

**Segunda Parte: *Desafíos y Posibilidades de la Jurisdicción Constitucional***

II.	Teoría Constitucional Institucional	303
1.	Pensamiento constitucional	304
1.1	Teoría institucional ética	306
1.2	Pensamiento neoliberal y postmoderno	312
1.3	Utopía constitucional	316
2.	Derechos fundamentales	320
2.1	Teorías del Estado de los derechos fundamentales	322
2.1.1	Modelo historicista	322
2.1.2	Modelo individualista	323
2.1.3	Modelo estatalista	324
2.2	Teorías constitucionales de los derechos fundamen- tales	325
2.2.1	Teoría liberal	326
2.2.2	Teoría de los valores	327
2.2.3	Teoría institucional	329
2.2.4	Teoría democrática-funcional	334
2.2.5	Teoría jurídico-social	335
2.2.6	Teoría de la garantía procesal	337
3.	Interpretación constitucional	339
3.1	Interpretación hermeneútica	342
3.2	Interpretación tópica	345
3.3	Interpretación institucional	349
3.4	Interpretación alternativa	352

## TEORIA CONSTITUCIONAL INSTITUCIONAL

Las respuestas de los Estados democráticos a los desafíos de las democracias contemporáneas, requieren de la permanente observación y control de los tribunales constitucionales sobre su quehacer jurídico-político, en la medida que las acciones de las transitorias mayorías parlamentarias y gubernamentales, no se encuadren en los parámetros constitucionales y que no aseguren el respeto a la oposición y a las minorías, en la forma de los derechos fundamentales, que constituyen las columnas de la democracia pluralista y tolerante<sup>235</sup>.

Sin embargo, el necesario replanteamiento de la justicia constitucional de cara al control de los poderes públicos, en aras de la protección de los derechos fundamentales, se presenta en forma dramática en las débiles experiencias de los tribunales constitucionales de América y en especial del Perú. Debido a que en la región el régimen presidencialista, no ha llegado a concebir, y menos aún, a reconocerle, en el sistema político, el rol de bisagra que ocupa el Tribunal Constitucional, entre el Estado y la sociedad, entre el poder y la libertad<sup>236</sup>.

Ello ha sido posible, también, gracias a la concepción jurídica positivista sobre la Constitución de jueces y políticos, que han reducido las normas supremas de convivencia política, a la voluntad del gobierno transitorio. Tendencia que ha originado, extraordinariamente, respuestas suprapositivas de la propia jurisdicción constitucional, con las consecuencias de un enfren-

---

235. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 135 ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, *op. cit.*, pp. 61 y 69 ss.; Pedro de Vega, *Para una teoría de la oposición*, en *Boletín Informativo de Ciencia Política*, N° 5, Prensa Castellana, Madrid, 1970, 13 ss., y; César Landa, *Derecho Político, del gobierno y la oposición democrática...*, *op. cit.*, pp. 111 ss.

236. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Vefassungsinterpreten*, en *JZ* 1975, pp. 297-305, publicado también en *Verfassung als öffentlicher Prozeß...*, *op. cit.*, pp. 155-181; así como, Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Manual de Derecho Político*, Vol. 1, *Introducción y Teoría del Estado*, segunda edición corregida, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 118 ss.

tamiento entre los jueces constitucionales y el poder gubernamental, resuelto siempre a favor de este último.

En este sentido, se hace necesario señalar, jurídicamente, que tanto un positivismo jurídico, atado a la voluntad del poder de turno, como un iusnaturalismo dogmático, de carácter individualista y pre-político, forman de manera negativa una relación de dependencia mental; en la cual, terminan instrumentalizando al Derecho hacia sus fines dogmáticos o escépticos sobre la base de un pensamiento de la necesidad. De ahí la importancia de reformar desde sus cimientos, teórico y metodológico, el concepto de jurisdicción constitucional dentro del marco de un pensamiento constitucional institucional; que se descompone en una utopía y razonamiento constitucionales, que se expresa en la teoría de los derechos fundamentales y se asegura mediante un sistema de interpretación constitucional concreto.

## 1 PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

El desarrollo de la justicia constitucional, en las relaciones entre el poder y el derecho, ha dado lugar a que los jueces constitucionales trasluzcan diferentes actitudes humanas, que se pueden enmarcar en las diversas formas del pensamiento jurídico. Así, para Schmitt “todo jurista, conciente o inconcientemente, asume en su trabajo un concepto de *Derecho*, bien como una norma, o como una decisión, o como un orden y configuración concreto”<sup>237</sup>.

En realidad, el pensamiento positivista ha sucumbido en el esfuerzo por someter la vida constitucional a la norma constitucional, mientras que el pensamiento iusnaturalista ha hecho presa a la Constitución de una moral, que en el fondo, es una *decisión* subjetiva; por ello, tanto el positivismo como el iusnaturalismo son expresión de un *decisionismo* constitucional. En ese sentido, si bien es deseable que todo Estado se riga por la Constitución, ese esfuerzo no puede quedar atrapado por la norma o la moral de la autoridad, sino que la sociedad que crea, incorpora y trasciende a la norma constitucional (en la forma de derechos fundamentales los mismos que deben ocupar un rol central en el constitucionalismo), como cuerpo vital, abierto y plural en permanente desarrollo, que ofrece más posibilidades de evolución de la norma constitucional, que las resoluciones que sus intérpretes formales hayan establecido<sup>238</sup>.

237. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., p. 7.

238. Peter Häberle, *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß- ein Pluralismuskonzept, en Verfassungs als öffentlicher Prozeß...*, op. cit., pp. 121 ss.

En ese sentido, para el pensamiento del orden concreto, el *nomen* del Derecho no es concebido como un conjunto de normas, sino que éstas son un instrumento del orden existente; que reposa en la relaciones vitales en las que una comunidad se ha encontrado y se encuentra a sí misma, como en el *nomos basileus* de Píndaro<sup>239</sup>. Sin embargo, ese orden concreto no existe estáticamente, sino que se encuentra en permanente cambio de acuerdo al espíritu del tiempo presente “*Zeitgeist*”, en tanto expresión del conflicto social de intereses. En efecto, “toda vida social es conflictiva, por que es cambio. No hay reservas en la sociedad humana, por que no hay certeza. En el conflicto, por tanto se halla el núcleo creador de toda sociedad y la oportunidad de la libertad, pero al mismo tiempo el reto para resolver racionalmente y controlar los problemas sociales”<sup>240</sup>.

Como el conflicto social en una sociedad democrática queda institucionalizado consensualmente en la Constitución del Estado, aunque no de manera definitiva, el pensamiento constitucional en concreto asume diversas opciones de aprehensión de la realidad, en función de las concepciones y circunstancias que rodean el conflicto de intereses entre el gobierno y la oposición, y en última instancia, entre los hombres y su mundo de vida. Por eso, como el proceso constitucional se origina en la compleja y conflictiva realidad y sus relaciones de poder; las decisiones políticas (como desde ya las legislativas y administrativas) se encuentran impregnadas o responden a fenómenos históricos, sociales, políticos, económicos, culturales, tecnológicos, ambientales, entre otros. En virtud de los cuales, cada vez más los jueces también se encuentran sometidos a ellos y, en consecuencia, requieren de más o mejores instrumentos jurídico-políticos, para asumir las demandas de la realidad social.

En esa tarea, el pensamiento positivista y el pensamiento iusnaturalista constituyen el punto de partida y la última barrera, respectivamente, que atrofian el proceso de integración constitucional. De ahí que este proceso deba desenvolverse a partir del pensamiento institucional clásico, como de la integración en un orden concreto del valor justicia con la seguridad jurídica.

239. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., pp. 17 ss.

240. Ralf Dahrendorf, *Gesellschaft und Freiheit*, München, Piper & Co. Verlag, 1963, p. 235; asimismo, del autor: *Konflikt und Freiheit*, München, Piper & Co. Verlag, pp. 12-46; asimismo, Lelio Basso, *Zur Theorie des politischen Konflikts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1969.

## 1.1 Teoría institucional ética

La teoría institucional aparece a fines del siglo XIX, en contraposición a las teorías positivistas en boga, a través de las tesis que Maurice Hauriou, Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, desarrolló entre 1892 y 1928<sup>241</sup>. Por ello, se ha dicho que la teoría de la institución “es, después del dominio del positivismo jurídico, el primer intento sistemático de restaurar el pensamiento del orden concreto”<sup>242</sup>. Tesis que repercutió en la significativa teoría de *Il Ordinamento giuridico* de Santi Romano<sup>243</sup>.

La teoría institucional no aparece sobre la base de una teoría y un método jurídicos propios, sino en base a la paciente observación y comentario durante cuarenta años de la praxis administrativa francesa, en particular del *Conseil d'État*<sup>244</sup>, y a la polémica con las tesis del subjetivismo de Gerber, Laband y Jellinek, así como con el positivismo sociológico de Duguit y el positivismo normativista de Kelsen<sup>245</sup>. En la medida que para Hauriou el derecho posee una forma y una materia inseparables, la forma es la norma de los actos jurídico y su materia el contenido de las normas y actos, que se refieren esencialmente a la libertad humana, condicionada por el orden social y la justicia. De ahí que pretender eliminar al Derecho de su medio social y someterlo a la voluntad del legislador, constituye una abdicación a las fuentes de la libertad, es decir al “derecho de *résistance à l'oppression*, que como el derecho de *légitime défense* constituye un mínimo de autonomía

- 
241. Maurice Hauriou, *Science sociale traditionnelle*, Larousse, Paris, 1896, pp. 43 ss. 261 ss. y 398 ss., donde postula una teoría del progreso social, a partir de reconocer la materia y el tejido social, que expresa la vieja tensión entre autoridad y libertad; pero, donde queda configurado su pensamiento jurídico es en *Teoría de la Institución y de la fundación*, (1925), Editorial Surco, 1947; asimismo, revisar *Die Theorie der Institution, und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou*, (Roman Schnur, editor), Berlin, Duncker & Humblot, 1965, pp. 27 ss. y 67 ss.
242. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., pp. 62; asimismo, José Caamaño Martínez, *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, Santiago de Compostela, Porto editores, 1950, pp. 134 ss..
243. Santi Romano, *El Ordenamiento Jurídico...*, op. cit., pp. 250 ss.
244. Maurice Hauriou, *Décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflicts 1892-1928*, 3 tomos, Paris, Sirey, 1929, y; del autor *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, 3 tomos, Paris, Sirey, 1929; asimismo, Georges Renard, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933, pp. 13 ss.
245. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel...*, op. cit., pp. 8 ss.; también, del autor: *Teoría de la Institución y de la fundación...*, op. cit., pp. 26 ss.; Hans Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, en *RDP*, XXXIII Année, 1925, pp. 561 ss., y; Léon Duguit, *Les doctrines juridiques objectivistes*, en *RDP*, XXXIV Année, 1926, pp. 540 ss., donde concluye que las tesis institucionales de Hauriou son un puro sistema de derecho objetivo.

jurídica individual unánimemente admitida, hasta por los teólogos, moralistas y juristas<sup>246</sup>.

En ese sentido, el autor postula un pensamiento constitucional caracterizado por la integración dinámica de los factores constitucionales: como el poder, el orden social, el Estado y la libertad, sobre la base de la noción de institución. Así, “una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos<sup>247</sup>”.

Sobre la base de la teoría institucional, Hauriou critica las tesis objetivistas de Kelsen y Duguit, dado el carácter estático y a-social de las mismas. Así, en cuanto al positivismo normativo kelseniano, critica que el Derecho quede reducido a un deber ser normativo “*Sollen*”, desvinculado de la sociología que ocupa el rol del ser o estar “*Sein*”<sup>248</sup>; en ese sentido, el Estado kelseniano es concebido como Derecho y viceversa, a partir de lo cual la primacía de la libertad es reemplazada por el orden y la autoridad.

En cuanto al positivismo sociológico de Léon Duguit, queda expresado en la búsqueda del fundamento del Derecho, el mismo que “no se puede encontrar en el individuo. Sino que se puede encontrar en la sociedad. Pero el Derecho no es un poder de la colectividad, tampoco un poder del individuo. El Derecho es una norma objetiva<sup>249</sup>”. En este sentido, Hauriou expresa divergencias en torno al supuesto realismo del mismo, en la medida que si bien es preocupación de Duguit suprimir el poder como fuente del Derecho, a efectos de evitar que el Estado someta al Derecho a su voluntad, termina

246. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel...*, op. cit., p. XI.

247. Maurice Hauriou, *Teoría de la Institución y de la fundación...*, op. cit., p. 37; asimismo, revisar a Georges Renard, *La Théorie de l'Institution*, Paris, Sirey, Recueil 1930, pp. 149 ss., y; del mismo autor, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social...*, op. cit., pp. 22 ss. donde plantea una crítica al positivismo, como toma distancia del iusnaturalismo; asimismo, Georges Renard, *Qu'est-ce que le Droit constitutionnel? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution*, en *Mélanges R. Carré de Malberg*, Liechtenstein-Paris, Topos Verlag y Librairie Ducheim, 1977, pp. 485 ss.

248. Hans Kelsen, *Staat und Recht*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 1, pp. 149 ss.

249. Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris, 1901, pp. 10 ss., en concreto p. 16; asimismo, ver Harold Laski, *M. Duguit's conception of the state*, en *Modern theories of law*, (1933), reprinted by Wildy & Sons Ltd., Great Britain, 1963, pp. 52- 67.

construyendo un sistema de Derecho sin el concurso del Estado, del poder y de la metafísica. Desconociendo, así, que existe una autolimitación subjetiva constitucional del poder, resultado de la creación de instituciones destinadas a impedir los excesos del Estado. En esas normas reside la validez del sistema jurídico, que no son reglas estáticas deducidas del Derecho, sino del poder subjetivo de los hombres que crean el Derecho, en un movimiento jurídico hacia la libertad<sup>250</sup>.

El poder si bien nace de las fuerzas subjetivas de los hombres, cuando se juridifica reposa en las instituciones permanentes; por eso, la justificación primera del poder no yace en la ley, sino en la institución: “una institución es en primera instancia una forma de establecer la manera de vivir y de actuar”<sup>251</sup>. Base sobre la cual se crea un orden social estable, no exento de transformaciones, sino que gracias a la fecunda vida de los hombres –siguiendo a Bergson–, que esta llena de pasiones y de sentimientos de justicia, cambia permanentemente. En esa medida, bajo la impronta de Hegel, Hauriou señala que la libertad subjetiva y objetiva se organiza en el Estado, a través del gobierno de la representación como elemento de consenso de la unidad espiritual de la nación; elemento de coerción al servicio del poder público y, elemento ideal del interés público<sup>252</sup>. Sin embargo, la legitimidad del gobierno representativo, no se define exclusivamente por el sistema electoral, sino también en la confianza o legitimidad social y en el ejercicio de la opinión pública, que es “un lugar, un medio, una esfera psicológica donde se desarrolla bajo los ojos atentos del país, la lucha de las ideas políticas”<sup>253</sup>.

En las actuales épocas de crisis del Estado y de la Constitución<sup>254</sup> –y también económica–, como se hace evidente en los países en transformación<sup>255</sup>, se puede encontrar en el pensamiento institucional clásico de Hauriou,

- 
250. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*..., *op. cit.*, pp. 12 ss.
251. Karl Llewellyn, *The constitution as an institution*, en *CLR*, Vol. XXXIV, 1934, pp. 17 ss.; asimismo, del mismo autor, *A realistic interpretation. The next step*, en *CLR*, Vol. XXX, 1930, pp. 431-465, y; *Some realism about realism-. Responding to Dean Pound*, en *HLR*, vol. XLIV, 1930-1931, pp. 1222-1256. Este último artículo fue la respuesta al renovado positivismo utilitarista postulado por Pound, ver: Roscoe Pound, *The progress of the law. Analytical jurisprudence. 1914-1927*, en *RLR*, Vol. XLI, 1927-1928, pp. 174-199.
252. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*..., *op. cit.*, pp. 85 ss.
253. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 160.
254. Carlos de Cabo Martín, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, volumen II: *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, Barcelona, PPU, 1993, pp. 331 ss.
255. Manuel Alcántara e Ismael Crespo (editores), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 1995, pp. 13 ss. y 29 ss.

una nueva forma de entender los problemas jurídico-políticos, en tanto plantea dichas cuestiones en las profundas estructuras de la sociedad<sup>256</sup>. De ahí que se pueda señalar que “el pensamiento del orden concreto de los hombres y sus grupos, así como la teoría constitucional de determinada unidad social colectiva, procede y funciona como reflejo y practica, que se orienta de lo posible, la necesidad y lo real, desde diferentes modos y con diferentes resultados”<sup>257</sup>.

En ese sentido, el principal problema del Estado constitucional a afrontar, como producto del positivismo jurídico, es tanto el aislamiento de la realidad de la norma, como el divorcio entre la ética y la voluntad de la autoridad<sup>258</sup>; sin embargo, la búsqueda de dar vigencia a la Constitución del Estado, mediante la fuerza normativa de la Constitución “*normativen Kraft der Verfassung*”<sup>259</sup>, no se reduce a una tarea de mera coerción y eficacia de la norma, mediante la jurisdicción constitucional, sino de una toma de conciencia de las posibilidades y límites constitucionales, en función de las necesidades y condiciones de la realidad social, económica, técnica, natural, que permita dar respuestas en el marco de los principios y valores constitucionales.

En tal entendido, en la sociedad se van formando instituciones como elementos estables y durables, formando un sistema de equilibrios de poderes y de consensos en torno a las necesidades históricas de libertad y de justicia, que forman la Constitución<sup>260</sup>. Pero la idea de libertad no es sólo un derecho subjetivo que yace en la voluntad individual de las personas, sino también es un derecho objetivo, que reside en el subconciencia colectivo<sup>261</sup> y que encuentra en la Constitución un instrumento de su protección, integra-

256. Yann Tanguy, *L'Institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou, Actualité d'une doctrine*, en RDP, 1-1991, LGDJ, pp. 77 ss.; asimismo, Dorothea Mayer-Maly, Ota Weinberger, Michaela Strasser (editoras), *Rechts als Sinn und Institution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 209 ss. y 245 ss.

257. Peter Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, en *Die Verfassung des Pluralismus...*, op. cit., p. 2; desde una perspectiva positivista antes que social del derecho, revisar: Neil MacCormick, Ota Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 29 ss.

258. Luis Prieto Sanchis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fonteamor, 1997, pp. 25-28.

259. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 61 ss.

260. Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts...*, op. cit., tomo 2, § 263-267, pp. 705 ss.; asimismo, Maurice Hauriou, *Principes de Droit Public...*, op. cit., pp. 29 ss., 123 ss. y 415 ss.

261. Maurice Hauriou, *Teoría de la Institución y de la fundación...*, op. cit., pp. 24 ss.



ción y desarrollo; abierto a la dinámica social, marcada por el proceso de universalización y nacionalización de los derechos humanos.

Esa tarea constitucional no puede ser cumplida sin la ayuda del pensamiento de la posibilidad “*Möglichkeitsdenken*”, del pensamiento de la necesidad “*Notwendigkeitsdenken*” y del pensamiento de la realidad “*Wirklichkeitsdenken*”<sup>262</sup>. Al respecto, el pensamiento *posibilístico* es un pensamiento alternativo, no de la opción radical entre esto o aquello “*Entweder-Oder*”, sino el pensamiento del pluralismo abierto siempre a una nueva realidad “*Sowhol-als auch*”, que se perfecciona en el tiempo y que nace de la sociedad organizada en torno a ciertos valores “*fundamental of orders*”. En esa medida, el *pensamiento constitucional institucional* es propio de una teoría constitucional de la sociedad abierta, y se encuentra compuesto de conceptos fundamentales como derechos fundamentales, publicidad, pluralismo, tolerancia, oposición, derechos de minorías.

Pero, en tanto pensamiento pluralista y alternativo, el pensamiento *posibilístico*, se encuentra en relación directa con la normalidad constitucional, tanto en una perspectiva presente como futura. De allí que los principios y la normatividad constitucional, expresen el pensamiento *posibilístico* como pensamiento de la realidad. Pero la implementación de la Constitución siempre entra rápidamente en conflicto con la realidad, sobre todo entre la ética constitucional y la economía<sup>263</sup>, dada la pluralidad de intereses diferentes que se incorpora consensualmente en lo fundamental en la Constitución, mediante una racionalidad procesal y sustantiva. Por eso, aparece el pensamiento de la necesidad, como el único capaz de encontrar los medios necesarios para llevar a cabo los principios y normas constitucionales establecidas<sup>264</sup>. Proceso en el cual se inserta el tema de la interpretación y de los intérpretes de la Constitución, que se analiza más adelante en el punto 3.

262. Peter Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens...*, *op. cit.* pp. 2 ss.

263. Karl-Otto Appel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, en el compendio del autor: *Transformation der Philosophie*, II, Frankfurt, Suhrkamp, pp. 358 ss.; asimismo, Josef, *Die Ethik der Wirtschaft als Problem lokaler und Konstitutioneller Gerechtigkeit*, y, Niklas Luhmann, *Wirtschaftsethik als Ethik?*, en Josef Wieland (editor), *Wirtschaftsethik und Theorie der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 7-31 y 134-147, respectivamente.

264. Peter Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens...*, *op. cit.*, pp. 10-20; en relación al carácter sustantivo y procesal de la Constitución, ver Oliver Gerstenberg, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie, Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, pp. 34 ss.

Pero, la potencialidad de la Constitución quedaría encerrada en su autorrealización jurídico-normativa, si es que no se integra junto al pensamiento de la posibilidad, de la realidad y de la necesidad, el *principio de la esperanza*, como un horizonte utópico que actúa como una fuerza espiritual que le otorga sentido a la razón<sup>265</sup>. Pero es el pensamiento de la eticidad responsable, entendido como la superación del especulativo principio de esperanza<sup>266</sup>, que le otorga a la normalidad y a la normatividad constitucional una moral intersubjetiva<sup>267</sup>, entendida como una utopía positiva constructivista, contraria a las utopías negativas o pesimistas del hombre, la sociedad y el Estado<sup>268</sup>.

En ese entendido, la ética constitucional no queda reducida a una moral universal, normativa y abstracta, ni a una moral sistémica-funcionalista de las reglas y procedimientos<sup>269</sup>; sino que es concebida como una ética institucional, que proviene inductivamente de los tácitos pactos fundamentales de la sociedad civil, mediante la acción comunicativa<sup>270</sup>, distinta a una ética positivista<sup>271</sup>, y deductivamente de los nuevos componentes del *ethos* político democrático de la libertad e igualdad, que garantiza la Constitución del Estado de cara al futuro<sup>272</sup>.

En ese sentido, la ética constitucional, según Saladin –diríamos en el caso de las sociedades opulentas–, se basa en tres principios: la justicia intrageneracional “*intragenerationelle Gerechtigkeit*”, de quienes comparten un mismo periodo de vida; la justicia como responsabilidad con las ge-

265. Ernst Bloch, *Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, tomo 3, pp. 1616 y ss, del mismo autor, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, Suhrkamp, 1961; y Felix Somló, *Der Begriff des Rechts*, en *Begriff und Wesen des rechts* (W. Maihoffer, editor), 1973, pp. 421-455, donde plantea el doble concepto del Derecho: jurídico y ético.

266. Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 92 ss.; asimismo, revisar Dietrich Böhler (editor), *Ethik für die Zukunft, im Diskurs mit Hans Jonas*, München, C.H. Beck, 1994.

267. Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis, Sozialphilosophische Studien*, Suhrkamp, 1974, pp. 307 ss.; asimismo, del autor: *Droit et démocratie...*, *op. cit.* pp. 244 ss.

268. Peter Häberle, *Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates, en Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates...*, *op. cit.*, pp. 673-684.

269. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, pp. 27 ss. y 38 ss.

270. Jürgen Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, pp. 53 ss., 86 ss. y 127 ss.

271. Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 173.

272. Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, pp. 176 ss.

neraciones futuras “*Intergenerationelle Gerechtigkeit*”; y, la justicia como el respeto humano en su medio ambiente natural “*natürlichen Mitwelt*”<sup>273</sup>.

Como la búsqueda de una realidad constitucional, encierra el imperativo de que todo pensamiento constitucional debe guardar correspondencia con su entorno social, se puede decir que la ética constitucional en las sociedades de la escasez, debe partir de una moral colectiva que retome consensualmente los postulados constitucionales clásicos —aún por realizar *hic et nunc*— de libertad e igualdad, pero sin imponer una moral objetiva a la sociedad, salvo en algunos sectores<sup>274</sup>. Esta es una responsabilidad de la sociedad y no sólo del Estado, que, además, cuando ha asumido la forma del Estado de bienestar general, ha servido más a intereses privados que al interés general<sup>275</sup>.

La ética constitucional es un intento de respuesta de la sociedad, independientemente del poder constitucional del gobierno de turno, a la crisis de legitimidad del Estado constitucional, que también es una crisis económica, de motivación ciudadanía y de racionalidad, que se expresa en la crisis de la cultura político-constitucional euroatlántica<sup>276</sup>, por ello, se puede señalar que en las etapas de crisis en las sociedades desintegradas como la peruana, hay una correlación entre la desorganización valorativa de la sociedad y la desorganización de la personalidad, creando incluso conductas irracionales en la sociedad<sup>277</sup>.

## 12 Pensamiento neoliberal y postmoderno

Frente a la crisis contemporánea de legitimidad del Estado constitucional, se intenta articular desde el racionalismo crítico, nuevas respuestas a los

273. Peter Saladin, *Wozu noch Saaten?*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1995, pp. 93 ss.; Peter Häberle, *Ein Verfassungsrecht für künftige Generationen. Die “andere” Form des Gesellschaftsvertrages: der Generationenvertrag*, en *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, 1998, pp. 215-233.

274. Peter Häberle, *Ethik im Verfassungsstaat...*, op. cit., p. 6.; asimismo, del autor: *Das ewige Ringen um die Gerechtigkeit*, en *Forschung & Lehre*, 2 / 98, pp. 86-88.

275. Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 317 ss.

276. Jürgen Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, pp. 40 y ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional...*, op. cit., pp. 154 ss.

277. Karl Mannheim, *Man and Society...*, op. cit., pp. 117; revisar también la desgarradora decadencia social y personal en el tránsito de la República del Weimar al Tercer Reich, que consagró magistralmente la literatura alemana: Klaus Mann, *Mefisto*, Barcelona, Plaza & Janés, 1995 y, para el horizonte temporal del siglo XIX, Thomas Mann, *Los Buddenbrook*, Barcelona, Plaza & Janés editores, 1996.

desafíos contemporáneos, a partir de reivindicar la autonomía de la persona como portadora de una razón crítica individual que se sobrepone ética y técnicamente a cualquiera de las tesis del objetivismo “científico” marxista<sup>278</sup>. La interpretación radical de estos postulados se caracterizan por la defensa a ultranza de la libertad individual, como resultado del proceso espontáneo de la evolución económica, social y política de la civilización, donde a partir del *trial and error*, se da sentido a la historia y a la naturaleza, pero al servicio de los hombres<sup>279</sup>.

En ese sentido, el desarrollo humano se presenta como un proceso abierto, dinámico y conflictivo de la sociedad, como expresión de la cultura<sup>280</sup>. En el que la libertad individual opera como un motor de la sociedad y donde los valores propios de una sociedad pluralista y abierta, quedan reducidos al ámbito de las voluntades axiológicas individuales, dada la negación de valores sociales e históricos que determinen el curso del desarrollo humano. No obstante, en la defensa de la democracia liberal, se propugna una ética individual altruista, que se opone al colectivismo deshumanizante, por que “la libertad es más importante que la igualdad; ya que el intento de realizar la igualdad pone en peligro la libertad, y que, si se pierde la libertad, ni siquiera habrá igualdad entre los no libre”<sup>281</sup>.

Frente a esta concepción neo-liberal progresista de la democracia en boga, se presentan las tesis neo-conservadoras, que parten de reconocer la existencia de ciertas leyes naturales que permiten la convivencia humana, como las libertades individuales –propiedad privada y libertad de contratación–<sup>282</sup>. Estas libertades tienen al mercado como instrumento de protección y desarrollo en la medida de que en el mercado se produce un orden y ajuste espontáneo “catalaxia” a través de la competencia económica. Proceso en el cual la ética social desaparece, en tanto se señala que la intervención del

278. Karl Popper, *Das Eland des Historizismus*, Paul Siebeck, Tübingen, 1974, pp. 45 y 57 ss.; Bernard Willms, *Offensives Denken, Philosophie und Politik*, Westdeutscher Verlag, 1978, pp. 39 ss.; asimismo, revisar la perspectiva del racionalismo pragmático, en Hermann Lübbe, *Philosophie nach der Aufklärung*, Econ Verlag, Düsseldorf -Wien, 1980, pp. 159-195.

279. Karl Popper, *Open society and its enemies*, London, Rotledge & Kegan Paul, 1995, pp. 489 ss. y 511 ss.; asimismo, Hans Albert, *Traktat über Kritische Vernunft*, Tübingen, Paul Siebeck, 1975, pp. 47 ss.

280. Ralf Dahrendorf, *The modern social conflict, an essay on the politic of liberty*, Berkeley, University of California Press, 1990, pp. 166-194; asimismo, Lewis Coser, *The functions of social conflicts*, New York, Glencoe the Free Press, 1956, pp. 157 ss.

281. Karl Popper, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 155.

282. Friedrich von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, Vol. I, Madrid, pp. 1978, pp. 138 ss.

Estado con un sistema de valores termina sustituyendo el desarrollo espontáneo del mercado, lo cual es el inicio del camino de la servidumbre de la libertad al Estado<sup>283</sup>. De allí que la ética política quede reducida a la defensa de la propiedad individual, es decir, sometida a las reglas del capitalismo salvaje, que es el otro camino que lleva a la extinción de la dignidad humana.

La crítica total del neoliberalismo y el neoconservadurismo al sistema colectivista, si bien se orientó al sistema soviético, también ha alcanzado al propio modelo del Estado democrático y social de derecho de Occidente, sobre todo desde la década de los setenta, por cuanto, como se ha mencionado, atraviesa una crisis de larga duración. En tal entendido, a partir de reconocer que la ineficacia del sistema económico está en relación directa del sistema político –Estado social– y viceversa, se postula una concepción exclusiva del *homo economicus*, donde el cálculo y la optimización del costo/beneficio personal debe lograrse mediante un sistema de elección pública “*public choice*” contractualista, que para soportar los costes externos –externalidades– de las transacciones, deben adoptar un sistema mayoritario de decisión estrictamente procedimental<sup>284</sup>.

Sin embargo, cabe señalar que la elección pública del bienestar económico personal, mediante el cálculo del costo/beneficio, genera en la sociedad grupos sociales beneficiados y grupos sociales perdedores en la competencia, sobre todo en economías de escasez, donde reducir al Estado al rol de árbitro mediante el sistema legal, supone una falacia o un encubrimiento de los poderes privados decisivos en una sociedad corporativa, que es producto del neocapitalismo.

Sin embargo, el pensamiento postmoderno, en tanto pensamiento de la crisis europea por excelencia, es el que ha intentado expresar con mayor radicalidad las críticas a los paradigmas de la modernidad y la Ilustración, en tanto fuentes del constitucionalismo clásico y moderno<sup>285</sup>. Al respecto, sólo cabe

283. Friedrich von Hayek, *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 1978, pp. 72 ss.

284. James Buchanan y Gordon Tullock, *El cálculo del consenso (fundamentos lógicos para una democracia constitucional)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pp. 33 ss.; se puede revisar como antítesis de este modelo a Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit. pp. 323-343.

285. Agnes Heller y Ferenc Fehér, *The postmodern political condition*, New York, Columbia University Press 1989, pp. 1-15 y pp. 156-159; Ernst Benda, *Der Rechtsstaat in der Krise. Autorität und Glaubwürdigkeit der demokratischen Ordnung*, (editor M. Hohnstock), Stuttgart, Seewald Verlag, 1972, pp. 9-30; asimismo, Hans Rupp, *Die Krise des Rechtsstaats aus der Sicht des öffentlichen Rechts*, en Gerhard Lüke (editor), *Die Krise des Rechtsstaats. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstags von Ernst Wolf, veranstaltet am 29. Oktober 1994 in Marburg*, Marburg, Hitzeroth, 1995, pp. 9-14.

mencionar que la crítica se centra en la desvinculación práctica de la racionalidad como fuente del progreso, en relación a la cultura, la economía y la política, en tanto estamos no sólo ante el fracaso de una sociedad programada, la disolución de la moral y la política, la justicia y la paz, la técnica y el desarrollo, el trabajo y el bienestar, sino ante la contradicción entre las mismas<sup>286</sup>. En ese sentido, “vivimos en medio de una falacia descomunal: un mundo desaparecido que nos empeñamos en no reconocer como tal y que se pretende perpetuar mediante políticas artificiales. Millones de destinos son destruidos, aniquilados por este anacronismo debido a estrategias pertinaces destinadas a mantener con vida para siempre nuestro tabú más sagrado: el trabajo”<sup>287</sup>.

A diferencia de la crítica neoliberal y neoconservadora modernas, el pensamiento postmoderno revisa críticamente los propios fundamentos del pensamiento de la Ilustración: optimismo antropológico, individualismo liberal y excesivo formalismo, postulando que la vida va tan rápido hoy en día, que ello volatiliza la moral. Que, además, la ciencia y el conocimiento ya no forman una identidad, y que la legitimación mediante el consenso se ha convertido en un anticuado valor, más no la justicia<sup>288</sup>. Lo que tampoco significa pretender rehacer el pensamiento marxista o retomar el tradicionalista, es decir, las concepciones postmodernas no ofrecen un pensamiento total alternativo *–pensamiento fuerte–*. Por el contrario, el postmodernismo plantea una argumentación cauta y parcial *–pensamiento débil–* que no intenta imponerse para transformar la realidad; por eso es que el pensamiento débil no sólo rechaza una ética normativa, universal y única, sino que “intenta guiarse por una ética de la debilidad, que resulta, sin lugar a dudas, a formas sencilla, bastante más ardua y menos reconfortante que las éticas al uso”<sup>289</sup>.

El escepticismo intelectual del pensamiento postmoderno revela con fundamentos nihilistas una crítica a la modernidad y al humanismo en crisis<sup>290</sup>, pero, no ha llegado a madurar una formulación sistemática, sino que

286. Alain Touraine, *La société post-industrielle. Naissance d'une société*, Denoël & Gonthier, 1969, pp. 307 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit. p. 88, recoge las palabras del Papa Juan Pablo II en 1979, quien también acusó a la cultura contemporánea “de haber perdido en buena medida el esencial vínculo entre bien, verdad y libertad”.

287. Viviane Forrester, *El horror económico*, Buenos Aires, FCE, 1998, p. 9.

288. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Les éditions de Minuit, 1979, pp. 35 ss., 63 ss. y 98 ss.; asimismo, del autor: *Moralités postmodernes*, Paris, Galilée, 1993, pp. 199 ss.

289. Gianni Vattimo y Pier Aldo Rovatto (editores), *El pensamiento débil*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990, p. 11.

290. Gianni Vattimo, *La fine della modernità. Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, Garzanti, 1985, pp. 27 ss. y 39 ss.; asimismo, Viviane Forrester, *El horror económico...*, op. cit., pp. 81 ss. y 119 ss.

se ha quedado como un *pensamiento fuerte* de las lagunas de la modernidad, en beneficio del interés particular<sup>291</sup>. Por ello, “si existe en la actualidad una posibilidad de detener la involución constitucional en curso [...], pasa sobre todo por la reafirmación del carácter sacral y pacífico de la Constitución en el imaginario social, y por la defensa de la única forma de identidad colectiva de tipo democrático”<sup>292</sup>. En ese sentido, es que en base a la teoría institucional ética, se plantea la utopía constitucional como una forma de reconstruir las bases teórica, que permitan recuperar la legitimidad al Estado democrático y constitucional.

### 1.3 Utopía constitucional

Entendemos con De Cabo, que “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”<sup>293</sup>. Pero no un derecho constitucional clásico, propio del Estado liberal, sino de un derecho constitucional institucional y ético, que se fundamente en la reafirmación contemporánea de los valores democrático-constitucionales, y en particular de la dignidad de la persona humana<sup>294</sup>, que en la actualidad se encuentran en un proceso de desconstrucción patológica en la forma del Estado constitucional informal<sup>295</sup>, sobre todo en países con sociedades débiles y poco institucionalizadas.

En tal sentido, postulamos una utopía constitucional como un *élan* recreador de la ética constitucional, de vivir en comunidad bajo el *ethos*

- 
291. Agnes Heller, *Can modernity survive?*, Great Britain, Polity Press, 1990, pp. 145-159.
292. Luigi Ferrajoli, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, (Perfecto Ibáñez, editor)...., *op. cit.*, p. 29.
293. Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, *op. cit.* p. 303; Claus Offe y Ulrich Preuß, *Democratic institutions and moral resources*, Des-Arbeitspapier Nr. 5/90, Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen, 1990, pp. 23 ss.; Dieter Suhr, *Bewußtseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung. Über Hegel und Marx zu eiener dialektischen Verfassungstheorie*. Berlin, Duncker & Humblot, 1975, pp. 260 ss. y 288 ss.
294. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 835 ss.
295. José Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, *op. cit.*, pp. 11-22; Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984; asimismo, Emo Gotsbacher, *Informelles Recht*, Europäischer Verlag de Wissenschaften, Frankfurt, 1995, pp. 12 ss.

*politico* del bien común, como producto concreto de la cultura<sup>296</sup>. Esta moral constitucional se contrapone a la ideología del pesimismo postmoderno y neoliberal, ya que la falta de ética sustantiva y su pragmatismo asertivo, en las sociedades tradicionales puede ser rentable sólo para algunos a corto plazo, pero la ética constitucional, en cambio, es siempre provechosa para el conjunto de la sociedad a largo plazo.

Por ello, hay que señalar que todo pensamiento constitucional que no refleja el orden establecido por el poder, no es real aquí y ahora; pero sí factible de su realización en adelante. Ahora bien, no es menos cierto que “la Constitución es un hecho y un concepto histórico, asentado y referido a una realidad histórica; y esta realidad no es un conjunto de elementos aislados sino componentes de una totalidad en la que cada elemento se conecta con el todo....”<sup>297</sup>. En tal entendido, cabe señalar que existen diversos tipos de mentalidades constitucionales que otorgan distintas respuestas a los problemas constitucionales básicos del presente, pero que se pueden identificar históricamente, desde una sociología del conocimiento, a partir de distinguir entre las “ideologías que son las ideas que trascienden la situación, que nunca consiguen realizar de facto los contenidos que se proyectan”<sup>298</sup>, y las utopías que frecuentemente no son más que verdades prematuras y tienen la “función de alumbrar espacios de posibilidad que apuntan más allá de las continuidades históricas”<sup>299</sup>.

En ese entendido, se puede señalar que las mentalidades utópicas cuando se han planteado el tema de la realidad, se han caracterizado en la historia moderna, por dar respuestas totales al orden existente; así tenemos<sup>300</sup>:

a) *Mentalidad quiliástica*. Aspiraba a la conquista del presente inmediato sin incorporarse en las coordenadas históricas del tiempo y del espacio presentes, propio del pensamiento irracional que al afirmar una

296. Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, pp. 18 ss.; Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*..., op. cit., p. 14; asimismo, Ulrich Preuß, *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität. Von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsam in der Demokratie*, Ulm, S. Fischer, 1984, pp. 148 ss. y 196 ss.

297. Carlos de Cabo Martín, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, volumen II: *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*..., op.-cit., p. 270.

298. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie*, Frankfurt, Verlag Schulte-Bulmke, 1969, p. 171; desde la sociología del conflicto, revisar a Ralf Dahrendorf, *Pfade aus Utopia. Zur Theorie und Methode der Soziologie*, 1967, pp. 242 ss.

299. Jürgen Habermas, *El fin de una Utopía*, en *El País*, del 9 de abril de 1984, p. 14.

300. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie*..., op. cit., pp.190-222.



concepción del mundo que se basa en sí misma, desemboca por tanto en un extrañamiento del mundo, como pueden ser los movimientos terroristas de carácter religioso, político o nacionalistas.

- b) *Mentalidad liberal-humanitaria*. Se basa en la idea humanista del hombre, concebida como objetivo de realización en la historia; su objetivo ontológico es racionalizar la sociedad, la naturaleza, la producción, la cultura, las relaciones humanas, mediante la evolución y el progreso.
- c) *Mentalidad conservadora*. Se caracteriza por estar en completa oposición con la realidad moderna, en tanto no expresa la encarnación de los más altos valores e ideas sobrevenidas en el tiempo; por eso, el código moral construido por la tradición tiene un valor positivo, como fue planteado en la llamada “revolucion conservadora”.
- d) *Mentalidad socialista-comunista*. Se caracterizó por radicalizar los valores de la vertiente igualitaria de la utopía liberal; por ello, postuló leyes y condiciones históricas que dieran pautas al cambio total de la sociedad, como en las revolución rusa o china.

Ahora bien, el pensamiento utópico se ha transformado en pensamiento revolucionario, cuando de la teoría o la añoranza utópica han pasado o pretendido pasar a la acción política contrasistémica<sup>301</sup>. Pero, sólo la mentalidad liberal-humanista y social-comunista, en tanto expresiones de las necesidades democráticas y de una ética social, respectivamente, han producido expectativas e ilusiones en las sociedades modernas y tradicionales. Sin embargo, es el pensamiento liberal-humanista el que ha logrado sobrevivir, y se ha afirmado en torno a un pensamiento constitucional, que se entiende, entonces, como aquella formulación institucional que trasciende la realidad de un tiempo o lugar determinado, y que ordena la conducta de las personas, tendiendo a transformar parcial o totalmente el orden constitucional predominante.

Sin embargo, la mentalidad constitucional del liberalismo, en la práctica del Estado liberal, ha operado como un pensamiento ideológico que siguiendo a Mannheim<sup>302</sup>, representa tres maneras básicas de concebir el mundo: a) inconciencia de la incongruencia, que existe entre las ideas de libertad e igualdad y la realidad histórica y social, debido a la alienación jurídica del

---

301. Melvin Lasky, *Utopie und Revolution, Über die Ursprünge einer Metapher oder eine Geschichte des politischen Temperaments*, Rowohlt, 1989, pp. 65 ss. y 261 ss.

302. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie...*, op. cit., pp. 171-172.

positivismo; b) ocultamiento de las posibilidades de descubrir y comprender la incongruencia entre las ideas de libertad e igualdad con la realidad, debido a que el hombre se somete a los impulsos vitales de seguridad inmediata e intereses emocionales de no conflicto, y; c) engaño o falseamiento conciente de la realidad, pero a causa de la difusión –usualmente del poder– de una mentalidad constitucional y democrática insincera, donde la educación o propaganda a través de los medios de comunicación, ocupa un lugar central<sup>303</sup>.

Si bien las ideologías constitucionales tienden a ocultar inconcientemente, individual o estatalmente la realidad constitucional, las utopías constitucionales en cambio descubren y trascienden el orden constitucional presente, “en tanto y en la medida en que consiguen, por medio de una actividad de oposición, transformar la realidad histórica existente en otra más en consonancia con sus propias concepciones”<sup>304</sup>. Pero la utopía constitucional hay que distinguirla, al término del siglo XX, del pensamiento postmoderno y débil, que niega un planteamiento global y general, por el contrario apuesta por uno circunstancial, parcial y cambiante, como también hay que distanciarlo de un pensamiento fundamentalista –fuerte– religioso, político, económico del mercado puro, científico o ecológico, que actúan como una profecía del bien común de una realidad social o de un mundo espiritual del pasado o del futuro<sup>305</sup>.

En ese entendido,

ya que en la sociedad abierta a menudo faltan instancias creadoras de sentido, el peligro de que los seres humanos se aferren a doctrinas de salvación de todo tipo y con ello inconscientemente pongan en peligro la propia humanidad es desde luego grande. El Estado constitucional tiene que generar por tanto mucha fuerza atractiva y disponer de medios pedagógicos, para erigir diques contra el fundamentalismo, para contrarrestarlo como moderno problema también<sup>306</sup>.

Por ello, el pensamiento constitucional institucional basado en la idea humanista del hombre, hay que construirlo como una *utopía realizable relativamente*, en la medida que puede ser implementada en un orden social

303. Karl Popper, *Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el estado democrático...*, op. cit., p. 121.

304. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie...*, op. cit., p. 172.

305. Peter Häberle, *El fundamentalismo como desafío del estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del derecho y de la cultura*, en el compendio de trabajos del autor, titulado: *Retos actuales del Estado Constitucional...*, op. cit., pp. 143 ss. y 153 ss.

306. *Ibidem*, ..., op. cit., p. 154.

concreto, y no cabe entenderla como una *utopía irrealizable absolutamente*, en tanto expresión falsa o ideológica del orden social presente o potencial<sup>307</sup>. En tal entendido, el pensamiento constitucional utópico se incardina en la praxis constitucional; en donde los detentadores del poder –gobierno– toman como realidad el orden constitucional existente, y los opositores –oposición– consideran por realidad los fundamentos del orden constitucional por el cual luchan.

Sin embargo, hay que señalar que “el orden existente sólo es desafiado por otro orden de existencia, cuando la concepción utópica incorpora y da expresión a los movimientos pre-existentes de la sociedad y regresan a ésta en una perspectiva teórica de conjunto lista para la acción”<sup>308</sup>. En este proceso dinámico y abierto, los derechos fundamentales ocupan un rol precisamente de liderazgo ético e institucional, en tanto son concebidos como derechos de la persona proyectados a su realización progresiva hacia futuro y siempre en un sentido tutelar radical, como se presenta a continuación.

## 2 DERECHOS FUNDAMENTALES

El desarrollo constitucional tiene en los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo, debido a que “el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de Derecho, como aquellos conceptos se corresponden con el *rule of law* previamente establecido”<sup>309</sup>.

Sin embargo, se puede señalar que los derechos fundamentales constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes, y marcan un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad, que el iuspositivismo definitivamente no logra comprender con sus categorías normativas. En ese sentido, la reconstrucción del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada reali-

307. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie...*, op. cit., pp. 173 ss.

308. César Landa, *Derecho Político...*, op. cit., p. 132.

309. Gerhard Leibholz, *Verfassungsstaat und Verfassungsrecht*, Stuttgart, Verlag Kohlhammer, 1976, p. 16; asimismo, Willi Geiger, *Die Wandlung der Grundrechte*, en *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaates*, (Max Imboden, editor), Wien, Verlag Herder, 1965, pp. 9-33.

dad, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático, en su forma avanzada o tradicional<sup>310</sup>.

Para lo cual, se debe partir de reconocer que “la primera condición de la existencia de todos los seres humanos, que se constata en la historia, es que para vivir primero deben existir, lo que es condición para poder hacer la historia”<sup>311</sup>. Si bien, toda persona necesita *primun vivere deinde filosofare*, esto no supone reducir la condición humana al *homo economicus*, aunque si reconocer que el trabajo constituye el sistema material de satisfacción de las necesidades de toda persona “*Bedürfnisbefriedigung*”<sup>312</sup>.

En este sentido, se deben reconocer las condiciones reales que dan la pauta para la realización de los derechos fundamentales, en el marco constitucional; pero, sin someter absolutamente la validez de los derechos humanos a la fuerza normativa de los poderes públicos o privados transitorios, que muchas veces se presentan como portadores de las banderas del bienestar general, para soslayar sus práctica autocráticas. Por ello, son las necesidades radicales relativas a los derechos y libertades subjetivos, basadas en el conocimiento, el pensamiento, el sentimiento y la acción, las que delimitan y otorgan sentido humano –racional y volitivo– a las necesidades materiales primarias<sup>313</sup>, para evitar que se conviertan en instrumentos de convencimiento popular de las tiranías<sup>314</sup>.

En la perspectiva establecida, es la teoría sobre los derechos fundamentales, entendida como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales”<sup>315</sup>, la que más han avanzado en plantear la defensa y el desarrollo de los derechos humanos, como la principales barreras a los excesos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y privados. Ello ha sido así gracias a que la teoría de los derechos fundamentales se asienta en

310. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 75-92; asimismo, Alain Touraine, *Que est-ce que la démocratie?* Paris, Fayard, 1994, pp. 37 ss. y 57 ss.

311. Karl Marx y Friedrich Hegel, *Die Deutsche Ideologie*, en *Marx-Engels Gesamtausgabe*, tomo 5, Taunus, Verlag Detlez Auvermannn KG, 1970, op. cit., p. 17.

312. Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts...*, op. cit., tomo 2, §187-200, pp. 639 ss.; asimismo, Karl Marx y Friedrich Engels, *Die Deutsche Ideologie...*, op. cit., pp. 39 ss.

313. Agnes Heller, *General Ethics*, Basil Blackwell, London, 1988, pp. 131 ss.

314. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie...* op. cit., pp. 93 ss.

315. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 45.

una determinada idea de Estado, y en una determinada teoría de la Constitución, lo cual le permite superar la comprensión de los derechos fundamentales, no sólo desde una fundamentación exclusivamente técnico-jurídica, sino incorporándola a una concepción de Estado y de Constitución<sup>316</sup>, que a continuación se presentan.

## 21 Teorías del Estado de los derechos fundamentales

La idea de los derechos fundamentales, vinculada a la noción de Estado, se puede fundamentar en el plano teórico-doctrinal, siguiendo a Fioravanti, en tres modelos que se integran parcialmente: *historicista*, *individualista* y *estatalista*. De esta manera, tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)<sup>317</sup>.

### 2.1.1 Modelo historicista

La perspectiva histórica encuentra sus raíces en la etapa de construcción del Estado moderno, sobre todo en Inglaterra, donde se desarrolla la tradición europea medieval más clara de la limitación del poder político de “*imperium*”<sup>318</sup>. Por eso, se privilegian las libertades civiles negativas, que emanaban de la costumbre y de la naturaleza de las cosas, en virtud de lo cual se entendían como capacidades de actuar sin impedimentos del poder político. Estos derechos en verdad eran privilegios o prerrogativas, que quedaron plasmadas, durante la Baja Edad Media en los llamados contratos de dominación “*Herrschaftsverträge*”.

Por eso, se ha señalado que en la época medieval se condensan las raíces profundas del Mundo Antiguo y del primer cristianismo, que desarrollaron la idea de la libertad como *autonomía* y *seguridad*<sup>319</sup>. De ahí que se entienda inclusive que “la nueva sociedad liberal es en ese sentido nada

316. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, en VVDStRL, Berlin, Walter de Gruyter, 1963, pp. 53 ss.

317. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 25.

318. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno...*, op. cit., pp. 89-116.

319. Karl Loewenstein, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 335 ss.; asimismo, Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 157 ss.

menos que la generalización, oportunamente corregida y mejorada, de la antigua autonomía medieval de los derechos y libertades<sup>320</sup>. Sin embargo, es del caso recordar que los derechos y libertades civiles, no eran del hombre como persona individual, sino en tanto miembro de una organización corporativa, que definía su *status* jurídico.

El orden natural de las cosas asignaba a cada persona sus derechos civiles desde su nacimiento, en tanto que no se concebía la existencia de derechos políticos, en razón a que la ley estaba en función del equilibrio y control del gobierno; en todo caso, sometida a la tutela jurisprudencial y consuetudinaria de tales derechos, como en Inglaterra. En tal entendido, la profunda contradicción con el orden liberal de los derechos, es que éste no se somete a un “orden natural” dado, sino que es esencial la autonomía de la libertad para construir un orden diferente, donde la persona sea el centro de decisión y no objeto del “*statu quo*”.

### 2.1.2 Modelo individualista

Este modelo se basa en una mentalidad y cultura individual, propia del Estado liberal, que se opone al orden estamental medieval, en tanto la persona esta diluida en las organizaciones corporativas. Se afirma en un iusnaturalismo, que se expresa revolucionariamente como eliminación de los privilegios estamentales, y en la declaración de un conjunto de derechos y libertades del hombre. En ese sentido, Francia se constituye en el modelo del derecho moderno, basado en el individuo como sujeto de derechos y obligaciones, como quedó manifestado en la declaración de derechos y en el Código de Napoleón.

Pero el esquema individualista de derechos, como no pudo ser incorporado progresivamente en la sociedad, como aconteció en el proceso social inglés; por ello, requirió partir de una ficción jurídica-política, donde el contrato o pacto social fue el instrumento de articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, para mejor asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. Sobre la base del pacto social se establecerá en adelante el principio de la soberanía popular y del poder constituyente, que otorgaron legitimidad a la creación de una Constitución, como un instrumento de protección o garantía de los derechos inalienables del hombre<sup>321</sup>.

320. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 34.

321. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, op. cit., pp. 95 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., 811 ss.

En efecto, la presunción de libertad del hombre frente al Estado –*principio de distribución*– y la presunción de actuación limitada del Estado frente a la libertad –*principio de organización*–<sup>322</sup>, suponía que las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir la libertad de las personas, requerían de una ley y un mandato judicial<sup>323</sup>. En ese sentido, el liberalismo entenderá que los derechos civiles no eran creados por el Estado sino tan sólo reconocidos, lo cual suponía que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que éste era sólo un instrumento garantizador de los mismos.

A partir de entonces, los derechos políticos, como el derecho de sufragio, constituirán la base que otorga un nuevo elemento constitutivo a los derechos civiles, formando una sociedad de individuos políticamente activos, que orientan la actuación de los poderes públicos. De modo que, en adelante son los representantes electos por los propios ciudadanos los que se encargarán de configurar los derechos y libertades de los hombres a través de la ley, así como también establecer sus limitaciones de manera taxativa y restringida.

El modelo individualista, a diferencia del historicismo que sostuvo la concepción de los derechos como una manifestación del orden establecido, edificará formalmente los derechos y libertades de manera concreta, condicionando la actuación de la autoridad a los posibles excesos de los poderes constituidos. En este último sentido, el individualismo retomará la doctrina de la *libertad como seguridad*, para sus bienes y su propia persona<sup>324</sup>.

### 2.1.3 Modelo estatalista

Se basa en la idea de que el Estado total, es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello, “en la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es *bellum omnium contra omnes* significa *necesariamente* sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno”<sup>325</sup>.

322. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, pp. 125 ss.; asimismo, Zaccaria Giacometti, *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit*, en ZSR, tomo 74, 1955, Basel, pp. 163 ss.

323. Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, *op. cit.* pp. 305 ss.

324. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 46.

325. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 48.

En este sentido, no existe más distinción entre el pacto social y la declaración de derechos en que se funda, por cuanto, los derechos nacen con el Estado. En esta lógica, no se concibe un poder constituyente autónomo, como expresión de las voluntades individuales de la sociedad, sino como manifestación de la *decisión política*, en tanto está alejada de los cálculos individuales de la descompuesta y desesperada conveniencia de los sujetos. Si no que encuentran en la autoridad del Estado que los representa, el sentido de su unidad y orden político, convirtiéndose a partir de entonces en pueblo o nación, sin diferenciar si la autoridad se trata de un gobernante o asamblea autocrática o democrática<sup>326</sup>.

El modelo estatalista, en consecuencia, concibe que los derechos políticos son funciones del poder soberano, en tanto que la diferencia entre la libertad y el poder desaparece, a favor de este último. Asimismo, la autoridad estatal no se encuentra sometida ni a la Constitución ni a la costumbre, sino a la voluntad de la autoridad, en la medida que la necesidad de estabilidad y de unidad cumplen un rol que legitima transitoriamente al modelo estatalista, sobre todo en etapas de crisis social. Por ello, se ha dicho que “puede ser justo temer el arbitrio del soberano, pero no se debe por ello olvidar jamás que sin soberano se está destinado fatalmente a sucumbir a la ley del más fuerte”<sup>327</sup>.

Estas corrientes *historicista*, *individualista* y *estatalista* han tenido una clara expresión histórica desde el desarrollo del primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales, con las revoluciones burguesas del siglo XVIII y hasta la Segunda Guerra Mundial. Pero, a partir de la renovación democrática de los Estados constitucionales, durante la postguerra, se ha iniciado una segunda gran fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional<sup>328</sup>.

## 22 Teorías constitucionales de los derechos fundamentales

A partir de que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se dio lugar al

326. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 75 ss.

327. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 53.

328. Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, tomo I..., op. cit., pp. 85 ss.; asimismo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie...*, op. cit., pp. 42 ss.



desarrollo de una rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales sobre el contenido concreto de los derechos fundamentales; el cual ha estado alimentado por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional. En tal sentido, se pueden identificar a las principales teoría de los derechos fundamentales en seis grupos<sup>329</sup>:

## 2.2.1 Teoría liberal

Los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado, es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa “*Abwehrrechte*”. Se pone el acento en el *status negativus* de la libertad, frente y contra el Estado. En este sentido clásico de los derechos fundamentales, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, en la medida en que, como reza el artículo 4º de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano: “la libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley”<sup>330</sup>.

La libertad es garantizada sin condición material alguna, es decir, no está sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no es objeto de normación, sino en la medida que sea compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley; por ello se han dado garantías tales como “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y la prohibición de la retroactividad de la ley<sup>331</sup>. En ese sentido, se puede decir que la defensa de la libertad humana, se convierte en el fin supremo de la socie-

329. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, pp. 100 ss., hay versión en castellano: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1997; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, en *Staat, Verfassung, Demokratie...*, *op. cit.*, pp. 115 ss., se trabaja con la versión española: *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 44 ss.; Peter Häberle, *Recientes aportes sobre los Derechos Fundamentales en Alemania*, en *Pensamiento Constitucional*, 1994..., *op. cit.*, pp. 45 ss.; Klaus Kröger, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 13-30; asimismo, Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, *op. cit.*, pp. 295-316

330. Giorgio del Vecchio, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française*, Edition Fondation Européenne Dragan, Rome, 1968, p. 39.

331. Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, Paris, en LGDJ, 1972, pp. 129 ss.; asimismo, Jean Rivero, *Les libertés publiques*, tomo 1, Presses Universitaires de France, Paris, 1981, pp. 145-152.

dad y del Estado, actuando como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal<sup>332</sup>.

En virtud de ello, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad; pero, en caso de colisión no siempre se resuelve con el *indubio pro libertate*, sino a través del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad<sup>333</sup>.

Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, es la vinculación negativa del legislador a los mismos, entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado<sup>334</sup>. De ello se desprende la noción de límite de la ingerencia de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que dan lugar a la realización de los derechos fundamentales, en la medida que “los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la libertad socialmente ya existente o en formación”<sup>335</sup>. Esto sólo es posible a partir de una concepción ética de los derechos fundamentales.

## 222 Teoría de los valores

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración de la entreguerra, para la cual “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución... este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales”<sup>336</sup>.

332. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 36 ss.

333. Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1961, pp. 125 ss.; Ulrich Scheuner, en *VVDStRL 20, Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1963, pp. 125-126; asimismo, Josef Isensee, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, en *JZ*, 22, 1996, pp. 1090.

334. Manuel Medina, *la vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 9 ss.

335. Hans Ipsen, *Über das Grundgesetz - nach 25 Jahren*, en *DÖV*, N° 27, 1974, p. 295.

336. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht...*, op. cit., p. 164.

El Estado se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad cultural de valores. Por ello, los derechos fundamentales están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, se busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, prescindiendo del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material, es decir se busca el sentido esencial del derecho fundamental en cuestión, y se relaciona o integra el derecho fundamental con la totalidad del orden de vida y los valores constitucionales vigentes<sup>337</sup>.

Esta concepción de los derechos se relanza con la ética material de los valores “*material Wertethik*”<sup>338</sup>, donde los derechos fundamentales, asumiendo sus contenidos axiológicos como emanación de la comunidad estatal, se manifiestan a través de decisiones valorativas “*Wertentscheidung*”. En tal entendido, los derechos fundamentales son concebidos como normas éticas objetivas, fiel expresión del orden valorativo de la sociedad, que se va expresando en normas legales y sentencias<sup>339</sup>.

La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales, dejando abierta la pregunta acerca de cómo identificar los valores supremos o superiores de la comunidad. Al parecer, corresponde aplicar el método de las ciencias del espíritu para conocer la jerarquía de la conciencia valorativa de la comunidad, que es alcanzable como una evidencia preferentemente intuitiva “*intuitive Vorzugsevidenz*”<sup>340</sup>, o mediante el juicio de valor cultural y moral del momento, que no está exento de un juicio de valor superior frente a otro inferior<sup>341</sup>.

Someter los derechos fundamentales a la valoración intuitiva o al estado de conciencia social, en etapas de rápidas transformaciones y cambios, permite suponer el cambio o la afectación de los valores supremos y eternos de una sociedad, de donde el carácter pre-existente y vinculante de los princi-

337. *Ibidem.*, *op. cit.*, pp. 166 ss.

338. Nicolai Hartmann, *Ethik*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1926, pp. 107 ss. y 227 ss.

339. Hermann Weinkauff, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, en *Naturrecht oder Rechtspositivismus?...*, *op. cit.*, pp. 556 ss.; asimismo, Arthur Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts*, en *Die Ontologische Begründung des Rechts* (A. Kaufmann, editor), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965, pp. 505 ss.

340. Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik*, en *Gesammelte Werke*, Vol. 2, Bern, Francke Verlag, 1954, pp. 110 ss. y 284 ss.; asimismo, Nicolai Hartmann, *Ethik...*, *op. cit.*, pp. 166 ss. y 252 ss.

341. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 136 ss.

pios y valores que dan sentido a la unidad de una comunidad, no permanezcan estables o inmodificables. En este sentido, los derechos fundamentales se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu del momento “*Zeitgeist*”<sup>342</sup>.

Es evidente que la perspectiva de la teoría del valor tiende a uniformizar, en torno a determinados presuntos valores supremos objetivos, a los valores minoritarios; pero, en la práctica de las sociedades tradicionales, la dialéctica del conflicto entre los valores sociales no terminan integrándose, sino que “en la jerarquía de valores contrariamente valen otras relaciones, que se justifica en que el *valor* destruye al antivalor y el valor más alto trata como inferior al valor menor”<sup>343</sup>. Por ello, los derechos fundamentales en un sentido objetivo valorativo como subjetivo liberal, terminan tiranizando a aquellos sectores minoritarios o desvinculándose de las mayorías sociales; lo que abre paso a replantear la teoría de los derechos fundamentales, a partir de la teoría institucional.

### 2.2.3 Teoría institucional

Los derechos fundamentales, entendidos como derechos objetivos absolutos o como derechos subjetivos individualistas, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a las demandas del desarrollo jurídico-social. De ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional<sup>344</sup>.

En tal sentido, se debe partir de entender que, para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subje-

342. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 59 ss.

343. Carl Schmitt, Eberhard Jüngel, Sepp Schelz, *Die Tyrannei der Werte*, Hamburg, Lutherisches Verlagshaus, 1979, p. 38.

344. Ivor Jennings, *Die Theorie der Institution*, en *Institution und Recht* (Roman Schnur, editor), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 99-117; asimismo, Niklas Luhmann, *Institutionalisierung-Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft*, en *Zur Theorie der Institution* (Helmut Schelsky, editor), Universitätsverlag, 1973, pp. 27 ss., y; Helmut Schelsky-Gedächtnissymposium Münster 1985, *Recht und Institution* (edición de la Universidad de Münster), Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 19 ss. y 71 ss.

tivos<sup>345</sup>. Pero es, precisamente, mediante la actuación estatal de las mayorías parlamentarias transitorias como derechos objetivos, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido. Por eso, Schmitt trazó una línea divisoria entre los derechos de libertad y la garantía institucional, a fin de evitar la vulneración de las libertades en manos del legislador, sin embargo, “la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional”<sup>346</sup>.

Por otro lado, cabe precisar que los derechos fundamentales, en tanto gozan junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así el doble carácter de los derechos fundamentales<sup>347</sup>. Pero es Häberle quien desarrolla la categoría de los límites del legislador, en relación a los derechos fundamentales, reformulando la tesis de la reserva de ley y postulando la tesis central de contenido esencial “*Wesensgehaltgarantie*” de los derechos fundamentales, como fórmula sintética que encierra el concepto de valor que se encuentra en cada derecho fundamental<sup>348</sup>.

Se puede decir, entonces, que a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar el contenido esencial de los mismos, a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta. Pero que encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional<sup>349</sup>. En ese sentido, “el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamen-

345. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel...*, op. cit., p. 612 y 618 ss.; asimismo, revisar: Erick Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clasula rebus sic stantibus*, (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1911), Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp. 128 ss., y; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 163 ss.

346. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 170; Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Eirichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, 1979, pp. 63 ss., y; Luciano Parejo, *Garantía Institucional y Autonomías Locales...*, op. cit., pp. 23 ss.

347. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., pp. 127 ss.

348. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 116 ss.; asimismo, Juan Gavara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994, pp. 99 ss.

349. Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel...*, op. cit., pp. 296 ss.

tal<sup>350</sup>. Por ello se puede hablar de una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de un derecho fundamental, y de una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales, que justifiquen limitar derechos fundamentales<sup>351</sup>. En esa tarea de integración, propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales, se trata de ponderar diversos bienes jurídicos “*Güterabwägung*”, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales<sup>352</sup>.

La realización práctica del sistema de derechos fundamentales, supone el reconocimiento de un *status activus processualis*, que permite la tutela jurisdiccional de los derechos ciudadanos<sup>353</sup>. En ese sentido, los derechos fundamentales son vinculantes, en tanto se les concibe como categorías jurídico-positivas, lo cual alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional<sup>354</sup>. Sin embargo, “la Constitución no puede pues resolver por si sola la cuestión social, sino solamente aparecer como un marco de una determinada realidad y de un programa social *res publica semper reformanda*”<sup>355</sup>.

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo adquieren visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común como objetivo humano reclama de la acción del Estado acciones concretas. En ese sentido, “los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como *status*; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano devienen en realidad vital, y como tal se entiende el Derecho como género”<sup>356</sup>.

- 
350. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., p. 109.
351. Antonio Lopez Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia...*, op. cit., ponencia de Peter Häberle, sobre *El legislador de los derechos fundamentales*, pp. 120 ss.
352. Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, pp. 207 ss.; asimismo, Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 95 ss. y 127 ss.
353. Peter Häberle, *Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat*, en *VVDStRL* 30, 1972, pp. 82 ss.
354. Peter Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, Berlin, Walter de Gruyter, 1972, pp. 90 ss.; asimismo, del autor: *Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen*, en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates...*, op. cit., pp. 352-359.
355. Jörg Paul Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Basel-Frankfurt, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1981, p. 167; asimismo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 72 ss.
356. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., p. 199; Reinhold Zippelius, *Rechts und gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 67 ss.

Por ello, la ley ya no se presenta como limitación a la intervención del legislador en la libertad dada, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de la libertad instituida; esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto de ley. Que también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando la última barrera del contenido institucional de la libertad «*Schranken-Schrank*»<sup>357</sup>. De ahí la importancia de establecer una teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador, que hagan inmunes el contenido esencial de los derechos fundamentales de las mayorías parlamentarias transitorias, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad “*Gemeinschafts-bindung*”<sup>358</sup>.

En consecuencia, la ley en el sentido institucional, está orientada concretamente a la realización del objetivo de la libertad como instituto, es decir, la garantía institucional de la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de libertad. En este sentido, “los derechos fundamentales son institutos, sólo cuando pueden ser *efectivamente* reivindicados por los titulares –cambiar el hecho por la norma–, es decir cuando son *regla*”<sup>359</sup>.

El desarrollo fértil de la doctrina institucional de los derechos fundamentales, ha dado lugar a dos subteorías institucionales, que a continuación se esbozan.

- i. *Teoría sistémica*. Parte de una interpretación propia del Derecho, en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista<sup>360</sup>. En ese sentido, “los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo (simbólico-comunicativo) de la personalidad”<sup>361</sup>.

357. Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*..., *op. cit.*, pp. 98-134; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional*..., *op. cit.*, pp. 108 ss. y; Marcel Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pp. 218-228.

358. Hartmut Jäckel, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, pp. 29-40, asimismo, Manuel Medina, *la vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*..., *op. cit.*, pp. 48 ss.

359. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional*..., *op. cit.*, p. 211.

360. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp 124-164; asimismo, del autor: *Grundrechte als Institution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, pp. 14-25 y, *Ausdifferenzierung des Recht. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, pp. 273 ss.

361. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*..., *op. cit.*, p. 82.

Hay que destacar que el análisis sistémico de los derechos fundamentales, también incorpora la compleja variable social; es decir, el ejercicio de los derechos y libertades se encuentra en correspondencia con el sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional<sup>362</sup>. En ese sentido, “los derechos fundamentales quedan así relegados a la condición de meros subsistemas cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo, de este modo, su dimensión emancipatoria y reivindicativa de exigencias y necesidades individuales y colectivas”<sup>363</sup>.

- ii. *Teoría multifuncional*. Busca superar la unilateralidad de las distintas teorías sobre los derechos fundamentales, dada la pluralidad de fines e intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Así, las demandas para democratizar la sociedad sobre la base de la participación ciudadana, como también para cumplir con los objetivos del Estado social del Derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad, son factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales<sup>364</sup>.

Con esto se puede decir que la diversidad de funciones constitucionales, de los derechos fundamentales, está en relación directa con las funciones de la propia Constitución que la doctrina constitucional suiza ha aportado al desarrollo constitucional<sup>365</sup>. En este sentido, se puede señalar que no sólo la Constitución, sino también los derechos fundamentales participan de las funciones: racionalizadora, ordenadora, estabilizadora, unificadora, contralora del poder; así como, del aseguramiento de la libertad, la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y del desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado<sup>366</sup>.

362. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts...*, op. cit., pp. 35 ss.; asimismo, Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 11 ss. y 72 ss.

363. Enrique Perez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 301.

364. Ernst Denninger, *Staatrecht*, vol. 2, Hamburg, Rowohlt, 1979, pp. 136 ss.; Walter Kälin, *Verfassungsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, pp. 23 ss.; Helmut Willke, *Stand und Kritik der neuen Grundrechtstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, pp. 204 ss.

365. Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, *Antworten*, Bern, Universitäten, tomos I, III y VI, 1969/1970/1973, pp. 12 ss., 16 ss., y 14 ss., respectivamente; asimismo, Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Bern, Verlag Stämpfli / Cie, 1964, pp. 184-192; Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1966, pp. 536 ss.

366. Klaus Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, München, 1984, pp. 82 ss.; Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte*, II, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997,



## 224 Teoría democrática-funcional

Se parte de concebir a los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa, de allí que “no hay legitimidad del derecho sin democracia y no hay democracia sin legitimidad del derecho”<sup>367</sup>. Es decir, se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales como elementos constitutivos y participatorios de la democracia estatal. Desde esta perspectiva social y ciudadana, se puede plantear que hay no sólo derechos fundamentales, sino también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional. En este último sentido, los derechos fundamentales no son bienes jurídicos de libre disposición, sino que presentan límites, en tanto los ciudadanos de una comunidad democrática tienen los límites y el deber de fomentar el interés público<sup>368</sup>.

La idea de que los derechos fundamentales deben asegurar el fortalecimiento del Estado constitucional, se ha visto expresada en el desarrollo de los derechos a la libertad de opinión, libertad de prensa y libertad de reunión y asociación, como bases necesarias para el funcionamiento de la democracia. Aquí se percibe la clara influencia de la teoría de la integración, que ubica al hombre como ser político en relación directa con el Estado como expresión del derecho político<sup>369</sup>. Por ello, como señala Böckenförde, “el objeto (*Aufgabe*) y la función (*Funktion*) pública y democrático-constitutiva es lo que legitima los derechos fundamentales, y también lo que determina su contenido”<sup>370</sup>.

En tal sentido, el punto de partida, orientación y límites de los derechos fundamentales se encuentra en el proceso político democrático, que se convierte en el valor constituyente del contenido, del ejercicio y de los contenidos de los derechos de la persona. En consecuencia, lo *políticamente correcto* se

---

pp. 16-28; asimismo, Peter Häberle, *Die Funktionenvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des “gemischten” Verfassungsverständnisses*, en *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Libro de Homenaje a Dietrich Schindler por sus 65 años, editores W. Haller, A. Kölz y otros, 1989, pp. 701 ss.

367. Oliver Gerstenberg, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie...*, *op. cit.*, p. 19.

368. Hans Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat. Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart*, Kohlhammer, Stuttgart, 1972, pp. 27 ss.

369. Rudolf Smend, *Verfassungs- und Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 75 ss. y 128 ss.

370. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 61; asimismo, Reinhold Zippelius, *Rechts und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft...*, *op. cit.*, pp. 233 ss.

convierte en el parámetro de validez de los derechos humanos, tarea que ya no queda delimitada en cada caso por el titular del derecho, sino por un consenso social que representa una posición intermedia o intersubjetivista, entre las tesis individualista y colectivista de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta tesis de la democracia-funcional de los derechos fundamentales, no deja de presentar interrogantes, acerca de la posible presión social contra la aparición de nuevos derechos que se originan en los valores periféricos del consenso democrático existente. Son los casos de la libertad de expresión o del derecho electoral, entendidos como derechos fundamentales absolutos, que pueden dar lugar a la transmisión de ideas y programas políticos, cuestionables desde una posición democrática –no funcionalista ni avalorativa–. Lo cual abre un debate acerca de los límites y diferencias de los derechos fundamentales, sobre todo cuando aportan una carga político-social<sup>371</sup>.

### 2.25 Teoría jurídico-social

El punto de partida de esta teoría de los derechos fundamentales, es la insuficiencia no sólo de la deshumanizada teoría individualista de los derechos, sino también la insuficiencia de una concepción meramente positivista de los derechos económicos y sociales, entendida como la norma programática sujeta a la reserva de ley<sup>372</sup>, o abstracta delimitación de la libertad por la igualdad y la justicia<sup>373</sup>. Por ello, es sólo con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social, que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales, como derechos subjetivos de realización mediata para el particular; y como derechos objetivos vinculantes para el Estado, es que se puede hablar de derechos normativos<sup>374</sup>, sobre todo gracias a los aportes de la dogmática de la constitución económica<sup>375</sup>.

371. Herbert Krüger, *Staatslehre*.... *op. cit.*, pp. 543 ss.

372. Carl Schmitt, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), en el compendio del autor: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, pp. 181 ss.

373. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*.... *op. cit.*, pp. 93 ss.; planteamiento criticado por Jörg Paul Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*...., *op. cit.*, pp. 152 ss. y, Friedrich Müller, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 172 ss. y 197 ss.

374. Peter Badura, *Das Prinzip der sozialen Grundrechten und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, en *Der Staat*, tomo 14, 1975, pp. 17 y ss; asimismo, José Luis Cascajo, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, en *Cuadernos y Debates* N° 5, Madrid, CEC, 1988, pp. 67 ss.

375. Fritz Gygi, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981, pp. 36 ss. y 109 ss.; asimismo, Hans Peter Ipsen, *Über der Grundgesetz - nach 25 Jahren*, en *DÖV*...., *art. cit.*, pp.295 ss.

En esta perspectiva subyacen dos cosas:

de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la implementación de la libertad en la realidad constitucional<sup>376</sup>, y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derechos fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales<sup>377</sup>.

En tal sentido, los presupuestos sociales de esta concepción de los derechos económicos y sociales son constituyentes del carácter jurídico de los mismos, en la medida que el origen y el fin de su carácter normativo reposa en el concreto ambiente económico y social necesario para su eficacia social, sin perjuicio del rol orientador y de fomento del Estado hacia una sociedad económica basada en la justicia distributiva<sup>378</sup>. En consecuencia, el desarrollo económico y social es una premisa necesaria, aunque no suficiente, de la legitimidad de los derechos socio-económicos, debido a que los derechos sociales podrán cumplir su función social sólo en la medida que su proyección normativa sepa desarrollar los elementos jurídico-sociales, que no dejen vacía o sin realización a la norma constitucional de los derechos sociales<sup>379</sup>.

El problema de esta teoría, radica en la dependencia de la vigencia de los derechos sociales de la situación de bienestar económico del Estado, por ello si bien los derechos sociales son norma de cumplimiento obligatorio diferido del Estado, la exigencia judicial de la aplicación de las mismas sólo es factible de realizarse en la medida que el legislativo y el gobierno hayan presupuestado el cumplimiento de las mismas<sup>380</sup>. Con lo cual, la eficacia de los derechos sociales previstos en la Constitución, queda reducida a la decisión política del gobierno, y en el mejor de los casos, a la negociación del gobierno con la oposición, pero sin llegar a cerrar la nueva brecha entre los

---

376. Así, la formulación en la Sentencia del Tribunal Federal Administrativo 27, 360 (362); en sentido afirmativo Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*.... *op. cit.*, pp.70 ss.

377. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*..., *op. cit.*, p. 64.

378. John Rawls, *A theory of justice*..., *op. cit.*, pp. 11 ss., 147 ss. y 525 ss.

379. Peter Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*..., *op. cit.*, pp. 69 ss.

380. Daniel Trachsel, *Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, pp. 59 ss.; Klaus Kröger, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*... *op. cit.*, pp. 28 ss.

derechos jurídicos y derechos reales, que caracterizó desde una perspectiva individualista al divorcio entre la libertad jurídica y la libertad real<sup>381</sup>.

### 2.26 Teoría de la garantía procesal

La teoría según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales, proviene del interés de otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos, pero profundizando y avanzando más allá del “*status activus processualis*” planteado por Häberle<sup>382</sup>. En efecto, desde una perspectiva práctica, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales que permiten accionar, no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y, segundo, que se garantice el debido proceso material y formal.

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que a un derecho corresponda siempre una acción, y que una acción suponga siempre un derecho. En consecuencia, “las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso”<sup>383</sup>.

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales para proteger los propios derechos fundamentales, sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios y hasta los tribunales administrativos, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales, sino traspasar adecuadamente institutos, elementos y principios del derecho procesal a los procesos constitucionales. En ese sentido, los derechos

381. Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1964, pp. 63 ss. y 99 ss.

382. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 289 ss.

383. Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1981, p. 209.

fundamentales como garantías procesales, se convierte tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales<sup>384</sup>.

Pero la teoría de la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos, sino que también se extiende al proceso parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes, y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstas adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales de la participación de las minorías políticas y de la oposición parlamentaria<sup>385</sup>.

Finalmente, cabe decir que las diversas teorías de los derechos fundamentales, presentan tanto aportes adecuados para el desarrollo de los derechos de libertad, como también resultan insuficientes para resolver por sí solos los problemas contemporáneos de la falta de realización de los derechos fundamentales, en todas las regiones y en culturas diferentes<sup>386</sup>. Por eso hay que recordar que, junto a las teorías de los derechos fundamentales, se encuentran diversas concepciones jurídicas de Estado, sociedad, economía y naturaleza, que deben poner en relación de interdependencia a estos derechos con las variables culturales de cada Estado constitucional, para afrontar integralmente la teoría y la praxis de los derechos fundamentales<sup>387</sup>. De lo contrario, los derechos fundamentales quedarían reducidos a un ejercicio normativo y semántico, sometidos a los poderes fácticos, como se ha puesto en evidencia en el Estado neoliberal contemporáneo<sup>388</sup>.

En ese sentido, la realidad constitucional está caracterizada, básicamente, por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos, proceso en el cual el perfeccionamiento, o la creación de métodos de interpretación constitucional, ayudan a otorgar sentido a la teoría y a la práctica de los derechos fundamentales.

---

384. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., p. 292.

385. Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien...*, op. cit., pp. 217 ss. y 265 ss.; asimismo, John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 148 ss.

386. Felix Ermacora, *Menschenrechte in der sich Wandelnden Welt*, tomo II, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 1983, pp. 31 ss.

387. Konrad Hesse, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, en *EuGRZ* 1978, pp. 437 ss.

388. Pedro de Vega, *Neoliberalismo y Estado...*, op. cit., pp. 31 ss.

### 3 INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Sólo a partir de la praxis del Estado democrático y social de Derecho, y del desarrollo de los derechos fundamentales, la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de movilización de la teoría constitucional y de la teoría del derecho, dinámica que ha llevado a la construcción de una propia teoría de la interpretación constitucional<sup>389</sup>, debido a la demanda social y a las respuestas sobre todo de la jurisdicción constitucional en torno a los derechos fundamentales<sup>390</sup>.

Baste señalar que en el constitucionalismo clásico, la interpretación constitucional no existía como problema, en tanto los derechos y garantías de la Constitución se realizaban en el marco del Código Civil y el Código Penal, por un lado, mediante las técnicas de la interpretación del derecho privado, que fueron asumidas como la teoría general de la interpretación<sup>391</sup>, mediante la hermeneútica jurídica<sup>392</sup>; y, por otro, la parte orgánica de la Constitución, que era un asunto político no interpretable jurídicamente<sup>393</sup>. En general, no era una necesidad jurídica interpretar la Constitución, dado el carácter y la comprensión fundamentalmente política de la norma suprema, por ello, diría Jefferson, la Constitución no es más que el sentido común de la sociedad expresado en fórmulas jurídicas.

- 
389. Christian Starck (editor), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo II, *Verfassungsauslegung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, donde recoge los trabajos de buena parte de la doctrina alemana sobre la interpretación constitucional, de autores como Badura, Kirchhof, Zippelius, Frowein, Klein, Schneider, entre otros.
390. Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, *op. cit.*, pp. 150 ss.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Methode der Verfassungsinterpretation-Bestandaufnahme und Kritik*, en *NJW*, Nº 46, 1976, pp. 1089 ss., se trabaja con la versión en castellano en *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 13 ss.; asimismo, Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1991, pp. 213 ss., 325 ss. y 377 ss.; asimismo, René Gralla, *Der Grundrechtsschutz in Dänemark*, Frankfurt-Bern-New York-Paris, Peter Lanf, 1987, pp. 65 ss., 81 ss. y 187 ss.
391. Emilio Betti, *Teoria General della Interpretazione*, tomos I y II, Milano, Giuffrè editore, 1955, pp. 292 ss. y 789 ss., respectivamente.
392. Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, 4 ed., pp. 162 ss. y 185 ss.
393. Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1994, pp. 15 ss.; asimismo, Tomás de la Quadra, *Métodos y criterios de interpretación de la Constitución*, en Antonio López Pina (editor), *División de Poderes e Interpretación, hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 134 ss.

Por el contrario, la ley se entendía como prolongación de la racionalidad social, donde el legislador –según Rousseau– no debía ser concebido como el mecánico que inventa la máquina, sino como el naturalista que, sin hacer las leyes, las descubriese y se limitase a formularlas. Entonces, “por ser prolongación del sentido común y de la racionalidad interna de la sociedad, y por poseer además un carácter puramente formal, la legalidad constitucional deberá verse presidida por los principios de claridad y transparencia”<sup>394</sup>.

En consecuencia, en la primera hora del constitucionalismo moderno, la interpretación constitucional se convierte en un tema superfluo, dado el rol indiscutible de la ley y la pretensión de claridad y transparencia de la legalidad. De ahí que, como decía Montesquieu, “los jueces de una nación no son [...] sino la boca que pronuncia las palabras de la ley”<sup>395</sup>. A tenor de lo expuesto, “el formalismo, la neutralidad axiológica, la claridad y la consiguiente ausencia de la necesidad de interpretación, serían otras tantas de las características con las que aparece en la historia la legalidad constitucional moderna y que, naturalmente, condicionaron los primeros y más significativos tratamientos doctrinales de la misma”<sup>396</sup>.

Por ello, la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional, sólo cuando la propia norma suprema se transforma en norma exigible directamente por los ciudadanos; ello sucede a partir de dos procesos sucesivos:

Primero, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, “a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden”<sup>397</sup>. En este sentido, también,

---

394. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, *op. cit.*, pp. 816 ss. y en concreto p. 817.

395. Montesquieu, *Esprit de lois...*, *op. cit.*, p. 127 y ss.; sin embargo, es del caso señalar que en la experiencia norteamericana, siguiendo la tradición anglosajona, los jueces tempranamente se convirtieron en los intérpretes autorizados de la Constitución y de la ley, Ronald Dworkin, *Law's Empire. The moral reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 15 ss. y 49 ss.; asimismo, John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 43 ss.

396. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, *op. cit.*, p. 817.

397. Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)...*, *op. cit.*, p. 204.

el Estado constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto sobre el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional<sup>398</sup>.

Segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales, e incorporan fundamentalmente valores, principios constitucionales y derechos socio-económicos en el Estado social de Derecho, a partir de la segunda postguerra obligó, sobre todo a los jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no sólo dentro de lo jurídicamente debido<sup>399</sup>, sino también dentro lo constitucionalmente posible<sup>400</sup>.

Sobre la base de ese orden supremo constitucional, y de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, se puede decir que la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico del Derecho Constitucional contemporáneo; lo cual se afirma con la judicialización de la Constitución, a través del rol de los tribunales constitucionales, en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la Constitución<sup>401</sup>. Proceso que ha puesto en movimiento a las corrientes iusfilosóficas y de la teoría del Derecho<sup>402</sup>, así como a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y a la dogmática constitucional<sup>403</sup>, base sobre las cuales, a continuación, se presentan algunos métodos de interpretación constitucional:

- 
398. Manuel García Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de derecho...*, *op. cit.*, pp. 28 ss., en especial 30-31; asimismo, Christian Starck, *Constitutional Interpretation*, en Christian Starck (editor), *Studies in German Constitutionalism...*, *op. cit.*, pp. 51 ss.
399. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, *op. cit.*, pp. 251 ss.; Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución...*, *op. cit.*, pp. 277 ss. y 539 ss; asimismo, Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1990, pp. 37 ss.
400. Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, pp. 302 ss.; asimismo, Christian Starck, *Constitutional Interpretation*, en Christian Starck (editor), *Studies in German Constitutionalism...*, *op. cit.*, pp. 59 ss.
401. Gerhard Leibholz, *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, en *JÖR*, Nueva Serie, tomo 6, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1957, pp. 110 ss.
402. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgründlegend richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt, Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1972, pp. 116 ss.; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1975, pp. 298 ss.
403. Ralf Dreier y Friedrich Schwegmann (editores), *Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1976, donde



### 3.1 Interpretación hermeneútica

Esta teoría concibe a la Constitución como una norma jurídica más, que debe ser interpretada conforme a los métodos de interpretación de la ley<sup>404</sup>. Así, “la Constitución esta subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes. Con esto la Constitución se hace patente en su sentido y es controlable en su ejecución. Su estabilidad se obtiene de los límites que prevé las dificultades de su modificación, que ha trazado la interpretación de la ley a través de su objeto”<sup>405</sup>.

En ese sentido, las reglas de interpretación de la ley son válidas para la interpretación de la Constitución, es decir, las interpretaciones semántica, histórica, lógica y gramatical postuladas por Savigny son aplicables a la Constitución<sup>406</sup>. Equiparar la ley a la Constitución, supone también transferir los atributos de la norma legal a ley suprema, en tal sentido, la ley como norma jurídica se caracteriza por una determinada estructura lógico-formal, en la cual se produce el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con carácter obligatorio y coercitivo<sup>407</sup>. Con todo, resulta bastante ingenuo hacer una identidad de la ley con la Constitución, en la medida que “la Constitución es, partiendo de esta estructura, un *ordenamiento-marco*, esto es, fija standarizadamente sólo condiciones marco y reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión políticas y adopta decisiones (de principio) fundamentales para la relación Individuo, Sociedad y Estado, pero no contiene ninguna regla singular suceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo”<sup>408</sup>.

---

se reúnen importantes ensayos de Forsthoff, Ehmke, Häberle, Müller, Böckenförde, Pestalozza, Kriele, Schneider, Hollerbach, Krüger y Lerche.

404. Peter Lerche, *Stil, Methode, Ansicht. Polemisch Bemerkung zum Methodenproblem*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1976, pp. 115 ss.; asimismo, Emilio Betti, *Teoria General della Interpretazione*, tomos I y II, *op. cit.*, pp. 629 ss. y 925 ss., respectivamente.
405. Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, *op. cit.*, pp. 148; Klaus Röhl, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Köln, C. Heymanns Verlag, 1994, pp. 106 ss.; asimismo, en el ámbito de la interpretación legislativa, revisar: Vittorio Frosini, *Gesetzgebung und Auslegung*, Baden-Baden, Nomos Berlagsgesellschaft, 1995, pp. 35 ss. y 66 ss.
406. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts...*, *op. cit.*, pp. 212 ss.; del mismo autor, *Juristischer Methodenlehre...*, *op. cit.*, pp. 18 ss.; asimismo, Ernst Forsthoff, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle, Niemeyer Verlag, 1940, pp. 18 ss.
407. Herbert L.A. Hart, *The concept of law...*, *op. cit.*, pp. 18 ss.; Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 22 ss. y 81 ss.; asimismo, Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität... op. cit.*, pp. 40 ss.

Por ello, se ha intentado replantear algunas bases de la teoría de la interpretación hermenéutica a partir de la praxis<sup>409</sup>; pero, como la hermenéutica esta afinada en un concepto de conocimiento normativo, resulta insuficiente como método de interpretación constitucional. Más aún, si se toma en consideración que las constituciones de la postguerra tienen una impronta iusnaturalista, en virtud de la cual, primero, son normas de consenso valorativas, donde la unidad política de las fuerzas políticas pluralistas de la sociedad se ha logrado gracias a un arco iris de intereses comunes, y, segundo, que han alcanzado ese consenso político gracias tanto al sacrificio del carácter técnico lógico-jurídico de la norma constitucional, como a la organización y funcionamiento racionalizado del gobierno y la oposición<sup>410</sup>.

En ese entendido, las tradicionales reglas de la interpretación de la ley con que actúa el juez ordinario, propias del Derecho privado, que busca revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subjetiva del legislador<sup>411</sup>, mediante el análisis literal del texto de la norma, de los elementos lógico-rationales y las relaciones establecidos entre ellas, así como las situaciones históricas dadas en el tiempo de la aprobación de la ley, y los distintos elementos de la norma, con el objeto de considerar la unidad racional de su proceso de creación<sup>412</sup>, resultan necesarias pero insuficientes para la interpretación constitucional contemporánea. Por cuanto, la Constitución es una norma jurídica y política abierta, y en proceso permanente de integración infraestatal y supranacional, característica propia del Derecho Constitucional en las postrimerías del siglo XXI. Es en este último sentido que Häberle considera maduro el tiempo presente para añadir un quinto método de interpretación: el método comparativo<sup>413</sup>.

- 
408. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 17; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte...*, op. cit., pp. 71 ss., donde se analiza la estructura de los principios y reglas constitucionales; asimismo, Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 23 ss., donde se distingue entre Constitución como norma política y leyes constitucionales, como norma jurídica particular.
409. Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode...*, op. cit., pp. 250 ss. y 284 ss.
410. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 816; asimismo, Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries...*, op. cit., pp. 67 ss.
411. Herbert Krüger, *Verfassungsauslegung aus den Willen des Verfassungsgebers*, en Ralf Dreier y Friedrich Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation...*, pp. 142 ss.
412. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, op. cit., pp. 350 ss.; Josef Esser, *Wege der Rechtsgewinnung* (P. Häberle y H. Leser, editores), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, pp. 278 ss.; asimismo, Winfried Hassemer (editor), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Decker & Müller, 1984, pp. 57 ss.
413. Peter Häberle, *Grundrechtsgeltung und grundrechtsinterpretation im Verfassungsrecht. Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfte" Auslegungsmethode*, en *JZ*, 1989, pp. 913

Por otra parte, también existen intentos de renovación de la interpretación hermenéutica, dada la degradación de la normatividad de la Constitución, así, por ejemplo, Böckenförde plantea superar el problema central de la interpretación de la Constitución, postulando una teoría vinculante de la Constitución, en tanto existe una constante entre el método de la interpretación constitucional y la teoría constitucional que le sirve de base<sup>414</sup>.

En tal sentido, se pretende reforzar o retomar el carácter normativo de la Constitución como una “totalidad histórica-dogmática” de la que habló Savigny<sup>415</sup>. En ese sentido, teoría constitucional “no significa cualquier pre-concepto de Constitución, sino una concepción orientada sistemáticamente por el carácter general, la finalidad normativa y la trascendencia material de la Constitución como tal y de sus partes”<sup>416</sup>. Dicha teoría sólo es posible de extraerla, explícita o implícitamente, del texto y de los orígenes de la Constitución por medios racionales, es decir que opera como punto de partida y criterio de interpretación a lo largo de todo el proceso interpretativo.

En ese sentido, la vigencia de la norma constitucional supone un orden material de derechos fundamentales y distribución del poder, a realizar por los poderes públicos, mediante la fijación de límites “*Grenzfestlegung*” y la determinación de direcciones “*Richtungsbestimmung*”, y controladas no políticamente, sino judicialmente por el Tribunal Constitucional, en tanto competencia central del supremo intérprete de la Constitución, pero, evitando eso, sí, que se haga dueño de la Constitución<sup>417</sup>. No obstante estos esfuerzos de la dogmática, la modernización de la hermenéutica jurídica, termina por caer en su propia crítica, es decir no aporta un modelo sustantivo de Constitución, sino apenas una idea normativa aunque más compleja de la interpretación constitucional hermenéutica. De ahí que no establezca la base teórica sustantiva para la solución del problema que plantea.

Por ello, partiendo de reconocer, con Hesse, que “para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación constitucional es fundamental,

---

ss., ahora también, en el compendio del autor, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, 1992, pp. 27-44.

414. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 36 ss.

415. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo I..., op. cit., p. 215.

416. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 38.

417. Willi Geiger, *Zur Lage Verfassungsgerichtsbarkeit*, en Peter Häberle (editor) *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., pp. 446 ss.

pues dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas<sup>418</sup>. Habría que recordar que la Constitución es un complejo normativo político y jurídico, que incorpora valores, principios generales y específicos, derechos subjetivos y objetivos, garantías procesales e institucionales, que hacen de la Constitución un objeto de interpretación jurídica de los problemas específicos, pero no idéntica a la interpretación de la ley<sup>419</sup>.

En efecto, la Constitución, por un lado, contiene normas jurídicas de distinto grado de calidad: desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida, y, por otro, incorpora normas políticas directrices, orientadoras, organizativas, procesales y sancionadoras. En un caso u otro, la interpretación de la norma constitucional requiere mucho más que los métodos tradicionales de la interpretación de la ley; en ese sentido, la interpretación constitucional va más allá, a través de sus propias técnicas y métodos de interpretación de las normas de Derecho público<sup>420</sup>, como el método tópico orientado al problema.

### 32 Interpretación tópica

Dada la complejidad normativa jurídico-política de la Constitución, y la insuficiencia de la lógica formal y sus métodos tradicionales de interpretación de la ley, se ha planteado un método abierto de razonamiento concreto, orientado a la interpretación de un problema a resolver y a los lugares comunes o «*topoi*» que convergen en los procesos de interpretación jurídicos<sup>421</sup>. Para esta corriente, “el punto más importante en la consideración de la tópica es el constatación que se trata de aquel método de pensamiento que

418 Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 36; asimismo, Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß...*, op. cit., pp. 182 ss.

419. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 253; asimismo, Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución...*, op. cit., pp. 16 ss.

420. Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, op. cit., pp. 162 ss.; asimismo, Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, pp. 77 ss. y 85 ss.

421. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 61 ss.; Ulrich Scheuner, en VVDStRL, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 125; asimismo, Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 260 ss.

se dirige hacia el problema<sup>422</sup>. En este método, la interpretación tópica no parte de concebir un canon de reglas de interpretación previamente establecidas, dado su carácter parcial y deducibles discrecionalmente, sino que se utiliza el contenido normativo y el sistema dogmático constitucionales, sólo como puntos de vista para la solución del caso a interpretar.

La apertura del material normativo constitucional, a utilizar en la interpretación del problema, posibilita un continuo perfeccionamiento del derecho, en una suerte de *trial and error*, dada la estructura de la norma constitucional más abierta y menos detallada que otros ordenamientos<sup>423</sup>. En tal sentido, las disposiciones constitucionales, dado su carácter complejo y heterogéneo, son concebidas como puntos de vista de interpretación antes que como normas de mandamiento obligatorias. Con lo cual el intérprete se convierte en un sujeto de decisión acerca del problema a resolver, para lo que no usa un marco constitucional *a priori*, sino sólo como un horizonte que ilumina la solución del caso a interpretar. Por eso, “a la jurisprudencia no se le ofrece con antelación el sistema, sino los problemas, ya que no puede efectuar una selección de problemas desde un sistema constituido de antemano [...] antes bien, debe efectuar desde el respectivo problema propuesto una selección del sistema (que buscará en el tiempo necesario), hasta que haya encontrado una solución a medida, una solución *adecuada*”<sup>424</sup>.

Desde la interpretación tópica, los esquemas interpretativos operan como una respuesta a los controles ético-sociales, a que se hallan sometidos los intérpretes del derecho, sin embargo, descuida tanto la posición o *status* del intérprete constitucional, sin valorar si se actúa como juez, legislador, administrador, abogado o jurista, y sin considerar el carácter axiológico o valorativo del quehacer de la interpretación constitucional<sup>425</sup>. En tanto que la Constitución es una norma de principios, donde se establecen los fundamentos, alcances y límites de la vida constitucional, principios que pueden ser un mito, pero reconocen una necesidad propia del Estado de Derecho, como ser las cláusulas de inicio y cierre del sistema de fuentes del Derecho Constitucional<sup>426</sup>.

422. Theodor Viehweg, *Topica e Giurisprudenza*, Milano, Giuffrè editore, 1962, p. 31; asimismo, Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1997, pp. 49 ss., donde desarrolla las tesis de la tópica de Viehweg, como la nueva retórica de Perelman y la lógica formal de Toulmin.

423. Ralf Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, en R. Dreier y F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.*, pp. 27 ss.

424. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.*, pp. 55.

425. Friedrich Müller, *Juristischer Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 96 ss.; Theodor Viehweg, *Topica e Giurisprudenza...*, *op. cit.*, pp. 93.

426. Giorgio del Vecchio, *Les principes généraux du droit*, en *Recueil d'études sur des sources du droit en l'honneur de François Gény*, tomo II, *Les sources générales des*

Para asegurar la coherencia de la interpretación, la interpretación tónica plantea la necesidad de la precomprensión del problema y la precomprensión de la norma constitucional, pero la validez de la precomprensión no se encuentra en sí misma, sino en función de la aplicación a un caso concreto. La precomprensión del intérprete está inserta en el consenso social, en el cual se ubica el sujeto, el problema y la norma constitucional a interpretar, de ahí que limitarse a postular sólo un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la interpretación resulte insuficiente<sup>427</sup>.

Aquí aparece la argumentación racional político-constitucional, como un delimitador del método tónico; incorporando las premisas jurídico-políticas del poder constituyente y una estructura racional y razonable<sup>428</sup>. Sin embargo, si bien la interpretación gana como norma política, el carácter de la Constitución como unidad del ordenamiento jurídico queda reducida a una función de puntos de vistas orientadores del intérprete, en base a una precomprensión consensual. Pero, “si la Constitución en un sentido fundamental es un ordenamiento jurídico *político*, la apertura tónica no puede quedar sin consecuencia: un método de interpretación que en gran medida conduce a una determinación del contenido (en lugar de sólo una averiguación del contenido) de la Constitución, implica en un Estado democrático la exigencia de su propia democratización”<sup>429</sup>.

La democratización de la interpretación tónica lleva a colocar el acento en torno a los intérpretes de la Constitución. En tal sentido, Häberle plantea la tesis de la interpretación constitucional como un proceso público, y la tesis de la sociedad abierta de la interpretación constitucional, extendiendo el círculo de los intérpretes constitucionales —juez, legislador, administrador, abogado o jurista—, a todas las personas e instituciones integrantes de la sociedad y a todos los organismos del Estado, en tanto la Constitución es una obra democrática, abierta y pública<sup>430</sup>. En tal entendido, a la interpretación le corresponde convertirse también en un proceso abierto y público, en la

---

*systemes juridique actuels*, Sirey, Paris, 1934, pp. 69-84; asimismo, Enrique Pérez Luño, *Los principios generales del Derecho. Un mito jurídico?*, en REP, N° 98, 1997, pp. 9-24.

427. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.*, pp. 71; asimismo, Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 60 ss.

428. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, *op. cit.*, pp. 133 ss.

429. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 24.

430. Peter Häberle, *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß - ein Pluralismuskonzept y, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation*, en *Die Verfassung des Pluralismus...*, *op. cit.*, pp. 45 ss. y 79 ss., respectivamente; asimismo, Robert Alexy, *A theory of legal argumentation. The theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 211-286.

medida que “la Constitución es en ese sentido espejo de la publicidad y de la realidad. Pero no es sólo espejo, sino también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección”<sup>431</sup>. Sin embargo, el espejo es siempre sólo un *reflejo* nunca una fuente de luz propia.

Dada la posición mediadora del intérprete entre la realidad y la norma, entre las necesidades y las posibilidades, la consecuencia última del rol del intérprete es que la Constitución no sea entendida como un orden establecido a interpretar, sino un orden mutante interpretable e interpretante de la realidad. De aquí que los parámetros y los límites de la interpretación constitucional queden normativamente abiertos, pero políticamente estén circuncidados por el consenso democrático vigente y en transformación, donde las cuestiones constitucionales terminan siendo cuestiones de poder ciudadano<sup>432</sup>.

No por ello, la interpretación constitucional queda disuelta a la fuerza normativa de los hechos del *fait accompli*, sino que la actuación del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, debe apelar al consenso jurídico existente, en tanto expresión del consenso político, más no a la inversa, para poder resolver con legitimidad constitucional las controversias concretas. Lo cual supone, no sólo una sociedad pluralista, sino también tolerante, que sepa procesar institucionalmente el conflicto; porque “si se llega al estallido de conflictos políticos en la sociedad, y, por consiguiente, a una polarización de las posturas sobre valores, toda interpretación tópica pende del aire, se haya privada de la base de presupuesto del consenso”<sup>433</sup>. Un

431. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 87; Ernst- Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 24; asimismo, Ingwer Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat...*, op. cit., pp. 105 ss.

432. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 88 ss.; asimismo, revisar los planteamientos de la Constitución y la sociedad abierta en: Wolfram Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation, Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, pp. 77-87, e Ingwer Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 218 ss.

433. El continuo establecimiento y defensa de la Tópica y de la técnica de razonamiento de problemas puede ser, pues, utilizado, en efecto, como estrategia política para la consecución de una mutación constitucional por el camino de la interpretación; en consecuencia, debe ser acompañado por la correspondiente política de personal en el ámbito de la judicatura y de las universidades, eventualmente a través del establecimiento de nuevas Facultades de Derecho como focos de irradiación de una nueva precomprensión de la Constitución y el Derecho.

Tribunal que busque, no obstante, seguir aquella interpretación, no se encuentra y necesariamente al otro lado de, sino *en medio* de la confrontación política<sup>434</sup>. En ese sentido, la interpretación constitucional en sociedades desintegradas debe pasar por incorporar la realidad en la norma e interpretar a ésta a través de las instituciones.

### 3.3 Interpretación institucional

La interpretación institucional parte de concebir a la Constitución como un material normativo a trabajar, en un sentido concreto, sin desconocer el material sociológico de la realidad concreta. Bajo la denominación de la interpretación institucional ubicamos a la corriente interpretativa postulada por Konrad Hesse, que se caracteriza porque busca recuperar el carácter vinculatorio de la norma constitucional con la realidad constitucional, a partir de postular un método de interpretación racionalmente controlable, propósito que sólo es posible a partir de la *concretización* de la norma constitucional en base a y con la realidad constitucional<sup>435</sup>. Así,

la interpretación constitucional es *concretización –Konkretisierung–*. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la *realidad* de cuya ordenación se trata. En este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma<sup>436</sup>.

En el proceso de concretización de la norma constitucional, es necesario partir de la *precomprensión* del problema lo cual ubica al intérprete como ciudadano de una realidad socio-cultural de una determinada comunidad, de la que no puede hacer abstracción, pero tampoco reducir su actuación interpretativa a los valores o prejuicios sociales, ideológicos o culturales que

434. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 27. Tal fue el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú sobre la ley del sistema de votación del propio TC de noviembre de 1996 y sobre la conflictiva ley de la reelección presidencial de enero de 1997; asimismo, es del caso mencionar las sentencias del TCF: STCF 36, 1 -Sentencia de las condiciones fundamentales de los tratados internacionales-; STCF 39, 334 -Sentencia de los radicales-; STCF 40, 296 -Sentencia de las dietas- y; STCF 39, 1 -sentencia del aborto-.

435. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 43 ss.; asimismo, Friedrich Müller, *Juristischer Methodik...*, *op. cit.*, pp. 97-98.

436. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, p. 43.



comparte o no, más aún en sociedades heterogéneas y fragmentadas. Entonces, el aislamiento de la arbitrariedad del intérprete es el primer paso racional hacia una interpretación razonable y controlable. Pero, como segundo paso, se requiere la *comprensión* del problema a interpretar –diríamos de manera intuitiva– en el marco de la norma constitucional, lo cual supone trabajar con una Teoría de la Constitución que fundamente de forma preliminar la captación del problema<sup>437</sup>.

Sobre la base de este primer paso de la interpretación tópica, orientada a un problema y limitada por la norma constitucional, se pasa a la elaboración del *programa normativo* y del *ámbito normativo*. El “programa normativo se halla contenido básicamente en el texto de la norma a concretar. Deberá ser aprehendido mediante la interpretación de dicho texto en lo que se refiere a su significación vinculante para la solución del problema. Aquí encuentran su sitio los métodos de interpretación tradicionales”<sup>438</sup>.

Pero como la sola interpretación del texto y, más aún, por los cuatro métodos de interpretación, no proporcionan una suficiente o exacta concretización del problema, se hace necesario elaborar el *ámbito normativo*. Puesto que la Constitución busca ordenar las realidades concretas, se requiere aprehender dichas realidades casuísticamente en los marcos del *programa normativo* formal y materialmente. En este proceso, sin embargo, se corre el riesgo de fragmentar la literalidad de la norma constitucional, comprometiendo la propia normatividad de la Constitución, al no contar con una teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada “*verfassungsgemässen Verfassungstheorie*”<sup>439</sup>.

Sin embargo, en la relación, coordinación y valoración de las consideraciones que se llevan a cabo para la solución del problema, los *principios de interpretación constitucional* cumplen con esa misión orientadora y canalizadora de dicho proceso de interpretación, como marco teórico y analítico de la Constitución. Así, siguiendo a Hesse<sup>440</sup>, tenemos los siguientes principios:

- 
437. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 30 ss.; asimismo, Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 262-263.
438. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 46; asimismo, Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, op. cit., pp. 157 ss.
439. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 35 ss.; asimismo, Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 262.
440. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 46 ss.

Principio de *unidad de la Constitución*, plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto y las decisiones fundamentales de la Constitución<sup>441</sup>.

Principio de *concordancia práctica*, postula la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial, a través de la ponderación proporcional de valores o bienes “*Güterabwägung*”, donde no cabe sacrificar a uno por otro<sup>442</sup>.

Principio de *corrección funcional*, busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales, sin restringir las funciones constitucionales de alguna de ellas; es el caso cuando el legislador no puede legislar sobre un caso judicial en curso<sup>443</sup>.

Principio de *eficacia integradora*, valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución<sup>444</sup>.

Principio de la *fuerza normativa de la Constitución*, otorga preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de Constitución “*Wille zur Verfassung*”<sup>445</sup>.

Principio de *interpretación conforme a la Constitución*, según este principio una ley no debe ser declarada inconstitucionalmente nula, cuando pueda ser interpretada en concordancia con la Constitución<sup>446</sup>.

441. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.*, pp. 77 ss.

442. Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 19 ss.; Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität...*, *op. cit.*, pp. 207 ss.; asimismo, Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 127 ss.

443. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.*, pp. 73 ss.

444. Rudolf Smend, *Verfassungen und Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 45 ss.

445. Konrad Hesse, *Die Normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 11 ss., la versión castellana en: *Escritos de Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 28 ss.

446. Rheinhold Zippelius, *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, 1976, pp. 108 ss.; Helmut Simon, *Die Verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, en *EuGRZ*, N° 74, pp. 85 ss.; asimismo, Niklaus Müller, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der Verfassungskonforme Auslegung*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1980, pp. 89 ss. y 101 ss.

Las técnicas de la interpretación como concretización presenta límites derivados de la política constitucional, en tanto queda sin resolver la posición de los intérpretes, es decir del Tribunal Constitucional como supremo intérprete constitucional, en relación al Legislativo y al Poder Judicial. Al respecto, si bien al legislador le corresponde un rol de conformación jurídica de la ley, en tanto que el legislador democrático goza de la presunción “*iuris tantum*” de la constitucionalidad de sus actos legislativos, en tanto es una presunción relativa no absoluta<sup>447</sup>, no queda claro cuáles son los límites del Tribunal Constitucional en su función de control constitucional de las leyes. Asimismo, si bien las decisiones del TC gozan de eficacia normativa sobre las resoluciones de la justicia ordinaria, tampoco quedan delimitados los alcances de la justicia constitucional como supremo tribunal en lo civil, penal y militar.

En ese sentido, “la Constitución ya no limita y delimita, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época; debe convertirse en un elemento flexible que permita todas las posibilidades”<sup>448</sup>. Por ello, la interpretación constitucional queda a la deriva de las mutaciones o indeterminaciones de los cambiantes valores sociales, sino que atendiendo las demandas de la realidad, los valores democráticos podrían ser reforzados, pero, sin llegar a invertir el punto de referencia en la realidad existente, por el de la norma constitucional y democrática. En ese sentido, cabe analizar las repercusiones de la interpretación constitucional desde una teoría constitucional alternativa.

### 34 Interpretación alternativa

Esta corriente de interpretación se caracteriza por tener como guía la realidad social, en la medida que la Constitución es concebida como expresión jurídica del proceso de integración estatal, que reside en el desarrollo dinámico de la sociedad<sup>449</sup>. Radicalizando este concepto de Constitución habría que distinguir entre la Constitución formal y la Constitución material, en esta última residen los reales operadores del poder<sup>450</sup>. Desde este punto de vista, la interpretación es un instrumento de análisis de la realidad constitucional, antes que de la normatividad constitucional, dicho en otras pala-

---

447. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia...*, op. cit., p. 182.

448. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 29; asimismo, Hans Klein, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, Frankfurt, Metzner Verlag, 1968, pp 16 ss.

449. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht...*, op. cit., pp. 56 ss.

450. Ferdinand Lassalle, *Ueber Verfassungswesen...*, op. cit., pp. 25 ss.

bras, la norma jurídica constitucional a interpretar no es más que la expresión de la normalidad constitucional<sup>451</sup>.

Sobre estos cimientos sociológicos, la doctrina italiana y seguida por un sector de la doctrina española<sup>452</sup>, sientan las bases interpretativas de una opción política emancipadora del Derecho, y en contra de su interpretación, a favor de los intereses de clase burgueses; por eso postulan una interpretación judicial orientada a la tutela de los intereses populares. Evidentemente, esta corriente jurídica encuentra sus raíces en el pensamiento jurídico-marxista y realista de los años setenta, cuando el debate en torno al Derecho y el cambio social se hicieron presentes en el orden académico y dogmático, no sólo de la región mediterránea.

En ese entendido, se pueden diferenciar algunas actitudes al interior del mismo: primero, quienes aceptando el modelo del Estado de derecho, plantean potenciar y extraer las máximas consecuencias prácticas, que permita la norma constitucional, mediante una interpretación evolutiva de los principios y cláusulas más progresistas. Segundo, quienes propugan un marco jurídico alternativo, pero para lograr ese objetivo se permiten instrumentalizar la Constitución, posibilitando su sustitución. Tercero, quienes críticamente desconfían de otorgar al intérprete facultades que pudieran convertirse en exorbitantes, en la medida que la Constitución pueda caer en manos de intereses particulares y no al servicio de intereses sociales<sup>453</sup>.

En cualquiera de sus formas, el uso alternativo del derecho tiene la virtud de haber reafirmado la dimensión práctica de la interpretación jurídica, que fue abandonada por el positivismo jurídico, desde una perspectiva popular. Sin embargo, sus críticos han señalado que “en una sociedad libre y pluralista, donde las distintas opciones políticas puedan acceder al poder y plasmar legislativamente con valores, no cabe admitir una interpretación

451. Hermann Heller, *Staatslehre...*, *op. cit.*, pp. 283 ss.

452. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, *op. cit.*, pp. 265 ss.; Pietro Barcellona (editor), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 2, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma, Laterza, 1973, pp. 743; asimismo, Perfecto Andrés Ibañez, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, F. Torres, 1978.

453. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, *op. cit.*, pp. 266-267; asimismo, A. Chiapetti, *Uso alternativo del diritto e certezza costituzionale*, en *L'uso alternativo del diritto...*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 243; asimismo, Luigi Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria* y, G. Tarell, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, en *L'uso alternativo del diritto...*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 243 ss. y, pp. 61 ss. y 89 ss., respectivamente.

alternativa de la Constitución<sup>454</sup>. No por ello, sólo en las sociedades cerradas y tradicionales, el uso alternativo del derecho resulta ser una solución al abuso del derecho positivo y sus métodos de interpretación. En la medida que reducir la interpretación constitucional al decisionismo de los intérpretes, convierte a la jueces y no a la Constitución en una garantía de protección de los derechos fundamentales, lo cual es un albur que no otorga seguridad jurídica.

Por ello, cabe subrayar que la interpretación constitucional está estrechamente vinculada no sólo a una Teoría Constitucional, implícita o explícita, sino también a una concepción determinada del Derecho. En consecuencia, se pueden apreciar dos grandes tendencias interpretativas: formalista y material, pero en esa tensión se encuentra un baremo de posibilidades menos formalistas y menos sustantivas, en las que la teoría institucional se ubica como un punto matriz de la interpretación constitucional. Sin embargo, en la práctica de la tutela de los derechos fundamentales, mediante la jurisdicción constitucional, se puede apreciar un uso diverso y variado de los distintos métodos de interpretación constitucional, con lo cual, como es fácil de entender, tomando diferentes métodos interpretativos, se ha llegado a tomar decisiones jurisprudenciales contradictorias. Lo cual no es perjudicial para el desarrollo constitucional, en la medida que la modificación de las resoluciones jurisprudenciales estén acordes con el *indubio pro libertatis*<sup>455</sup>.

Pero, si bien un pensamiento constitucional institucional –no dogmático– de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional, configuran las bases necesarias para replantear el quehacer de la jurisdicción constitucional, resultaría una tarea meramente estéril si es que no se incorpora, también, el análisis y la propuesta de modificación de la organización, composición y sistema de votación del Tribunal Constitucional, así como de nominación e inmunidades de sus magistrados; de cara al reforzamiento institucional de la jurisdicción constitucional, institución clave en los procesos de democratizaciones tardías.

---

454. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*..., op. cit., p. 268.

455. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional*..., op. cit., pp. 55 ss.