SOBRE LOS VALORES EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

VALUES OF LEGAL PHILOSOPHY AND THE CONSTITUTIONAL LAW

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO*

Recebido para publicação em abril de 2012.

RESUMEN: Los valores forman hoy parte habitual del contenido de los modernos textos constitucionales. Por eso resulta necesaria una indagación sobre cuál es su concepto, su sentido y significado último. Esta indagación nos remite necesariamente al terreno del pensamiento filosófico, que ha elaborado diversas teorías sobre el significado y fundamento último de los valores. El artículo realiza un breve repaso de las teorías más relevantes, desde las fundamentaciones objetivas y la filosofía de los valores, hasta la perspectiva relativista, pasando por tesis de corte subjetivista, y otras de carácter consensual. Se analizan también otras elaboraciones más específicamente vinculadas a la teoría constitucional, como las Smend, Schmitt, Heller o Mortati. En este trabajo se defiende, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, una fundamentación consensual e histórica de los valores en la Constitución, según la cual los mismos expresan el acuerdo real y concreto del pueblo soberano, en el momento en que éste actúa como Poder constituyente. Sin embargo, este acuerdo refleja toda la tradición del constitucionalismo, basada en las ideas de separación de poderes y reconocimiento y garantía de los derechos humanos, y tiene por tanto como base última la dignidad de la persona. De manera que, aunque desde el punto de vista jurídico-formal sería válido cualquier nuevo acuerdo adoptado siguiendo las condiciones establecidas, ese fundamento último hallado en los valores del constitucionalismo y en la dignidad, entendidos en un momento histórico concreto pero formados a través de una larga evolución, es la fuente última de la legitimidad de los valores y preceptos recogidos en un texto constitucional concreto.

PALABRAS CLAVE: Valores; Constitución; Constitucionalismo; Poder constituyente; Dignidad; Consenso; Fundamentación.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 1.1 de la Constitución española, al señalar que el Estado propugna como valores superiores del Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, introduce expresamente en nuestro Derecho el concepto de valor. Ciertamente, los valores de nuestra Constitución han de ser objeto de un análisis prioritariamente jurídico[1], pero en el mismo no cabe olvidar que "valor" es un concepto que, en el sentido que ahora nos interesa, tiene su origen en la filosofía.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Vicedecano de Enseñanzas Jurídicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad de Castilla-La Mancha (España).

[1] En nuestro trabajo "Valores superiores e interpretación constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, hemos intentado realizar un análisis de estos valores superiores desde la perspectiva jurídico-constitucional.

En efecto, la décima acepción de esta palabra en el Diccionario de la Real Academia[2] viene precedida de la abreviatura "Fil.", y se refiere a valor como "cualidad que poseen algunas realidades, llamadas bienes, por lo cual son estimables", añadiendo que "los **valores** tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores". Pues bien, no cabe encontrar en el Diccionario una definición de "valor" de contenido estrictamente jurídico[3]. Ello pone de manifiesto que, incluso partiendo de una perspectiva lingüística, el concepto de "valor" elaborado por la filosofía, y las doctrinas sobre los valores procedentes de la filosofía -y en especial de la filosofía jurídica y política-, tienen interés para cualquier otro análisis de los valores, y en concreto para el análisis jurídico-constitucional.

Algún autor ha puesto de manifiesto el "tono profesoral" que se aprecia en nuestro artículo 1.1, que tiene un lenguaje más filosófico que político: "Valores superiores suena a filosofía y quién sabe a través de cuántas mediaciones (...) nos remite a Nicolai Hartmann, y en consecuencia, a Scheler, y, más allá, al panorama cultural alemán de finales de siglo"[4].

Ciertamente, la mención constitucional a los valores parece evocar casi espontáneamente la llamada "filosofía de los valores", de la que hablaremos a continuación. Pero más allá de esta asociación de ideas, las distintas doctrinas sobre los valores procedentes de la filosofía jurídica y política tienen utilidad para el Derecho constitucional, ya que pueden ayudar a entender el significado de los valores constitucionales, así como servir como base a cualquier intento de fundamentación de los mismos. Por lo demás, apuntan ideas para comprender el significado jurídico de la "superioridad" de los valores del artículo 1.1.

En fin, junto a las doctrinas filosóficas sobre los valores, en el presente trabajo nos referiremos también a la relación entre los valores y el concepto de "Constitución material", que desde ciertos puntos de vista pone de relieve la presencia de elementos valorativos en la norma fundamental;

[2] Diccionario de la Lengua Española, Real Academnia Española, Vigésimo primera edición, 1.992.
[3] Con la excepción de la 130 acepción, usada sólo en plural, y que define los valores como "títulos representativos de participación en haberes de sociedades, de cantidades prestadas, de mercaderías, de fondos pecuniarios o de servicios que son materias de operaciones mercantiles". Pero obviamente esta definición, propia del Derecho mercantil, no tiene nada que ver con el concepto de valor que ahora nos interesa.
[4] S. BASILE, "Los valores superiores, los principios fundamentales, y los derechos y libertades públicas", en "La constitución española de 1.978. Estudio sistemático", dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría, ed. Civitas, Madrid, segunda edición, 1.981 (reimp. 1.988), p. 265.

aunque cabe aclarar desde este momento que el concepto más conocido de "Constitución material", debido a MORTATI, no hace referencia a los valores contenidos en el texto constitucional.

La reflexión sobre cualidades del tipo que denominamos "valores" es desde luego antigua. Como se ha destacado, aunque la discusión sobre el término valor en el umbral del siglo XX sitúa a la filosofía en unas nuevas coordenadas, la reflexión sobre los contenidos materiales de los valores es tan antigua como el mismo razonamiento filosófico[5]. Un repaso a toda su evolución excedería con creces el objeto del presente trabajo. Por ello bastará para nuestro propósito situarnos en un momento relativamente próximo, para realizar una breve exposición de algunos de los autores y doctrinas contemporáneas más representativos, con la única finalidad de poner de manifiesto diversas concepciones o formas de entender y fundamentar los valores. Ciertamente, el repaso que realizaremos no pretende ser completo, ni en cuanto al número de doctrinas y autores, ni en cuanto a la extensión dedicada a cada uno de ellos; se trata más bien de una breve muestra que intenta destacar simplemente las doctrinas e ideas más relevantes en torno a los valores en la filosofía jurídica y política contemporánea, apuntando al tiempo las vías más importantes utilizadas para la fundamentación de los valores en el ámbito jurídico. Por lo demás, ya existen algunos estudios jurídicos que repasan con cierta amplitud el pensamiento filosófico en torno a los valores[6].

Pero antes de comenzar el repaso de estas doctrinas contemporáneas de mayor interés para nosotros, cabe citar al menos un ejemplo conocido y remoto. En efecto, ya PLATON, en su "alegoría de la caverna"[7] sostiene que el mundo que el hombre cree que es "real", no está formado más que por "sombras" de la realidad auténtica que el hombre no puede percibir, al estar atado por las "cadenas" de sus pasiones y errores. El mundo visible sólo puede explicarse por la contemplación del mundo invisible, o "mundo de las Ideas" (del verbo "eidos", ver). Como se aprecia, el filósofo de Atenas ya mantiene la existencia de "algo" trascendente a lo que el hombre tiene por realidad, pero que se manifiesta a través de esta "realidad"; si bien, a diferencia de lo que posteriormente se entenderá por "valores", PLATON cree que son las Ideas las que constituyen la realidad auténtica, manifestándose en los objetos materiales: son el modelo de las cosas que encontramos en el mundo

[5] A. LLAMAS CASCON, "Los valores..", op. cit., p. 40.
[6] Merecen destacarse al menos, A. LLAMAS CASCON, "Los valores jurídicos como ordenamiento material", op. cit., y L. PAREJO ALFONSO, "Constitución y valores del ordenamiento", Centro de Estudios Ramón Areces, cit., p. 43-116.
[7] PLATON, "La República o el Estado", Libro VII.

sensible, las cuales "participan" más o menos de las diversas Ideas. Conviene también recordar que para el filósofo el mundo de las Ideas está jerarquizado, siendo las ideas supremas las de Justicia, Belleza y Bien; esta última es la que preside todas y la mayor manifestación de la realidad.

2. LA CONSIDERACIÓN OBJETIVA DE LOS VALORES: LA LLAMADA "FILOSOFÍA DE LOS VALORES"

Situándonos por tanto en el pensamiento contemporáneo, y aunque podría encontrarse algún precedente anterior de estudio de los valores[8], puede afirmarse que el estudio de los valores dotándolos de contenido material se produce con la llamada "filosofía de los valores". Como ya hemos mencionado, la mención a los valores parece remitir a este movimiento filosófico. En efecto, algunos autores han puesto de relieve que al estudiar el concepto de valor, suelen tenerse presentes las propiedades de los mismos según la filosofía de los valores[9].

Entendiendo la expresión en un sentido amplio, podemos referirnos con ella a dos movimientos teóricos distintos: por un lado, la llamada "Escuela de Baden", que se sitúa en el

[8] Así, L. PAREJO ALFONSO, "Constitución...", op. cit., p. 45-46, y 80, cita a F. BRENTANO (1.838-1.917) como "punto de arranque" de la teorización sobre los valores en la filosofía moderna, y en el ámbito de la filosofía jurídica se refiere (p. 80) a STAMMLER (1.856-1.938) como iniciador de lo que se ha denominado "idealismo jurídico". En efecto, STAMMLER "recuperó" el estudio de los valores y de la Filosofía del Derecho. Considera que la justicia es el objetivo del Derecho, el valor jurídico supremo. Sin embargo, la justicia se concibe como criterio formal: la forma de la justicia, idea racional, es única e inmutable, "a priori", siendo la historia la que proporciona contenidos concretos; el contenido de cada Derecho se determina históricamente. Para este autor la justicia no consiste en ningún contenido concreto, sino en una forma universalmente válida para ordenar todos los contenidos posibles, representando la "armonía permanente y absoluta" de la ordenación social. La armonía significa rectitud o corrección, de forma tal que lo particular o individual encuentra justificación en tanto en cuanto procure la realización del todo armónico. Dentro de la categoría del Derecho concreto puede distinguirse, según se oriente sólo de forma subjetiva, o, en cambio, se esfuerce por atenerse al ideal de armonía. En este último caso estaremos ante el "Derecho correcto", que, como hemos dicho, se ofrece condicionado históricamente. Para determinar cuándo estamos ante este Derecho correcto o justo, el operador debe seguir la vía objetiva, considerando que en toda contraposición de pretensiones existe una perspectiva superior, que posibilita una solución acorde con la armonía o el todo armónico de la vida social. Aunque para este autor su concepto formal de justicia no es algo vacío, pues posee un cierto contenido de validez absoluta, su teoría ha sido criticada por su excesivo formalismo. Se ha hablado de que STAMMLER establece un "Derecho natural de contenido variable" (L. RECASENS SICHES, "Tratado general de filosofía del derecho", Porrúa, 100 edición, México, 1.991, p. 454), de forma tal que la variedad de "derechos justos" puede ser ilimitada.
La doctrina de este autor sobre la justicia se encuentra en "Richtiges Recht", en la obra colectiva "Begriff und Wesen des Rechts", ed. Wissenchaftliche Buchgesellschaft, Darmstad, 1.973. Puede encontrase sintetizada en L. RECASENS SICHES, "Tratado general...", op. cit.; L. PAREJO ALFONSO, "Constitución y valores...", op. cit.; R. PERALTA, "La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado", Universidad Complutense, Madrid, 1.994, p. 66-60, obras que hemos seguido en esta exposición.

[9] En este sentido, R. RUYER, "La filosofía del valor", Fondo de Cultura Económica, México, 1.969; R. FRONDIZI, "¿Qué son los valores?", Fondo de Cultura Económica, 40 ed., México, 1.968.

ámbito del neokantismo, y del "criticismo". Por otro, y en el ámbito de la fenomenología, han de citarse las obras de SCHELER y HARTMANN, que con frecuencia se citan como representantes de la "filosofía de los valores" en un sentido más estricto.

Como afirma VILAS NOGUEIRA, para la "filosofía de los valores", considerada en sentido amplio, no todo lo que "hay" se agota con el estudio del "ser", pues los valores (belleza, bien, justicia...), sin ser propiamente seres, no son tampoco meras ficciones; de esta forma, los valores son considerados independientes de los hechos psíquicos que los atestiguan. Las características más importantes de los valores para esta doctrina serían, siguiendo a este autor[10]: a) requieren una realidad en la que encarnarse; b) poseen un contenido propio; c) se presentan de forma bipolar (con su opuesto correspondiente); d) pueden admitir diversos grados de intensidad; e) pueden ordenarse jerárquicamente; f) son irracionales, y por tanto sólo aprehensibles en una experiencia emotiva.

En cuanto a la "Escuela de Baden" o "Escuela sudoccidental alemana", cabe destacar entre sus representantes a W. WINDELBAND (1.848-1.915), H. RICKERT (1.863-1.936), H. MÜNSTERBERG (1.863-1.916), y B. BAUCH (1.877-1.942).

WINDELBAND define la filosofía como "la ciencia crítica de los valores universales"[11], ya que tiene por objeto juicios valorativos, y no juicios de hecho. El juicio valorativo pretende una validez universal, pero no en el sentido de reconocimiento de hecho por todos, sino como necesidad ideal (*conciencia normativa)*, es decir, que tal juicio *debe ser* reconocido por todos. Para este autor "la necesidad que advertimos en la validez de las determinaciones lógicas, éticas y estéticas, es una necesidad ideal, una necesidad que no es la del *Müssen* y del no-poder-ser-de-otro-modo, sino la del *Sollen* y poder-ser-de-otro-modo". En similar sentido se pronuncia RICKERT[12], para quien el "ser" está precedido por el "deber ser", ya que si se puede decir que algo es, es en virtud de que el juicio que lo expresa es verdadero por su deber ser. Este es la "conciencia en general", anónima, universal e impersonal. En cuanto a los valores, considera que están más allá del sujeto y del objeto, y que no son realidades, sino que "valen". La relación entre el mundo de la realidad y el reino de los valores es

[10] J. VILAS NOGUEIRA, "Los valores superiores del Ordenamiento jurídico", en Revista Española de Derecho Constitucional, n1 12 (1.984), p. 92. Como hemos dicho, este autor considera este movimiento en un sentido amplio, al entenderlo iniciado por LOTZE, e incluir en el mismo a RICKERT, SCHELER Y HARTMANN.
[11] Puede verse un resumen de su doctrina, por ejemplo, en AA.VV., "Historia del pensamiento", vol. VI, Madrid, 1.988.
[12] Un resumen de su doctrina puede encontrarse también en "Historia del pensamiento", op. cit., vol. VI, p. 23 ss.

el *acto de valorar*, que determina una tercera esfera junto a realidad y valores: el reino de la significación. Por lo demás, RICKERT intenta una clasificación escolástica de los valores[13].

Sin embargo, como hemos mencionado, los dos autores que con más frecuencia se suelen citar dentro del ámbito de la "Filosofía de los valores" son M. SCHELER (1.874-1.928) y a N. HARTMANN (1.882-1.950). También denominada "ética material de los valores", su obra se sitúa bajo la inspiración y métodos de la fenomenología de HUSSERL. Se ha señalado que la ética material de los valores incluye en el mundo filosófico, y después jurídico, el término "valor", hasta entonces "secuestrado" en otras disciplinas, situando la reflexión filosófica sobre los valores en las nuevas coordenadas de la fenomenología[14]. Como características más importantes de esta doctrina señala PEREZ LUÑO[15]: 1) los valores son esencias ideales previas a la experiencia, absolutamente invariables y ordenados jerárquicamente; 2) el orden objetivo y jerárquico de valores ha de ser aprehendido por el sentimiento e intuición de su evidencia, ya que no puede ser conocido por la razón; 3) la aprehensión de los valores no deriva de su cognoscibilidad racional y empírica, por lo que las variaciones históricas de los valores son sólo apariencias, ya que no es el valor sino la conciencia valorativa lo que cambia. Se ha advertido la similitud de los valores de SCHELER y HARTMANN con la teoría de las ideas de PLATON[16]. Como se ha señalado[17], para estos autores la diferenciación de los valores respecto al mundo sensible se manifiesta en el hecho de que se perciban a veces antes e independientemente de los objetos que son sus portadores; por ello poseen un ser propio, "ideal". No pertenecen al mundo del ser "real", aunque tienen relación con la realidad, la cual estriba en que se realizan adheridos a ella, y se presentan como una exigencia de incorporación a la misma.

[13] Distingue este autor seis campos o dominios del valor: la lógica (dominio del valor verdad); la estética (dominio del valor belleza); la mística (dominio del valor santidad impersonal; la ética (dominio de la moralidad); la erótica (campo en el que domina la felicidad), y la filosofía religiosa, donde domina la santidad personal.
[14] A. LLAMAS CASCON, "Los valores...", cit., p. 40.
[15] A.E. PEREZ LUÑO, "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución" ed. Tecnos, 20 edición, 1.986.
[16] L. PAREJO ALFONSO, en "Constitución y valores del ordenamiento", cit., p. 47, considera que los valores de HARTMANN son ideas en sentido platónico. A. E. PEREZ LUÑO, "Derechos humanos...", op. cit., p. 139, citando a E. F. SAUER, opina que es la doctrina de SCHELER la que puede ser considerada un platonismo en clave cristiana; en cambio, entiende que para HARTMANN el ente ideal constituye una objetivación ideal que funda su idealidad en su pura autoexistencia, es decir, con un sentido distinto a las ideas platónicas a la metafísica cristiana.
[17] J. M. RODRIGUEZ PANIAGUA, "Historia del pensamiento jurídico", vol. II, Universidad Complutense, 60 edición, 1.988, p. 490.

La ética de MAX SCHELER[18] es una ética material, contrapuesta por tanto a la ética formal de KANT. Como ha puesto de relieve RECASENS SICHES[19], la fenomenología ha descubierto las esencias como objetos ideales, que son "a priori", necesarias e independientes de los hechos en que se realizan. De esta forma, se evidencia el error de identificar lo "a priori" con lo formal y con lo racional, y lo "a posteriori" con lo material y lo no racional, ya que los valores éticos y jurídicos, que poseen una materia (un contenido concreto), y no son aprehensibles por procesos racionales, sino mediante una *intuición emotiva*, sin embargo son "a priori", pues ni dimanan de la experiencia ni están fundados en ella. Pero la experiencia emotiva a la que se le revela el valor no es, para SCHELER, una simple emoción, sino una intuición intelectiva, una experiencia intencional, que tiene con el valor la misma relación que una representación o un concepto tienen con su objeto. Por ello el mundo de los valores es un mundo objetivo "a priori". Los valores no son ni bienes (el bien es la cosa que incorpora un valor), ni fines (fin es el término de una aspiración o una tendencia que puede o no tener valor). También para SCHELER existe una jerarquía de los valores, que es aprehendida mediante el acto específico de *preferir*[20]. Los criterios que permiten determinar la jerarquía axiológica son: durabilidad (se prefieren los valores duraderos a los pasajeros); divisibilidad (son superiores los valores más indivisibles); fundación, profundidad de la satisfacción y relatividad (escala de relatividad entre los valores, aunque todos ellos son objetivos). Tomando como base dichos criterios, puede establecerse la jerarquía de los valores siguiente: en el nivel más bajo se encuentran los valores de lo agradable y lo desagradable; en segundo término, los valores vitales (que van de lo noble a lo vulgar; aunque también se encuentra en este grupo la esfera del bienestar, y otros estados). Por encima de éstos se encuentran los valores espirituales, dentro de los que cabe distinguir, a su vez, jerárquicamente: los valores de lo estético; los de lo justo-injusto (aquí se incluyen los valores jurídicos, que constituyen el fundamento de toda ordenación jurídica, en cuanto

[18] La obra más importante de M. SCHELER, por lo que se refiere al tema de los valores, es "Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik" (1.927), en Gesammelte Werke, 1.954 (traducción francesa de M. de Gandillac, "Le formalisme en éthique et l´éthique matériale des valeurs", Editions Gallimard, Paris, 70 edición, 1.955). Un amplio comentario a las ideas de este autor se encuentra en R. FRONDIZI, "¿Qué son los valores?", cit., p. 86 ss.
[19] L. RECASENS SICHES, "Tratado general...", op. cit., p. 457 y ss.
[20] M. SCHELER, "Der Formalismus in der Ethik..." (1.927), cit., p. 84 ss. (traducción francesa, p. 108 ss.).

es independiente de toda ley positiva del Estado o de la comunidad); y los valores del "conocimiento puro de la verdad". En la cúspide de la jerarquía se encuentran los valores de lo santo y lo profano[21].

En sentido parecido, HARTMANN[22] considera que los valores son objetos con entidad propia que se conocen a priori de forma emocional, y no intelectual y reflexiva; pero la emoción valorativa tiene la misma objetividad que el conocimiento científico o lógico.

La crítica a la ética material de los valores se centra en la dificultad que ésta tiene para determinar la "lista" de valores absolutos y objetivos, que ni siquiera son coincidentes entre todos los representantes de esta corriente[23]. Por otro lado, la propia historicidad y variabilidad de los valores en el terreno sociológico hace que esta concepción tenga difícil aplicación al campo jurídico. Y es que para determinar los valores que pertenecen a este orden objetivo es preciso encontrar un método de conocimiento que pueda ser aceptado universalmente. En este sentido, la evidencia (fundamento de la fenomenología) no parece criterio de conocimiento seguro, pues, como afirma PAREJO ALFONSO, no se aporta una regla válida de distinción entre un conocimiento correcto del valor respecto de un simple sentimiento o mera percepción subjetiva de ese valor. En efecto, "o el concepto de evidencia incluye la nota de verdad, en cuyo caso es imposible decidir acerca de si un juicio es evidente, o, por contra, la evidencia significa una vivencia psicológica comprobable, en cuyo caso resulta imposible determinar si un juicio evidente es verdadero"[24].

La filosofía de los valores ha tenido también importantes manifestaciones en el campo más estrictamente jurídico. Las aportaciones de E. LASK, M.E. MAYER y F. MÜNCH[25] giran en torno a la idea de cultura como conjunto de valores supraindividuales. Con un punto de partida parecido, G. RADBRUCH[26], entiende que la cultura es una zona intermedia entre la naturaleza (que es ciega a los

[21] R. FRONDIZI, "¿Qué son los valores?", cit., p. 116-118.
[22] N. HARTMANN, "Ethik", Walter de Gruyter, Berlín, 30 ed., 1.949. Puede verse un resumen de su doctrina en "Historia del pensamiento", op. cit., p. 276 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, "Constitución y valores del Ordenamiento", ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.990. pág. 47 y 48, obras que hemos seguido en esta breve exposición.
[23] Así lo ha puesto de manifiesto por ejemplo A.E. PEREZ LUÑO, "Derechos humanos...", op. cit., p. 139.
[24] L. PAREJO ALFONSO, "Constitución y valores del ordenamiento", op. cit., p. 47 y 48. Este autor se basa en las críticas realizadas por E. Topisch y L. Nelson.
[25] Puede verse un resumen de la doctrina de estos autores (así como de buena parte de la denominada "filosofía jurídica de los valores") en L. PAREJO, "Constitución...", cit., p. 86 y ss.
[26] G. RADBRUCH, "Der Begriff des Rechts" (1.914) en "Begriff und Wesen des Rechts", editada por W. Mainhofer, Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1.973, p. 384 y ss. También "Filosofía del Derecho", Editorial Revista de

valores) y el deber ser puro (donde se encuentran los valores absolutos); el Derecho, como parte de la cultura, supone una tendencia intencionada a la realización del valor justicia, de forma tal que el Derecho justo es aquel que persigue la justicia, aunque no la alcance. RADBRUCH intenta establecer también una jerarquía de valores: centrándonos en el ámbito de la vida social, pueden distinguirse los valores de la personalidad, los valores de las obras, y los valores de la sociedad. Cuál de estos grupos de valores debe ostentar la primacía es algo que la filosofía del Derecho no puede decidir, ya que depende de la concepción del mundo que se tenga, aunque sí puede establecerse que primando los valores de la personalidad, el valor supremo sería la libertad, implicando un sistema democrático (aunque engloba en esta opción tanto al liberalismo como al socialismo); en el caso de prevalecer los valores de las obras, se obtiene como valor supremo la cultura y un Estado de tipo corporativista; por último la primacía de la sociedad conlleva el valor supremo del poder. Por ello se ha hablado del relativismo de RADBRUCH, ya que entiende que no hay otro criterio que las preferencias para establecer una de las tres diversas concepciones del Estado. No obstante, este autor establece en todo caso la primacía de la seguridad jurídica sobre los demás valores. De todas formas, se ha señalado[27] que RADBRUCH se inclina implícitamente por la opción de los valores de la personalidad, pues el relativismo de su construcción supone la admisión de opciones distintas sobre la ordenación de los valores, esto es, implica la tolerancia, y tolerancia es democracia.

Los intentos de aplicar la teoría de los valores en el campo jurídico, desde concepciones iusnaturalistas, han sido criticados por su falta de base o fundamentación real, al configurarse como teorías que, en realidad, toman sus pretendidos "valores absolutos" de un contexto histórico concreto y determinado, o bien los encuentran a través de una intuición, carente de base científica[28].

En España, y bajo la influencia de la filosofía de los valores, cabe citar a ORTEGA Y GASSET[29]. Defiende el filósofo madrileño una concepción objetiva de los valores, distinguiendo entre el mundo

Derecho Privado, 40 edición, Madrid, 1.959, p. 7 ss., 43 ss., y los comentarios citados en notas anteriores, que hemos tenido en cuenta en las líneas que dedicamos a este autor.

[27] L. PAREJO ALFONSO, "Constitución...", op. cit., p. 91.

[28] Puede verse, por ejemplo, la crítica con la que A.E. PEREZ LUÑO (apoyándose en U. Matz) acompaña la referencia a los autores que acabamos de citar en el texto, y a otros como Coing o Reiner, en su obra "Derechos humanos...", cit., p. 140.

[29] J. ORTEGA Y GASSET, "¿Qué son los valores?", bajo el título general "Introducción a una estimativa", citado por "Obras completas", ed. Revista de Occidente, tomo 6, 60 edición, Madrid, 1.964, p. 315 ss.

del ser y el mundo del valer; en la percepción de los objetos existen fenómenos no sensibles, pero sin embargo aprehensibles. Los valores no son susceptibles de entendimiento, sino de estimación, lo que no impide que pueda existir un conocimiento absoluto de los mismos, de forma tal que la Estimativa o ciencia de los valores constituye un sistema de verdades evidentes e invariables. Señala ORTEGA tres rasgos o propiedades características de los valores: la cualidad, que implica polaridad (siempre serán positivos o negativos); el rango, que los coloca en su lugar dentro de una jerarquía; y la materia, que los individualiza. Existe una jerarquía entre los valores que se percibe de modo evidente: igual que basta entender lo que es "cinco" y "cuatro", para apreciar la minoría de cuatro respecto a cinco, simplemente con ver bien lo que es "elegancia" y "bondad moral", se aprecia la inferioridad de aquélla respecto a ésta.

RECASENS SICHES[30] recoge en el ámbito jurídico español la reflexión filosófica sobre los valores, también desde un punto de vista objetivo y "a priori", influido por ORTEGA, y, más allá, por SCHELER y HARTMANN. Sin embargo, matiza algo su posición respecto a estos últimos autores, de los que realiza una cierta crítica, pues en lugar de considerar que los valores son entidades ideales abstractas, entiende que la objetividad de los valores se da en la existencia humana; de esta forma, los valores son objetos ideales con validez análoga a la de las ideas, pero con vocación de ser realizados y encarnarse en el mundo a través de la acción del hombre: la objetividad de los valores está incardinada en la *vida humana*. RECASENS recoge también entre las propiedades de los valores otras señaladas por los autores clásicos de la filosofía de los valores, como son la bipolaridad y la jerarquización o gradación. Por otro lado, procura matizar la tajante distinción entre realidad y valor llevada a cabo por la ética material de los valores, pues existe entre ellos una "recíproca vocación", ya que "los valores reclaman idealmente ser plasmados en realidades, y las realidades sólo cuando encarnan valores preséntanse como justificadas"[31]. Coincide en cambio con las doctrinas anteriores en que es la intuición el método de conocimiento de los valores. Igualmente, trata de conjugar el carácter objetivo y "a priori" de los valores, con la historicidad de su realización práctica, ya que "la

[30] L. RECASENS SICHES, "Tratado general...", op. cit., p. 8 y ss.
[31] L. RECASENS SICHES, "Tratado...", op. cit., p. 65.

diversidad y el cambio, es decir, la historicidad, no se predican de los valores, sino de su realización en la vida humana social"[32].

El Derecho es para RECASENS algo que los hombres fabrican en su vida y que lo viven en ella con el propósito de realizar unos valores (aquí se aprecia también la influencia vitalista de ORTEGA). Más concretamente, es "norma...elaborada por los hombres con el propósito de realizar unos valores"[33], apreciándose por tanto tres dimensiones jurídicas: valor, norma y hecho. Por último, aunque RECASENS plantea como tarea futura de la Estimativa Jurídica la determinación de los valores jurídicos y de su jerarquía, sí afirma que entre los valores supremos que deban inspirar el Derecho se han de encontrar la dignidad moral del hombre, la libertad como esfera de autonomía, y la paridad fundamental ante el Derecho.

3. TEORÍAS SUBJETIVISTAS

Las teorías hasta ahora expuestas postulan una existencia y fundamentación objetiva de los valores. A continuación nos referiremos a dos autores cuyas obras han tenido una enorme repercusión, y que hemos agrupado como "fundamentaciones subjetivistas", por contraposición a las anteriores. En efecto, es rasgo común de estas teorías el que los valores o principios de justicia pueden ser extraídos por sujetos especialmente cualificados, o que se encuentran en condiciones óptimas o especiales para conocer dichos valores. He de reconocer en todo caso todo lo que dicha "etiqueta" -o cualquier otra- pudiera tener de discutible (por lo demás, probablemente los autores que vamos a comentar rechazarían tal calificación). También cabría hablar de "fundamentaciones neoliberales"[34], ya que creemos que dichas fundamentaciones conducen a una concepción "liberal" de los valores y de los derechos (o quizás al revés: detrás de esas fundamentaciones subyace una concepción liberal).

[32] L. RECASENS SICHES, "Tratado...", op. cit., p. 461.
[33] Op. cit., p. 159.
[34] Mientras que la calificación de estas teorías como "subjetivistas" puede encontarse por ejemplo en A.E. PEREZ LUÑO,"Derechos humanos...", op. cit., p. 145-161, en cambio, L. PRIETO SANCHIS, "Estudios sobre derechos fundamentales", ed. Debate, Madrid, 1.990. p. 26 y ss., reúne a estos autores con los liberales "clásicos" bajo el epígrafe "concepción liberal de los derechos". L. PAREJO ALFONSO, "Constitución...", op. cit., p. 99 y ss., utiliza ambas ideas, al hablar del "subjetivismo neoliberal".

Las doctrinas que comentaremos a continuación están pensadas para la fundamentación de los derechos fundamentales, pero estimamos que son trasladables a la de los valores, ya que aquéllos son reflejo y concreción de éstos, de forma que, genéricamente, pueden fundamentar la justicia, la libertad y la igualdad. Estas teorías pretenden fundamentar los derechos humanos desde una posición que se ha considerado cercana al iusnaturalismo, y desde una perspectiva ideológica neoliberal. Entre sus principales representantes cabe citar a K. POPPER, F. VON HAYEK, R. NOZICK (aunque éste desde una posición mucho más original, cercana al anarquismo), J. RAWLS y R. DWORKIN. De todos ellos reseñaremos como más significativas las ideas de los dos últimos; sus ideas son conocidas ampliamente en nuestra doctrina, y al objeto de este estudio sólo es preciso una breve reseña de las mismas, por lo que se refiere a los valores o principios de justicia.

RAWLS[35] afirma la existencia de unos "principios de justicia", que derivan de un razonamiento perfecto desplegado en una "posición originaria", o situación hipotética en la que unos individuos racionales y libres, en condiciones de pureza, destilan auténticos principios de justicia por consenso unánime. Tales condiciones de pureza se consiguen gracias a un "velo de ignorancia", según el cual tales hipotéticos individuos desconocerían sus posiciones sociales y cualesquiera datos particulares. De esta forma la "posición originaria" es de imparcialidad. Con esta base, RAWLS señala dos principios básicos de su teoría de la justicia: por un lado, que "cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos"; en segundo lugar, que "las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un sistema de ahorro justo, y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades"[36].

Pero ha de tenerse en cuenta que los principios de justicia en RAWLS no tienen en realidad un origen consensual, ya que se trata de descubrir o hallar una verdad objetiva y preexistente, pero desde la perspectiva o posición subjetiva, pues tales principios se descubren desde el sujeto en la situación hipotética descrita. Sin embargo, las necesidades reales del hombre (pobreza, carencia de

[35] J. RAWLS, "Teoría de la justicia" (1.971), traducción al castellano de M. D. Domínguez, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1.979.
[36] J. RAWLS, "Teoría...", op. cit., p. 340-341.

medios...) no son desconocidas para RAWLS, que distingue entre la libertad, que se refiere al status igual de ciudadano, prescindiendo de sus necesidades y su capacidad para obtener sus fines, y el "valor de la libertad", que sería el valor que para cada individuo poseen los derechos definidos según el principio de justicia. Esto implica, como ha señalado PRIETO SANCHIS, que "existe una libertad igual para todos, que es la del hombre jurídico y que resulta ajena a la pobreza y a la ignorancia, junto a una libertad desigual, condicionada por la existencia concreta. Simplificando, existe una libertad igual que no es real y una libertad real que no es igual"[37].

R. DWORKIN concede un importante papel a los valores, que él denomina "principios". El autor de *Los derechos en serio*[38], desde una posición liberal e individualista (aunque sin duda con algunos elementos progresistas o igualitarios) entiende que la razón de ser de los derechos morales está en la protección que prestan al individuo frente a cualquier objetivo social o colectivo; de esta forma se configuran como "triunfos frente a la mayoría", que no pueden quedar a merced de las decisiones políticas eventualmente cambiantes. Sin embargo, DWORKIN no basa su teoría en la idea de libertad, sino en la de igualdad formal, esto es, en el principio de igual consideración y respeto para todos los individuos, intentando así superar posibles contradicciones entre ambos valores fundamentales. La teoría de este autor norteamericano parte de la imbricación entre Derecho y Moral, que se aprecia especialmente en su idea de la figura del juez modelo, que puede encontrar la solución justa de forma racional, basándose en los principios que garantizan los derechos y en los cuales se fundamentan las normas. Pero estos principios (y por tanto, los derechos morales) se imponen en todo caso, estén o no recogidos por el derecho positivo, o incluso cuando éste se halle en abierta contradicción con aquéllos, en cuyo caso el "juez modelo" es posible que deba "mentir" y hacer caso a los principios. Pese a ello, DWORKIN no considera que el juez esté creando derecho, pues debe basarse en criterios objetivos de ordenación y articulación de los principios, de forma que se limita a descubrir la respuesta correcta, a encontrar la solución justa.

Sin que sea fácil hacer una crítica común de los autores que acabamos de comentar, sí puede afirmarse que las teorías a que nos venimos refiriendo acaban por justificar principal y casi exclusivamente los derechos individuales de corte liberal, que, si bien conceden a toda persona un

[37] L. PRIETO SANCHIS, "Estudios...", op. cit., p. 29.
[38] R. DWORKIN, "Taking rights seriously", 1.977, traducción al castellano de A. Calsamiglia ("Los derechos en serio", ed. Ariel, Barcelona, 1.984).

mismo status, olvidan las circunstancias económicas, sociales y culturales reales, cuya satisfacción debería seguramente basarse en un enfoque distinto de los mismos valores o principios (igualdad y libertad *reales*); como se ha dicho, se aprecia en estas tesis una notable dificultad para concebir las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad no sólo en términos abstracto-formales, sino también en términos histórico-concretos[39]. No obstante, estimamos que es indudable mérito de estos autores el haber dado una fundamentación o base "fuerte" a determinados derechos fundamentales, colocando en la cúspide del sistema jurídico la libertad y la igualdad (más exactamente, *un cierto sentido de libertad e igualdad*), y haciéndolas resistentes a las distintas opciones políticas.

4. TEORÍAS CONSENSUALISTAS

Tras el comentario de las teorías que postulan una existencia objetiva de los valores, como ideas o esencias que pueden ser aprehendidas, y de las que parten de una posición subjetiva determinada para conseguir el conocimiento de dichos valores, hay que hacer referencia a algunos autores que han entendido que dichos valores o principios pueden ser hallados, y encontrar su justificación, desde un punto de vista intersubjetivo o consensual, es decir, mediante el diálogo o acuerdo de varios sujetos, o de la mayoría de la sociedad. Ahora bien, dentro de estas doctrinas cabe distinguir dos grupos netamente diferentes: en primer lugar, las que postulan un "consenso ideal", es decir, un diálogo y un acuerdo en condiciones predeterminadas, que habitualmente no se encontrarán en la realidad; en segundo lugar, las que buscan el acuerdo o consenso real en la sociedad.

Entre las primeras hay que hacer referencia fundamentalmente a la teoría del consenso ideal de HABERMAS[40]. Basándose en las pretensiones de validez del juego lingüístico operativo[41],

[39] L. PRIETO SANCHIS, "Escritos...", op. cit., p. 28.
[40] Entre las obras de J. HABERMAS, pueden señalarse "Conciencia moral y acción comunicativa", traducción de R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1.985; "Teoría de la acción comunicativa", Taurus, Madrid, 1.987; "La reconstrucción del materialismo histórico", traducción al castellano de J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo, Taurus, Madrid, 1.981. Tendremos en cuenta también para esta breve exposición los comentarios a este autor realizados en trabajos citados anteriormente.
[41] Que son, para HABERMAS: la comprensibilidad de la declaración, la veracidad del contenido propositivo, la corrección del contenido performativo, y la credibilidad del sujeto que habla.

HABERMAS se centra en las condiciones necesarias para generar los valores, sirviendo así su teoría como fundamento de los derechos y los valores. Como se sabe, HABERMAS afirma que el consenso razonado o justificado es el generado vía argumentativa, pero solamente cuando ha existido y existe estructuralmente la posibilidad de cuestionar, modificar y sustituir el lenguaje utilizado para las fundamentaciones. En estas condiciones puede darse la situación de diálogo ideal, en la que no existen influencias o distorsiones externas, ni factores coactivos derivados de la propia situación[42].

Puede comprenderse que se haya criticado a HABERMAS por proponer un modelo formal e irreal o contrafáctico. Sin embargo, HABERMAS cree que, sin ser la situación ideal un dato empírico, tampoco es una simple abstracción formal, destacando su carácter de pretensión o anticipación, con la indiscutible utilidad de proporcionar elementos para la crítica de cualquier consenso empírico por contraste con las condiciones del discurso ideal. Es decir, la tesis de HABERMAS debe entenderse más bien como crítica a los sistemas reales de toma de decisiones políticas (incluso democráticos), que como justificación de éstos.

En todo caso, puede afirmarse con PRIETO SANCHIS que si bien las construcciones teóricas no han de ser descripciones históricas, en este caso la contradicción resulta demasiado patente, ya que los derechos humanos no han sido nunca el fruto de un pacífico e igualitario debate entre sujetos autónomos, sino que más bien han comenzado expresando el grito y la protesta de las minorías. Además, aun en el marco más óptimo de legitimidad democrática, los derechos humanos desempeñan, entre otras, una función limitadora del poder y, por tanto, parece poco coherente confiar la determinación de los derechos a cualquier fórmula consensual[43].

Entre las doctrinas que antes denominábamos del "consenso real" o histórico, hay que destacar a la llamada Escuela de Budapest, formada por los discípulos de G. LUCKACS (1.885-1.971),

([42]) Entre las reglas principales para que se dé esta situación podemos citar:
1.- "Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión".
2.- a) "Todos pueden cuestionar cualquier información"
b) "Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso".
c) "Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades".
3.- "A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos en 1) y 2) por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso".
Otras reglas se refieren a la coherencia y lógica de las afirmaciones introducidas en el discurso.
J. HABERMAS, "Conciencia moral...", op. cit., p. 112-113.

[43] L. PRIETO SANCHIS, "Estudios...", op. cit., p. 65.

entre los que cabe destacar a G. MARKUS y Agnes HELLER[44], y que experimentó su mayor apogeo en los años cincuenta y sesenta. Sin seguir un criterio temporal, exponemos brevemente sus ideas a continuación de las de HABERMAS, ya que aquél se refería a un "consenso ideal", mientras que esta Escuela propugna una especie de "consenso real". En efecto, con influencias de HEGEL y de MARX, defienden la construcción de un orden axiológico desde las "necesidades radicales", de forma que el principal valor ético es el reconocimiento y satisfacción de estas necesidades. Desde este punto de vista pretenden la superación de las concepciones formales, apriorísticas o ahistóricas. Los valores se obtienen también por consenso, pero a diferencia de la teoría habermasiana, se trata de un consenso histórico en el que los hombres no solamente son seres racionales, sino que también tienen necesidades y sentimientos; es decir, se trata de hombres más reales. Si bien HABERMAS admite también la existencia de necesidades, pero supeditadas a la previa justificación racional, los autores de la Escuela de Budapest creen que las necesidades pueden también justificarse mediante la remisión a otras necesidades. Por eso A. HELLER critica la teoría del consenso ideal, si bien también podría entenderse, como hace PEREZ LUÑO, que los dos tipos de fundamentaciones intersubjetivas son no sólo compatibles, sino complementarias, puesto que "la utopía filosófica de una sociedad plenamente libre y democrática, que halla su plasmación concreta en la entera satisfacción de sus necesidades radicales, no creo que pueda concebirse al margen de una comunicación intersubjetiva libre y racional"[45].

5. EL RELATIVISMO KELSENIANO Y LOS VALORES

Una vez comentadas las principales doctrinas sobre la fundamentación de los valores, hay que hacer referencia a aquéllas posiciones negadoras de la existencia de los mismos, al menos entendidos como un sistema objetivo o que pueda ser conocido, fundamentado y admitido con validez general, es decir, con un significado idéntico para todos. Hablamos de las doctrinas relativistas.

[44] A. HELLER, "Hipótesis para una teoría marxista de los valores", traducción de M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1.974.
[45] A.E. PEREZ LUÑO, "Derechos humanos...", op. cit., p. 172.

Entre ellas que hay que destacar lógicamente a H. KELSEN, que abandona todo planteamiento metafísico en la reflexión filosófico-jurídica. Sin perjuicio de las referencias al problema de los valores en las "grandes obras" del autor, puede encontrarse un tratamiento específico del problema que nos ocupa en otros trabajos. Desde una perspectiva positivista, entiende que las cuestiones sobre el fundamento y justificación de las normas son metajurídicas. Ello conlleva una posición totalmente relativista respecto a los valores, que son considerados como juicios meramente subjetivos: "las preguntas acerca de si el valor supremo está en la nación o el individuo, en lo material o lo espiritual, en la libertad o la seguridad, en la verdad o la Justicia, no pueden responderse de un modo racional, y así se les da como respuesta un juicio subjetivo de valor, es decir, un juicio relativo, bajo la forma de un valor objetivo y absoluto, como una norma general y válida"[46]. Por ello, KELSEN repasa las diversas definiciones que a lo largo de la Historia se han dado de la justicia ("dar a cada uno lo que le corresponde"; principio de igualdad; concepto marxista de justicia -de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades-; imperativo categórico kantiano...) para intentar demostrar que son fórmulas vacías, ya que intentan responder a un interrogante planteando otros nuevos (qué corresponde a cada uno, qué es lo igual, qué necesidades deben ser satisfechas y cuáles son las capacidades de cada uno, qué principios deberían ser obligatorios para todos los hombres...), y estos últimos interrogantes sólo hallan su respuesta en el orden social establecido en un momento dado.

El relativismo kelseniano se aprecia también en su idea de la democracia como método, de forma tal que, como se ha dicho, es imposible limitarla "en nombre de unos determinados *valores+, en los que se pretende dar una consagración, más o menos burdamente metafísica, a una situación histórica"[47] (estos valores serían los derechos de la democracia liberal, con la propiedad a la cabeza).

Sin embargo, no puede sostenerse, y en ello insiste el propio KELSEN, que la concepción relativista de los valores suponga ignorancia o negación de la moral. Lo que el fundador de la Escuela de Viena defiende es simplemente la existencia de varios sistemas morales, entre los cuales ha de

[46] H. KELSEN, "¿Qué es justicia?", traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia, ed. Ariel, Barcelona, 20 edición, 1.992, p. 43. Similar opinión sobre la justicia es recogida en "Teoría general del Derecho y del Estado", traducción de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 20 edición, 1.958 (reimpresión, 1.979), p. 7 ss.
[47] I. DE OTTO PARDO, en nota preliminar a H. KELSEN, "Esencia y valor de la democracia", traducción española de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, ed. Guadarrama, 20 ed., p. IX.

elegirse. Ello supone como principio moral de esta filosofía relativista la tolerancia, íntimamente ligada a la democracia, puesto que ésta implica libertad, y la libertad, tolerancia; por ello, la democracia es la forma de gobierno más favorable a la Ciencia, "ya que el alma de la Ciencia es la tolerancia". Las palabras finales del discurso kelseniano *¿Qué es la justicia?* son especialmente significativas: "He empezado este ensayo preguntándome qué es la Justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. (...) Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia"[48].

En otro trabajo, KELSEN alude específicamente a las referencias valorativas (invocación a los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc.) contenidas en ocasiones en las constituciones, sin precisar la forma en que deben entenderse. Entiende las concepciones en torno a esas ideas son hasta tal punto diferentes entre sí, según la perspectiva de los intereses de que se trate, que "si el derecho positivo no consagra una de entre estas concepciones, toda regla jurídica puede justificarse en base a alguna de ellas". Por ello considera que tales fórmulas no tienen un gran significado, no añaden nada. Sin embargo, alerta sobre el papel extremadamente peligroso que pueden tener en el campo de la justicia constitucional, si se interpretasen como directivas relativas al contenido de las leyes: si existe un principio constitucional de justicia, y el Tribunal Constitucional anulase una ley por considerar que su contenido es injusto, su poder "habría que considerarlo simplemente insoportable"[49]. Por todo ello las normas constitucionales "no deben emplear terminología difusa, como *libertad+, *igualdad+, *justicia+, etc." pues de lo contrario existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto en la Constitución[50].

[48] H. KELSEN, "¿Qué es la justicia?", op. cit., p. 63.
[49] H. KELSEN, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en "Escritos sobre la democracia y el socialismo", traducción de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1.988, p. 142-143.
([50]) H. KELSEN, "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", traducción del original "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?" (1.931), por R. J. Brie, Tecnos, Madrid, 1.995.

Como ha indicado PECES-BARBA, KELSEN suministra con sus planteamientos argumentos teóricos para no ocuparse de una fundamentación de los derechos, aunque su misma biografía sea un ejemplo de lucha práctica por ellos[51].

En fin, el relativismo valorativo de KELSEN conduciría a la negación de todo valor, o al menos a un indiferentismo axiológico; sin embargo, la propia defensa del relativismo parece implicar la justificación del valor tolerancia, y por tanto pluralismo y democracia. En todo caso, la doctrina kelseniana conlleva la irrelevancia del concepto de legitimación, o, en otros términos, la identificación entre legitimación y validez del Derecho. Lo anterior supone la ausencia de criterio alguno sobre el contenido del Derecho, que se impone por el mero hecho de su validez y con independencia de que contenido. Desde el punto de vista de una Constitución que contiene abundantes cláusulas valorativas, la doctrina kelseniana supone vaciar de contenido todas ellas.

6. LOS VALORES EN LA TEORIA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCIÓN: ALGUNOS AUTORES

Es obviamente imposible en el contexto del presente trabajo, trazar un panorama completo en torno a la importancia de los contenidos axiológicos en la teoría del Estado y en la teoría de la Constitución. En todo caso, y repasadas brevemente las diversas doctrinas filosófico-jurídicas sobre los valores y su fundamentación, parece conveniente comentar sucintamente la influencia que los valores han tenido en este terreno. Para ello hemos elegido solamente algunos autores "clásicos", de relevancia indiscutible, y en cuyas doctrinas se da cabida de una u otra forma a contenidos axiológicos, o bien las mismas reflejan una concepción en algún modo valorativa, en torno al Estado o a la Constitución.

6.1. R. Smend

SMEND realiza un planteamiento estimativo del Estado y de la Constitución desde su teoría de la integración[52]. Para este clásico, el Estado forma parte de una realidad espiritual y como tal no es algo estático, sino que está inmerso en un proceso de configuración social que supone una continua

[51] G. PECES-BARBA, "Curso de derechos fundamentales", vol. I, "Teoría general", ed. EUDEMA, Madrid, 1.991, p. 48..
[52] R. SMEND, "Constitución y Derecho constitucional", traducción de J.M. Beneyto Pérez, (edición original, "Verfassung und Verfassungsrecht", 1.928), Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1.985, p. 62 y ss.

transformación, y que SMEND denomina integración. Parte de que la estructura de toda agrupación humana consta de un elemento temporal y concreto, y otro atemporal e ideal, cuya vinculación no puede ser explicada fuera de su naturaleza dialéctica. Del mismo modo, son inseparables como funciones del Estado la realización de los valores del espíritu y la del derecho positivo: el mundo y las funciones del espíritu no son realizadas de forma plena sino a través de su positivación por el Derecho constitucional; las facetas empírica y espiritual del Estado están íntimamente relacionadas.

Distingue SMEND la integración personal, integración funcional (formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo, es decir, procesos que tienden a una síntesis social, por ejemplo, elecciones y referendos), e integración material, que supone la realización de contenidos sustantivos -valores- en la comunidad. El Estado no es real "en sí", sino en la medida en que realiza tales valores. Solamente gracias a esta densidad de carga valorativa ejerce el Estado su poder de dominación, lo que significa que es un entramado de vivencias permanentemente unido y actualizado, cuya unidad vivencial se debe al hecho de que es una totalidad de valores[53]. La poderosa eficacia integradora de estos elementos materiales hace que sea difícil percibir sus manifestaciones concretas y que, por ello, resulte difícilmente abarcable en toda su extensión: para solventar este problema surgen los símbolos políticos como representación de los valores históricos. Igualmente, la historia y el territorio del Estado son otros factores de integración material.

Para SMEND, el fundamento de la legitimidad del Estado "son los valores concretos que actúan, por un lado, como factores, y por otro, como elementos básicos de la validez de un orden jurídico-político determinado"[54]. La diversidad de valores produce diversos tipos y grados de legitimidad. Como quiera que las Constituciones modernas recogen los derechos humanos, preámbulo, territorio, forma política y pabellón nacional, los textos fundamentales manifiestan así su eficacia integradora y, a la vez, legitimadora. Especialmente, los derechos fundamentales forman parte del contenido material de carácter integrador de las constituciones; representan un sistema de valores concreto, un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Ello implica, desde el punto de vista político, una voluntad de integración material; y

[53] R. SMEND, "Constitución...", op. cit., p. 95-96.
[54] R. SMEND, "Constitución...", op. cit., p. 101.

desde el plano jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico, que "es válido sólo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo"[55].

En fin, como se ha afirmado[56], para SMEND el sistema de valores o "sistema cultural" constituye el sustrato material integrador de la comunidad. Pero tales valores tienen un carácter dinámico, de forma que deben ser actualizados y adaptados. Se ha destacado que el recurso al orden de valores obliga a una "captación espiritual" del contenido axiológico último del orden constitucional; de esta forma, la interpretación aparece más que para dar respuesta al sentido de los conceptos del texto, para comprender el "sentido y realidad" de la ley constitucional[57].

6.2. C. Schmitt

También se refiere al tema de los valores en relación con el Estado SCHMITT. Este autor criticó en un trabajo las ideas de la filosofía de los valores y su aplicación al Derecho[58]. Para la filosofía de los valores, éstos no *son*, sino que *valen*; pero SCHMITT pone de relieve que la facultad estimativa es algo subjetivo: "si algo es valor y en qué grado se puede determinar solamente desde un supuesto punto de vista o criterio particular"[59]. De esta manera, cualquier fijación de valores posee una agresividad potencial inmanente, ya que hombres concretos hacen valer sus valores frente a otros hombres igualmente concretos. La idea del carácter objetivo de los valores no hace sino introducir un nuevo momento de agresividad en la lucha de las valorizaciones, sin aumentar lo más mínimo la evidencia objetiva para los que piensan de manera distinta[60]. Puesto que según la lógica del valor, cualquier precio ha de pagarse por el valor supremo, el valor mayor trata al valor menor como de calidad inferior, y destruye al sinvalor, se produce una tiranía de los valores, en la que unos deben sacrificarse a otros: una realización de los valores destruye los valores. Por ello, un jurista que se refiera a valores y sinvalores debe saber lo que hace[61].

[55] R. SMEND, op. cit., p. 232.
[56] J. A. ESTEVEZ ARAUJO, "La Constitución como proceso y la desobediencia civil", Trotta, Madrid, 1.994, p. 65.
[57] J.J. GOMES CANOTILHO, "Direito constitucional", Almedina, Coimbra, 61 ed., 1.993, p. 215.
[58] C. SCHMITT, "La tiranía de los valores", traducción de A. Schmitt de Otero, en Revista de Estudios Políticos, n1 115, 1.961, p. 5 ss.
[59] C. SCHMITT, "La tiranía...", cit., p. 71.
[60] C. SCHMITT, "La tiranía...", op. cit., p. 72-74.
[61] C. SCHMITT, "La tiranía...", op. cit., p. 74-77; la última cita es de p. 79.

Las anteriores ideas ponen de manifiesto el peligro de los razonamientos basados en concepciones objetivas, absolutas y jerarquizadas de los valores, pero en nuestra opinión no pueden trasladarse a cualquier concepción o fundamentación de valores, sino solamente a las que tienen en su base las ideas de la filosofía de los valores. Tales críticas no parecen tener presente la posibilidad de que los valores fundamentales de la comunidad vengan establecidos y concretados en la Norma constitucional. En todo caso, sí pueden suponer una advertencia frente al entendimiento de los valores constitucionales como valores absolutos, o al establecimiento de una jerarquía "rígida" entre los mismos, que "tiranice" todo el sistema constitucional.

Sin embargo, las ideas de SCHMITT en torno a los contenidos axiológicos en la Constitución pueden encontrarse también en sus obras anteriores, de las que no cabe deducir simplemente su neutralidad valorativa o negación de todo contenido axiológico. Al contrario, este autor criticó la neutralidad propia del Estado burgués de Derecho. Su concepto de Constitución como "decisión política fundamental", que debe imponerse en todo caso a la ley constitucional, y que es intangible[62], parece incompatible con cualquier concepción puramente formal de la misma. En su obra *Legalidad y legitimidad*[63], tras analizar el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario[64], señala los que considera tres legisladores extraordinarios en la Constitución de Weimar, uno de los cuales -el legislador extraordinario "ratione materiae"-, encuentra su fundamento en la segunda parte de la Constitución, que establece una serie de elementos materiales, exigiendo mayoría de dos tercios para aprobar leyes de determinado contenido jurídico sustantivo. Para SCHMITT[65], esta segunda parte de la Constitución es en realidad otra especie de Constitución, que se contrapone a la neutralidad axiológica del Estado legislativo parlamentario, al poseer un contenido valorativo. Ambas constituciones son para este autor incompatibles, lo que implica la alternativa entre abandonar la neutralidad axiológica de la parte orgánica, o abandonar el "sistema de sentidos" del contenido de la segunda parte de la Constitución, sin que pueda darse un

[62] C. SCHMITT, "Teoría de la Constitución", traducción de F. Ayala, Alianza Universidad, Madrid, 10 ed., reimpresión, 1.992 (la primera edición alemana, *Verfassungslehre,* es de 1.928.
[63] C. SCHMITT, "Legalidad y legitimidad", traducción de José Díaz García, editorial Aguilar, Madrid, 1.971. (Primera edición alemana en Duncker & Humblot, 1.932).
[64] Que requiere el principio de "igualdad de *chance+ para alcanzar la mayoría, que es un principio de justicia material. ("Legalidad...", op. cit., p. 43).
[65] C. SCHMITT, "Legalidad y legitimidad", cit., p. 59 ss.

término medio: "La afirmación de valores y la neutralidad ante los valores se excluyen recíprocamente. Frente a una afirmación de valores formulada en serio, la neutralidad axiológica formulada en serio significa una negación de los valores"[66]. En fin, la Constitución de Weimar está, según SCHMITT, "literalmente escindida" entre la neutralidad axiológica de la primera parte y la abundancia de valores de la segunda, que es una auténtica "contra-Constitución"; la comentada existencia de la mayoría cualificada, implica el desdoblamiento del sistema de legalidad en una legalidad de categoría superior y otra de categoría inferior, lo que hace "saltar hecho pedazos" hasta sus últimos cimientos orgánicos al Estado legislativo.

Para SCHMITT, los derechos generales de libertad constituyen principios fundamentales que poseen dignidad supralegal, formando parte del "sistema constitucional" fundamentalmente inmutable. Por eso, ante la disyuntiva de elegir una de las "dos Constituciones", este autor se queda con la "segunda" y su tentativa de establecer un orden sustancial. Las últimas palabras del ensayo que comentamos son significativas a este respecto:

"El germen que encierra la segunda parte de la Constitución merece ser liberado de contradicciones internas y de vicios de compromisos y ser desarrollado de acuerdo con su lógica interna. Si se logra esto, está salvada la idea de una obra constitucional alemana. En caso contrario, pronto se acabará con las ficciones de un funcionalismo mayoritario, que permanece neutral ante los valores y ante la verdad. Entonces la verdad se vengará"[67].

Teniendo en cuenta la fecha del ensayo (1.932), y los acontecimientos que tuvieron lugar posteriormente en Alemania, parece que tenía razón SCHMITT cuando escribió, años después, que este final del ensayo *Legalidad y legitimidad* constituía un toque de atención y una llamada de socorro.

La obra de SCHMITT en esta época supone una crítica al formalismo del Estado liberal. Pero debe señalarse con claridad que, como indica DE VEGA, tal crítica sobrepasa el plano inmanente para situarse en el plano trascendente, al cuestionar la legitimidad del sistema[68]. En general, la obra

[66] C. SCHMITT, "Legalidad y legitimidad", cit., p. 73.
[67] C. SCHMITT, "Legalidad y legitimidad", cit., p. 154.
[68] P. DE VEGA, en su prólogo a C. SCHMITT, "Defensa de la Constitución", Tecnos, Madrid, 1.983, traducción de M. Sánchez Sarto (edición alemana, 1.929 y 1.931), p. 13 ss., refiriéndose a "Legalidad y legitimidad" (y en general a la obra de este autor), afirma que "a lo que Schmitt no estaba autorizado científicamente era a enjuiciar la legitimidad del sistema", por lo

de SCHMITT, sobre todo con sus ideas en torno al Presidente del Reich como "guardián de la Constitución"[69], y su teoría del decisionismo político, proporcionó algunos fundamentos teóricos al régimen totalitario que ocupó el poder desde 1.933. Como señalaba AYALA, aunque la labor crítica de SCHMITT pudiera ser certera, el fondo ideológico subyacente "induce hacia una vía muerta"[70]. No obstante, ha de admitirse igualmente, y por lo que ahora nos interesa, el acierto de la crítica al concepto meramente formalista y "neutral" de la Constitución, con lo que ello supone de crítica al Estado liberal y al positivismo, en una época en la que se comenzaba a superar dicho concepto. El propio SCHMITT señalaría años después que "Hitler se ha servido de la legalidad como su arma más poderosa"[71]. Es sabido que precisamente la experiencia del derrumbamiento de la república de Weimar supuso en Alemania, tras la Guerra, el retorno a los contenidos axiológicos (que el propio SCHMITT criticó en el trabajo que hemos comentado en primer lugar) y la huida del positivismo jurídico.

6.3. H. Heller

Merece comentarse también la obra de H. HELLER[72], quien señala la imposibilidad de emancipación de la teoría política respecto a los contenidos valorativos; igualmente reconoce el contenido ético del Derecho y los fundamentos suprapositivos de su validez. Esta es precisamente la causa del carácter creador de poder que tiene el Derecho. De esta forma, si bien indudablemente el poder necesita de la coacción, todo grupo de dominación necesita de la creencia de que sus preceptos jurídicos son obligatorios, de forma que sólo aquel derecho que pretende servir a la justicia podrá obligar, a los mismos que mandan, a realizar aquellas acciones gracias a las cuales se constituye el poder del Estado[73]. La voluntad del Estado encuentra su justificación en principios

que incluso podría criticarse tal obra por lo que tiene de elaboración ideológica al servicio de los intereses del Estado totalitario. Ha de señalarse que, en las dos obras citadas de este autor, se insiste en la facultad del Presidente del Reich para dictar normas prácticamente legislativas (con base en el art. 48 del texto fundamental), convirtiéndose para SCHMITT en el mejor guardián de la Constitución.

[69] C. SCHMITT, "La defensa de la Constitución", cit., p. 213 ss.

[70] F. AYALA, "Presentación", escrita en 1.934, a la obra de C. SCHMITT, "Teoría de la Constitución", cit., p. 18.

[71] C. SCHMITT, Introducción a "Legalidad y legitimidad", citado, p. XXVIII.

[72] H. HELLER, "Teoría del Estado", traducción al español en Fondo de Cultura Económica, 10 edición, 1.942, 140 reimpresión, 1.992. (La edición alemana es de 1.934).

[73] H. HELLER, op. cit., p. 209.

jurídicos suprapositivos. Al carácter formador de poder del derecho corresponde el carácter creador de derecho del poder. Por ello, el derecho es también un imprescindible factor de integración del Estado; en este punto discrepa HELLER de SMEND, quien excluía al derecho de su ya comentada teoría de la integración del Estado.

Para HELLER no es misión de la teoría del Estado, sino de la filosofía jurídica, el examen de si existen principios jurídicos apriorísticos, y la distinción entre los principios jurídicos de validez universal y aquellos otros que dependen de un círculo de cultura. No obstante, en una teoría del Estado que tenga carácter de ciencia de la realidad hay que dar por admitido "que existen tales principios éticos del derecho que forman la base de justificación del Estado y del derecho positivo"[74]. Y es que, en efecto, si bien la institución del Estado aparece justificada para este autor por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica, ello ha de entenderse en el sentido de que sólo puede justificarse cuando sirva a la aplicación y ejecución de los principios morales del derecho.

En fin, aunque los anteriores autores no agotan las concepciones sobre los valores en la teoría del Estado y de la Constitución, creemos que son suficientemente representativas para nuestro propósito[75]. A ellos debe añadirse el comentario de quienes han propuesto un concepto de "Constitución material".

7. VALORES Y "CONSTITUCIÓN MATERIAL"

El concepto de "Constitución material" se relaciona en ocasiones con la presencia de determinados contenidos axiológicos en la Norma fundamental. En las páginas que siguen

[74] H. HELLER, "Teoría...", op. cit., p. 242.

[75] Puede hacerse también una breve referencia a M. KRIELE, "Introducción a la teoría del Estado (Fundamentación histórica del Estado constitucional democrático)", ed. Depalma, Buenos Aires, 1.980, p. 3 y ss. Este autor entiende que las bases de la legitimidad del Estado constitucional democrático son la paz, la libertad y la justicia, de forma tal que este tipo de Estado puede solucionar los problemas esenciales mejor que cualquier otro, al crear las condiciones reales más favorables para la existencia de estos tres valores. Esto puede demostrarse históricamente: el anhelo de paz que surge con las guerras religiosas del siglo XVI es satisfecho por el Estado moderno, apoyado en el principio de soberanía; sin embargo, el propio Estado absolutista despertó el deseo de libertad que se satisfizo con la limitación del Estado (Estado constitucional). No obstante, en esta fase de la evolución del Estado se permitió la esclavitud y la miseria social, de modo que el anhelo de justicia sólo pudo satisfacerse con el desarrollo hacia el Estado constitucional democrático y social. KRIELE defiende que entre el "ser" y el "deber ser" del Estado se encuentra el "porqué", es decir, la fundamentación del Estado, pregunta que se contesta con fundamentos reales, a partir de un contexto histórico, los cuales han de pasar a continuación un análisis crítico. Así, el enfoque de este autor parte de que no pueden considerarse aisladamente las preguntas sociológico-empíricas y las ético-normativas.

pretendemos simplemente aclarar brevemente algunas ideas al respecto, ya que con la locución "Constitución material" se ha querido expresar por diversos autores conceptos no siempre idénticos, y que en algunos casos no hacen referencia a la presencia de contenidos axiológicos o materiales en el texto normativo constitucional. Cabe destacar cómo el concepto tiene originariamente, en la obra de MORTATI, un significado bastante diferente al que se le ha dado más adelante.

En efecto, la difusión de la expresión se debe fundamentalmente a la obra de MORTATI *La costituzione in censo materiale*[76]. Parte este autor de que el Estado posee como caracteres "ineliminables" el ser estable, autoritario, coactivo, necesario y total. No puede afirmarse la existencia de una comunidad cerrada, con un sentimiento o voluntad común, ya que la existencia de tal sentimiento es imposible[77]. No cabe imaginar existente una unidad social coincidente en su extensión con el Estado; las solemnes proclamaciones que afirman que el derecho emana del pueblo sólo tienen valor político, ya que "desde el punto de vista jurídico, es la voluntad incondicionada de determinados órganos la que vale como única manifestación legal del ente proclamado soberano"[78].

La fuerza política, que resulta al producirse en el seno de la comunidad una especificación en la posición, sobre cuya base algunos ejercitan sobre otros un poder para recibir obediencia, es condición del surgir del Estado: una fuerza política dominante se impone, y es la base del orden jurídico. Entre los componentes del grupo dominante y los "extraños" hay una diferencia de posición jurídica: aquéllos confieren a la fuerza dominante la validez, necesaria para el vigor jurídico. Quienes no forman parte de la fuerza dominante forman la "masa inorganizada apolítica", y dan lugar a

([76]) C. MORTATI, "La Costituzione in senso materiale", Giuffrè, Milán, 1.940. Entre los comentarios a la obra de este autor, puede mencionarse el de S. STAMMATI, "La riflessione sulla Costituzione in senso materiale: l´opera di Costantino Mortati nel periodo dello Stato autoritario", en Giurisprudenza Costituzionale, 1.990, p. 2947 ss.; las ideas de MORTATI son comentadas también por A. LLAMAS CASCON, "Los valores jurídicos...", cit., p. 140 ss.

([77]) C. MORTATI, "La Costituzione...", op. cit., p. 67-71. Ciertamente, el Estado no surge de la nada, sino que presupone un complejo de relaciones varias, correspondientes a las diversas direcciones en las que puede desarrollarse la actividad humana. Sin embargo, estas relaciones sólo son el presupuesto para el nacimiento del Estado; y en cuanto están en contraste, es necesario un criterio capaz de eliminar dicho enfrentamiento, para introducir los intereses discordantes en una superior unidad; pero dicho criterio no puede ser obra de la propia comunidad, ya que la misma carece de unidad.

([78]) C. MORTATI, "La Costituzione...", cit., p. 73-74. Para MORTATI las tentativas de representar la sociedad como una unidad cerrada al lado del Estado fracasan. Su relevancia jurídica sólo puede venir a través de un órgano que, en virtud de la situación jurídica impuesta, o por el hecho de afirmarse como fuerza prevalente, se declara intérprete de la sociedad; pero el reenvío del ordenamiento constituido a un derecho social sólo será posible con referencia a una entidad singular y a fines particulares, no a la sociedad en su conjunto.

grupos representativos de ideologías diversas a la dominante[79]. La fuerza política es así elemento de la llamada Constitución originaria, que posee carácter jurídico, y se relaciona con la Constitución formal; existen algunos elementos de orden que es necesario atribuir al poder originario, constitutivo del Estado, para que pueda asumir aspecto de entidad jurídica. En el Estado moderno es el partido el sujeto del cual emana la Constitución fundamental, configurándose como su elemento instrumental, necesario para establecer su contenido, su materia típica. El elemento material de la misma viene dado por la idea, esto es por el fin, que comprende la apreciación unitaria de los intereses varios que se recogen en torno al Estado: se trata de una idea o criterio suficientemente rígido, para configurarse como punto firme incluso a través de las oscilaciones de las relaciones de fuerzas; y al tiempo, elástico, para poder presidir el desarrollo de la vida social, consintiendo los añadidos que ésta requiere[80].

Para MORTATI el concepto de Constitución explicado no es sociológico ni político, sino que tiene carácter jurídico[81]. Las funciones de la Constitución material son la garantía de la validez de la Constitución formal, la unificación del sistema jurídico, y la determinación de la forma de Estado y de su cambio[82]. En fin, la "Constitución material" no es la Constitución originaria, sociológica, sino un sistema positivo que comprende la disciplina de todas las relaciones relevantes y que reúne en una determinada especie de unidad todos los elementos del Estado. Este sentido de Constitución comprende conjuntamente las fuerzas políticas y los fines de los cuales son portadoras, y que inspiran el complejo normativo: forma el elemento constante, el límete absoluto de toda mutación constitucional, y determina con su caída, la caída misma del Estado, que no puede reconocerse jurídicamente fuera de una forma particular[83]. El elemento distintivo de la Constitución reside en la consideración, junto a las fuerzas sociales capaces de la acción de impulso y de coacción que ha

[79] C. MORTATI, "La Costituzione...", cit., p. 75-79.
[80] C. MORTATI, "La Costituzione...", op. cit., p. 83-88. Para MORTATI, los partidos asumen una organización que pone como elemento predominante una idea política general, esto es, asumen como propia una concepción general, comprensiva de la vida del Estado en todos sus aspectos, y tienden a traducirla en la acción concreta estatal, con exclusión de las concepciones contrastantes.
[81] C. MORTATI, "La Costituzione...", cit., p. 88 ss.
[82] C. MORTATI dedica el capítulo III (p. 131 ss.) de la obra que venimos comentando, a la explicación de dichos fines.
[83] C. MORTATI, "La Costituzione...", cit., p. 219-220.

necesitado para surgir y desarrollarse, del principio directivo de esta acción, capaz de reunir, armonizándolos, el elemento estático y el dinámico[84].

Posteriormente MORTATI ha distinguido el concepto de Constitución material[85], del concepto "ideal" de Constitución, que comprende el conjunto de valores y fines fundamentales del Estado cuya afirmación y tutela es imprescindible para que una Constitución pueda considerarse tal; suele implicar la asunción de presupuestos iusnaturalistas, y opera como refuerzo del tipo de orden que se asume como modelo[86]. Este concepto sí hace referencia a determinados contenidos valorativos, que se consideran imprescindibles o esenciales en una Constitución.

En cambio, el concepto descrito de "Constitución material" podría denominarse más propiamente "Constitución real". Ciertamente, aunque la terminología del autor italiano ha sido muy reiterada posteriormente, tal concepto no parece responder exactamente a la presencia de valores en el texto constitucional, sino a una realidad sociológico-política, que se "juridifica", pero que puede o no ser acorde con la Constitución formal. Desde luego, en los poderes que constituyen la "Constitución originaria" pueden apreciarse la presencia de una serie de ideas, fines o valores, que de una u otra forma estarán presentes en la Constitución material, pero no se trata de valores jurídico-constitucionales incluidos en el Texto normativo fundamental, ya que la Constitución material mantiene sus funciones tras la emanación de la Constitución formal, y es en cierto modo independiente de ésta. En todo caso, la insistencia en la importancia del partido dominante, como

[84] C. MORTATI, "La Costituzione...", op. cit., p. 226-227. Por ello, para MORTATI el fundamento de la Constitución no puede apoyarse en una norma anterior, pero tampoco puede considerarse que la misma esté sustraída al derecho y basada en el mero hecho.

[85] C. MORTATI, "Istituzioni di diritto pubblico", 91 edición, Cedam, Padua, 1.975, p. 30-31. Mantiene este autor la idea de "Constitución material" como fruto de un especie de "juridificación" de los factores reales de poder, pero desaparecen algunas referencias.
En efecto, entiende una representación de la Constitución que reúne estrechamente la sociedad y el Estado, y es una entidad dotada de una estructura propia, en cuanto ordenada según una disposición particular en la que confluyen un sistema de relaciones económicas, así como factores culturales, religiosos, etc., que encuentran expresión en una visión política particular, sostenida por un conjunto de fuerzas colectivas que intentan hacer prevalecer su visión política, dando lugar a "rapporti di sopra e sotto-ordinazione", que constituyen una verdadera disposición fundamental, a la que MORTATI denomina "Constitución material". Ello implica que tales fuerzas sirven de apoyo de un orden legal, han de suponerse dotadas de una juridicidad intrínseca, que se hace valer como "fatto normativo", esto es, como realidad comunitaria ordenada. La Constitución material posee autonomía respecto a la Constitución formal o escrita, pudiendo estar más o menos en armonía con ésta.
Como se aprecia, las menciones al partido como elemento esencial para la comprensión de la Constitución material, desaparecen, aunque se sigue entendiendo ésta como obra o consecuencia de las fuerzas dominantes.

[86] C. MORTATI, "Istituzioni...", cit., p. 38.

parte de la Constitución originaria e instrumento de la Constitución material, es significativa en el contexto de la dictadura fascista (la obra de MORTATI es de 1.940).

El concepto de "Constitución material" de MORTATI ha tenido gran influencia, sobre todo en el pensamiento jurídico italiano.

BARILE[87] define la "Constitución material" como el núcleo esencial de la Constitución efectivamente vigente, apoyada en la fuerza de los grupos políticos que tienen un peso en el juego de las fuerzas políticas. Recalca este autor que la Constitución material no es el grupo político dominante, sino "il complesso delle *norme* istituzionali per il raggiungimento dello scopo voluto dal gruppo dominante"; de esta forma, la Constitución material se relaciona con el principio de efectividad, ya que la vigencia efectiva de la Constitución depende de las convicciones de los grupos dominantes.

SPAGNA MUSSO[88], tras distinguir diversos sentidos de "constitución material"[89], señala que, aun admitiendo la importancia de las fuerzas sociales y fines políticos dominantes, que dan vigor a la Constitución formal, ello no se traduce en el plano jurídico en la existencia de una constitución material contrapuesta a la formal, sino que la Constitución ha de considerarse desde un punto de vista unitario y jurídico, y los factores antes indicados pueden tener relevancia en relación con la efectiva vigencia de la Constitución.

Parece que esta concepción unitaria es más adecuada desde el punto de vista jurídico-constitucional que el entendimiento de la Constitución material como algo contrapuesto a la Constitución escrita.

Tras analizar diversos conceptos de "Constitución en sentido sustancial" y "Constitución material", CRISAFULLI entiende que el concepto estricto de "Constitución material" se corresponde con la posible existencia de un núcleo originario, irreductible y condicionante de todo el

[87] P. BARILE, "Istituzioni di diritto pubblico", ed. Cedam, Padua, 40 ed., 1.982, p. 8.
[88] E. SPAGNA MUSSO, "Diritto Costituzionale", 20 ed., Cedam, Padua, 1.986, p. 102 ss.
[89] En efecto, tal concepto puede entenderse como realidad político-social, como constitución sustancial (materia intrínsecamente constitucional), o como constitución efectivamente vigente, además del sentido derivado de Mortati, que comentamos en el texto y que tiene algunas relaciones con los aquí expuestos.

ordenamiento estatal, que se convertiría así en límite lógicamente necesario a la revisión constitucional, constituyendo una especie de "superconstitución"[90].

También podemos encontrar la expresión "Constitución material" fuera del ámbito italiano, por ejemplo en HELLER. Este autor[91], partiendo de la distinción entre conceptos sociológicos y jurídicos de Constitución, se refiere a la Constitución material en sentido amplio, que desde el punto de vista jurídico se refiere a la situación jurídica total del Estado, y se corresponde con el concepto sociológico de Constitución como estructura característica del poder, que significa la situación total de unidad y ordenación política. En sentido estricto, el concepto jurídico de Constitución material comprendería la ordenación fundamental del Estado, y se corresponde con el concepto sociológico de Constitución que se obtiene al señalar una estructura básica del Estado como fundamental, destacándola como estructura relativamente permanente de la totalidad estatal.

Puede citarse por último a LOEWENSTEIN[92]. Para este autor, el "telos" de toda Constitución está constituido por las instituciones y principios que limitan y controlan el poder político. La totalidad de tales principios constituye la "Constitución ontológica", que puede estar contenida en un documento escrito -Constitución formal-, o bien estar enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa -Constitución en sentido espiritual o material-. En concreto, los elementos mínimos para que un texto escrito pueda considerarse auténtica Constitución son: la diferenciación de las tareas estatales y su asignación a órganos diversos; un mecanismo de cooperación entre los diversos detentadores de poder; un mecanismo para evitar bloqueos entre dichos detentadores; un método para adaptar el orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas; y, por último, el reconocimiento de ciertas esferas de autodeterminación individual (derechos individuales y libertades fundamentales). Todos estos elementos son contenidos materiales de la Constitución, si bien aquéllas esferas en las que no puede intervenir el poder político, y la limitación de éste, son "el núcleo de la Constitución material".

Como puede apreciarse, existe una diversidad de significados en torno al concepto de "Constitución material", y a otros que pueden tener una cierta relación, como "Constitución real" o

[90] V. CRISAFULLI, "Lezioni di Diritto costituzionale", vol. I, Cedam, Padua, 1.970, especialmente p. 100 ss.
[91] H. HELLER, "Teoría del Estado", cit., p. 293 ss.
[92] K. LOEWENSTEIN, "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Barcelona, 20 edición, 1.976, p. 149 ss. (Edición alemana, 1.959).

ideal". Esta diversidad requiere una cierta aclaración terminológica, que puede realizarse siguiendo a GOMES CANOTILHO[93], quien distingue tres conceptos:

Constitución real (o "material"), en sentido similar al dado por MORTATI, como conjunto de fuerzas políticas, sociales y económicas que condicionan el ordenamiento jurídico.

Constitución formal, o acto escrito y solemne que contiene las normas jurídicas jerárquicamente superiores.

Constitución material (normativo-material), o conjunto de normas que regulan la estructura del Estado y de la sociedad en sus aspectos fundamentales, independientemente de las fuentes formales en que se plasmen.

Este último sentido sería equivalente al de "Constitución sustancial", entendida como nateria que, por su contenido típico, adquiere relevancia constitucional, es decir, como "materia intrínsecamente constitucional", e implicaría por tanto admitir la posible existencia de materia constitucional en fuentes diversas a la Constitución formal.

En todo caso, cabe también circunscribir el concepto de "Constitución material" a aquellas normas que, formando parte de la Constitución formal, regulan las materias típicamente constitucionales, lo cual permitiría distinguir dos tipos de normas dentro del propio texto constitucional.

En fin, la presencia, explícita o implícita, de contenidos axiológicos en los textos constitucionales tiene relación con varios de los conceptos que aquí se han dado. Por un lado, la Constitución material o real reflejará los valores o fines fundamentales de las fuerzas políticas dominantes como parte del "hecho normativo" que ésta presupone; no obstante, estamos ante un concepto tendencialmente sociológico que, si no tiene reflejo en la Constitución escrita, no puede (o, más correctamente, no "debe") imponerse a ésta. En cambio, el concepto "ideal" de Constitución al que también se refiere MORTATI es un concepto precisamente basado en contenidos axiológicos, como también lo es el concepto de Constitución material propuesto por LOEWENSTEIN; en ambos se deja traslucir la idea de que la Constitución no es simplemente un conjunto de regulaciones de

[93] J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", ed. Almedina, Coimbra, 60 edición, 1.993, p. 66 ss.

órganos y procedimientos de carácter formal, sino que, además de ellos, y también a través de ellos, se aprecia un contenido plenamente axiológico. Por otro lado, el concepto de Constitución material basado en la mayor importancia constitucional de determinados contenidos implica también que tales contenidos (ya sean de carácter orgánico o dogmático) tienen una especial significación valorativa, si bien no creemos que con base en este criterio pueda realizarse una distinción entre las distintas normas de la Constitución formal que afecte al valor normativo de éstas, que, en línea de principio, debe ser igual para todas. Por último, debe tener igual interpretación, a los efectos que ahora tratamos, el concepto estricto de Constitución material que recoge CRISAFULLI.

8. CONCLUSIONES: ALGUNAS IDEAS DE INTERÉS PARA NUESTRA CONSTITUCIÓN

Como decíamos al inicio de este trabajo, si bien los valores superiores de nuestra norma fundamental requieren un análisis principalmente jurídico-constitucional, el estudio de las doctrinas filosóficas y filosófico-jurídicas sobre los valores no carece de utilidad para el entendimiento del completo significado de dichos valores constitucionales. Ello es así porque sirven de base para un intento fundamentador o justificador de los mismos. Por otro lado, algunas de dichas doctrinas aportan ideas sobre el posible significado de la calificación como "superiores" de los valores del artículo 1.1, aunque ya podemos adelantar que, desde nuestro punto de vista, esta superioridad no puede entenderse jerárquicamente desde el punto de vista jurídico.

A ambos temas (fundamentación de los valores y superioridad de los mismos) nos hemos referido con mayor amplitud en otro trabajo[94]; en este estudio, cuyo objeto central era el repaso de las principales doctrinas sobre los valores, sólo cabe ahora apuntar de forma resumida, como conclusión, qué utilidad tienen para nuestro Derecho Constitucional algunas de las doctrinas que hemos comentado.

En este sentido, cabe afirmar en primer lugar que nuestra Constitución parece rechazar todo relativismo valorativo entendido en sentido estricto, pues la sola referencia a unos "valores superiores", junto con muchos otros valores y principios, demuestra que nuestra norma fundamental ha optado por asumir determinados contenidos materiales que se imponen a todos los

[94] F. J. DIAZ REVORIO, "Valores superiores e interpretación constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (en prensa).

poderes públicos. Creemos que, aunque el significado de los valores no tenga la precisión y concreción de otros conceptos jurídicos, tampoco es tan absolutamente ambiguo que puedan convertirse en conceptos vacíos. Al contrario, existen ciertos elementos (entre los que puede destacarse el propio "contexto constitucional" de los valores, así como la concepción que tiene la sociedad sobre ellos en un momento dado) que permiten precisar aceptablemente su significado, determinando así cuáles son las opciones axiológicas fundamentales de la Constitución, las cuales suponen mandatos, tanto de signo negativo o limitativo, como positivos, a todos los poderes públicos.

Ahora bien, aun rechazando que la Constitución acoja las doctrinas relativistas sobre los valores, debe reconocerse que las ideas de pluralismo y tolerancia, presentes en la doctrina kelseniana expuesta páginas arriba, están plenamente asumidas por nuestro texto constitucional, incluso de forma expresa. Ello tiene como consecuencia fundamental el impedir que la Constitución sea entendida como un "orden cerrado" ante el que no quepa defender opciones ideológicas diferentes o incluso contrarias al mismo. Y, por lo que se refiere a los poderes públicos -especialmente al legislador-, implica que no se encuentran tampoco con un marco cerrado dentro del que no quepan diferentes formas de desarrollar las correspondientes funciones políticas; aunque en este caso, como es lógico, sólo caben aquellas opciones políticas compatibles con el sistema constitucional de valores (que, en líneas generales, serían todas las tendencias políticas democráticas), salvo que se reforme la propia Constitución. El sistema de valores en ella contenido configura ciertamente un "programa" ideológico, que impide que el legislador y los restantes poderes puedan tomar decisiones políticas contrarias al mismo; pero dicho programa es lo suficientemente abierto[95].

En cuanto a las doctrinas que hemos denominado "objetivas", desde luego debe reconocerse que, como ya hemos apuntado, la expresión "valores superiores", parece remitir o "recordar" a la filosofía de los valores. Sin embargo, desde el punto de vista de la fundamentación, no creemos que las doctrinas de este tipo sean útiles desde el punto de vista jurídico, ni por tanto sean aplicables a nuestra Constitución. En primer lugar, el método de conocimiento propio de estas doctrinas, la

[95] Sobre el tema, F.J. DIAZ REVORIO, "La Constitución como orden abierto", McGraw-Hill, Madrid, (en prensa).

intuición, no resulta demasiado fiable en el terreno jurídico. Además, jurídicamente los valores vienen ya determinados por la propia Constitución. En fin, la mayoría de las doctrinas objetivas sobre los valores conllevan una ordenación jerárquica entre los mismos, que no parece pueda traducirse jurídicamente cuando todos los valores poseen el mismo rango y fuerza, que son los propios de la norma que los recoge -la Constitución-, de manera que no creemos que sea posible una ordenación jeráquica entre los mismos, si es que se quieren extraer de la misma efectos jurídicos.

En cuanto a las teorías "subjetivistas" o "neoliberales", ya hemos destacado que las mismas tienden a fundamentar los derechos y valores de corte liberal, ya que el procedimiento de fundamentación suele ignorar las circunstancias reales y concretas. Desde el punto de vista de un sistema constitucional concreto, pensamos que los valores que debe recoger la norma fundamental no son determinados ni encuentran su justificación en esa situación hipotética en la que individuos en circunstancias especiales o "condiciones de pureza", o una figura ideal, extraen los valores o principios fundamentales.

Por ello creemos que la fundamentación de los valores superiores en nuestro sistema constitucional ha de venir por la vía consensual, ya que los mismos reflejan el acuerdo mayoritario plasmado a través del poder constituyente. Pero este consenso no es el producido en una situación de "diálogo ideal", como proponía HABERMAS, sino que, en palabras de PECES-BARBA, "es el acuerdo que aquí y ahora, y teniendo en cuenta todas las connotaciones de la historia reciente, hacen los españoles de 1.978"[96]. Por tanto, estaríamos hablando de un consenso real e histórico; sin embargo, para evitar caer en el cierto relativismo axiológico que conllevaría una total indiferencia ante un consenso histórico nuevo y opuesto, capaz de implantar unos "disvalores", puede encontrarse una fundamentación racional a este acuerdo. Esta fundamentación sería la derivada de la dignidad humana (recogida en nuestra Constitución en el artículo 10.1), pero no entendida tampoco en un sentido ahistórico inalterable, sino referida a cada momento histórico concreto, ya que las exigencias de la dignidad también van evolucionando con el tiempo[97]. En todo caso, la

[96] G. PECES-BARBA, "Los valores superiores", Tecnos, Madrid, 1.984, p. 108.
[97] Este tipo de fundamentación está basado en la propuesta de EUSEBIO FERNANDEZ para los derechos humanos, recogida en el trabajo "El problema del fundamento de los derechos humanos", en Anuario de Derechos Humanos, n1 1, 1.981, p. 77 ss.; también en "Estado, sociedad civil y democracia", en E. FERNANDEZ (ed.), "Valores, derechos y Estado a finales del

referencia a la dignidad evita la conclusión de que cualquier consenso pueda tener la misma legitimidad, desde el punto de vista de su fundamentación (aunque, desde luego, desde el punto de vista jurídico cualquier acuerdo de reforma que siga las reglas de procedimiento previstas en la Constitución sería válido).

En fin, este tipo de fundamentación evita también caer en el error -desde mi punto de vista- de considerar que los valores a los que la Constitución califica como "superiores", lo son desde un punto de vista jurídico estricto. No cabe por ello hablar de "jerarquías de valores" en la Constitución, ya que todos ellos encuentran su justificación en el acuerdo mayoritario que fundamenta la obra del poder constituyente, que ha incluido en la norma fundamental una serie de valores y principios, ninguno de los cuales ha de sacrificarse totalmente en beneficio de otros[98]. Lo contrario sería caer en la "tiranía de los valores" de la que hablaba SCHMITT, sacrificando los valores inferiores en favor de los superiores. Los conflictos entre los valores que pudieran producirse en los casos concretos han de resolverse, en mi opinión, por la vía de la ponderación entre ellos, que ha de realizarse en cada caso. Y en esta ponderación ha de tenerse en cuenta, cuando no quepa una realización simultánea de los valores en juego, como un criterio para dar preferencia a uno de ellos -repetimos, en el caso concreto-, una cierta "preferencia" o "prioridad" que supone la calificación como superiores de determinados valores. Pero, mientras sea posible, ha de prevalecer una interpretación armonizadora de los mismos. Como se ha señalado, la coexistencia de valores y principios exige que cada uno de ellos se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir[99].

En realidad, en el tema de la fundamentación de los valores subyace la disyuntiva entre iusnaturalismo y positivismo, problema en el que no cabe entrar aquí. Sólo cabe apuntar que, desde mi punto de vista, el hecho de que la Constitución acoja determinados valores y principios fundamentales supone el rechazo del positivismo teórico más estricto y tradicional, que permanece

siglo XX", Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 1.996, p. 149 ss., especialmente, 156 ss. En las mismas ideas se basa G. PECES-BARBA, "Los valores...", cit., p. 108 ss., para fundamentar los valores superiores en nuestra Constitución.

[98] Sobre el tema, M. RODRIGUEZ MOLINERO, "¿Hay un orden jerárquico de valores en la Constitución?", en "Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución", Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1.988, vol. I, p. 509 ss.

[99] G. ZAGREBELSKY, "El derecho dúctil. Ley, derechos justicia", traducción del original "Il Diritto mitte. Logge, diritti, giustizia" (1.992), por Marina Gascón, Trotta-Comunidad de Madrid, Madrid, 1.995, p. 14.

ciego a todo contenido que al menos parcialmente trascienda al Derecho -lo que sucede con los valores-; y que al menos originariamente consideraba que los valores y principios, con sus aspiraciones ético-políticas, escondían un vacío jurídico[100], de manera que no debían ser acogidos por el derecho, y, si lo eran, esas fórmulas carecían de todo significado, o incluso distorsionaban el ordenamiento. Sin embargo, es cierto que determinadas corrientes positivistas han ido admitiendo la inclusión de valores en los textos jurídicos.

En realidad, la propia positivación de los valores los convierte en elementos jurídicos; se ha dicho que los principios constitucionales representan "el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo", ya que son la positivación de lo que durante siglos fue prerrogativa del derecho natural[101]. En mi opinión, no existe fundamento constitucional para situar a nuestro texto normativo fundamental en el ámbito del iusnaturalismo. La referencia a los valores no es base suficiente para ello, ya que la cuestión a que nos referimos dependerá de la fundamentación que se dé a los mismos. Partiendo de una fundamentación consensual como la que hemos esbozado líneas arriba, no cabe situarse en posiciones iusnaturalistas; y si bien la referencia a la dignidad humana como fundamento del consenso impide situar dicha fundamentación en el ámbito del positivismo teórico más estricto, no hay que olvidar que la propia dignidad es un concepto histórico y cambiante, y que en todo caso el acuerdo o consenso mayoritario, plasmado en el Poder constituyente, refleja ideas positivistas.

Por último, cabe esbozar una breve conclusión sobre la utilidad o consecuencias del concepto de "Constitución material", en relación con los valores. En efecto, la presencia de valores y contenidos materiales en la Constitución permite hablar, en un cierto sentido -no en el que daba a la expresión MORTATI- de "Constitución material". Ello implica que la Constitución no es puramente un conjunto de reglas sobre procedimiento, ya que sus valores y principios marcan una orientación, un "programa". Pero, como ya hemos apuntado antes, ese programa no es cerrado, sino al menos parcialmente abierto, y ello por exigencias del pluralismo como valor, pero también del pluralismo de valores. Sin embargo, la "Constitución material" marca unos límites y, al tiempo, impone unos

[100] En este sentido, G. ZAGREBELSKY, "El derecho dúctil...", cit., p. 112.
[101] G. ZAGREBELSKY, "El derecho dúctil...", op. cit., p. 114.

mandatos de actuación, a todos los poderes públicos, ya que ellos serán quienes realmente podrán hacer "reales y efectivos" los valores constitucionales.

En fin, como hemos tratado de mostrar, la presencia de unos valores superiores en la Constitución posee una importancia fundamental para todo el sistema. La amplia reflexión filosófica, jurídica y política producida en el pensamiento contemporáneo en torno a los valores ayuda a fundamentar su presencia en la Constitución y a comprender su importancia.