

TEORÍA DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES

*Por*

ROBERT ALEXY



## **Prólogo**

La presente investigación fue presentada como trabajo de habilitación en la Facultad de Derecho de la Universidad Georg August de Gotinga. Quisiera expresar mi agradecimiento al profesor Dr. Ralf Dreier, quien propiciara la redacción de este trabajo y la acompañara críticamente, así como al juez del Tribunal Constitucional Federal profesor Dr. Hans H. Klein y al profesor Dr. Christian Starck. Reitero también mi agradecimiento a mi esposa por sus múltiples apoyos.

Gotinga, noviembre de 1985  
ROBERT ALEXY



## **Prólogo a la segunda edición en castellano**

La aparición de la traducción española de la *Teoría de los derechos fundamentales*, ahora en esta segunda edición completamente reelaborada, representa para mí una alegría especial. Me siento particularmente contento de que un científico de los derechos fundamentales tan sobresaliente, como Carlos Bernal, haya llevado a cabo esta tarea monumental. A él mi agradecimiento más profundo.

Kiel, octubre de 2007  
ROBERT ALEXY



## Prefacio a la tercera edición en castellano

La «Teoría de los derechos fundamentales» se publicó por primera vez en el año 1985. Sigo defendiendo mucho de lo que planteé en ese entonces. Principalmente, a pesar de las múltiples objeciones dirigidas en su contra, la distinción entre reglas y principios, así como la teoría amplia del supuesto de hecho.

Sin embargo, he de admitir que se han producido una serie de nuevos desarrollos en varios de sus aspectos. Ciertamente, de no haberse producido tales nuevos desarrollos, mi teoría no sería una teoría científica. Hay tres nuevos desarrollos de especial importancia: uno de tipo analítico, otro de tipo filosófico y otro tipo metodológico.

El nuevo desarrollo de tipo analítico se refiere a la ponderación en el marco del test de proporcionalidad. En el año 1985 planteé dos leyes de razonamiento: la *ley de colisión*<sup>1</sup> y la *ley de ponderación*<sup>2</sup>. En lo concerniente a la ley de colisión no he cambiado mi posición en lo más mínimo. Por el contrario, la ley de ponderación la he transformado en la *fórmula del peso*. Considero que la fórmula del peso es el elemento más importante en la evolución de mi teoría de los derechos fundamentales.

La ley de ponderación reza:

Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro<sup>3</sup>.

La ley de ponderación se encuentra, con diferentes formulaciones, casi de manera ubicua en la jurisprudencia constitucional. Dicha ley expresa una característica central de la ponderación y tiene un gran significado

---

<sup>1</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden 1985, pág. 83-84.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pág. 146.

<sup>3</sup> *Ibid.*

práctico. Si se quiere lograr un análisis preciso y completo de la estructura de la ponderación, es necesario admitir que la ley de ponderación debe ser descrita con mayor detalle. El resultado de esta profundización es la fórmula del peso. Publiqué una primera formulación de la fórmula del peso en el año 2002 en el «*Postscript*» a la traducción inglesa de la «Teoría de los derechos fundamentales»<sup>4</sup>. Este «*Postscript*» se incluyó en la segunda edición de la traducción al castellano de la «Teoría de los derechos fundamentales» en el año 2007 como «*Epilogo*»<sup>5</sup>. La fórmula en aquel momento era innecesariamente complicada. Además, en los años siguientes se ha demostrado que puede incluso ser ampliada. Sin embargo, su núcleo se mantuvo y se mantiene firme. En un artículo publicado en alemán el año 2003, resumí este núcleo como sigue<sup>6</sup>:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Hasta el día de hoy, esta es la formulación estándar de la fórmula del peso.

La fórmula del peso define el peso de un principio  $P_i$  en un caso concreto, es decir, el peso concreto de  $P_i$  en relación con un principio contrapuesto  $P_j$  ( $G_{i,j}$ ), como el cociente, primero, del producto de la intensidad de la afectación en  $P_i$  ( $I_i$ ) y el peso abstracto de  $P_i$  ( $G_i$ ) y la

<sup>4</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traducción al inglés de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford 2002, págs. 408-409, 419. La primera publicación de la fórmula del peso en su formulación inicial en idioma alemán se dio en el año 2001, cfr. *id.*, «Die Abwägung in der Rechtsanwendung», en *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität Tokio* 17 (2001), págs. 69-83, 77. La primera publicación de la fórmula del peso en su formulación inicial en idioma castellano se dio en el año 2002, cfr. *id.*, «Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales», traducida al castellano por Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66 (2002), págs. 13-64, 41.

<sup>5</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, págs. 511-562.

<sup>6</sup> R. Alexy, «Die Gewichtsformel», en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Joachim Jickeli, Peter Kreutz y Dieter Reuter (eds.), De Gruyter, Berlin 2003, págs. 771-792, 790; *id.*, «The Weight Formula», traducción al inglés de Bartosz Brożek y Stanley L. Paulson, en *Studies in the Philosophy of Law* 3, Krakow 2007, págs. 9-27, 25; reimpresso en *id.*, *Law's Ideal Dimension*, Oxford University Press, Oxford 2021, págs. 154-74, 172; *id.*, «La fórmula del peso», traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, en *id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.ª ed., traducción al castellano de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, págs. 349-374, 371.

seguridad epistémica ( $S_i$ ) de las premisas empíricas o normativas sobre lo que significa la medida en cuestión para la no realización de  $P_i$ , y, segundo, del producto de los valores correspondientes a  $P_j$ , ahora en relación a  $P_j$ .

Hablar de cocientes y de productos presupone el uso de números. Esto nos lleva al problema del escalamiento o graduación. He propuesto una escala geométrica y discreta como escala estándar. Las escalas discretas se definen por el hecho de que no existen otros puntos entre los puntos que la componen. Se puede empezar a ponderar a partir del momento en que contemos con dos valores, como por ejemplo, leve y grave. En el derecho constitucional se suele utilizar una escala triádica, que trabaja con los valores leve ( $l$ ), moderado ( $m$ ) y grave ( $g$ ). Hay diferentes maneras de representar estos valores mediante números<sup>7</sup>. Si se escoge una progresión geométrica como  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , será posible mostrar que la fuerza de los principios crece de manera desproporcionada (*überproportional*) ante intensidades de afectación crecientes. Esta es la base de la respuesta a la objeción de que la teoría de los principios lleva a un inaceptable debilitamiento de los derechos fundamentales. Cuando el peso concreto ( $G_{i,j}$ ) de  $P_i$  es mayor a 1,  $P_i$  tiene prioridad ante  $P_j$ , si por el contrario este peso es menor a 1,  $P_j$  tiene prioridad ante  $P_i$ . Si empero el peso concreto ( $G_{i,j}$ ) es igual a 1, se produce un empate. En este caso está permitido tanto realizar la medida objeto de análisis como no realizarla. Esto significa que el Estado, en especial el legislador, tiene un margen de discrecionalidad a su disposición<sup>8</sup>. Este argumento es de gran relevancia para responder la objeción de que la teoría de los principios llevaría a una sobreconstitucionalización<sup>9</sup>.

En contra de la fórmula del peso se han dirigido numerosas objeciones. Muchas de ellas afirman que la argumentación jurídica no puede

<sup>7</sup> Cfr. Alexy, «Die Gewichtsformel» (nt. 6), págs. 783-387, *id.*, «La fórmula del peso», págs. 364-368.

<sup>8</sup> R. Alexy, «Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 61 (2002), págs. 7-33, 22-26; *id.*, «Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, en *id.*, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, págs. 41-92, 71-80.

<sup>9</sup> E.-W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik» en *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, págs. 159-199, 185-191; *id.*, «Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights», traducción al inglés de Thomas Dunlap y Ruth Zimmerling, en *Constitutional and Political Theory*, Mirjam Künkler y Tine Stein (eds.), Oxford University Press, Oxford 2017, págs. 234-265, 255-259.

expresarse mediante números. Estoy de acuerdo con la tesis de que la fundamentación no puede ser reemplazada por números. Ciertamente, la intensión de la fórmula del peso no es esta. Ella simplemente busca clarificar y precisar la estructura de la argumentación ponderativa. Ella tiene, por tanto, únicamente una función analítica. En este aspecto, existe un fuerte paralelismo entre la estructura lógica de la subsunción y la estructura matemática de la ponderación<sup>10</sup>. Ambas no determinan el contenido de la decisión, pero sí confieren orden al proceso argumentativo. Ese orden es una irrenunciable ganancia en racionalidad. Todo esto nos remite a cuestiones metodológicas, mismas que abordaré en la tercera parte de mis reflexiones dedicadas a los nuevos desarrollos de tipo metodológico de mi «Teoría de los derechos fundamentales».

Sin embargo, antes de eso, me gustaría discutir el nuevo desarrollo de tipo filosófico. En el primer capítulo de la «Teoría de los Derechos Fundamentales», describí mi teoría como una «teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental»<sup>11</sup>. Como punto de partida se encontraban los derechos fundamentales entendidos como derecho positivo<sup>12</sup>. Esto se corresponde con la fuerte tendencia analítica del libro. Las estructuras analíticas básicas de los derechos fundamentales pueden estudiarse a partir de cualquier sistema jurídico que cuente con derechos fundamentales. Cuanto mejor sea la institucionalización de los derechos fundamentales, más fácil y fructífero será el análisis. La entonces existente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ya contaba con treinta años de existencia, proporcionó material excepcional a mi análisis. A pesar de que reconozco que existe una dimensión filosófica de los derechos fundamentales junto a la dimensión analítica<sup>13</sup>, he querido separar estas dos dimensiones. En trabajos posteriores, sustituí esta tesis de la separación por la tesis de la conexión, la cual es un elemento esencial de mi teoría general de la doble naturaleza del derecho<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> R. Alexy, «On Balancing and Subsumption», en *Ratio Juris* 16 (2003), págs. 433-49, 448; *id.*, «Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural», traducción al castellano de Miguel León Untiveros, en *Foro Jurídico* 9 (2009), págs. 40-48, 48.

<sup>11</sup> Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nt. 1), pág. 21.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 18.

<sup>14</sup> R. Alexy, «The Dual Nature of Law» en *Ratio Juris* 23 (2010), págs. 167-182; reimpresso en *id.*, *Law's Ideal Dimension* (nt. 6), págs. 36-50; *id.*, «La doble naturaleza del Derecho», traducción al castellano de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, en *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Carlos Bernal Pulido (ed.), Palestra, Lima 2011, págs. 29-58.

El punto de partida para la conexión entre el análisis jurídico y la reflexión filosófica lo constituye la distinción entre *derechos fundamentales* y *derechos humanos*. Los derechos fundamentales son derechos positivos, los derechos humanos no son derechos positivos. Como derechos no positivos, los derechos humanos se definen a través de cinco características: ellos son derechos, en primer lugar, morales, en segundo lugar, universales, en tercer lugar, fundamentales y, en cuarto lugar, abstractos, que, en quinto lugar, tienen prioridad por encima de todas las demás normas<sup>15</sup>. Los derechos fundamentales como derechos positivos están necesariamente conectados con los meramente morales, y por tanto no positivos, derechos humanos. Esta conexión consiste en que los derechos fundamentales son derechos que han sido positivizados en una constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo.

El primer problema que enfrenta esta tesis de conexión está relacionado con el concepto de intención. Una asamblea constituyente puede renunciar a incluir en la constitución un catálogo de derechos fundamentales. La *pretensión de corrección* juega un rol importante en este punto. La pretensión de corrección constituye la base de mi filosofía del derecho<sup>16</sup>. La corrección en el derecho implica justicia. No es posible encontrar una constitución en la que exista un enunciado del tipo:

X es una república soberana, federal e injusta.

Ciertamente, una república y un Estado pueden ser injustos. Y existen muchos ejemplos para esto, pero en todos los casos elevan una pretensión de corrección. Esta pretensión define la dimensión ideal del derecho.

Sin embargo, la pretensión de corrección tiene un lado formal, ya que por «corrección» puede entenderse distintas cosas. Ello no significa que todo pueda ser clasificado como correcto. Esto lleva a la pregunta de si los derechos humanos, *qua* derechos morales, son elementos necesarios de su contenido. Mi respuesta a esta pregunta es: sí. Esto presupone que los derechos humanos existen. Los derechos existen cuando son válidos. Los derechos humanos como derechos morales son válidos si es posible fundamentarlos, por tanto, la validez de los derechos hu-

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, pág. 178; *id.*, «La doble naturaleza del Derecho», pág. 50.

<sup>16</sup> R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 6.<sup>a</sup> ed., Alber, Karl Alber Verlag, Freiburg y München, 2020, págs. 64-70; *id.*, *El concepto y la validez del derecho*, traducción al castellano de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona 1994, págs. 41-45.

manos radica únicamente en su *fundamentabilidad*<sup>17</sup>. He intentado fundamentar la validez de los derechos humanos en dos artículos<sup>18</sup>. Debo admitir que no he conseguido elaborar una fundamentación perfecta. Una fundamentación perfecta sería una fundamentación objetiva y como, por ejemplo, ocurre en el teorema de Pitágoras o en la afirmación de que la luna es el único satélite de la tierra. Lo que sí es posible es una fundamentación que combine elementos objetivos con subjetivos. Esta es la fundamentación explicativa-existencial. Esta fundamentación se ajusta a las líneas kantianas, así como a ciertos elementos de la filosofía de Kierkegaard<sup>19</sup>. Una fundamentación objetiva-subjetiva no es la más óptima, pero es la mejor.

La posibilidad de una fundamentación objetiva-subjetiva tiene consecuencias de gran alcance para la interpretación de los catálogos de derechos fundamentales. La pretensión de corrección exige que se tengan en cuenta los derechos humanos *qua* derechos morales en la interpretación de la constitución jurídica positiva. Esto puede darse de varias formas<sup>20</sup>. Aquí sólo consideraré una de estas variantes. Se trata de añadir a los derechos fundamentales garantizados por la constitución un derecho fundamental que no figura en el catálogo escrito. Un ejemplo es la decisión Hartz IV del Tribunal Constitucional Federal de 2010, en la que el Tribunal añade otro derecho social fundamental, el derecho a un mínimo vital, al catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental que contiene explícitamente un único derecho social fundamental, a saber, el derecho de toda madre «a la protección y a la asistencia por

---

<sup>17</sup> Alexy, «The Dual Nature of Law» (nt. 14), pág. 178; *id.*, «La doble naturaleza del Derecho», pág. 50.

<sup>18</sup> Robert Alexy, «Menschenrechte ohne Metaphysik?» en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), págs. 15-24; *id.*, «¿Derechos humanos sin metafísica?», traducción al castellano de José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó, en *id.*, *La institucionalización de la justicia*, José Antonio Seoane (ed.), 3.<sup>a</sup> ed. ampliada, Comares, Granada 2016, págs. 76-90. *id.*, «The Existence of Human Rights» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 136 (2013), págs. 9-18; *id.*, «La existencia de los derechos humanos», traducción al castellano de Alfonso Ballesteros y José Antonio Seoane, en *id.*, *La institucionalización de la justicia*, José Antonio Seoane (ed.), 3.<sup>a</sup> ed., ampliada, Comares, Granada 2016, págs. 91-107.

<sup>19</sup> Alexy, «The Existence of Human Rights» (nt. 18), pág. 18; *id.*, «La existencia de los derechos humanos», pág. 137.

<sup>20</sup> R. Alexy, «The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights» en *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), págs. 31-47, 35-36; reimpresso en *id.*, *Law's Ideal Dimension* (nt. 6), págs. 235-252, 238-239; *id.*, «La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales», traducción al castellano de Gonzalo Villa Rosas, en *id.*, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Gonzalo Villa Rosas (ed.), Palestra, Lima 2019, págs. 297-316, 300-302.

parte de la comunidad» [artículo 6 (4) de la Ley Fundamental de Bonn]. La fundamentación se basa principalmente en la dignidad humana<sup>21</sup>, la cual, conforme a la decisión sobre las viudas de guerra de 1951, si bien existía en la Constitución, no tenía la fuerza como para exigir «protección ante necesidades materiales»<sup>22</sup>. Aquí se puede hablar de un fortalecimiento de la interpretación de la dignidad humana, el cual es exigido por los derechos humanos *qua* derechos morales. Hasta aquí los nuevos desarrollos de tipo filosófico en mi «Teoría de los derechos fundamentales».

Por último, como ya he anunciado, llego al tercer aspecto, el nuevo desarrollo de tipo metodológico. En la tercera sección del décimo y último capítulo de la «Teoría de los derechos fundamentales», abordo en detalle la relación entre los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional y la teoría de la argumentación jurídica<sup>23</sup>. En el nuevo desarrollo de tipo filosófico, vinculo mi libro «Concepto y Validez del Derecho» con la «Teoría de los derechos fundamentales». Ahora se trata de vincular la «Teoría de los derechos fundamentales» con la «Teoría de la argumentación jurídica». En el décimo capítulo del libro, el vínculo adopta una configuración más bien general. En aquella época, la fórmula del peso aún no existía. En los últimos años, he tratado de precisar el vínculo entre la ponderación y la argumentación desde la perspectiva de la fórmula del peso.

Mi punto de partida es la frecuente objeción referida a que la fórmula del peso funciona con números. Esto sería posible si en el derecho existiesen instrumentos de medición, como los termómetros. Sin embargo, en derecho se trabaja con argumentos. Ciertamente, reconozco que no existe un «argumentómetro» equivalente al termómetro<sup>24</sup>. Pero esto no constituye un argumento en contra de la fórmula del peso. Hay dos tesis detrás de esta respuesta, la *tesis de la proposición* y la *tesis de la argumentación*. La tesis de la proposición, que también puede denominarse «tesis de la proposicionalidad», sostiene que los números, como

<sup>21</sup> BVerfGE 125,175 (222).

<sup>22</sup> BVerfGE 1, 97 (104).

<sup>23</sup> Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nt. 1), págs. 493-521.

<sup>24</sup> R. Alexy, «Proportionality and Rationality» en *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Vicki Jackson y Mark Tushnet (ed.), Cambridge University Press 2017, Cambridge, págs. 13-29, 22; reimpresso en: *id.*, *Law's Ideal Dimension* (nt. 6), 220-234, 228; traducción al castellano de Juan P. Alonso y Julieta A. Rábanos, en *id.*, «¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad» en *id.*, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Gonzalo Villa Rosas (ed.), Palestra, Lima 2019, págs. 333-349, 343.

por ejemplo los números 1, 2 y 4 de la escala tríadica, representan tres proposiciones o enunciados diferentes. El número 1 representa la proposición «La interferencia al derecho es leve», el número 2 la proposición «La interferencia al derecho es moderada», el número 4 la proposición «La interferencia al derecho es grave». He llamado a estas frases «proposiciones clasificatorias»<sup>25</sup>. Las proposiciones clasificatorias, como las proposiciones en general, requieren una fundamentación. La racionalidad de la ponderación depende de si dichas proposiciones son susceptibles de ser fundamentadas.

Aquí es donde entra en juego la segunda tesis, la tesis de la argumentación. Dicha tesis sostiene que las afirmaciones sobre la intensidad de una intervención y el peso de las razones que la sustentan son susceptibles de una fundamentación racional. Se podría pensar que si lo que en última instancia importa es el peso de los argumentos, sería posible prescindir de las matemáticas de la fórmula del peso. Pero esto significaría renunciar al orden de los argumentos. Eso representaría una grave pérdida de racionalidad.

Resumiendo. La conexión de los nuevos desarrollos de tipo analítico, filosófico y metodológico de mi «Teoría de los derechos fundamentales», representa un paso hacia la consolidación de su racionalidad.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, pág. 22; *id.*, «¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad», pág. 343.

## Introducción

Las preguntas acerca de qué derechos tiene el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad, de a qué principios está sujeta la legislación estatal y qué es aquello que exige la realización de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, constituyen grandes temas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presentes. Se convierten en problemas jurídicos cuando una Constitución —como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (LF)— establece que las normas de los derechos fundamentales, en tanto derecho de vigencia inmediata, vinculan a la legislación, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, y somete esa vinculación a un control amplio por parte de un Tribunal Constitucional.

Al existir un catálogo escrito de derechos fundamentales, el problema jurídico que originan estos derechos es, sobre todo, un problema atinente a la interpretación de formulaciones del derecho positivo revestidas con autoridad. En este aspecto, este problema no se diferencia de los problemas interpretativos que se le plantean a la jurisprudencia en general. Si se echa una mirada a la discusión sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, se percibirá que la polémica acerca de los derechos humanos y civiles adquiere ciertamente un nuevo carácter, en virtud de la positivización de estos derechos como derecho de vigencia inmediata; pero, por ello, ni disminuye en agudeza ni pierde en profundidad.

Una razón para que ello sea así reside en la —a menudo descrita— textura abierta de las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales. Así, se habla de «fórmulas lapidarias y de disposiciones de principios que carecen en sí mismas de univocidad de contenido»<sup>1</sup>, de «lenguaje de

---

<sup>1</sup> E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» en *NJW* 1974, pág. 1529; cfr., además, M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.<sup>a</sup> edición, Berlín 1976, pág. 197, quien habla de «cláusulas generales lapidarias».

palabras clave»<sup>2</sup>, de una «aglomeración de cláusulas generales y conceptos de plastilina»<sup>3</sup>, de falta de «independencia conceptual»<sup>4</sup>, de «fórmulas vacías bajo las cuales es posible subsumir cualesquier estado de cosas»<sup>5</sup>. Ciertamente, hay que distinguir, en cada caso, entre aquellas disposiciones de derecho fundamental que son muy abiertas en su textura y las que lo son menos<sup>6</sup>, pero, en general, es verdad que el catálogo de derechos fundamentales, junto con las demás regulaciones materiales de la Constitución —sobre todo las disposiciones que se refieren a los fines y a la estructura del Estado— constituyen, en el sistema jurídico de la República Federal de Alemania, la «obra de regulación con la menor densidad regulativa»<sup>7</sup>.

Desde luego, la textura abierta como tal no logra explicar la intensidad de las discusiones acerca de los derechos fundamentales. Una disposición, por más abierta que sea en su textura, no provoca mayores discusiones, si existe un amplio consenso sobre la materia a la que ella se refiere. No obstante, si a la textura abierta se suma un profundo disenso acerca de los objetos de que se regulan, está ya entonces abonado el terreno para el surgimiento de una amplia polémica. Justamente esto es lo que sucede en el caso de los derechos fundamentales. El catálogo de derechos fundamentales regula con la máxima textura abierta, asuntos muy discutidos que parcialmente atañen a la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad. Esto se percibe con la mayor claridad en el caso de los conceptos de los derechos fundamentales a la dignidad, la libertad y la igualdad. Si a ellos se agregan los conceptos de los fines del Estado y los conceptos estructurales atinentes a la democracia, al Estado de derecho y al Estado social, se obtiene un sistema de conceptos que comprende las fórmulas centrales del derecho racional moderno<sup>8</sup>, que se extiende a su vez al principio

<sup>2</sup> H. Huber, «Über die Konkretisierung der Grundrechte» en *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für M. Imboden*, editado por P. Saldin/L. Wildhuber, Basilea/Stuttgart 1972, pág. 197.

<sup>3</sup> R. Dreier, «Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation» en: *Id., Recht - Moral - Ideologie*, Fráncfort del Meno 1981, pág. 112.

<sup>4</sup> W. Leisner, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tubinga 1984, pág. 5.

<sup>5</sup> K. D. Opp, *Soziologie im Recht*, Reinbek 1973, págs. 124, 232. Con respecto a la tesis de la fórmula vacía, cfr., además, E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 1, Reinbek 1973, págs. 25 ss., 117; E. Topitsch, «Die Menschenrechte» en *JZ* 1963, pág. 3 s.; G. Degenkolbe, «Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln» en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialphilosophie* 17 (1965), págs. 327 ss.

<sup>6</sup> Sólo más adelante interesará el hecho que, no sólo hay que distinguir entre disposiciones sobre derechos fundamentales más o menos vagas, sino también entre diferentes tipos de vaguedad.

<sup>7</sup> O. Bachof, «Diskussionsbeitrag» en *VVDStRL* 39 (1981), pág. 175.

<sup>8</sup> Cfr. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, pág. 124. En tanto fórmulas centrales del

del Estado social que expresa las exigencias de los movimientos sociales de los siglos diecinueve y veinte. Estos siguen siendo conceptos fundamentales de la filosofía política. Al mismo tiempo, en la polémica de las ideologías, sirven como armas semánticas. Sobre todo a ellos se refiere la expresión «lucha por la Ley Fundamental»<sup>9</sup>.

Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, sería preciso resignarse a un debate de opiniones casi interminable, ilimitado e inestable. El hecho de que, en gran medida, ello no sea así, se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de lo que es posible según el texto constitucional. Los derechos fundamentales son lo que son hoy día, sobre todo a causa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales —a pesar de la controversia acerca de la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal<sup>10</sup>— ha devenido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional.

Por cierto, la red de precedentes, cada vez más densa, le ha proporcionado a la polémica acerca de los derechos fundamentales<sup>11</sup> ciertos puntos fijos, pero no ha logrado restarle vivacidad. Esto no sólo se debe al gran número de antiguos problemas aún no solucionados, ni a los nuevos, que continuamente se añaden, ni tampoco sólo al hecho de que la ciencia de los derechos fundamentales pueda dudar de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, sino sobre todo al hecho de que justamente el Tribunal Constitucional Federal, con sus manifestaciones generales y, a menudo, ambiguas, provoca reiteradamente discusiones básicas sobre los derechos fundamentales. Ejemplos de este tipo de discusiones iniciadas por el Tribunal Constitucional son sus tesis acerca de un orden valorativo objetivo establecido en la sección sobre los derechos fundamentales, su afirmación acerca de la prioridad del ejercicio político de la libertad frente al ejercicio de la misma que está en exclusiva al servicio

---

derecho racional moderno, los conceptos expuestos se basan, a su vez, en tradiciones más antiguas. Cfr., por ejemplo, C. Starck, «Menschenwürde als Verfassungsgarantie» en Lombardi Vallauri/G. Dilcher (comps.), *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*, Baden Baden/Milán 1982, págs. 814 ss., quien habla de la «chispa inicial bíblica antigua de la idea de la dignidad humana».

<sup>9</sup> Cfr. P. Römer (comp.), *Derecho Kampf um das Grundgesetz*, Fráncfort del Meno 1977; M. Kriele, «Das Grundgesetz im Parteienkampf» en *Id.*, *Legitimationsprobleme der Bundesrepublik*, Múnich 1977, pág. 131 ss.

<sup>10</sup> Cfr. *infra* capítulo 10, III, 3.2.3.

<sup>11</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 7, 198 (205).

de intereses privados<sup>12</sup>, su interpretación de las disposiciones de los derechos fundamentales como garantía de «libertades institucionales»<sup>13</sup>, su suposición de que las normas sobre derechos fundamentales imponen al Estado deberes de protección y hasta el deber de sancionar<sup>14</sup>, sus consideraciones acerca de los derechos de prestación que deben asegurar los presupuestos reales del ejercicio de los derechos de libertad<sup>15</sup>, y el contenido jurídico-procesal de los derechos fundamentales, que se enfatiza cada vez más en los últimos tiempos<sup>16</sup>. Estos ejemplos muestran que, en la imagen que el Tribunal Constitucional Federal traza de los derechos fundamentales, se combinan variados aspectos. Casi todas las posturas que se defienden en las disputas sobre los derechos fundamentales pueden invocar a su favor alguna decisión y/o alguna posición básica del Tribunal Constitucional Federal. Aun cuando en las discusiones sobre los derechos fundamentales se tratara únicamente de determinar lo que el Tribunal Constitucional ha decidido sobre lo que es válido en razón de estos derechos, sería siempre posible sostener concepciones muy diferentes frente a numerosas preguntas. A la textura abierta de las disposiciones que regulan los derechos fundamentales se suma, pues, la textura abierta de la jurisprudencia sobre los mismos. Es bien cierto que la jurisprudencia ha reducido en algo la textura abierta de las disposiciones que regulan los derechos fundamentales pero, en ningún caso, puede decirse que la haya eliminado.

Ante esta situación, la ciencia de los derechos fundamentales se enfrenta a la tarea de dar respuestas racionalmente fundamentadas a los problemas vinculados con los derechos fundamentales. Esta teoría de los derechos fundamentales intenta contribuir al cumplimiento de esta tarea. El primer capítulo informa sobre su contenido y su carácter. Por tanto, el primer capítulo puede leerse como una continuación de la Introducción. Aquí cabe tan sólo señalar que se trata de una teoría jurídica, es decir, de una teoría jurídica general sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. No se trata, pues, de una filosofía de los derechos fundamentales, independiente del derecho positivo, ni tampoco de una teoría sociológica, histórica o politicológica. Lo que puede esperarse de esta teoría puede caracterizarse —utilizando una terminología tradicional— como la parte general de la dogmática de los derechos fundamentales. Su base la constituyen la teoría de los principios, expuesta en el tercer capí-

---

<sup>12</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 7, 198 (212); 42, 163 (170).

<sup>13</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 12, 205 (264); 31, 314 (326).

<sup>14</sup> BVerfGE 39, 1 (41 s.).

<sup>15</sup> Cfr., BVerfGE 33, 303 (331 ss.).

<sup>16</sup> Cfr., BVerfGE 37, 132 (148); 45 297 (322); 48, 292 (297 s.); 51, 150 (156).

tulo, y la teoría de las posiciones jurídicas básicas, elaborada en el cuarto capítulo. La teoría de los principios es una teoría de los valores depurada de suposiciones insostenibles. Habrá que mostrar que una dogmática adecuada de los derechos fundamentales no puede existir sin una teoría de los principios. Como consecuencia, uno de los objetivos de esta investigación es la rehabilitación de la teoría de los valores de los derechos fundamentales, tantas veces denostada. La teoría de las posiciones jurídicas básicas remite las múltiples relaciones iusfundamentales a posiciones y relaciones de tipo elemental y, de esta manera, permite construirlas con exactitud. Este es un presupuesto necesario de una dogmática clara de los derechos fundamentales. Esta teoría sigue el espíritu de la teoría del status de Jellinek que, con su ayuda, se precisará y refinará. Sobre la base de la teoría de los principios y de las posiciones, se tratarán algunos problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, a saber, la teoría del supuesto de hecho y de los límites, el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad, los derechos de protección y los derechos a la organización y al debido proceso, los derechos sociales fundamentales y el efecto entre terceros o efecto horizontal de los derechos fundamentales. El capítulo final está dedicado al papel de los derechos fundamentales y de las normas sobre los derechos fundamentales en el sistema jurídico, como así también a la argumentación y a las decisiones acerca de los derechos fundamentales. Aquí habrá que mostrar que la positivización de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para todos los poderes del Estado, implica una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales.

Es obvio que, dada la gran cantidad de preguntas vinculadas con los derechos fundamentales, aquí sólo es posible tratar algunas de ellas. Si se logra darles una respuesta correcta, es de esperar que ésta sea también útil para la solución de los problemas que aquí no se han considerado.



## Capítulo primero

# OBJETO Y TAREA DE UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### I. EL CONCEPTO DE UNA TEORÍA JURÍDICA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Es posible formular teorías de tipos muy distintos sobre los derechos fundamentales. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales<sup>1</sup>, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación<sup>2</sup>, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social<sup>3</sup>, son sólo tres ejemplos. No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos.

De lo que aquí se trata es de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales. El objeto y el carácter de esta teoría resultan de las tres características ya indicadas: primero, es una teoría de los *derechos fundamentales de la Ley Fundamental*; segundo, es una teoría *jurídica* y, tercero, una teoría *general*.

---

<sup>1</sup> Cfr., por ejemplo, los trabajos reunidos en R. Schnur (comp.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964, especialmente los de G. Jellinek y E. Boutmy.

<sup>2</sup> De la época reciente cfr., por ejemplo, J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge/Mass. 1971, por una parte, y R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York 1974, por otra.

<sup>3</sup> Cfr. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 2.<sup>a</sup> edición, Berlín 1974.

## 1. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales que tienen validez positiva. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido validez en el pasado (teorías histórico-jurídicas), así como de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre los derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran la República Federal de Alemania.

El hecho de que deba distinguirse entre estas teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, respectivamente, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental<sup>4</sup>. Una conexión con las teorías teórico-jurídicas se produce, por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras de los derechos fundamentales que resultan posibles y necesarias, es decir, de una teoría general de las formas de los derechos fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan validez significa que todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales han cobrado realidad. Como consecuencia, por una parte, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse de las perspectivas teórico-jurídicas, y por otra, puede contribuir a ellas por medio del análisis de su materia. Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado.

## 2. UNA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. Dista mucho de ser claro qué es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto, en jurídi-

---

<sup>4</sup> Con respecto a estas formas de interpretación, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978, págs. 293 s.

ca<sup>5</sup>. Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que realmente se practica como ciencia del derecho y se denomina «dogmática jurídica» o «jurisprudencia», es decir, por la ciencia del derecho en sentido estricto y propio<sup>6</sup>. Si se sigue esta vía, es posible diferenciar entre tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa<sup>7</sup>.

Dicho brevemente, la dimensión *analítica* trata de la exploración conceptual y sistemática del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad), pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y los límites a los derechos fundamentales y la del efecto entre terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, el llamado efecto de irradiación de los de-

---

<sup>5</sup> Con respecto al concepto de la dogmática jurídica, cfr. E. J. Thul, «Die Denkform der Rechtsdogmatik» en *ARSP* 46 (1960), págs. 241 ss.; Th. Viehweg, «Zwei Rechtsdogmatiken» en U. Klug (comp.), *Philosophie und Recht, Ftschr. für C. A. Emge*, Wiesbaden 1960, págs. 106 ss.; L. Raiser, «Wozu Rechtsdogmatik?» en *DRiZ* 1968, pág. 98; Fr. Wieacker, «Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik» en R. Bubner/K. Cramer/R. Wiehl (comps.), *Hermeneutik und Dialektik, Ftschr. für H. G. Gadamer*, tomo 2, Tubinga 1970, págs. 311 ss.; J. Esser, «Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht» en *AcP* 172 (1972), págs. 97 ss.; del mismo autor, «Dogmatik zwischen Theorie und Praxis» en F. Baur *et al.* (comps.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Ftschr. für L. Raiser*, Tubinga 1974, págs. 517 ss.; K. Adomeit, «Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik» en *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 503 ss.; H. Albert, «Erkenntnis und Recht» en *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 80 ss.; S. Simitis, «Die Bedeutung von System und Dogmatik» en *AcP* 172 (1972), págs. 131 ss.; W. Krawietz, «Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?» en *ÖZöR* 23 (1972), págs. 47 ss.; U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tubinga 1973; D. de Lazzer, «Rechtsdogmatik als Kompromissformular» en R. Dubischer *et al.* (comps.), *Dogmatik und Methode, Ftschr. für J. Esser*, Kronberg 1975, págs. 85 ss.; G. Struck, «Dogmatische Diskussionen über Dogmatik» en *JZ* 1975, págs. 84 ss.; E. v. Savigny/U. Neumann/J. Rahlf, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Munich 1976; R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, págs. 51 ss., 85 ss., 109 ss.

<sup>6</sup> Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8.<sup>a</sup> edición, Stuttgart 1973, págs. 205 ss.

<sup>7</sup> Con respecto a la tesis de la tridimensionalidad, cfr. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, págs. 10 ss., 51 ss., 88 s.; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 308 ss. Aquí se relaciona la tesis de la tridimensionalidad con la dogmática jurídica. Sobre su utilización en el marco de la distinción entre teoría del derecho, sociología del derecho y filosofía del derecho, cfr. H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Friburgo/Munich 1981, págs. 13 ss., quien, por lo demás, dentro del marco de la dogmática jurídica establece la misma distinción propuesta aquí (*loc. cit.* págs. 16 s.). Cfr., además, M. Reh binder, *Rechtssoziologie*, Berlín/Nueva York 1977, págs. 5 ss., quien aplica la tridimensionalidad a la distinción entre filosofía jurídica, dogmática jurídica y sociología jurídica.

rechos fundamentales) y del fundamento de los derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación).

De una dimensión *empírica* de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble sentido: primero, en relación con el conocimiento del derecho positivo válido y, segundo, en relación con la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica<sup>8</sup>, por ejemplo, en el marco de argumentos consecuencialistas<sup>9</sup>. Aquí habrá de interesar sólo lo primero<sup>10</sup>.

Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivo válido tendrá que presuponer un amplio y polifacético concepto del derecho y de la validez. En la dimensión empírica no se trata tan sólo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y el pronóstico de la praxis judicial, es decir, no sólo del derecho legislado sino también del derecho judicial. Además, en la medida en que es condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial<sup>11</sup>, la eficacia del derecho es también objeto de la dimensión empírica. Por lo tanto, el objeto de la dimensión empírica se extiende más allá de los conceptos de derecho y de validez del positivismo legislativo. Las razones para que ello sea así pueden apreciarse fácilmente, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales. Debido a la textura abierta de las disposiciones que los establecen, poco es lo que se gana si sólo se conoce el derecho legislado. Incluso quien sostiene una concepción del concepto y de la validez del derecho acorde con el positivismo legislativo, cuando, como jurista, escribe un comentario sobre los derechos fundamentales o cuando, como abogado, asesora a un cliente en asuntos de derechos fundamentales o, como juez constitucional, fundamenta una decisión, no puede renunciar al conocimiento y a la consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Aquí puede dejarse sin responder la pregunta de cómo ha de construirse esto en cada caso, desde el punto de vista de las teorías de la validez y de las fuentes del derecho<sup>12</sup>. Basta constatar que

<sup>8</sup> Cfr. al respecto K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich 1971; G. Winters, «Tatsachenurteile im Prozess richterlicher Rechtssetzung» en *Rechtstheorie* 2 (1971), págs. 171 ss.; C. Starck, «Empirie in der Rechtsdogmatik» en *JZ* 1972, págs. 609 ss.; H. Rothleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Francfort del Meno 1973, págs. 205 ss.

<sup>9</sup> Cfr. H. J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, Munich 1982, págs. 227 ss.; Th. W. Wälde, *Juristische Folgenorientierung*, Kronstein 1979.

<sup>10</sup> De lo que se trata es, pues, de una «teoría del derecho puramente empírica» en el sentido de Kant; cfr. *Metaphysik der Sitten* en *Kant's gesammelte Schriften* editadas por la Academia Real Prusiana de Ciencias, tomo VI, Berlín 1907/14, pág. 230.

<sup>11</sup> Cfr., a modo de ejemplo, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> edición, Viena 1960, págs. 212 ss.

<sup>12</sup> Cfr. al respecto *infra* Capítulo 10. III. 3.2.2.

existe un concepto amplio del conocimiento del derecho positivo válido, que no puede ser ignorado por nadie que desee satisfacer las exigencias de las profesiones jurídicas.

La caracterización de la segunda dimensión como «empírica» no implica que el conocimiento del derecho positivo válido se agote en el conocimiento de los hechos observables o que pueda ser reducido a ellos. Es un lugar común afirmar que *sólo* a partir de constataciones como aquella, en la que un número de personas reunidas en una sala, primero hablan y luego levantan la mano, no puede siempre inferirse la existencia de un derecho válido, cualquiera que sea el sentido que se dé a esta expresión<sup>13</sup>. Quien, sobre la base de estos hechos<sup>14</sup>, quiera formular enunciados sobre el derecho válido, tiene que interpretarlos a la luz de suposiciones que son las que hacen que estos hechos sean fuente de derecho<sup>15</sup>. Los detalles de este proceso de interpretación son objeto de discusión<sup>16</sup>. Lo único que aquí interesa es que su punto de partida son siempre hechos en un sentido empírico estricto. Esto justifica hablar de una «dimensión empírica».

En la tercera dimensión, en la *normativa*, se va más allá de la simple narración de aquello que puede identificarse en la dimensión empírica como derecho positivo válido, para llegar a la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la actividad judicial. Para ella es constitutiva la pregunta de cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. En todos los casos discutidos, la respuesta a esta pregunta incluye las valoraciones de quien da la respuesta<sup>17</sup>. En gran medida, la dogmática jurídica es un intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a problemas valorativos que han quedado sin resolver en el material autoritativo que ya existe. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios de valor<sup>18</sup>. Más adelante se mostrará que, en principio, ello es posible<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. por ejemplo, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 2 ss.

<sup>14</sup> Se trata de «brute facts» [«hechos brutos»] en el sentido de Searle, que deben ser distinguidos de los «institutional facts» [«hechos institucionales»], de los cuales la sanción de una ley es un ejemplo; cfr. J. R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1969, págs. 50 ss.

<sup>15</sup> Cfr. N. MacCormick, «Law as Institutional Fact» en *The Law Quarterly Review* 90 (1974), págs. 102 ss.; O. Weinberger, «Das Recht als institutionelle Tatsache» en *Rechtstheorie* 11 (1980), págs. 427 ss.

<sup>16</sup> Para un modelo del proceso de interpretación, cfr. A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik, «Grundlagen der juristischen Argumentation» en W. Krawietz/R. Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín 1983, págs. 13 ss.

<sup>17</sup> Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 17 ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*, págs. 31 ss., 53 ss., 261 ss.

<sup>19</sup> Cfr. *infra* Capítulo 10. III. 3.1.

El problema de la valoración se plantea, sobre todo, en la interpretación del material autoritativo, verificable de manera empírica, y cuando se trata de llenar sus lagunas. En esta medida, se puede hablar de un «*problema de complementación*». Al problema de la complementación se añade el *problema de la fundamentación*, en la medida en que para identificar el material autoritativo sea indispensable llevar a cabo valoraciones. En el ámbito del derecho constitucional, el problema de la fundamentación puede ser importante, por ejemplo, en el marco del problema de las llamadas normas constitucionales inconstitucionales<sup>20</sup> o al responder la pregunta atinente a la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional Federal. En última instancia, el problema de la fundamentación está también vinculado con la pregunta de por qué se debe obedecer la Constitución<sup>21</sup>, aun cuando en relación con este aspecto no juegue casi ningún papel en la dogmática de los derechos fundamentales<sup>22</sup>.

En la historia de la ciencia del derecho —y, más aún, en la de las teorías sobre la ciencia del derecho—, suele variar la importancia de las tres dimensiones. Un ejemplo bien claro al respecto es el paso de la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses para llegar a la jurisprudencia de valores<sup>23</sup>. De cómo se determine la relación de las tres dimensiones depende lo que en cada caso se conciba como jurídico en sentido estricto y propiamente dicho. Para conseguir determinar esta relación, es necesario recurrir a un punto de vista comprensivo de las tres dimensiones. Un criterio de esta naturaleza es el carácter de la ciencia del derecho en tanto disciplina *práctica*. La ciencia del derecho, tal como se cultiva en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central es: ¿qué es lo debido en los casos reales o imagina-

---

<sup>20</sup> El problema de la fundamentación se percibe claramente cuando el Tribunal Constitucional Federal afirma que es concebible que el poder judicial que «fundamenta su autoridad no sólo externamente en la Constitución sino —de acuerdo con la esencia de su actividad— en cierta medida en la propia idea del derecho», examine «las normas constitucionales con la medida del derecho suprallegal, incorporado en la Constitución y presupuesto por ella» (BVerfGE 3, 225 (235)). Crítico y con numerosos ejemplos. Fr. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, Berlín 1979, págs. 50 ss., 128 ss.

<sup>21</sup> Cfr. al respecto la teoría de las «underpinning reasons» [«razones de cimiento»] de MacCormick, en su *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, págs. 62 ss., 138 ss., 240 ss., 275 ss.

<sup>22</sup> En este contexto es instructiva la distinción de A. Peczenik entre justificación profunda y justificación suficiente en el contexto jurídico, cfr. A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena/Nueva York 1983, págs. 1 s.

<sup>23</sup> Cfr. Fr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.<sup>a</sup> edición, Gotinga 1967, págs. 433 ss., 574 ss.

rios? Esta pregunta se plantea en la ciencia del derecho desde una perspectiva que coincide con la del juez<sup>24</sup>.

Esto no significa que la ciencia del derecho no pueda adoptar, además, otras perspectivas, ni que en ella se trate siempre directamente de la solución de casos concretos. Lo que significa es que la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente a la ciencia del derecho y que, por más abstractos que puedan ser, los enunciados y teorías que se exponen en ella desde esta perspectiva, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos relativos al deber ser<sup>25</sup>.

Frente a las tres dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificador. Si la ciencia del derecho ha de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces que vincular a las tres dimensiones entre sí. Tiene que ser una disciplina integradora multidimensional: la vinculación de las tres dimensiones es una condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica.

Es fácil reconocer cuáles son las razones por las cuales ello es así. Para poder dar una respuesta a la pregunta de qué es lo jurídicamente debido, hay que conocer el derecho positivo válido. El conocimiento del derecho positivo válido es una tarea de la dimensión empírica. El material autoritativo que puede recogerse en la dimensión empírica no es suficiente para fundamentar de una forma vinculante el juicio jurídico concreto de deber ser en todos los casos más o menos problemáticos. Ello hace necesario recurrir a valoraciones adicionales y, así, a la dimensión normativa. La claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia son presupuestos de la racionalidad de toda ciencia<sup>26</sup>. Los numerosos problemas sistemático-conceptuales de los derechos fundamentales muestran cuán importante es el papel de la dimensión analítica dentro

---

<sup>24</sup> Con respecto a la ciencia del derecho como una disciplina práctica en este sentido, cfr. Ph. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 2.<sup>a</sup> edición, Tubinga 1932, pág. 3; H. Coing, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Colonia/Opladen 1959, pág. 23; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, págs. 39 ss.

<sup>25</sup> Cfr. K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.<sup>a</sup> edición, Heidelberg 1963, pág. 5.

<sup>26</sup> Con respecto al concepto de coherencia, cfr. N. Rescher, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford 1973; del mismo autor, *Cognitive Systematization*, Oxford 1979; con respecto al papel de la coherencia en la ciencia del derecho, cfr. A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, págs. 176 ss.; A. Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Helsinki 1933, pág. 191; N. McCormick, «Coherence in Legal Justification» en W. Krawietz/H. Schelsky/G. Winkler/A. Schramm (comps.), *Theorie der Normen, Festgabe für O. Weinberger*, Berlín 1984, págs. 37 ss.

del marco de una ciencia práctica de los derechos fundamentales que desee asumir su tarea de una manera racional.

La vinculación de las tres dimensiones en la orientación de la tarea práctica de la ciencia del derecho, constituye lo dogmático y, con ello, lo jurídico en sentido estricto. Si, sobre esta base, se define el concepto de teoría jurídica, entonces una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría adscrita al contexto de las tres dimensiones y orientada a la tarea práctica de la ciencia del derecho.

### 3. UNA TEORÍA JURÍDICA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Una teoría general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se abordan los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestación. Su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares. Esta distinción apunta al alcance de la teoría. El alcance de una teoría es un asunto de diferentes grados. De este modo, una teoría que se centra en los problemas comunes a todos los derechos de libertad es desde luego una teoría general pero es menos general que una teoría que trata los problemas que afectan a todos los derechos fundamentales.

Es difícil distinguir entre teorías generales y particulares cuando se trata de los derechos fundamentales que tienen el carácter de derechos fundamentales generales, es decir, el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad. En estos casos, ya el objeto mismo reviste generalidad. Con todo, también aquí puede distinguirse entre una teoría general de estos derechos, en cuanto derechos fundamentales de un determinado tipo, y una teoría particular que se ocupa de ciertos problemas singulares relativos a la interpretación de estos derechos.

## II. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La concepción de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales expresa un ideal teórico. Apunta a una teoría integradora que abarque, de la manera más amplia posible, los enunciados generales verdaderos o correctos que puedan formularse en las tres dimensiones y los vincule óptimamente. Es posible referirse a una teoría semejante como

«teoría ideal de los derechos fundamentales». Toda teoría fácticamente existente —y, en este sentido, real— de los derechos fundamentales sólo puede ser una aproximación a este ideal.

La idea de una teoría integradora está expuesta a dos malentendidos. El primero consiste en creer que el postulado de la vinculación conduciría a una amplia y confusa mezcla de tanto-esto-como-aquello. Justamente lo contrario es lo que se persigue. De lo que se trata es de un sistema ordenado lo más claramente posible de enunciados generales verdaderos o correctos sobre los derechos fundamentales. El segundo consiste en sostener que el programa integrador exige demasiado de la construcción teórica sobre los derechos fundamentales y hace aparecer injustamente a como insuficiente o carente de valor toda teoría existente sobre los derechos fundamentales que no sea amplia, a pesar de que sea verdadera o correcta. Sin embargo, éste tampoco es el caso. La concepción de una teoría integradora es una idea regulativa a la que la construcción de teorías sobre los derechos fundamentales puede aproximarse por las más diferentes vías. Toda teoría de los derechos fundamentales que contribuya a su realización es, en virtud de esta contribución, valiosa. Considerar que una teoría carece de valor porque no alcanza plenamente el ideal significaría desconocer el carácter del programa integrador como idea regulativa. Para realizar en la mayor medida posible *la* teoría de los derechos fundamentales (en el sentido de la teoría ideal), hay que reunir muchas teorías verdaderas o correctas de los derechos fundamentales. Naturalmente, es necesario evaluar dichas teorías según su contribución a la teoría ideal.

A la luz de estas observaciones, es instructivo echar una mirada a las teorías que en la literatura actual son llamadas «teorías de los derechos fundamentales». El resumen más influyente es el de Böckenförde. Él distingue cinco teorías: «la teoría liberal de los derechos fundamentales o teoría de los derechos fundamentales en el Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrático-funcional y la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social»<sup>27</sup>. Más adelante se analizará el estatus de estas teorías<sup>28</sup>. Aquí interesa tan sólo su «función como idea normativa rectora para la interpretación», puesta de relieve por

---

<sup>27</sup> E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» en *NJW* 1974, pág. 1530; de manera similar, K. Kröger, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, Baden Baden 1978; cfr., además, M. Kloepfer, *Datenschutz als Grundrecht*, Kronsstein 1980, pág. 20; E. Schrnidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, Gotinga 1979, págs. 63 ss.

<sup>28</sup> Cfr. *infra* Capítulo 10. III. 3.2.3.

Böckenförde<sup>29</sup>. Desde *este* punto de vista, en las teorías presentadas se trata de concepciones básicas del tipo más general acerca del fin y la estructura de los derechos fundamentales.

Sobre las teorías de los derechos fundamentales que tienen la forma de concepciones fundamentales del tipo más general pesan dos problemas. El primero resulta de su carácter abstracto<sup>30</sup>. Por definición, no son teorías elaboradas en las tres dimensiones. Por lo pronto, no ofrecen más que hipótesis que pueden orientar la elaboración de una teoría amplia. En caso de que se confirmen estas hipótesis, ellas pueden adoptar el carácter de la suma más general de las teorías elaboradas. Por lo tanto, las teorías de los derechos fundamentales que adoptan la forma de concepciones básicas del tipo más general no pueden sustituir a una elaborada teoría de los derechos fundamentales; tan sólo pueden constituir su punto de partida y, posiblemente, su punto de llegada.

El segundo problema es más grave. Si se toma cada una de las teorías presentadas en sí misma, se verá que cada una expresa *una* tesis básica. Es posible denominar «teoría de un solo punto» a una teoría que pretende remitir los derechos fundamentales a una tesis básica. Un candidato de teoría de un solo punto de los derechos fundamentales, que no aparece en la lista de Böckenförde, es la tesis según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales<sup>31</sup>. Todo habla a favor de la suposición de que los derechos fundamentales no pueden ser concebidos adecuadamente sobre la base de una teoría de un solo punto, cualquiera que ella sea. Más adelante en esta investigación se expondrá la confirmación de esta suposición. Aquí sólo se aducirá como razón la consideración general según la cual, sería muy sorprendente que justamente los derechos fundamentales pudieran ser remitidos a un único principio, dada la variedad y complejidad de aquello que regulan y la experiencia de que en preguntas prácticas de alguna importancia siempre hay que tomar en cuenta un haz de puntos de vista opuestos entre sí. Una excepción vale tan sólo para las teorías de un solo punto con un grado máximo de abstracción, tales como las que sostienen que el fin último de los derechos fundamentales es asegurar la dignidad humana<sup>32</sup>. Desde luego, ésta no es una ver-

<sup>29</sup> E. W. Böckenförde, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation» en *NJW* 1976, pág. 2096; de manera similar K. Kröger, *loc. cit.*, pág. 11: «horizonte decisivo para la interpretación de los derechos fundamentales».

<sup>30</sup> Cfr. al respecto J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt 1977, pág. 5.

<sup>31</sup> Cfr. con numerosas referencias, H. Goerlich, *Grundrechte als Verfahrenrs Garantien*, Baden-Baden 1931.

<sup>32</sup> Cfr., además, fórmulas como las de W. Schmidt, «Grundrechtstheorien im Wandel der Verfassungsgeschichte» en *Jura* 1983, pág. 180, según el cual la protección «de la li-

dadera excepción pues estas teorías de un grado máximo de abstracción no son en realidad teorías de un solo punto. Dentro de sus marcos tienen cabida las más diversas teorías de los derechos fundamentales como las que aquí se han mencionado.

Lo opuesto a la teoría de un solo punto es una *teoría combinada*. Una teoría combinada es la que subyace a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que recurre a todas las concepciones básicas aquí mencionadas<sup>33</sup>. Es sostenida, además, por los numerosos autores que predicán la existencia de varias funciones<sup>34</sup>, aspectos<sup>35</sup>, o fines<sup>36</sup> de los derechos fundamentales. En contra de una teoría combinada surge de inmediato la objeción de que ella no representa una teoría que pueda guiar las decisiones y fundamentaciones jurídicas, sino sólo una colección de tópicos sumamente abstractos de los cuales es posible valerse como se desee. Justo en este sentido, Böckenförde objeta al Tribunal Constitucional Federal que se apoye «alternadamente en diferentes teorías de los derechos fundamentales como punto de partida de sus interpretaciones, sin que en esta alternancia pueda reconocerse ningún sistema»<sup>37</sup>. Esta objeción es correcta en el sentido de que poco puede hacerse con una teoría que consiste, en lo esencial, en una lista de suposiciones básicas muy generales acerca de los fines y las estructuras de los derechos fundamentales. Ello es así, no sólo debido al grado de abstracción de las teorías que se reúnan sino, sobre todo, debido a que ellas pueden entrar en colisión entre sí de variadas formas en los casos concretos<sup>38</sup>.

Si existiera sólo la alternativa de una teoría de un solo punto o una combinación indeterminada de suposiciones básicas abstractas y que fácilmente pueden entrar en colisión, la teoría de los derechos fundamentales se encontraría realmente frente a un dilema. Sin embargo, esta alternativa no agota en modo alguno las posibilidades de construcción de teo-

---

bertad de decisión del individuo entre dominación estatal y poder social» debe ser el punto central de una moderna teoría de los derechos fundamentales.

<sup>33</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 50, 290 (337): teoría liberal; BVerfGE 12, 205 (259 ss.): teoría institucional; BVerfGE 7, 198 (205): teoría axiológica; BVerfGE 42, 163 (170): teoría democrática; BVerfGE 33, 303 (330 ss.): teoría del Estado social; BVerfGE 53, 30 (64 s.): teoría del procedimiento.

<sup>34</sup> Cfr. E. Stein, *Staatsrecht*, 8.ª edición, Tubinga 1982, págs. 250 ss.; E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 2, Reinbek 1979, pág. 138; A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehre*, Colonia/Berlin/Bonn/Munich 1979, págs. 155 ss.

<sup>35</sup> Cfr. P. Haberle, «Grundrechte im Leistungsstaat» en *VVDStRL* 30 (1972), pág. 75.

<sup>36</sup> Cfr. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek 1975, págs. 336 ss.

<sup>37</sup> E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», págs. 1536 ss.

<sup>38</sup> Cfr. E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 2, pág. 182.

rías sobre los derechos fundamentales. La insuficiencia de ambas versiones muestra únicamente que la teoría de los derechos fundamentales no debe quedarse en la superficie de las suposiciones básicamente generales, sea en forma de una teoría de un solo punto o en forma de una teoría combinada. La teoría combinada expresa atinadamente que hay que tomar en cuenta una pluralidad de puntos de vista. No obstante, para poder controlarlos, es indispensable disponer de un modelo que proporcione algo más que una enumeración que en definitiva no resulta vinculante. La tarea de una teoría integradora consiste en elaborar un modelo de este tipo.

### III. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO TEORÍA ESTRUCTURAL

El camino hacia una teoría integradora adecuada pasa por una teoría estructural de los derechos fundamentales. Una teoría estructural —en cuando parte de una teoría integradora— es una teoría primariamente analítica. Es una teoría primaria y no una teoría analítica pura, porque investiga estructuras tales como la de los conceptos de los derechos fundamentales, la de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la de la fundamentación de los derechos fundamentales, siempre considerando las tareas prácticas de una teoría integradora. Su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En esta medida, tiene carácter empírico-analítico. Se orienta por la pregunta acerca de la decisión correcta y la fundamentación racional desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En esta medida, tiene un carácter analítico-normativo.

Una teoría estructural tiene que constituir no sólo la primera pieza de una teoría integradora de los derechos fundamentales, sino también la base y el marco para todo lo demás. Para ello hay varias razones. La claridad analítico-conceptual es una condición elemental de racionalidad de toda ciencia. En las disciplinas prácticas que la experiencia empírica sólo controla muy indirectamente, este postulado tiene una importancia aún mayor. Esto es válido en especial para el ámbito de los derechos fundamentales, que está caracterizado en mucha menor medida por tradiciones analíticas que, por ejemplo, el ámbito del derecho civil, y que está expuesto a influencias ideológicas en una medida mucho mayor.

La dogmática de los derechos fundamentales, como disciplina práctica, apunta, en última instancia, a la fundamentación racional de concretos juicios de deber ser concernientes a los derechos fundamentales. La

racionalidad de la fundamentación exige que el camino que conduce desde las disposiciones de los derechos fundamentales hasta los juicios concretos de deber ser concernientes a estos derechos, sea accesible, en la mayor medida posible, a controles intersubjetivos. Sin embargo, esto presupone tener claridad acerca de la estructura de las normas de derechos fundamentales, así como sobre todos los conceptos y formas de argumentación relevantes para la fundamentación de derecho fundamental. En modo alguno puede decirse que ya exista suficiente claridad sobre estos aspectos. Si se echa una mirada a la caracterización teórico-estructural de los derechos fundamentales y de las normas de derechos fundamentales que se encuentra en la jurisprudencia y en la literatura, se obtiene es una imagen casi desconcertante. Incluso una constatación, tan simple a primera vista, como la que sostiene que los derechos fundamentales son, por una parte, «derechos individuales» y, por otra, «principios objetivos»<sup>39</sup>, si se observa más de cerca, plantea problemas. ¿Qué se quiere decir con «objetivo» y con «principio»? La apariencia de que no existen problemas decrece no cuando se adscriben «derechos de defensa» a las disposiciones de derechos fundamentales, sino también «derecho de participación» o «autorizaciones para participar»<sup>40</sup>. Y, ¿qué se quiere decir cuando, a veces, se habla de «poder jurídico»?<sup>41</sup> Asimismo, existen ciertas dificultades especiales que están vinculadas con ciertas paráfrasis de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que se agrupan alrededor del concepto de valor. Ejemplos de ello son: «norma básica decisiva valorativa»<sup>42</sup>, «decisión valorativa»<sup>43</sup>, «decisión valorativa jurídico-objetiva»<sup>44</sup>, «contenido valorativo»<sup>45</sup>, «valores constitucionales»<sup>46</sup> y «valor conformador de la comunidad»<sup>47</sup>. No puede soslayarse la numerosa cantidad de términos que no pertenecen a la familia de los valores, tales como «principios de orden social»<sup>48</sup>, «directrices»<sup>49</sup>, «impulsos»<sup>50</sup>, «principios estructurales»<sup>51</sup>, «principios fundamentales»<sup>52</sup>, «nor-

<sup>39</sup> BVerfGE 50, 290 (337).

<sup>40</sup> BVerfGE 35, 79 (112, 128, 115).

<sup>41</sup> BVerfGE 24, 367 (396).

<sup>42</sup> BVerfGE 6, 55 (71); 35, 79 (112); 39, 1 (47).

<sup>43</sup> BVerfGE 27, 195 (201).

<sup>44</sup> BVerfGE 49, 89 (142).

<sup>45</sup> BVerfGE 7, 198 (208); 27, 104 (109).

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 202 (225).

<sup>47</sup> BVerfGE 12, 45 (54).

<sup>48</sup> BVerfGE 7, 198 (215).

<sup>49</sup> BVerfGE 39, 1 (41).

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> BVerfGE 31, 58 (69).

<sup>52</sup> BVerfGE 31, 58 (70).

ma rectora»<sup>53</sup>, «norma-pauta»<sup>54</sup>, «pautas»<sup>55</sup>, «postulados»<sup>56</sup>, «tareas»<sup>57</sup> y «deber de protección»<sup>58</sup>. La variedad terminológica de la jurisprudencia es superada todavía por la literatura. Así, para mencionar sólo un ejemplo —cuya repetición es por cierto notable pero, por lo demás, en modo alguno atípica— Scheuner en *un* artículo<sup>59</sup> utiliza con respecto a los derechos fundamentales, entre otras, las siguientes 21 expresiones con connotaciones teórico-estructurales: «garantías de libertad», «principios de conformación social», «elementos de ordenación social»<sup>60</sup>, «principios constitucionales», «límites» (de la libertad de conformación del legislador), «objetivo», «tarea», «directriz obligatoria»<sup>61</sup>, «principios y determinaciones de su contenido institucional-funcional», «principios»<sup>62</sup>, «determinaciones objetivas», «marco», «libertades de derecho fundamental», «objetivos de derecho fundamental»<sup>63</sup>, «participación»<sup>64</sup>, «derechos sociales», «disposiciones de los fines del Estado», «concepciones de fines», «vinculación a fines», «tareas legislativas» y «directrices»<sup>65</sup>.

Sobre el trasfondo de estas enumeraciones adquiere especial importancia la frase de Hohfeld: «in any closely, reasoned problem, whether legal or non legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression»<sup>66</sup> [«en todo problema razonado de cerca, sea jurídico o no, palabras de tintes camaleónicos son un peligro tanto para el pensamiento claro como para la lúcida expresión»]. Si no existe claridad acerca de la estructura de los derechos fundamentales y de las normas de derecho fundamental, no es posible alcanzar claridad en la fundamentación de derecho fundamental. Lo correspondiente es válido para todos los conceptos de la dogmática de los derechos fundamentales. Tesis dogmáticas como las que afirman que «la libertad no es una liber-

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> BVerfGE 21, 73 (85).

<sup>55</sup> BVerfGE 42, 143 (148).

<sup>56</sup> BVerfGE 35, 79 (114).

<sup>57</sup> BVerfGE 35, 321 (331).

<sup>58</sup> BVerfGE 39, 1 (42).

<sup>59</sup> U. Scheuner, «Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit» en *DÖV* 1971, págs. 505 ss.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 506.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pág. 507.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pág. 508.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pág. 510.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 512.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pág. 513.

<sup>66</sup> W. N. Hohfeld, «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning» en *Id.*, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, New Haven 1923, pág. 35.