

**LA CONSTITUCIÓN COMO
ORDEN DE VALORES.
REFLEXIONES EN TORNO
AL NEOCONSTITUCIONALISMO***

**THE CONSTITUTION AS ORDER OF VALUES.
REFLECTIONS AROUND NEOCONSTITUTIONALISM**

LUIS M. CRUZ

Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho,
Universidade da Coruña, España
lmacruz@udc.es

* Este artículo recoge una reelaboración del texto presentado a las XIX Jornadas Argentinas y I Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho en San Carlos de Bariloche (Argentina), durante los días 7, 8 y 9 de octubre de 2005, a las que fui invitado como ponente principal. Deseo agradecer las observaciones de todos los participantes en dichas Jornadas y, en particular, las fructíferas sugerencias de Pedro Serna, Juan Cianciardo, Pilar Zambrano, José Antonio Seoane y Pedro Rivas.



RECIBIDO AGOSTO 27 DE 2009, ACEPTADO SEPTIEMBRE 28 DE 2009

RESUMEN

El presente artículo pretende mostrar cómo el neoconstitucionalismo se corresponde con el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales progresivamente convergentes, en el cual han desempeñado un importante papel la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y la ciencia del Derecho público alemana, y que nace de la adopción de una concepción de la Constitución como orden valorativo. En definitiva, no es otra cosa que una transformación operada como consecuencia de la adopción de una teoría acerca de lo que la Constitución es: un orden valorativo donde los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hallan también en la base del sistema de los derechos fundamentales. Lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho.

PALABRAS CLAVE

Neoconstitucionalismo, Caso Lüth, decisiones valorativas, orden de valores, principios materiales de la Constitución.

ABSTRACT

This article intends to show how Neoconstitutionalism responds to the development of a constitutional theory and practice, both of which are progressively convergent. Such development has played an important role on the decisions of the German Federal Constitutional Court and on the science of public law in Germany. Such development is born from the adoption of the Constitution as an order of values. Definitely, it is no other thing than a transformation occurred due to the adoption of a theory about what the Constitution is: an order of values, where the structural elements of the State obey to principles which are also found in the basis of the fundamental rights system. What is new and capital about this form of constitutionalism are the material and substantial qualities of the Constitution which make it practically omnipresent in every creative operation and application of law.

KEY WORDS

Neoconstitutionalism, Lüth case, values order, value-oriented decisions, material principles of the Constitution.

SUMARIO: 1. ¿QUÉ ES EL NEOCONSTITUCIONALISMO?; 2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ALEMANIA; 2.1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA PRIMERA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN; 2.2. LA DEFENSA DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN DE VALORES; 3. LUCES Y SOMBRAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO; BIBLIOGRAFÍA.

1. ¿QUÉ ES EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

A lo largo de estos últimos años han salido a la luz numerosos trabajos sobre neoconstitucionalismo, así como sobre la relación entre constitucionalismo y positivismo¹. A pesar del efecto clarificador en algunos puntos, se han producido también ciertas consecuencias negativas desde el punto de vista científico, entre las que se destaca la excesiva amplitud semántica con que se emplea la expresión neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas.

Así, Luis PRIETO, adoptando el esquema propuesto por Paolo COMANDUCCI, señala cuatro acepciones principales². En primer lugar, el neoconstitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX en diversas partes del mundo. En segundo término, puede designar una teoría del Derecho, aquélla apta para describir o explicar las características de dicho modelo. En tercer lugar, cabe entender por neoconstitucionalismo la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente, el neoconstitucionalismo se proyectaría sobre un amplio capítulo que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista.

La pregunta sobre qué sea el neoconstitucionalismo se complica aún más si atendemos a las caracterizaciones disponibles del Estado constitucional, las cuales suelen referirse a aspectos presentes en los actuales sistemas jurídicos, pero que a menudo dejan de lado u omiten profundizar en algunas dimensiones que son las que permiten precisamente comprender la especificidad del fenómeno y sus implicaciones directas.

En este sentido, una de las propuestas más clarificadoras la constituye, a mi juicio, la caracterización realizada por Riccardo GUASTINI, para quien la consti-

¹ Véase al respecto, Luis PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; del mismo autor, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; Santiago SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999; Susanna POZZOLO, *Neocostruttuzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; y los artículos recogidos en el libro colectivo, Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

² Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 101-102; y Paolo COMANDUCCI, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., trad. M. Carbonell, pp. 75-87.

tucionalización del ordenamiento jurídico ha de entenderse como un proceso de transformación al cabo del cual el ordenamiento resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza así por poseer una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales³. Se trata, no obstante, de un fenómeno gradual de modo que un sistema jurídico puede estar más o menos constitucionalizado en la medida en que presente en mayor o menor grado ciertos “rasgos” o “condiciones de constitucionalización”. GUASTINI presenta así una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como “impregnado” por las normas constitucionales⁴. La primera condición es la presencia de una Constitución rígida, es decir, ha de estar escrita y debe estar protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional. La segunda condición es la garantía jurisdiccional de la Constitución, la presencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la misma. Este control puede ser *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional, como sucede en Estados Unidos; *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*, ejercido por un Tribunal Constitucional o por un órgano similar, según el modelo francés; y, finalmente, *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, ejercido por un Tribunal Constitucional, a ejemplo de Alemania, Italia o España. La tercera condición es la fuerza vinculante de la Constitución, esto es, la consideración de todas las normas constitucionales como normas jurídicas genuinas, vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos. La cuarta condición es la “sobreinterpretación” de la Constitución, lo cual sucede cuando ésta es interpretada de tal modo que se le extraen innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios libres del Derecho constitucional: siempre cabe encontrar una norma constitucional para toda decisión legislativa. La quinta condición es la aplicación directa de las normas constitucionales, lo cual depende, por un lado, de la difusión en el seno de la cultura jurídica de la concepción de la Constitución como moldeadora de las relaciones sociales; y, por otro lado y como consecuencia de lo anterior, de la actitud de los jueces que emplean las normas constitucionales en ocasión de cualquier controversia. La sexta condición es la interpretación conforme de las leyes, y tiene relación con la técnica de interpretación, no de la Constitución, sino de la ley. La interpretación conforme es aquella que adecua y armoniza la ley con la Constitución, eligiendo el significado que evite toda contradicción entre éstas. La finalidad de tal interpretación es la de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional. Por último, la séptima condición es la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, de manera que las normas constitucionales son utilizadas para resolver conflictos puramente políticos o en la argumentación política para justificar acciones y decisiones.

³ Cfr. Riccardo GUASTINI, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., trad. J. M. Lujambio, p. 49.

⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 50-58.

Ahora bien, esta caracterización del constitucionalismo contemporáneo, aún siendo correcta resulta, a mi juicio, insatisfactoria, ya que no permite dar cuenta de cuáles son los elementos específicos y singularmente propios del proceso que se pretende caracterizar.

A mi juicio, el neoconstitucionalismo se corresponde en Europa, fundamentalmente, con el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales progresivamente convergentes, en el cual han desempeñado un importante papel la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y la ciencia del Derecho público alemana⁵, y que nace de la adopción de una concepción de la Constitución como orden valorativo. En definitiva, no es otra cosa que una transformación operada como consecuencia de la adopción de una teoría acerca de lo que la Constitución es: un orden valorativo donde los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hallan también en la base del sistema de los derechos fundamentales.

Lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho. De hecho, en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea próxima o remota, en el texto constitucional⁶. Y, en la medida en que la Constitución se ha proyectado sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuyendo a configurar el orden social en su conjunto, las relaciones entre legislación y jurisdicción se han modificado sustancialmente: el juicio de validez de la ley depende ahora de un juicio de conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la misma y de los principios constitucionales por parte de un Tribunal Constitucional⁷.

Precisamente, desde esta perspectiva se comprende bien la unidad interna de lo que aparecen como rasgos meramente yuxtapuestos en otras caracterizaciones: la rematerialización del Estado de Derecho, el Derecho de principios, la doble dimensión (subjettiva y objetiva) de los derechos fundamentales, su efecto de irradiación sobre el Derecho ordinario, la transformación de la legislación, la necesidad de la ponderación y del juicio de proporcionalidad, etc.⁸.

⁵ Cfr. Robert ALEXY, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., trad. de A. García Figueroa, pp. 31-32; y Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, trad. de M. Jiménez Redondo, 1998, pp. 320-321 y 326-328.

⁶ Cfr. Luis PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 118-119.

⁷ Cfr. Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, trad. de M. Martínez Neira, 1996, p. 129; Luis PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 121-122; Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez...*, ob. cit., pp. 326-334.

⁸ Cfr. Pedro SERNA, "Presentación", en Luis M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, pp. xvii-xviii.

2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ALEMANIA

2.1. El punto de partida: la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán

La concepción de la Constitución como orden de valores u orden objetivo axiológico, que conforma la vida social y demanda su aplicación en todos los ámbitos del Derecho, tiene su punto de partida en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán⁹. El punto culminante lo constituye la sentencia *Lüth*¹⁰, de 1958, donde se establecen los conceptos centrales de valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistema de valores, en los que se apoyará posteriormente el Tribunal Constitucional en numerosas decisiones. Sin embargo, el Tribunal había ido perfilando dichos conceptos en algunas sentencias anteriores, como las de 1952 y 1956, en las que se prohibieron los partidos políticos *Sozialistische Reichspartei* (SRP) y *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD), respectivamente¹¹, así como la sentencia *Elfes*¹², de 1957.

A juicio del Tribunal, tal y como se desprende de las sentencias mencionadas, la Constitución establece un orden vinculante de valores (“orden fundamental libre y democrático”, “valores fundamentales intangibles”, “orden valorativamente orientado” u “orden objetivo de valores”), rechazando así una comprensión únicamente formal y pluralista del Estado de Derecho y de la democracia. Dicho orden estaría representado por la soberanía del Estado de Derecho, los principios de la autodeterminación de los pueblos, de la decisión de la mayoría, de la libertad, de la igualdad y del Estado social, así como por el reconocimiento de los derechos humanos, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la sujeción de la Administración a la ley y al Derecho, la independencia de los tribunales, la pluralidad de partidos y la igualdad de éstos. El núcleo de dicho orden de valores correspondería al principio de la dignidad humana y, más en concreto, al principio del libre desarrollo de la personalidad.

El punto de inflexión viene marcado, sin lugar a duda, por el caso *Lüth*¹³, en donde se establecen los conceptos centrales de la doctrina de los valores constitucionales. En esta sentencia el Tribunal Constitucional Federal alemán parte de

⁹ Cfr. Luis M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores...*, ob. cit., pp. 9-19.

¹⁰ BVerfGE 7, 198 – *Lüth*.

¹¹ BVerfGE 2, 1 – *SRP-Verbot* y BVerfGE 5, 85 – *KPD-Verbot*.

¹² BVerfGE 6, 32 – *Elfes*.

¹³ Veit Harlam, director de cine, había sido uno de los realizadores alemanes que contribuyó en forma más destacada, con su película *Jud-Süß*, a la campaña difamatoria contra los judíos durante el régimen nazi. En 1950 realizó una película, *Unsterbliche Geliebte* (*Amante inmortal*), que provocó la indignación de Erich Lüth, director de prensa estatal de la ciudad de Hamburgo y presidente del club de prensa de dicha ciudad. En concreto, en la apertura de la Semana del cine alemán, así como en una carta abierta remitida a la prensa, incitó a los dueños alemanes de salas de cine y a los arrendadores de películas para que no incluyesen dicha película en su programación, a la vez que instó al público alemán a que no fuese a verla. El Tribunal del Estado de Hamburgo consideró que las expresiones públicas de Lüth incitando al boicot violaban el artículo 826 del Código civil alemán, que establece una obligación de compensación a quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres. Una vez agotadas las vías que le proporcionaba la jurisdicción ordinaria, Lüth recurrió al Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 7, 198).

la tradicional teoría liberal que entiende los derechos fundamentales destinados, en primer lugar, a “asegurar la esfera de libertad de los individuos frente a las injerencias del poder público; son derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado”¹⁴. Sin embargo, junto a esto, el Tribunal sostiene que la Ley Fundamental no pretende ser:

ningún orden neutral de valores; en sus artículos sobre derechos fundamentales ha erigido un orden objetivo de valores que se manifiesta en un refuerzo fundamental de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana desarrollada libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad, debe ser válido como fundamento jurídico-constitucional para todas las áreas del Derecho; la legislación, la administración y la judicatura reciben de él pautas e impulsos¹⁵.

De esta forma, los derechos fundamentales son concebidos según una estructura dual: junto a su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) o decisiones valorativas (*Wertentscheidungen*) que expresan un contenido axiológico de validez universal y que, tomadas en conjunto, dan origen a un sistema de valores. Dicho sistema de valores afecta no sólo al ordenamiento constitucional, sino también al ordenamiento jurídico en su conjunto¹⁶. De ahí que exista no sólo una obligación del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito que aquéllos protegen, sino también una obligación, en este caso positiva, de llevar a cabo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos.

Del carácter objetivo-valorativo de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional Federal deduce, así mismo, su “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) sobre todo el ordenamiento jurídico¹⁷. En virtud de dicho efecto las relaciones del Derecho constitucional con otros ámbitos del Derecho deben considerarse desde un nuevo punto de vista. No se trata de que todo el Derecho existente se disuelva en Derecho constitucional, sino que los derechos fundamentales actúen como un

¹⁴ BVerfGE 7, 198 (204)

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (205). Cfr. en este mismo sentido, BVerfGE 2, 1 (12) *SRP-Verbot*; BVerfGE 5, 85 (134-140, 197-200, 204-207) *KDP-Verbot*; BVerfGE 6, 32 (40-41) *Elfes*.

¹⁶ Como ha señalado BÖCKENFÖRDE, “el Tribunal Constitucional Federal ha aceptado desde entonces expresamente el carácter de norma objetiva de principios / decisión axiológica para la mayor parte de los derechos fundamentales y no lo ha excluido hasta ahora para ningún derecho fundamental”. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, trad. J. L. Requejo, 1993, p. 109 (este artículo, publicado bajo el título *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Veröffentlichungen der C. F. v. Siemens-Stiftung, 1990, es una ampliación de otro titulado “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat*, 1, 1990, pp. 1-31). Este reconocimiento de la estructura dual de los derechos fundamentales se encuentra ya en una sentencia anterior, en la que se afirmaba que el artículo 6.1 de la Ley Fundamental (“El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal”) encarnaba no sólo una libertad clásica, sino “que al mismo tiempo y más allá de esta concepción inicial, representa una norma de principio, es decir, una decisión valorativa obligatoria para todo el conjunto del Derecho público y privado relativo al matrimonio y a la familia”. BVerfGE 6, 55 (72).

¹⁷ BVerfGE 7, 198 (207).

principio de interpretación de todos los preceptos jurídicos. Los derechos fundamentales, como señala HESSE,

influyen en todo el Derecho –incluido el Derecho administrativo y el Derecho procesal– no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales¹⁸.

Así, en la sentencia *Lüth*, el Tribunal Constitucional Federal consideró que el Tribunal del Estado de Hamburgo tenía que haber comprobado, en virtud del mandato constitucional, si las disposiciones jurídico-civiles utilizadas en su argumentación estaban influidas por algún derecho fundamental, en concreto por el derecho a la libre expresión de la opinión, el cual, en cuanto expresión más directa de la personalidad humana en sociedad, es uno de los derechos humanos más importantes: “Para una ordenación libre y democrática del Estado es, por excelencia, un elemento constituyente, puesto que permite la continua exposición de desacuerdos, la lucha de opiniones, [...]. Es, en cierto sentido, el fundamento de toda libertad”¹⁹. Los derechos fundamentales no pueden ceder ante las “leyes generales” (entre las que se encuentra el artículo 826 del Código civil alemán), aunque esto no signifique que posean una primacía absoluta frente a las mismas. Según el Tribunal Constitucional Federal, los derechos fundamentales y las leyes generales están en una recíproca relación: por un lado, en la interpretación de un derecho fundamental hay que tomar en consideración los valores jurídicos protegidos a través de las leyes generales; por otro lado, en la revisión del efecto limitador de las leyes generales sobre los derechos fundamentales hay que tener en cuenta el especial

¹⁸ Konrad HESSE, “Significado de los derechos fundamentales”, en Ernst BENDA, Werner MAHOFFER, Hans-Jochen VOGEL, Konrad HESSE y Wolfgang HEYDE (eds.), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, ed., pro., y trad. de Antonio LÓPEZ PINA, 1996, p. 93. Según el Tribunal Constitucional Federal, en la sentencia *Lüth*: “El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se despliega indirectamente en el Derecho privado por medio de reglas inmediatamente aplicables a este ámbito jurídico. Así como el Derecho nuevo debe estar en armonía con el sistema valorativo iusfundamental, del mismo modo el Derecho antiguo vigente se ajusta en cuanto al contenido a este sistema de valores; de él fluye un contenido específicamente (ius) constitucional, que determina hacia el futuro su interpretación. Un conflicto entre individuos privados sobre derechos y obligaciones de normas (de comportamiento) iusfundamentalmente influidas del Derecho civil continúa siendo material y procesalmente un conflicto jurídico civil. El Derecho civil es expuesto y utilizado cuando también su interpretación ha de seguir al Derecho público, a la Constitución”. BVerfGE 7, 198 (205-206). Cfr., al respecto, Hans D. JARASS, “Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv für öffentlichen Rechts*, 110, 1985, pp. 363-397; H. DREIER, “Subjektiv-rechtliche und objektive-rechtliche Grundrechtsgehalte”, *Jura*, 1994, pp. 505-513; y Christian STARCK, “Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts”, en Ralf DREIER (ed.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, ARSP – Beiheft 37, Stuttgart, Steiner Verlag, 1990, pp. 47-61.

¹⁹ BVerfGE 7, 198 (208). De modo similar se expresa el Tribunal Constitucional Federal en una sentencia anterior: “La libertad del espíritu (*Geistesfreiheit*) es decisivamente importante para el sistema de la democracia libre; es sencillamente una condición para el funcionamiento de ese orden; ella lo preserva especialmente de coagulaciónes y saca a la luz la riqueza de posibilidades de solución de los problemas. Puesto que la dignidad humana y la libertad corresponden a cada hombre —los hombres en eso son iguales—, el principio del trato igual a todos es un postulado evidente para la democracia libre”. BVerfGE 5, 85 (205).

contenido axiológico del derecho fundamental en cuestión (en este caso, el derecho fundamental a la libertad de expresión)²⁰.

2.2. La defensa doctrinal de la Constitución como orden de valores

Paralelamente a esta configuración de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional Federal, se sitúa la ciencia del Derecho público alemana, como se pone de relieve en los trabajos de DÜRIG, NIPPERDEY y BACHOF, con el precedente de SMEND, donde se explicita la defensa doctrinal de la Constitución como orden de valores²¹. La generación de profesores de Derecho constitucional que vivió directamente el régimen nacional-socialista, la Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias, quiso construir sobre los escombros de 1945 un orden nuevo y mejor, y establecer un dique frente a cualquier posible retorno a la situación anterior. Esta pretensión se manifiesta claramente en el primer comentario a la Ley Fundamental, publicado en 1958 por los profesores Theodor MAUNZ, de la Ludwig-Maximilians-Universität München, y Günter DÜRIG, de la Eberhard-Karl-Universität Tübingen²². Este comentario, sustentado por el impetu y el énfasis de esta generación, ha de considerarse, por ello, como un trabajo sobre los fundamentos del nuevo orden jurídico-constitucional²³.

De los comentarios recogidos en este libro resultaron de capital importancia los escritos por DÜRIG y, en concreto, su comentario al artículo primero de la Ley Fundamental, el cual ha de ser leído como un trabajo sobre el fundamento de los fundamentos²⁴. En él, DÜRIG defendió el concepto de Constitución como sistema de

²⁰ Cfr. BVerfGE 7, 198 (208). Al respecto, cfr. Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson, trad. J. Brage Camazano, 2003, pp. 33-40. Como señala el Tribunal Constitucional alemán, “el juez, que debe examinar en cada caso lo exigido o prohibido socialmente, ha de atenerse, como resulta de la naturaleza de la cosa pero también según lo prescrito en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental, a aquellas decisiones valorativas fundamentales y a los principios sociales del orden que encuentre en los artículos sobre derechos fundamentales de la Constitución. Dentro de ese orden de valores, que es al mismo tiempo un orden jerárquico de valores, debe ser efectuada la necesaria ponderación entre el artículo 5. 1, apartado 1 de la Ley Fundamental y los derechos y bienes jurídicos que limitan su ejercicio”. BVerfGE 7, 198 (215).

²¹ Cfr. Luis M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores...*, ob. cit., pp. 19-39.

²² Theodor MAUNZ y Günter DÜRIG, *Grundgesetz Loseblatt-Kommentar*, München, C. H. Beck, 1958.

²³ Cfr. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Die Würde des Menschen war unantastbar. Abschied von den Verfassungsvätern: Die Neukommentierung von Artikel I des Grundgesetzes markiert einen Epochenbruch”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3.9.2003, p. 35; y, Peter HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts, Athenäum, 1980, pp. 110-125.

²⁴ DÜRIG publicó en 1956 un artículo sobre la dignidad humana, en el que diseñaba un sistema valorativo de derechos fundamentales a partir del análisis de los artículos 1.1 y 19.2 de la Ley Fundamental: “Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertesystem der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes”, *Archiv für öffentlichen Rechts*, 81, 1956, pp. 117-157. Posteriormente, en 1958, desarrolló las ideas de este artículo en sus comentarios a los artículos 1 y 2 en Theodor MAUNZ y Günter DÜRIG, *Grundgesetz Loseblatt-Kommentar* (Udo di Fabio, profesor de Derecho público de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn y juez del Tribunal Constitucional Federal, ha reelaborado sustancialmente el comentario al artículo 2, párrafos 1 y 2 —suplemento 39 de estos comentarios, de julio de 2001 y suplemento 43 de agosto de 2004, respectivamente—; así mismo, Matthias HERDEGEN, profesor de Derecho público de la misma Universidad, ha reelaborado también sustancialmente el comentario al artículo 1, párrafos 1 y 2 —suplemento 42 de febrero de 2003 y suplemento 43 de agosto de 2004, respectivamente). Existe una reedición de los comentarios de DÜRIG: “Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz”, Maunz-DÜRIG, *Grundgesetz. Sonder-*

valores, así como su alcance normativo en el conjunto del ordenamiento jurídico. En esta misma línea, Otto BACHOF, en su discurso pronunciado en mayo de 1959 al tomar posesión del cargo de rector de la Eberhard-Karl-Universität Tübingen, defendió el carácter axiológico de la Constitución y la posición del Tribunal Constitucional como su principal guardián²⁵.

Para DÜRIG, la garantía de la dignidad humana reconocida en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley Fundamental²⁶ supone la asunción en el Derecho constitucional de un valor ético fundamental, predominante en la historia espiritual europea, que hace referencia a un fundamento prepositivo y que viene a constituir, al decir de BÖCKENFÖRDE, una suerte de “ancla iusnaturalista”²⁷. Dicha garantía posee, a su vez, una validez universal, ya que afecta a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello, esta norma no debe ser entendida como un derecho fundamental subjetivo, sino como una norma jurídica-objetiva “intangible”, sin limitación alguna.

Tomando como punto de partida la dignidad humana, DÜRIG concibe la Constitución como un sistema de valores global que al mismo tiempo resulta ser un sistema lógico-jurídico de derechos. Este sistema se estructura del siguiente modo. A través del artículo 1.2 de la Ley Fundamental²⁸, la dignidad humana se descompone en primer lugar en “derechos humanos” individuales. De este modo, los derechos individuales de los que habla el párrafo segundo sólo tienen verdaderamente un contenido de derecho humano, esto es, un contenido inviolable e inalienable, en la medida en que el contenido material de la dignidad humana se satisface²⁹.

En el artículo 1.3, la Ley Fundamental determina el destinatario al que se dirige la pretensión de respeto de la dignidad –en concreto, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial–, y configura los derechos humanos como derechos públicos subjetivos, bajo la categoría de derechos fundamentales³⁰. Lo novedoso de esta configuración radica, a juicio de DÜRIG, en que los derechos fundamentales y, por tanto, el contenido de los derechos humanos inviolables e inalienables que fluyen de la dignidad humana, ya no están a disposición de los poderes públicos. Esta indisponibilidad se refuerza mediante el establecimiento de dos normas que actúan como defensa de los derechos fundamentales. Por un lado, la garantía de su contenido esencial (art. 19.2 LF), a través del cual éstos quedan protegidos en caso de un posible

druck, München, C. H. Beck, 2004, por donde se cita (junto al número de página se hará también referencia al número marginal –Randnummer).

²⁵ Otto BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Mohr, 1959. Existe traducción al castellano, *Jueces y Constitución*, T. R. Fernández (prólogo), Madrid, Civitas, trad. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 1985.

²⁶ “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*).

²⁷ Cfr. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Die Würde des Menschen war unantastbar”, ob. cit., p. 35.

²⁸ “El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo” (*Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt*).

²⁹ Cfr. Günter DÜRIG, “Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz”, ob. cit., art. 1, p. 6 (Rn. 6).

³⁰ “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho inmediatamente aplicable” (*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*).

ataque por parte de alguno de los tres poderes del Estado³¹. Y, por otro, el artículo 79.3 LF establece un límite a la pretensión de reforma de la Constitución frente a la mayoría parlamentaria legitimada para ello³². En este sentido, “en la forma de una norma fundamental del Estado, la Ley Fundamental contiene una *decisión axiomática eterna* a favor del contenido valorativo de los derechos fundamentales pretendido por la Constitución”³³. De esta protección jurídico-positiva del contenido esencial de los derechos fundamentales se sigue la organización jurídico-positiva de los distintos derechos fundamentales que están a disposición de los hombres que viven en un tiempo y en una sociedad determinadas. En concreto, la dignidad humana y los derechos humanos delimitan su contenido en el derecho general de libertad (*Hauptfreiheitsrecht*)³⁴ y en el derecho general de igualdad (*Hauptgleichsrecht*)³⁵, los cuales son reconocidos formalmente como derechos que corresponden a “todas” y “cada una” de las personas.

En el sistema axiológico de los derechos fundamentales, el artículo 2.1 de la Ley Fundamental determina indudablemente, a juicio de DÜRIG, dónde radica el contenido de la dignidad humana, a saber, en el libre desarrollo de la personalidad³⁶. En este sentido, el valor de la libertad que surge de la dignidad humana tiene una preponderancia clara respecto al valor de la igualdad. Con ello, lo que los constituyentes han querido resaltar es que la libertad personal no puede desarrollarse bajo una igualdad completamente equiparadora de la condición de todos, sino únicamente en la medida en que exista una igualdad en las posibilidades de desarrollo. “En la relación en tensión entre libertad e igualdad, la Constitución obliga (a favor de la libertad) a la igualdad diferenciada sólo allí donde la relación con la dignidad igual ha de ser protegida”³⁷.

No obstante lo anterior, la libertad que fluye de la dignidad humana no es una libertad sin límites, pensada para el individuo aislado. La expresión “siempre que” (*soweit*) del artículo 2.1 relativiza una “libertad de Robinson”, literalmente abstracta, a través de tres contra-valores: los valores individuales de los “otros” semejantes, el valor ético de la “ley moral”, y el valor social del “orden constitucional”. Por

³¹ “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*).

³² “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20” (*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig*).

³³ Günter DÜRIG, “Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz”, ob. cit., art. 1, p. 7 (Rn. 9).

³⁴ Artículo 2.1: “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral” (*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*). En algunos casos este autor habla de „Hauptfreiheitsrecht“ y „Hauptgleichsrecht“, y en otras „allgemeines Freiheitsrecht“ y „allgemeines Gleichsrecht“. La traducción debería ser en un caso, “derecho principal de libertad” y “derecho principal de igualdad”, mientras que en otro, “derecho general de libertad” y “derecho general de igualdad”. Se ha empleado para los dos casos el término ‘general’, más familiar a nuestra cultura jurídica que la expresión “principal”.

³⁵ Artículo 3.1: “Todas las personas son iguales ante la ley” (*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*).

³⁶ Cfr. Günter DÜRIG, “Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz”, ob. cit., art. 2, p. 3 (Rn. 1); y Günter DÜRIG, “Anmerkung zum Elfes-Urteil”, *Juristische Zeitung*, 1957, pp. 169-173.

³⁷ Günter DÜRIG, “Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz”, ob. cit., art. 2, p. 3 (Rn. 2).

ello, a juicio de DÜRIG esta expresión suministra “*criterios de interpretación* para los valores sociales que se presuponen en la Constitución como límites de las libertades individuales”³⁸, siempre y cuando se trate de valores “cuya negación paralice cualquier libertad, esto es, de valores mínimos de una vida en común libre de trastornos, daños y peligros”³⁹.

En esta misma línea, Otto BACHOF defendió el carácter axiológico de la Constitución y la posición del Tribunal Constitucional como su principal guardián⁴⁰. Para este autor, un rasgo característico de la Ley Fundamental, que la diferencia no sólo de las constituciones anteriores sino también de muchas de las coetáneas, viene dado por la situación y función con que ha sido investido el poder judicial dentro del orden constitucional. La novedad viene constituida por “la función de control que nuestra Ley Fundamental ha otorgado al juez frente a los otros dos llamados “poderes” del Estado, el ejecutivo y el legislativo”, y por “la extraordinaria extensión de tal función de control. Este aumento de la función de control significa un incremento acentuado del poder del juez y, necesariamente, una disminución proporcional del poder del legislativo y del ejecutivo. Este hecho es indiscutible”⁴¹.

En primer lugar, la Ley Fundamental ha introducido un control jurídico absoluto de la Administración por los Tribunales, y ha concedido a los ciudadanos la posibilidad de acudir ante los jueces frente a todas las infracciones legales del Ejecutivo⁴². En segundo lugar, ha sometido al Legislativo al control jurídico de los tribunales, encomendando a éstos la función de vigilar la constitucionalidad de las leyes. De este modo, los tribunales deben admitir como ley válida y vinculante aquella que no sólo haya sido formalmente promulgada de acuerdo con el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico, sino también que esté de acuerdo en cuanto a su contenido con los preceptos de la Constitución. A su vez, ha reconocido la competencia de todos los tribunales para ejercer dicho control material de las leyes con arreglo a la Constitución⁴³. Y, por último, la Ley Fundamental ha encomendado al juez la resolución de conflictos entre los órganos superiores del Estado (Parlamento Federal, Consejo Federal, Gobierno, Presidente Federal), así como entre la Federación y los *Länder*⁴⁴.

Ahora bien, dichas competencias atribuidas al poder judicial no explican por sí mismas la eficacia práctica del control que ejercita. A juicio de BACHOF, la eficacia del control es fruto de la

³⁸ Ibidem, art. 2, p. 5 (Rn. 4)

³⁹ Ibidem, art. 2, p. 5 (Rn. 4).

⁴⁰ Otto BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Mohr, 1959.

⁴¹ Otto BACHOF, *Jueces y Constitución*, ob. cit., p. 27.

⁴² Cfr. ibidem, pp. 31-32.

⁴³ Si bien es cierto que la decisión definitiva de inconstitucionalidad queda reservada únicamente al Tribunal Constitucional Federal y a los Tribunales Constitucionales de los *Länder*. Los demás tribunales, cuando consideren que una ley es inconstitucional, sólo pueden instar a que los Tribunales Constitucionales decidan sobre su inconstitucionalidad. Cfr. ibidem, pp. 32-33.

⁴⁴ Cfr. ibidem, pp. 33-35.

enérgica pretensión de validez de las normas materiales de nuestra Constitución; de un orden de valores, que vincula directamente para los tres poderes estatales, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales; de un orden de valores que –no en sus detalles, pero sí en las normas fundamentales que lo constituyen y legitiman– ha sido considerado por la Constitución como anterior a la misma; de un orden de valores, pues, que no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea de hombre que descansa en estos valores⁴⁵.

Que el Derecho esté sujeto a un orden de valores que es anterior a él no significa que aquél se deduzca de dicho orden, como si se tratara de un sistema racional o de Derecho natural cerrado. La sujeción ha de entenderse en el sentido de la inamovible fuerza vinculante que tienen los valores últimos de la justicia, a los que pertenecen, fundamentalmente, la personalidad y autonomía del ser humano y la interdicción de la arbitrariedad, así como la unión con el prójimo y la responsabilidad dentro de la comunidad. Por otro lado, este carácter preceptivo del orden de valores no se puede probar con una evidencia racional, sino que su afirmación es, según BACHOF, una creencia y una confesión que abarcan lo que se entiende bajo el nombre de “Cultura occidental”⁴⁶.

Esto explica que los derechos fundamentales, en cuanto expresión dominante del orden de valores, no puedan ser cambiados más que mediante una modificación formal del texto constitucional, y que no podrán ser modificados legalmente en ningún caso en cuanto sea afectado el valor fundamental de la dignidad que los legitima: están asegurados en su núcleo institucional mediante la inviolabilidad sin excepciones de su contenido sustancial. Así, utilizando la fórmula de Herbert KRÜGER, BACHOF afirma: “antes ‘los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley’, hoy ‘las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales’”⁴⁷. Los derechos fundamentales son, por tanto, Derecho directamente aplicable, que vinculan no sólo a la Administración, como ocurría en la Constitución de Weimar, sino también al mismo legislador⁴⁸.

Pues bien, toda esta sustancia material de la Constitución, todo este orden de valores, con su pretensión de validez, descansa operativamente en la posición de los tribunales. Lo cual significa que la Ley Fundamental ha entregado a los tribunales la última responsabilidad de cuidar y defender el orden constitucional de valores. Pero, ¿por qué razón –se pregunta BACHOF– la Ley Fundamental ha constituido a los jueces en guardianes de la Constitución? ¿Por qué se ha creído conveniente someter a los órganos estatales y particularmente a los órganos legislativos a este control del juez? Para BACHOF, la razón reside en que “la relación del hombre con

⁴⁵ Ibidem, pp. 39-40.

⁴⁶ Cfr. Ibidem, pp. 46-47

⁴⁷ Herbert KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vaden & Ruprecht, 1950, p. 12; citado en Otto BACHOF, *Jueces y Constitución*, ob. cit., p. 41.

⁴⁸ El control de la Administración se extiende no sólo a la legalidad de la actuación administrativa, sino también al ámbito que le es conferido a su propia discreción. Las normas constitucionales limitan también todo arbitrio concedido por ley. Cfr. ibidem, pp. 40-43.

la ley ha cambiado totalmente”⁴⁹. Ha surgido un sentimiento de profundo malestar y de radical desconfianza frente a la ley, basada en la impresión dominante e imprecisa, aunque no por ello falsa, de que la ley, “en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes”⁵⁰.

La ley ha dejado de ser aquella regla general y abstracta del comportamiento humano, aquella *ratio* convertida en norma, aquel mandato orientado a la justicia, para pasar a ser en el moderno “Estado social”, “Estado de prestaciones”, “Estado distribuidor”, algo así “como acto de conformación política orientado a un fin, como una medida determinada para superar esta situación totalmente concreta y, por ello, planeada a corto plazo y negociada a menudo en el conflicto de grupos contrapuestos de intereses”⁵¹. Las leyes se han convertido, por tanto, en actos de dirección política, expresión de una voluntad de conformación política condicionada a la situación y al momento. Con este cambio, la lucha por la preeminencia de este o de aquel interés concreto ha sido llevada también a los órganos legislativos, disminuyendo la aptitud de estos órganos para reparar o tomar en cuenta el valor jurídico que debe vincular la voluntad política. Así, el Parlamento mismo ha experimentado una transformación. En lugar de ser la representación de todo el pueblo por personas independientes, ha penetrado el mandato vinculado a los partidos, dando lugar al peligro del absolutismo de la mayoría parlamentaria y de los grupos de partidos que la dominan⁵².

Para BACHOF este desarrollo es inevitable y, por ello, necesita forzosamente de un contrapeso:

una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden que la Constitución ha establecido como fundamentales permanezcan protegidos; una fuerza que decida, al mismo tiempo, con la mayor autoridad posible, si en un conflicto eventual esos valores han quedado salvaguardados, asegurando o restableciendo la paz jurídica⁵³.

Y esa fuerza sólo puede ser un tribunal, un órgano cuya actividad consista en juzgar, compuesto por personas versadas en Derecho, capacitadas para dicha actividad y que gozan de la independencia esencial.

3. LUCES Y SOMBRAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial se ha ido abriendo paso en Europa occidental un modelo de Constitución y de Estado constitucional que concibe a

⁴⁹ Ibidem, p. 48.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem, p. 51.

⁵² Cfr. ibidem, pp. 52-53.

⁵³ Ibidem, p. 54.

aquella como una norma que, en nombre de ciertos valores, conforma la actividad de todos los sujetos políticamente activos, tanto públicos como privados. La Constitución, en este sentido, encarna un proyecto político bien articulado, y, por tanto, no se limita a fijar las reglas del juego, sino que participa directamente en el mismo, condicionando futuras decisiones, mediante la incorporación de un denso contenido normativo, compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos⁵⁴.

Como afirma DREIER, el Estado constitucional democrático, “conquista de la Ilustración política de la modernidad”⁵⁵, no puede ser caracterizado simplemente como un Estado democrático que posee una Constitución, sino que es un tipo especial de Estado definido por tres elementos que se encuentran en tensión: los derechos fundamentales, la división de poderes y la democracia. Así, en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, por un lado, se encuentra la vinculación del legislador democrático a los derechos fundamentales (art. 1.3 LF) y la supervisión jurídica de esa vinculación mediante el Tribunal Constitucional (arts. 93.1 y 100.1 LF); por otro lado, existe también una vinculación del legislador respecto a las disposiciones estructurales y los fines del Estado, entre los que destacan el Estado de Derecho, la democracia y el Estado social (arts. 20 y 28 LF)⁵⁶. Precisamente, a la hora de articular estos elementos existen, a juicio de DREIER, dos posiciones básicas: el constitucionalismo y el legalismo. “El constitucionalismo enfatiza el contenido valorativo de la Constitución e intenta hacerla valer con ayuda del poder judicial, dado el caso, también frente al legislativo y al ejecutivo. El legalismo acentúa la autonomía del legislador parlamentario e intenta hacer retroceder la ampliación de competencias del poder judicial”⁵⁷.

Para DREIER, que sigue en este punto a ALEXY, la teoría valorativa del Tribunal Constitucional Federal es equivalente a una teoría de los principios en la que se establece una diferencia estructural entre reglas y principios. Las reglas son normas que, estableciendo una consecuencia jurídica para un hecho determinado, expresan un mandato definitivo, aplicable de la manera de todo-o-nada. Los principios son también normas, pero que encarnan mandatos de graduable optimización, es decir, constituyen normas que indican imperativamente que algo, un fin o un valor, se debe realizar en el mayor grado posible⁵⁸. En este sentido, en el Derecho positivo de la República Federal de Alemania, son principios las determinaciones que fijan los objetivos del Estado, especialmente las que hacen referencia a los principios del Estado de Derecho, de la democracia y del Estado social, así como las disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales, interpretadas como aquellas normas básicas valorativamente decisivas que reclaman validez

⁵⁴ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez...*, ob. cit., pp. 317-319; Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, ob. cit., pp. 127-129; y Luis PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 107-109.

⁵⁵ Ralf DREIER, “Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat”, en DALS, E. E., JØRGENSEN, S. y TAY, Ehr-Soon A. (eds.), *Konstitutionalismus versus Legalismus?*, ARSP – Beiheft 40, 1991, p. 85.

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, p. 85.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁵⁸ Cfr. *ibidem*, p. 89.

para todas las áreas del Derecho, y comprometen a los tres poderes del Estado en la realización de la dignidad humana, la libertad y la igualdad⁵⁹.

Los principios jurídicamente válidos desbordan el concepto legalista de Derecho en la medida en que, estructuralmente, elevan a obligación jurídica la realización aproximativa de un ideal moral. La Constitución de la República Federal de Alemania, al incorporar los principios de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, del Estado de Derecho, de la democracia y del Estado social como principios jurídicamente válidos, y como expresión de la ética política y jurídica moderna, ha establecido una relación forzosa entre Derecho y moral. A su vez, dicha incorporación implica que la vinculación del poder judicial a la idea racional de justicia es una vinculación jurídica. De este modo, la interpretación y aplicación de los principios se puede y se debe resolver jurídicamente, tanto más cuanto la teoría valorativa que subyace a la Constitución resulta equivalente a una teoría de principios. Por otro lado, frente a un constitucionalismo que acentúa unilateralmente los principios materiales de la Constitución, especialmente los principios referidos a los derechos fundamentales y al Estado social, y que conduce a que la legislación sea degradada a un mero relleno de la Constitución, quedando bajo la supervisión de un Tribunal Constitucional, el “constitucionalismo moderado” sostiene que también el principio de la democracia y el de la división de poderes –como principios de procedimiento y de organización– son elementos constitutivos del nivel de los principios de la Constitución. El modelo de justicia que representa la teoría del orden de valores de la Constitución es, así, un modelo de principios jurídicos materiales y procedimentales, que ordena una articulación de los mismos y prohíbe una preponderancia unilateral del poder judicial. El Tribunal Constitucional y, con él, el poder judicial, obtienen de este modo una posición compatible tanto con el principio de la democracia como con el de la división de poderes⁶⁰.

La tarea del juez consiste, pues, en decidir metódicamente, de manera correcta y según el Derecho vigente, los distintos casos que se le presentan, y en fundamentar sus decisiones de tal manera que sean aceptables para los implicados y para el público interesado. En este sentido, una decisión judicial, en la medida en que esté fundamentada jurídicamente, será más aceptable que si sólo lo está moralmente. De esta manera, la concepción de la Constitución como un ideal jurídico, como un modelo de principios jurídicos, hace posible que el propio Tribunal Constitucional tenga que dar cuenta, jurídicamente, de sus decisiones y que, por tanto, esté sujeto también al control público⁶¹.

Este modelo de Constitución comporta, por tanto, un orden jurídico-constitucional “rematerializado”, es decir, “moralizado”, en la medida en que se abre a argumentos concernientes a principios morales y a objetivos políticos que empapan todo

⁵⁹ Cfr. Ralf DREIER, “El concepto del Derecho”, en R. DREIER, *Derecho y justicia*, Temis, Bogotá, trad. O. Quijano, 1994, p. 85.

⁶⁰ Cfr. Ralf DREIER, “Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat”, ob. cit., p. 94; y Ralf DREIER, “Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht”, *Juristen Zeitung*, 40, 1985, p. 357.

⁶¹ Cfr. Ralf DREIER, “El concepto del Derecho”, ob. cit., p. 98.

el orden jurídico. Así mismo, los derechos fundamentales, en tanto que normas objetivas de principio, no están en sí mismos determinados y establecidos, con un contorno claro y preciso, sino que su alcance e intensidad están abiertos. Su estructura se corresponde con la conceptualización de ALEXY de normas-principios como mandatos de optimización necesitados de ponderación. Si los principios contienen aquellos valores que han de ser realizados de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato no puede obtenerse de la norma misma, la aplicación de tales principios en el marco de lo fáctica y jurídicamente posible requiere de una ponderación orientada a fines.

En casos de concurrencia de derechos fundamentales, lo que se debe buscar es determinar cuál de los derechos comparece en el caso y cuál no, o si existen en parte uno y en parte otro. Se trata, pues, de encontrar el *ius* del caso, lo justo entre las contrapuestas pretensiones de los justiciables. De ahí que, en rigor, el conflicto se daría sólo aparentemente entre los *derechos* –en abstracto y en concreto–, y realmente entre las *pretensiones* –tanto en general, como en sentido procesal– y entre los *intereses* individuales de cada una de las partes⁶². Puede admitirse que hay derechos que son tendencialmente opuestos, ya que en su formulación abstracta no se contienen mecanismos para su armonización, y los bienes humanos que procuran tutelar pueden tender hacia contenidos divergentes. Pero cabe un acercamiento interpretativo que busque criterios de armonización. En esta línea, la primera pauta interpretativa consistiría en distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y buscar la armonización en el nivel de los derechos, y no en el de las meras normas. Se trataría de superar, así, “la interpretación literal de las normas iusfundamentales, dando entrada a los derechos por vía de una interpretación teleológica y sistemática”. Esta interpretación se lleva a cabo en nuestra cultura constitucional mediante la determinación del *contenido esencial* de los derechos fundamentales al que hacen referencia tanto el artículo 53.1 de la Constitución española como el artículo 19.2 de la alemana, en el que se inspiró, como es sabido, nuestro constituyente.

Se trata, pues, de buscar las formas de compatibilidad que respeten el núcleo esencial de cada uno de los derechos, solucionando del modo más ajustado posible la controversia y evitando que se vea frustrado el ejercicio legítimo de alguno de ellos. Ello sólo es posible si se conciben los derechos no como pretensiones abstractas e individualistas, sino como facultades orientadas por un determinado fin que se da en el marco de la convivencia social, esto es, si los derechos son pensados como armónicos⁶³.

⁶² Cfr. Pedro SERNA y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 37.

⁶³ *Ibidem*, pp. 41-42. Cfr., al respecto, Pedro SERNA y Luis M. CRUZ, “El juicio de ponderación: reflexiones en torno a su naturaleza”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Tomo VI. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, pp. 353-367. John RAWLS, desde otras premisas, alcanza una conclusión similar. Debido a que las libertades básicas están configuradas para garantizar la cooperación social de personas libres e iguales sobre la base del respeto mutuo, éstas no pueden ser definidas individualmente, sino que deben ser tomadas formando una familia de libertades integradas en un esquema coherente. Rawls, por tanto, concibe las libertades básicas compatibles entre sí, ya que dentro de su rango central de aplicación son necesariamente armoniosas. Las libertades básicas, en tanto que implicadas en proteger

De este modo, en la medida en que las normas concernientes a principios exigen una interpretación constructiva y creativa, se ha aumentado el poder de la administración de justicia, así como el ámbito de las decisiones judiciales. Al respecto, SERNA ha señalado cómo el juez que aplica principios es:

un arquitecto con instrucciones bien precisas acerca de cuáles son los parámetros del estado de cosas que debe diseñar, pero con apenas instrucciones respecto del diseño concreto. Su tarea consiste entonces en un auténtico razonamiento práctico, en un doble sentido. En primer lugar, hay un razonamiento práctico cuando el juez se aboca a extraer los principios implícitos en los valores y principios que debe tomar en cuenta, con independencia de que por su parte exista o no adhesión a tales valores o principios. Este tipo de razonamiento práctico se asemeja fuertemente al razonamiento moral: se identificará o no con él dependiendo de que se consideren o no morales los principios en torno a los cuales gira. Dicho de otro modo, *qua* razonamiento es idéntico al razonamiento moral. En segundo lugar, un razonamiento práctico subsiguiente –o paralelo– acontece cuando el juez se aboca a inventar o diseñar el estado de cosas que armonice lo más posible a los principios en presencia⁶⁴.

Se comprende así, por qué resulta inevitable el desplazamiento del centro de gravedad desde los Parlamentos a los Tribunales Constitucionales.

Por un lado, se ha llevado a cabo una coordinación y aproximación de la creación parlamentaria del Derecho y de la realizada por la jurisdicción constitucional. Tanto una como la otra tienen como misión concretizar los derechos fundamentales, es decir, optimizarlos en todas las direcciones, de tal manera que la Constitución permanece continuamente abierta. Por otro lado, en esa relación creativa, el legislador tiene la preferencia, pero el Tribunal, en tanto que ejerce un control último sobre aquél, tiene la supremacía. De este modo, el juez constitucional se convierte en el “señor de la Constitución”.

Junto a esta alteración en la distinción entre creación y aplicación del Derecho y su disposición organizativo-institucional, que conlleva una cierta ruptura del principio de la división de poderes característico del Estado de Derecho, se presenta un problema añadido con la caracterización de los derechos fundamentales como decisiones valorativas. Éstos poseen un mayor riesgo de subjetividad valorativa, lo cual cercena aún más la discrecionalidad del legislador. Las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último. La validez de las normas del Estado depende, en último término, de un juicio de conformidad con la Constitución, lo cual supone siempre una cierta interpretación de la Constitución misma y de los principios constitucionales. Y esto representa un peligro real, a saber: que los

el pleno, informado y efectivo ejercicio de las dos facultades morales de las personas libres e iguales, conviven ajustadas unas a otras. Por ello, los conflictos, propiamente dichos, se producen no tanto entre libertades como entre intereses contradictorios sobre un mismo objeto. Cfr. John RAWLS, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, trad. A. Domènech, 1996, p. 369-370.

⁶⁴ Pedro SERNA, “Introducción”, en P. SERNA (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2 ed., Granada, Comares, 2005, pp. 5-6.

jueces tienen la posibilidad de hacer triunfar sus propias concepciones sobre las del legislador y sobre las de la Constitución misma.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, trad. A. García Figueroa, 2003, pp. 31-38.
- BACHOF, Otto, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Mohr, 1959. Trad. cast. de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Jueces y Constitución*, con prólogo de T.-R. Fernández, Madrid, Civitas, 1985.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Die Würde des Menschen war unantastbar. Abschied von den Verfassungsvätern: Die Neukommentierung von Artikel I des Grundgesetzes markiert einen Epochenbruch", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3. 9.2003.
- COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, trad. M. Carbonell, 2002, pp. 90-112.
- DREIER, Ralf, "El concepto del Derecho", en DREIER, Ralf, *Derecho y justicia*, Temis, Bogotá, trad. O. Quijano, 1994.
- DREIER, Ralf, "Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht", *Juristen Zeitung*, 40, 1985.
- DREIER, Ralf, "Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat", DAIS, E. E., JØRGENSEN, S. y TAY, A. E. (eds.), *Konstitutionalismus versus Legalismus?*, ARSP – Beiheft 40, 1991.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Álvarez Alonso, C. (pres.), Madrid, Trotta, trad. M. Martínez Neira, 1996.
- GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, trad. J. M. Lujambio, 2003, pp. 49-74.
- HÄBERLE, Peter, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts, Athenäum, 1980.

- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley* (presentación y estudio preliminar, F. Fernández Segado), Madrid, Dykinson, trad. J. Brage Camazano, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, intr. y trad. M. Jiménez Redondo, 1998.
- HESSE, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales", en BENDA, E., MAIHOFFER W., VOGEL, H., HESSE, K., y HEYDE, W. (eds.), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, ed., prol. y trad. A. López Pina, 1996.
- JARASS, Hans D., "Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv für öffentlichen Rechts*, 110, 1985.
- KRÜGER, Herbert, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vaden & Ruprecht, 1950.
- MAUNZ, Theodor y DÜRIG, Günter, *Grundgesetz Loseblatt-Kommentar*, München, C. H. Beck, 1958.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- SERNA, Pedro, "Presentación", en CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005.
- SERNA, Pedro, "Introducción", en SERNA, P. (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2 ed., Granada, Comares, 2005.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

