identifica con aquellos otros que hacen de la democracia militante una de sus señas de identidad (cfr. SSTC 48/2003, 136/1999, 159/1986). Las mismas ideas que han defendido los acusados les han permitido concurrir a elecciones legislativas. Esas ideas secesionistas son las que siguen dando vida al Gobierno autonómico de Cataluña. Su legitimidad no se cuestiona. Lo que es objeto de reproche penal —y así lo hemos declarado probado— es haber pulverizado el pacto constitucional, y hacerlo mediante la aprobación de leyes en abierta y contumaz desatención a los requerimientos del Tribunal Constitucional. Lo que se sanciona, en fin, no es opinar o defender una opción rupturista, sino definir una legalidad paralela de corte constituyente y movilizar a una multitud de ciudadanos para oponerse a la ejecución de las decisiones legítimas de la autoridad judicial, celebrando un referéndum declarado ilegal por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuyo resultado era la condición necesaria para la entrada vigor de la ley de transitoriedad, que implicaba la definitiva ruptura con la estructura del Estado” (FJ 11 y, en sentido idéntico, el FJ 11 de la STC 106/2021, de 11 de mayo y el FJ 12 de la STC 121/2021, de 2 de junio).

Parece claro que la jurisprudencia constitucional ha metamorfoseado la noción originariamente utilizada de democracia militante. Ya no se trata solo de abstenerse de la defensa violenta de determinadas ideas, se trata también de elaborar listas paritarias se esté o no de acuerdo con el principio de paridad y de respetar un deber de fidelidad a la Constitución y de respeto a las resoluciones del Tribunal Constitucional que exige promover la reforma constitucional única y exclusivamente a través del ejercicio de la muy limitada iniciativa prevista en el Título X de la Constitución. Dicho en otros términos, la negación de la democracia militante lleva implícita, en la jurisprudencia constitucional, la adhesión a un modelo de democracia procedimental. Pero ni esta adhesión es cierta, ni lo es la negación incondicionada de la democracia militante, más allá de una postura formalmente declarada que se formula ignorando la fáctica imposibilidad de reforma. En suma, la negación jurisprudencial de la democracia militante es meramente dialéctica que real, porque efectivamente se establecen bases constitucionales incuestionables e incontestables que hablan en parte de valores (negación de la violencia y de la vulneración de derechos fundamentales; paridad; lealtad constitucional) y en parte de procedimientos (exclusividad del procedimiento de reforma constitucional para alterar en profundidad el sistema de organización territorial del poder).

La inconsistencia de la negación de la democracia militante se pone aún más de manifiesto cuando se acude a dos pronunciamientos que han sido, por lo demás, objeto de severas críticas. En la STC 177/2015, de 22 de julio (asunto de la quema de las fotos del rey)³⁰ el Tribunal confirma la condena del recurrente en amparo por haber quemado una fotografía de las efigies en tamaño real de los Reyes, puesta boca abajo, en una concentración pública al término de una manifestación contra la monarquía. A pesar de evocar, de nuevo ritualmente, la negación de la democracia militante, el Tribunal subraya la singular y reforzada protección jurídica otorgada por el legislador penal a la Corona, “para defender el propio Estado Constitucional” [FJ 3 a)] y la importancia simbólica de la destrucción de un retrato que puede sugerir una acción violenta [FJ 3 b)]. A mi juicio, encontraremos pocas sentencias en las que la idea de la integración material a través del lenguaje simbólico y la especial consideración de la monarquía se activen de forma más clara. Aquí el Tribunal niega con un párrafo la identificación con una democracia sustantiva y sostiene con otro la existencia de valores comunes que deben ser preservados: en este caso el respeto al símbolo conformado por la monarquía. Una posición muy similar se sostiene en la STC 190/2020, de 15 de diciembre (asunto Frago Dacosta, previamente referido)³¹, que afirma el carácter simbólico de la bandera nacional y su necesaria protección penal frente a manifestaciones insultantes. Sostiene aquí el Tribunal que, cuando “la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión” [FJ 4 d)].

Podríamos concluir, por tanto, que el sistema constitucional, a pesar de no recoger en el texto de la Constitución de 1978 cláusula sustantiva de intangibilidad alguna, no carece de capacidad de reacción frente a quienes propugnan la superación o la modificación de una serie de valores que inspiran nuestro ordenamiento fundamental. Tal capacidad de reacción, en parte diseñada por el legislador (De Miguel, 2022: 32) y no por el poder constituyente, viene dada por un sistema de garantías del sistema en sí mismo considerado que se asocia formalmente a la obligación de los partidos políticos de asimilar un funcionamiento

³⁰ Con posterioridad, el TEDH (Sección Tercera), estimó la demanda de los solicitantes de amparo. En la STEDH Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018, declaró vulnerado el derecho a la libertad de expresión (art.10 del Convenio europeo de derechos humanos).

³¹ También en este caso Estrasburgo estimó el recurso planteado por el señor Frago Dacosta en la STEDH Frago Dacosta c. España, de 8 de junio de 2023, estimando vulnerado el derecho a la libertad de expresión del art. 10 CEDH.

igualitario en el diseño de las listas electorales, de no defender la consecución de sus objetivos políticos por medio de acciones violentas, y de no promover esa misma consecución al margen de los procedimientos de reforma constitucional previstos en la Constitución, condición esta que se proyecta no solamente a los partidos políticos sino también a sus militantes y cuadros responsables, así como a las instituciones que dichos partidos vienen a integrar tras una convocatoria electoral. Pero la doctrina constitucional no se queda sólo en el vínculo a los procedimientos, además se pronuncia sobre la protección de los símbolos y asume que la falta de adhesión a los procedimientos de reforma implica una falta de lealtad constitucional que no es otra cosa más que un principio de contenido puramente axiológico.

IV. LAS FÓRMULAS DE ACATAMIENTO DE LA CONSTITUCION: LA PARADOJA DE LO FORMALMENTE SIMBÓLICO

El juramento o promesa de acatamiento de la Constitución se configura como una exigencia (exclusivamente) legal para el acceso a cargos o funciones públicas previsto en como derecho fundamental en el art. 23 CE. La opción entre jurar y prometer la Constitución, o la introducción de fórmulas de acatamiento distintas de las previstas en la ley se ha convertido con el tiempo en un símbolo específico de disidencia respecto de uno o más aspectos del texto constitucional, por lo que la reflexión sobre las fórmulas de acatamiento nos lleva de nuevo a una reflexión sobre la integración simbólica en torno a valores compartidos de base constitucional.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión en más de una decena de ocasiones desde 1983 y hasta el 2023 y en todos los casos se adopta una posición de exigencia formal de cumplimiento de una obligación externa, meramente declarativa, que no implica ninguna adhesión real ni al texto ni al espíritu de la Constitución, es decir que no abunda en absoluto en la idea de pe la posición de la Constitución como herramienta de integración material o sustantiva.

En la STC 101/1983, de 18 de noviembre, se resuelve por primera vez un recurso de amparo planteado por varios diputados, electos en las listas de Herri Batasuna a las Cortes, que no acudieron al llamamiento para prestar acatamiento a la Constitución. En este pronunciamiento el Tribunal sostiene que la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema que se traduce, para quienes optan a ejercer un cargo público, en el deber de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, lo que supone un deber positivo de acatamiento “entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los arts. 166 y

siguientes de la Norma Fundamental” (FJ 3). La STC 122/1983, de 16 de diciembre (diputados electos al Parlamento de Galicia) proyecta la doctrina anterior a las fórmulas de acatamiento exigidas en los parlamentos autonómicos. En este caso, los diputados recurrentes se oponen a asumir la obligación de “guardar fidelidad” a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de Galicia. A este respecto el Tribunal sostiene que la promesa de fidelidad puede “entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución y Estatuto, siempre que se respeten aquellas reglas de juego; [...] De acuerdo con esta interpretación el deber de fidelidad se confunde prácticamente con el deber de obediencia a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que deriva del art. 9.1 de la Constitución, del que arranca también, como se ha advertido, el deber de acatamiento” (FJ 5).

Este razonamiento devuelve a la idea de negación de la democracia militante basada en la ausencia de cláusulas de intangibilidad: la (irreal) posibilidad de reforma constitucional justifica la defensa acrítica de la idea de que no se exige adhesión a unos valores constitucionales porque nada impide cambiarlos, máxime desde el ejercicio de un cargo público. Ahora bien, aunque no se compartan ni se acepten la totalidad de los valores constitucionales, que se asume que pueden no ser comunes, es preciso acatarlos. La forma se superpone a la sustancia y la palabra al espíritu. La cuestión es, llegados a este punto, si cualquier fórmula de acatamiento es adecuada.

A ello se referirá la STC 119/1990, de 21 de julio³². En este caso, tres diputados electos añadieron la frase “por imperativo legal” cuando respondieron “sí prometo” a la pregunta del presidente del Congreso de los Diputados sobre si juraban o prometían acatar la Constitución. La STC 74/1991, de 8 de abril, vendrá a resolver un supuesto casi idéntico, en este caso protagonizado por tres senadores electos que utilizaron la misma fórmula. En sus pronunciamientos el Tribunal profundiza en su argumentación previa y, ante la ausencia de exigencia constitucional de acatamiento, reconoce que caben opiniones dispares sobre la conveniencia política de imponer este tipo de obligaciones y sostiene que, en cualquier caso, la obligación de sujeción a la Constitución no deriva del hecho de prestar juramento o promesa de acatamiento, sino del carácter normativo del propio texto. A pesar de ello

32 La STC 8/1985 (asunto ediles del PCE en Aranda de Duero) había resuelto un conflicto similar en relación con varios concejales que habían añadido a la fórmula de acatamiento algunas consideraciones propias, resultando tal fórmula de acatamiento anulada por sentencia del orden contencioso administrativo a petición de concejales de otros grupos municipales. Si embargo, en este caso, el recurso de amparo se estimó porque la exigencia de la fórmula de promesa o juramento había sido prevista por el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, incumpléndose la reserva de ley que, al respecto, prevé el art. 23 CE, y todo ello sin entrar a la cuestión de la validez de la fórmula concreta de acatamiento.

reconoce que el acto de acatamiento podría reforzar la obligación creando un vínculo suplementario de índole religiosa o moral pero, aun reconociendo esta eventual trascendencia de la palabra, del símbolo asociado al juramento o promesa, la sentencia niega cualquier trascendencia jurídica a la “vinculación más fuerte en el fuero interno”, porque, de no respetarse el compromiso, ello no privaría “de la condición de Diputado o Senador, para la que no hay otro título que la elección popular, sino sólo del ejercicio de las funciones propias de tal condición y, con ellas, de los derechos y prerrogativas anexos” (STC 119/1990, FJ 2).

Así, el Tribunal reconoce el carácter de obligación legal de la exigencia de acatamiento, pero no le atribuye una dimensión de adhesión o de asimilación de los valores constitucionales, es decir lo restringe a un acto formal exigible para acceder a las prerrogativas y funciones del cargo. A pesar de posicionarse en esta visión normativista del requisito, el Tribunal opta por evitar un entendimiento “exageradamente ritualista de esa obligación”, de modo que la fórmula empleada ha de asegurar una cierta afirmación solemne, exige el empleo de la fórmula protocolar, y establece que “para tener por cumplido el requisito no bastaría sólo con emplear la fórmula ritual, sino emplearla, además, sin acompañarla de cláusulas o expresiones que de una u otra forma, varíen, limiten o condicionen su sentido propio, sea cual fuese la justificación invocada para ello” (STC 119/1990, FJ 3). Y, en este contexto argumental, el añadido “por imperativo legal” a la fórmula de acatamiento no tiene “relevancia suficiente para vaciar de contenido el compromiso que adquirieron los recurrentes de respeto a la Constitución y de sujeción al modelo democrático que la misma representa” (STC 74/1991, FJ 6).

La apertura del arco parlamentario a nuevos partidos y coaliciones políticas, así como la crisis política relacionada con *El Procés* en Cataluña, reactualizó esta cuestión tras las elecciones de la primavera de 2019 y las de otoño de ese mismo año, cuando el Congreso y el Senado debieron configurarse con integrantes de formaciones políticas que, o bien nunca habían tenido representación parlamentaria, o bien habían radicalizado algunas posiciones políticas. En este caso, la cuestión de la validez de las fórmulas de acatamiento se vio aderezada por el elevado número representantes electos que añadieron alguna mención particular a su expresión de adhesión (distinta del ya conocido “por imperativo legal”) y por la circunstancia de que, ante la oposición de una parte de quienes habían accedido a sus escaños utilizando la fórmula ortodoxa, la presidencia de cada una de las Cámaras aceptó las fórmulas “extravagantes”. A partir de la STC 65/2023, de 6 de junio, el Tribunal ha venido a pronunciarse en ocho ocasiones³³ desestimando los recursos de amparo planteados frente al uso de las fórmulas de acatamiento extravagantes, al entender que este uso no suponía el menoscabo de los derechos del resto de integrantes de la Cámara. Los argumentos desestimatorios no entraron a evaluar la

33 SSTC 125/2023, de 27 de septiembre; 133/2023 y 135/2023 de 23 de octubre; 139 a 142 de 24 de octubre.

validez de cada una de las fórmulas de acatamiento contestadas, pero los votos particulares sí se centraron en esta cuestión.

La opinión disidente firmada por los magistrados R. Enríquez, E. Arnaldo y C. Espejel pone de relieve que la “exigencia de prestación del juramento o promesa de acatamiento a la Constitución no es una reminiscencia ritual de origen medieval, sino que expresa la integración constitucional de los servidores públicos, muy especialmente de los representantes de la soberanía nacional, que precisamente actúan en su nombre y por tanto están sometidos y sujetos a la norma suprema que deben hacer efectiva”. Y derivan de esa importancia integradora el rechazo a “fórmulas que expresan convicciones incompatibles con el contenido de la Constitución cuya legitimidad o carácter democrático rechazan” o a “fórmulas ininteligibles o incompletas, que impiden la certeza de la incondicionalidad y plenitud del juramento o promesa de acatamiento”. El magistrado César Tolosa, en la misma línea, sostiene que la sentencia desconoce “la significación y ontología de la obligación de someterse a la Constitución y no ha advertido su carácter medular al reducir dicha exigencia al nivel de una mera, vana e irrelevante formalidad legal desdibujando su importancia, así como las consecuencias de su incumplimiento”. Por su parte, el voto concurrente de la magistrada Balaguer se centra en la incompatibilidad entre la declaración de la neutralidad ideológica de la Constitución y la exigencia de juramento o promesa.

La conexión entre democracia militante y fórmulas de acatamiento heterodoxas no deja de tener líneas de fuga, y seguramente el voto particular de Balaguer tampoco acierta al señalar la paradoja porque no distingue entre acatamiento relicto, sometimiento por defecto y lealtad constitucional (Álvarez, 2023: 348). Pero lo que parece evidente es que la jurisprudencia constitucional se debate entre la fuerza de la forma (juramento) y la constatación de la disonancia sustantiva con alguna vertiente del sistema constitucional que experimenta una parte de la sociedad, en este caso representada por los parlamentarios y parlamentarias electos. Si no se pide adhesión plena al texto constitucional al negarse la noción de democracia militante, ¿por qué pedir formalmente acatamiento?

V. LA INTERPRETACIÓN UNITARIA Y LA INTERPRETACION EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el marco de la escueta teoría de Smend sobre los derechos fundamentales presenta un particular interés su visión sobre la necesidad de adaptar su interpretación al tiempo y espacio en que sus titulares los ejercitan. Estas consideraciones encuentran su reflejo, pero de forma muy limitada, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que adolece de una visión segmentada y formalista de la interpretación de los derechos fundamentales, sin duda alguna condicionada por la limitación procesal del objeto del recurso de amparo, que se deriva de la dicción literal del art. 53.2 CE.

El principio de justicia constitucional rogada implica que el Tribunal solo se pronuncia sobre los asuntos que los legitimados le hacen llegar. En materia de derechos fundamentales el instrumento procesal por antonomasia, del que se sirve la jurisdicción constitucional para integrar su interpretación, es el recurso de amparo constitucional que, tal y como se deriva del art. 53.2 CE sólo resulta apto para la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE), la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio (hoy en desuso, del art. 30.2 CE), y los derechos contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I, esto es, esencialmente los tradicionalmente conocidos como derechos civiles y políticos (arts. 15 a 26 CE), a los que se suman el derecho a la educación, de base prestacional (art. 27 CE) y la libertad sindical (art. 28 CE), que se vincula estrechamente con la libertad de asociación a pesar de su conexión con la defensa de los derechos de los trabajadores. Esta rigidez del modelo de garantía jurisdiccional, acompañada de una sobredimensión del recurso de amparo en la actividad del Tribunal Constitucional, que ha obsesionado al propio Tribunal y al legislador hasta el punto de abordar sucesivas (e infructuosas) reformas del proceso, han sido quizá los dos obstáculos principales a una interpretación abierta (podríamos decir holística) de los derechos constitucionales.

Si bien el TEDH sostiene desde la sentencia *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos debe leerse a la luz de las “condiciones de vida actuales” y que “dentro de su ámbito de aplicación, tiene por objeto una protección real y concreta del individuo”, lo que implica asumir que los derechos civiles y políticos que el Convenio enuncia “tienen implicaciones económicas o sociales y que “no existe un tabique estanco que separe estos últimos del ámbito del Convenio”, no parece que esta posición, a pesar del mandato interpretativo contenido en el art. 10.2 CE, haya sido plenamente recibida por el Tribunal Constitucional español. De entre las muchas técnicas de interpretación “integrada” de los derechos utilizadas por el TEDH (Gómez, 2017: 445 y ss), el Tribunal Constitucional se ha limitado a incorporar solo alguna de ellas y de forma muy “escogida”³⁴.

Así, formula una interpretación abierta del derecho a la libertad sindical (art. 28 CE) que viene a integrar el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE) y lo hace desde la temprana STC 4/1983, de 28 de enero, en la que se dice que “el derecho constitucional de libertad sindical comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino asimismo

³⁴ Utilizo aquí la idea de interpretación “integrada” en el sentido de interpretación “unitaria” y no en el sentido utilizado por Pablo Lucas Murillo en el trabajo “Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación del texto de 1978” (Lucas Murillo, 2018). Este autor se refiere a la integración como fórmula de desarrollo de la Constitución, para distinguir la mera interpretación progresiva del texto de la mutación constitucional. En todo caso ambos coincidimos en la selección de algunas de las sentencias paradigmáticas que ponen de relieve la labor integradora de la jurisprudencia constitucional, sea en el sentido que él confiere a este término, sea en el que yo le atribuyo.

el derecho a que los sindicatos fundados —y aquellos a los que la afiliación se haya hecho— realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar «contenido esencial» de tal derecho. Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el art. 28 de la C.E. es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 de la Constitución de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores' (FJ 3). Y en esta defensa y protección de los intereses de los trabajadores entra la negociación colectiva laboral cuando, sobre el supuesto de una representatividad mínima, el convenio rebasa el ámbito de una empresa" (FJ 3). Esta jurisprudencia integradora, que vincula un derecho de la sección primera con uno de la sección segunda para asegurar su protección reforzada, se vendrá a mantener, inalterada, hasta 2021 en que la STC 130/2021, de 21 de junio se pronuncia por última vez (hasta la fecha) sobre el derecho a la negociación colectiva.

La protección de algunos derechos sociales o de fuerte contenido prestacional a través de las garantías procesales incluidas en el art. 24.1 CE, responde a la misma lógica integradora y ha sido, a la larga, más fructífera, aunque haya supuesto la subordinación de los valores y principios constitucionales al respeto a las condiciones del debido proceso.

Así, el derecho a la asistencia jurídica gratuita que contempla el art. 119 CE, se vincula estrechamente al derecho de acceso a la jurisdicción, a la defensa y a la asistencia letrada “cuya conexión con la idea misma de proceso y con los fundamentos del Estado de Derecho es innecesario subrayar, y que son derechos que en el Estado social que instaura la Constitución requieren que la garantía material de su ejercicio por los desposeídos no descansa en un *munus honorificum* de los profesionales del foro (STC 42/1982, fundamento jurídico 2.º)” (STC 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 3).

Los principios rectores de protección de la infancia, de la familia (art. 39 CE) o de las personas con discapacidad (art. 49 CE) son objeto de una protección indirecta por la conexión que establece la jurisprudencia constitucional con la exigencia de motivación reforzada, vinculada al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales incluido en el art. 24.1 CE. La STC 113/2021, de 31 de mayo, sintetiza en su FJ 2 la jurisprudencia al respecto partiendo de la idea de que es obligación de los órganos judiciales, y correlativo derecho del justiciable, exteriorizar el nexo de coherencia argumental entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la protección del derecho fundamental o principio rector. En el caso concreto de la protección de la familia y la infancia el derecho implica abordar de modo preferente la situación del niño, niña o adolescente y, desde esa posición, analizar el interés superior del menor con el alcance que da a este concepto la observación general núm. 14 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. En términos similares se

exige la motivación reforzada en los supuestos en los que se invoca la protección a las personas con discapacidad (SSTC 208/2013, de 16 de diciembre; 10/2014, de 27 de enero; 18/2017, de 2 de febrero; 3/2018, de 22 de enero, y 51/2021, de 15 de marzo).

También se exige motivación reforzada cuando el pronunciamiento jurisdiccional afecta al derecho al trabajo en cualquiera de sus vertientes, tal y como se sostiene en la STC 99/2001, de 23 de abril, al afirmar que, en situaciones en que esté en causa este derecho “el canon propio del art. 24.1 CE no se ciñe únicamente a la comprobación negativa de que la decisión judicial no es manifiestamente irrazonable o arbitraria ni incurre en error patente (...), sino que añade a ese control el positivo sobre la ponderación y adecuación de la motivación de tal decisión judicial, que necesariamente ha de exteriorizarse (...), a los derechos concernidos” (FJ 6).

Y una apertura aún mayor, siempre desde la óptica del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales se produce en la STC 131/2016, de 18 de julio³⁵, en que se exige motivación reforzada para justificar la expulsión de ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad administrativa en aquellas situaciones en las que existan circunstancias familiares o personales relevantes. Dice el Tribunal: “al estar en juego, asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 18.1 y 24.2 CE (STC 46/2014, FJ 7), una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las “circunstancias de cada supuesto” y “tener en cuenta la gravedad de los hechos”, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación (STC 46/2014, FJ 7)³⁶.

Mucho menos categórica es la jurisprudencia sobre la conexión entre otros derechos. Por ejemplo, la jurisprudencia reconoce una cierta conexión entre el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pero en ocasiones esta conexión lleva a identificar ambos derechos y en otras no. Se tiende a la identificación cuando estamos ante situaciones en las que se cuestiona la salud laboral, y así se percibe en las SSTC 62/2007, de 27 de marzo y 160/2007, de 2 de julio, que señalan que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (...), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud

35 La STC 151/2021, de 13 de septiembre extenderá la doctrina de la STC 131/2016 a los supuestos en que la persona extranjera cuenta con una autorización de estancia temporal que exige de renovación.

36 La jurisprudencia desarrollada en este pronunciamiento se proyecta un poco más lejos en la STC 47/2023, de 10 de mayo y las que aplican la doctrina de esta derivada. En esta resolución, el Tribunal exige preterir la sanción de expulsión frente a una situación de estancia irregular en territorio nacional si no existe ninguna circunstancia agravante o negativa que justifique anteponer esta sanción.

implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma” (FJ 4)³⁷. Sin embargo, cuando se trata del derecho a la salud de las personas extranjeras, la conexión no parece ser tan evidente. En la STC 134/2017, de 16 de noviembre, se afirma que “el derecho a la salud recogido en el artículo 43 CE, es un mandato que ha quedado constitucionalmente enunciado como principio rector y no como derecho fundamental, y, por tanto, es el legislador quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo su plasmación”, lo que permitiría, en caso de que así lo entendiese necesario dicho legislador, excluir a las personas extranjeras en situación irregular de la asistencia sanitaria universal. En el voto particular a esta sentencia, los magistrados disidentes introducen, en su crítica, la idea de la necesaria interpretación unitaria de la Constitución al afirmar que esta norma “solo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende como unidad. En el desempeño de la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la Constitución, que exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos, el Tribunal Constitucional ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material” (voto particular que formulan los Magistrados Fernando Valdés, Juan Antonio Xiol, Cándido Conde-Pumpido y la Magistrada María Luisa Balaguer).

La conexión del art. 18 CE con otros derechos tampoco es constante, ni mucho menos clara, ni se respeta en este caso por parte de la jurisprudencia constitucional el mandato de interpretación conforme con los tratados derivado del art. 10.2 CE. Si bien se ha reconocido que la protección frente a la contaminación acústica (que se deriva del derecho al medio ambiente sano del art. 45 CE) pueda articularse por la vía el art. 18.1 y 2 CE en su vertiente de la intimidad domiciliaria (SSTC 119/2002, de 24 de mayo y 150/2011, de 29 de septiembre), la conexión del art. 18 con el derecho a la vida personal y familiar en el sentido de reconocimiento público de la capacidad individual de autodeterminación sobre las formas de vida familiar unas veces se reconoce (STC 11/2016, de 1 de febrero) y otras no (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre; 186/2013, de 4 de noviembre; 66/2022, de 2 de junio)

Y si la interpretación unitaria es claramente insuficiente y errática, no menos puede decirse de la interpretación evolutiva, referida en apenas tres pronunciamientos y utilizada realmente en solo uno de ellos, puesto que los otros dos hacen, en realidad, interpretación unitaria, confundiendo ambos términos.

La primera mención a la interpretación evolutiva se contiene en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional desestima el

³⁷ Esta exigencia de afectación grave supone una mayor desconexión de los derechos cuanto más presente está la garantía del derecho de autoorganización empresarial, tal y como se deriva claramente de la STC 118/2019, de 16 de octubre.

recurso planteado contra la modificación del Código Civil que incluía entre los titulares del derecho a contraer matrimonio a las personas que deseaban hacerlo con otras personas del mismo sexo. El FJ 9 de la sentencia se refiere a la necesidad de acomodar la interpretación de la Constitución, concretamente y en este caso su art. 32, a las “realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”. Una visión, esta, claramente alineada con los postulados de la teoría de la integración de Smend, aunque sean otras las fuentes de inspiración que se citan³⁸. El pronunciamiento va un poco más lejos y formula una idea de interpretación evolutiva conectada con la noción de constitución cultural, a través de la idea de cultura jurídica, para sostener que esta “no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición”.

Pero esta sentencia se quedó sola. Ofrecía una primera línea argumental para progresar en la interpretación abierta de la Constitución, pero esa línea fue manifiestamente ignorada o claramente manipulada. Es el caso de la STC 31/2018, de 10 de abril, que apela a la teoría interpretativa para dar cobertura constitucional a la educación diferenciada por sexos, y de la STC 148/2021, de 14 de julio, que invocando la interpretación evolutiva formula una interpretación originalista y extremadamente formalista del art. 116 CE, relativo a los estados excepcionales, y todo ello para declarar la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma.

³⁸ La sentencia no se ajusta a la noción europea de interpretación evolutiva, sino que responde a la tradición anglosajona, con la invocación expresa de la jurisprudencia norteamericana sobre la “living Constitución”, que presenta puntos de coincidencia innegables con la teoría de la integración de Smend, de la que resulta coetánea —recordemos que la idea de la Constitución viva aparece en un libro de 1927 del profesor Howard Lee McBain—, sin identificarse de manera total.

Y esto ha sido así hasta el año 2023, en que el Tribunal resuelve los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la L.O. 3/2021 de regulación de la eutanasia (STC 19/2023, de 22 de marzo) y contra la L.O. 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (STC 44/2023, de 9 de mayo). Estos dos pronunciamientos aluden a la necesidad de que el Tribunal interprete la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico y ambas traen al texto la cita del FJ 9 de la STC 198/2012, pero ninguna de las dos formula una interpretación evolutiva sino unitaria, quizá porque método tampoco hubiera sido el más oportuno para llegar a la conclusión desestimatoria que pretendía el Tribunal. En ambos casos se realiza una exégesis abierta del derecho a la salud (que incluye en el caso de la IVE el derecho a la salud reproductiva y en el caso del derecho a la eutanasia la decisión sobre poner fin a una situación de enfermedad incurable) que se vincula de forma inequívoca con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y con el principio de respeto a la dignidad humana, que incluye, aquí también en una interpretación abierta, la facultad para decidir sobre el propio cuerpo.

Si tenemos en cuenta la cantidad de sentencias pronunciadas en cuarenta años sobre los derechos fundamentales reconocidos entre los arts. 14 y 30.2 de la Constitución española, y examinamos el escaso número de pronunciamientos aquí citados, podemos deducir sin excesiva dificultad que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional no es principalmente unitaria ni evolutiva, aunque no pueda negarse en absoluto la importancia de las sentencias traídas a este apartado.

VI. COMO DESARROLLAR UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PARA LA INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Lo descrito a lo largo de estas páginas permite formular la conclusión de que la jurisprudencia constitucional incorpora algunas ideas dispersas de la doctrina de la integración de Smend de forma utilitaria y pragmática, pero sin una concepción coherente de la virtualidad de la jurisprudencia constitucional como herramienta de integración constitucional.

Muchos teóricos del Derecho constitucional construimos nuestros argumentos sobre la idea estructural de que la Constitución tiene la capacidad de unificar “a la sociedad que se ha constituido a través de ella como grupo dotado de poder, más allá de las contradicciones entre opiniones e intereses que siempre se dan en todas las sociedades” (Grimm, 2004: 54). La academia constitucionalista española quizá con más intensidad porque, independientemente de la adscripción más o menos normativista de nuestros propios postulados teóricos, nos hemos formado a la sombra del mito consensual del proceso constituyente de 1978, un mito que habla de la conciencia colectiva y común de que los valores contenidos

en el texto constitucional conforman una base de convivencia vigente y válida. Y esa creencia habla de una cierta comprensión de la Constitución como un sistema de valores compartidos, de una cierta asimilación, por tanto, de algunos de los postulados de Smend.

No obstante, parece claro que la Constitución española es fruto de una voluntad de integración que su mera vigencia no ha sido capaz de mantener. Como sostiene Grimm el hecho de que una Constitución desarrolle eficacia normativa, lo que puede afirmarse categóricamente del texto de 1978, no significa que haya desarrollado eficacia integradora, “porque la integración social es un proceso que no tiene lugar en el plano normativo, sino que se desenvuelve en el plano de los hechos. Se trata de un proceso social que puede anclarse en la Constitución, pero que no es controlable por ella” (Grimm 2004: 57). Nuestra realidad social se presenta, o se lee, como una realidad dicotómica, dividida ideológicamente, lo que parece suponer una división también en lo que hace al ámbito de la selección de los valores preferentes. Los grupos políticos que articulan las expectativas sociales refuerzan esta división con su comportamiento, haciendo de su fidelidad o lealtad a la Constitución, en los términos en que cada uno la interpreta, un símbolo político que enarbolan de manera clara no como proceso de integración, sino como herramienta de disgregación social. Y el problema no es sólo partidista. La distancia entre la norma y la realidad constitucional se va ensanchando progresivamente, sin que los mecanismos formales de reforma hayan servido para evitar el desplazamiento divergente de una y otra. Como sostenía P. Lucas “la hendidura entre el Derecho constitucional y la realidad constitucional no solo implica un abismo entre la normatividad y la normalidad, además supone una defectuosa interiorización del desarrollo constitucional por los ciudadanos, de suerte que puede amenazar al Estado en cuanto proceso vital básico” (Lucas Verdú: 1985: 130)

En la construcción de esa percepción juega un papel determinante el máximo intérprete de la Constitución. Como decía el propio Smend “la Ley Fundamental rige ahora en la práctica tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal, y la literatura la comenta en este sentido” (Smend, 2005: 48³⁹). En suma, la justicia constitucional puede venir a conformar también un mecanismo de integración en la medida en que sea capaz de superar una interpretación formalista de la norma constitucional allí donde sea precisa una interpretación conforme a una jerarquía de valores, y donde sea necesario adaptar las opciones normativas abiertas contenidas en la Constitución al esquema de valores propio del tiempo en que se produce la interpretación constitucional.

Y es que, las herramientas que ofrece el derecho constitucional para la reconstrucción de la cohesión constitucional no son tantas. En realidad, son sólo dos: o

39 La mención original se atribuye, al Justice Charles Evans Hughes en “Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May, 3, 1907”. Este discurso se puede consultar en *Addresses and papers of Charles Evans Hughes, governor of New York, 1906-1908* publicada en 1908 por G. P. Putnam's Sons: New York and London.

bien se plantea la necesidad de un ciclo político nuevo que lleve aparejado un proceso constituyente al que se llegue de forma acordada, o bien se recurre al intérprete preferente de la Constitución para que haga del derecho constitucional (esto es de la Constitución y de su interpretación), una herramienta de integración suficiente. Y, de los ejemplos expuestos en este examen analítico de la jurisprudencia constitucional, no puede deducirse que el Tribunal Constitucional haya asumido o vaya a asumir en un futuro próximo esta función integradora, quizá porque le falta conciencia de la necesidad de desempeñar ese papel. La doctrina sobre la democracia militante es paradigmática en este sentido: frente a la proclamación dogmática y débilmente argumentada, de que el sistema constitucional español no es una democracia militante, subyace en la jurisprudencia constitucional un ejercicio valorativo del texto constitucional que asume implícitamente una serie de valores constitucionales comunes en los que, de momento, parecen más presentes las ideas de lealtad constitucional, integridad territorial y defensa de determinados símbolos patrios, que la defensa de determinados derechos fundamentales particularmente orientados a la consecución de la integración social, excepción hecha de la noción de democracia paritaria en el sentido que da a esta expresión la STC 12/2008. El Tribunal no es consciente de que sustenta una débil democracia militante, a pesar de sostener lo contrario, y debería plantearse si no ha llegado el tiempo de asumir la necesidad de militar en defensa de algunos (pocos) valores constitucionales comunes.

Pero para ello sería preciso admitir que el derecho constitucional no es sólo un cúmulo de procedimientos, reglas de organización y distribución del poder, normas sobre la organización del sistema de fuentes y reconocimiento de derechos que actúan, esencialmente, como límites al ejercicio del poder. Esto es, sería preciso asumir un contenido axiológico o valorativo del derecho constitucional, por menor que este sea, y aceptar, asimismo, la idea de que el derecho constitucional es producto cultural de una época. Sería, en suma, negar la neutralidad y pureza del derecho constitucional.

Las posiciones teóricas del primer tercio del siglo XX más aferradas al positivismo y al formalismo jurídicos según el juicio formulado por autores como P. Lucas, tendieron a ignorar o soslayar la vinculación entre el derecho constitucional y la cultura constitucional, por considerar esta cuestión como metajurídica. Mientras, desde postulados antiformalistas se asumió la problemática político social del tiempo en que se formulan, intentando darles una respuesta (Lucas, 1987: 25). En España, las posiciones teóricas del primer tercio del siglo XXI se aproximan en exceso a las que se identificaron un siglo atrás en la doctrina constitucional europea en general y weimeriana en particular. A pesar de que sobran los ejemplos que muestran que ninguno de los dos planteamientos ofrece una respuesta completa a las necesidades derivadas de las crisis constitucionales experimentadas en las dos últimas décadas. Por tanto, sólo de la conjunción de ambos es posible extraer herramientas útiles para trabajar en favor del refuerzo y consolidación de un sistema constitucional que parece haber entrado en vía muerta. El Tribunal Constitucional debería comenzar, más pronto que tarde, un proceso de

reflexión interna sobre su propio papel en el necesariamente nuevo sistema constitucional que exige el tránsito del S. XX al S. XXI, un siglo al que parece que, en algunos ámbitos, no somos capaces de llegar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Álvarez Álvarez, L. (2023). Legitimidad, lealtad constitucional y democracia militante. *Revista de Derecho Político*, 117, 343-356.
- Allúe Buiza, A. (2006). Libertad y seguridad en Europa. La protección del pluralismo y las experiencias de democracia militante. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 10, 235-255.
- Baumert, R. (2019). Intégration et démocratie dans la pensée de Rudolf Smend. En Denquin, J.M. y Champeil-Desplats, V., *Démocratie et constitutionnalisme: retours critiques* (pp. 109-122). Paris: Mare et Martin.
- Brage Camazano, J. (2005). Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn. En Smend, R., *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán* (pp. X-LX) México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Brage Camazano, J. (2009). La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11, 95-124
- Burgorgue-Larsen, L. (2022). La identidad constitucional en la jurisprudencia francesa: la historia del vals jurisprudencial hexagonal. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 411-430.
- De Miguel Bárcena, J. (2020). Fueros, tiempo e integración constitucional. *Revista de Derecho Político*, 1 (108), 285-298.
- De Miguel Bárcena, J. (2022). Símbolos, Neutralidad e integración Constitucional. *Estudios de Deusto*, 70 (2), 225-252.
- De Miguel Bárcena, J. (2022b). Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español). *Revista Vasca de la Administración Pública*, 22, 17-43.
- Frankenberg, G. (2000). Tocqueville's Question. The role of a Constitution in the Process of Integration. *Ratio Juris*, 13-1, 1-30.
- García Amado, J.A. (1997). Estudio Preliminar. En Kelsen, H., *El Estado como integración: una controversia de principio*. Madrid: Tecnos.
- Gómez Fernández, I. (2009). Una aproximación al Tribunal Constitucional español desde la teoría de la democracia deliberativa. En Arruda, P., *Os atuais desafios da jurisdição constitucional* (pp. 105-159). Brasil: Lumen Iuiris.
- Gómez Fernández, I. (2017). Los derechos sociales y la tejedora de sueños. En *Catedra de derechos Humanos*. Ediciones 2015-2016 y 2016-2017 (pp. 427-472). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Pompeu Fabra.
- Gómez Fernández, I. (2021). El refuerzo se la jurisdicción constitucional en España desde la perspectiva de la legitimidad de ejercicio. En García Rocha, P. y González García, I., *Estado de Derecho y reforma constitucional* (pp. 105-152). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Gómez Fernández, I. (2023). Algunas claves sobre las crisis contemporáneas del Tribunal Constitucional. *Nuove Autonomie. Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 115-140.
- Grimm, D. (2001). Los partidos políticos. En Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional* (pp 389 y ss). Madrid: Marcial Pons.
- Grimm, D. (2004). Integración por medio de la Constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización. *Teoría y Realidad Constitucional*, 15, 53-69.
- Kelsen, H. (1997). *El estado como integración. Una controversia de principio*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H, y Smend, R. (2019). *La controversia Smend / Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar. Constitución y Derecho constitucional versus El Estado como integración*. Madrid: Tecnos (en el texto se cita como Smend, 2019)
- La Torre, M. (2006). *La crisi del novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*. Bari: Edizioni Dedalo.
- Lepsius, O. (2008). El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal alemana. *Historia Constitucional*, 9.
- Loewenstein, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, 31(3), 417-432.
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (2018). Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación del texto de 1978. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 525-545.
- Lucas Verdú, P. (1985). *El sentimiento constitucional: (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid: Reus.
- Lucas Verdú, P. (1987). *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, D.L.
- Lucas Verdú, P. (1994). Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos*, 83, 9-28.
- Lucas Verdú, P. (1997). *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Madrid: Dykinson.
- Martin, S. (2018). Autoconservación contra nación. Lecturas de la Integrationslehre de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta. *Revista de Estudios Políticos*, 182, 99-128.
- Núñez Poblete, M.A. (2008). Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona. *Ius et Praxis*, 14-2, 331-372.
- Revenga Sánchez, M. (2005). La oficialidad de la lengua como problema cultural. En García Herrera, M. Á. y Vidal Beltrán, J. M. (coords.), *El Estado autonómico: integración, solidaridad y diversidad*, vol. 2. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 85-94.
- Revenga Sánchez, M. (2005). El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España. *Revista de Derecho Político*, 62, 11-31.
- Smend, R. (1985). *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Smend, R. (2005). *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

TITLE: *Architects of Constitutional Integration: Assessing the Role of the Constitutional Court*

ABSTRACT: *Rudolf Smend's constitutional theory, developed in the context of the Weimar Republic crisis, sought to address and resolve the challenges of that time. The integration concept he articulated in his theory assumes the unity of the political community around a set of shared values, embraced by individuals from a conviction of their validity. The underlying objective of this approach was to find a pathway out of the political conflicts that hindered the stabilization of the German state. However, Smend's theory surpassed its initial purpose, leaving behind interesting points of reflection that can now serve as valuable tools for interpreting contemporary reality. The article aims to identify in the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court some of Smend's ideas particularly those related to the process of material integration facilitated by national symbols, language, rights, and the notion of a community bound by shared values. The ultimate goal is to assess the strength of this jurisprudence and consider whether it allows us to speak of its quality as a tool for integration."*

RESUMEN: *La teoría constitucional desarrolla por Rudolf Smend, en el contexto de la crisis de la república de Weimar, pretendía ofrecer soluciones a dicha crisis. La idea de integración que formula en su teoría presupone la cohesión de la comunidad política en torno a una serie de valores comunes, que cada individuo asimila como propios, desde la convicción de su validez. La intención subyacente en este planteamiento era encontrar una vía de salida de las confrontaciones políticas que impedían estabilizarse al Estado alemán, pero su teoría trascendió a ese intento inicial y ha dejado algunos elementos de reflexión interesantes, que podemos utilizar como herramienta de exégesis de la realidad contemporánea. El artículo pretende identificar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español algunas de las ideas de Smend en torno al proceso de integración material al que sirven los símbolos patrios, la lengua, los derechos y la idea de una comunidad de valores. El objetivo último es valorar la fortaleza de dicha jurisprudencia y considerar si la misma nos permite hablar de su cualidad como herramienta de integración.*

KEY WORDS: *Smend, constitutional interpretation, jurisprudence, symbols, values, militant democracy.*

PALABRAS CLAVE: *Smend, interpretación constitucional, jurisprudencia, símbolos, valores, democracia militante.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 11.01.2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15.02.2024

CÓMO CITAR / CITATION: Gómez Fernández I. (2024). La jurisprudencia del Tribunal constitucional: un análisis desde la teoría de la integración de Rudolf Smend. *Teoría y Realidad Constitucional*, 53, 455-491.

