

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

*Fabricio Mantilla Espinosa (Coordinador), Juan Antonio García Amado,
Javier Tamayo Jaramillo, Jaime Vidal Perdomo, Rodrigo Pombo Cajiao,
Alberto Arango Montes, Carlos Mario Molina Betancur,
Juan Manuel Arboleda Perdomo, Fernando Alberto García Forero,
Gustavo de Greiff Restrepo, Francisco Ternera Barrios, Marcela Anzola Gil,
Antonio José Núñez Trujillo, Gloria Amparo Rodríguez*





UR

Controversias constitucionales

Fabricio Mantilla Espinosa
-Coordinador-



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2009 Editorial Universidad del Rosario
© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2009 Fabricio Mantilla Espinosa
© Juan Antonio García Amado, Javier Tamayo Jaramillo, Jaime Vidal Perdomo,
Rodrigo Pombo Cajiao, Alberto Arango Montes, Carlos Mario Molina Betancur,
Juan Manuel Arboleda Perdomo, Fernando García Forero,
Gustavo de Greiff Restrepo, Francisco Ternera Barrios, Marcela Anzola Gil,
Antonio José Núñez Trujillo, Gloria Amparo Rodríguez

ISBN: 978-958-8378-69-5

Primera edición: Bogotá D.C., enero de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Leonardo Holguín Rincón
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Diagramación: Ángel David Reyes
Impresión:
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41, of. 501 • Tel.: 297 02 00 Ext.: 7724
Correo electrónico: editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario

Controversias constitucionales / Fabricio Mantilla Espinosa (coordinador).
—Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
488 p. — (Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-8378-69-5

Derecho constitucional / Colombia – Constituciones / Derecho privado / Propiedad /
Derechos civiles / I. Título / II. Serie.

342.861 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Introducción	
Constitución y controversia	11
Fabricio Mantilla Espinosa	
Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores.....	24
Juan Antonio García Amado	
Análisis de la interpretación valorista del derecho	70
Javier Tamayo Jaramillo	
Consideraciones generales sobre la constitucionalización del derecho	136
Jaime Vidal Perdomo	
Sobre la cualidad constitucional. Una propuesta diferente para el mismo problema de siempre	151
Rodrigo Pombo Cajiao	
Sustitución y reforma de la Constitución de 1991	184
Alberto Arango Montes	
Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional.....	224
Carlos Mario Molina Betancur	
Corte Constitucional o Corte Constituyente.....	268
Juan Manuel Arboleda Perdomo	
El “ <i>no obstante</i> ” como fundamento de cierta hegemonía constitucional	296
Fernando Alberto García Forero	

Del incumplimiento y el desacato en la tutela. ¿Dos soluciones distintas y una sola verdadera?	326
Gustavo de Greiff Restrepo	
<i>Constitucionalización</i> del derecho privado	343
Fabricio Mantilla Espinosa	
“Propiedad” o “pseudo propiedad”: “el cuchillo sin hoja al que le falta el mango”	387
Francisco Ternera Barrios	
Fabricio Mantilla Espinosa	
La constitucionalización de preceptos económicos: el caso colombiano.....	414
Marcela Anzola Gil	
Herramientas analíticas de análisis de eficiencia y equidad. Metodología y aplicación a un caso del sector financiero	429
Antonio José Núñez Trujillo	
El derecho a gozar de un medio ambiente sano. ¿Utopía o realidad?	460
Gloria Amparo Rodríguez	

*Ésta es la paradoja: cuando es posible decir
en voz alta y sin cortapisas que no existen ni
el diablo ni las brujas, en realidad ya no es
necesario decirlo.**

* Hubert Schleichert, *Cómo discutir con un fundamentalista sin perder la razón. Introducción al pensamiento subversivo*, trad. Jesús Alborés, Madrid, Siglo Veintiuno de España, 2004, p. 98.

Introducción

Constitución y controversia*

Fabricio Mantilla Espinosa**

Hasta hace poco tiempo, el derecho constitucional sólo le interesaba a un reducido grupo de juristas especializados que se dedicaba a analizar disposiciones abstractas que parecían muy alejadas de la realidad cotidiana. El estudio de la Constitución era una suerte de privilegio de unos cuantos eruditos románticos, elevados por encima de los problemas y de las preocupaciones del resto de los miembros de la sociedad. Esos tiempos terminaron.

Hoy en día, la Constitución se invoca en casi cualquier escenario: como sustento jurídico de una pretensión de indemnización de perjuicios, en la parte motiva de un fallo que condena al pago de alimentos, en el discurso en plaza pública del caudillo político, como argumento en la carta de reclamo que envía el usuario a la empresa de servicios públicos, en los cafés atiborrados de abogados aledaños a la Plaza de Bolívar y durante el juego de canasta de las señoras en el club social.

En la actualidad, resulta difícil mantenerse ajeno a este importante fenómeno. Vivimos en un “mundo constitucionalizado”. Pero ¿a qué se debe esto? De entrada, podríamos pensar que la causa radica en la novedad del tema. En efecto, la Constitución,¹ entendida como el conjunto de disposiciones que regula la organización del Estado y sus relaciones con los ciudadanos, sólo apareció

* Todas las citas de textos en francés son traducciones libres.

** Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá); es profesor de Contratos civiles y mercantiles y fue admitido en el Colegio de Abogados de París (C.A.P.A.). Secretario de Tribunales arbitrales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Abogado senior de Asesoría & Litigios. Ternera, Mantilla y Asociados.

¹ El vocablo “Constitución” tiene distintos significados que dependen de los diferentes usos que de él se hacen. Así, pues, antes de embarcarnos en una discusión sobre la Constitución, es importante determinar claramente el sentido en el que se está utilizando la palabra en cuestión. Véase al respecto:

hasta finales del siglo XVIII en Francia y en Estados Unidos como límite al poder político –del rey o del parlamento–.² Sin embargo, este estatus superior en la jerarquía de las normas, aunque con grandes resistencias, parece haber sido aceptado hace ya mucho tiempo.³

¿Qué explica, entonces, este papel protagónico que ha venido adquiriendo la Constitución a partir de la segunda mitad del siglo XX –y en el caso colombiano, a partir de la carta política de 1991–? Personalmente, creo que entre las múltiples razones que dan cuenta de este fenómeno hay que resaltar dos de especial importancia.

Por un lado, la nueva lectura de la expresión “derechos humanos”. En efecto, inicialmente fueron asociados al estado de naturaleza que implicaba la guerra perpetua entre los hombres, y que los llevó, en virtud de la *Razón* –*Reason*–, a tomar la decisión de sacrificar su libertad para someterse a un soberano que garantizara el orden y la paz; luego, los *derechos humanos* –y del *ciudadano*⁴– pasaron a justificar las reivindicaciones de la burguesía en contra del absolutismo: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (artículo 2 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* del 26 de agosto de 1789).⁵ Con la aparición de los regímenes totalitarios de los años veinte y

Riccardo Guastini, “Sobre el concepto de constitución”, en *Estudios de derecho constitucional*, trad. Miguel Carbonell. Col. DJC, México, Fontamara, 2003, pp. 29-45.

² Consúltese: Daniel Mendonca, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Asunción, Intercontinental, 2008, pp. 31-38. Esta obra será publicada próximamente en Colombia por la Editorial Universidad del Rosario.

³ Véase: Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge Tejerina, Buenos Aires, Osada, 1941, pp. 108-126.

⁴ También fueron entendidos como “derechos del ciudadano” porque se debían respetar aun dentro de la sociedad civil y no eran susceptibles de claudicación a favor del soberano que debía garantizar la paz.

⁵ “Considero fundada la crítica de Marx, en *La cuestión judía*, contra las fórmulas de la Declaración de 1789 que son un resultado de la doctrina de Locke. Estos derechos humanos ‘formales’ (libertades) no son para todos, sino sólo para *unos cuantos*. Ellos sirvieron para la destrucción de la monarquía, pero la sustituyeron por la oligarquía. Significaron así la dominación política de la clase burguesa, en la economía del capitalismo”. Michel Villey, *Le droit et les droits de l’homme*, Paris, PUF, 1998, p. 152.

treinta,⁶ y principalmente como reacción a los crímenes del Tercer Reich, nuevas declaraciones “universales” de *derechos humanos* –ya no son del *ciudadano*, sino de todos los *hombres*–⁷ pretendieron, nuevamente, justificar la imposición de límites y dar respaldo a la censura; pero ¿cuál sería el fundamento de estos *derechos humanos*? Si su función es, precisamente, criticar un ordenamiento de derecho positivo que se considera “violatorio”, su fundamentación no puede encontrarse en el derecho positivo mismo.⁸

Textos como la *Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas* (1948) y la *Convención europea de derechos humanos* (1950) pretenden reconocer un sistema de normas universalmente válidas y cognoscibles que proporcionan parámetros para juzgar la justicia de los ordenamientos de derecho positivo.⁹ Ahora bien, estas normas fueron integradas, en mayor o menor medida, al ordenamiento jurídico de ciertos países mediante disposiciones constitucionales, como sucedió en Colombia (1991).¹⁰

⁶ “Las ‘democracias socialistas’, la constitución stalinista (y hasta la de Uganda) tienen sus ‘derechos humanos’ y se jactan de ello. Para alcanzar la felicidad, la salud, la cultura a las cuales todos tienen ‘derecho’ y, por fin, satisfacer todas estas ‘justas reivindicaciones’, ¿hay que ignorar los hechos de la GPU?”. *Ibidem*, p. 153.

⁷ Sobre la inexistencia de un derecho aplicable a todos los hombres, tanto en la antigüedad como en la Edad Media, véase: *Ibidem*, pp. 81-130.

⁸ “En este sentido parece claro que los derechos humanos no pueden reducirse a la regulación normativa de un orden jurídico positivo, pues ellos ofrecen justamente el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del derecho positivo”. Eugenio Bulygin, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 619.

⁹ Sin embargo, esta pretensión de validez universal de los derechos humanos no está exenta de críticas. En efecto, si tenemos en cuenta que todo derecho es creado por los hombres –de forma más o menos reglada– (i) y que las normas, como prescripciones que son, no pueden ser evaluadas con criterios de verdad o falsedad (ii) tenemos que concluir, necesariamente, que no hay normas absolutas, ni morales ni jurídicas. “Es claro que si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos morales absolutos y, en particular, derechos humanos universalmente válidos”. *Ibidem*, p. 624.

¹⁰ “Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución”. *Ibidem*, pp. 624-625.

Vemos cómo la Constitución pasó de ser el conjunto de disposiciones que regulaban la organización del Estado a ser tenida como el texto en donde se cristalizan unas normas que reivindican un valor universal y absoluto y que se encontrarían por encima de cualquier sistema de derecho positivo (arts. 93, 94 y 95 num. 4 C.N.). Ahora bien, si tomamos en cuenta el gran despliegue en los medios de comunicación que han tenido los crímenes y atropellos más recientes cometidos en países como Argentina, Chile, la antigua Yugoslavia, Irak y Colombia –en buena medida debido a la intervención de instituciones como *Human Rights Watch* y *Amnesty International*–, no debemos extrañarnos de que la Constitución haya pasado de ser un texto de interés exclusivo de un grupo de juristas especializados para constituirse en un tema de importancia capital para toda la sociedad.

Por otro lado, el significado del vocablo “Estado” también sufrió cambios importantes. En efecto, dentro del lenguaje del liberalismo clásico, el Estado sólo debía preocuparse por conservar el orden de derechos y oportunidades existentes y por garantizar a los individuos el mayor grado de libertad posible para que pudieran, ellos mismos, propender a su bienestar personal.

Desde esa perspectiva, el Estado debía limitarse a garantizar las libertades civiles, políticas y económicas¹¹ para así asegurar a los individuos un marco mínimo de protección contra la interferencia del Estado mismo y de los otros miembros de la sociedad. Sin embargo, esta protección mínima parecía favorecer principalmente a la clase burguesa, que poseía los medios de producción y controlaba el proceso político. Así las cosas, el proletariado industrial y los grupos económicamente menos favorecidos comenzaron a exigir una inter-

¹¹ “Es corriente la distinción entre libertades civiles políticas y económicas, aunque las fronteras entre unas y otras no siempre sean claras y estables. Se asocian a las primeras la protección contra la detención arbitraria, la inviolabilidad del domicilio, los registros y las comunicaciones, la libertad de residencia y la libre determinación de las relaciones emergentes de lazos familiares. Las segundas, en cambio, guardan relación con la participación de los individuos en el proceso político y cuentan entre ellas las libertades de asociación, organización y reunión, el derecho al sufragio activo y pasivo y a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos. Las últimas, finalmente, abarcan todo aquello relacionado con la libre determinación económica, como la elección de la profesión, la libre competencia, la libre disposición de la propiedad y la libertad contractual”. Daniel Mendonca, *Pobres y desiguales. Notas sobre la pobreza y la desigualdad en Paraguay*, Asunción, Intercontinental, 2007, pp. 76-77.

vención directa del Estado para responder a los problemas de miseria, enfermedad y desempleo.¹²

Estas nuevas funciones asumidas por (algunos de) los Estados, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, determinaron una nueva concepción del Estado como ente que interviene directa y activamente en las relaciones entre los particulares con el fin de propender hacia el bienestar social, mediante políticas encaminadas a nivelar los desequilibrios económicos, en desarrollo de una nueva concepción de justicia distributiva. Así, pues, la palabra “Estado” sufrió un importante cambio de significado, lo cual ha llevado a que actualmente se acompañe con calificativos como “de bienestar” o “social de derecho”, como lo denomina el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia.¹³

En este orden de ideas, la Constitución colombiana no sólo dispone la elaboración de planes de desarrollo económico y social, sino que, además, consagra los famosos derechos sociales, económicos y culturales o “derechos a”, como el derecho a la educación y la cultura (arts. 44, 67 y 70 C.N.), a la honra (art. 21 C.N.), a la igualdad (arts. 13 y 43 C.N.), a la paz (art. 22 C.N.), a la salud (arts. 44, 48 y 49 C.N.), a no ser discriminado (art. 13 C.N.), etcétera.¹⁴

El texto constitucional pasó, entonces, a consagrar los objetivos generales del Estado en cuanto a su intervención directa en las relaciones entre los particulares en busca del bienestar y la solidaridad. Así las cosas, dentro del lenguaje del Estado social de derecho –Estado de bienestar–, “[l]a idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pue-

¹² Véase: Michel Villey, *op. cit.*, pp. 151-154 ; y Daniel Mendonca, *Pobres y desiguales...*, *op. cit.*, pp. 77-80.

¹³ Consúltase al respecto: François-Xavier Merrien, *L'État-providence*, coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 2007, y y Daniel Mendonca, *Pobres y desiguales...*, *op. cit.*, pp. 76-92.

¹⁴ “Para conferir un derecho es suficiente una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos (por ejemplo: ‘todos tienen derecho a profesar su propia fe religiosa’). Para garantizar un derecho no es suficiente atribuirlo: es necesario también establecer instrumentos aptos para protegerlo. [...] En resumen, un derecho de un determinado sujeto es susceptible de tutela jurisdiccional si, y sólo si, le corresponde un deber de otro sujeto bien determinado y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado. Sobre esta base podemos distinguir los ‘verdaderos’ derechos de los derechos ‘sobre el papel’”. Riccardo Guastini, “Derechos”, en *Distinguendo*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 185.

da ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta”.¹⁵

Desde ese punto de vista, tanto los derechos humanos como los sociales, económicos y culturales fueron calificados como “fundamentales” y su protección garantizada mediante la acción de tutela –acción de amparo– (art. 86 C.N., D 2591/1991, D. 306/1992 y D. 1382/2000).¹⁶ Ahora bien, la locución “derechos fundamentales” resulta bastante ambigua,¹⁷ ya que, por un lado, sirve para designar los derechos que *fundamentan* el sistema jurídico; por otro, aquellos que *no requieren fundamento* en el sistema jurídico. Los primeros, desde una perspectiva positivista, hacen referencia a las relaciones del Estado con los ciudadanos e inciden en la organización de los poderes públicos. Los segundos existen, supuestamente, con independencia del ordenamiento jurídico y tienen un valor absoluto, como los derechos humanos, las libertades civiles, políticas y económicas y los derechos sociales –con una clara visión iusnaturalista–.¹⁸ Sin embargo, no hay que olvidar que la expresión “derechos fundamentales” también resulta bastante vaga:¹⁹ “La cuestión de cuáles normas deben ser consideradas como fundamentales es una cosa obviamente opinable, desde el momento en que ‘fundamental’ no denota una propiedad empírica (calificar una cosa como ‘fundamental’ es, en última instancia, un juicio de valor)”.²⁰

Precisado lo anterior, podemos entender en gran medida a qué se debe el protagonismo que ha adquirido el derecho constitucional en los últimos años

¹⁵ Riccardo Guastini, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Estudios de derecho constitucional*, p. 161.

¹⁶ En principio, en nuestro ordenamiento jurídico los denominados derechos de segunda y tercera generación, son protegidos mediante las acciones populares o de grupo. Sin embargo, la Corte Constitucional ha calificado algunos derechos académicos y culturales como fundamentales por conexidad, para garantizar su protección mediante la acción de tutela.

¹⁷ “Una formulación normativa es ambigua cuando, en un contexto dado, es posible asignarle dos o más significados. Una formulación normativa ambigua expresa más de una norma”. Daniel Mendonca. *Análisis constitucional. Una introducción...*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸ Consúltese al respecto: Guastini, Riccardo. “Derechos”, en *Distinguiendo...*, *op. cit.*, pp. 186-190.

¹⁹ “Una formulación normativa vaga es una expresión lingüística desprovista de precisión en cuanto a su contenido significativo”. Daniel Mendonca. *Análisis constitucional. Una introducción...*, *op. cit.*, p. 86.

²⁰ Riccardo Guastini. “Sobre el concepto de constitución”..., *op. cit.*, p. 32.

y cómo pasó a ser parte integrante de la vida cotidiana de los colombianos. No obstante, este cambio de *forma de vida*,²¹ que implicó la adopción del lenguaje constitucional en todas las ramas del derecho, ha dado lugar a importantes controversias²² que gravitan en torno a la inclusión de ciertas disposiciones en el cuerpo mismo de la Carta Política –como el caso de los modelos económicos–²³ y, sobre todo, respecto de la interpretación de los textos por parte de la Corte Constitucional. Pero ¿por qué resulta tan controvertida la aplicación de las disposiciones de la Carta Política por parte del juez constitucional? Antes de responder a este interrogante, es necesario hacer una precisión terminológica: siempre que hablamos de interpretar el derecho legislado, como el texto constitucional, partimos del supuesto de su expresión en lenguaje escrito, es decir, en puntos y líneas a los cuales, mediante intencionalidad colectiva, se les atribuye una función simbólica.²⁴ Así, pues, la conexión entre el símbolo y lo que él simboliza es establecida por seres humanos, y no existe, de ninguna

²¹ “Verdadero y falso es lo que los hombres *dicen*; y los hombres concuerdan en el *lenguaje*. Ésta no es una concordancia de opiniones sino de forma de vida”. Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, p. 217, proposición 241.

²² “Controversia: [...] Discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas”. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, t. I, Madrid, 2001, p. 646.

²³ “Las leyes deben ser *efectivas* y *eficaces*. La función de las leyes no es la de declarar simplemente principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden, en ese caso son efectivas. [...] [C]uando se habla de eficacia se hace referencia a si la norma es obedecida y/o aplicada. Ahora bien, una norma puede ser eficaz –es decir, obedecida– y, sin embargo, no alcanzar el objetivo que pretendía. En este caso la norma está mal diseñada porque es] eficaz pero inefectiva. [...] Una norma es *efectiva* si consigue el objetivo que pretende. Una norma es *eficiente* si consigue este objetivo con el mínimo coste posible”. Albert Calsamiglia, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México, Fontamara, 1997, pp. 62, 66.

²⁴ “El rasgo del lenguaje esencial para la constitución de hechos institucionales es la existencia de mecanismos simbólicos, como las palabras, que, por convención, significan, o representan, o simbolizan algo que va más allá de ellos mismos. [...] El lenguaje, según estoy utilizando aquí la noción, contiene esencialmente entidades que simbolizan; y en el lenguaje, a diferencia de los estados intencionales prelingüísticos, esas capacidades intencionales no son intrínsecas a las entidades, sino que le son impuestas por –o derivan de– la intencionalidad intrínseca de los humanos. Así, la sentencia ‘Estoy hambriento’ es parte del lenguaje porque tiene capacidades representatorias o simbólicas por convención. Pero la sensación real de hambre no es parte del lenguaje representa intrínsecamente sus condiciones de satisfacción. Ustedes no necesitan del lenguaje, ni de ninguna otra clase de convenciones, para sentirse hambrientos”. John Searle, *La construcción de la realidad social*, trad. Antoni Doménech, Barcelona, Paidós Básica, 1997, pp. 76-77.

manera, una relación necesaria entre esto y aquel.²⁵ No podemos, entonces, *descubrir* ni *hallar* los significados verdaderos, naturales o intrínsecos de las expresiones lingüísticas, por la sencilla razón de que tales significados no existen. “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”.²⁶

Siguiendo a la doctrina más autorizada²⁷ denominaré “formulación normativa” a la expresión lingüística y reservaré el vocablo “norma” para el significado que a aquella se le atribuye. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la ambigüedad y vaguedad propias de los lenguajes naturales, podría afirmarse que, en ciertos casos, de un mismo texto se pueden interpretar normas distintas. Así las cosas, la interpretación constitucional, como cualquier interpretación jurídica, implica un alto grado de discrecionalidad, ya que es una *decisión* respecto del significado, antes que una *descripción* del significado.²⁸ La función del juez constitucional estaría, entonces, orientada a atribuirle significación a los signos lingüísticos de las formulaciones normativas.

En este orden de ideas, hay que admitir que “Constitución” sería el conjunto de normas *vigentes*²⁹ interpretadas a partir de las formulaciones del texto de la Carta Política.³⁰ Sin embargo, es importante precisar que tales normas

²⁵ Es más, hay muchas expresiones lingüísticas que no designan ninguna realidad.

“Cuando decimos: ‘toda palabra del lenguaje designa algo’ todavía no se ha dicho con ello, por de pronto, *absolutamente* nada, a no ser que expliquemos exactamente *qué* distinción deseamos hacer. Bien pudiera ser que quisiéramos distinguir las palabras del lenguaje de palabras ‘sin significado’ como las que aparecen en los poemas de Lewis Carroll o de palabras como ‘ixuxú’ en algunas canciones”. Ludwig Wittgenstein, *op. cit.*, proposición 13, p. 29.

Véase también: Eduardo Silva Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, Paris, PUF, 2002, pp. 78-80.

²⁶ Ludwig Wittgenstein, *op. cit.*, proposición 43, p. 61.

²⁷ Georg-Henrik von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 109-121.

²⁸ Véase: Riccardo Guastini, “Reencuentro con la interpretación”, en *Distinguiendo*, *op. cit.*, pp. 201-210.

²⁹ *Vigencia*: “Una norma es vigente si, y sólo si, hay buenas razones para afirmar que sería aplicada en caso de que se dieran las condiciones para su aplicación”. Eugenio Bulygin, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho...*, *op. cit.*, p. 364.

³⁰ “Cuando existe una Constitución escrita, el texto es, por lo común, identificable y cognoscible por todos. Éste, sin embargo, es apenas un punto de partida en el conocimiento de la Constitución. Sucede que las interpretaciones que se ofrecen del texto constitucional son tan diversas, cambiantes y subjetivas que calificarlas de ‘verdaderas’ o ‘falsas’ se parece más a una aproximación estadística que

no tienen un carácter *obligatorio general*;⁵¹ por esta razón, los jueces no están obligados a aplicar las reglas creadas por otros jueces –únicamente son *obligatorias*, para las partes en el juicio, las normas individuales que de ellas deducen– (art. 230 C.N.),⁵² lo cual no es óbice para que sean *vigentes*, en el entendido de que, si provienen de un juez de alta jerarquía y la solución que consagran parece plausible, existen buenas razones para creer que la regla sería aplicada en caso de presentarse la ocasión –máxime cuando las providencias pueden llegar a ser revisadas a través de la apelación, casación o tutela. Esto es lo que se suele denominar *precedente judicial*.⁵³

Además de esto, la interpretación del texto de la Constitución⁵⁴ conlleva dificultades particulares que se encuentran en el origen de la gran mayoría de las controversias. Como bien lo expresa Daniel Mendonca:

La interpretación constitucional plantea, así, dificultades singulares. Tales dificultades aparecen, por cierto, en relación con la interpretación de cualquier texto jurídico; pero normalmente se ven agravadas cuando se trata de cláusulas constitucionales: en el texto constitucional, algunas formas de imprecisión son más frecuentes de lo habitual.

Esta característica provee una ocasión propicia para que la interpretación constitucional suscite mayores controversias. Pero no sólo hay ocasión, si-

a un juicio de la razón. Como sucede con el lenguaje, en general, hay tantas Constituciones como interpretaciones o reconstrucciones admisibles se ofrezcan para comprender su texto”. Daniel Mendonca. *Análisis constitucional. Una introducción...*, *op. cit.*, pp. 237-238.

⁵¹ *Obligatoriedad*: “Una norma es obligatoria si, y sólo si, las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber de aplicarla (es decir, el deber de usarla para la fundamentación de sus decisiones). [...] En particular, una norma general es obligatoria, cuando los jueces tienen el deber de aplicarla (es decir, el deber de usarla para la fundamentación de sus decisiones)”. Eugenio Bulygin, “Sentencia judicial y creación de derecho”..., *op. cit.*, p. 364.

⁵² El artículo 17 del Código Civil colombiano establece: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.

⁵³ Véase: Eugenio Bulygin, “Sentencia judicial y creación de derecho”..., *op. cit.*, pp. 362-369 y Eugenio Bulygin, “Creación y aplicación del derecho”, en *Lagunas del derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial.*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 43-44.

⁵⁴ Véase: Riccardo Guastini, “¿Especificidad de la interpretación constitucional?”, en *Distinguiendo*, *op. cit.*, pp. 287-303.

no también móvil: dada la condición suprema de la Constitución, la interpretación constitucional puede proyectar sus consecuencias en todo el derecho positivo de un Estado, así como de las relaciones políticas de sus poderes. Y no hay que olvidar, además, que la interpretación constitucional lleva consigo una pesada carga política e ideológica.

A partir de tales observaciones, se afirma que, si hubiese necesidad de destacar las notas principales de la interpretación constitucional, cabría decir que se trata de una cuestión importante, polémica y tendenciosa. Importante, porque la suerte de la propia Constitución y de sus instituciones depende, en gran medida, de su interpretación; polémica, porque encubre normalmente una disputa entre posturas ideológicas, conservadoras o progresistas, autoritarias o liberales; y tendenciosa, porque, con frecuencia, la interpretación propuesta protege en forma no siempre bien encubierta poderosos intereses sectoriales.⁵⁵

En pocas palabras: el lenguaje constitucional es altamente impreciso –para convencerse de ello basta con analizar expresiones como “principios constitucionales”, “derechos fundamentales”, “derechos sociales, económicos y culturales”, “núcleo esencial de los derechos”–; la Corte Constitucional goza de una gran discrecionalidad para determinar su significado; toda decisión respecto de las normas constitucionales tiene una gran incidencia en un sistema normativo como el colombiano, en donde aquellas reglas ocupan una posición privilegiada en la jerarquía normativa (art. 4 C.N.); las normas interpretadas a partir del texto constitucional presentan un gran interés para la comunidad en general –principalmente, cuando se refieren a temas tales como la salud y el empleo– y para los órganos que detentan el poder –en especial, cuando regulan la estructura misma del Estado. Así, pues, el impacto de estas decisiones es enorme, ya que en últimas de ellas van a depender las políticas generales del Estado y en gran medida la suerte de todos los colombianos.

Si tenemos en cuenta que el ejercicio del poder público en Colombia se encuentra regido por el *principio de frenos y contrapesos* entre sus distintas

⁵⁵ Daniel Mendonca. *Análisis constitucional. Una introducción...*, op. cit., pp. 62-63.

ramas, podremos entender perfectamente la incidencia política de las decisiones de la Corte Constitucional;³⁶ y si a esto le sumamos el gran despliegue que todas estas decisiones tienen en los medios de comunicación, el resultado es inevitable: la controversia.

Estas “controversias constitucionales” no sólo son naturales sino convenientes. Temas de tal importancia deben estar siempre sometidos al debate y a la crítica.³⁷ La tolerancia, la deferencia y la humildad son las únicas vías para llegar a soluciones de equilibrio entre los distintos intereses políticos y las diferentes tendencias ideológicas –esta es la misma clase de tolerancia y humildad propugnadas por la Carta Política colombiana en sus artículos 18, 19 y 20.³⁸

Esta obra colectiva tiene por único fin alimentar la controversia y el debate en un clima de respeto y con una visión pluralista en donde cada autor expresa sus ideas libremente y desarrolla su argumentación de manera rigurosa, a la espera de que sus posiciones sean tomadas en consideración y se sopesen sus virtudes y defectos.³⁹ Así, este libro está lejos de tener una orientación ideológi-

³⁶ “[D]etrás de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se ocultan hoy día dos teorías del derecho que los han inspirado y determinado: la teoría pura del derecho de Hans Kelsen y el realismo jurídico norteamericano. [...] La influencia de la teoría de Kelsen se observa, en especial, en el culto que se le rinde en América Latina a la ‘norma fundamental’ de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, esto es, a la Constitución Política. [...] Por otra parte, la influencia del realismo jurídico norteamericano –y, dentro de éste, la importancia que se le atribuye a la función del juez en la creación y desarrollo del derecho– se observa en la importancia que, en ordenamientos jurídicos como el colombiano y el venezolano, se le concede al llamado ‘juez constitucional’”. Eduardo Silva Romero, “De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del derecho internacional en América Latina”, en Christian Larroumet y Sebastián Ríos Labbé, *Constitucionalización del derecho privado. Actas del tercer congreso internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latinoaméricains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario, 2007, pp. 341-342.

³⁷ “El constitucionalismo, por su parte, ha sustituido la dogmática religiosa por una dogmática política no menos rigurosa, en la que hay que aceptar ciertos principios como artículos de fe, sin posibilidad de crítica; en la que hay una línea clara que separa la ortodoxia de la heterodoxia; y donde las ideas y las personas de la heterodoxia más que refutadas son condenadas al silencio y al olvido. En lo que aquí importa operan dos dogmas intangibles: el de que la organización política se encarga de dotar a la sociedad de leyes justas y el de que aquélla garantiza la aplicación de éstas a través de funcionarios justos. Quien cuestione estos dogmas se automargina sin remisión”. Alejandro Nieto, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 56.

³⁸ “De todas las religiones, la cristiana es, sin lugar a dudas, la que debe inspirar mayor tolerancia, aunque hasta ahora los cristianos hayan sido los más intolerantes de todos los hombres”. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 1964, p. 365.

³⁹ “[H]ay un mínimo que los interlocutores parecen, por principio mismo, reconocerse mutuamente, incluso cuando se encuentran en el desacuerdo más radical: se reconocen recíprocamente una

ca única y de expresar una posición unánime, ni de la Universidad del Rosario ni de los autores que tan gentilmente aceptaron participar en él.

Antes de terminar esta introducción tengo que agradecer muy especialmente el apoyo incondicional que le brindó a este proyecto el doctor Alejandro Venegas Franco, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, y el arduo trabajo que desarrollaron las doctoras Yira López Castro y Salua Hasbun Abudinen, tanto en la parte investigativa como en la revisión y corrección de los textos. Sin su respaldo y ayuda esta obra nunca hubiera visto la luz.

Referencias bibliográficas

- Bulygin, Eugenio, "Creación y aplicación del derecho", en *Lagunas del derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial.*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- _____, "Sentencia judicial y creación de derecho", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- _____, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México, Fontamara, 1997.

presunción de racionalidad que se manifiesta a través de la aceptación mutua de que ambos pueden pronunciarse respecto de la verdad de los enunciados que se hallan en juego y por la capacidad de justificar una proposición. [...] Reconocer solamente el estatus de argumentos a aquéllos que les resultaren convincentes equivaldría a sólo tomar en cuenta lo que les pareciere un argumento válido. Así, pues, quien adoptara esta actitud no tomaría en consideración los argumentos que estimare mediocres o débiles, más precisamente, aquéllos que contradijeran sus ideas y que, por ende, consideraría poco convincentes. No otorgaría entonces valor alguno a las opiniones contrarias a las que él defiende, puesto que los argumentos que las sustentan no serían más que simples farsas. Frente a sus ojos, sus adversarios no harían nada distinto que acumular errores, afirmaciones gratuitas y pseudoargumentos. Así las cosas, se negaría el principio mínimo de racionalidad que los interlocutores deben concederse por el hecho mismo de argumentar. Sólo esperamos no vivir en un mundo tal en el que la intolerancia y el sectarismo reinen sin tregua". Michel Dufour, *Argumenter. Cours de logique informelle*, Coll. U, Paris, Armand Colin, 2008, pp. 35-36.

- Dufour, Michel, *Argumenter. Cours de logique informelle*, Coll. U, Paris, Armand Colin, 2008.
- Guastini, Riccardo, *Estudios de derecho constitucional*, trad. Miguel Carbonell. Col. DJC, México, Fontamara, 2003.
- _____, *Distinguiendo*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge Tejerina, Buenos Aires, Osada, 1941
- Mendonca, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Asunción, Intercontinental, 2008.
- _____, *Pobres y desiguales. Notas sobre la pobreza y la desigualdad en Paraguay*, Asunción, Intercontinental, 2007.
- Merrien, François-Xavier, *L'État-providence*, coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 2007.
- Nieto, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, t. I, Madrid, 2001.
- Searle, John, *La construcción de la realidad social*, trad. Antoni Doménech, Barcelona, Paidós Básica, 1997.
- Silva Romero, Eduardo, "De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del derecho internacional en América Latina", en Christian Larroumet y Sebastián Ríos Labbé, *Constitucionalización del derecho privado. Actas del tercer congreso internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latinoaméricains*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario, 2007.
- _____, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, Paris, PUF, 2002.
- Terestchenko, Michel, *Philosophie politique*, t. I. Coll. Les fondamentaux, Paris, Hachette, 1994.
- Villey, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1998.
- Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 1964.
- Von Wright, Georg-Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979.
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Crítica, 1988.

Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores

Juan Antonio García Amado*

Universidad de León (España)

1. Planteamiento y nociones de partida¹

Se suele señalar que el llamado neoconstitucionalismo² es una doctrina de caracteres un tanto difusos. Entre los autores más mencionados que a menudo son adscritos a la misma están Dworkin, Alexy, Nino y Zagrebelsky. Entre ellos las diferencias son ciertamente importantes, y esto marca una primera dificultad para decantar esos elementos comunes que permitirían identificar esa doctrina neoconstitucionalista, a veces calificada como nuevo paradigma. Posiblemente la formulación más radical y terminante del neoconstitucionalismo aparece en el libro *El Derecho dúctil*, de Gustavo Zagrebelsky, obra que ha tenido importante eco, pero que no deja de ser un producto de menor enjundia que los escritos capitales de los otros autores mencionados. En cualquier caso, nos hallamos ante una teoría que no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia, por lo que sus caracteres deben ser espigados de aquí y de allá, más contruidos como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante y presente en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy, en particular en la propia jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales, que como balance a partir de

* Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.

¹ Este trabajo hace parte del proyecto de investigación titulado “Teoría del Derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España, del que soy investigador principal y cuya referencia es SEJ2007-64496.

² En ocasiones también se habla de “constitucionalismo avanzado” o “constitucionalismo de derechos” Cfr. S. Sastre Ariza, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 239.

una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados. Esa impregnación neoconstitucionalista hoy está muy presente en numerosos escritos teóricos y sentencias, pero puede que esa falta de definición clara, de rigor analítico y de empeño fundamentador en sus propios cultivadores sea una de las bazas que alimentan el éxito del neoconstitucionalismo.

Lo muy vago e impreciso de las tesis de partida la convierte en teoría superficialmente atractiva y aparentemente novedosa, al tiempo que en la práctica cumple a la perfección lo que me parecen sus cometidos principales que, por un lado, serían reforzar la influencia política de la presunta ciencia jurídico-constitucional y, por otro, impulsar un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes constitucionales, pone en jaque el principio democrático y la soberanía popular y desdobra las propias constituciones, haciendo que ciertos derechos “materializados” y fuertemente vinculados a valores morales sustanciales imperen absolutamente sobre los derechos constitucionales de tipo político, participativo y procedimental.

El equilibrio entre derechos humanos y soberanía popular, en el que tanto insiste por ejemplo Habermas, se rompe a favor de una concepción moralizante y absolutizadora de los primeros, con la consecuencia de que acaba por promoverse un nuevo soberano que no es otro que la judicatura, y en especial la jurisdicción constitucional, en alianza con la doctrina. Es lo que podríamos llamar el complejo académico-judicial que, desde su afán de excelencia ética y de elitismo político, pretende suplantar los dictados de un pueblo que las constituciones dicen soberano, pero que es tenido por incapaz (por sí mismo o por sus representantes en democracia) de calar en esos contenidos morales que formarían el cimiento de las constituciones y en los que solo logran penetrar con propiedad los profesores y los jueces de las más altas cortes.

Por razón de ese grado de indefinición teórica del neoconstitucionalismo y del designio preferentemente político de sus cultivadores, admítanlo o no, siempre acecha el riesgo de errar en la descripción de dicha doctrina o tendencia y de proyectar las críticas sobre molinos de viento, sobre un espantajo teórico que no se corresponda en verdad con ninguna teoría efectivamente operante en la actualidad. Si así lo hiciéramos, incurriríamos en parecida caricatura a la que muchos de los que se dicen neoconstitucionalistas hacen

del positivismo jurídico, al imputarle unos atributos teóricos y una percepción del Derecho que es propia únicamente, si acaso, del ingenuo y muy metafísico positivismo decimonónico, el de la Escuela de la Exégesis o la Jurisprudencia de Conceptos. Y no es casual que la disputa se desarrolle en esos términos, ya que en realidad ese positivismo decimonónico es el que en el neoconstitucionalismo se ve reflejado como en un espejo, esto es, invertido. Pues al positivismo del siglo XIX y al neoconstitucionalismo les son comunes una serie de notas: la confianza en el carácter en el fondo perfecto y completo de los sistemas jurídicos; el desdoblamiento del ordenamiento jurídico en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, y una parte profunda o esencial, que contiene solución predeterminada para cualquier caso difícil; la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria (el método meramente subsuntivo en el positivismo decimonónico, el método de la ponderación en el neoconstitucionalismo), y la consiguiente negación de la discrecionalidad judicial.

Positivismo jurídico decimonónico y neoconstitucionalismo actual son extremos que se tocan y que se combaten por razón de su semejanza estructural y de sus pretensiones políticas similares. Donde aquel tomaba como axioma la idea del legislador racional, este adopta con similar convicción el del juez racional; donde aquel quería ver en el legislador un mero portavoz de los intereses objetivos de la nación o de las esencias inmutables y necesarias del Derecho, y en la ley la plasmación perfecta de la justicia ideal, este hace de la Constitución la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y de los jueces los traductores seguros de esas verdades axiológico-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas, sin asomo de subjetivismo ni desfiguración por intereses políticos o gremiales.

Así como ese Derecho, que en el siglo XIX se afirmaba como perfecto y objetivamente verdadero, se consideraba que debía pulirlo, encauzarlo y en buena medida sentarlo la ciencia jurídica, asimilada a razón cuasicientífico-natural, así este Derecho de hoy, que el neoconstitucionalismo ve como derecho básicamente constitucional o sólo constitucional, se pretende que debe ser alumbrado también por la ciencia jurídica que interpreta la Constitución a base

de bucear en el orden axiológico que es su esencia, si bien los profesores serían ahora depositarios de los saberes supremos de una muy real y objetiva razón práctica, más que de una razón científico-natural.

De ahí que entre las notas distintivas del neoconstitucionalismo, por contraste con el positivismo jurídico, se suele mencionar la impugnación de la neutralidad de la ciencia jurídica y se haga la apología de una ciencia constitucional militante, moralmente comprometida con la verdad y las exigencias de los supremos valores, éticamente confesional. El entramado funciona a la perfección porque los jueces ven en esa doctrina la justificación perfecta para la ampliación de sus poderes frente al legislador y de su condición de oráculos de la Constitución profunda, mientras que los profesores colman sus aspiraciones cuando ven a los jueces construir la nueva Constitución con los elementos que ellos les van proponiendo. Eso sí, cuando los jueces no obedecen a los académicos, estos echan mano de sus arcanos saberes axiológico-constitucionales, no para reprocharles un mal uso de la discrecionalidad judicial, sino que, puesto que se parte de negar o reducir sumamente la presencia de tal discrecionalidad, se les dice a los jueces simplemente que se equivocan, que han errado la decisión, que no han sabido dar con el fallo verdadero y necesario, Constitución en mano.

Cuando al doctrinante neoconstitucionalista le gusta el contenido de una sentencia, señala que esta es verdadera porque traslada al caso la solución que los valores constitucionales le prescriben y presenta esa resolución como un ejercicio de ponderación acertado, aun cuando en la sentencia en cuestión no haya ni rastro explícito del método ponderativo y aunque la motivación del fallo sea sumamente deficiente y esté llena de inferencias erróneas, sofismas y paralogismos. Pues no importa la argumentación, sino el contenido del fallo. De nuevo como en el positivismo de hace siglo y medio. Si el dictar sentencia, incluso en los casos más difíciles y complicados a tenor de los hechos o de las normas concurrentes, tiene más de saber que de decidir, es normal que se piense que la voz cantante la han de llevar los que más saben, los que mejor han estudiado, los que se manejan más fluidamente con las intimidades de la Constitución y, por extensión, del ordenamiento todo: los profesores. Una vez más, como hace siglo y medio.

Por todas esas razones, un profesor neoconstitucionalista nunca dirá de una sentencia que puede ser correcta, vistos los hechos y Derecho en mano, pero que él discrepa por tales o cuales motivos; dirá simplemente que es errónea porque el tribunal no ha ponderado como es debido y porque no da cuenta de lo que la axiología constitucional, la Constitución sustancial, dicta para ese caso. Y basta conocer cuál es la adscripción política del neoconstitucionalista de turno y con qué patrones morales comulga para poder anticipar con toda certeza qué fallo reputará como el único correcto para cada caso que, a tenor de su ideología, le parezca relevante. Así, acaba por haber tantos derechos únicos y verdaderos y tantas únicas soluciones constitucionalmente correctas para cada caso como neoconstitucionalistas nos topemos con ideologías diversas. Todos sacerdotes de un único credo, la Constitución como sistema objetivo de valores, pero pluralidad de iglesias, de dogmas incompatibles y de teologías, y cada cual llevando el agua a su molino, pero diciendo que no es el molino suyo, sino la Constitución objetiva.

Asumamos, pues, el riesgo de decantar las notas definitorias de ese neoconstitucionalismo que hace virtud de su propia indefinición y que se afirma ante todo por contraste con un positivismo jurídico que no es el de ninguno de los positivistas del siglo XX, como Kelsen, Hart, Ross o Bobbio, sino aquel positivismo antiguo del que todos estos autores abominaron por metafísico, elitista, antidemocrático y simplón. Sintetizaré en diez esas notas definitorias del modelo neoconstitucionalista. Pero téngase en cuenta que, aun cuando en su rotundidad las diez no se den en ningún autor de tal corriente, se trata de una cuestión de grado o escala: tanto más merecerá la calificación de neoconstitucionalista un autor cuantas más de esas notas aparezcan en él. Y la gran mayoría de ellas están presentes en todos, aunque respecto de muchas de ellas no se halle en ninguno una explicitación o una fundamentación suficiente. Esos diez caracteres definitorios serían los siguientes:

1. Dato histórico: la presencia en las constituciones contemporáneas de **cláusulas de derechos fundamentales** y mecanismos para su efectiva garantía, así como de **cláusulas de carácter valorativo** cuya estructura

y forma de obligar y aplicarse es distinta de las de las “reglas”. Se trataría del componente material-axiológico de las constituciones.

2. La muy relevante presencia de ese tipo de normas, que conforman la constitución material o axiológica, implica que las constituciones tienen su parte central o su pilar básico en un determinado orden de valores, de carácter objetivo.
3. Así entendida, la Constitución refleja un orden social necesario, con un grado preestablecido de realización de ese modelo constitucionalmente prefigurado y de los correspondientes derechos.
4. Ese orden de valores o esa moral constitucional(izada) poseen una fuerza resolutive tal como para contener respuesta cierta o aproximada para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales. Tal respuesta será una única respuesta correcta o parte de las respuestas correctas posibles. La pauta de corrección es una pauta directamente material, sin mediaciones formales ni semánticas.
5. Esa predeterminación de las respuestas constitucionalmente posibles y correctas lleva a que deba existir un órgano que vele por su efectiva plasmación para cada caso, y tal labor pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular, ya sea declarando inconstitucional normas legisladas, ya sea excepcionando, en nombre de la Constitución y sus valores y derechos, la aplicación de la ley constitucional al caso concreto, o ya sea resolviendo con objetividad y precisión conflictos entre derechos y/o principios constitucionales en el caso concreto.
6. Puesto que en el orden axiológico de la Constitución quedan predeterminadas las soluciones para todos los casos posibles con relevancia constitucional, el juez que resuelve tales casos no ejerce discrecionalidad ninguna (Dworkin) o la ejerce sólo en aquellos casos puntuales en los que, a la luz de las circunstancias del caso y de las normas aplicables, haya un empate entre los derechos y/o principios constitucionales concurrentes (Alexy).

7. En consecuencia, y dado que las respuestas para esos casos con relevancia constitucional están predeterminadas en la parte axiológica de la Constitución, el aplicador judicial de la misma ha de poseer la capacidad y el método adecuado para captar tales soluciones objetivamente impuestas por la Constitución para los casos con relevancia constitucional. Tal método es el de **ponderación**.
8. La combinación de constitución axiológica, confianza en la prefiguración constitucional –en esa parte axiológica– de la (única) respuesta correcta, la negación de la discrecionalidad y el método ponderativo llevan a las cortes constitucionales a convertirse en **suprainstancias judiciales de revisión**, pero, al tiempo, les proporcionan la excusa teórica para negar ese desbordamiento de sus funciones, ya que justifican su intromisión revisora aludiendo a su cometido de comprobar que en el caso los jueces “inferiores” han respetado el contenido que constitucionalmente corresponde necesariamente a cada derecho.
9. Puesto que los fundamentos de ese neoconstitucionalismo –por las razones expuestas en los puntos anteriores– son metafísicos y se apoyan en una doctrina ética de corte objetivista y cognitivista, en las decisiones correspondientes de los tribunales, y en particular de los tribunales constitucionales, hay un fuerte **desplazamiento de la argumentación y de sus reglas básicas**. Dicha argumentación adquiere tintes pretendidamente demostrativos, puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino de mostrar que en la decisión se plasma la respuesta que la constitución axiológica prescribe para el caso. Con ello, la argumentación constitucional se tiñe de metafísica y adquiere visos fuertemente esotéricos.
10. El neoconstitucionalismo, en consecuencia, posee **tres componentes filosóficos muy rotundos**. En lo ontológico, el objetivismo derivado de afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo epistemológico, el **cognitivismo** resultante

de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. En lo político y social, el elitismo de entender que solo los jueces o prioritariamente los jueces, y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso, razón por la que los jueces tienen el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión *contra legem*, que será decisión *pro constitutione*, por cuanto es decisión basada en algún valor constitucional.

En este trabajo no podremos desmenuzar en detalle cada uno de estos puntos y nos referiremos solamente a los tres primeros, atendiendo de modo destacado a los precedentes de esa idea de que las constituciones contemporáneas tienen su esencia en un orden objetivo de valores que prefigura un solo mundo constitucionalmente posible, determina la solución correcta para cada conflicto de derechos y permite arrinconar la discrecionalidad política del legislador y la capacidad configuradora de la ley, que solo será aplicable cuando, en general o para el caso, no esté reñida con dichos valores que forman el núcleo metafísico de la Constitución y de los que conocen los jueces mejor que nadie y, desde luego, mejor que el pueblo antes soberano y que el legislador que lo representa.

2. Dudosas novedades

Es lugar común comenzar la justificación del neoconstitucionalismo mencionando la presencia en las constituciones contemporáneas de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como de cláusulas que enuncian valores, cuya estructura y forma de obligar y aplicarse, la de todas ellas, es distinta de las de las “reglas”. Se trataría del componente material-axiológico de las constituciones.

El neoconstitucionalismo siempre resalta esa peculiaridad de las constituciones contemporáneas, de la que se seguiría con necesidad una modificación

en el valor normativo de dichas constituciones, que ya no serían meramente normas jerárquicamente superiores a la ley y al resto de las normas del ordenamiento, sino también –y principalmente– plasmación de los supremos valores objetivos que han de regir la convivencia social, garantizada por el Derecho.

Limitados a este aspecto, la novedad es escasa. En España, ya la Constitución de 1812, la Constitución de Cádiz, decía en su artículo 6 que “El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos”. Y el artículo 14, por poner sólo otro ejemplo, establecía que “el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen”. ¿Qué tipo de normas constitucionales serán esas? ¿Principios? ¿Directrices? ¿Meros valores constitucionalizados? En cualquier caso, ya estaban ahí. Y, si se trata de que la Constitución refleje un orden objetivo de valores, qué decir del artículo 12, a tenor del cual “la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”. Por otro lado, tampoco parece que digan mucho del novedoso constitucionalismo moral esas cláusulas que apelan a valores a mansalva, comenzando por el de la justicia. En la España de la dictadura franquista ya se sabía algo de eso en las Leyes Fundamentales, sucedáneo de Constitución con pretensiones de normas supremas. Así, el Fuero del Trabajo, de 1938, en su cláusula segunda decía que “por ser esencialmente personal y humano, el trabajo no puede reducirse a un concepto material de mercancía, ni ser objeto de transacción incompatible con la dignidad personal de quien lo preste”. Y, puestos a proclamar derechos, la cláusula octava establecía que “todos los españoles tienen derecho al trabajo. La satisfacción de este derecho es misión primordial del Estado”. Sin duda, se tratará de una directriz constitucional o paraconstitucional. El Fuero de los Españoles, de 1945, también estaba bien adornado de moral objetiva positivada. Por ejemplo, su artículo 22 sentaba lo que sigue: “El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble. El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas”. Ciertamente, tomando en serio

el concepto liberal-democrático de Constitución, es escarnio tratar como tal las Leyes Fundamentales franquistas. Pero pretendían ser el equivalente de una constitución, los tribunales las invocaban y hasta los defensores del uso alternativo del Derecho proponían, a comienzos de los años setenta, que se aplicaran al pie de la letra en lo que conviniera para subvertir el sistema.

Así pues, poca novedad hay en el hecho de que las Constituciones reales o pretendidas se llenen de proclamaciones axiológicas y se inflen a base de predicar la verdadera moral y la fe debida. Por otro lado, en los preceptos jurídicos infraconstitucionales tampoco es ninguna innovación reciente la presencia de normas que no tienen la estructura de las reglas, sino la que ahora se predica de principios cuando de ciertas normas constitucionales se trata. Sin ir más lejos, el Código Civil español, de 1889, alude reiteradamente a la buena fe, mientras que el BGB alemán, de 1900, en su párrafo 242 sienta el principio o *Grundsatz* de buena fe (*Treu und Glauben*) en estos términos: el deudor está obligado a rendir su prestación tal como exija la buena fe a tenor de los usos del tráfico. Y de nuevo en el Código Civil español la moral asoma por múltiples lugares, como cuando el artículo 1271 dispone que “pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”, o cuando el 1328 dice que “será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres”. ¿Moral objetiva jurídicamente positivada o cláusula para ser rellena con los contenidos que en cada momento dicte la cambiante moral social positiva? El mismo asunto que para las cláusulas valorativas de las constituciones, solo que estas hoy también consagran como valor el pluralismo, y si entendemos que en él entra igualmente el pluralismo moral, queda por definición excluido que se constitucionalice “la” moral objetiva y verdadera.

En cualquier caso, y volviendo a los códigos, ¿significan esos principios de carga moral, en ellos presentes, que el juez que los aplique deba ponderar en lugar de o además de subsumir? Si la respuesta es negativa y las leyes se aplican interpretando y subsumiendo, mientras que los principios constitucionales se aplican ponderando, ya no serán los contenidos morales constitucionalizados la razón de que la ponderación sea un método específicamente constitucional, y habrá que buscar una explicación distinta para esa disyunción

metodológica entre leyes y Constitución. Si se responde que la ponderación es el método mediante el cual se resuelven los conflictos entre derechos constitucionales, contenidos en normas que son principios y no reglas, no se hace más que trasladar la cuestión, pues también en las leyes se sientan derechos, también esos derechos son susceptibles de justificación moral y también entre derechos legales hay conflictos. ¿Por qué, pues, no se resuelven mediante una ponderación metodológicamente idéntica los conflictos entre derechos legales?⁵ En suma, el neoconstitucionalismo se ve abocado a justificar la especificidad de las normas constitucionales mediante alguna propiedad que no sea ni su mayor indeterminación semántica ni su superioridad jerárquica, y sólo lo consigue a base de resaltar que la naturaleza de la Constitución, diga lo que diga, es prioritariamente moral, mientras que la de la ley, diga lo que diga, es prioritariamente jurídico-positiva.

Otras dos notas de las constituciones contemporáneas se suele destacar para justificar la novedad que tales constituciones suponen en cuanto normas jurídicas y fundamentar así la índole peculiar del razonamiento que las aplique: su carácter rígido y la garantía jurídica de su efectividad, que hace que sus normas no tengan un valor puramente programático. Ahora bien, estas dos particularidades, sin duda ciertas, refuerzan la superioridad jerárquica de las constituciones dentro del sistema jurídico, pero poco tienen que ver con la naturaleza moral de las mismas, con la condición de la Constitución como “orden objetivo de valores”, tal como en 1958 definió el Tribunal Constitucional alemán la Ley Fundamental de Bonn, en sintonía con la definición idéntica que daban algunos comentaristas, con Dürig a la cabeza.

En efecto, que el legislador ordinario no pueda modificar mediante el procedimiento legislativo ordinario todas o algunas normas constitucionales hace

⁵ Súmese a esto el hecho de que la gran mayoría de los derechos legales son reconducibles a derechos y principios constitucionales, de los que serían desarrollo o plasmación. Por consiguiente, siempre estaría en manos del juez la posibilidad de reconducir o traducir un conflicto entre derechos legales a conflicto entre derechos constitucionales y optar así por resolverlo ponderando a la luz de las circunstancias del caso concreto. Si esto es cierto, tendríamos que el juez siempre puede elegir el método preferible y que mejor se adapte a la índole de la decisión que quiera tomar y al tipo de fundamento que le resulte más cómodo: la letra de la norma, interpretada, o la justicia del caso concreto, establecida mediante la ponderación.

a estas resistentes frente al legislativo, de la misma manera que las normas legislativas son resistentes frente a la Administración, pues donde la ley es superior al reglamento la Administración no puede cambiar la ley mediante norma reglamentaria. En cuanto al control de la efectividad de las normas constitucionales mediante la judicatura o mediante un tribunal constitucional, también tenemos idéntico paralelismo, pues a la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde tanto velar por la legalidad de los actos administrativos como anular los reglamentos ilegales. Y tanto este control específico como la resistencia de las leyes frente a los reglamentos no ha servido ni tiene por qué servir para afirmar que la ley encierre contenidos morales objetivos que justifiquen tales propiedades o para convertir a la jurisdicción contencioso-administrativa en una jurisdicción cuyo razonamiento tenga que ser prioritariamente moral, preocupada más por la justicia del caso que por la seguridad jurídica, y aplicadora de un método ponderativo en lugar de uno interpretativo-subsuntivo.

No se ve por qué ha de confundirse la importancia de una norma jurídica con su mayor contenido moral. Que una norma jurídica sea más relevante como regla del juego social no implica necesariamente que su carga moral o su sintonía con normas morales presuntamente objetivas sea mayor. Tampoco la exigencia de procedimientos especiales o mayorías cualificadas para la elaboración o reforma de ciertas normas es sinónimo de superioridad moral de las mismas, sino indicio de la mayor relevancia social que se les atribuye. Que en el Derecho español, y a tenor del artículo 81 de la Constitución, determinadas materias deban regularse como ley orgánica y no como ley ordinaria no indica mayor cualidad moral o más proximidad a los fundamentos morales del sistema, sino mayor importancia en los esquemas organizativos del Estado y de la sociedad. Un Estatuto de Autonomía, que ha de ser aprobado mediante ley orgánica, ni tiene más entidad moral ni afecta en más a los valores morales más destacados que una ley de reproducción asistida, una ley de ventas a plazos o una ley del suelo.

En las constituciones se recogen las normas jurídicas más importantes para la comunidad, las que marcan las reglas de juego esenciales. Es cierto que ese juicio de importancia, esa jerarquización de las normas, se basa en razones morales, normalmente razones de moral positiva, de la moral social imperante,

al menos cuando las constituciones se elaboran por procedimientos democráticos. Pero ese fundamento moral fáctico no hace que varíe su condición de normas jurídicas, de jerarquía superior, pero jurídica, convirtiéndolas en normas a medio camino entre la moral y el Derecho o en normas morales constitucionalizadas pero que hayan de ser aplicadas mediante un razonamiento que sea más moral que jurídico y que esté más atento a la justicia que a la letra. De la misma manera que la superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento y el hecho de que se reserve a la ley la regulación de materias que se consideren más importantes o dignas de cuidado y control no supone que las normas legales tengan una naturaleza moral superior a los reglamentos, un tipo de validez jurídica distinta de la de estos ni un método de aplicación específico y con mayor presencia de las consideraciones de justicia o de la misteriosa razón práctica. En suma, la jerarquía de las normas jurídicas no es directamente traducible a jerarquía moral, aunque de hecho refleje un juicio de importancia moralmente condicionado.

Tal vez estamos asistiendo a lo que podríamos denominar la “canonización” de las normas constitucionales, dando a esta expresión el sentido que se explica a continuación. El derecho canónico se compone de las normas mediante las que la Iglesia católica se organiza como institución al servicio de la Verdad y el Dogma trascendente que la inspira y mediante el cual disciplina las acciones de sus fieles dentro de la Iglesia. Todo este entramado jurídico tiene su base en una (considerada) Verdad suprema, apoyada en la Revelación y en la interpretación de los Textos Sagrados por las autoridades que, a tenor del mismo dogma, actúan inspiradas por el Espíritu Santo. De esa suprema Verdad de fe deriva una concreta moral, dogmática e incuestionable mientras se esté dentro de la Iglesia, y de esa Verdad y de esa moral dogmática también son plasmación las normas jurídicas que conforman ese particular sistema jurídico. Ahí sí hay una moral (que se pretende) objetiva como base de ese Derecho y ahí sí que queda perfectamente establecido desde qué fundamentos morales deben interpretarse y aplicarse *ad intra* esas normas jurídicas. Una moral objetiva y la única verdadera, unos intérpretes del dogma moral de base que se dicen inspirados por el mismo Dios o una de sus Personas, y unas normas jurídicas que deben cumplirse y aplicarse en sintonía plena con esa moral única. Cuando el

Derecho canónico consagra la indisolubilidad del matrimonio, su legislador no ha tomado la opción que le pareció mejor o más ajustada a los tiempos, sino la única acorde con aquella moral y con el dogma que la impregna. Por eso el Derecho canónico no puede ser democráticamente elaborado por los fieles. Entre otras cosas, porque el pluralismo queda por definición excluido cuando el Derecho refleja verdades supremas, dogmas de fe.

¿Ese es el caso de las constituciones modernas? Rotundamente no. Que se inspiren en la moral propia del liberalismo ilustrado, a la que se suman componentes sociales derivados del marxismo y de las luchas sociales de los siglos XIX y XX, no significa que en ellas cristalice, a modo de dogma, un orden objetivo de valores, las supremas verdades morales. Al contrario, establecen las reglas de juego mínimas para que en la sociedad puedan convivir sistemas morales distintos con la única condición de aceptar unos mínimos puntos de partida morales y que hasta pueden ir cambiando de interpretación con el paso del tiempo. De ahí que en esas constituciones no sólo se recojan esos fundamentos morales elementales, como el valor de la vida y de la libertad, sino que también se institucionalice el libre juego de la política y se aseguren los derechos políticos. Dentro de la Iglesia no hay derechos políticos ni puede haberlos, pues la Verdad está preestablecida y sus concreciones en cada tiempo y para cada caso las hacen los “sacerdotes” de esa fe, los guardianes del dogma. Pero en un Estado constitucional y de Derecho no puede hacerse de la Constitución el depósito de las supremas verdades morales omniabarcadoras y con capacidad de producir solución por sí para cualquier cuestión, concretadas por los jueces y los tribunales constitucionales a base de enmendar al legislador en razón de la justicia de cada caso concreto y haciendo, de este modo, ocioso el juego de la política y vano el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos. Si a los ciudadanos y a sus representantes en los parlamentos no les queda más alternativa que la de acertar con los desarrollos de la Constitución que le parezcan al guardián de la Constitución las verdaderamente exigidas por unas normas constitucionales que sólo son indeterminadas en su dicción, pero que son perfectamente precisas en su sustrato moral y que encierran en sí la pre-determinación de un único modelo social posible hasta en sus más mínimos detalles, los ciudadanos no tienen propiamente alternativa y el desempeño de

los derechos políticos se convierte en un puro ejercicio de adivinación y, en el fondo, en un patético ejercicio de sumisión al juez último de la verdad constitucionalmente revelada.

Que las constituciones modernas hayan recogido el derecho natural, positivándolo como Derecho, como tantas veces se repite, ni es tanta verdad ni es tan relevante. No es tanta verdad porque habría que preguntarse cuál iusnaturalismo o cuáles iusnaturalismos son esos que se han constitucionalizado. Que la justicia sea supremo valor constitucional y que todos los iusnaturalismos la sitúen como altísimo valor moral y jurídico dice poco o nada del contenido concreto de lo justo, pues cada iusnaturalismo de los que han sido y son la dota de un contenido material distinto. Que el supremo valor de la vida y la dignidad humanas esté afirmado en las constituciones nada resuelve por sí sobre si con tal valor constitucional es compatible la permisión del aborto o de la eutanasia, la guerra, las largas condenas de prisión o la tortura en casos extremos, pues cada iusnaturalismo y cada iusnaturalista que interprete y aplique la Constitución le va a dar un alcance distinto a aquel valor para estos asuntos. Será propiamente interpretación de la Constitución y decisión legítima de los órganos constitucionalmente competentes la que resuelva tales interrogantes jurídico-constitucionales, pero no aplicación de una moral objetiva plasmada en la respectiva cláusula constitucional y, menos aún, aplicación del iusnaturalismo constitucionalizado. Habrá que pedir a tales órganos competentes que justifiquen sus decisiones y aumenten legitimidad de las mismas mediante una argumentación exigente y lo más convincente posible, no que tiñan su razonamiento con tintes demostrativos, de puro ejercicio de una razón práctico-moral que es simultáneamente jurídica, ni se disfracen de puros aplicadores de normas que ahí estaban, en los arcanos de la Constitución, en su esotérico trasfondo, esperando ser conocidas y hechas valer por sus más altos sacerdotes.

Que esa supuesta constitucionalización del iusnaturalismo no es tan relevante, queda de manifiesto si pensamos lo siguiente. Todo derecho positivo es trasunto de una determinada moral, pues las normas jurídicas no caen del cielo, sino que provienen de las ideas y de las ideologías de sus autores o, quizá, de la moral social positiva. Además, todo derecho positivo es susceptible de enjuiciamiento crítico desde cualquier sistema moral. ¿Qué cambia por el

hecho de que las constituciones hubieran recogido una determinada moral, en este caso la moral iusnaturalista? No cambia nada, salvo que le otorguemos al iusnaturalismo un trato privilegiado, una suprema condición ontológica y epistemológica. Si el iusnaturalismo contiene la moral verdadera, la constitucionalización de sus principios convertiría a la Constitución en Derecho verdadero, en el Derecho *materialmente* supremo. Pero si el iusnaturalismo es una moral más o si los iusnaturalismos no son sino una parte del repertorio de las morales posibles y operantes, que haya sido constitucionalizada esa moral es asunto puramente contingente y tan poco relevante para el estatuto jurídico de las normas constitucionales o para las condiciones de su aplicación como si se hubiera constitucionalizado otro sistema moral cualquiera. Que la naturaleza de las constituciones cambie por insertarse en ellas los valores iusnaturalistas es algo que sólo puede ser afirmado desde el iusnaturalismo, desde un constitucionalismo iusnaturalista que pone el derecho natural por encima de la Constitución y que sólo reconoce la superioridad jurídica de la Constitución si en ella se recoge y protege el derecho natural. Pero si no se es iusnaturalista, entrar en ese juego es manifestación de irreflexión o de precipitada ingenuidad. Para un no iusnaturalista, incluso esa Constitución que ampare los valores iusnaturalistas seguirá siendo suprema norma jurídica si tal jerarquía está efectivamente articulada y jurídicamente garantizada, y no norma moral. La Constitución seguirá siendo lo que la Constitución dice y lo que de ella hagan sus intérpretes legítimos, no lo que ese iusnaturalismo mantenga supuestamente constitucionalizado. Ahora bien, si se consigue que los tribunales constitucionales crean que la Constitución no es lo que sus disposiciones dicen o lo que de ellas se interpreta con respeto a las reglas de nuestro lenguaje y al sentido común, sino lo que dicta para cada caso la justicia tal como la entiende el iusnaturalismo o cualquier otro sistema moral, la Constitución pasará a ser nada más que lo que quieran los tribunales constitucionales. Y su texto estará de más, será exactamente papel mojado. La suprema fuente del Derecho será el oráculo y no habrá más órgano constitucional que un extraño personaje a medio camino entre Salomón y el Espíritu Santo.

Resumamos lo que en este apartado se ha querido decir. En primer lugar, que la mención de valores o la positivación directa de normas de algún siste-

ma moral en las constituciones no es un descubrimiento de hace cuatro días, ni mucho menos. En segundo lugar, que tales cláusulas obligan en función de dos cosas: su grado de determinación, el grado de determinación precisa de sus contenidos, y el tipo de garantías que en general tenga la Constitución y, dentro de ellas, esas cláusulas. Una invocación constitucional a la justicia o a la libertad, por ejemplo, como valores superiores, no hace a la Constitución comulgar con ninguna concepción material de dichos valores y, por consiguiente, deja libertad a los intérpretes para asignarles discrecionalmente un valor u otro. En cambio, la presencia de una norma constitucional que diga que una determinada religión es la única fe verdadera sí compromete dicha Constitución con una moral determinada. En tercer lugar, y por consiguiente, que una Constitución instaure la garantía judicial de sus normas no las compromete con ningún sistema de valores determinado a la hora de precisar lo que en sus enunciados sea indeterminado; que haya una garantía judicial reforzada de los derechos fundamentales tampoco compromete a la Constitución con más contenido preciso de ellos que el que se derive de lo precisa que sea su enunciación. Una Constitución no se “materializa” más ni por contener cláusulas valorativas ni por contener garantía específica de sus normas y derechos; tampoco porque sus normas y derechos sean directamente aplicables. La única pauta real operante aquí es la siguiente: a mayor indeterminación lingüística de tales enunciados, y a mayor presencia de sistemas morales concurrentes en la sociedad pluralista para rellenarlos de contenido, mayor discrecionalidad de sus intérpretes y aplicadores; y cuando esas normas, así enunciadas, se aplican directamente, sin mediación legal, también mayor discrecionalidad de sus aplicadores a efectos de configurar y precisar sus contenidos concretos.

3. ¿Valores? ¿Cuáles y qué tan ciertos?

Para el neoconstitucionalismo, la muy relevante presencia de ese tipo de normas, que conformarían la constitución material o axiológica, implica que las constituciones tienen su parte central o su pilar básico en un determinado orden de valores, en una determinada moral.

La idea de que la Constitución tiene su esencia o sustancia principal en un orden de valores, del que es plasmación y al que traduce a supremo Derecho,

tiene ya cierta antigüedad, pues halló su más rotunda y clara expresión a fines de los años cincuenta del siglo XX en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional alemanas. A este respecto hay que mencionar muy destacadamente el comentario que en 1958, en el tratado de Maunz/Dürig, escribió Günter Dürig⁴ al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, y la sentencia que en el mismo año pronuncia el *Bundesverfassungsgericht* en el caso Lüth. Resumamos brevemente ambas aportaciones.⁵ Luego veremos también los antecedentes del neoconstitucionalismo en la Jurisprudencia de Valores, alemana igualmente.

3.1. La Constitución son valores y los valores son Constitución

El comentario de Dürig comienza con un párrafo ya bien significativo: “En la conciencia de que la vinculatoriedad y la fuerza obligatoria de una Constitución también y en última instancia sólo puede fundarse en valores objetivos, el legislador constitucional, una vez que la referencia a Dios como el origen de todo lo creado no pudo ser mantenida, ha hecho profesión de fe en el valor moral de la dignidad humana. Mediante tal asunción del valor moral de la dignidad humana en la Constitución positiva, este valor se ha hecho al mismo tiempo (precisamente desde el punto de vista del derecho positivo) valor jurídico, de manera que su consideración jurídica (reconocidamente difícil, pero no inusual) es mandato jurídico-positivo”.⁶

Desde el principio Dürig insiste en que un valor así existe por sí mismo y atribuye, por sí y al margen de cualquier juicio o transacción, a los seres hu-

⁴ Uwe Wesel dice que Dürig es el “inventor (*Erfinder*) del ‘sistema de valores’ (*Wertsystem*) de los derechos fundamentales, noción de la que en adelante se sirvió el Tribunal Constitucional, a partir del caso Lüth. De su biografía cuenta brevemente que nació en 1920 en Breslau, fue oficial profesional del ejército alemán y en la guerra resultó gravemente herido. Tras la guerra estudió Derecho y en 1954 llegó a *Professor* de Derecho Constitucional en Tübingen. Falleció en 1996 (Cfr. U. Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Manchen, Karl Blessing, 2004, p. 131).

⁵ En la doctrina en español se encuentra una excelente exposición a este respecto en el libro de Luis M. Cruz de Landáuzuri, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005.

⁶ Citamos por la “*Sonderdruck*” que la editorial Beck ha realizado del comentario de Dürig a los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn en el Tratado Maunz-Dürig (Günter Dürig, *Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz*, München, Beck, 2003). Las citas se harán según el sistema habitual en este tipo de publicaciones, indicando el artículo y apartado comentado y la nota marginal correspondiente: M-D, Art. X Abs Y nm. x (Maunz-Dürig, artículo X, apartado Y, nota marginal x).

manos una propiedad moral irrenunciable e ineliminable. El carácter absoluto de tal valor moral hace que, una vez que el derecho positivo constitucional lo ha recogido, rija como obligación absoluta para el Estado de evitar toda mácula de la dignidad humana, y de ahí que haya de protegerlo también en lo referido a las relaciones interpersonales en la sociedad y no solo respecto de las actuaciones directas del propio Estado (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 3). De esta tesis nacerá la *Drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos fundamentales, por obra de la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en el caso Lüth.

Lo que en el artículo 1 se ha recogido es “el más alto principio constitutivo de todo derecho objetivo” (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 4). Lo que así se dispone es la “base para un completo sistema de valores” (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 5). Como es difícil fundar en la enunciación de ese solo valor todo un sistema de pretensiones, dicho valor se ha desplegado y subdividido en los derechos fundamentales particulares, por obra del apartado II del artículo 1.⁷ Eso tiene dos consecuencias: esos derechos fundamentales poseen valor puramente declaratorio en el texto constitucional, pues son emanación de ese valor dignidad reconocido en el primer enunciado de la Constitución; y, porque surgen de la dignidad, y sólo por eso, tales derechos tienen un contenido necesario (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 6). El apartado III de ese artículo 1⁸ “actualiza” dichos derechos humanos (*Menschenrechte*) como “derechos fundamentales” (*Grundrechte*), convirtiéndolos en “derechos públicos subjetivos”, pero “sin quitarles su contenido preconstitucional”⁹ (M-D. Art. 1 Abs., I nm. 7). Cuando el artículo 19 de la Constitución fija la obligación de respetar en todo caso el “contenido esencial”¹⁰ (*Wesensgehalt*) de esos derechos, se está dando forma positiva a

⁷ Que reza así: “El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

⁸ A tenor del cual “Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”.

⁹ Más adelante Dürig insiste en que cuando la norma constitucional actualiza y concreta los derechos humanos no los constituye, sino que los reconoce como preexistentes, y preexistentes en toda su juridicidad. Positarlos no es lo mismo que jurificarlos, pues ya son jurídicos, en tanto que derechos prepositivos. “Normas suprapositivas pueden ser presentadas públicamente (*publizieren*) mediante su inclusión en la Constitución positiva, pero con ello no se desnaturalizan, no se modifica su ‘especial carácter’” (M-D. Art. 1 Abs. II, nm. 73).

¹⁰ Por el compromiso del artículo 1 con una idea material y objetiva de dignidad, con una moral

esa “decisión valorativa previa”: la de entender que esos derechos anteceden al Estado mismo y a todo derecho positivo y que por ello no pueden ser objeto de disposición previa por el Estado (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 7). Lo mismo significaría su protección frente a la reforma constitucional, a tenor del artículo 79 III: quedan protegidos frente a cualquier mayoría posible, pues su radical indisponibilidad tiene que ver con su prepositividad.

Según Dürig, lo que los artículos 2 y siguientes hacen es desarrollar más precisamente ese contenido que ya está por entero presente en el artículo 1. I, y tal desarrollo¹¹ se da dividido en derechos de libertad y en derechos de igualdad. Y aquí otra vez esa relación de más a menos general. El supremo derecho de libertad, primera concreción de la libertad y núcleo desarrollado en las demás libertades, es el presente en el artículo 2. I, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 11).

En cuanto a los derechos de igualdad, todos son desarrollo o despliegue del “derecho principal de igualdad” contenido en el artículo 3. I.¹² Ese derecho funciona como “*lex generalis*” respecto de los demás derechos de igualdad recogidos bajo la forma de normas constitucionales positivas concretas.

Tanto aquel derecho generalísimo de libertad del artículo 2. I como este derecho generalísimo de igualdad del 3. I guardan en sí los contenidos tanto de esos otros derechos concretos, que son meras concreciones de esos dos, como capacidad para rellenar cualquier laguna en el sistema de derechos de libertad y de igualdad respectivamente. A lo que se suma que han de guiar la interpretación de esos derechos positivados concretos de libertad y de igualdad, pues ninguna interpretación de ellos puede contradecir esos contenidos materiales objetivos de la libertad y de la igualdad en aquellos dos artículos recogidos (M-D.

determinada, esa noción de “contenido esencial” de cada derecho fundamental no es puramente formal o susceptible de ser rellenada de contenidos muy diversos, sino de un concreto contenido, que es el contenido debido (Cfr. M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 15).

¹¹ ¿De qué tipo es ese desarrollo o despliegue? Dürig dice que no se trata de una deducción a partir de una premisa mayor lógica, pero que no se puede perder de vista que el sistema positivado de los derechos de libertad en todo caso también es “un sistema jurídico-lógico, en cuanto que la Ley Fundamental, de conformidad con el artículo 1, en relación con el artículo 19. II y el 79. III, erige un sistema valorativo intocable (*ein unantatsbares Wertsystem*)” (M-D. Art. 1 Abs. 1 nm. 11).

¹² Que dice: “Todos los hombres son iguales ante la ley”.

Art. 1 Abs. I, nm. 11). Pocas veces podremos ver mejor y más coherentemente reflejado ese planteamiento antipositivista de las normas constitucionales de derechos, planteamiento que luego se apropiará el neoconstitucionalismo. Por debajo de los enunciados constitucionales de derechos está un sistema completo de valores, con su jerarquía. Esa jerarquía tiene en su vértice la dignidad y en su escalón inmediatamente inferior, como primeras concreciones de ese valor omniabarcador y generalísimo, la libertad y la igualdad. El contenido de los sucesivos derechos constitucionales no puede ser otro que el dictado desde esos valores “objetivos”; más aún, también son contenidos constitucionales necesarios aquellos que sean despliegue ineludible de tales valores presentados en los artículos 1, 2. I y 3. I, de forma que: a) hay más derechos constitucionales que los plasmados en el resto de los enunciados de derechos o subsumibles bajo ellos desde un punto de vista semántico; b) en el sistema de derechos, por tanto, no hay lagunas y todo lo que sea desarrollo de la dignidad tendrá su correspondiente derecho fundamental, lo recoja expresamente o no la Constitución; c) el sentido que a esos enunciados puede darse, sea cual sea su grado de indeterminación o sean cuales sean los significados posibles de sus palabras, semántica usual en mano, viene limitado por la compatibilidad con el contenido objetivo de esos valores superiores.

Perdidos en esos pantanos infestados de valores, el razonamiento se hace sumamente curioso, y así se aprecia en Dürig. En puridad, si el artículo 1, con su derecho a la dignidad, acoge en sí ya todos los derechos, sus ulteriores concreciones son propiamente prescindibles, pues los derechos de la Constitución serían los mismos aunque el artículo 1 fuera la única cláusula de derechos. Pero, una vez que existen aquel derecho principal de libertad del artículo 2. I y el principal de igualdad del artículo 3. I, el artículo 1 es el que resultaría igualmente prescindible. Ha reaparecido el pensamiento genealógico que fuera propio de la más radical Jurisprudencia de Conceptos. Dürig dice que no es pensable ningún caso en el que un atentado estatal contra la dignidad no quede abarcado o por aquel derecho principal de libertad o por aquel otro de igualdad, sin que por ello sea necesaria la construcción del derecho de dignidad del artículo 1 como derecho público subjetivo (M-D. Art. 1 Abs. 1 nm. 13).

Ahora bien, ¿de dónde viene el contenido necesario de esos valores que son “objetivos” y cuyo papel no es meramente formal, como categorías a rellenar contingentemente, sino de determinación “material” de los contenidos posibles de la ley? Dürig no se oculta, aunque suela *explayarse* más bien a pie de página. Se trata de la ética cristiana, presente en el iusnaturalismo cristiano. Sus razonamientos a este respecto son bien curiosos. Mantiene que “no se debería debatir sobre los conceptos de esa impregnación valorativa” y que se puede afirmar que el artículo 1 es la plasmación del iusnaturalismo moderno. En la Ley Fundamental no se apreciaría ninguna discrepancia entre iusnaturalismo cristiano y iusnaturalismo profano. Pero “nadie es mal jurista si para la interpretación del derecho prepositivo y preestablecido que en la Constitución es recibido utiliza específicamente la doctrina moral cristiana”. Además –y aquí lo más espectacular, casi esperpéntico del razonamiento– la idea cristiana del derecho natural está en sintonía con aquellos contenidos del derecho natural profano que sean válidos, sin que por eso se quiera dar por bueno el derecho natural profano en su conjunto. En realidad, y según nuestro autor, apenas puede hallarse ninguna idea laicista moderna de los valores que no tenga su origen en el pensamiento valorativo del cristianismo. Y, por si nos quedan dudas de que los contenidos axiológicos del artículo 1.1 de la Ley Fundamental son los que son, y son los preestablecidos en la moral cristiana, Dürig pone un ejemplo: sin duda, contrario a la idea de dignidad de toda persona es el aborto.¹³ ¿Admitirían esto todos los neoconstitucionalistas? ¿O cada uno lo admitirá o no según el sistema de valores con que él “cargue” las cláusulas valorativas de la Constitución, si bien pretendiendo que esos valores no son los que a él le convencen más, sino los verdaderos, los mejores y los que objetivamente la Constitución, por

¹³ En el capítulo II de su comentario Dürig precisa los contenidos bien concretos de la dignidad y, con ello, determina los alcances posibles de los subordinados derechos de libertad y de igualdad. Esos contenidos corresponden plenamente con los que dicta la moral oficial católica. Dürig afirma taxativamente que toda vida humana es depositaria de ese derecho básico a la dignidad y que la vida humana empieza con la concepción (M-D. Art. 1 Abs. I nm. 24). Alguna duda más le plantea el caso del “monstrum” (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 25). Entre los comportamientos que por clarísimamente opuestos a la “intocable” dignidad de la persona el Estado debe evitar en sí e impedir en los particulares, sin ponderación posible, está también la inseminación artificial, en particular la heteróloga y sobre todo cuando se garantiza el anonimato del donante de semen, tanto si la mujer es casada como soltera (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 39).

tanto, está asumiendo? Dürig al menos tiene la honradez y la valentía de poner sus cartas morales sobre la mesa, aunque sea a pie de página.

Mención aparte merece la idea de Dürig, que maneja también el *Bundesverfassungsgericht* en su *Lüth-Urteil*, de que el mandato de respeto a la dignidad humana no se plantea sólo frente a los posibles atentados del Estado contra la misma, sino que también rige en las relaciones entre particulares, debiendo los órganos del Estado velar porque en las relaciones jurídico-privadas la dignidad no se vea dañada. Obviamente, serán los jueces los que, en nombre de la dignidad, tendrán que excepcionar la aplicación del principio de autonomía de la voluntad o cualquier otra regla de derecho privado que se use con esos fines o esos resultados de menoscabar la dignidad. Estamos hablando, obviamente, del llamado *Drittwirkung* o efecto frente a terceros de los derechos fundamentales. Pero aquí hay que distinguir dos cosas que a menudo se entremezclan. Una, si los derechos fundamentales también ponen límite a los contenidos posibles de las relaciones jurídicas entre particulares; hoy es prácticamente unánime la respuesta afirmativa a esta cuestión. Otra, distinta, es la de con qué grado de precisión los jueces pueden controlar el respeto a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Desde una perspectiva positivista, se podría decir que en lo que los enunciados constitucionales de derechos no determinen funcionaría una especie de principio pro autonomía de los particulares, pues aquello que en la Constitución no queda precisado como límite no puede oponerse, como tal límite, por los jueces frente a la libertad de los individuos. Igual que en la dimensión vertical y en el control de constitucionalidad de la ley obraría el principio *in dubio pro legislatore*, en las relaciones jurídico-privadas operaría el de *in dubio pro libertate*. Esto, naturalmente, siempre que se crea, como suele crear el positivismo, que los jueces no tienen mejor manera que el propio legislador o que los propios particulares para saber cuál es la mejor concreción posible de un mandato constitucional de entre aquellos candidatos que no vulneran su tenor literal, visto en su contexto normativo, etcétera. Pero cuando se parte de que la Constitución es ante todo orden de valores, que el contenido de esos valores está plenamente presente, aunque sea comprimido, en alguna noción axiológica central, como la de dignidad, y que, en consecuencia, esa Constitución axiológica configura el contenido necesario o los límites axiológicos

plenamente objetivos de cualquier relación jurídica, ya sea jurídico-pública o jurídico-privada, se estará propugnando, por pura coherencia, que el juez limite la autonomía del Estado o la de los particulares desde algo distinto y más profundo que la semántica, la sintaxis y la pragmática del texto constitucional: desde esos valores “objetivos” que son la esencia de la Constitución.¹⁴ Así, pues, no conviene confundir la admisibilidad de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales con el pretexto para dar, en nombre de los derechos fundamentales, cualquier contenido que el juez quiera a las relaciones jurídico-privadas. Porque, además, y para mayor complicación, la libertad también es un valor constitucional o un derecho fundamental o fundamentalísimo.

Seamos justos con las tesis de Dürig y, de paso, clasifiquemos el grado y la forma en que las cláusulas de derechos determinan las decisiones de los operadores jurídicos y hasta las decisiones admisibles de los particulares. Distingamos tres posturas. La primera sería la de la plena determinación y se podría adscribir, al menos en principio, a aquellos autores que sostienen la teoría de una única respuesta correcta para los asuntos jurídicos en los que está implicada la moral de los derechos. La segunda sería la de quienes sostienen que la vinculación de los derechos a valores objetivos que forman el cimiento de la Constitución marca unos contenidos irrebasables, pues atentan contra tales valores, pero dejan ámbitos de disposición, aquellos que son indiferentes para el contenido esencial de tales valores. Dürig encajaría en esta postura: “Para cada derecho fundamental en particular hay un límite valorativo absoluto, ante el que se detiene toda posibilidad de disposición por el Estado”. Ese límite está allí donde el valor jurídico de la dignidad humana resulta tocado. Desde ese valor de la dignidad se constituyen los contenidos intocables de los particulares derechos¹⁵ (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 80). La tercera postura, a la que propenderán

¹⁴ Y justamente ahí se sitúa el planteamiento de Dürig: puesto que al proteger los derechos fundamentales se está protegiendo ante todo “valores morales preestablecidos” a la propia Constitución, tales valores han de verse como “valores absolutos” que no pueden admitir vulneración ni en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado ni en las de los ciudadanos entre sí. Con base en esa “unidad de la moral jurídica” se explica que los derechos fundamentales sean derechos absolutos, que salvaguardan frente a cualquier ataque, y no meros derechos públicos subjetivos que protejan sólo frente a las vulneraciones provenientes del Estado (M-D. Art. 1 Abs III, nm. 102).

¹⁵ Dürig, al comentar el art. 1. II de la Ley Fundamental de Bonn, lo resume así: dicho artículo obliga a “que determinado contenido de cada derecho de libertad se contemple como enraizado en derecho

las teorías positivistas, entiende que, por mucho que sea indudable que a las constituciones y sus repertorios de derechos subyace una determinada moral histórica e históricamente tenida por verdadera o preferible, los límites de la disposición posible de los derechos vienen marcados por los límites del significado posible de los enunciados constitucionales y, todo lo más, esa moral que históricamente inspira puede ser uno más de los criterios de interpretación al optar entre interpretaciones posibles, pero no el determinante “objetivo” ni de la única solución correcta ni de un repertorio completo de soluciones descartables por materialmente incorrectas con independencia de que choquen o no con los enunciados constitucionales.

El planteamiento de Dürig tiene consecuencias prácticas importantes y que él mismo explicita. En primer lugar, deja abierta la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales. Serían aquellas normas de la Constitución que le permiten al legislador una configuración incompatible con ese contenido axiológico previo y prepositivo del derecho en cuestión. Pero al juez le toca evitar tal inconstitucionalidad de la norma constitucional, interpretando sus términos en clave de tales valores previos y haciendo que el poder de disposición que dichos términos otorguen al legislador sea sólo en lo que no se vulnere ese contenido moral que es propio y constitutivo de ese derecho (M-D. Art. 1 Abs. II, nm. 83). Vemos, por tanto, cómo el eje de la interpretación constitucional son esos contenidos morales, contenidos de esa moral bien determinada que es la esencia de la Constitución.

En segundo lugar, en el sistema de derechos fundamentales no hay lagunas, sea cual sea la lista de derechos concretos que la Constitución enumere y sean cuales sean los términos con los que los recoja, pues, como sabemos, el artículo 1 posee una fuerza y alcance regulativo –plasmado en primer lugar en el derecho principal de libertad (artículo 2. I) y en el derecho principal de igualdad (artículo 3. I)– como para convertir en violación de derecho fundamental cualquier atentado contra la dignidad humana (M-D. Art. 1 Abs II, nm. 86).

suprapositivo y que precisamente ese contenido de derechos humanos quede sustraído a todo poder de disposición estatal o autónomo. Qué contenido valorativo sea ése es algo que queda señalado de manera indubitada por la propia Constitución a través de su artículo 1. I y confirmado de manera jurídico-positiva en su artículo 19. II, con garantía del contenido esencial” (M-D Art. 1 Abs.II , nm. 81).

Aunque sólo existiera el artículo 1 y ni una cláusula más de derechos fundamentales, el sistema de derechos fundamentales no tendría lagunas.

En tercer lugar, ese contenido axiológico de la dignidad sirve de pauta para una interpretación extensiva de los derechos fundamentales concretos, a fin de que dar con “la en abstracto mejor posibilidad jurídico-constitucional de subsunción” (Art. 1 Abs. II, nm. 89).

Esa sumisión de la práctica a los valores queda clara también desde el primer párrafo del comentario de Dürig al apartado III del artículo 1:¹⁶ “El sentido del artículo 1. III es el de transformar de cualquier modo posible en un sistema indiscutible de pretensiones el sistema de valores preestablecido a la Constitución y recibido como un todo por el artículo 1, apartados I y II, de la misma” (Art 1 Abs III nm. 91). Esto es muy importante para calar en el sentido que diferencia una doctrina así, como la de Dürig, y en buena medida la del posterior constitucionalismo. No se trata meramente de que en la Constitución, a partir de consideraciones morales, se haya tratado de poner límites a los contenidos posibles de las acciones del legislativo, el ejecutivo y el judicial, límites directamente operantes. Esto lo puede admitir perfectamente el positivismo, entendiendo que esos límites vienen lingüísticamente marcados en los enunciados constitucionales y que la interpretación de los mismos, que acontece discrecionalmente, pero dentro de los límites que la semántica y la sintaxis de tales enunciados permita, puede tener uno de sus auxilios en la toma en cuenta de esos fines materialmente protectores de tales disposiciones constitucionales. Pero aquí Dürig, como precursor, está afirmando algo diferente, que va a concretar más a continuación: el sentido último de la acción legislativa, ejecutiva y judicial es “actualizar” esos contenidos valorativos aludidos por los dos apartados primeros del artículo 1, transformando tales contenidos axiológicos previos en normas positivas.

Cuando Dürig comenta la vinculación del legislador a los derechos fundamentales comienza con un párrafo que es toda una declaración de principios que el neoconstitucionalismo posterior seguirá al pie de la letra y elevará

¹⁶ Que, recordemos, dice así: “Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan a la legislación, al poder ejecutivo y a la judicatura como derecho inmediatamente válido”.

a uno de sus tópicos principales. Dürig dice: “Desde un punto de vista intelectual y de historia jurídica, la extensión al legislador de la vinculación a los derechos fundamentales es una clara ruptura con la fe en el poder omnímodo del legislador que era propia del positivismo jurídico”¹⁷ (Art. 1 Abs. III, nm. 103). Y añade que no se trata sólo de desconfianza, sino de un cambio en el modo de ver la relación entre la ley y el Derecho.

¿En qué positivismo jurídico estará pensando Dürig al decir esto? Sin duda, en el mismo en el que pensará siempre, después de él, el neoconstitucionalismo, en el positivismo metafísico del siglo XIX, al estilo de la Escuela de la Exégesis. Porque no puede estar pensando en el positivista por antonomasia en el tiempo en que Dürig escribe –Kelsen– pues, entre otras muchas razones que podrían aquí aducirse, es nada menos que el creador del sistema de control concentrado de constitucionalidad y con ello del mismo sistema de control del legislador que la Ley Fundamental de Bonn recoge. Seamos claros de una vez por todas: lo que al iusmoralismo de Dürig, de los iusnaturalistas confesos y de los criptoiusnaturalistas llamados ahora neoconstitucionalistas molesta no es que el positivismo afirme la omnipotencia del legislador, cosa que no hace ningún positivista que señale la superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley y la existencia de controles de constitucionalidad de las leyes, sino la independencia del Derecho frente a la moral. Lo que el positivista del siglo XX combate no es, en absoluto, que la ley pueda ser anulada por inconstitucional (¡faltaría más!), sino que la ley pueda ser anulada por inmoral y que como pretexto se ponga a la Constitución, diciendo que, al margen y por debajo de lo que digan sus disposiciones, la Constitución es ante todo un orden objetivo de valores morales y que, en consecuencia, la ley inmoral será, al tiempo, ley inconstitucional. Con la secuela, obvia, de que los guardianes de la verdadera moral en que consiste la verdadera Constitución son los jueces, así puestos por

¹⁷ Curiosamente, Dürig puntualiza que al hablar del legislador aquí se refiere también al “legislador constitucional”. Que se justifique así esa falta de fe incluso en el legislador constitucional sólo se puede explicar desde los presupuestos de Dürig: la verdadera Constitución no está en lo que el “legislador constitucional” determine, sino en el orden objetivo de valores que antecede a la legislación constitucional y que sirve de límite al autor de la Constitución. En consecuencia, los supremos valores constitucionales son valores “preconstitucionales”, en el sentido de previos a toda opción positiva del legislador constitucional.

encima del legislador, del que se desconfía por sistema, como si en el siglo XX los jueces no hubieran hecho fechorías e inmoralidades,¹⁸ incluso en esa Alemania en la que Dürig escribe y en la que parece que todos los desaguisados bajo el nazismo los realizaron los legisladores y que los jueces se conservaron como espíritus puros e incontaminados.¹⁹

Al comentar cómo el poder ejecutivo queda también vinculado a los derechos fundamentales, Dürig hace una llamativa excepción, pese a su insistencia anterior en el carácter absoluto de tales derechos, unido a la afirmación de su efecto horizontal. Dice que, por razón misma de otros derechos fundamentales, el Estado no puede dejar de reconocer la autonomía normativa de las asociaciones privadas y las iglesias y no puede entrar a hacer valer los derechos fundamentales dentro de ellas (Cfr. M-D. Art. 1 Abs III, nm. 114). O sea, y si entendemos bien, que si una asociación o iglesia viola *ad intra*, en sus normas y actuaciones internas, la dignidad de los individuos, tal violación no compromete al Estado ni lo obliga a actuar, como sí estaría obligado a actuar si esa limitación de la dignidad aconteciera en otras relaciones jurídico-privadas, como un contrato, por ejemplo. ¿Por qué esa diferencia? Me parece que no hace falta dar muchas vueltas para dar con la respuesta. Dejemos que el lector, sabedor ya de la fe y las prioridades de Dürig, la imagine.

¹⁸ Muy significativamente, Dürig dice que aquella ruptura con el mito positivista de la omnipotencia del legislador “psicológicamente obedece en gran medida a una desconfianza frente a los modernos parlamentos y sus obras (leyes), una desconfianza que desde el punto de vista de la organización constitucional, tiene su reflejo en un aumento, hasta ahora inédito, del poder de los jueces” (M-D. Art. 1 Abs. III, nm. 103). Y hasta apunta que una base para ello está en las “malas experiencias” anteriores, aunque no deba ser ese el único factor a tener en cuenta. Es un insufrible sarcasmo que se pueda mantener tal cosa en el momento en que los altos tribunales alemanes, incluido el *Bundesverfassungsgericht*, se estaban “repoblando” a base de jueces que no sólo lo habían sido bajo el nazismo y no sólo no habían objetado a la aplicación de la legislación nazi, sino que, además y en muchísimos casos, habían militado libremente en el partido de Hitler y hasta habían mostrado un celo desmesurado en la aplicación de sus normas más aberrantes. Que se acabe haciendo virtud jurídica de la infamia y guardianes de los supremos valores morales a tan inmorales sujetos, es una de las más insufribles paradojas de la teoría del Derecho del siglo XX.

¹⁹ De entre la amplia bibliografía hoy existente, véase en particular I. Müller, *Furchbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München, Kindler Verlag, 1987, pp. 210 ss. Muy interesantes consideraciones sobre actitudes y personajes pueden verse también en B. Rütters, *Geschönte Geschichten – Geschönte Biographien*, Tübingen, Mohr, 2001, especialmente pp. 92 ss.

Por fin, cuando se refiere a la vinculación de los jueces a los derechos fundamentales, y muy especialmente en el recurso ante el Tribunal Constitucional por vulneración de los derechos fundamentales, Dürig sienta algo que será determinante para la autoatribución posterior de la condición de superinstancia de apelación por parte de las cortes constitucionales, atribución tan negada de palabra como afirmada en los hechos. La sentencia judicial cuestionada habrá de verse como inconstitucional por atentatoria contra el derecho fundamental afectado cuando contenga una limitación del mismo constitucionalmente injustificable. Y eso ocurrirá no sólo cuando el juez haya aplicado una norma inconstitucional, sino también cuando, al aplicar una norma perfectamente constitucional que contenga una limitación –no inconstitucional– de un derecho fundamental, la interprete de un modo constitucionalmente insostenible (M-D. Art. 1 Abs. III, nm. 125). El neoconstitucionalismo sólo necesitará añadir ulteriormente que siempre que el juez que aplique una ley no inconstitucional no dé, sin embargo, con la interpretación de la misma que para el caso el derecho fundamental en juego exige, esa sentencia debe ser anulada en vía constitucional, aun cuando para nada vulnere el tenor de la norma que aplica y cuya constitucionalidad, repetimos, no se cuestiona. Por supuesto, un modo tal de razonar presupone dos cosas: que la respuesta más acorde con el derecho fundamental existe y que es cognoscible por el Tribunal Constitucional con más fundamento y rigor que por el juez ordinario. Y, en consecuencia, que la discrecionalidad no existe, o no existe apenas, en materia de derechos fundamentales.

Vamos ahora con algunas consideraciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en el caso Lüth,²⁰ seguramente la decisión que más ha influido sobre los tribunales constitucionales, al menos sobre los europeos. Su párrafo más importante es el que traducimos a continuación:

Sin duda, los derechos fundamentales se orientan en primer lugar a asegurar una esfera de libertad de los particulares frente a las agresiones del poder público. Son derechos defensivos del ciudadano frente al Estado. Así resulta

²⁰ La sentencia, de 15 de enero de 1958, tiene la siguiente referencia, conforme al sistema alemán: BVerfGE 7, 198-Lüth. Una buena exposición de los hechos del caso y de las correspondientes circunstancias históricas puede verse en U. Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, *op. cit.*, pp. 132 ss.

tanto del desarrollo intelectual de la idea de derechos fundamentales como de los procesos históricos que han llevado a que las constituciones de los distintos estados recojan los derechos fundamentales. Ése es también el sentido que tienen los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, la cual, al anteponer el capítulo de los derechos fundamentales, ha querido resaltar la prioridad de los seres humanos y su dignidad frente al poder del Estado (...) Pero igualmente cierto es que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden valorativamente neutral, en su capítulo sobre derechos fundamentales también ha plasmado un orden objetivo de valores y que así se expresa un importante refuerzo de la capacidad normativa de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que tiene su centro en la personalidad humana, desarrollada libremente dentro de la comunidad social, y en su dignidad, debe valer como decisión constitucional fundamental para todos los sectores del Derecho. Legislación, Administración y Jurisprudencia reciben de ese sistema orientación e impulso. Naturalmente, influye también en el Derecho civil. Ningún precepto jurídico-civil puede estar en contradicción con él y cada uno debe ser interpretado según el espíritu de ese sistema.

Se mezclan en la decisión y en ese párrafo dos asuntos y tal entremezcla será, en mi opinión, fatídico para el futuro. Por un lado, se trata de fundar la eficacia horizontal (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales. Si se hubiera negado tal eficacia de los derechos fundamentales también en las relaciones jurídico-privadas, habría tenido que rechazarse la pretensión que en el caso se planteaba y que el Tribunal aceptó. Por otro lado, como razón para admitir tal eficacia horizontal se da la de que la Constitución contiene en su parte de derechos fundamentales un sistema u orden objetivo de valores que busca realizarse en todo tipo de relaciones sociales, tanto jurídico-públicas como jurídico-privadas. Y la pregunta que podemos plantearnos es la siguiente: ¿Lleva necesariamente lo uno a lo otro? ¿No se podría haber aceptado la *Drittwirkung* sin necesidad de desdoblarse la Constitución añadiéndole ese cimiento de una moral objetiva y sistemática? Nos parece obvio que sí, aunque aquí no podemos extendernos sobre el particular. Pero el caso es que desde entonces quedó sentado un dogma que será determinante para la posteridad y que hallará gozosa recepción en el

neoconstitucionalismo: la única manera de garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales es entendiendo que la Constitución los ancla –y con ello se ancla ella misma– en un sistema objetivo de valores, en una moral objetiva, de carácter prepositivo y con un grado de precisión y una capacidad de determinación de las soluciones constitucionalmente correctas muy superior a la de los puros enunciados constitucionales.

Permítaseme aquí una pequeña comparación, a modo de *excursus* y para que se aprecie mejor lo que venimos debatiendo. Pensemos en el reglamento que preside la práctica oficial del fútbol en competición. Qué duda cabe de que detrás de sus normas subyace una determinada moral del juego, una idea del *fair play* vinculada a las peculiaridades prácticas del fútbol como deporte de competición. También es perfectamente admisible que ese trasfondo “material” puede ayudar a la interpretación de las normas del reglamento en los casos dudosos. Ahora bien, seguramente nos escandalizaría que la letra del reglamento se pudiese saltar en nombre de consideraciones meramente morales sobre el sentido del deporte o de ese deporte. Por ejemplo, un defensa central hace lo que formalmente debería sin duda ser calificado como penalti, pero el árbitro no lo pita porque tiene en cuenta las siguientes razones en conjunto: a) ese defensa es mucho más pequeñito que el delantero centro al que echó la zancadilla; b) el defensa cobra mucho menos en su equipo que el delantero centro en el suyo; c) el defensa está pasando por una difícil crisis personal que a veces lo pone inexplicablemente agresivo; d) el defensa se está acabando de recuperar de una grave lesión y todavía no es capaz de coordinar bien sus movimientos. ¿Qué pensaríamos de ese árbitro y de su decisión así justificada? Que es un pésimo árbitro y que la decisión es absolutamente antirreglamentaria. ¿Por qué ha de ser distinto un tribunal constitucional? Y no digamos si confundimos la aplicación del reglamento con la predeterminación del resultado de los partidos de fútbol. ¿Qué opinaríamos si se entendiera que las normas del reglamento futbolístico, que velan por el *fair play*, tienen como cometido último ayudar a que cada partido lo gane el equipo que más lo merece y las utilizáramos como disculpa para que la Federación de Fútbol diese como ganador de cada encuentro al equipo que en justicia merece más la victoria por la calidad y limpieza de su juego, en lugar de tener en cuenta los goles que cada uno metió y que pueden

servir para que gane, por pura aritmética, el equipo con memores merecimientos “objetivos”? Pues habríamos acabado con el fútbol. ¿Por qué debe ser distinta la aplicación de las demás normas jurídicas?

Pero sigamos con el *Lüth-Urteil*. Recojamos un segundo párrafo importantísimo de esta sentencia:

El Tribunal Constitucional ha de examinar si el tribunal ordinario ha juzgado correctamente el alcance y el efecto del derecho fundamental en el Derecho civil. De ahí resulta, al mismo tiempo, la limitación de su revisión: no es asunto del Tribunal Constitucional el examinar las sentencias del juez civil desde el punto de vista de todos sus posibles defectos. El Tribunal Constitucional tiene meramente que juzgar del ‘efecto de irradiación’ (*Austrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales sobre el Derecho civil y que hacer valer el contenido valorativo del enunciado constitucional. El sentido del instituto de la *Verfassungsbeschwerde*²¹ es el de que *todos* los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial deban ser controlados en cuanto a su ‘adecuación a los derechos fundamentales’ (*Grudrechtmässigkeit*) (§ 90 BVerfGG). Tanto como no está el Tribunal Constitucional llamado a convertirse en una instancia de revisión o de ‘superrevisión’ frente a los tribunales civiles, tanto menos puede abstenerse del control de tales sentencias y dejar de lado el desconocimiento que en ellas se haga de las normas y pautas (*Normen und Masstäbe*) de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, a día de hoy sigue pronunciando palabras similares unos cientos de veces al año al resolver recursos de amparo. Pero con ese planteamiento estamos ante una de las más insondables aporías de la justicia constitucional y una de sus supremas paradojas. Traducido al lenguaje de los tribunales constitucionales, como el Tribunal Constitucional español, tenemos que, puesto que no pueden ser instancias de superrevisión y supercasación, les está vedado dirimir sobre la valoración de la prueba o sobre la interpretación de la legislación que haya hecho el tribunal ordinario en la de-

²¹ Que sería el equivalente del recurso de amparo español.

cisión que se juzga. Sin embargo, puesto que han de medir el resultado de esa decisión para ver si en ella se hace a los hechos del caso la justicia que el contenido constitucional del derecho fundamental en juego requiere, lo que el Tribunal Constitucional acaba necesariamente por realizar es una nueva valoración de esos hechos e incluso una nueva interpretación de la norma, por mucho que lo niegue para disimular el hecho de que en realidad se ha convertido en esa superrevisión que, conforme a la legalidad constitucional, no debería ser. Y todo ello es consecuencia de una creencia de fondo, que ya se apuntó en este caso Lüth: la creencia de que para cada caso en la Constitución está predeterminado el peso y alcance exacto del derecho fundamental respectivo, cosa que es creíble sólo al precio de pensar que el derecho fundamental es un valor objetivo y de contornos materiales precisos y cognoscibles, y no un mero enunciado más o menos indeterminado y con un trasfondo moral, sí, pero nunca tan concreto como para determinar por sí mismo el *peso* exacto de tal derecho en el caso. Es lo que venimos llamando la práctica sacerdotal u oracular del Derecho constitucional por los tribunales constitucionales y que en la sentencia del caso Lüth encuentra su mejor precedente y su excusa eterna.

El esquema que en la sentencia del caso Lüth queda diseñado puede sintetizarse así. El juez ha de ver si en la aplicación de un precepto legal a un caso queda afectado negativamente un derecho fundamental. Si resulta que sí, el juez debe modificar “la interpretación y la aplicación de ese derecho fundamental”.²² No estamos hablando meramente de que haga prevalecer la interpretación más favorable a los derechos fundamentales, sino de que en nombre del núcleo de valor de ese derecho fundamental que resulta afectado se haga una excepción a la aplicación de esa norma legal que es constitucional y que vale, se supone, con carácter general. Todo esto estaría bien si esa afectación negativa del derecho y su alcance exacto fuera algo que el juez pudiera conocer con certeza y objetividad. Pero tememos que no es así. El juez ve una luz, capta un deste-

²² La sentencia que ahora comentamos dice: “En virtud del mandato constitucional, el juez ha de examinar si el precepto material jurídico-civil que está aplicando está afectado por un derecho fundamental del modo descrito. En caso afirmativo, al interpretar y aplicar el precepto jurídico-civil ha de atenerse a la modificación del Derecho privado que de ahí resulta. Éste es el sentido de la vinculación también del juez civil a los derechos fundamentales (art. 1, apartado 3 de la Ley Fundamental)”.

llo, percibe el efecto de irradiación (*Austrahlungswirkung*) del valor-derecho sobre el caso. Más precisión que la que pueda haber en esa metáfora naturalista, de tanto éxito posterior, no se detecta aquí. Con idéntico rigor se podría haber dicho que el juez oye voces o dialoga con espíritus. Se nos dice en la sentencia que es “el específico valor” del derecho fundamental lo que ata y determina al juez. Como si ese valor específico de un derecho fundamental en un caso dado fuera una magnitud objetiva de la que el juez levanta acta.

¿Y esos valores objetivos dónde viven? El *Bundesverfassungsgericht* en esta sentencia se apunta a una de las doctrinas al respecto y difiere en esto de Dürig. Dice que “se ha de partir ante todo de la totalidad de las ideas de valor que ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo espiritual y cultural y que ha fijado en su Constitución”.²³ Y se añade que la vía de entrada en el derecho privado de esos contenidos valorativos propios de los derechos fundamentales está en las cláusulas generales del tipo de las que apelan a la buena fe o las buenas costumbres.

3.2. Si el Derecho son valores, la jurisprudencia sólo puede ser jurisprudencia de valores

Un segundo precedente muy importante del neoconstitucionalismo lo encontramos en aquella dirección de la metodología jurídica alemana que se conoce con el nombre de Jurisprudencia de Valores (*Wertungsjurisprudenz*). Situemos esta doctrina en su contexto histórico y veamos en resumen cuáles son sus tesis.

La crítica a la Jurisprudencia de Conceptos que dominó en Alemania durante el siglo XIX comenzó muy destacadamente con el segundo Jhering, que inaugura la corriente de la Jurisprudencia Teleológica. Frente al ontologismo idealista anterior, Jhering insiste en que las normas jurídicas no caen del cielo ni las esencias jurídicas flotan en un éter intemporal. Cada sociedad se da sus normas en su contexto histórico y para resolver los conflictos y problemas concretos que en esa sociedad se presentan. El legislador no anda traduciendo entelequias jurídicas universales y abstractas a normas de derecho positivo,

²³ Tiene gracia que esto se escriba en serio en Alemania en 1958, a sólo trece años del final de aquel especial desarrollo espiritual y cultural que el pueblo ario alemán alcanzó entre 1933 y 1945.

legislado, sino que las normas jurídicas se dictan en todo caso con un fin bien práctico y adquieren, pues, ese carácter instrumental. Ese fin de resolver problemas mediante el Derecho es el que da razón de ser a cada norma y es la clave para calar en el sentido último de cada una. En consecuencia, el juez que aplica Derecho debe ante todo interrogarse sobre la función práctica de las normas que vienen al caso y ha de guiar su interpretación por la atención preferente a ese elemento teleológico. De tal manera, el canon o criterio teleológico cobra una importancia central en la técnica de aplicación del Derecho, alcanzando así tal criterio el lugar preferente que aún posee. Lo que en las palabras de la ley pueda resultar impreciso, dudoso, se aclara mediante la consideración del fin, debiendo optar el aplicador por aquel significado de los enunciados legales que mejor sirva a la teleología de la norma, a la finalidad que le otorga su sentido último. Por tanto, tales consideraciones pragmáticas y esa visión instrumental de la norma desplazan el planteamiento cientificista anterior, que veía en la interpretación un acto de conocimiento de esencias jurídicas, esencias que se insertaban en un sistema ideal que se pretendía completo, coherente y capaz de sentar la solución para cada caso como resultado meramente de ese conocimiento que penetra en la ontología preestablecida de lo jurídico.

En la doctrina alemana la Jurisprudencia de Intereses, creación fundamentalmente de Philip Heck, desplazará la Jurisprudencia Teleológica. Se asume la teleología de Jhering, pero se pretende una mayor concreción metodológica mediante la indicación de criterios más precisos y manejables. La tesis principal de la Jurisprudencia de Intereses es que, siendo cierto que el fin es componente crucial del sentido de la norma, ese fin es siempre el de dirimir un conflicto de intereses. El legislador toma conciencia de un conflicto entre intereses contrapuestos respecto de un asunto, y mediante la ley da preferencia a uno de tales intereses en pugna. El conflicto de intereses es el que genéticamente explica la norma, cuyo fin, en consecuencia, queda así mejor concretado. El intérprete y aplicador debe, en primer lugar, tomar conciencia de cuál es esa contraposición de intereses a la que la norma responde, en segundo lugar, debe constatar cuál fue la preferencia que el legislador quiso sentar entre esos intereses enfrentados y, por último, tiene que optar por aquella interpretación y forma de aplicación que permitan actualizar dicha preferencia en el caso concreto que

se decide. Heck sintetiza ese planteamiento metodológico diciendo que el juez ha de aplicar la norma mediante un acto de “obediencia pensante”. “Obediencia” porque no son sus preferencias particulares las que han de predominar al fijar para el caso el sentido de la norma, sino aquella preferencia del legislador al dirimir entre intereses contrapuestos. Y “pensante” porque, una vez decaída la vieja confianza en la perfección del sistema jurídico, en su carácter completo, coherente y claro, el juez no se limita a constatar, a averiguar mediante un mero acto de conocimiento, mediante un razonamiento puramente “científico”, el significado indubitado de la norma para el caso, sino que tiene propiamente que decidir, debe valorar en medio de la incertidumbre provocada por la indeterminación semántica de los enunciados legales, las posibles antinomias y las eventuales lagunas. Pero en lo que se insiste es en que a la hora de llevar a cabo tales valoraciones el juez ha de situarse en la perspectiva del legislador y reproducir sus preferencias, de modo que las preferencias subjetivas del juez diriman solamente cuando no se encuentra norma aplicable o cuando se encuentra ante una antinomia insalvable. Con esto Heck también está tomando partido por la llamada teoría subjetiva de la interpretación, a tenor de la cual son los valores del legislador, esos valores que explican la prioridad que el legislador sienta a favor de uno de los intereses, los que han de marcar la pauta de la interpretación y aplicación de la norma, en lugar de los valores personales del juez o de los valores socialmente dominantes en el momento en que el caso se decide.

Después de 1945, en Alemania la Jurisprudencia de Intereses será desplazada por la Jurisprudencia de Valores. Ese tránsito responde a varios motivos. Uno, muy destacado, tiene que ver con la crisis en que cae la teoría subjetiva de la interpretación, a la que Heck se adscribía. No toda la legislación promulgada en tiempos del nazismo será derogada y se mantendrán en vigor muchas de aquellas leyes que no estaban directamente impregnadas del racismo asesino y totalitario de Hitler y sus secuaces. No perdamos de vista que bajo Hitler sirvieron con entusiasmo muchas de las mejores cabezas jurídicas de la época, personajes cuya competencia técnico-jurídica era muy alta, aun cuando su miseria moral resulte sobrecogedora e inexplicable. Así que, a la hora de interpretar y aplicar tales normas que se originaron en tiempos tan turbios, habrá

que renunciar al criterio de interpretación subjetiva, pues sería un sarcasmo pretender que su sentido último ha de hallarse averiguando los valores que movían al legislador nacionalsocialista. Serán necesarios criterios objetivos de interpretación y los valores que den sentido a la norma no podrán ser los valores subjetivos de su autor, sino los que permitan una aplicación de esas normas desvinculada de aquella ideología totalitaria, racista y genocida.

Tampoco es desdeñable, a la hora de explicar esa mutación doctrinal, la propia peripecia personal de muchos de los autores que la realizan. La mayoría de ellos habían contribuido con la mayor entrega a construir la teoría jurídica nazi y habían escrito páginas vergonzosas de exaltación de la voluntad del *Führer* como suprema fuente del Derecho, de defensa de la muerte civil y la ausencia de derechos de los judíos, de promoción de la idea de pueblo (*Volk*) como supremo principio rector del Derecho e inspirador de la interpretación y aplicación del Derecho, o habían justificado las violaciones radicales de la Constitución de Weimar, nunca formalmente derogada, como “revolución constitucional” que realiza los valores más profundos de aquella Constitución mediante la vulneración de sus partes accesorias o menos esenciales para la vida del Estado y la salud del pueblo alemán. Después de 1945, uno solo de aquellos juristas del nazismo, Carl Schmitt, hizo de cabeza de turco y pagó por todos los demás, pese a que bien pronto había caído en desgracia bajo el propio régimen de Hitler y a que, pese a lo atroz y radical de muchos de sus escritos entre 1933 y 1936, no ocupó en tal régimen los puestos de mayor influencia y mayor compromiso en las instituciones académicas, normativas y judiciales. Tras la guerra y en la Alemania de la Ley Fundamental de Bonn, serán otros, no menos convencidos nazis anteriormente, los que vuelvan a ocupar las cátedras y a copar los parlamentos y los altos tribunales.²⁴ Por mencionar sólo algunos nombres, piénsese en Hermann Weinkauff, Presidente en los años cincuenta del Tribunal Supremo Alemán e impulsor de la jurisprudencia de corte fuertemente iusnaturalista de

²⁴ Sobre esto último, véase por ejemplo el documentado estudio de Marc von Miquel, “Juristen: Richter in eigener Sache”, en N. Frey (ed.), *Hitlers Eliten nach 1945*, München, dtv, 2ª ed., 2004, pp. 165 ss.

dicho Tribunal en ese tiempo; o en Kart Larenz, uno de los máximos impulsores de esta Jurisprudencia de Valores a la que nos estamos refiriendo.²⁵

Sin embargo, una cosa conservan todos esos autores, pues la mantuvieron después de 1933 e igualmente en los años cincuenta: su aversión al positivismo y su desprecio a Kelsen. Sólo que cuando Hitler afirmaban que el “perro judío” Kelsen disolvía las verdaderas esencias del Derecho alemán con su doctrina liberal y su teoría formal de la validez jurídica, mientras que, caído el nazismo, lo utilizarán como chivo expiatorio para explicar que el Derecho nazi y la entregada obediencia de todos ellos a sus normas habían sido posibles por estar, bajo el nazismo, impregnada de positivismo kelseniano la teoría jurídica alemana. Siempre la fobia a Kelsen en nombre de los valores “jurídicos”, aunque cambiando de valores cuando cambiaban los tiempos.

Puede que tampoco sea ocioso preguntarse a qué intereses políticos servía esa lectura de la Ley Fundamental de Bonn en clave axiológica, como orden objetivo de valores, y la consiguiente relectura de todo el ordenamiento jurídico en esa clave “constitucional”, en una República Federal Alemana férreamente dominada en aquellos tiempos por un muy conservador partido demócrata-cristiano y, con ese partido, la Administración y la alta judicatura plagados de antiguos militantes, funcionarios, fiscales y jueces del nazismo. Pero ese es tema en el que no toca profundizar aquí y que sería competencia de una exigente y útil Sociología del Derecho, si la hubiera.

²⁵ La lista de nombres de grandes juristas con pasada militancia nazi y fervorosos propagandistas de la teoría jurídica hitleriana que se pasan con armas y bagajes a la fe iusnaturalista y/o se convierten en defensores encendidos de una concepción axiológica del Derecho y de una visión de la Constitución de 1949 como orden de valores suprapositivos es amplísima. Mencionemos algunos: Henkel, Forsthoff, Hamel, Maunz, Scheuner, Koellreuter, Huber, W.Weber, Wieacker, Hueck, Nipperdey, Palandt, Schaffstein, W.Merkl, H.Gerber, Ipsen, Herrfahrtd, Berber, Schwinge, Larenz... (Cfr. D. Majer, *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*, Stuttgart, etc., Kohlhammer, 1987, p. 26. Tal vez el caso más sonado acabó siendo el de Theodor Maunz, sobre el que puede verse el contundente veredicto de M. Stolleis, “Theodor Maunz –Ein Staatsrechtslehrerleben”, en Stolleis, M., *Recht und Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1994, pp. 306 ss. No se olvide, por mencionar otro caso espectacular, lo que sobre Metzger, el gran penalista, acabaron revelando las contundentes investigaciones de Muñoz Conde en época aún reciente (Cfr. F. Muñoz Conde, *Edmund Metzger y el Derecho penal de su tiempo: los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000).

Después de esas pinceladas sobre el contexto, retomemos las tesis de la Jurisprudencia de Valores. Se asume lo que de acertado había en la Jurisprudencia Teleológica y en la Jurisprudencia de Intereses, pero, de nuevo, se insiste en que hay que ir un paso más allá y concretar mejor las pautas metodológicas. Las normas jurídicas dirimen conflictos de intereses, pero tales elecciones no han de verse ni como preferencias coyunturales del legislador ni como puro y simple imperio de la política cotidiana sobre el Derecho. Las prioridades que entre intereses disponen las normas deben contemplarse como expresión de los valores que en el fondo gobiernan todo verdadero Derecho. Las preferencias manifestadas por el legislador de la ley o bien son plasmación de tales valores o bien deben completarse o corregirse, en el momento de la interpretación y aplicación de la ley, tomando en cuenta los valores objetivos del verdadero Derecho, del Derecho materialmente correcto (*richtiges Recht*), del derecho justo. El sistema jurídico es, en su esencia o en sus cimientos, un sistema de valores, ordenados por su grado de generalidad, de modo que los valores más generales, comenzando por el de la justicia, se despliegan y concretan en valores más precisos, y así sucesivamente en una escala descendente. Están en la cima los valores primeros y más abarcadores, que son la inspiración y dan el sentido último al sistema todo. En el siguiente escalón aparecen aquellos grandes valores, primera concreción de esos más altos, que alientan el Derecho público y el Derecho privado. Seguidamente, en orden descendente, nos topamos con los valores que otorgan razón de ser a cada rama del Derecho público o a cada una del Derecho privado. Por ejemplo, si hablamos de Derecho privado, son valores específicos los que justifican la autonomía disciplinar y funcional del Derecho mercantil o del Derecho Civil. Descendiendo un peldaño más en el sistema, cada sector del Derecho civil (el Derecho de familia, el Derecho de los derechos reales, el Derecho de obligaciones...), por ejemplo, está presidido por sus propios valores, concreción sucesiva de aquellos otros anteriores. Y, por seguir ejemplificando, cada apartado disciplinar del Derecho de familia (el derecho matrimonial, el Derecho de menores...) recibe su coherencia sistemática de valores específicos. Así hasta llegar a cada norma en particular, que deberá ser interpretada, completada, integrada y, en su caso, incluso, corregida por el

juez desde la consideración de ese sustrato axiológico que le otorga su sentido, que es, por consiguiente, un sentido axiológico.²⁶

Una vez más reaparece en la doctrina jurídica alemana la idea del sistema jurídico como orden escalonado de entidades ideales, supraempíricas, jerarquizadas por su grado de generalidad, tal como era propio de la Jurisprudencia de Conceptos. Pero donde esta ponía categorías jurídicas abstractas de contenido intemporal (negocio jurídico, contrato, testamento, propiedad, compraventa, arrendamiento..., con la autonomía de la voluntad en la cúspide de la pirámide), la Jurisprudencia de Valores va a situar otro tipo de entes ideales: valores de contenido objetivo. Aquella ontología idealista específicamente jurídica es ahora reemplazada por una ontología, también idealista, pero cuyas entidades son entidades morales. Con ello, la moral pasa a ser parte del Derecho, pues el sentido último de las normas jurídicas y el fundamento de su significado práctico no puede ser sino un sentido moral derivado de la naturaleza moral que en el fondo tiene el sistema jurídico, tanto en su conjunto como en cada una de sus partes.

Se produce así un desdoblamiento radical del sistema jurídico,²⁷ en el que se superponen dos partes. Una, superficial, que consta de las normas positivas, formalmente jerarquizadas y sometidas a esquemas formales de validez. Otra, profunda y esencial, compuesta por valores. La primera es la que se ve, es la parte empírica; la segunda es la que sólo se puede captar mediante un esmerado esfuerzo de la razón práctica, pues es supraempírica, ideal, filosófica. De la misma manera que cuando vemos un edificio alto de muchos pisos nos engañamos sobre su estructura y su fundamento arquitectónico si desconocemos que son los profundos cimientos y las sólidas estructuras internas los que permiten que se mantenga en pie tan vistosamente, una teoría o una práctica del Derecho que sólo se atenga a la letra de los enunciados jurídicos y a los mecanismos formales, “externos”, de validez, de relación entre sus normas,

²⁶ Posiblemente la exposición más completa y acabada de tales planteamientos la podemos encontrar en la obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cuya primera edición es del año 1969. Este libro ha sido traducido por mí al castellano, con el título *El sistema en la Jurisprudencia* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998).

²⁷ Malévolamente también se podría hablar de un sistema jurídico esquizofrénico, con dos personalidades mejor o peor avenidas, pero dos.

desconocería que el verdadero sustento de todo Derecho posible, su cimiento, está conformado por los valores que le insuflan su sentido y por las columnas que forman unas relaciones entre esas normas que son relaciones “materiales”, esquemas sustanciales de validez, no meramente formales.

La imagen del Derecho que así se proyecta resulta sumamente atractiva con tal de que no nos preguntemos por la fuente o el fundamento de tales valores “objetivos” y por el tipo de relación que entre ellos se traba. ¿Cómo son y de dónde provienen esas entidades axiológicas que soportan el edificio jurídico y que, según la Jurisprudencia de Valores, deben ser la guía de toda interpretación y aplicación de las normas? En este punto los diversos autores que pueden ser adscritos a esta doctrina se van a diferenciar grandemente. Muy socorrido en los primeros de ellos será el recurso a una filosofía material de los valores del tipo de la propugnada por Max Scheler o Nicolai Hartmann. Aquí podemos mencionar como representativo a Hubmann. Otros, como Larenz, tratarán de elaborar los contenidos esenciales de un sistema de valores “jurídicos”, aun cuando su impronta originaria sea moral. En fin, otros argumentarán que tales valores, que son guía y soporte del Derecho, son los valores vigentes en la comunidad o los valores culturales que aglutinan a dicha comunidad. Este último enfoque estaba muy presente en la doctrina alemana de los años cincuenta, tal vez como resabio del “comunitarismo” radical del que se había participado en tiempos del totalitarismo anterior. Por supuesto, esta “socialización” de los valores morales esenciales, esa asignación a los valores fundamentales que inspiran la moral social que subyace al sistema jurídico en cada momento, nos lleva a pensar en lo que posteriormente será la teoría de Dworkin, aun cuando es más que dudoso que Dworkin tuviera alguna información mínimamente solvente sobre los parentescos de su doctrina con la Jurisprudencia de Valores alemana anterior a él. Por fin, no puede desconocerse que algunos de los más influyentes autores de esta corriente están dando por sentado los valores propios de un iusnaturalismo de raíz religiosa. En esto último cabe mencionar al mismo Dürig, antes citado, quien, al sostener que la Constitución tiene su raíz y su esencia en un orden objetivo de valores, da por evidente, como vimos, que tales valores son los propios del cristianismo.

Así pues, la Jurisprudencia de Valores se mueve entre la duda y la indefinición a la hora de establecer dónde se encuentran, cómo son, cuál es el contenido y cómo se conocen con una mínima certeza esos valores que formarían el esqueleto moral del sistema jurídico y que deben dirigir la labor judicial. A tal inconcreción se añaden algunas dificultades más, especialmente la que se deriva de lo que podemos denominar el armonicismo axiológico que se presupone. Refirámonos a esto último.

Llamamos armonicistas a aquellas concepciones axiológicas o moralizantes del Derecho que afirman no sólo que a las normas jurídicas y al sistema jurídico todo subyacen valores morales, sino que estiman que ese sistema de fondo, moral y jurídico al tiempo, se articula de modo coherente y, además, tiene la capacidad para proporcionar la solución correcta para cada caso, o poco menos. Los valores se estructuran y conviven armónicamente en tal sistema, de manera que cada uno tiene su ámbito de aplicación y abarca los casos que le pertenecen. De esa manera, los conflictos entre esos valores “jurídicos” se resuelven mediante la prevalencia objetiva de uno u otro valor y de su correspondiente solución, quedando descartados los conflictos entre valores desde los que se propugnen soluciones diversas para los casos o dándose por sentado que hay vías de conocimiento en el aplicador del Derecho para que esos conflictos axiológicos se resuelvan mediante la constatación objetiva de cuál es en el fondo la solución verdadera y, como tal, debida, dictada unívocamente por el sistema.

Que el sistema jurídico y sus normas son el reflejo de elecciones valorativas, que, como dato fáctico, los contenidos del Derecho positivo no caen de las nubes, sino que reflejan los valores y el sistema moral con el que comulgan los autores de la norma o que son admisibles por el conjunto de la sociedad, es dato que no negará ni el más recalcitrante positivista. Y menos aún se discutirá que cabe una lectura (o varias) moral de las constituciones. Lo que se cuestionará desde perspectivas positivistas serán dos cosas, conjunta o alternativamente. Una, que la objetividad de esos valores vaya más allá del dato empírico, del hecho de ser las preferencias personales de un individuo o un grupo, preferencias ideológica, social e históricamente condicionadas. Por consiguiente, se pondrá en duda la “objetividad” de esos valores en cuanto entidades morales ideales y

más allá de su objetividad puramente empírica como preferencias personales. Que una Constitución refleje, al menos en sus mínimos, una concepción de la justicia socialmente vigente no implica que esa justicia sea un valor objetivo y cuyos contenidos sean ajenos a o independientes de esas preferencias. Lo otro que se pondrá en duda es que la convivencia entre esos valores morales jurificados sea pacífica, armónica. A tal armonicismo se opondrá una idea dialéctica o conflictualista de los valores morales que inspiran o materialmente generan los contenidos de la legalidad. Es fácil y poco menos que tópico afirmar que el Derecho civil tiene su eje valorativo en la idea de libertad individual, que como principio jurídico se traduce en la noción de autonomía de la voluntad. E igualmente es bastante obvio que el Derecho laboral se apoya en un principio protector de la paridad de las partes, amparador de la parte más débil a la hora de establecer las condiciones del contrato de trabajo o de la prestación laboral, con lo que el Derecho laboral tiene su razón de ser precisamente en restringir la libertad, la autonomía de la voluntad de las partes en la relación de trabajo, restricción que acontece en nombre de la igualdad. ¿Conviven, pues, pacíficamente dentro del sistema jurídico libertad e igualdad? ¿Se acompañan armónicamente, de modo que, en los casos difíciles, de conflicto entre ambos valores, unas veces amablemente cede el uno y otras el otro, siendo esa cesión dato objetivo que el propio sistema jurídico-axiológico determina y no pura preferencia mediante la que el juez resuelve una disputa que tiene en cada uno de sus polos sustento en valores jurídicos y en principios y derechos constitucionales? Hace falta un optimismo idealista más que notable para creer lo primero.

Las mismas constituciones contemporáneas ciertamente pueden verse como jurificadoras de valores, pero de valores plurales, heterogéneos y que entran en conflicto en los casos difíciles, que son aquellos en los que cada una de las partes argumenta respaldada por un principio o derecho constitucional. En la Constitución está la libertad como valor que expresamente se afirma y que se plasma en numerosos derechos de libertad, en libertades constitucionalmente garantizadas. Pero también está la igualdad, tanto la igualdad material como la igualdad formal o prohibición de discriminación en la ley o en la aplicación de la ley. Cuando un tribunal constitucional juzga, por ejemplo, de la constitucionalidad o no de medidas legales de discriminación positiva o acción afirmativa,

¿acota, mediante su interpretación de las respectivas cláusulas constitucionales, el alcance de los respectivos derechos o averigua, descubre, constata lo que objetivamente dispone como solución para ese caso la Constitución axiológica, el orden objetivo de valores en que la Constitución consiste en última instancia? Si es esto último, no hay más remedio que creer que el sistema jurídico, así entendido como orden objetivo de valores, reviste aquellas viejas cualidades que en el siglo XIX le asignaba el positivismo ingenuo, aunque con otra base: es completo, coherente y claro, por todo lo cual él es el que aporta las soluciones que el juez se limita a descubrir mediante el adecuado método de conocimiento jurídico. En cambio, si se concede que es lo primero, que por mucho que estén presentes valores en la Constitución y por muy objetivos que estos se pretendan en sus contenidos, tales valores no son capaces de resolver por sí sus propios conflictos, dándole al juez la solución para el caso, se torna metodológica y prácticamente intrascendente tal afirmación de que en la Constitución vive un orden objetivo de valores. A estos efectos, y sólo a estos, da igual decir que el juez interpreta y concreta esos valores o que interpreta y concreta los enunciados lingüísticos en los que las normas jurídicas consisten, pues, a fin de cuentas, las soluciones para los casos las pondrá el juez mediante sus preferencias y con sus argumentos personales, y no el sistema jurídico mismo.

Recapitulando lo hasta aquí dicho, en este punto vemos que las aparentemente novedosas tesis del neoconstitucionalismo actual tienen completísimo precedente en esa síntesis entre la corriente doctrinal denominada Jurisprudencia de Valores y el constitucionalismo axiológico que dominó la teoría y la práctica constitucional alemana en los años sesenta del siglo XX. Sumado lo uno y lo otro, tendríamos que el sistema jurídico es en su fondo o principal sustancia un sistema axiológico, que los valores que están en la cima de tal sistema han sido positivados en la Constitución y que, en consecuencia, la Constitución es simultáneamente la norma suprema del sistema jurídico y del sistema de la moral objetiva. El Derecho se moraliza y la moral se juridifica, y moral objetiva y verdadera y Derecho objetivo y verdadero serán la misma cosa. Lo que para cada caso ese sistema bipolar o desdoblado determine lo descubrirán en última instancia los jueces, que habrán de ser, se supone, no sólo buenos técnicos del Derecho, sino supremos sacerdotes de la verdad moral, intérpretes ya

no sólo del significado de los enunciados constitucionales y legales, sino, y por encima de eso, sumos garantes de la vigencia y objetiva efectividad de la verdadera moral y la auténtica justicia.

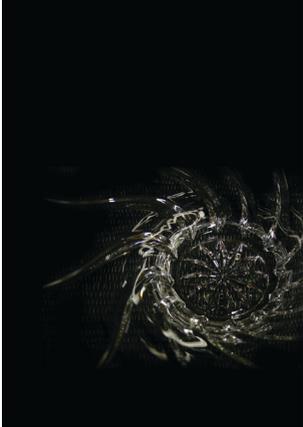
A la hora de construir por acumulación de materiales el corpus del neoconstitucionalismo actual, se sumarán ulteriormente otros dos aportes capitales. El primero, el de Dworkin y su reconstrucción antihartiana del sistema jurídico y de los fundamentos de la decisión judicial correcta. El segundo, el de Alexy y su reelaboración y síntesis del “método” que venía siendo empleado por algunos tribunales constitucionales, y paradigmáticamente el alemán, para presentar sus decisiones en los casos de conflictos entre principios y/o derechos constitucionales como resultado de una apreciación objetiva y no como preferencias legítimas y argumentadas del que tiene la última palabra. Ese método es el de la ponderación. Pero para hablar de estas cuestiones ya no queda espacio en este trabajo.

Referencias bibliográficas

- Cruz de Landázuri, Luis M., *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005.
- Dürig, Günter, *Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz*, München, Beck, 2003.
- Majer, D., *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*, Stuttgart, Kohlhammer, 1987.
- Müller, I., *Furchbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München, Kindler Verlag, 1987.
- Muñoz Conde, F., *Edmund Metzger y el Derecho penal de su tiempo: los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Rüthers, B., *Geschönte Geschichten –Geschonte Biographien*, Tübingen, Mohr, 2001.
- Sastre Ariza, S., “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en: M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Stolleis, M., *Recht und Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1994.

Von Miquel, Marc, "Juristen: Richter in eigener Sache", en N. Frey (ed.), *Hitlers Eliten nach 1945*, München, dtv, 2^a ed., 2004.

Wesel, U., *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, München, Karl Blessing, 2004.



La lucha por el control de las fuentes del derecho es una de las preocupaciones centrales de la teoría jurídica contemporánea. Esta lucha ha dividido a los juristas en dos grandes escuelas. Por una parte, están aquellos doctrinantes que consideran al imperio de la ley como el valor fundamental de un ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica, la paz social y la legalidad de las decisiones judiciales serían ideales mucho más importantes que la supremacía constitucional o la homogeneidad de la jurisprudencia. Por otra parte, están aquellos juristas que consideran a la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina constitucional como valores fundamentales de un ordenamiento jurídico legítimo.

En Colombia, los fallos de la Corte Constitucional han suscitado una de las controversias más interesantes en la ya clásica discusión sobre las fuentes del derecho. En especial, el fenómeno conocido como ‘constitucionalización del derecho’, ha traído consigo numerosas modificaciones, principalmente, en el campo del derecho civil y comercial (muchas de ellas sumamente polémicas). Sin duda, este libro constituye uno de los más serios intentos por analizar críticamente los efectos de la intervención de la Corte Constitucional en el Derecho Colombiano.

Este trabajo reúne los más refinados y agudos comentarios sobre los principales casos de constitucionalización del derecho. Se trata de una colección de ensayos escritos con agudeza e ingenio, un momento singular en la lucha por el derecho en Colombia.

Mauricio Rengifo Gardeazábal

Profesor de las universidades de los Andes y del Rosario

