

# ENSAYOS

RUDOLF SMEND

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DE CIENCIA Y DE CÁ- TEDRA . . . . .	3
I. Introducción . . . . .	3
II. Consideraciones previas sobre los derechos funda- mentales . . . . .	4
III. La libertad de expresión dentro de los límites de las “leyes generales” . . . . .	12
IV. La libertad de ciencia y su enseñanza (libertad de cátedra) . . . . .	22

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DE CIENCIA Y DE CÁTEDRA\*

### I. INTRODUCCIÓN

Querría hacer uso del privilegio del segundo ponente y limitarme a realizar observaciones a la primera ponencia.

Estas observaciones se refieren, como ustedes ven a partir de las conclusiones que les han sido repartidas tardíamente por desgracia, en principio a la cuestión de la significación de los derechos fundamentales de Weimar, sobre todo. Está profundamente fundamentado que toda discusión de nuestro grupo sobre un derecho fundamental, no sólo sobre el del artículo 109, enseña nos introduce más allá de su objeto más inmediato y nos lleva a consideraciones últimas de principio. Porque las diferencias de opinión que aquí existen en particular no se basan en diferentes exégesis particulares de artículos constitucionales, sino en profundas contraposiciones existentes en las concepciones teórico-constitucionales básicas. Quiero intentar desarrollar en principio el contenido de estas contraposiciones y luego aclarar su radio de acción para la interpretación de cada derecho fundamental.

\* El título original del trabajo de Smend era “La libre expresión de la opinión”, condicionado por las jornadas en que se presentó como ponencia, pero adoptamos este título en castellano por ser el que mejor se adapta a su contenido. En todo el trabajo, salvo cuando se habla (literalmente) de libertad de enseñanza *académica*, traducimos *Lehrfreiheit*, que se refiere literalmente a la libertad de enseñanza (de la ciencia), por libertad de cátedra, pues funcionalmente es la mejor traducción y la libertad de enseñanza tiene unas connotaciones completamente distintas entre nosotros.

Esta discusión particular se debe limitar, por razón del objeto principal de la Jornada de hoy, el artículo 118,<sup>1</sup> a algunas observaciones, porque aquí ya se ha hecho la tarea principal con anterioridad, y hoy por el señor Rothenbücher. De modo más básico, quiero hablar del artículo 142,<sup>2</sup> cuya significación hasta ahora se ha puesto en cuestión sencillamente desde la base, literalmente, pero no ha sido examinado todavía más en detalle por la primera ponencia de hoy.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La necesidad de un tratamiento siempre nuevo del problema de la significación de los derechos fundamentales es básicamente clara en los dos dilemas en los que se halla hoy la interpretación dominante de los derechos fundamentales. El uno consiste en la pseudorrelación entre la evidente pretensión de gran significación con la que surgen los derechos fundamentales de todo documento constitucional, y en especial los de Weimar, y la aparentemente muy pequeña significación real que la cautelosa investigación jurídica particularizada puede exigir para ellos: así, la opinión dominante encuentra en numerosos derechos fundamentales, especialmente también en el artículo 118 y en el 142, en lo principal

<sup>1</sup> *Nota del traductor*: el artículo 118 de la Constitución del Imperio de Weimar decía: “Todo alemán tiene el derecho a expresar libremente, dentro de los límites de las leyes generales, su opinión por medio de la palabra, el escrito, la imprenta, el grabado o de cualquier otro modo. Ninguna relación de trabajo o de empleo puede obstaculizarle en [el ejercicio de] este derecho y nadie puede perjudicarlo si ejercita este derecho.”

No cabe censura, aunque pueden establecerse por ley disposiciones particulares para las emisiones cinematográficas. También son admisibles medidas legislativas para luchar contra la literatura de baja calidad y pornográfica, así como para la protección de la juventud en materia de representaciones y espectáculos públicos”.

<sup>2</sup> *Nota del traductor*: el artículo 142 de la Constitución del Imperio de Weimar decía: “El arte, la ciencia y su enseñanza son libres. El Estado les garantiza la protección y vela por su cultivo”.

sólo casos de aplicación del principio de legalidad de la administración, en cualquier caso vigente. La otra dificultad estriba en la relación de muchos derechos fundamentales con las llamadas relaciones de poder especial, esto es, en la cuestión de cómo se puede fundamentar, frente a la apodíctica pretensión de validez general de muchos derechos fundamentales (artículos 109 y ss: “Todos los alemanes”, “Todo alemán”, etcétera), la garantía necesaria de “relaciones de deber especial”.<sup>3</sup>

Esta contradicción profunda aparente en los derechos fundamentales es la que pretende eliminar su interpretación dominante destacando el contenido jurídico que tienen los derechos fundamentales como modificaciones de la situación jurídica existente en virtud de las leyes especiales. Trata a los derechos fundamentales como una suma de reformas de numerosas leyes del Imperio y de los *Länder*, elimina todo lo que es sólo “programa” o “credo” y pretende mostrar, como contenido positivo, lo que se ha transformado, por medio de las normas de derechos fundamentales, en los particulares ámbitos jurídicos, en otra cosa. Según esta interpretación, el legislador constituyente habría hecho mejor, en todo caso visto desde el punto de vista técnico-legal, en pronunciarse por sí mismo sin ambigüedades sobre estas intenciones de cambio, por ejemplo en el modo de la sección 2a. de la Ley de Introducción al Código Civil (“Relación del Código Civil con las Leyes del Imperio”) y otras muchas leyes que regulan por sí mismas exactamente los cambios por ellas condicionados de la situación jurídica hasta entonces vigente. La interpretación predominante de los derechos fundamentales ve su verdadera tarea en la recuperación de esta técnica legal abandonada en Weimar.

La objeción que aquí subyace de modo tácito frente al legislador constituyente no está, sin embargo, fundamentada. La Constitución no ha querido siquiera en primer lugar poner normas legales especiales en los derechos fundamentales. Los derechos

<sup>3</sup> Preuß, H., en la Comisión Constitucional (*Verfassungsausschuß*), *Be-richt und Protokolle (Ponencia y Actas)*, p. 504.

fundamentales regulan relaciones de derecho privado, de derecho administrativo, de derecho penal, no en virtud del derecho privado, del derecho administrativo, del derecho penal, sino en virtud de la Constitución. No persiguen los fines técnicos especiales de cada ámbito jurídico particular, sino el fin global constituyente del derecho constitucional. Martín Wolf lo ha expresado así: la Constitución imperial, incluso cuando copia una norma jurídica del derecho privado, no quiere decir lo mismo técnicamente;<sup>4</sup> la norma copiada se eleva a otro nivel y a un contexto de significación totalmente nuevo, extraño a ella hasta ese momento, y entra, en consecuencia, al mismo tiempo en una relación de incommensurabilidad peculiar con su patrón y el entorno técnico expresado del que procede su tenor literal.

Este específico *quid aliud*, en comparación con los singulares ámbitos jurídicos técnicos, que constituye el objeto del derecho constitucional, es el proceso vital del Estado en su conjunto. La Constitución regula este proceso, esto es, la renovación constante y la construcción permanente de la formación de la voluntad estatal como unidad vital real. La Constitución de Weimar le da su forma, sobre todo, en su primera parte; en su segunda parte, le da, sobre todo, un determinado contenido material. La Constitución es malentendida e infravalorada si se la interpreta como que presupone al Estado como una realidad fija no conceptuable y como que le da ahora determinados órganos jurídico-societarios de formación de la voluntad y le traza determinados límites a través de los derechos fundamentales. Más bien, regula la Constitución su verdadera sustancia misma, que no es una existencia inmóvil o una relación existente, sino simplemente vida que fluye, que se renueva constantemente. La Constitución da a esta vida formas en cuya actualización tiene esa vida su única realidad, en las que se renueva, pone a todos los nacionales una y otra vez de nuevo en relación real consigo (primera parte de la Constitución de Weimar). Y le da contenidos materiales, en cuya realización ma-

<sup>4</sup> *Festgabe für Wilhelm Kahl (Homenaje a Wilhelm Kahl)*, IV, p. 6, n. 2.

terial debe encontrar su unidad el Estado alemán (no en último lugar, los derechos fundamentales). En el juego de las funciones reguladas en la primera parte y en la realización de los contenidos materiales normados en la segunda parte, el pueblo alemán debe tener su unidad política: así se podría caracterizar sumariamente el contenido de la Constitución de Weimar.

Aquí sólo puedo indicar estas ideas, que trato de fundamentar más en detalle literalmente en otro lugar, para deducir de las mismas las consecuencias para la interpretación de los derechos fundamentales.

En correspondencia con el sentido de esta parte del ordenamiento constitucional, cada uno de ellos quiere formular un único bien político en cuyos rasgos el pueblo alemán quiere ser uno a través de la Constitución. El Imperio de la Constitución de Weimar es, por ejemplo, según los artículos 152, 153, 119 y 154,<sup>5</sup> un Estado que, por virtud de la Constitución, se aferra a los institutos nucleares del ordenamiento jurídico-civil hasta ese momento, es determinado en su esencia a través de ellos. Y es sólo una ulterior segunda cuestión la de si, y hasta qué punto, estas disposiciones, aparte de su significación jurídico-constitucional, constitutiva, integradora, también son asimismo de significación para el especial sector jurídico del derecho privado, la cuestión de si también se insertan, además, de cualquier modo en las normas técnicas de este particular ámbito del derecho.

<sup>5</sup> *Nota del traductor:* el artículo 152 de la Constitución de Weimar garantizaba la libertad de contratación, que no podía ser contraria a las buenas costumbres ni implicara usura. El artículo 153 garantizaba la propiedad, remitiendo a las leyes la fijación de su contenido y límites; preveía la expropiación forzosa por utilidad pública y conforme a las leyes y mediante indemnización salvo que la Ley del Imperio estableciera otra cosa; y también preceptuaba que “La propiedad obliga” y que su uso había de ser, simultáneamente, un servicio para el bien común. El artículo 154 garantizaba el derecho a la herencia y la sucesión. El artículo 119, en fin, declaraba el matrimonio bajo la especial protección del Estado, debiendo estar basado en el principio de igualdad y establecía un deber del Estado de velar por las familias y a asistir a las numerosas, así como a las madres.

Así, el Estado de los derechos fundamentales de Weimar es el Estado de un determinado sistema cultural en tanto que un número de elementos básicos de este sistema cultural son normativamente reconocidos como ley suprema del país,<sup>6</sup> incluyendo de modo característico también a los valores de las minorías y los compromisos. Y el modo adecuado de cultivar teóricamente este sistema cultural sería un desarrollo científico-espiritual de este sistema como un conjunto espiritual fundamentado históricamente y condicionado espiritualmente; un modo de trabajar que todavía hoy es igualmente evidente para la teoría del Estado del extranjero como lo fue para la teoría alemana del Estado de la primera mitad del siglo XIX. Como un ejemplo de tal modo de trabajar, quiero yo referirme a la investigación de Günther Holstein sobre el artículo 120 de la Constitución Imperial.<sup>7</sup>

La necesidad y la dificultad de tal modo de trabajar se incrementa si, con el correr del tiempo en la historia y la creciente falta de homogeneidad espiritual y social del conjunto del pueblo, se pierde la convincente univocidad originaria precisamente de los principios supremos y básicos de los derechos fundamentales, por ejemplo: la libertad y la igualdad. Erich Kaufmann se ha referido ya a ello antes a la vista de la jurisdicción americana de los derechos fundamentales.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Esta tarea la ha planteado con toda claridad, aun con toda la inadecuación técnica de la ejecución, el proyecto de derechos fundamentales de Naumann en la Asamblea de Weimar, y el contraste de los derechos fundamentales definitivos con aquellos del primer Proyecto es la expresión de la adhesión de la Asamblea a esta tarea.

<sup>7</sup> *Archiv des öffentlichen Rechts (Archivo de Derecho Público)*, nueva época, núm. 12, pp. 187 y ss.

*Nota del traductor:* el artículo 120 de la Constitución Imperial de Weimar decía: “La educación de la descendencia para su capacidad corporal, espiritual y social constituye el deber supremo y el derecho natural de los padres, por cuyo cumplimiento vela la comunidad política”.

<sup>8</sup> *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika (Poder exterior y poder colonial en los Estados Unidos de América)*, pp. 187 y ss., 241 y ss.

Ambas, la importancia y la dificultad, se elevan en la transición de la Monarquía a la República a través de la significación de los derechos fundamentales, que con ello se incrementa. Este crecimiento de significación no estriba, como explica una interpretación liberalizadora de la Constitución, en su papel como protección elevada de las minorías frente al peligro del absolutismo parlamentario, sino en que los derechos fundamentales han asumido, por lo menos de acuerdo a su intención, una parte de las funciones del elemento constitucional monárquico. Cuando este elemento todavía existe y, a su vez, determina el contenido objetivo del conjunto estatal por el hecho de que simboliza y representa el carácter histórico de la individualidad del Estado en su plenitud irracional, entonces tiene una cierta razón la interpretación liberal de los derechos fundamentales que ve en éstos, esencialmente, restricciones al Estado y al poder del Estado.

Pero cuando este papel de la Monarquía ha quedado vacante, entonces los restantes elementos constitucionales que vienen en consideración para la misma tarea experimentan un incremento correspondiente en sus funciones. Para ello, sólo necesito recordar la significación incrementada (también al margen de las dificultades del cambio de los colores) de los colores del Imperio como simbolización constitucional del contenido material en que se une el pueblo alemán por virtud de la Constitución. En este incremento, tienen sobre todo los derechos fundamentales su cuota completa, porque también la democracia vive, no del relativismo (en todo caso, fuera de Viena), sino de una unidad existente, a través del derecho, en los valores materiales de la Comunidad popular. Para los derechos fundamentales actuales rige con nueva razón, y más fuertemente que para los del Estado monárquico, la norma de los derechos humanos de que estos derechos no deben ser barreras, sino robustecimientos del Estado y del poder estatal, cuyos actos, al ser ejecutados en nombre de estos derechos, deben ser tanto más efectivos *en soient plus respectés*.

La interpretación dominante discute sobre este modo de pensar que yo aquí sólo puedo apuntar y no fundamentar más en

detalle. Es, en primer término, el concepto de ley y de derecho de la opinión dominante, que busca, de manera individualista, en la norma jurídica, también en la de derechos fundamentales, la delimitación de esferas de voluntad, entre el acreedor y el deudor, entre el Estado y el individuo y, a consecuencia de ello, interpreta los derechos fundamentales desde el principio como derecho especial, sobre todo jurídico-administrativamente, o jurídico-privadamente, y no en primer lugar como derecho constitucional. Bienvenida sea la discusión de mañana del concepto de ley, especialmente porque creo que al concepto dominante de ley material le falta una cierta elasticidad de la que necesita para la completa funcionalidad a exigir de aquél.

Querría todavía simplemente aclarar, con toda brevedad, la contraposición, con un ejemplo; en concreto, con el tratamiento del artículo 3o.,<sup>9</sup> de la Constitución de Weimar (de los colores del Imperio). Los comentarios escritos no saben establecer con atino su significación: según Anschütz, obliga al gobierno a reglamentaciones administrativas y sólo frente a la marina mercante a reglamentos jurídicos; o como expone más claramente Giese,<sup>10</sup> “los colores no tienen significación meramente decorativa-ceremonial, sino también una cierta significación jurídica”, pero el pabellón de la marina mercante es “de más elevada significación jurídica”. Por tanto, ¡el pabellón de la marina mercante es, por virtud de la Constitución, más importante que la bandera nacional! Ello es totalmente correcto desde el punto de vista del pensamiento jurídico-administrativo individualista del Estado de derecho.

Pero no hay duda de que el artículo 3o. no está al comienzo de la Constitución del Imperio debido a estos efectos jurídico-administrativos, ni de que tampoco los colores del Imperio y del país han

<sup>9</sup> *Nota del traductor*: el artículo 3o. de la Constitución de Weimar decía: “Los colores del *Reich* son negro, rojo y oro. El pabellón de la marina mercante es negro, blanco y rojo, con los colores del *Reich* en la esquina superior interna”.

<sup>10</sup> En las viejas tiradas de su edición de la Constitución del Imperio (*Reichsverfassung*) y todavía en la segunda tirada de la edición de la Constitución prusiana (*Preussischen Verfassung*, 1926), respecto del artículo 1o.

adquirido su actual significación jurídica sólo subsecuentemente a través de su elevada protección penal en la Ley de Defensa de la República. Esta significación fue, más bien, normada ya por la Constitución y sólo luego ha sido establecida por la Ley de Defensa de la República bajo la sanción penal. La norma para esta sanción penal debe estar contenida en la Constitución, pero búsquesela en vano en los comentarios. Su contenido es el de que el pueblo de la nación alemana como tal, *de iure y de constitutione*, quiere ser uno en este símbolo y en los valores representados por este símbolo; por tanto, es una norma paralela a los derechos fundamentales y, al igual que éstos, una normación de contenido objetivo fundamentador de la unidad, sólo que este contenido aquí es simbolizado, y en los derechos fundamentales, por el contrario, es formulado. El contenido del Estado de derecho de estas normas reside en esta función constitutiva del conjunto estatal, en esta función integradora; las consecuencias particulares jurídico-administrativas son una cuestión técnica secundaria y subordinada en relación con aquel contenido del Estado de derecho.

Como en el artículo de los colores del Imperio, respecto de los derechos fundamentales tengo que plantear dos objeciones frente al modo dominante de tratamiento.

Por un lado, que ese tratamiento no elabora el contenido primario, propiamente jurídico-constitucional, de estas normas puramente por sí y como el objeto principal, sino que las inserta, como derecho técnico, inmediatamente en los particulares ámbitos especiales del ordenamiento jurídico, en especial en el derecho administrativo, como si esas normas fueran simplemente una legislación técnicamente incompleta de reforma de estos ámbitos especiales.

Además, que también la solución de la segunda y subordinada tarea, la determinación del efecto de estas normas en los particulares sectores del derecho en cuestión, adolece de que su contenido primario no es suficientemente elaborado en sí.

Quiero intentar mostrar las consecuencias peligrosas de este defecto menos en el artículo 118 (libertad de expresión) que en el artículo 142 (libertad de ciencia y cátedra).

### III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DENTRO DE LOS LÍMITES DE LAS “LEYES GENERALES”

De la pluralidad de dificultades hermenéuticas del artículo 118, destaco solamente algunas pocas: las cuestiones del bien protegido por el derecho fundamental, la cuestión de la significación de las “leyes generales” aquí reservadas, y en especial la cuestión de la libertad de expresión de la opinión y el derecho funcional.

a) El objeto de la protección del derecho fundamental del artículo 118 ha sido caracterizado, en un malentendido, por la circunstancia de que la norma ha sido ubicada en el primer capítulo de los derechos fundamentales, y por tanto, ha sido situada bajo el epígrafe “La persona individual”. Ciertamente, la libertad de expresión de opiniones es llevada desde el principio a una relación estrecha con la libertad de conciencia y de pensamiento y justificada como una consecuencia de estos derechos fundamentales que protegen los valores individuales de la personalidad. Y no sin razón: es, en principio, una parte del aire moral vital necesario para que el individuo pueda decir la verdad. Pero, el sentido del derecho fundamental no se agota en ello. Ya la Ilustración vio en la libertad y publicidad de las opiniones la organización automática efectiva de la opinión correcta y de la moralidad política<sup>11</sup> —el pensamiento menos racionalista, por lo menos un medio especialmente importante para el estímulo del espíritu común de todo tipo—: la interpretación actual, uno de los presupuestos y formas más importantes de la vida política comunitaria, sobre todo.

<sup>11</sup> Por muchas citas particulares, véase el conciso resumen de Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2a. ed., pp. 46 y ss.

*Nota del traductor:* en castellano, puede verse Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso y estudio preliminar de Aragón, Manuel, Madrid, Tecnos, 1990; en inglés, véase *Crisis of Parliamentary Democracy*, colección Studies in Contemporary German Social Thought, traducción e introducción de Ellen Kennedy (de la segunda edición de 1926, incluyendo la introducción a la edición de 1923 y el prefacio a la segunda), Cambridge, The MIT Press, 1983 y 1986.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DE CIENCIA Y DE CÁTEDRA 13

A este contexto pertenecen las interpretaciones institucionales de la esencia de la expresión de las opiniones, en especial de la prensa, como una institución pública, en la jurisprudencia<sup>12</sup> y en la literatura de la política de prensa.<sup>13</sup> También jurídico-administrativamente se ha reconocido este carácter social del derecho fundamental hace mucho, en especial en su estrecha relación con el derecho de asociación y reunión. Cuando la Constitución de Weimar también ha insertado la expresión de la opinión en señal de protesta a través de símbolos, insignias, estandartes y similares en el derecho fundamental, con ello ha robustecido este carácter del derecho fundamental, porque se trata aquí de modo especialmente unívoco de expresiones de la vida del grupo, que se expresa en estas formas y a través de ellas hace propaganda.

Esta función social, constitutiva de grupos, de la expresión de opiniones es no sólo motivo y sentido del derecho fundamental, sino que pertenece a los supuestos de hecho por él protegidos. Las más diversas formas de eficacia de la voluntad y la vida del grupo, en especial la propaganda, la agitación, la manifestación en nombre del grupo, caen bajo la tutela del derecho fundamental, a pesar de su inserción a este respecto engañosa bajo los derechos fundamentales de la persona individual.

b) La protección del derecho fundamental existe “dentro de los límites de las leyes generales”. En estas palabras estriba la mayor de las muchas dificultades que el artículo plantea a la interpretación.

Considero fallidos los tres intentos de aclaración hasta ahora. Que la “generalidad” de las leyes aquí reservadas no puede querer

<sup>12</sup> *Urteile des schweizerischen Bundesgerichts (Sentencias del Tribunal Federal Suizo)* en Fleiner, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Derecho del Estado federal suizo)*, p. 373, nota 4.

<sup>13</sup> Por ejemplo, Posse, E., *Über Wesen und Aufgabe der Presse (Sobre la naturaleza y tarea de la prensa)*, 1917. La misma literatura sobre la historia del problema apuntado en el texto; *cfr.*, también, por ejemplo, Wettstein, O., *Über das Verhältnis zwischen Staat und Presse (Sobre la relación entre el Estado y la prensa)*, 1904, pp. 9 y ss., 13 y ss.; Guizot, *Quelques idées sur la liberté de la presse*, 1814, pp. 16 y ss.

decir la generalidad personal de todos los alemanes es algo reconocido de inmediato por la jurisprudencia del derecho disciplinario, que ha aplicado el derecho especial personal del funcionariado, con razón, también frente al derecho fundamental del artículo 118 como vigente. Pero tampoco la aceptación hoy predominante de que las palabras se entiendan en el sentido de la generalidad material, por tanto, en el sentido de la exclusión de restricciones por leyes especiales justamente de las expresiones de opiniones hay que llevarla a la práctica. Es incompatible con la vigencia indudable de los límites de la ley penal a la expresión de opiniones y priva, además, a la norma —como enseña sobre todo su investigación a fondo por Thoma— justamente de toda significación. Y la tercera vía de hacer limitar a la expresión de opiniones por todas las leyes, de anular por tanto el requisito de la generalidad de estas leyes como fallo de redacción hay que rechazarlo en tanto que todavía haya otra posibilidad de interpretación razonable. Y esta posibilidad, más bien necesidad, me parece que existe efectivamente.

El fallo de todos los intentos hasta ahora estriba en que pretenden interpretar las palabras que están en cuestión lógico-formalmente a partir de ellas mismas, preguntándose dónde está la especialidad que debe ser excluida por medio del requisito de la generalidad de las leyes restrictivas del derecho fundamental. Si es correcto que los derechos fundamentales abogan a través de la Constitución por determinados bienes culturales materiales en una determinada constelación de valores históricamente condicionada, entonces, en correspondencia con ello, hay que concebirlos e interpretarlos científico-espiritualmente, de modo especial histórico-espiritualmente.

Pero ello debe aplicarse también a los particulares componentes modificadores de un texto de un derecho fundamental: también ellos hay que concebirlos sólo a partir del contexto global de los derechos fundamentales, es decir, no técnico-formalmente en el sentido de nuestra legislación especial tecnificada actual, que en todo caso tiende a aplicar las palabras “general” y “especial”

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DE CIENCIA Y DE CÁTEDRA 15

sólo de manera formalista, como negaciones recíprocas vacías. Pero aquí se trata de la recepción y de la referencia condensada a una vieja idea material a partir del círculo de pensamiento transmitido de los derechos fundamentales. Desde los derechos humanos, un límite “general” de este tipo de ejercicio de los derechos fundamentales ha sido siempre reconocido y simplemente formulado una y otra vez de otro modo; pero la “generalidad” de la que se trata es evidentemente la generalidad material de la Ilustración: los valores de la sociedad, el orden y la seguridad públicos, los derechos y libertades concurrentes de los otros<sup>14</sup> (mora-

<sup>14</sup> Artículos 4o., 5o., 10, 11 de los Derechos del Hombre; título I, artículo 5o. de la Constitución francesa de 1791.

*Nota del traductor:* la referencia a los “Derechos del Hombre” ha de entenderse lógicamente realizada a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, París, 1789. Su artículo 4o. decía que “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a los demás. Así pues, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otra limitación que aquella que garantice el ejercicio de iguales derechos al resto de los miembros de la sociedad. Sólo la ley puede establecer estas limitaciones”. El artículo 5o., por su parte, rezaba: “La ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena”. El artículo 10 decía: “Nadie debe ser perseguido por sus opiniones, incluso religiosas, en la medida en que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la ley”. El artículo 11 establecía: “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre. Por consiguiente, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, haciéndose responsable de los abusos de esa libertad en los casos previstos por la ley”. La referencia al artículo 5o. del título I de la Constitución de 1791, dado que dicho título I no tenía un artículo 5o., ha de entenderse realizada, en una interpretación lógica, a la siguiente declaración de su título I: “*Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société*”. Sobre la importancia para el constitucionalismo de todas estas y otras disposiciones similares sobre los límites a los derechos fundamentales en los orígenes del constitucionalismo, en contra de la interpretación aún hoy dominante, permítasenos

lidad, orden público, seguridad del Estado<sup>15</sup>), en ellos tienen su límite los derechos fundamentales, su fijación es tarea en particular de las leyes de ejecución.

Esta es también la generalidad del artículo 118: la generalidad de aquellos valores comunitarios que, como tales, tienen la primacía frente al ejercicio originariamente considerado individualmente, de modo que su lesión es una trasgresión, un abuso del derecho fundamental. Con razón, mantiene en pie Thoma a la ley penal frente al artículo 118 e incluso en el principio, sin exigir la cautelosa prueba individual de la primera ponencia, de que en las disposiciones particulares no debe afectarse a ninguna opinión como tal.<sup>16</sup> Ello se ajusta también a la historia del derecho fundamental, que desde siempre ha hecho reserva de la validez de la ley penal; y las leyes “generales” son solamente una ampliación de esta reserva. Porque una verdadera norma jurídico-penal es, citando las explicaciones de Thoma,<sup>17</sup> verdadero derecho criminal cuando está viva en el fondo ya en la conciencia moral y su

remitirnos a nuestro trabajo *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español. Con un estudio preliminar de la cuestión en el pensamiento de Hobbes, Locke y Blackstone*, prólogo de Peter Häberle, México, UNAM, 2005.

<sup>15</sup> Constitución suiza de 1874, artículos 50 y 56.

*Nota del traductor:* el artículo 50 de la Constitución suiza de 1874 (sustituida en la actualidad por la de 2000, que es en realidad una actualización y sistematización de la de 1874 antes que nada) garantizaba “el libre ejercicio de culto divino dentro de los límites de las buenas costumbres y el orden público” y contenía una serie de disposiciones particulares relacionadas con ello. El artículo 56, por su parte, rezaba: “Los ciudadanos tienen derecho a constituir asociaciones en tanto que las mismas no sean antijurídicas o peligrosas para el Estado en su objetivo o en los medios empleados para ello. La legislación cantonal adoptará las disposiciones necesarias respecto del abuso de este derecho”. Estos dos preceptos constitucionales no fueron nunca reformados.

<sup>16</sup> *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts (Ensayos jurídico-administrativos. Homenaje para festejar los cincuenta años de existencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Prusia)*, 1925, p. 214.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 202. Para nuestra cuestión, totalmente correcto, Giese, nota 2 al artículo 118.

sanción penal sirve básicamente para la protección de los presupuestos existenciales de la sociedad: es decir, es una determinada sobrevaloración material del bien jurídico penal frente al bien protegido por el derecho fundamental [sobrevaloración ésta] que da la primacía al derecho penal: su “generalidad” estriba en ello, en que de ella depende el interés general superior. Leyes “generales” en el sentido del artículo 118 son, por tanto, leyes que tienen la primacía ante el artículo 118 porque el bien social por ellas protegido es más importante que la libertad de opinión.

Una interpretación extraña para nuestro hábito formalista de pensar que puede ser todavía más dudosa al entenderse la palabra “general” aquí como un caso de aquel tipo de definiciones jurídico-conceptuales que caracterizan al supuesto de hecho de una consecuencia jurídica simplemente por el hecho de que ha de ser un supuesto de hecho que justifique la consecuencia jurídica:<sup>18</sup> una ley que restringe la expresión de la opinión es cada ley que merece esta primacía ante la libertad de expresión. Pero este tipo no es una rareza (un ejemplo especialmente prominente en la proximidad inmediata en la Constitución del Imperio son, ciertamente, los derechos “bien adquiridos” del artículo 129).<sup>19</sup> Y sólo esta interpretación lleva a resultados satisfactorios.

Adopto el caso de una Ley Imperial que sujeta a sanción penal la crítica al gobierno del Imperio. Una ley básicamente válida conforme a la teoría de Anschütz; una ley penal que también hay que justificar según la interpretación de Thoma. Y pese a ello, todos nosotros la consideraremos inconstitucional: la falta de crítica al

<sup>18</sup> Wolf, M., *ibidem*, p. 5; Triepel, *Archiv des öffentlichen Rechts (Archivo de Derecho Público)*, nueva época, núm. 1, p. 365; Kaufmann, E., *Deutsche Hypothekendarstellungen in Polen (Créditos hipotecarios alemanes en Polonia)*, pp. 39 y ss.

<sup>19</sup> *Nota del traductor*: el primer párrafo del artículo 129 de la Constitución de Weimar decía: “El nombramiento funcional se hará de por vida, salvo que la Ley disponga otra cosa. La Ley regulará los haberes pasivos de funcionarios y sus familias. Los derechos adquiridos por los funcionarios son inviolables. Éstos podrán acudir a la vía judicial para sus reclamaciones económicas”.

gobierno no es un bien que merezca la primacía frente a la libre expresión de opiniones en un país al que la vida constitucional justamente presupone la formación de los partidos y la opinión pública a través de la libre expresión de opiniones.

Las relaciones de ponderación de este tipo pueden oscilar: hoy, por ejemplo, sería inconstitucional una ley penal contra reportajes críticos sobre procesos judiciales y sentencias judiciales por periodistas no suficientemente preparados, porque la justicia necesita apoyarse cada vez más en la voluntad común llena de confianza en que surja una opinión pública en la crítica y en la formación. En tiempos anteriores, esta cuestión no habría que contestarla en este sentido, por lo menos no con la misma certeza (recuerdo la praxis del castigo proporcionalmente más duro de la crítica injustificada a la justicia).

Los derechos fundamentales toman posición respecto de tal cuestión de la constelación de valores que afectan a la vida pública y es la tarea de la interpretación de los derechos fundamentales poner de relieve estas cuestiones y su respuesta dada en los derechos fundamentales o, como en los artículos 118 y 129, confiada por los derechos fundamentales al juicio axiológico moral y cultural de la época. Aquí estriban también las dificultades y las soluciones para el artículo 118, no en la jurisprudencia formal conceptualmente vacía.

Aquí está lo que realza a estos derechos fundamentales por encima de las confirmaciones particulares evidentes e insignificantes del principio de la [actuación de la] administración conforme a la ley y lo que los transforma en verdaderos principios constitucionales. Ello, en especial, hace más importante de lo que la doctrina dominante acepta su delimitación cautelosa, en el sentido de la primera ponencia, según el supuesto de hecho y los interesados (restricción a los miembros del Imperio).

c) La relación del artículo 118 con el derecho funcional es finalmente un caso de aplicación análogo, por lo menos, al del apartado 1, frase 2 (“No se le puede obstaculizar ninguna relación de trabajo o de empleo por este derecho”, etcétera). Porque

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DE CIENCIA Y DE CÁTEDRA 19

en contraposición a Thoma,<sup>20</sup> no puedo encontrar la *sedes materiae* en el artículo 130, 2:<sup>21</sup> con la “libertad de su ideología política” garantizada aquí a los funcionarios se quiere decir que la ideología es libre en el sentido literal, en especial sin ninguna cortapisa al puesto de trabajo, y que sólo la expresión y actuación de este credo (político) es objeto posible del poder y las obligaciones que se refieren al cargo público.

El artículo 118,1, frase 2 es una especialización de la frase 1 para el caso especial de las relaciones de servicio de derecho privado y de derecho público. Su principio jurídico-constitucional está en que todos los obligados a prestar un servicio también deben ser ciudadanos del Imperio titulares de la libertad de expresión; ciertamente, de conformidad con la restricción a todos los ciudadanos del Imperio por aquellas leyes que preceden razonablemente al derecho fundamental del artículo 118, aquí con la restricción a través de la relación de servicio, en tanto que esta debe preceder razonablemente al ejercicio del derecho fundamental. La garantía especial de la libertad de expresión para los obligados a prestar el servicio [público] no excluye que la relación de servicio frecuentemente se oponga, conforme a su sentido jurídico propio, a la expresión de opiniones; pero sí excluye que a través de la alegación de la relación de servicio sea obstaculizada la libertad de expresión simplemente para impedirla sin justificación a partir del fin jurídico propio conforme a derecho de la relación de servicio.

Las dificultades del apartado 1, frase 2 no estriban en su contenido básico, sino en su aplicación a la cuestión de qué expresiones de opinión se permiten al funcionario; hasta qué punto su actividad literaria puede colocarse bajo una censura previa oficial;

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 208. Al igual que Thoma, el Tribunal Disciplinario del Imperio [Schulze-Simon, *Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs (Jurisprudencia del Tribunal Disciplinario del Imperio)*, p. 203].

<sup>21</sup> *Nota del traductor*: el artículo 130,2 de la Constitución de Weimar decía: “Se garantiza a todos los funcionarios la libertad de ideología política y de actuación”.

qué puntos de vista objetivos, qué intereses públicos vienen en consideración como fundamentación convincente de restricciones de la opinión y cuáles no. Para esta aplicación hay que considerar, tal y como yo lo veo, sobre todo dos puntos de vista con mayor intensidad que como lo han hecho hasta ahora la literatura y la jurisprudencia.

Por un lado, la circunstancia de que actualmente el igual trato cívico-imperial y cívico-estatal del funcionario en su esfera extraoficial con respecto a la totalidad de los ciudadanos está jurídico-constitucionalmente sancionado,<sup>22</sup> de modo que las cuestiones que aquí surgen no son simplemente cuestiones del derecho funcional,<sup>23</sup> sino también, al mismo tiempo, cuestiones de la restricción de este derecho funcional a través de la Constitución del Imperio.

Luego, el requisito que hay que inferir del artículo 118,1, frase 2 de que el obstáculo de derecho del servicio en el derecho cívico-político no puede ser abusivo; por tanto, la cuestión de hasta qué punto el patrón puede exigir al funcionario la renuncia a la li-

<sup>22</sup> Cfr., en especial, Vervier, *Archiv des öffentlichen Rechts (Archivo de Derecho Público)*, nueva época, núm. 6, pp. 16 y ss. Por lo menos oscuro, Falck, C., en *Die Polizeioffizier (El oficial de policía)*, 1926, t. IV, p. 345: “El funcionario no es... nunca fuera del servicio simplemente un hombre y un ciudadano del Estado, sino que siempre es también, en una medida que resulta de su posición oficial y de sus deberes especiales, funcionario”. Ello contradice la idea en que están basados los artículos 118 y 130 de la Constitución Imperial. Fuera del cargo, el funcionario debe ser equiparado al ciudadano del Estado y sólo negativamente el derecho funcional le pone ciertas barreras, en especial a través del deber de comportarse conforme a su dignidad.

*Nota del traductor:* el artículo 118 de la Constitución de Weimar ya se citó anteriormente (libertad de expresión y prohibición en el sentido de que “ninguna relación laboral o relativa a su cargo podrá obstaculizarle [a su titular] en este derecho, y nadie podrá perjudicarlo si ejercita este derecho”). Y el artículo 130 de la Constitución de Weimar rezaba: “Los funcionarios son servidores de la colectividad, no de un partido... Se garantiza a todos los funcionarios la libertad de su ideología política y la libertad de asociación... Los funcionarios tendrán una representación funcional especial, conformes a la normativa de desarrollo a través de una Ley del Imperio”.

<sup>23</sup> Así, erradamente, Falck, *ibidem*, p. 341.

bertad de palabra. Aquí estriban las verdaderas dificultades y diferencias de opinión, aparte de la delimitación de hasta dónde alcanza en los funcionarios el ámbito de la actuación oficial (aquí yo estoy de acuerdo con la primera ponencia).

Recuerdo, en primer lugar, el criterio de Piloty según el cual el deber general del funcionario de comportamiento respetuoso de su dignidad ya sólo es “una forma de regla de decencia”, que viene en consideración sobre todo para la forma de la expresión de la opinión,<sup>24</sup> mientras que el deber especial oficial autoriza la libre expresión de opiniones sólo en tanto “que con ello no se causen daños ni de forma directa ni de forma indirecta al cargo que se ocupa”.<sup>25</sup>

Con ello, para la fundamentación de todas las restricciones a la libertad de los funcionarios que sean necesarias en atención al deber del servicio sólo vienen en consideración aquellos intereses relativos al servicio “que constituyen para el funcionario particular un contenido de su deber de servicio”.<sup>26</sup> En contraposición a esta restricción del deber del funcionario a las relaciones del concreto puesto y además a una regla general de decencia, está el tribunal disciplinario del Imperio cuando reconoce a cada ministro, a causa de su responsabilidad por su ramo, el derecho “a imponer a los empleados que le están subordinados la prudencia en la actuación política que venga ordenada en interés de su cartera (esto es, la del ministerio)”.<sup>27</sup> Todavía más allá de ello, aún hoy en día por una fuente autorizada se deduce del deber general de lealtad del funcionario el deber “de omitir, en el servicio como fuera del servicio, todo lo que es apropiado para poner trabas a la posición del Estado y al logro de sus objetivos y tareas o incluso para su frus-

<sup>24</sup> *Archiv für öffentlichen Rechts (Archivo de Derecho Público)*, núm. 33, p. 41.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 205. Contra el Decreto ministerial mismo que allí está en cuestión no hay nada que objetar porque afirma un deber evidente del cargo concreto, tanto más contra su justificación por el Tribunal Disciplinario.

tración”,<sup>28</sup> de este modo, resulta claro, por ejemplo, el derecho de cualquier ministro a exigir que los funcionarios de otro ramo ministerial se abstengan de la crítica de medidas de su [propio] ramo. Pero el criterio del tribunal disciplinario del Imperio y, completamente, el falckiano, significan la justificación de un “entorpecimiento a este derecho” en el sentido del artículo 118, porque limitan esta libertad al servicio de intereses que para el funcionario público no son objeto de su concreto deber del cargo y tampoco de su deber general funcional de actuación acorde con su dignidad, sino que han de ser para él, conforme a la voluntad de la Constitución del Imperio, objeto de actuación libre de los ciudadanos del Estado.

No hay duda de que esta interpretación puede conducir en la práctica a consecuencias peligrosas. Pero sólo ella se ajusta a lo que ha querido la Constitución del Imperio.

#### IV. LA LIBERTAD DE CIENCIA Y SU ENSEÑANZA (LIBERTAD DE CÁTEDRA)

El derecho fundamental de libertad de ciencia y de su enseñanza ya no es, dentro de una Constitución del siglo XX, el vecino más próximo del derecho fundamental a la libre expresión de opiniones. Pero tiene con él conexiones históricas e internas cuya aclaración es de importancia para el sentido propio de la libertad de cátedra.

El estado de la cuestión es conocido. El comentario de Anschütz explica el artículo 142 de la Constitución del Imperio, en agravación del criterio defendido ya antes para el artículo sobre la libertad de cátedra de la Constitución prusiana,<sup>29</sup> diciendo que esta libertad ya no significa otra cosa ni nada más que otro derecho fundamental de libertad, en concreto, el principio evi-

<sup>28</sup> Falck, *ibidem*, p. 345.

<sup>29</sup> *Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar, 1850* (El texto constitucional para el Estado prusiano del 31 de enero de 1850), I, pp. 372 y ss.

dente de la actuación de la administración conforme a la ley. Por ello, al legislador no se le prohíben intervenciones en la libertad de ciencia y de su enseñanza. Pero el derecho fundamental, sobre todo, no concede a los profesores universitarios una posición preferente en comparación con la posición jurídica de otros funcionarios.<sup>30</sup> Thoma se ha sumado a esta opinión,<sup>31</sup> y en lo demás oscilan las opiniones, pero en todo caso no ha surgido un defensor serio de la libertad académica de enseñanza, ni siquiera en la asociación de universidades, en cuyas deliberaciones sobre el derecho disciplinario de los profesores universitarios se sentenció con resignación, que una posición legal que no fuera aprobada por la autoridad de Anschütz podría constituir tan sólo un fundamento muy frágil para las iniciativas de reforma.<sup>32</sup>

Ello es tanto más pasmoso cuando esta devaluación del derecho fundamental de libertad de enseñanza contradice directamente el sentimiento jurídico de los profesores universitarios alemanes y la praxis de la administración alemana de la enseñanza, pero también la prehistoria de este derecho fundamental y el sentido con el que fue recepcionado en la Constitución de Weimar. Intento fundamentarlo históricamente y en cuanto a su contenido en sus detalles.

El sentido del artículo 142 hay que aprehenderlo todavía menos que en el caso de la mayoría de los restantes derechos fundamentales a través de una mera interpretación literal. Necesito

<sup>30</sup> *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August, 1919 (La Constitución del Imperio alemán del 11 de agosto de 1919)*, nota 1 al artículo 142.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 216 y ss.

<sup>32</sup> *Mitteilungen des Verbandes der deutschen Hochschulen [Comunicaciones de la Sociedad de Universidades Alemanas]*, 1926, VI, p. 7. Tampoco la literatura general de ciencias del espíritu de los últimos setenta años ha hecho justicia por completo al problema de la libertad de cátedra, en una desproporción difícilmente comprensible al exceso de la literatura listada en la bibliografía de Erman-Horn sobre la universidad alemana.

*Nota del traductor*: parece que se hace referencia a Erman, Wilhelm y Horn, Ewald: *Bibliographie der deutschen Universitäten. Systematisch geordnetes Verzeichnis der bis Ende 1899 gedruckten Bücher und Aufsätze über das deutsche Universitätswesen*, 3 ts, Hildesheim, 1904 (hay reedición de 1965).

sólo referirme a que su versión surgió en la Iglesia de San Pablo y allí fue influido por el artículo 17 de la Constitución belga.<sup>33</sup> Pero allí las palabras “*l’enseignement est libre*” significan la libertad de enseñar y de fundar instituciones de enseñanza y en Alemania no significa precisamente eso de manera indudable.

Tampoco los debates constituyentes en Weimar llevan más lejos. Sólo aclaran el sentido del artículo en su conjunto en tanto que allí, en la primera lectura de la Comisión Constitucional, se acordó otra versión textual diversa:<sup>34</sup> “El arte, la ciencia y su enseñanza no pueden someterse a una coerción externa, son libres. El Estado garantiza su protección y participa en su cuidado”.

Aquí la relación de las dos frases es más estrecha que en la versión actual: el Estado no ha de ejercer ninguna coerción, sino sólo garantizar protección y cuidado. Puesto que el artículo también hoy debe garantizar libertad respecto del Estado, se puede restituir también para la versión actual esta relación, sobrentendiéndose en la frase 2 un “solamente”: “El Estado les garantiza solamente protección”, etcétera. Pero con ello no se responde a la cuestión principal de en qué debe consistir entonces en detalle la libertad del Estado regulada en la primera frase.

a) Esta libertad es, en primer lugar, la libertad de ciencia y enseñanza académicas. Se trata al respecto, como lo expresa la señora Paulsen, del “derecho fundamental de la universidad alemana”.<sup>35</sup> Para el investigador y profesor que están fuera de las universidades, el derecho fundamental es sólo de relevancia en tanto que excluye leyes que contradigan la libertad.

El artículo procede de la Constitución del Imperio, de Frankfurt, y remite a Dahlmann y Albrecht, que introdujeron la liber-

<sup>33</sup> *Nota del traductor*: el artículo 17 de la Constitución belga de 1831 decía: “*L’enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n’est réglée que par la loi. L’instruction publique donnée aux frais de l’Etat est également réglée par la loi*”.

<sup>34</sup> *Bericht und Protokolle (Ponencia y Actas)*, p. 230.

<sup>35</sup> *Gesammelte pädagogische Abhandlungen (Ensayos pedagógicos recopilados)*, p. 199.

tad de ciencia en el proyecto décimoséptimo, y además en el sentido de la reacción contra las decisiones de Carlsbad, por tanto, en el sentido de la libertad académica.<sup>36</sup> La frase fue luego enriquecida en la Iglesia de San Pablo en negociaciones ulteriores con la palabra “libertad de enseñanza”, que aquí al mismo tiempo era empleada en el sentido de las exigencias de Hecker-Struve de la libertad de enseñanza respecto de la Iglesia;<sup>37</sup> así pues, en todo caso en el sentido de la emancipación de la ciencia y la enseñanza en las instituciones docentes públicas. Sólo a éstas o, en todo caso, sobre todo a ellas, se refiere la frase en la Constitución prusiana de 1848 y 1850 en que es expresamente insertada en las “disposiciones sobre la docencia”, comprensivas de las universidades.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Hübner, R. (coord.), *Aktenstücke und Aufzeichnungen zur Geschichte der Frankfurter Nationalversammlung aus dem Nachlaß von Johann Gustav Droysen* (Fragmentos de actas y anotaciones para la historia de la Asamblea Nacional de Frankfurt a partir del legado de Johann Gustav Droysen), pp. 76 y 105. Schlünz, *Die Entstehung des Artikels IV der Grundrechte der Deutschen Verfassung von 1849* (Freiburger phil. Diss. Masch. Schr.) (*La genesis del artículo IV de los derechos fundamentales de la Constitución alemana de 1849*), pp. 232 y 130 y ss.

*Nota del traductor:* el historiador germano Johann Gustav Droysen (1808-1884) fue uno de los padres constituyentes del texto básico alemán de 1849 y defensor allí de la unificación alemana bajo el liderazgo de Prusia (de donde era natural), siendo especialmente célebre el discurso dirigido a la Asamblea Constituyente reunida en la Iglesia de San Pablo de Frankfurt, en 1849 a resultas de la revolución liberal que sacudió a los estados alemanes en 1848. Fue autor de una *Geschichte der preussischen Politik* (*Historia de la política prusiana*) en 14 volúmenes (1855-1986), obra en la que el tema central que la recorre es, parece ser, el objetivo de la unificación alemana. La Constitución alemana de 1849 no pasó de ser un proyecto, pues no llegó nunca a entrar en vigor, pese a lo cual este texto, conocido como la Constitución de la Iglesia de San Pablo (*Paulskirche Verfassung*) sigue conservando una gran relevancia y buena parte de sus principios reaparecieron o fueron recepcionados nuevamente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

<sup>37</sup> Al respecto, las minuciosas investigaciones de Schlünz, pp. 130 y ss., 226, 228, 230-239.

<sup>38</sup> *Cfr. Erläuterungen, die Bestimmungen der Verfassungsurkunde vom 5. Dezember 1848 über Religion, Religionsgesellschaften und Unterrichtswesen betreffend* (*Explicaciones relativas a las disposiciones del texto constitucional*

Pero dentro de estas instituciones puede ya entonces sólo referirse a las universidades, porque sólo para los profesores universitarios puede regir la famosa frase del ministro de que la ciencia y su ejercicio en el futuro no deben conocer otros límites que su propia verdad y, en tanto que la desconozca y la transgreda, la santidad de la ley penal;<sup>39</sup> respecto de los profesores de las restantes instituciones docentes cabe hablar tan escasamente de la ciencia y su ejercicio como de la libertad de barreras frente a la administración o la supervisión escolares. Además, al igual que en la Iglesia de San Pablo,<sup>40</sup> también aquí se pretende, conforme a la inconfundible declaración del Ministro,<sup>41</sup> la reacción contra las decisiones de Carlsbad y su ejecución.

Desde entonces, la libertad de cátedra es, en el uso lingüístico tradicional y evidente entre todos nosotros, la libertad académica de enseñanza.<sup>42</sup> Según lo veo yo, a ella se quiere hacer referencia cuando nuevamente se habla de libertad de cátedra, por ejemplo en las discusiones sobre la *lex Aron* y su derogación.<sup>43</sup> Y así fue

*del 5 de diciembre de 1848 sobre la religión, las sociedades religiosas y la docencia*, 1848 (interpretación oficial del ministro de Educación Pública y Arte Von Ladenberg), pp. 16 y ss., y 32.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>40</sup> Schlünz, pp. 130 y ss.

<sup>41</sup> En Anschütz, sobre el artículo 20 de la *Preussischen Verfassung (Constitución prusiana)*, p. 369.

*Nota del traductor*: parece que se hace referencia al comentario del artículo 20 en la importante obra de Anschütz, *Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis (El texto constitucional del Estado prusiano del 31 de enero de 1850: un comentario para la ciencia y la praxis)*, Berlín, Häring, 1912.

<sup>42</sup> Así, por ejemplo, en palabras de un funcionario administrativo universitario muy bien informado, en Hoseus, *Die Kaiser-Wilhelms-Universität zu Straburg (La Universidad Emperador Guillermo de Estrasburgo)* (1897), p. 121.

<sup>43</sup> Por ejemplo, *Sitzungsberichte des Preussischen Landtags (Ponencias de las sesiones del Parlamento de Prusia)*, 1. *Wahlper. 1 Tagung*, t. 8, pp. 11.674, 11.681. Cfr. también, Volkmann, Hellmut, *Die deutsche Studentenschaft in ihrer Entwicklung seit 1919 (1925) (El estudiantado alemán en su desarrollo desde 1919)*, pp. 249 y 291.

totalmente evidente para el ponente en la Asamblea Nacional de Weimar que el artículo 142 debía regir para las universidades.<sup>44</sup>

Pero este carácter evidente existió ya también para la Iglesia de San Pablo e incluso como una herencia del idealismo alemán, a pesar de la falta de claridad que complementariamente se añade al derecho fundamental por razones especiales.<sup>45</sup>

Para captar su sentido histórico, debo retrotraerme una vez más. Los puntos de partida de la verdadera historia de la libertad académica de enseñanza son, como es sabido, Jena y Fichte. Mientras los planteamientos en Halle y Gotinga están completamente bajo el signo del racionalismo,<sup>46</sup> el nuevo tipo de universidad parte de Jena; mientras que Kant sólo tardíamente avanza hacia la exigencia de una muy limitada libertad de enseñanza,<sup>47</sup> la misma

<sup>44</sup> *Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung (Actas de la Asamblea Nacional Constituyente)*, pp. 1673 y ss. Cfr., a partir de las *Verhandlungen des Verfassungsausschusses. Bericht und Protokolle (Debates de la Comisión Constitucional. Ponencia y Actas)*, pp. 76, 213, 216, 217, 223 y 230.

<sup>45</sup> Cfr., nota 30.

<sup>46</sup> Yo me remito con ello, y en lo que sigue, a la conocida literatura sobre historia de las ideas y de la universidad; para la contraposición descrita en el texto, también a Troeltsch, E., *Gesammelte Schriften (Escritos recopilados)*, IV, pp. 586 y 808.

<sup>47</sup> Cfr. la respuesta a la pregunta *Was ist Aufklärung (¿Qué es la Ilustración?)* (1784), Gran Duque Wilhelm Ernst-Ausg. I, pp. 166 y ss., y por el contrario, *Streit der Fakultäten (El conflicto de Facultades)* (1798), pp. 563 y ss. y 579 y ss.

*Nota del traductor: ¿Qué es la Ilustración?* fue escrita por Kant en 1784, defendiendo el papel central de la razón frente a los prejuicios, dogmatismos, supersticiones, etcétera, a fin de que el hombre ose salir de su minoría de edad y piense por sí mismo: esgrime así Kant el *sapere aude!* (¡osa conocer!) de Horacio en sus Epístolas. En español, puede consultarse la traducción *¿Qué es la Ilustración?: y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, prologado y editado por Roberto Rodríguez Aramayo. *Der Streit der Fakultäten* es también una obra de Immanuel Kant escrita en 1798. Una traducción al inglés puede verse en *The Conflict of Faculties*, traducción de Mary J. Gregor, University of Nebraska Press, 1992. En esta obra, en esencia, se abogaba por la importancia de la libertad académica por quien se había retirado ya de la docencia universitaria en aquel momento, si bien había escrito estos trabajos ya unos años antes, aunque se encontró con dificultades

es exigida apasionadamente por Fichte y, en la controversia del ateísmo, la convierte en exigencia para su permanencia en Jena,<sup>48</sup> en esta ocasión efectivamente cumplida, según la interpretación de Fichte, también a través de la decisión del duque en tanto que se rechazó hacer objeto de una decisión jurídica a especulaciones filosóficas.

Desde entonces, la libertad de enseñanza es una parte evidente de la reforma idealista de la universidad. Desde luego, es todavía reconocida jurídicamente en las formas del siglo XVIII, por ejemplo, en los estatutos de la Universidad berlinesa de 1816 a través de un privilegio de censura de los profesores. La primera determinación legal básica por mí conocida la encuentro en la ley de Berna sobre el Colegio Superior y la Universidad de 1834.<sup>49</sup> Pero estos privilegios ya no son derechos especiales de una corporación eximida, sino la conformación moralmente necesaria de

para publicarlos. En estos hermosos trabajos se analizan las relaciones de la facultad inferior (filosofía), con las tres facultades superiores (teología, derecho y medicina). En concreto, tuvo problemas para publicar el estudio relativo al conflicto entre la Facultad de Filosofía y la de Derecho (originariamente titulado “¿Se halla el género humano en un constante progreso hacia lo mejor?”), así como el referido al importante conflicto entre la facultad de filosofía y la de teología, si bien en 1798 pudo ya darlos a la luz pública, más allá de su circulación en ámbitos restringidos. Hay traducción al español en Argentina, en la editorial Losada, Buenos Aires, 1963, a cargo de Elsa Taberning; y en España en Alianza Editorial, Madrid, 2003, prologado y editado por Roberto Rodríguez Aramayo.

<sup>48</sup> *Fichtes Leben und literarischer Briefwechsel (Vida de Fichte e intercambio epistolar)*, 2a. ed., II, pp. 92 y 96 y ss.

<sup>49</sup> *Gesetze, Dekrete und Verordnungen der Republik Bern (Leyes, Decretos y Reglamentos de la República de Berna)*, IV, 1834, p. 50, artículo 23: “En la universidad domina la libertad académica de enseñanza y aprendizaje”. Copiado en la Ley Docente de Zúrich de 1859, *Offizielle Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich* (Colección Oficial de Leyes, Sentencias y Reglamentos del Estado confederado de Zúrich), XII, 243, artículo 126: “En la universidad, rige la libertad académica de enseñanza y aprendizaje. Quedan reservadas las disposiciones de desarrollo sobre la organización del curso” (se quiere decir las disposiciones sobre el plan general de clases, artículos 154 y ss).

la nueva vida espiritual, de la forma suprema de la vida espiritual en realidad, como el idealismo opinaba: es la nueva interpretación para la posición jurídica especial del mundo académico, cuya expresión más espléndida y concluyente es el discurso rectoral de Fichte sobre la libertad académica.

Estos hechos deben reconocer incluso las decisiones de Carlshad en cierto grado cuando prevén, como tarea del control a implantar respecto de las universidades, “observar cautelosamente el espíritu con el que proceden los profesores académicos en sus clases públicas y privadas y dar orientación... saludable al mismo, *aunque sin inmiscuirse directamente en lo científico y en los métodos de enseñanza*”,<sup>50</sup> y en principio, la garantía de la libertad académica no fue denegada, por ejemplo, por la administración prusiana en la primera mitad del siglo XIX.<sup>51</sup>

Al respecto, es siempre igualmente evidente la restricción de este reconocimiento a las universidades, fundamentado ello en profundidad porque la más vieja unidad racionalista de las instituciones docentes, entendidas esencialmente de una manera técnica, ahora había sido partida por la separación de la norma reguladora entre la universidad y la escuela: la idea idealista de la ciencia de un lado, la de la formación del otro.<sup>52</sup> Los profesores de la Iglesia de San Pablo sabían bien por qué ellos querían ase-

<sup>50</sup> Ph. A. G. v. Meyer, *Corpus Iuris Confoederationis Germanicae*, II, 96, *cfr.* 92, 251 y Klüber-Welcker, *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation (Documentos importantes para el estatus jurídico de la nación alemana)*, p. 163; también, Aegidi, L. K., “*Aus dem Jahr 1819*” (*Desde el año 1819*), p. 16; Treitschke, *Deutsche Geschichte (Historia alemana)*, II, 5a. ed., p. 535.

<sup>51</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Varrentrapp, Johannes Schulze, p. 329; Böckh, *Gesammelte kl. Schriften (Pequeños escritos reunidos)*, II, pp. 4 y ss.; Georg Kaufmann, *Die Lehrfreiheit an den deutschen Universitäten (La libertad de Cátedra en las Universidades alemanas)*, 1898, pp. 21 y *passim*; también Paulsen, *ibidem*, pp. 200 y ss.— De la literatura contemporánea, por ejemplo, Thiersch, Fr. “*Über gelehrte Schulen*” (*Sobre las escuelas letradas*), II, pp. 303 y ss.

<sup>52</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Troeltsch, *ibidem*, pp. 808 y 586; Spranger, E.; *W. v. Humboldt und die Reform des Bildungswesens (W. v. Humboldt y la reforma del sistema educativo)*, pp. 12 y ss., 200 y ss.

gurar a través de un derecho fundamental la ciencia y *su enseñanza académica* como unidad indisoluble, unidad que existía y existe simplemente sobre la base del idealismo alemán, pero aquí con necesidad. Y en este sentido, sin discusión y como algo evidente, se asumió el derecho fundamental en Weimar.

Pues bien, ahora las cuestiones del sentido del derecho fundamental en cuanto tal derecho fundamental y de sus efectos técnico-jurídicos particulares.

b) La idea nuclear del derecho fundamental es naturalmente el reconocimiento de la autonomía de la vida científica, que en virtud de esta autonomía está exenta de la normación jurídica y la revisión. Con buenas razones, E. Kaufmann ha hablado al respecto de “límites eternos del derecho”.<sup>53</sup> Pero el sentido en el que un ordenamiento jurídico positivo concretiza cada vez estos límites cambia y, por ello, también el sentido de la libertad académica no es unívoco. E incluso en primer término no porque, como dice la “sociología de la ciencia” que hoy está de moda, los interesados sociológicos de la libertad, por un lado, y de la restricción del ingenio, por otro lado, cambien, sino porque la constelación de valores, el sentido de la intelectualidad que exige la libertad, por un lado, y de los valores que se le contraponen, por otro lado, y con ello también el sentido de la relación axiológica existente entre ellos, cambian permanentemente.

Se suele hacer valer, con razón, a favor de la libertad de investigación que era el elemento vital de la productividad científica; que, como lo expresa K. Jaspers, “la libertad de cada académico hasta la arbitrariedad es condición de su intelectualidad productiva”.<sup>54</sup> Es exigida por el avance científico razonable, pero no demasiado previsible, en su conjunto<sup>55</sup> y por la irracionalidad e incontabilidad del proceso productivo en el investigador individual,

<sup>53</sup> *Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof (Comisión de Investigación y Tribunal del Estado)*, p. 80; *cfr.*; *idem*; *passim*.

<sup>54</sup> *Die Idee der Universität (La idea de la universidad)*, p. 67.

<sup>55</sup> Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre (Artículos recopilados sobre teoría de la ciencia)*, pp. 534 y ss.

por la circunstancia que C. H. Becker ha formulado como que todos los grandes conocimientos por lo general son intuiciones luego probadas,<sup>56</sup> por la circunstancia del “riesgo del pensamiento fértil” de que habla Max Weber.<sup>57</sup>

Esta libertad es el presupuesto de aquella actitud científica que Jaspers ha descrito de forma excelente:

...que se quiere la verdad, es decir, que se está dispuesto a justificaciones y a discusiones, que se quiere y puede atender a razones, que se somete a una evidencia objetiva y se está abierto a todas las formas de evidencia, que se está dispuesto a hacerse consciente de sus límites y su modalidad; que se quiere posponer sus deseos e intereses; que se conoce en autorreflexión estas fuerzas que perturban la objetividad y que quizás casi nunca se toleran completamente.<sup>58</sup>

Por tanto, el presupuesto también de la actitud *moral* que se nos encomienda.

A ello conduce la justificación para todos nosotros evidente de la libertad de enseñanza a partir de nuestra experiencia cotidiana de que nuestra actividad docente verdaderamente académica no se basa en que nosotros transmitamos la materia académica objetiva correspondiente, así como ella nos ha sido dada o por lo menos se nos ha permitido, sino que se basa en que nosotros hacemos participar al oyente en lo dicho por nosotros como una verdad adquirida personalmente.<sup>59</sup>

Pero esta experiencia profesional personal no es, naturalmente, el significado básico del derecho fundamental. Parece más indicado ver en él un derecho fundamental liberal en el sentido de los restantes derechos de libertad, que garantizan al individuo, como a la vida de la comunidad, libertad respecto del Estado, y

<sup>56</sup> *Vom Wesen der deutschen Universität (Sobre la naturaleza de la universidad alemana)*, p. 40. Igualmente, en desarrollo fenomenológico, Litt, Th. *Individuum und Gemeinschaft (Individuo y comunidad)*, 3a. ed., pp. 349 y ss.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 532 y ss.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 14 y ss.

<sup>59</sup> Por muchos, Paulsen, *op. cit.*, p. 214.

ello en la creencia de que esta libertad dará lugar, en todos estos ámbitos de actuación que se le conceden, al óptimo de utilidad cultural. Pero esta clasificación es históricamente incorrecta en un doble sentido: para la época del surgimiento de la libertad académica como para el presente.

Por un lado, respecto de la época de su surgimiento. Ciertamente, el pensamiento liberal de la futilidad del Estado, de su falta de relaciones, como organización externa, con la vida espiritual creativa, juega aquí un papel, pero sólo como el lado negativo del nuevo programa universitario.<sup>60</sup> Pero el lado positivo no tiene nada que ver con el liberalismo: es la creencia, fundamentada por la filosofía especulativa, en la fuerza productiva de la ciencia en el sentido de Fichte, de la idea en el sentido de Schelling, es decir, las convicciones cuya fuerza positiva sólo hay que declarar a partir de su origen como energías religiosas secularizadas y que han dominado como tales el idealismo y su producto institucional, la universidad alemana del siglo XIX.

Algo parecido vale para el presente. Primero, opinamos más escépticamente que el burgués siglo XIX sobre la posibilidad de una ciencia libre, en especial, libre de presupuestos. Luego, debemos rechazar con más decisión que el siglo XIX la justificación de la libertad científica con la mayor utilidad de la ciencia libre. Aunque esta fundamentación vuelve también todavía hoy una vez más, y tiene sus más leales partidarios en el socialismo que espera de una ciencia verdaderamente libre, con confianza profundamente conmovedora, milagros que ninguna ciencia puede hacer.<sup>61</sup> Pero jus-

<sup>60</sup> Ello no vale, por lo demás, para todos los reformistas, por ejemplo no para Steffens, y para el resto no puramente en la mayor parte de los casos. *Cfr.*, por muchos, Sprangler, *Wandlungen im Wesen der Universität seit 100 Jahren (Transformaciones en la naturaleza de la universidad desde hace cien años)*, pp. 9 y ss.; *idem*, Fichte, Schleiermacher, *Steffens über das Wesen der Universität (Sobre la esencia de la universidad de Steffens)* (Philosophischen Bibliothek 120), "Introducción", pp. XIX y ss.

<sup>61</sup> Por ejemplo, frente a Wittfogel, *Die Wissenschaft der bürgerlichen Gesellschaft (La ciencia de la sociedad burguesa)* (kl. Revolut. Bibliothek 8), pp.

tamente en este ejemplo se hace clara la peligrosidad y la incorrección de la construcción liberal del derecho fundamental: se lo fundamenta en el éxito a su través garantizado, así que se lo refuta si este éxito no tiene lugar y entonces este éxito demandado debe alcanzarse directamente, con mejores medios, en especial poniendo en el lugar de la ausencia de presupuestos de la ciencia los presupuestos correctos en virtud del Estado y del derecho, es decir, en la práctica, por ejemplo, los del marxismo. La interpretación liberal del derecho fundamental académico significa hoy el camino directo a las exigencias del bolchevismo tal y como son demandadas hace mucho también por sus defensores alemanes.<sup>62</sup> Y, no sin razón, algunos liberales como Troeltsch y Becker han discutido la resistencia del fundamento liberal de la libertad académica y, en su lugar, han examinado y reclamado su fundamento religioso directo o indirecto,<sup>63</sup> en todo caso, una fe en su derecho de un modo parecido a aquel en que el idealismo alemán la ha fundamentado especulativamente.<sup>64</sup>

La libertad académica en el sentido alemán no es una evidencia tampoco sólo de la cultura europea actual. Es un instituto históricamente condicionado que quizás ya no existirá en un tiempo no lejano. Como un instituto de los ciento veinticinco años durante los cuales ha existido, está vinculada al sentido histórico

67 y ss., la sensata autocritica socialista de Schumann Wolfgang, *Die Wissenschaft (La ciencia)* (Kunstwart-Bücherei 5), p. 71.

<sup>62</sup> Cfr. Wittfogel, especialmente pp. 64 y ss.

<sup>63</sup> Troeltsch, *op. cit.*, II, 190; Becker, *op. cit.*, p. 10.

<sup>64</sup> La exposición tradicional de la historia de la universidad hace surgir a la libertad de cátedra en las universidades protestantes como si la libertad de cátedra fuera una conclusión de la libertad de conciencia y como si el protestantismo fuera idéntico a la Ilustración, y se fundamenta ello con la oportunidad de este modo ofrecida de descubrimiento de la verdad, que si no se descubriría (como si hoy no se hubiera acreditado ampliamente la economía científicamente planificada como la anarquía de la investigación). Es característico del declive de la segunda mitad del siglo XIX frente a la primera que el sentido profundo, en el texto sólo apuntado, del instituto haya sido tan abandonado. El escepticismo formalista de la teoría del derecho político actual frente a la libertad de cátedra es el resultado lógico de ello.

con el que este periodo histórico la fundó en Jena y Berlín, la elevó a derecho fundamental en Frankfurt, y en Weimar la ha recepcionado simple y exclusivamente en su existencia histórica, en cierta medida *cum omni iure*. Es el derecho fundamental de W. von Humboldt y de los Siete de Gotinga<sup>65</sup> que, según el artículo 142, también debe ser un elemento constitutivo del Imperio de la Constitución de Weimar.

El derecho fundamental significa, sobre todo, la posición jurídica adecuada de una gran institución pública. Por ello, se lo separa con razón en la Constitución de Weimar de los derechos individuales y sociales de libertad con los que se le relaciona frecuentemente histórico-ideológicamente,<sup>66</sup> y se coloca a esta libertad en primer lugar en la serie de instituciones públicas del título cuarto [de la parte segunda de la Constitución de Weimar]. Por ello, también el material de comparación no está jurídicamente en el ámbito de otras libertades protegidas por un derecho fundamental,<sup>67</sup> sino en el ámbito de la producción espiritual, que es regulada como institución central, y al mismo tiempo es dejada

<sup>65</sup> *Nota del traductor*: el autor se refiere a siete profesores de su universidad que, en 1837, protestaron contra la soberanía absoluta de los reyes de Hannover, a resultas de lo cual perdieron sus trabajos (entre ellos, estaban los hermanos Grimm).

<sup>66</sup> Hedemann en el *Politischen Handwörterbuch (Diccionario político de bolsillo)* editado por Herre, II, 38. Las investigaciones sobre la relación de la libertad de cátedra con otros derechos fundamentales de Max Müller, “Die Lehr- und Lernfreiheit” (“La libertad de cátedra y de aprendizaje”), *Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft* (“Contribuciones de Zúrich a la ciencia del derecho”), pp. 38 y ss., 18 y ss., ofrecen sólo material, pero no una ojeada a las relaciones históricas, para las cuales es muy instructivo echar un vistazo, por ejemplo, a Ruge, Arnold, *Gesammelte Schriften* (Escritos reunidos), X, pp. 375 y 397, sobre todo para la consideración institucional, entonces igual, de la libertad de prensa y de cátedra, bajo predominancia decisiva de la primera. Un material especialmente muy inagotable en Scheidler, K. H., *Staatswissenschaftliche Abhandlungen (Ensayos de ciencia política)*, I, 1838 (*Über die Idee der Universität und Ihre Stellung zur Staatsgewalt: Sobre la idea de la universidad y su posición respecto al poder del Estado*), *passim*, especialmente pp. 384 y ss.

<sup>67</sup> Así, sin razón, Anschütz, *Preussische Verfassungsurkunde (Documentos constitucionales prusianos)*, I, p. 373.

libre, es decir, como K. Rieker ha destacado con razón,<sup>68</sup> en el derecho de la parroquia evangélica y su independencia en las funciones espirituales, como recientemente se la ha hecho valer cada vez con más intensidad por la práctica frente a la poca atención en la literatura de derecho eclesiástico.<sup>69</sup> En esta sede, sólo puedo yo hacer referencia a la cuestión de las conexiones históricas en que ello se basa.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> *Die rechtliche Natur des evangelischen Pfarramts (La naturaleza jurídica de la parroquia evangélica)*, p. 64, nota 1.

<sup>69</sup> *Bericht über die Verhandlungen der ausserordentlichen Kirchenversammlung zur Feststellung der Verfassung für die evangelische Landeskirche der älteren Provinzen Preußens (Informe sobre los procedimientos de la asamblea eclesial extraordinaria para el establecimiento de la Constitución de la Iglesia nacional evangélica de las antiguas provincias de Prusia)*, II, p. 174, I, pp. 561, 568, 572 y ss. Una valoración literaria de este elemento básico del concepto eclesiástico y del derecho eclesiástico evangélicos hay que esperar en breve de G. Holstein. [Nota del traductor: seguramente, se haría referencia a la obra de Günther Holstein *Grundlagen des evangelischen Kirchenrecht (Fundamentos del derecho eclesiástico evangélico)*, una de las principales obras de este autor y que tuvo mucha resonancia en el momento de su publicación (1928) por Mohr Siebeck. Sobre el vínculo del pensamiento de Smend y Holstein, puede verse el libro de Renert, Klaus, *Die Geisteswissenschaftliche Richtung in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik: Untersuchungen Zu Erich Kaufmann, Gunther Holstein und Rudolf Smend (La orientación científico-espiritual en la teoría del derecho político de la República de Weimar: Investigaciones sobre Erich Kaufmann, Günther Holstein y Rudolf Smend)*, Duncker und Humblot, *Schriften zum öffentlichen Rechts* núm. 518 (*Escritos de derecho público*), Berlín, 1987 y la recensión al mismo de Richard Bäumlín en la *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (Revista para una nueva historia del derecho)*, núm. 13, 1991].

<sup>70</sup> Una primera tarea de la historia de la libertad de cátedra, de la que carecemos, debería ser la aclaración de la cuestión de si, y en qué medida, esta libertad de cátedra es, históricamente, la forma secularizada de la posición de la parroquia evangélica. En este sentido, y no en el arriba rechazado (*op. cit.*, nota 57), es la misma una conquista específicamente protestante. La cuestión hay que plantearla esencialmente a Fichte. Aquí se presentan ecuaciones cómodas: la teoría de la ciencia “no es otra cosa que teología” [Hirsch, E., *Fichtes Religionsphilosophie (Filosofía del derecho de Fichte)*, 1914, p. 116] y para el propio Fichte es ocasional la especulación “del verdadero Paráclito ... al que ha remitido el cristianismo” [*an Jabobi (a Santiago)* 3.5.1810, *Briefwechsel (Intercambio epistolar)*, coord. por Schulz, v. H. II, p. 548]. [Nota del traduc-

c) Como los efectos jurídicos esenciales del derecho fundamental destaco tres.

1. La exclusión de leyes contrarias al derecho fundamental. La doctrina dominante no se interesa nada por ello, y yo no preveo qué debería objetarse contra la promulgación de leyes de los *Länder* que prohibiesen en las universidades, en el sentido de la Ley Anti-Evolución de Tennessee de 1925 (que dio base al famoso proceso contra los monos, así llamado), toda doctrina que contradijera la narración bíblica de la creación. En todo caso, en América tampoco se ha discutido por nadie, tampoco de los enemigos de la ley, su vinculatoriedad para todos los profesores em-

*tor*: “paráclito” es un vocablo de origen griego, “*parakletos*”, que literalmente significa “aquel que es invocado”, y hace referencia al abogado defensor, al mediador, al consolador y es una forma de designar en los *Evangelios al Espíritu Santo*]. Así, la llamada de Fichte (a la defensa de la filosofía idealista) está “en relación más próxima con la determinación de un predicador” (*Brief an die Braut* (Carta a la novia), en Schulz, I, p. 127; *cf.* también, por ejemplo, la *Brief an Nicolovius*, *Carta a Nicolovius*, abril de 1813, en Schulz, II, p. 600) y la posición científica de Fichte es, según me hace ver E. Hirsch, claramente la sustituta de la posición espiritual del orden que había hasta ese momento. Sobre todo es la idea de la palabra como vida en la teología luterana y la idea vital en el sistema de Fichte, que hay que poner en relación a la una con la otra. De ello resultaría la relación histórica buscada, en especial para las maravillosas lecciones de Erlangen sobre la esencia del académico, “Vom mündlichen Gelehrten-Lehrer” [*Werke (Obras)*, 6, pp. 428 y ss].

La prueba concluyente, en todo caso, sólo puede producirse por la vía de la penetración más profunda en la cerrazón dura como el cristal del sistema de Fichte; entonces ciertamente bajo la posición unilateral de sus elementos racionalistas por la forma o incluso por el contenido.

Sólo tal ímpetu religioso, dicha ideología no liberal-racionalista, explica, en mi opinión, la fuerza con la que los arcaicos privilegios corporativos de las universidades fueron refundidos en la libertad académica especulativamente necesaria y la falta de resistencia con la que la libertad de cátedra fue un hecho que básicamente no se ponía ya más en cuestión incluso para la conspiración de Karlsbad contra el espíritu, la vida y la libertad.

Por la provechosa discusión de estas materias, quedo agradecido a Emanuel Hirsch.

pleados por el Estado, incluyendo los profesores universitarios.<sup>71</sup> A nosotros nos queda más próxima quizás la idea de restricciones marxistas o fascistas de la libertad de cátedra que las basadas en la Biblia. Pero, en todo caso, el impulso antiliberal de la época nos aproxima también a tales posibilidades,<sup>72</sup> y frente a ello me parece a mí irresponsable renunciar al muro de protección de la Constitución.

Si este muro de protección no existe en el artículo 142, entonces tiene razón Nawiasky<sup>73</sup> en que la ciencia está mejor protegida en Baviera, donde el artículo 20 del texto constitucional admite su restricción sólo a través de la ley y sólo para la garantía del orden, la seguridad, la salud o la moralidad públicos. Pero la verdadera libertad académica no soporta tampoco estas reservas, y si se toma en serio al artículo 142, tanto la ley contra los monos de Tennessee como también, completamente, estas posibilidades de limitación en Baviera que suenan inofensivas.

Tampoco las delegaciones, por Anschütz destacadas, de las leyes del Imperio sobre epidemias para dictar reglamentos sobre las reglas de cautela en los trabajos científicos con agentes causantes de enfermedades demuestran lo contrario.<sup>74</sup> Porque estas delegaciones y los reglamentos dictados al respecto no se dirigen contra las actividades espirituales de la investigación y la docen-

<sup>71</sup> He podido acceder al material (de la *Oregon Law Review*, vol. 6, febrero de 1927) gracias a la amabilidad de la señora profesora M. Wolf, experta del Instituto de Berlín de derecho público y derecho internacional.

<sup>72</sup> A este respecto, siempre extraordinario, Scheler, *Versuche zu einer Soziologie des Wissens (Estudios preliminares de una sociología del saber)*, 1924, por ejemplo, pp. 71, 38, 66, 131-138.

<sup>73</sup> *Bayerisches Verfassungsrecht (Derecho constitucional bávaro)*, p. 249.

<sup>74</sup> Gesetz betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten von 30.6.1900, artículo 27; Viehseuchengesetz von 26.6.1909, artículo 17, número 16 [Ley relativa a la lucha contra enfermedades de peligro público del 30 de junio de 1900, artículo 27; Ley de epidemias animales del 26 de junio de 1909, artículo 17, número 16]. Sobre ello, véase Anschütz, *Preussische Verfassungsurkunde (Documentos constitucionales prusos)*, I, p. 373; *Verfassung des Deutschen Reichs (Constitución del Imperio alemán)*, nota 1 al artículo 142.

cia ni contra los contenidos espirituales de estas actividades, sino exclusivamente contra los peligros que surgen de determinados objetos corporales y que por ello han de ser absolutamente combatidos allí donde estos objetos, como portadores de peligro elevado de epidemia, surjan y puedan ser censados por motivos de política sanitaria.

2. La libertad de ciencia<sup>75</sup> y cátedra frente al legislador no se limita al ámbito académico. Pero el verdadero problema de la libertad académica existe en la relación de los profesores universitarios con la administración de la universidad, no frente a terceros, como por ejemplo la Iglesia.

El objeto de esta libertad es la actividad de investigación y docencia, por tanto no la actividad oficial en asuntos de autogobierno y en funciones delegadas, ni tampoco la actuación extraoficial que no es investigación ni docencia.

En los debates de la sociedad de universidades,<sup>76</sup> nuestros colegas de profesión Stier-Somlo y Laun han reclamado una determinación más exacta de los límites de este ámbito inmune. Yo considero esta exigencia como inconstitucional. Porque el carácter de una actividad como investigación o enseñanza no está anudado a cualquier forma externa determinada. Un dictamen, un discurso, una alocución de felicitación, un brindis, pueden caer materialmente dentro del ámbito protegido, y un libro científico o una lección universitaria pueden superar estos límites. Así, el objeto del artículo 142 puede también ser determinado sólo materialmente por el criterio de la intención del trabajo científico. Lo que se presenta como intento serio de investigación o de enseñanza de la verdad científica es investigación y enseñanza en el sentido del artículo 142. Esta delimitación es decisiva para la tutela del derecho fundamental frente al legislador, pero sobre todo

<sup>75</sup> El señor director ministerial profesor doctor W. Richter me ha ayudado activamente a través de su amable opinión respecto de las cuestiones tratadas a continuación.

<sup>76</sup> *Op. cit.*, nota 32, pp. 8 y ss.

frente a la administración, en especial la administración de las universidades.

¿Qué límites existen aquí, a pesar y además del artículo 142, para el profesor académico?

Yo intento resumirlos bajo tres puntos de vista.

I. El ministro de cultura de Prusia ha interpretado el derecho fundamental en el año 1848<sup>77</sup> como que la ciencia y su efecto no debían conocer en el futuro ningún otro límite “que su propia verdad y, en tanto la desconozcan y la sobrepasen, la santidad de la ley penal”. Pero lo que aquí es excluido, queda de todos modos fuera del ámbito inmune: lo que se presenta como un intento serio de verdad científica, no será tampoco fácilmente punible, aparte del artículo 193 del Código Penal.

II. El verdadero punto nuclear de la dificultad está en una vinculación material de amplio alcance de la investigación y la enseñanza que se emplee a costa de los profesores universitarios. Yo destaco, por otras muchas, una formulación considerablemente proporcionada de la señora Paulsen:<sup>78</sup>

De igual modo que se presupone del profesor académico de teología una relación positiva con el cristianismo y con la Iglesia, en el profesor de las ciencias del Estado debe presuponerse una relación positiva con el Estado, con la Constitución del Estado y el derecho del país. Quien tuviera la convicción de que el Estado y el derecho, tal y como ellos son, no son más que una masa de sinsentido y poder, ese no estaría en su lugar en todo caso como profesor de la ciencia

<sup>77</sup> *Op. cit.*, nota 38, p. 17.

<sup>78</sup> *Op. cit.*, nota 35, p. 209. *Cfr.* también pp. 109, 112, 199 y ss.; *Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium (Las universidades alemanas y la carrera universitaria)* (902), pp. 286 y ss., 313; Müller, Max, pp. 191 y ss; von Mohl, R., *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik (Derecho político, derecho internacional y política)*, III, 124 y 144. Característicamente, Max Müller menciona también para Suiza a la opinión pública como límite de la libertad de cátedra (pp. 194 y ss). C. Bornhak (*Rechtsverhältnisse der Hochschullehrer in Preußen; Relaciones jurídicas del profesor universitario en Prusia*) también deja de lado al derecho positivo en el tratamiento especial de las universidades técnicas.

del Estado y del derecho... Deberemos exigir del profesor universitario que quiera sobre todo y en primer lugar ver y explicar el sentido racional en las formas de vida del presente y del pasado.

Con ello, se reserva expresamente una crítica que no debe verse limitada por miedos.

La cuestión jurídica de que se trata aquí es obviamente la de la vinculación profesional especial de cada profesor, es decir, la cuestión de la vinculación a través del encargo de enseñanza y la *venia legendi*. Yo quiero derivar la respuesta del hecho de que la libertad de cátedra no significa la libertad de no enseñar,<sup>79</sup> sino sólo la libertad de no someterse, en el cumplimiento de la tarea positiva de enseñanza, a ningunas instrucciones con relación al contenido de la verdad científica y a la forma de su presentación y transmisión.

El profesor universitario sigue obligado a sostener adecuadamente su disciplina. El teólogo evangélico que llega a exponer a los dogmas católicos como contenido necesario también de la teología evangélica, con ello no lesiona en absoluto todavía su encargo estatal de enseñanza; lo lesiona con seguridad si declara preferir básicamente a la Iglesia y la doctrina católicas y, de acuerdo con ello, las defiende básicamente como profesor. El profesor de derecho que declara como irrazonable e inmoral la regulación positiva de su ámbito jurídico, en lugar de, por lo menos, exponer conscientemente su sentido inmanente, no cumple su encargo de enseñar de un modo parecido a aquel que no da ninguna clase universitaria en absoluto.

Pero estas vinculaciones hay que interpretarlas estrechamente frente al derecho fundamental del artículo 142, y en sus límites, la intención conforme al deber de investigación y transmisión conscientes es, a su vez, la única orientación positiva posible que asegura la no vulneración del deber frente al Estado y el pueblo, y la consideración debida de los sentimientos de los discentes indefensos que piensan de otro modo.

<sup>79</sup> Bluntschli en el *Staatswörterbuch (Diccionario del Estado)* de Bluntschli-Braters, coord. von Loening, II, p. 543.

En esta significación del encargo de enseñanza se fundamenta lo que Bluntschli<sup>80</sup> ha reconocido correctamente de que la libertad de investigación es absoluta, la libertad de cátedra es sólo relativa. Pero con razón ha añadido que la dificultad (y la vía para la solución de la dificultad) está menos en la determinación del principio objetivo correcto, cuanto en la reglamentación y tratamiento del procedimiento correcto.

III. Como la delimitación de la libertad de cátedra por el encargo de enseñanza es una delimitación materialmente necesaria por la relación con la organización docente y su fin organizativo, otras regulaciones de la ordenación externa de la clase en cuanto al lugar, tiempo, etcétera, son entonces técnicamente necesarias. No son un verdadero problema desde el punto de vista de la libertad académica.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> *Idem*, *Allgemeine Staatsrecht (Teoría general del Estado)*, 4a. ed., II, p. 377.

<sup>81</sup> Siguiendo una sugerencia dada por H. Nawiasky en la discusión, menciono como un ejemplo clásico de las cuestiones aquí en consideración al Decreto sobre Vivisección del ministro de Educación Pública y Cultura del 2 de febrero de 1885 dirigido a las facultades de medicina (*Central Blatt für die gesamte Unterrichtsverwaltung in Preuen, Boletín Central para toda la Administración docente en Prusia*, 1885, p. 314).

El ministro, sobre la base de una encuesta a las facultades de medicina (*Fragepunkte und eingehende Beantwortung, Cuestionario y respuesta en profundidad, op. cit.*, pp. 315 y ss), determina “que al respecto han encontrado debida observancia, junto a los intereses de la investigación científica y del oficio docente académico, también las exigencias de la humanidad. Para anticiparse en este sentido a todas las dudas también en el futuro, considero pertinente asegurar, frente a la posibilidad de disidencias individuales, los puntos de vista en que se basa la praxis hasta ahora por medio de una reglamentación general. A este fin, acuerdo yo por la presente lo siguiente:

1. Los experimentos en animales vivos pueden llevarse a cabo sólo para verdaderos fines de investigación o para importantes fines docentes.
2. En las clases, los experimentos con animales sólo son admisibles en la medida en que ello sea necesario para la comprensión completa de lo enseñado.
3. Las preparaciones operativas para los experimentos durante las clases, por regla general, se han de llevar a cabo incluso antes del comienzo de la prueba misma y en ausencia de los discentes.

Por muchas razones, estas condiciones materiales y técnicas se han desarrollado hoy más intensamente que hace cien años.<sup>82</sup> Pero es característico que la administración estatal las establece principalmente por vías indirectas, especialmente a través de la or-

4. Los experimentos con animales sólo pueden llevarse a cabo por los profesores y docentes o bajo su responsabilidad.

5. Los experimentos que puedan realizarse, sin afectación esencial del resultado, en animales inferiores, pueden sólo realizarse sobre ellos y no respecto de los animales superiores.

6. En todos los casos en que no sea simplemente incompatible con el fin del experimento, los animales han de ser aturridos antes del experimento de modo total y duradero a través de anestesia”.

El decreto adopta la solución correcta en tanto que declara admisible el experimento con animales cuando esté justificado por la necesidad de la investigación y la docencia. Es inquietante que aquí una libertad existente por virtud de la Constitución sea reconocida todavía una vez más por el ministro. Quizás se expresa en la redacción del decreto, que proclama que simplemente da fijeza a la praxis hasta el momento, una sensación de inadmisibilidad de la propia normación del objeto. Los archivos del Ministerio no revelan nada al respecto. No es inobjetable que los números 1, 2, 5 y 6 contengan ligeras restricciones cuantitativas de la libertad constitucional de estimación del profesor universitario en la delimitación de las necesidades docentes e investigadoras [número 1: “importantes”; número 2: “completa” (aquí también la restricción al apoyo complementario de la “disertación”); número 5: “esencial”; número 6: “simplemente”]. Los números 3 y 4 están bien justificados por el poder organizatorio.

Los mismos puntos de vista valdrían para una ley que se opusiera a la vivisección; como contenido de dicha ley tendrían que justificarse por la ley sólo los números 3 y 4.

Conforme a lo dicho, una actividad necesaria para el fin de la investigación o la enseñanza no es antijurídica *in abstracto*. La policía o el patrono pueden combatir la vivisección, en tanto que esté cubierta por el artículo 142, por el hecho de que la misma sea inhumana o contraria al orden. Naturalmente, la libertad de investigación y de enseñanza no justifica una lesión *in concreto*, como el daño corporal a un animal ajeno, las intervenciones en la integridad corporal de un paciente sin su consentimiento, molestias al vecino o al público, la superación de los medios presupuestarios, la puesta en peligro de la salud de los asistentes y estudiantes, la vulneración del orden organizatorio, en tanto que este es válido según lo dicho en el texto.

<sup>82</sup> Al respeto, *cfr.*, especialmente, Spranger, *Wandlungen im Wesen der deutschen Universität seit hundert Jahren (Transformaciones en la naturaleza de la universidad alemana desde hace cien años)*, pp. 14 y ss.

ganización de exámenes estatales, y que les impida una regulación directa del servicio académico. Todavía hoy existe la situación que Savigny caracterizó por el hecho de que “se ha delegado” a los profesores universitarios “la elección de cada objeto de su enseñanza, así como la organización de sus clases, con una libertad casi ilimitada”,<sup>83</sup> por virtud del derecho, en su totalidad. Y la idea de no inmiscuirse la administración en las cosas que deben seguir dejándose a la autorregulación de la vida espiritual<sup>84</sup> está a punto de conquistar un nuevo ámbito aplicativo en la eficacia del artículo 142 cuando el ministro de educación y cultura de Prusia rechazó intervenciones en la actividad artística del director de los teatros estatales.<sup>85</sup>

3. La libertad de la expresión de opiniones es un verdadero derecho fundamental de libertad; existe sin consideración a si se hace de ella un buen o un mal uso. La libertad de ciencia, en especial como libertad académica, es la garantía de una parte privilegiada, y reconocida como importante, de la vida espiritual; existe por virtud del valor, por lo menos pretendido, de la expresión privilegiada; tiene carácter institucional.

De ello se sigue para la alegación procedimental de ambas libertades, en especial en los procedimientos disciplinarios, una doble diferencia.

Por un lado, en la determinación del tipo o supuesto de hecho protegido por el derecho fundamental. Si existe una expresión de opinión en el sentido del artículo 118 es algo que, aparte de los casos especiales abordados en la primera ponencia, se discutirá en raras ocasiones. Por el contrario, la dificultad decisiva de un proceso disciplinario será con frecuencia justamente si existe un serio intento de hallazgo o transmisión de la verdad científica, si una ex-

<sup>83</sup> *Historisch-politische Zeitschrift (Revista Político-Histórica)*, coordinada por Von Ranke, I, p. 578.

<sup>84</sup> Así, especialmente, Paulsen, *Abhandlungen (Ensayos)*, p. 202; *Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium (Las universidades alemanas y la carrera universitaria)*, p. 99.

<sup>85</sup> En la Comisión presupuestaria del Parlamento nacional del 11 de febrero de 1926, *Voss. Ztg.* 12 de febrero de 1926.

presión merece una valoración intencional tan elevada como sea preciso para justificar la subsunción bajo el artículo 142.

Pero, sobre todo, existe la diferencia en la eficacia del derecho fundamental. El artículo 118 protege sólo en los límites de las leyes generales, es decir, de las leyes que tienen preferencia respecto al derecho fundamental. El artículo 142 no protege, pues, formalmente contra la norma de derecho penal, pero su aplicación excluirá absolutamente siempre la penalización, y en todo caso tiene preferencia incondicionada respecto de las normas del derecho funcional, en contraposición al artículo 118.

La historia de la cuestión del derecho de la prensa ofrece una analogía instructiva. Cuando la prensa aparecía todavía racionalmente como institución, no simplemente como libre expresión de opiniones, digna de protección, su situación era parecida a la de la situación actual de la ciencia y la doctrina. Entonces el viejo Pablo de Heidelberg, minusvalorado sin razón debido a las invectivas repetidas de Heinrich Heine, ha explicado con gran claridad la conformación de ello resultante de la responsabilidad de la prensa. Cito literalmente:

El fin de la libertad de prensa y del pensamiento de la comunicación es, básicamente, la libertad de verdad. Según esta opinión, es claro como principio o norma de la legislación sobre la prensa que lo que, bien en el contenido, bien en la forma de la exposición, no se esfuerza abiertamente por la verdad, lo que no pretende y puede conducir a la verdad, no ha de tener ninguna esperanza de protección legal, más bien ha de tener cierta expectativa de una justa indiferencia o penalización. Todo lo contrario, cuando ni la forma ni el contenido da una prueba al árbitro de que al informador no le interesa la verdad, no puede reprimirse o perseguirse a través de una ley, si el amor a la libertad ha de ser nuestro objetivo supremo y nuestra ley.<sup>86</sup>

<sup>86</sup> Paulus, *Über die Principien der Preßfreiheit-Gesetzgebung (Sobre los principios de la legislación de libertad de prensa), Vorrede (Discurso introductorio)*, 1831, pp. III y ss.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DE CIENCIA Y DE CÁTEDRA 45

No sólo lo verdadero, sino también lo probable,<sup>87</sup> en tanto que los hombres no llegarían fácilmente a la verdad sin la confrontación de las probabilidades, debe poder darse a conocer sin penalización en todo caso, si ante los jueces humanos razonables como tribunal por jurado sólo se puede llevar la prueba de que ello ha sido para el informador la verdad o la probabilidad.

Completamente distintos son los casos en que un informador publica algo como verdadero o probable para él en una forma a través de la cual pueda probarse que a él no le preocupaba el fin legalmente justificado de la libertad de comunicación, en concreto, la difusión de la verdad.<sup>88</sup>

Como guía para el tratamiento de los delitos de prensa, ello está desesperadamente obsoleto. Como planteamiento de una cuestión para los procedimientos en los que se trata de la libertad de ciencia y su enseñanza, estas fórmulas racionalistas todavía hoy siguen dando en el clavo.<sup>89</sup>

La respuesta a la correspondiente cuestión de las opiniones científicas no puede ser simplemente competencia de los jueces y de las autoridades administrativas.<sup>90</sup> La exigencia del derecho correcto en materia de libertad de cátedra debe, por ello, seguir

<sup>87</sup> *Nota del traductor*: hay aquí un juego de palabras intraducible entre “lo verdadero” (“Wahres”) y “lo probable” (“Wahrscheinliches”).

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 35 y 48 y ss.

<sup>89</sup> A este respecto, es correcta la decisión del Claustro de la Universidad de Mannheim en el caso “Mayr” (septiembre de 1926), que por lo demás yo no conozco más en detalle: “que corresponde al Claustro velar por que la actividad dictaminadora no se salga abiertamente del marco que es trazado por el requisito de la cientificidad” (según el periódico *Die Vossische* del 25 de septiembre de 1926).

<sup>90</sup> Cómo obtusa e incomprensiblemente se contraponen el funcionario administrativo al problema aquí existente de la intencionalidad de la vida intelectual, es algo que muestran las declaraciones del muy insigne director durante largos años de la administración universitaria prusiana, V. Naumann, respecto a la vinculación de investigación y enseñanza, que no puede ser el nervio vital de la universidad alemana, puesto que en la práctica no es una realidad en cada profesor en todo momento (*Die deutschen Universitäten*, 1909, pp. 18 y ss., contra Fr. Paulsen).

siendo la planteada, una y otra vez desde hace muchas décadas, especialmente por el liberalismo, de la participación de los profesores universitarios en la jurisdicción disciplinaria contra profesores universitarios,<sup>91</sup> tal y como se desarrolla, como alentador comienzo, en la Constitución de la Universidad de Jena de 1924.

En este sentido, la libertad de cátedra no es un caso de aplicación del principio de la legalidad administrativa, sino una institución pública para la protección de una de las formas supremas de la vida espiritual alemana. Un límite para el legislador, un privilegio de nuestro oficio que nos compromete, el derecho fundamental de la universidad alemana.

<sup>91</sup> Por muchos, Welcker, en Rotteck-Welckers, *Staatslexicon*, s. v. “Lehrfreiheit” (*Diccionario del Estado*, voz “libertad de cátedra”), IX, p. 667; Böckh, *op. cit.*, nota 51, II, p. 59; v. Mohl, *op. cit.*, nota 78, II, p. 172; Bluntschli, *Staatswörterbuch* (*Diccionario del Estado*); *idem*, *Allgemeine Staatsrecht* (*Derecho político general*); *idem*, Cosack, *Universitätsreform* (*Reforma de la Universidad*), p. 27.