

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO VALORES *

por Pablo Marshall Barberán **

RESUMEN

En este trabajo se revisará algunos antecedentes sobre la comprensión de la jurisprudencia alemana de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores. Luego, se presentará algunas críticas que se han planteado frente a esa comprensión y se esbozará un punto de vista crítico respecto de la función de la justicia constitucional bajo los presupuestos planteados. Especialmente en cuenta será tomado el trabajo de Habermas sobre el particular.

PALABRAS CLAVE

Justicia constitucional, derechos fundamentales, valores, orden objetivo de valores, democracia, separación de poderes.

La comprensión de las declaraciones constitucionales de derechos y de los preámbulos de las constituciones es una cuestión de por sí complicada. La razón principal de esta complicación es que las palabras utilizadas en dichos lugares son sumamente vagas e imprecisas. Esto es relevante en la medida que son estas disposiciones constitucionales las que sirven – la mayor parte de las veces – para el control material de constitucionalidad de los actos estatales. Es por eso que la interpretación de estas disposiciones ha logrado un alto grado de importancia y autonomía dentro del estudio del derecho constitucional.

La interpretación de las disposiciones que establecen derechos (y los preámbulos de las constituciones) – muchas veces llamadas la parte dogmática de la constitución – plantea, a lo menos, dos problemas diferentes. Uno es el problema del sentido y contenido de cada disposición particular de cada constitución. Ese es un problema dogmático–interpretativo, cuya solución presupone una respuesta a la pregunta sobre cuál es la naturaleza de las declaraciones de derechos y de los preámbulos de las constituciones. Es una pregunta abstracta el problema que la plantea es también abstracto. Al preguntarse por la naturaleza de tales disposiciones, se pueden estar preguntando, por lo menos, tres cosas: (i) ¿Cuál es el significado político de tales disposiciones? (ii) ¿Cuál es la función de esas disposiciones en el sistema o en la estructura constitucional, o de la organización del Estado? y (iii) ¿Cuál es el rol que cumplen en la solución de casos constitucionales, si es que cumplen alguna? Estas son preguntas difíciles de responder, y muy difíciles de responder independientemente.

* Fecha de recepción: 4 de mayo de 2007. Fecha de aceptación/publicación: 21 de julio de 2007.

** Egresado de Derecho, Universidad de Chile. Investigador y ayudante, Universidad Adolfo Ibáñez. pablo.marshall@gmail.com

Una de las respuestas más atractivas a la pregunta por la naturaleza de las declaraciones y preámbulos constitucionales corresponde a su comprensión como valores. Siguiendo a Habermas pueden identificarse dos contextos en que dicha comprensión ha sido comparativamente relevante para la discusión constitucional y ha satisfecho un estándar de sofisticación discursiva que hace que valga la pena su estudio. El primer contexto es la interpretación conservadora de la constitución norteamericana. Perry, por ejemplo, entiende la constitución como una carta fundacional que provee de valores materiales cuya realización queda entregada contra-mayoritariamente a la revisión judicial, volviéndose la Corte Suprema una instancia deliberadamente autoritaria¹. Un segundo contexto interesante está dado por el desarrollo de la jurisprudencia constitucional alemana. La influencia que dicha jurisprudencia tiene en el derecho constitucional comparado es impresionante. Aquí se intentará modestamente abordar tal desarrollo, denominado por el propio Tribunal constitucional federal alemán, *orden objetivo de valores*.

El orden objetivo de valores de la jurisprudencia constitucional alemana.

La construcción dominante en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional alemana relativa a la fundamentación, concepción y efectividad de los derechos fundamentales, es dominada por una mirada crítica a la tradición liberal de derechos fundamentales simplemente como límites, o sea, exclusivamente como derechos de defensa frente al Estado. La comprensión de los derechos fundamentales en general como una cuestión objetiva, y en particular como valores, es la nota común de los desarrollos dogmáticos y análisis jurisprudenciales posteriores al establecimiento de la Ley Fundamental de Bonn en Mayo del 1949.

A la comprensión de los derechos fundamentales como valores, como discurso predominante en Alemania, se le pueden dar al menos dos explicaciones:

(i) La primera es una explicación histórica. El trauma que produjo el fenómeno nacional-socialista en Alemania contribuyó a que después de la segunda guerra mundial, la dogmática de los derechos fundamentales recibiera especial atención. Esto llevó luego a que fuera purgada cualquier tipo de concepción escéptica respecto a los planteamientos sobre la completa supremacía de los valores supremos y absolutos de la dignidad y libertad.

(ii) La desatada defensa de dicho planteamiento, por parte del Tribunal constitucional federal, y la fuerza institucional de dicha posición en la comprensión doctrinal de su jurisprudencia, por parte del

¹ *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, pp. 331s. Sobre los la utilización de los valores en la jurisprudencia constitucional norteamericana, *vide* Ely: *Democracia y Desconfianza*, pp. 63ss.

la doctrina constitucional alemana, es la segunda y más tangible de estas explicaciones.

Antecedentes del orden objetivo de valores.

La cuestión de los derechos fundamentales como valores se había planteado ya, bajo la vigencia de la Constitución de Weimar². En tal escenario se había respondido tajantemente a la cuestión: los derechos fundamentales no son valores, sino derechos subjetivos de los ciudadanos frente al Estado. En dicha discusión Smend es quizás el más importante antecedente teórico del actual orden objetivo de valores. A través de su teoría de la *constitución como integración*, comprendía el sistema de derechos fundamentales como un orden material de valores que configuraba la Constitución de Weimar, como un conjunto que articulaba, integraba e inspiraba el desarrollo de todo el orden jurídico y político estatal: 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. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde un punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico [...] el catálogo de los derechos fundamentales constituye [...] un comentario a la breve definición y a la simbolización de las normas contenidas en el preámbulo³.

Este planteamiento debe distinguirse de otras formas de entender los derechos desde un plano objetivo, en la medida que, según Böckenförde, la teoría axiológica de los derechos fundamentales [del TCF] tiene su punto de partida, si bien no es hoy conciente de ello, en la teoría de la integración⁴.

Cualquier teoría de la constitución que quiera dar cuenta de los cambios institucionales que el orden constitucional en las constituciones modernas ha sufrido, debe incluir, una concepción de los derechos fundamentales comprendidos desde un plano objetivo. Desconocer eso, sería desconocer la instauración de los sistemas abstractos de control constitucional. Sin embargo la necesidad de una concepción de los derechos fundamentales que los considere – al menos operativamente – integrados por un plano objetivo, no es algo que hable necesariamente a favor de la comprensión de la declaración de derechos como un orden de valores.

² Constitución del imperio (Reich) alemán, de 11 de agosto de 1919.

³ Smend, R: *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1985), p. 232.

⁴ Böckenförde, E. W: "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), p. 57.

La jurisprudencia constitucional.

Uno de sus principales detractores, Böckenförde, plantea algunas de las principales notas distintivas de la fundamentación y utilización de los derechos fundamentales, como un orden objetivo de valores.

Böckenförde resalta el carácter de construcción dogmática que reviste la teoría de los derechos fundamentales como *normas de principio/decisiones axiológicas*. Éste – señala – “constituye un desarrollo bajo la Ley Fundamental, no un dato previo [a ella]”⁵. Ni de la Ley fundamental misma, ni de la tradición constitucional previa puede decirse que adopten tal teoría para explicar el significado y la fundamentación y eficacia de los derechos fundamentales. Dicha teoría es, por tanto, una reconstrucción posible de la declaración de derechos de la Ley fundamental, que es presentada por la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal.

La construcción del carácter de valores objetivos de los derechos fundamentales, como se señaló, tiene origen y asiento en la jurisprudencia constitucional alemana. Böckenförde explica que ésta labor se lleva a cabo en dos fases: (i) la consideración de los derechos fundamentales en su conjunto como un orden o sistema objetivo de valores y (ii) la simultánea y subsiguiente consideración de los derechos en particular como normas de principio/decisiones axiológicas.

La noción de sistema objetivo de valores, tiene su base en una teoría material de la constitución como la planteada por Smend. La operatividad del contenido normativo de tal sistema, se muestra con la consideración de los derechos en particular como argumentos para la decisión de casos constitucionales. La relación del sistema con sus partes (derechos en particular) es una relación de fundamentación, que se puede entender como la derivación de una determinada concepción teórica de la constitución y de los derechos fundamentales hacia una dogmática constitucional que permita la aplicación las normas que prevén derechos fundamentales.

En la defensa de la comprensión de la declaración de derechos de la Ley fundamental como un orden de valores se encuentra la particularidad de la teoría. La teoría del orden objetivo de valores parte de la base de la tradicional concepción de los derechos como esferas de libertad del ciudadano frente a la intervención del poder público, y desarrolla subsecuentemente el carácter objetivo valorativo de tales, atribuyéndoles el carácter de *decisión constitucional fundamental* a favor de la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de ésta dentro de la comunidad social.

⁵ Böckenförde: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", p. 105.

El fallo Lüth del Tribunal constitucional federal, en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo el 15 de enero del año 1958 describe este desarrollo, señalando primero que «[s]in duda los derechos fundamentales tienen por objeto, en primer lugar, asegurar la esfera de libertad de los particulares frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Ello se deriva tanto del desarrollo histórico-espiritual de la idea de derechos fundamentales, como de los hechos históricos que han llevado a la recepción de los derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados. Y tal sentido es el que tienen también los derechos fundamentales de la GG [LFB], que con su ubicación preferente quieren afirmar la primacía del hombre y de su dignidad frente al poder del Estado. A ello responde que el legislador haya arbitrado el remedio especial de defensa de estos derechos, *die Verfassungsbeschwerde*, sólo contra actos del poder público» (BVerfGE 7, 198).

Luego continúa, afirmando que «[e]s igualmente cierto que la GG, que no quiere ser neutral frente a los valores, en su título referente a los derechos fundamentales también ha instituido un orden objetivo de valores y ha expresado un fortalecimiento principal de los derechos fundamentales. Este *sistema de valores*, que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad en el interior de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional básica en todos los ámbitos del derecho; de él reciben directrices e impulso la legislación, la administración y la jurisdicción [...]» (BVerfGE 7, 198)⁶.

La relación que el Tribunal constitucional federal construye entre estas dos dimensiones – la dimensión de los derechos como derechos subjetivos y la dimensión de los derechos como valores objetivos – es una relación de *complementariedad*. La comprensión del plano objetivo deja vigente al plano subjetivo. Lo que hace es remitirse a los valores que están expresados en los derechos subjetivos, por lo que es también una relación de *remisión* de un plano a otro.

El paso de una concepción de los derechos fundamentales que considera únicamente el plano subjetivo, a una concepción que considera ambos planos, marca el paso de una teoría formal de los derechos fundamentales a una teoría material. La comprensión del plano subjetivo considera los derechos fundamentales desde la perspectiva del destinatario estatal, como normas de competencia negativas que delimitan esferas de autonomía del individuo en las cuales el poder estatal no puede intervenir. Tal comprensión es meramente formal, pues considera a los derechos fundamentales como normas de procedimiento que deben ser satisfechas para el ejercicio constitucional de las potestades públicas. El paso a la comprensión que también abarca el plano objetivo, dota a los derechos fundamentales de una dimensión material, que puede ser caracterizada en la idea de que

⁶ Citado en Julio, A: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), p. 332.

los derechos fundamentales contienen “los *principios normativos superiores del ordenamiento estatal*”⁷.

La recepción de la jurisprudencia por la doctrina constitucional alemana.

La doctrina constitucional alemana ha presenciado desde un segundo lugar, cómo la jurisprudencia ha construido una concepción determinada de la constitución y de los derechos fundamentales. A grandes rasgos, es posible alinear a adherentes y críticos del orden objetivo de valores. En la doctrina adherente a la concepción jurisprudencial, pueden verse de nuevo posturas complacientes y posturas más críticas. Alexy es un destacado defensor de la comprensión de los derechos fundamentales como valores, y también del orden objetivo de valores.

Alexy, los derechos como principios y el primer diagnóstico.

Pese a la sofisticación discursiva que Alexy pretende en su *Teoría de los derechos fundamentales*, no se distancia de la comprensión axiológica de los derechos fundamentales. Esto es algo buscado por Alexy, en la medida que necesita la potencia que entrega la práctica jurisprudencial institucionalizada para su teoría. La teoría de Alexy es una teoría sumamente completa, que desarrolla el modelo teórico de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal. Se pondrá la atención en algunos rasgos especialmente relevantes, tanto para entender a la teoría de Alexy como una defensa de la posición del tribunal, como para entender posteriormente las críticas de las cuales Alexy es objeto en calidad de representante de esa posición.

Si se comprenden las normas de derechos fundamentales como principios, y se asimilan los principios a valores, lo que se está haciendo es concordar la teoría de los derechos fundamentales como principios con la jurisprudencia constante del Tribunal constitucional federal. La propuesta de Alexy parte de que las normas de derechos deben entenderse como principios. Para Alexy – de manera diferente que para Dworkin – los principios son mandatos de optimización, esto es, estándares jurídicos que para su realización dependen de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto.

Como destacado defensor de la teoría de los valores⁸, Alexy señala que la interpretación del objetivismo del orden valorativo no tiene porque responder a las exigencias de una ética material. Ésto es posible cuando se logra entender a los valores como criterios de valoración que

⁷ Benda, E. y W. Maihofer, *et al: Manual de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 1996), p. 93, énfasis agregado.

⁸ Aunque Smend se pueda señalar como su progenitor, la defensa de Alexy es especialmente atinente a la propuesta del Tribunal constitucional federal

“no son objeto de algún tipo de evidencia sino objeto de fundamentación”⁹.

La diferencia fundamental entre principios y valores sólo está en los ámbitos a los que pertenecen ambos conceptos. Así, mientras los valores tienen un *carácter axiológico*, los principios tendrían un *carácter deontológico*¹⁰. Por lo tanto, no sería equivocado identificar la teoría los valores con una teoría de los principios, porque en lo fundamental obedecen a una misma estructura como *criterios de valoración*. De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal constitucional haría referencia a criterios de valoración establecidos por la constitución.

Habermas rechaza tal equiparación entre valores y principios. Entre ellos sería posible hacer cuatro distinciones: primero, los principios hacen referencia a una *acción deontológica* y los valores a una *acción teleológica*; segundo, los principios codifican sus pretensiones de validez de manera *binaria* (válido/inválido) y los valores de manera *gradual* (más o menos preferible); tercero, los principios tienen un carácter vinculante *absoluto* (obligación incondicional y universal) y los valores *relativo* (preferencias de una determinada cultura o forma de vida); y finalmente, los sistemas de principios deben guardar una relación *coherente*, mientras que en los sistemas de valores los diversos valores compiten por ser preferidos constituyendo configuraciones a la vez *flexibles y tensas*. Por lo tanto, para Habermas, la comprensión del contenido de principios de la constitución como valores no permite entender el específico sentido jurídico de la constitución: “los derechos fundamentales están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles”¹¹.

Las distinciones anteriores son fundamentales para la explicación de cómo la teoría de los valores entiende la aplicación de los principios constitucionales. Según Alexy, en este punto la teoría de los valores no debe superar las críticas que se la hacen a un orden duro de principios constitucionales, en cuanto a la determinación de su estructura jerárquica, pues es imposible dar una respuesta: “No es posible un orden de valores o principios que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de una manera intersubjetivamente obligatoria”¹². Ante

⁹ Alexy, R: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), p. 151. Böckenförde habla de Estado de derecho material al referirse al resultado de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal, en "Origen y cambio del concepto de estado de derecho" en *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2002), p. 40.

¹⁰ La distinción entre concepto axiológico, donde el concepto fundamental es el de los bueno, y concepto deontológico, donde el concepto fundamental es el de deber ser, proviene de von Wright, G. H: *La Lógica de la Preferencia* (Buenos Aires: Eudeba, 1967).

¹¹ Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 329.

¹² Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 156. En la doctrina constitucional chilena J. L. Cea intentó abrazar un orden duro en "Dignidad, Derechos y Garantías

la imposibilidad de dicho orden duro, Alexy sostiene la necesidad de un orden blando de principios, que cuenta con tres elementos: un sistema de condiciones de precedencia, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de precedencias *prima facie*.

(i) El primero establece que bajo determinadas condiciones, un principio precede a otro. Esto lleva a plantear la *ley de colisión* que es la confirmación de la validez de la preferencia de un principio por sobre otro en el ámbito de la colisión cuando se dan ciertas condiciones de preferencia.

(ii) El segundo elemento son *estructuras de ponderación*, que se basan, por sobre todo, en el carácter de mandatos de optimización de los principios. En cuanto a su realización fáctica, la ponderación se basa en las nociones de máximas de adecuación y de necesidad, y en cuanto a su realización jurídica, en la de máxima de proporcionalidad. Esta última se identifica con la *ley de ponderación*, que es formulada por Alexy como:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro¹³.

El modelo de la ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional: "La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente"¹⁴.

(iii) El tercer elemento, es el de la *precedencia prima facie*, en el que se realiza una valoración, que por ningún motivo es definitiva sino sólo tiene la misión de establecer cargas de argumentación, creando un cierto orden blando en el ámbito de los principios¹⁵.

Habermas se opone a la solución de Alexy. Sostiene que siguiendo la forma de Alexy de la ponderación, "la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una realización de valores, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto"¹⁶. El problema está en la identificación de principios jurídicos con valores, por el

en el Régimen Constitucional Chileno" en Peña, C: *Practica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996), pp. 59-61.

¹³ Alexy, R: "Sistema jurídico y razón practica" en *El Concepto y la Validez del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), p. 161.

¹⁴ *ibid* 167.

¹⁵ *ibid* 172.

¹⁶ Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 327. Schreckenberger analiza la utilidad retórica de los esquemas sobre valores o principios utilizados por el Tribunal Constitucional, lo que lo lleva a plantear que la jurisprudencia constitucional vive inserta en una «idolatría de los principios» en *Semiótica del Discurso Jurídico. Análisis Retórico de Textos Constitucionales y Judiciales de la Republica Federal de Alemania* (Mexico: Universidad Autónoma de México, 1987), pp. 171-81, 192-8.

carácter teleológico que tienen los valores, o sea, de consecución de bienes preferibles en una comunidad. De esta forma se perdería el carácter normativo de los principios, aumentando el peligro de juicios irracionales por la importancia que cobrarían los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.

Así, la jurisprudencia del orden objetivo de valores origina varios problemas¹⁷. En un sentido crea problemas en relación al vínculo entre derecho y moral por el carácter material de los valores. Pero más importante aún es el problema de legitimidad de las actuaciones del Tribunal constitucional federal. El tribunal que pondera valores y con ese mecanismo determina reglas aplicables a un caso concreto, interviene en el espacio competencial destinado a la decisión legislativa. Esto significa que la soberanía popular se viola por una teoría autorreferencial del tribunal, que se atribuye la potestad de crear la norma (regla) aplicable, no solamente de determinar la aplicación de una regla preexistente, además de la potestad de aplicarla. El carácter definitivo de la solución judicial, en este caso de desmoronamiento de la separación de poderes, derrota la aspiración de equilibrio entre derechos fundamentales y decisión democrática, sin la cual la legitimidad del propio tribunal queda en entredicho.

La deuda de Alexy consiste, por tanto, en cómo presentar el modelo de la ponderación como una cuestión racional.

En el *Epilogo de la Teoría de los derechos fundamentales* el propio Alexy señala cuales son las principales objeciones que se le hacen al modelo de los derechos fundamentales como principios/valores. Los derechos fundamentales asegurarían demasiado poco: por un lado, apunta a las objeciones de Habermas sobre la tesis los derechos fundamentales como mandatos de optimización, aduciendo que ésta “resta fuerza a los derechos fundamentales” [...]. “Esta ‘ponderación orientada a fines lleva a que, ‘si las circunstancias lo exigen, los derechos individuales puedan ser sacrificados en razón de fines colectivos’”¹⁸. “Si en caso de colisión *todas* las razones pueden adoptar el carácter de argumentos que establecen fines, se derrumba aquella barrera cortafuegos que está asociada con un entendimiento deontológico de las normas y de los principios jurídicos en el discurso jurídico”¹⁹.

¹⁷ Las principales implicancias pragmáticas de tal teoría son: (i) la plausibilidad de entender al sistema de derechos fundamentales como un conjunto de deberes para el legislador. *vide* von Münch, I: "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania" en P. Coderch: *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 45-9; y (ii) de que los derechos fundamentales existan en las relaciones entre particulares, esto es la *Drittwirkung der Grundrechte*. *vide* Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 510-24

¹⁸ Alexy: *Epilogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 14.

¹⁹ Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 332.

Por otro lado, apunta a que el modelo de la ponderación implica el riesgo de que estos derechos fuesen objeto de juicios irracionales. El peligro de los juicios irracionales en la ponderación tiene que ver con la inexistencia de medidas racionales para llevar a cabo la ponderación: “faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”²⁰.

Borowsky, un defensor de la teoría de Alexy, señala: “Quien entiende los derechos fundamentales – en su calidad de principios – como un llamamiento a ponderar intuitivamente sus prejuicios como pretensión contenida en el derecho, malinterpreta totalmente la teoría [...]. En ella lo jurídicamente debido debe ser el resultado de un procedimiento metódico estricto. Defiende la teoría postulando los siguiente argumentos:

(i) No se conoce un parámetro para decidir preguntas normativas mediante la ponderación. Puede llegarse a distintos resultados sobre el peso y grado de afectación de un principio y de la relación de precedencia en que se encuentra frente a otro principio, “esto no es, sin embargo, un defecto específico de ponderación, sino que caracteriza todo procedimiento decisorio de preguntas normativas”. El “mejor” procedimiento no existe y es preferible la ponderación en cuanto se plantea como el “relativamente mejor”.

(ii) Con los dos primeros sub-principios (adecuación y necesidad) se dispone de dos criterios (negativos) aplicables sin ponderación, con los cuales es posible resolver colisión de principios.

(iii) Si lo anterior no basta, “se debe fundamentar una relación de precedencia condicionada en la ponderación de principios en colisión. La fundamentación de esa relación de precedencia no puede resolverse por vía de la teoría de los principios”. Se requiere una fundamentación que sea externa a dicha teoría. “En este sentido es posible afirmar que la decisión, antes que adoptada es estructurada por la teoría de los principios [...] no debe subestimarse este avance”²¹.

(iv) Es posible construir, además, un sistema de relaciones de precedencia a partir de un catálogo de decisiones ponderativas. Estas pueden actuar como precedencias *prima facie*. La jurisprudencia del Tribunal constitucional federal puede entenderse como un catálogo tal²².

Frente a esto puede sostenerse:

(i) Borowsky desecha implícitamente con su sugerencia la idea de prescindir de la ponderación, evitar la solución de la colisión de principios y no aplicar los principios.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Borowski: “Las restricción de los derechos fundamentales”, p. 46.

²² *ibid* 47.

(ii) Si bien los dos sub-principios tiene un margen de aplicación sin ponderación, su relevancia es discreta. La adecuación sólo sirve para determinar cuando el medio no logra alcanzar el fin buscado, es un criterio que excluye medidas tomadas incompetente o irreflexivamente. Por otro lado, la necesidad mirada superficialmente parece ser simple de aplicar, pero esconde la necesidad de determinar, entre otras cuestiones, el gravamen de los intereses afectados; la consideración de la pluralidad de intereses afectados; el grado de satisfacción relevante para considerar que una medida es adecuada para la consecución de un fin; y la comparación de la necesidad de medios que afectan distintas clases de intereses. Como puede verse, no sólo es una tarea difícil, sino que requiere, en la mayoría de los casos, el recurso a la ponderación en sentido estricto.

(iii) La pretensión de la ponderación en sentido estricto como una fórmula para resolver conflictos entre derechos fundamentales queda reducida a estructurar u ordenar lo que hay que decidir con *recursos ajenos* a la ponderación, los principios y la ley de colisión.

(iv) El recurso al sistema de precedentes como catálogo de condiciones de precedencia *prima facie* debe ser considerado con más cuidado. Sin embargo, sólo puede consistir en una forma más de estructuración u ordenación.

Alexy, defendiendo una tesis que llama “moderada” de afirmación de racionalidad de la ponderación, plantea: “Con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos puede establecerse un resultado de manera racional” y la existencia de estos casos es suficiente justificación para la ponderación²³.

Plantea así la siguiente fórmula: es posible la formulación de juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios. Puede formarse una escala de grados “leve”, “medio” y “grave”. Alexy defiende la idea de la ordenación de grados mediante autoevidencia y la solución racional de los casos de conflicto entre satisfacciones o afectaciones “grave-leve”, “grave-media” y “media-leve”

Hesse y sus prevenciones.

Hesse considera que la fuerza institucional de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal ha sido incontrarrestable y que, pese a algunas críticas, la idea de derechos fundamentales como orden de valores ha terminado por imponerse, pese a las discrepancias sobre la relación que existe entre sus dos planos (objetivo y subjetivo). Los principales efectos de este modelo teórico son dos:

²³ Alexy: *Epilogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.32

(i) Los derechos fundamentales influyen en todo el derecho, no solamente en aquél que se propone regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales²⁴.

(ii) Los derechos fundamentales ya no pueden ser tenidos como derechos negativos, esto es, que prevén una obligación de abstención para el Estado. Todos los poderes públicos no sólo deben abstenerse de intervenir en el ámbito protegido por ellos, sino que deben tener un rol activo en la consecución de los fines que sirvan para su realización; el Estado tiene también una obligación de actuación o positiva frente a la titularidad de los derechos fundamentales.

Pero junto con constatar estas consecuencias, Hesse se da cuenta de los problemas que implica el modelo de los valores:

(I) El primero es el problema recién diagnosticado, que tiene que ver con la naturaleza de los valores. El recurso a los valores, en una sociedad pluralista, no permite una interpretación de los derechos fundamentales clara y persuasiva. Ello puede desembocar en que las valoraciones subjetivas de los jueces constitucionales permeen la seguridad jurídica.

Sin embargo, Hesse cree que la conducción del Tribunal Constitucional Federal en la determinación interpretativa del “contenido normativo concreto y el alcance de los derechos fundamentales específicos” ha dado cuenta de una cuestión fundacional de la tradición de los derechos fundamentales, cual es su relación de fundamentación y legitimación con los derechos humanos inherentes y al mismo tiempo ha satisfecho las exigencias de la seguridad jurídica. Así, mediante tal elaboración dogmática sin discontinuidades de la jurisprudencia actual, [el TCF] ha ofrecido un cuerpo firme de puntos de vista y reglas, permitiendo resolver cuestiones concretas que afectan a los derechos fundamentales con ayuda de un adecuado instrumental jurídico, evitando considerablemente el recurso directo a los *valores*²⁵.

(ii) El segundo es un problema que tiene que ver con el carácter central y nuclear para el orden jurídico que los derechos fundamentales tienen en esta concepción. Con ello se corre el riesgo de que cualquier cuestión jurídica pueda convertirse en una cuestión de derechos fundamentales. Ello no es problemático – señala Hesse – cuando el Tribunal constitucional federal tiene conciencia de que mientras más

²⁴ Hesse en Benda, Maihofer, *et al*: *Manual de Derecho Constitucional*, p. 93.

²⁵ *vide infra*, p. 58.

amplio es el ámbito de vigencia y aplicación de los derechos fundamentales [...] mayor será el peligro de de sobrecarga de la constitución, de una devaluación y, a consecuencia de ello, de cursos erráticos, especialmente de una pérdida de la libertad y responsabilidad del propio legislador democrático y de un menoscabo de funciones de la jurisdicción ordinaria²⁶.

En la medida que se conserve la reducción de la función de los derechos fundamentales en su plano objetivo a una función de directriz, sobre todo para el legislador, el temor de los críticos es infundado²⁷.

Contra el orden objetivo de valores.

Las críticas más radicales que el orden objetivo y la comprensión de derechos como valores ha tenido, provienen de dos frentes distintos y pueden ser identificadas a través de dos argumentos:

(i) La comprensión de los derechos fundamentales como valores, y la comprensión del sistema de derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, socava los principios del Estado de derecho. Esta es una crítica en el ámbito de la teoría constitucional y va dirigida al *componente objetivo* del orden de valores.

(ii) La comprensión metodológica de los derechos como valores es errada. Esta crítica desarrollada por Habermas apunta al *componente valorativo* del orden objetivo.

Ya mucho antes, Schmitt y Forsthoff habían señalado que la comprensión de la constitución como un sistema de valores condenaba al Estado que reconoce dichos valores. “Si se entiende la constitución como un sistema de valores, el siguiente paso lógicamente obligado, es la exigencia de realizar también esos valores [...] un mandato constitucional en dicho sentido”²⁸.

Böckenförde y el Estado de derecho.

Böckenförde describe los efectos que tienen la utilización y aplicación de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, como productores de un cambio en la estructura constitucional. Dichos efectos, señala, pueden reconocerse a la luz de las funciones de la constitución. Distingue entre las funciones *dogmático-jurídica*, *teórico-estatal* y *teórico-constitucional*.

²⁶ *ibid.*

²⁷ *vide infra* 58

²⁸ Forsthoff, E: *El Estado de la Sociedad Industrial* (Madrid: Instituto de estudios políticos, 1975), p. 225.

Función dogmática.

En la *función dogmática*, la adición de sentido objetivo conlleva “una *expansión* de la aplicabilidad de los derechos fundamentales en alcance y extensión”²⁹. Este resultado está enlazado al carácter de *normas-principio* que Alexy ha conceptualizado. Las *normas-principio* implican un cambio de paradigma de la labor del juez constitucional, en la medida que no es posible su utilización mediante interpretación, sino que únicamente, por sus particulares características, sólo cabe su utilización mediante concreción. Tal cambio implica que las normas de la constitución no son tenidas en el discurso de adjudicación como algo previo.

[La concreción] es el llenado (creativo) de algo fijado únicamente en la dirección o principio, que permanece abierto en lo demás y que necesita ante todo de la pre-determinación conformadora para ser una norma ejecutable³⁰.

Así, las sentencias del juez constitucional que concret[an] derechos serían más comparables a una *case law* que a una práctica interpretativa³¹.

Función teórica-estatal.

La *función teórica-estatal*, en cuanto trata de los cometidos y fines del Estado, conduce – ante la aceptación del contenido jurídico-objetivo en forma de normas de principio –, a la juridización de estos fines y cometidos. La juridización de los fines del Estado se produce en la medida que las normas constitucionales con carácter de principio y con contenido jurídico-objetivo, revisten un carácter de mandato de optimización. Los ciudadanos no sólo pueden exigir que se respete su posición jurídico-subjetiva frente al Estado, sino pueden además obligar al Estado a la realización de los fines que la constitución encierra y que, finalmente, se traducen en posiciones subjetivas como mandatos de actuación contenidas en los derechos fundamentales. Esto lleva directamente a la discusión sobre los deberes de protección que los derechos fundamentales encierran. Böckenförde pone acento en que tras el cambio de orientación en esta función (teórica-estatal), los derechos fundamentales pasan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano a ser *principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto*. Tal cambio redundará en que el ordenamiento jurídico deja de ser determinado jurídicamente por el legislador, y queda desplazado en su *competencia originaria de creación del derecho*. La constitución como orden objetivo de valores y normas de principio, deja de ser el límite a la potestad de configuración del derecho por parte del

²⁹ Böckenförde: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", p. 126.

³⁰ *ibid* 127

³¹ Huber citado en *ibid*.

legislador, esto es, deja de ser Ordenamiento jurídico fundamental del Estado, para convertirse en el ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad [...]. El ordenamiento jurídico en su conjunto ya está contenido [...] en la Constitución. Sólo necesita de la concreción³².

Función teórica-constitucional.

Por último, en la *función teórica-constitucional*, existe una nueva configuración entre la legislación y la jurisdicción constitucional. En esta perspectiva, Böckenförde señala dos consecuencias para la relación legislación jurisdicción:

(i) La pérdida del carácter originario de la configuración legislativa del orden jurídico, esto es, la disminución a una condición concretadora del orden constitucional – integrado por normas-principio con tendencia a la optimización – mediando, evidentemente, una deferencia legislativa al medio y forma de la concreción. Esta mutación se ve complementada por la elevación de la labor judicial de una labor de aplicación a una labor de concreción.

(ii) Si bien el legislador tiene *preferencia* institucional para la concreción, el juez constitucional posee la *supremacía*, dado que él ejerce el control constitucional de la legislación, lo que conlleva que su concreción posea rango constitucional. Esto desemboca inevitablemente, en un cambio de ordenación de los poderes y una traslación del centro de gravedad entre ellos. Se produce un resbaladizo tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional³³.

La división de poderes se ve erosionada, confundiéndose la labor de creación y la labor de aplicación del derecho, cuya separación es esencial al Estado constitucional. El proceso político democrático pierde importancia. Esto último se vincula a la ya tradicional objeción democrática a la justicia constitucional, pero aquí con un ingrediente adicional, sobre el que se volverá enseguida.

Conclusiones de Böckenförde.

La conclusión de Böckenförde a este diagnóstico, se centra en la necesidad de privación del carácter objetivo-valorativo a los derechos fundamentales. Tras descartar fórmulas de limitaciones funcionales de la labor del juez constitucional con la conservación del carácter objetivo de principio de las normas constitucionales de derecho fundamental, revisa la fórmula alternativa que pueda reencontrar la estructura constitucional centrada en el gobierno del parlamento democrático. Dicha fórmula sugiere la *re-consideración* de los derechos fundamentales como derechos subjetivos que vinculan la relación

³² *ibid* 129.

³³ *ibid* 130.

Estado-ciudadano. Así, se lograría una reintroducción de la disposición originaria del derecho al parlamento. Los derechos fundamentales no perderían su labor orientadora para el legislador, pero carecerían de eficacia judicial. En definitiva, la cuestión de la calificación del sentido de los derechos fundamentales, implica una decisión fundamental entre la preeminencia de la política democrática o la consideración de la constitución como determinadora de los fines, ya no sólo del Estado sino de la vida de la comunidad toda, con el juez constitucional como guardián o – de modo más exacto – *señor* de la constitución³⁴.

Crítica de Habermas a Böckenförde.

Ante la resonancia de este diagnóstico, Habermas realiza un seguimiento de las ideas de Böckenförde, entendiendo que su crítica pende de la relación que éste creó encontrar entre el cambio de paradigma desde el Estado liberal al Estado social. Böckenförde – según Habermas – entiende que el rol que necesariamente ocupan los órganos aplicadores en el Estado social se constituye como una barrera infranqueable para la preservación del Estado legislativo, exigido por razones democráticas, y para la separación de poderes, exigido por razones de control del poder³⁵. Habermas piensa que Böckenförde está equivocado por dos razones:

(i) Cree que la única comprensión del paradigma social del derecho responde a los términos que plantea una comprensión determinada del Estado social de derecho en términos de dominación jurisdiccional. Es por ello que confunde los principios del Estado de derecho con una de sus particulares lecturas históricas, planteando – equivocadamente – el perjuicio que el tránsito al Estado social procura a tales principios. La lectura de Böckenförde por Habermas plantea una negación de la preponderancia de la interpretación liberal de la separación entre Estado y sociedad, afirmando la plausibilidad de la moralización del derecho sin invasión de la autonomía individual asegurada mediante esa separación, justamente mediante un sistema de derechos fundamentales.

(ii) En segundo lugar, es necesario – sostiene Habermas – que los derechos fundamentales sean interpretados a través de la comprensión paradigmática adecuada históricamente. Tal adecuación se logra mediante la remisión a *normas de fondo* para la aplicación del derecho en casos, en los cuales el resto de los elementos contextuales es ineficaz. Tales normas dejan desnudo al argumento de la perniciosidad del cambio de paradigma. La consideración del recurso a *normas de fondo*, es problemática, ahora de verdad, si “abre al Tribunal

³⁴ Para una defensa de la posición del Tribunal constitucional federal como guardian último de la constitución, desde la perspectiva de la práctica respetuosa del mismo tribunal, *vide* Leibholz, G: *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971).

³⁵ *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, pp. 322-6.

Constitucional la puerta para la «creación de derecho» de inspiración política, que, conforme a la lógica de división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático”³⁶.

Habermas y el lugar de la justicia constitucional en el Estado de derecho.

A diferencia de Böckenförde, para Habermas el problema fundamental de la legitimidad de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Federal, no reside primeramente en la salvaguarda del Estado de derecho [. Este es sólo una] secuela de una falsa auto-interpretación [del rol del TCF. Centrando el diagnóstico en esta perspectiva] se pierde de vista la alternativa constructiva, conforme a la cual los derechos no pueden asimilarse a valores³⁷.

Si la labor del tribunal constitucional es la realización de valores, no hay diferencias entre su vinculación a la constitución y la vinculación del poder legislativo a la constitución. Ambos ven precondicionadas sus actuaciones por las disposiciones de la constitución. Sin embargo, sólo en uno de ellos se asegura la participación de todos los posibles afectados por la decisión. El tribunal que pondera valores y con ese mecanismo determina reglas aplicables a un caso concreto, interviene en el espacio competencial destinado a la decisión legislativa. Esto significa que la soberanía popular se viola por una teoría autoreferencial del tribunal, que se atribuye la potestad de crear la regla aplicable – no solamente de determinar la aplicación de una regla preexistente – además de la potestad de aplicarla. El carácter definitivo de la solución judicial, en este caso de desmoronamiento de la separación de poderes, derrota la aspiración de equilibrio entre derechos fundamentales y decisión democrática, sin la cual la legitimidad del propio tribunal queda en entredicho. Por tanto, la concreción de valores de la jurisprudencia pone en competencia al tribunal constitucional con el poder legislativo, desconociendo el carácter jurídico que debe tener su discurso, volviendo problemática la división de poderes y haciendo patente un posible carácter *contramayoritario* de la revisión judicial.

La distinción entre principios y valores obliga a rechazar la respuesta que da la jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional alemán al problema de legitimación de su función de control constitucional. Una respuesta fructífera sólo es posible cuando se distingue no sólo entre principios y valores, sino también entre jurisdicción y legislación.

Günther introduce la importante distinción entre discurso de justificación y discurso de aplicación como una categoría de discursos argumentativos que sirve para apoyar la idea de división funcional entre

³⁶ *ibid* 326.

³⁷ *ibid* 327.

jurisdicción y legislación. Tal distinción nace en la estructura de los discursos y no se debe solamente a una decisión institucional. El discurso de justificación es un discurso abierto a consideraciones morales y políticas, en el cual el elemento más importante es la posibilidad de universalización. La participación de todos los actores a los cuales va a obligar la imposición de la norma que se establezca, esto es, de todos los afectados. También es importante señalar que no se hace necesario para el órgano encargado de la creación de la norma general la consideración de las circunstancias particulares que se suscitarán en el caso de la aplicación de la norma.

El discurso de aplicación, en cambio, tiene exigencias distintas en cuanto a los sujetos participantes y a las exigencias de la argumentación. En el caso del discurso de justificación la consideración soberana, por parte del legislador, de los efectos de la imposición de las normas creadas, es ya presupuesto de las posibilidades de determinación de la misma. En el discurso de aplicación, en cambio, los argumentos a considerar quedan limitados por la decisión hecha por el órgano legislador, presuponiendo que las normas a aplicar son normas válidas, cuando éstas han sido previstas por una instancia procedimentalmente apta para la legitimación de las decisiones normativas, cual es el parlamento democrático. El discurso de aplicación, por tanto, centra su énfasis en la determinación de todas las circunstancias relevantes para la aplicación de la norma general al caso concreto además de la satisfacción de la exigencia de un procedimiento justo o imparcial (*fair*), rescatando dentro de éste, el rol del tercero fuera de la disputa que constituye el tribunal³⁸.

De este modo, es posible clarificar la distinta utilización de razones legitimatorias por parte de órgano legislador y del tribunal constitucional. Si bien la interpretación de la constitución tiene una apertura a consideraciones morales o políticas mayor que el discurso jurídico aplicador común, ésta no puede perder su naturaleza retrospectiva, la cual, desde el punto de vista del Estado de derecho, legitima su accionar³⁹. Así, mientras el tribunal constitucional se legitima mediante su función aplicadora, el órgano legislador se legitima mediante el desarrollo del sistema de derechos planteados en la constitución, al perseguir sus propias políticas.

El argumento aquí planteado es necesario, más no suficiente, para afirmar la racionalidad del discurso sobre principios jurídicos en vez del discurso de valores. Tal suficiencia es lograda, por el órgano aplicador, cuando mira al sistema jurídico como un sistema coherente, dentro del cual debe seleccionar las normas aplicables, dentro de un conjunto de normas validas, no pretiriendo normas aplicables en razón

³⁸ *vide* Gunther, K: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica" en 17-18 *Doxa* (1995). También Atria: "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo".

³⁹ *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 325.

de su mayor o menos peso relativo en el caso. Su labor es llevar a cabo la elaboración de la respuesta correcta para el caso concreto, en base a premisas precondicionadas en el derecho establecido. Esta es la labor ideal del tribunal constitucional, cuya función integradora y reconstructiva se encuentra justificada en la *adecuación* de la intervención jurídica con miras a la solución de problemas concretos⁴⁰.

La sola distinción entre los discursos permite afirmar la necesidad de la existencia de la separación entre el legislador y los tribunales. Sin embargo aun no nos permite afirmar la necesidad del tribunal constitucional.

La manera de justificar la necesidad de un tribunal constitucional depende de la comprensión que se tenga de la constitución. La constitución puede entenderse de tres maneras. En primer lugar puede entenderse como un orden marco que protege la libre interacción de los individuos frente a la intervención del monopolizador de la violencia. De esta manera el tribunal constitucional debe limitarse a la protección de los derechos subjetivos que tienen los individuos frente al Estado. En segundo lugar, el Estado social de derecho entiende la constitución como un programa de acción para el Estado interventor que está encargado de la satisfacción de las necesidades sociales. Es dentro de este modelo donde puede entenderse la constitución como un “orden jurídico global de tipo concreto que impusiese a priori a la sociedad una determinada forma de vida”⁴¹. Un tercer modelo, y he aquí la propuesta de Habermas, cercana a la de Ely en el debate norteamericano⁴², toma la constitución como un conjunto de derechos puestos al servicio del procedimiento democrático. El tribunal constitucional tiene como labor la protección de ese sistema de derechos, llevando a cabo, la constitución de la autonomía privada y pública de los ciudadanos. En otras palabras, su función es asegurar las condiciones procedimentales democráticas evitando las posibles perturbaciones de la génesis democrática de las leyes⁴³. Así, su tarea no es actualizar en cada caso el supuesto programa “valorativo” de la constitución, sino asegurarse de que ha sido respetada la participación de todos los posibles afectados en el discurso de fundamentación de las leyes. Es así como debe establecerse un sistema de presunciones de constitucionalidad en cuanto deferencias del tribunal con la interpretación legislativa de la constitución. Tal modelo, tiene consideraciones políticas y consideraciones jurídicas. Primero, requiere del respeto de la decisión del órgano que representa a los ciudadanos. Segundo, la conformación del esquema de sujeción de la función aplicadora a la de creación

⁴⁰ *ibid* 333s. El concepto de *coherencia* planteado por Habermas se asimila al concepto de *integrity* planteado en Dworkin: *El Imperio de la Justicia*.

⁴¹ Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 336.

⁴² *vide* Ely: *Democracia y Desconfianza*.

⁴³ *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 338.

legítima de derecho. Los problemas de control abstracto de normas deben resolverse desde la perspectiva del legislador⁴⁴.

Una concepción como la de Habermas permite rechazar la comprensión paternalista de la jurisdicción constitucional que ve en el discurso jurídico una instancia de distanciamiento de la irracionalidad de la política. La jurisdicción constitucional se justificaría, pues, por la racionalidad comparativamente más alta de sus discursos. Sin embargo, esta propuesta pasa por alto la especialidad de los discursos de aplicación y de fundamentación, que no hace recomendable la confusión de los órganos respectivos. Y más importante aún, desatiende que la finalidad de racionalidad en el contexto de fundamentación se puede lograr por medio un control procedimental del tribunal constitucional que no exige un rol creativo de producción de normas⁴⁵.

La jurisprudencia del orden objetivo de valores trata de dar una justificación de la función en un Estado de Derecho democrático que no es satisfactoria, pues no considera las diferencias estructurales entre el discurso jurídico y el discurso político en sentido amplio (que incluye consideraciones de fines y consideraciones de principios). La asimilación de principios y valores es el error principal, pues desatiende las limitaciones del órgano aplicador respecto de la utilización de argumentos funcionales. De este modo, es necesaria una justificación alternativa de la jurisdicción constitucional. Esta justificación se encuentra en considerar al tribunal constitucional como un órgano aplicador cuya específica función es asegurar el desarrollo imparcial del discurso de fundamentación del poder legislativo. De esta manera, se compensa el déficit de justificación democrática de la jurisdicción constitucional con la necesidad de la existencia de derechos fundamentales en los Estados de derecho democráticos.

Bibliografía.

Alexy, R: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

——— "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales" en 66 *Revista española de derecho constitucional* (2002): 13-64

——— "Sistema jurídico y razón practica" en *El Concepto y la Validez del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994).

⁴⁴ Una propuesta comprensiva del problema de la legitimidad de la jurisprudencia constitucional desde la perspectiva norteamericana, que llega a esta conclusión después de una revisión exhaustiva de la bibliografía de esa tradición, se encuentra en Ferreres: *Justicia Constitucional y Democracia*.

⁴⁵ En nuestro medio una crítica a la actitud paternalista a la que denomina como "legalismo" ha sido planteada por Atria: "Legalismo, derechos y política".

Atria, F: "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo" en 12 *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (2001), pp. 119-56.

—— "Legalismo, derechos y política" en VV.AA.: *Derechos Fundamentales SELA 2001* (Buenos Aires: Del Puerto, 2003).

Benda, E. W. Maihofer, *et al*: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 1996).

Böckenförde, E. W: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993).

—— "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993).

—— "Origen y cambio del concepto de estado de derecho" en *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2002).

Borowski, M: "Las restricción de los derechos fundamentales" en 59 *Revista española de derecho constitucional* (2000): 29-56

Dworkin, R: *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988).

Ely, J. H: *Democracia y Desconfianza* (Bogota: Siglo del Hombre Editores, 1997).

Ferreres, V: *Justicia Constitucional y Democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997).

Forsthoff, E: *El Estado de la Sociedad Industrial* (Madrid: Instituto de estudios políticos, 1975).

Gunther, K: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica" en 17-18 *Doxa* (1995).

Habermas, J: *Facticidad y Validez* (Madrid: Trotta, 2001).

Julio, A: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares* (Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2000).

Leibholz, G: *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971).

Schreckenberger, W: *Semiótica del Discurso Jurídico. Análisis Retórico de Textos Constitucionales y Judiciales de la Republica Federal de Alemania* (Mexico: Universidad Autónoma de México, 1987).

Smend, R: *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1985).

von Münch, I: "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania" en Coderch, P: *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada* (Madrid: Civitas, 1997).

von Wright, G H: *La Lógica de la Preferencia* (Buenos Aires: Eudeba, 1967).