

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 que a menudo son adscritos a la misma los más mencionados son Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky. Ciertamente, son importantes las diferencias entre todos ellos, lo cual marca una primera dificultad para decantar esos elementos comunes que permitirían identificar esa doctrina neoconstitucionalista, que ha sido a veces calificado 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 y, muy en particular, en la propia jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales, que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados. Está hoy muy presente esa impregnación neoconstitucionalista 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 lo 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 serían los de reforzar la influencia política de la presunta ciencia jurídico-constitucional, por un lado, 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 o por sus representantes en democracia) de calar en esos contenidos morales que formarían el cimiento de las constituciones y en los que sólo 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, acecha siempre 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 imputar a éste

¹ Este trabajo se inserta dentro 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 Se habla en ocasiones también 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.

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 es en realidad ese positivismo decimonónico 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 similares pretensiones políticas. Donde aquél tomaba como axioma la idea del legislador racional, éste adopta con similar convicción el del juez racional; donde aquél 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, éste 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 así se afirmaba en el siglo XIX 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 supremos saberes 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 suela 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, éstos 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 ésta es verdadera porque traslada al caso la solución que los valores constitucionales le prescriben y presenta esa resolución como un acertado ejercicio de ponderación, 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 más fluidamente se manejan 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 esa su ideología, le parezca relevante. Así que 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 u 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 resolutoria 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 muy 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 se plasma en la decisión 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 sólo 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 poseen los jueces 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 que 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 sólo 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 resalta siempre 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 éstas? ¿Principios? ¿Directrices? ¿Meros valores constitucionalizados? En cualquier caso, ya entonces estaban ahí. Y, si de que la Constitución refleje un orden objetivo de valores se trata, 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, decía en su cláusula segunda 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. También el Fuero de los Españoles, de 1945, 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, allá por principios 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, sienta en su parágrafo 242, 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, sólo que éstas 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 que 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 legales³? El neoconstitucionalismo, en suma, 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 a éstas resistentes frente al legislativo, de la misma manera que son resistentes frente a la Administración las normas legislativas, pues donde la ley es superior al reglamento no puede la Administración 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 sea mayor su carga moral o su sintonía con normas morales presuntamente objetivas. 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

³ 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. Tendríamos, si esto es cierto, que el juez puede siempre 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.

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 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. Ciertamente es 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 tengan las normas legales una naturaleza moral superior a los reglamentos, un tipo de validez jurídica distinta de la de éstos 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 refleje de hecho 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 a continuación se explica. 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 son plasmación también 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 no ha tomado su legislador 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 supremas verdades, dogmas de fe.

¿Es éste 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 del siglo 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 mínimas reglas de juego para que puedan convivir en la sociedad sistemas morales distintos y bajo 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 predeterminación 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, como tantas veces se repite, las constituciones modernas hayan recogido el derecho natural, positivándolo como Derecho, ni es tanta verdad ni es tan relevante. No es tanta verdad porque habría que preguntarse cuál iusnaturalismo o cuáles iusnaturalismos son éstos 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 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 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 ella 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 a 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 legítimos intérpretes, no lo que mantenga ese iusnaturalismo supuestamente constitucionalizado. Ahora bien, si se consigue que los tribunales constitucionales creen 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 sistema 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 compromete a éstas con ningún determinado sistema de valores 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 sean directamente aplicables sus normas y derechos. La única pauta real aquí operante 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 concretos contenidos.

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 la jurisprudencia constitucionales 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 aportaciones⁵. 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 insiste Dürig en que un valor así existe por sí mismo y atribuye, por sí y al margen de cualquier juicio o transacción, a los seres humanos 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, rijan 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 sólo 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 1⁷. 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

⁴ Dice Uwe Wesel 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*, München, Karl Blessing, 2004, p. 131).

⁵ En la doctrina en castellano 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, s.a. -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).

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”.

públicos subjetivos”, pero “sin quitarles su contenido preconstitucional⁹” (M-D. Art. 1 Abs., I nm. 7). Cuando el art. 19 de la Constitución fija la obligación de respetar en todo caso el “contenido esencial¹⁰” (*Wesensgehalt*) de esos derechos, se está dando forma positiva a 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 art. 1.I, y tal desarrollo¹¹ se da dividido en derechos de libertad y 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 art. 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, son todos desarrollo o despliegue del “derecho principal de igualdad” contenido en el art. 3. I¹². Ese derecho funciona como “lex generalis” respecto de los demás derechos de igualdad recogidos bajo la forma de concretas normas constitucionales positivas.

Tanto aquel derecho generalísimo de libertad del art. 2. I como este derecho generalísimo de igualdad del 3. I guardan en sí los contenidos tanto de esos otros concretos derechos que son meras concreciones de esos dos, como capacidad para rellenar cualquier laguna en el sistema de derechos, respectivamente, de libertad y de igualdad. A lo que se suma que han de guiar la interpretación de esos concretos derechos positivados de libertad y de igualdad, pues ninguna interpretación de éstos puede contradecir esos contenidos materiales objetivos de la libertad y de la igualdad en aquellos dos artículos recogidos (M-D. 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 arts. 1, 2. I y 3. I, de forma que:

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 insiste Dürig 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 juridificarlos, pues jurídicos ya son, 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 art. 1 con una idea material y objetiva de dignidad, con una moral 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? Dice Dürig 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 es en todo caso también “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. I nm. 11).

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

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; c) 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 art. 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 fuera el art. 1 la única cláusula de derechos. Pero, una vez que existen aquel derecho principal de libertad del art. 2. I y el principal de igualdad del art. 3. I, es el art. 1 el que resultaría igualmente prescindible. Ha reaparecido el pensamiento genealógico que fuera propio de la más radical Jurisprudencia de Conceptos. Dice Dürig que no es pensable ningún caso en 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 art. 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 moderna idea laicista 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 art. 1.I de la Ley Fundamental son los que son, y son los preestablecidos en la moral cristiana, pone Dürig un ejemplo: sin duda contrario a la idea de dignidad de toda persona es el aborto¹³. ¿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 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.

¹³ En el capítulo II de su comentario “legisla” Dürig 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. Afirma taxativamente Dürig 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 debe el Estado 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 y tanto si la mujer es casada como soltera (M-D. Art. 1 Abs. I, nm. 39).

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 pueden los jueces controlar el respeto a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Bajo 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 creer 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, etc. 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 Constitución¹⁴. 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 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 escajaría en esta postura: “para cada derecho fundamental en particular hay un límite valorativo absoluto, ante el que se detiene toda posibilidad

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).

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 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 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 cómo el eje de la interpretación constitucional, por tanto, 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 concretos derechos que la Constitución enumere y sean cuales sean los términos con que los recoja, pues, como sabemos, el art. 1 posee una fuerza y alcance regulativo –plasmado en primer lugar en el derecho principal de libertad (art. 2. I) y en el derecho principal de igualdad (art. 3. I)- como para convertir en violación de derecho fundamental cualquier atentado contra la dignidad humana (M-D. Art. 1 Abs II, nm. 86). 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 concretos derechos fundamentales, 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 bien a las claras también desde el primer párrafo del comentario de Dürig al apartado III del art. 1¹⁶: “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,

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

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”.

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 art. 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 a uno de sus tópicos principales. Dice Dürig: “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 que pensará siempre, después de él, el neoconstitucionalismo, en el positivismo metafísico del siglo XIX, al estilo de la Escuela de la Exégesis. Porque en el positivista por antonomasia en el tiempo en que Dürig escribe, Kelsen, no puede obviamente estar pensando, 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 encima del legislador, del que se desconfía por sistema, como si los jueces no hubieran hecho en el siglo XX fechorías e inmoralidades¹⁸, incluso en esa Alemania en la que Dürig escribe

¹⁷ Curiosamente, puntualiza Dürig 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.

¹⁸ Muy significativamente, dice Dürig 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 ése 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 “repoplando” 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

y en la que parece que todos los desaguados bajo el nazismo los realizaron los legisladores y que los jueces se conservaron como espíritus puros e incontaminados¹⁹.

Al comentar cómo el poder ejecutivo queda también vinculado a los derechos fundamentales, hace Dürig 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 aconteciera esa limitación de la dignidad 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.

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, sienta Dürig 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 Lüth²⁰, seguramente la decisión que más ha influido sobre los tribunales constitucionales, al menos sobre los europeos. Su párrafo más importante es el que a continuación traducimos: “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 tanto del desarrollo intelectual de la idea de

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. 210ss. Muy interesantes consideraciones sobre actitudes y personajes pueden verse también en B. Rüthers, *Geschönte Geschichten –Geschönte Biographien*, Tübingen, Mohr, 2001, especialmente pp. 92ss.

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*, cit., pp. 132ss.

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 entremezclamiento 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 desdoblar la Constitución añadiéndole ese cimientito 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 excursión 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 conjuntamente: a) ese defensa es mucho más pequeño 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 el de 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 más merece 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 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 similares palabras 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 decisión 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 está en la Constitución 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 encuentra en la sentencia del caso Lüth 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, debe el juez modificar “la interpretación y la aplicación de

²¹ Que sería el equivalente del recurso de amparo español.

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 nos tememos que no es así. El juez ve una luz, capta un destello, 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 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 resumidamente 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. Insiste Jhering, frente al ontologismo idealista anterior, en que las normas jurídicas no caen del cielo ni flotan las esencias jurídicas en un éter intemporal. Cada sociedad se da sus normas en su contexto histórico y para resolver los concretos conflictos y problemas que en esa sociedad se presentan. No anda el legislador traduciendo entelequias jurídicas universales y abstractas a normas de derecho positivo, 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

²² Dice la sentencia que ahora comentamos: “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)”.

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.

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. Tales consideraciones pragmáticas y esa visión instrumental de la norma desplazan, por tanto, el planteamiento científicista 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.

A la Jurisprudencia Teleológica la desplazará en la doctrina alemana la Jurisprudencia de Intereses, creación fundamentalmente de Philip Heck. 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. Es el conflicto de intereses 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, debe, en segundo lugar, 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. Sintetiza Heck ese planteamiento metodológico diciendo que el juez ha de aplicar la norma mediante un acto de “obediencia pensante”. “Obediencia” porque no son sus particulares preferencias 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 está Heck tomando partido también 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 nazismo 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 radicales violaciones 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 tribunales²⁴. 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 dicho Tribunal en ese tiempo; o en Kart Larenz, uno de los máximos impulsores de esta Jurisprudencia de Valores a la que nos estamos refiriendo²⁵.

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-

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. 165ss.

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 encendidos defensores 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, Herrfahrdt, 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. 306ss. 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 bien 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).

cristiano y con ese partido, la Administración y la alta judicatura plagados de antiguos militantes, funcionarios, fiscales y jueces del nazismo. Pero ése es tema en el que no toca profundizar aquí y que sería competencia de una exigente y útil Sociología del Derecho, si la hubiera.

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 no han de verse tales elecciones ni como coyunturales preferencias 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 éstos 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 axiológico²⁶.

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 ésta ponía abstractas categorías jurídicas 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.

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, bajo el título *El sistema en la Jurisprudencia* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998).

Se produce así un radical desdoblamiento del sistema jurídico²⁷, 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 alto edificio 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, 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 sentados 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

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

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 ópticas 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 sea esa justicia un valor objetivo y cuyos contenidos sean ajenos a o independientes de esas preferencias. Lo otro que se pondrá en duda es que sea pacífica, armónica, la convivencia entre esos valores morales juridificados. 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 pueden ciertamente verse como juridificadoras 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 él, 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 es él 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 éstos 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 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 personales argumentos, 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 otras dos aportaciones capitales. La primera, la de Dworkin y su reconstrucción antihartiana del sistema jurídico y de los fundamentos de la decisión judicial correcta. La segunda, la 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.