

# SOBRE EL SISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Con motivo del libro de Klaus Stern  
*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*,  
vol. III/2 (1)

JOSE JUAN GONZALEZ ENCINAR

Para hablar de derechos fundamentales lo primero que habría que hacer —como bien ha dicho alguien— es un congreso sobre la terminología. La incorporación, junto a los tradicionales derechos de libertad, de los llamados derechos de la segunda y tercera generación, es decir, de derechos fundamentales con una estructura dogmática distinta a la de aquéllos, y la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales, entre ellos el nuestro, que con razón consideran a los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos, sino, además, como «elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad» (2), han convertido la interpretación constitucional de las normas que garantizan, regulan, desarrollan, afectan o simplemente ignoran los derechos fundamentales en un quehacer muchísimo más complicado de lo que la dogmática tradicional hubiera podido llegar a pensar. La motivación, o razonamiento jurídico, que necesariamente ha de preceder al fallo de nuestros tribunales (3), implica, en buena parte de los casos, una compleja argumentación cuyo cabal desarrollo requiere, como elemento imprescindible, un adecuado lenguaje. Pues bien: ese lenguaje todavía no existe. Hoy por hoy, no puede decirse que hayamos alcanzado todavía el grado imprescindible de consenso sobre el valor, o significado, de los términos y expresiones que habitualmente utilizamos para referirnos a los derechos fundamentales. Si se comparan distintos razonamientos jurídicos —de los tribunales, o de la doctrina, e incluso, con frecuencia, de un mismo tribunal, o de un mismo autor— podrá comprobarse

---

(1) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1994, 1.643 págs.

(2) STC 25/1981, FJ 5, y a partir de ahí, innumerables sentencias del Tribunal Constitucional.

(3) Art. 120.3 CE.

con facilidad que, frecuentemente, con el mismo término se designan cosas distintas, o que, muy a menudo, se utilizan distintos términos para referirse a una misma cosa. Así, por ejemplo, en lengua española, por «injerencia» en los derechos fundamentales entienden unos la simple «afectación», mientras que otros utilizan la misma palabra como sinónimo de «violación», o de «lesión». Es también sabido que el consenso sobre lo que significa «desarrollar» un derecho fundamental o «regular el ejercicio» del mismo es, de momento, tan escaso como para permitir que el propio Tribunal Constitucional se divida, al respecto, prácticamente en dos mitades (4). Y si de otros términos o expresiones básicas de la dogmática se trata, como, por ejemplo, del «principio de proporcionalidad», la claridad de los conceptos y el acuerdo sobre los mismos son todavía menores (5).

Pero, si falta el lenguaje, falta casi todo. Dos ilustres españoles se han referido en los últimos tiempos, con singular coincidencia, a lo que ahora quiero expresar aquí. «El lenguaje de las palabras —ha dicho Emilio Lledó— no sirve sólo para entendernos con los otros, sino, como resultado de ese entendimiento, para entendernos con nosotros mismos» (6), y eso es así, de manera muy especial, en el campo de los derechos fundamentales. «La lengua de los derechos —ha escrito Eduardo García de Enterría— debe explicarse no como una simple aparición de nuevos términos en un plano estrictamente técnico de análisis léxico o sintáctico, sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres» (7). Tanto es así, que los ciudadanos sólo pueden llegar a comprender el verdadero sentido de la comunidad de la que todos forman parte en la medida en que sean capaces de entender el verdadero significado de los derechos fundamentales.

Ahora bien: ni España, ni los derechos fundamentales, ni el discurso político o jurídico sobre la una y los otros son hoy realidades que quepa considerar de manera autárquica. España ha vinculado voluntariamente su futuro con el de los restantes Estados miembros de la Unión Europea y nada de lo que ocurra en estos países en el plano político, cultural, económico o jurídico puede considerarlo ajeno. El lenguaje de los derechos fundamentales quiere ser —y es ya

---

(4) Vid., por ejemplo, de entre las de los últimos tiempos, la STC 127/1994, de 5 de mayo, sobre la Ley de Televisión Privada y los votos particulares a la misma.

(5) Vid., por ejemplo, la STC 215/1994, de 14 de julio, sobre la esterilización de incapaces y los votos particulares a la misma.

(6) E. LLEDÓ: *Las palabras en su espejo*, discurso leído el 27 de noviembre de 1994 en su recepción pública en la Real Academia Española, Madrid, 1994, pág. 75.

(7) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, discurso leído el día 24 de octubre de 1944 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia Española, Madrid, 1944, pág. 45.

de algún modo— un lenguaje universal, como lenguaje de los derechos humanos, pero es todavía más claro que, en el contexto europeo, el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales tiene que hacerse en común. Caben, sin duda, particularidades y peculiaridades de los distintos países o naciones, pero, en lo esencial, en los elementos básicos de la dogmática, caminamos ineludiblemente hacia una convergencia con nuestros vecinos. El Tratado de la Unión, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de los correspondientes Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo convierten en imprescindible la permanente comunicación con el discurso jurídico de los demás países de la Unión, en un diálogo que, por la propia naturaleza de las estructuras comunes, sólo puede tener el sentido de una progresiva aproximación.

Por eso mismo, nos ha parecido imprescindible dar aquí noticia del último volumen hasta ahora publicado, el vol. III/2, de la importante obra de Klaus Stern sobre *El Derecho del Estado en la República Federal de Alemania*, volumen que, junto con el inmediatamente anterior, el III/1, completa la parte dedicada por Stern a las teorías generales de los derechos fundamentales.

No conozco otra síntesis más útil ni más completa del «estado de la cuestión» en la dogmática alemana. Otras obras importantes publicadas en aquel país en los últimos años (8) tienen frente a ésta el inconveniente de que no dedican un tratamiento tan extenso al tema de las teorías generales de los derechos fundamentales o, aun dedicándole una atención semejante [como es el caso del *Handbuch des Staatsrechts* (9)], al ser obras colectivas, lo que ofrecen es la superposición de los tratamientos que diferentes autores hacen de los distintos aspectos del problema. Pero un tema como el de la teoría general de los derechos fundamentales requería, sin duda, una labor de sistematización de conjunto, que la obra de un solo autor está siempre en mejores condiciones de ofrecer.

Desde la perspectiva española podrá parecer casi inconcebible que una sola persona, aun con la ayuda de uno de sus colaboradores para redactar algunos capítulos, haya podido abordar de forma satisfactoria la sistematización en más de 3.700 páginas de una materia semejante, en la que apenas si se consigue llegar a reseñar la bibliografía por no hablar ya, claro está, de las posibilidades

---

(8) De factura más reciente que los clásicos comentarios a la Constitución, como el de Maunz-Dürig-Herzog, etc. Vid., por ejemplo: ISENSEE-KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 7 vols., publicados entre 1987 y 1992; BENDA-MAIHOFFER-VOGEL (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983 (1.ª ed.), recientemente reeditado; R. WASSERMANN y otros (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (conocido como el *Alternativkommentar*), 2 vols., 1984 (1.ª ed.).

(9) Vid. nota anterior.

de leerla. La respuesta hay que buscarla, en primer lugar, en la indudable capacidad de trabajo del autor, pero también en algo en lo que la ciencia jurídica española camina bastante más retrasada que la alemana y en lo quizá pudiera, por eso mismo, aprender de aquélla.

La ciencia sólo progresa en la medida en que está institucionalizada, y la ciencia jurídica no es una excepción. Universidades, institutos de investigación, bibliotecas, centros de documentación, publicaciones especializadas, fundaciones, asociaciones, seminarios y toda una larga serie de formas concretas, y sólo aparentemente menores, de «organización» del trabajo científico (10) institucionalizan en Alemania la creación y la transmisión, o comunicación, del «saber científico» de forma y manera muy distinta a como se hace en España.

La ciencia jurídica, o está institucionalizada, o no es verdaderamente ciencia, sino mera elucubración. La ciencia progresa en la medida en que cada científico se apoya (porque tiene la posibilidad de apoyarse) en lo que previamente han hecho los demás. Si no existe la suficiente comunicación, o aun existiendo ésta, no se comparten un mínimo de «códigos» comunes, no puede haber tampoco una auténtica «comunidad científica» ni, por consiguiente, una auténtica ciencia. El pluralismo de la ciencia es una expresión y una garantía del pluralismo social, pero la mera «pluralidad» de individuos que, dedicándose a la misma materia, lo hacen cada uno «a su modo», lo único que garantiza en el terreno de la ciencia es la esterilidad. Hoy, todavía en mayor medida que ayer, el saber científico que importa y que vale es el que se comunica, el que circula, el que se comparte, el que se tiene en común, el saber colectivo, el saber de la comunidad. En el terreno de la ciencia, el saber individual es, cada vez más insignificante. Eso es así en el mundo de la ciencia, y en el mundo de la ciencia jurídica por partida doble, porque en éste determinadas «verdades» valen sólo, y precisamente, porque son compartidas.

\* \* \*

La obra de Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, conocida en España por la traducción de una parte del primer volumen (11), es un trabajo proyectado en cinco tomos, que comenzó a publicarse en 1977. El

---

(10) Como pueden ser la forma de las citas, el sistema de abreviaturas, los imprescindibles índices analíticos, etc.

(11) KLAUS STERN: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, traducción de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1987, 909 págs.

tomo I (12) trata sobre «Los conceptos esenciales y los fundamentos del Derecho del Estado y los principios estructurales de la Constitución»; el II (13), sobre «Los órganos y las funciones del Estado, la constitución financiera y los estados excepcionales», y el III, que ha tenido que dividirse en dos volúmenes (14), sobre «Las teorías generales de los derechos fundamentales». Restan por publicar: el tomo IV, sobre «Los derechos fundamentales (en particular)», y el V, sobre «Los fundamentos históricos y los principios fundamentales del Derecho del Estado de los Länder».

El enfoque general de la obra, que importa ahora resaltar, antes de referirnos a la parte de la misma que trata sobre los derechos fundamentales, está claramente expresado por Stern en el prólogo de 1977 a la primera edición del primer tomo: «Un Derecho del Estado trata del Estado y del Derecho (...). Un Derecho del Estado de la República Federal de Alemania ha de dejar claro que el orden estatal que la Ley Fundamental hace posible garantiza la libertad de la que tantos alemanes carecen y evita la anarquía. La dogmática no puede por sí sola cumplir ese objetivo. La argumentación no puede prescindir de los aspectos de orden histórico, o relacionados con la filosofía del Estado, o empíricos, o que tienen que ver con el análisis de la realidad; con este enfoque, que fundamento en las dos primeras secciones del primer capítulo, me he esforzado en trabajar. El Derecho del Estado (*Staatsrecht*) y la Ciencia del Estado [*Staatslehre* (15)] son inseparables (...). El Derecho del Estado no es sólo Estado y Derecho, sino también reflejo de ambos en la vida y en la existencia de un pueblo, y ello obliga a dirigir la vista a la realidad y al desarrollo histórico del Estado...» (16).

Es ése un enfoque del Derecho del Estado (y, por consiguiente, de la parte fundamental de éste, el Derecho constitucional) que, con Stern, comparte todavía hoy el resto de la mejor doctrina alemana (17), pero que contrasta abier-

(12) 1977, 1.ª ed.; 1984, 2.ª ed., 1.111 págs.

(13) 1980, 1.544 págs.

(14) El vol. III/1, publicado en 1988 (1.643 páginas), y el III/2, publicado en 1994, que es el que comentamos aquí.

(15) La *Staatslehre* (en España normalmente traducida como «Teoría del Estado») es, en Alemania (frente a la *Staatsrechtslehre*), la ciencia del Estado no jurídica, sino integrada por los enfoques filosóficos, sociológicos y políticos. Vid. J. JUAN G. ENCINAR: «Derecho del Estado y Ciencia del Derecho del Estado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, págs. 335 y sigs.

(16) STERN, I, prólogo a la primera edición, págs. VII y sigs. (Aquí, como en adelante, siempre que no se indique otra cosa, los datos sobre tomo, volumen y página se refieren siempre a la obra que comentamos.)

(17) Vid. como ejemplo de una de las afirmaciones más autorizadas y recientes «Sobre el Derecho y el Estado», entrevista a E. W. Böckenförde de J. J. G. ENCINAR: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7 (1995) (en prensa), en especial la respuesta a la última pregunta.

tamente —como ya habrá advertido el lector— con el empeño que algunos pusieron, en España, en los años siguientes a 1977, para conseguir una tajante separación del Derecho público y las llamadas consideraciones «extrajurídicas» sobre el Derecho y el Estado (18).

La obra de Stern, a diferencia de la Ley Fundamental, no comienza con los derechos fundamentales, y es ésta una decisión que el autor se considera obligado a justificar o, lo que es lo mismo, a fundamentar. Frente a la creencia de quienes confían en la desaparición del gobierno de los hombres sobre los hombres, Stern afirma que «la historia y las investigaciones sobre la naturaleza de las comunidades humanas demuestran la legitimidad del poder ordenador del Estado como el indispensable protector de la libertad y de la seguridad del individuo. El Estado, desde el momento en que es capaz de darse una Constitución, es la condición necesaria para la subsistencia de lo comunitario. Esa es la razón por la que se decide comenzar la explicación del Derecho del Estado no con los derechos frente a éste, en particular los derechos fundamentales, sino con el propio Estado, con su forma y organización, sus principios estructurales, sus principios y sus funciones» (19). Frente al orden que los constituyentes, por razones distintas, habían dado a la Constitución, la cual comienza con las normas sobre los derechos fundamentales, Stern prefiere seguir el orden expositivo que es tradición en la ciencia alemana del Derecho del Estado. En consecuencia, en la obra de Stern, el Estado se estudia primero y los derechos fundamentales después.

En alguna ocasión se ha reprochado a Stern que en esta obra hace una ciencia del Derecho del Estado que, si ciertamente explica los conceptos de «Derecho del Estado», «Ciencia del Derecho del Estado», «Constitución» o «Derecho Constitucional», no aborda, sin embargo, el tratamiento del concepto de «Estado», y es, por eso mismo, «un Derecho del Estado sin Estado» (20).

Efectivamente, el concepto de Estado no está expresamente incluido en el plan de la obra, pero una idea de Estado sí existe, y muy clara, desde un principio en la concepción general del libro. Es posible, sin embargo, que aquellas críticas, a las que dio origen la publicación del primer volumen, y con éste, del plan de la obra, haya influido en el desarrollo de los volúmenes posteriores.

---

(18) Bien es cierto que, en nuestro país, la polémica sobre este tema ha estado, desde un principio, claramente mal planteada. Y aunque no sea éste el lugar para entrar en mayores detalles, para evitar malos entendidos conviene también recordar que la tradición española y la tradición alemana son, al respecto, sensiblemente distintas. Lo que la tradición alemana del Derecho del Estado pueda tener de exceso de conceptualismo y de «método jurídico puro», lo tiene la tradición española del «Derecho político» de todo lo contrario.

(19) STERN, I, prólogo, pág. IX.

(20) E. W. BÖCKENFÖRDE: *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, págs. 9-10.

Pero, en todo caso, lo que sí parece indudable es que, llegado al punto de formular lo que el autor llama «el sistema de los derechos fundamentales», la historia alemana de los últimos años había desempeñado ya un papel determinante en el enfoque de lo que otros han llamado el problema de la «estatalidad» (21). La reacción producida en Alemania ante la forma de integración europea prefigurada en el Tratado de Maastricht, la forzada consideración por parte de la opinión pública alemana de cuáles pudieran ser los límites de esa integración más convenientes para una Alemania ya reunificada y, *last but not least*, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ratificación del Tratado (22) han reavivado el interés por el concepto de Estado, por los límites de la estatalidad y, en último término, por la determinación de lo que Alemania no quiere, no debe, o no puede ceder de su propia forma de organización política configurada por la Constitución.

\* \* \*

La ciencia del Derecho del Estado se ha convertido, en gran medida y desde luego —como el propio Stern reconoce (23)— en mucha mayor medida de lo que el constituyente alemán hubiera podido llegar a pensar, en ciencia de los derechos fundamentales. Sea cual sea el orden de la exposición científica del Derecho del Estado, en el momento en que la ciencia intenta abordar el estudio de los derechos se enfrenta con una tarea central, compleja y, en cierto sentido, inabarcable. «El desarrollo de los derechos fundamentales va algunas veces más de prisa de lo que el autor es capaz de escribir (...). Aspirar a colmar todas las lagunas es ya una aspiración imposible. El que quisiera intentarlo tendría que dedicarse sólo a leer; para escribir no quedaría ni un segundo» (24). La problemática de los derechos fundamentales irradia hoy hacia todo el ordenamiento jurídico, y al estudioso le resulta ya prácticamente imposible colmar todas sus lagunas.

Ese es, probablemente, uno de los motivos por los que en los dos volúmenes que se dedican a la teoría general de los derechos fundamentales, el III/1 y el III/2, Stern ha querido contar con la colaboración de su antiguo ayudante, y hoy ya catedrático de la Universidad de Potsdam, Michael Sachs, que, familiarizado desde un principio con el proyecto, se responsabiliza directamente de

(21) Vid. J. JUAN G. ENCINAR: «Derecho del Estado...», cit., y la referencia que allí se hace (pág. 344) al trabajo de P. KIRCHHOF: «Der Deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration», publicado en la obra de la que él y Isensee son editores, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, 1992, págs. 855-887.

(22) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993.

(23) STERN, III, pág. VII.

(24) STERN, III/1, pág. VII.

algunos capítulos del volumen III/1 y de lo que, en extensión, representa ya casi un tercio del volumen III/2.

Entre la publicación de la primera y la segunda parte del tomo III median seis años —los que van de 1987 a 1994—, que, en principio, pudieran parecer un largo período de tiempo, pero que se explican, de un lado, por la amplitud y complejidad de la materia, y de otro, o sobre todo, por el hecho de la reunificación de Alemania. En especial durante 1989 y 1990, Klaus Stern, como él mismo reconoce, hubo de interrumpir prácticamente su trabajo en este libro para prestar su ayuda en el estudio de algunos de los múltiples problemas jurídico-constitucionales que la reunificación había planteado.

El estudio de las «Teorías generales de los derechos fundamentales» se estructura en diez grandes capítulos (los cinco primeros en el volumen III/1 y los otros cinco en el III/2), que tratan de las siguientes materias: 1) Los fundamentos y la historia de los derechos fundamentales; 2) El constitucionalismo nacional e internacional de los derechos fundamentales; 3) El significado jurídico de los derechos fundamentales; 4) Los titulares; 5) Los obligados; 6) Supuesto de hecho, afectación y limitación; 7) Pérdida de derechos fundamentales y deberes fundamentales; 8) La defensa de los derechos fundamentales; 9) La concurrencia de derechos fundamentales, y 10) El sistema de los derechos fundamentales.

\* \* \*

En el volumen III/2, que es el que motiva este comentario, se tratan, como hemos visto, algunas de las cuestiones probablemente más interesantes desde la perspectiva del Derecho comparado, pero sólo de alguna de ellas, como es lógico, podemos ocuparnos aquí.

A nuestro modo de ver, el sentido y el enfoque de esta parte podría resumirse en dos frases: la primera, de H. J. Wolff, y la segunda, de G. W. F. Hegel, que Stern coloca significativamente en el comienzo del capítulo X, con el que cierra el volumen: para Wolff, «la ciencia de los derechos fundamentales es sistemática o no existe»; para Hegel, «la auténtica forma de existencia de la verdad no puede ser otra que la de su sistema científico» (25). En ese mismo sentido, para Stern, de lo que realmente se trata es de «saber si, vistas las distintas teorías generales, existe la posibilidad de construir un *sistema de los derechos fundamentales* capaz de reflejar los elementos esenciales que gobiernan el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución» (26).

(25) Las citas, en STERN, III/2, pág. 1748.

(26) STERN, III/2, pág. 1748.

En 1987, en el volumen III/1, Stern, con la ayuda de Sachs, había establecido ya, al hablar del «significado jurídico de los derechos fundamentales», la distinción —básica en su análisis— entre los contenidos subjetivos (27) (respecto a los cuales se diferencian los derechos de defensa y los derechos a prestación) y los contenidos objetivos (28) (en cuyo análisis se subdistingue entre las garantías institucionales y los contenidos jurídico-objetivos). Con ese esquema se adentra en el volumen III/2 para intentar una labor de sistematización de las distintas opiniones sobre problemas de la dogmática constitucional en los que existe todo menos una opinión pacífica de la doctrina; se trata, en realidad, de cuestiones en las que a menudo, como decíamos al principio de estas líneas, no existe acuerdo ni siquiera en la terminología.

Stern reconoce que no se puede hablar de un consenso sobre lo que significa la ciencia, o la teoría, o la dogmática, o la propia función de los derechos fundamentales, y que, en sentido propiamente jurídico, no existe ninguna sistemática satisfactoria que permita huir de la inseguridad o aumentar la escasa capacidad de convicción de los argumentos y razonamientos de las sentencias (29). En su opinión, lo que hace falta es buscar el «sistema» de los derechos (algo menos ambicioso y especulativo que las llamadas «teorías»), «orientado sólo en las normas y en los conocimientos dogmáticos seguros, con especial atención a las decisiones del Tribunal Constitucional» (30). Esa búsqueda del sistema la contempla Stern en estrecha relación con la labor de la dogmática jurídica, pero de una dogmática definitivamente liberada de la jurisprudencia de conceptos. Las tres funciones de la dogmática jurídica o jurisprudencia: la analítica, la empírica y la normativa (31), contribuyen en la búsqueda del contenido, fin, estructuras, constelaciones de intereses, valores y consecuencias de las normas, pero esto es algo que «sólo puede lograrse integrando el conjunto de las consideraciones en un sistema» (32).

«El significado de un sistema (científico) de los derechos fundamentales no ha de ser sólo —dice Stern— el de su valor clasificatorio o teórico, sino que ha de tener, además, un efecto sobre los propios preceptos constitucionales para facilitar la aplicación sistemática de los mismos» (33). Pero hay que pre-

(27) SACHS, en STERN, III/1, págs. 620-750.

(28) STERN, III/1, págs. 754-997.

(29) STERN: «Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte», en ISENSEE-KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 1992, pág. 66.

(30) STERN, III/2, pág. 1749.

(31) Stern se adhiere a la división de funciones de la dogmática formulada por Alexy y por Dreier (STERN, III/2, pág. 1750).

(32) *Ibid.*

(33) STERN, III/2, págs. 1755-1756.

venirse de antemano contra la tentación de buscar en el sistema la solución a todos los problemas, porque aquél —añade el autor—, para preservar su carácter científico, no puede entrar en las cuestiones de orden ideológico o político (34).

El profesor de Colonia es consciente de que por muy necesaria que la situación actual de la dogmática de los derechos fundamentales pueda hacer la búsqueda de un sistema, las dificultades para hallarlo o para construirlo no son precisamente de orden menor. De hecho, como Stern sabe muy bien, personas con mucha autoridad han afirmado, en la propia Alemania, no ya la dificultad, sino la imposibilidad de hallar algo semejante a un sistema en el catálogo constitucional de los derechos.

Para Ulrich Scheuner, la idea de la existencia de un sistema en el ámbito de los derechos fundamentales es «teóricamente incorrecta e históricamente insostenible. Sería una idea falsa aunque sólo existiesen derechos de libertad» (35). La búsqueda de un sistema cerrado en el catálogo de los derechos es un reflejo anacrónico del pensamiento metodológico de los tiempos de la codificación. «El traslado de ese sistema conceptual a los derechos fundamentales es un error de principio, porque éstos, de acuerdo con su naturaleza constitucional, no pueden entenderse como una codificación cerrada, sino sólo como una serie de garantías de orden individual y social. Los derechos fundamentales no se construyen como derivación de un principio general abstracto» (36).

Una opinión también contraria al empleo de las categorías del análisis de sistemas para hablar de los derechos fundamentales es la que mantiene, por ejemplo, Konrad Hesse: «El que los derechos fundamentales no estén todos en el apartado primero de la Constitución habla en contra de la idea de que estos derechos formen en la Constitución, o al lado de la Constitución, un sistema propio. En contra de dicha opinión existen también razones objetivas. De acuerdo con su origen y con su desarrollo histórico, los derechos fundamentales son *garantías puntuales* que, ciertamente, están ahora reunidas en un catálogo, el de los derechos, pero que se limitan a asegurar o a defender determinados y concretos ámbitos de la vida especialmente importantes o especialmente amenazados. No pueden, por tanto, entenderse como un sistema “sin lagunas”. Lo mismo vale para la propia Constitución. Ciertamente, pu-

---

(34) *Ibid.* La garantía del carácter «científico» del sistema no queda, desde luego, claramente explicada con la mera prohibición de entrar en lo ideológico y en lo político.

(35) U. SCHEUNER: «Pressefreiheit», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 22 (1965), pág. 42.

(36) U. SCHEUNER: *op. cit.*, págs. 44 y sigs.

diera parecer que existe una relación sistemática entre el más alto principio constitucional, la dignidad de la persona (art. 1 GG), y los demás derechos y libertades fundamentales, que vendrían así a desarrollarlo (37). Existen, sin embargo, derechos fundamentales —como, por ejemplo, la garantía del control estatal sobre el sistema escolar (art. 7, ap. 1, GG)— que no se dejan incluir en semejante esquema. Pero es, sobre todo, la interconexión entre los derechos fundamentales y el orden objetivo de la Constitución lo que hace imposible considerar a los derechos fundamentales como un sistema cerrado en sí mismo» (38).

Con precedentes tan autorizados en contra, Stern no tiene más remedio que buscar el apoyo para su planteamiento en la tradición y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lo primero obliga al autor a hacer un interesante recorrido por la historia alemana —que el lector agradecerá— en busca de los puntos de apoyo para defender la existencia de un «sistema» de los derechos fundamentales, desde la República de Weimar (R. Smend, R. Thoma, C. Schmitt, etc.) hasta los planteamientos más recientes (Häberle, etc.), sin ocultar las opiniones contrarias, a alguna de las cuales ya hemos hecho referencia. Especial consideración le merece a Stern, como es lógico, la hoy ya clásica construcción de G. Dürig (39), que se refleja en la jurisprudencia constitucional, si no en la primera fase de ésta, sí a partir del año 1957. La idea de sistema en esta jurisprudencia la ve Stern en tres direcciones distintas: primero, al referirse el Tribunal, aun sin aludir explícitamente a los derechos fundamentales, a un «sistema de valores» de la Constitución; segundo, en las referencias expresadas a un «sistema de valores de los derechos fundamentales», y tercero, en la consideración del «libre desarrollo de la personalidad», amparado por el artículo 2.1 GG, como una «libertad general de actuación» (*allgemeine Handlungsfreiheit*), como un «derecho general de libertad» (*Hauptfreiheitsrecht*) que retrocede cuando determinados ámbitos vitales están especialmente garan-

(37) Aquí está haciendo referencia Hesse a la tesis de G. Dürig.

(38) K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1982 (13 ed.), pág. 121.

(39) Vid. G. DÜRIG: «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde», en *Archiv für öffentliches Recht*, núm. 81 (1956), págs. 117 y sigs., y del mismo, MAUNZ-DÜRIG: *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 1, núm. marginal 5 y sigs. Dürig, como es sabido, ve en la Constitución un sistema de los derechos fundamentales construido en defensa de la dignidad de la persona y estructurado en ciertos derechos fundamentales generales (*Hauptfreiheitsgrundrechte*), como el «derecho (fundamental) general de libertad», del art. 2.1 GG; el «derecho (fundamental) general a la igualdad», del art. 3.1, o el «derecho (fundamental) general al proceso» (o derecho a la tutela judicial efectiva), del art. 19.4; derechos fundamentales «generales» que se concretan luego en una serie de derechos fundamentales especiales que vienen a completarlos.

tizados por un derecho fundamental. Stern advierte, no obstante, que, a partir de mediados de los setenta, el Tribunal retrocede en ese enfoque del «sistema», coincidiendo con la entrada de K. Hesse como juez constitucional (40).

La búsqueda del sistema tiene como instrumento fundamental el método de interpretación. «La Constitución no establece ninguna norma sobre el modo de interpretarla, pero, puesto que no cabe ninguna duda de que se trata de un texto normativo, parece lo más lógico —dice Stern— acudir a los principios interpretativos que se aplican para la interpretación de las leyes. La opinión de E. Forsthoff, compartida además por una gran mayoría de la doctrina, es en este sentido correcta» (41). «La dogmática constitucional es, por consiguiente, en primer lugar, dogmática jurídica y trabaja de acuerdo con los principios generales de ésta. El hecho de que en aquélla, si se la compara con la dogmática del Derecho privado, sea necesario algo más, no cambia nada en el hecho de que la hermenéutica tiene el mismo punto de partida» (42).

La especial naturaleza del objeto de la interpretación constitucional plantea, sin duda, peculiares exigencias a la dogmática, pero ello no quiere decir —en opinión de Stern— que la dogmática tradicional «falle» (como opina Hesse), sino sólo que viene aquí obligada a un ulterior desarrollo que no se le exige en el campo del Derecho privado. Las características específicas de la Constitución [preceptos abstractos, de escasa densidad normativa, de carácter abierto; normas de la más alta jerarquía; orientación en los valores; necesidad de la ponderación; función de estabilidad, continuidad, unidad y orden e integración (43)] convierten a la interpretación constitucional y, por ende, a la interpretación de los derechos fundamentales en «concretización». Constatando ese hecho no terminan, evidentemente, los problemas, ni siquiera a nivel teórico, como en la propia obra de Stern se pone de manifiesto, al enfrentar, en el contexto de dicha concretización, los distintos aspectos controvertidos de la dogmática (44).

El «sistema» de los derechos fundamentales existe y se concreta, para Stern, en dos tipos de elementos, que el autor llama «elementos estructurales» (*systemtragenden Elemente* o *Bauelemente*) y «elementos configuradores» (*systembildenden Elemente*). Las dos partes del sistema no son susceptibles de una rígida separación, aunque pueden señalarse algunas notas que caracterizan a los elementos estructurales, que son los fundamentos del sistema de carácter:

(40) Vid., en especial: STERN III/2, págs. 1764 y sigs.

(41) STERN, III/2, pág. 1694.

(42) STERN, III/2, pág. 1695.

(43) Vid. STERN, I, págs. 103 y sigs.

(44) STERN, III/2, págs. 1716 y sigs.

individual-personal; pre-positivo, desde el punto de vista de la historia de las ideas (preestatales o supraestatales); normativo-constitucional; civil, político y judicial, y, recientemente, también social, referentes a la seguridad y ecológicos. Frente a estos elementos estructurales están aquellos otros formados, sobre todo, por el derecho positivo y por la labor creadora de la jurisprudencia constitucional (45).

Entre los «elementos estructurales» del sistema, sitúa Stern a los que llama también «fundamentos» del mismo: la dignidad, la personalidad, la libertad, la igualdad, la participación política, el origen pre-estatal de los derechos fundamentales y su incorporación en un texto constitucional normativo. Junto a éstos incluye los «nuevos componentes» sociales, ecológicos y referidos a la seguridad. En relación con estos elementos estructurales, resalta el autor la importancia de los «presupuestos» de los derechos fundamentales (46).

Los «elementos configuradores» vienen dados por el carácter de los derechos fundamentales como Derecho constitucional directamente aplicable; el contenido jurídico-subjetivo; los contenidos jurídico-objetivos; los obligados; los titulares; la exigibilidad; el objeto de la protección, el bien protegido, y el ámbito protegido o supuesto de hecho; el artículo 2.1 GG (libre desarrollo de la personalidad) como «derecho refugio» (*Auffanggrundrecht*), y el derecho general a la igualdad, del artículo 3.1 GG (47).

El importante esfuerzo teórico realizado a lo largo de las muchas páginas de la obra se resuelve en un final que, a primera vista, no ha de parecer a todos excesivamente feliz. En último término, pudiera dar la impresión de que todo queda en la propuesta de una nueva forma de clasificación de los derechos. Pero no es ciertamente así. El libro no termina en una clasificación de los derechos, sino en una sistematización de los mismos, que es cosa bien distinta. Existen, como Stern sabe (48), una gran diversidad de criterios de clasificación, pero, a los efectos de la dogmática, el sistema sólo puede ser uno. La sistematización por «ámbitos objetivos» que Theo Öhlinger había llevado a cabo con los derechos fundamentales de la Constitución austríaca (49) le parece a Stern, en ese sentido, uno de los ejemplos más interesantes a tener en cuenta.

El autor termina este volumen III/2 proponiendo una sistemática propia, que es la que anuncia como estructura del próximo volumen de su obra, el IV,

(45) STERN, III/2, pág. 1784.

(46) STERN, III/2, págs. 1775 y sigs.

(47) STERN, III/2, págs. 1794 y sigs.

(48) Vid. SACHS, en STERN, III/1, págs. 388 y sigs.

(49) Vid. THEO ÖHLINGER: *Europäische Grundrecht Zeitschrift*, 1982, págs. 234 y sigs.

que tratará de los derechos fundamentales en particular: defensa de la personalidad y su estatus jurídico; libre desarrollo del individuo; vida cultural y espiritual, religión y comunidades religiosas; principio general y principio concreto de igualdad, y defensa jurídica y responsabilidad del Estado (50).

En este volumen III/2, en lo que tiene de elaboración teórica del «sistema», llama la atención, entre otras cosas, la relativamente escasa relevancia que se concede al «deber de defensa» (*Schutzpflicht*) del Estado, en el que, sin embargo, otros autores han creído ver un concepto central, desde el punto de vista sistemático, de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales. Pero hay que esperar al próximo volumen. El juicio definitivo ha de posponerse hasta la aparición del volumen IV, hasta que podamos ver el juego que realmente permite esta sistemática científica con la que el autor pretende interpretar el conjunto de las disposiciones particulares sobre los derechos fundamentales. Como categoría científica, el «sistema» vale si sirve, si es útil para su fin, para facilitar la interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales que se refieren a los derechos fundamentales; también para la dogmática jurídica *the proof of the pudding is in the eating*.

---

(50) STERN, III/2, pág. 1846.