

## CONSTITUCION Y TEORIA DE LOS VALORES (\*)

ANTONIO BALDASSARRE (1)

**SUMARIO:** 1. LA NECESIDAD DE MODERNIZAR LA TEORÍA Y EL MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ITALIANO.—2. LAS RAÍCES TEÓRICAS E HISTÓRICAS DEL FORMALISMO ESTATALISTA PREDOMINANTE EN LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL ITALIANA.—3. LA DOGMÁTICA DEL DERECHO ESTATAL ALEMÁN COMO FUNDAMENTO TEÓRICO DEL FORMALISMO EN EL DERECHO PÚBLICO Y SU DISOLUCIÓN EN WEIMAR.—4. LA DEMOCRACIA PLURALISTA COMPORTA LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EN EL PLANO TEÓRICO LA SUPERACIÓN DEL FORMALISMO JURÍDICO.—5. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL COMO TEORÍA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES.—6. CONCLUSIONES.

---

(\*) Traducción a cargo de Eloy García. Catedrático de Derecho Constitucional.

(1) ANTONIO BALDASSARRE es Catedrático de Derecho Constitucional, magistrado y desde febrero de 1995, Presidente del Tribunal Constitucional Italiano. Autor de una importante obra, entre sus más relevantes trabajos cabe citar: *I Diritti di Libertà*, Terni, 1970; *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974; «Le ideologie costituzionali dei diritti di Libertà», en *Democrazia e Diritto*, núm. 2, 1976; *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982; *I Limite della Democrazia*, Bari, 1985; *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985; *Introduzione alla Costituzione*, Bari, 1986; —estos dos últimos en colaboración con Carlo Mezzanotte—, así como las voces: «diritti inviolabili», «diritti pubblici soggettivi», «diritti sociali» y «libertà» de la *Enciclopedia Giuridica Treccani*.

El ensayo que aquí se traduce con la correspondiente autorización del autor, responde al texto de la conferencia pronunciada en la Universidad de Mesina el 15 de febrero de 1991, en «Las Jornadas en homenaje al Profesor Angelo Falzea», y ha sido publicado originalmente en italiano en el libro *Giornate in onore di Angelo Falzea*. Guiffirè, Milan, 1993, págs. 57-84.

1. LA NECESIDAD DE MODERNIZAR LA TEORÍA Y MÉTODO  
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ITALIANO

La ocasión de hacer balance de la doctrina jurídica de los valores y de rendir público homenaje a su más notable sostenedor italiano, el profesor Angelo Falzea, me concede la oportunidad de exponer algunas reflexiones respecto de un problema acerca del cual hace ya tiempo vengo conversando en privado con colegas a los que me unen lazos de fraternal amistad. Me refiero a la necesidad, hoy ineludible, de introducir el parámetro de la modernidad cultural en la teoría y método de la ciencia constitucional italiana y a la correlativa posibilidad de dar a semejante exigencia una respuesta adecuada a nuestra tradición jurídica a través de una Teoría Constitucional de valores.

El problema ciertamente no encuentra un terreno propicio en el actual panorama dogmático italiano. La doctrina constitucional italiana –sobre todo si se la compara con otras análogas y más concretamente con la alemana– se caracteriza por una escasa o nula afición a la autorreflexión crítica. Pocos son, por no decir casi ninguno, los estudios que en nuestra literatura se ocupan de examinar cuestiones como: la específica naturaleza del derecho constitucional, los problemas de método y de las categorías aplicadas, o las raíces ideales y orígenes históricos de esos conceptos y principios que hemos venido en llamar dogmas jurídicos. Y los pocos estudios consagrados a estos te-

mas, se han limitado, más que otra cosa –incluso y de manera sorprendente entre los historiadores del derecho–, a señalar la continuidad en el tiempo del pensamiento jurídico nacional y a insistir en la ubicación de la teoría italiana en el gran filón del pensamiento occidental, subrayando su conexión con las corrientes de raigambre democrático-pluralista.

Ello ha impedido prestar la debida atención a un hecho excepcional que, a mi entender, sólo puede ser explicado con racionalidad si se tiene cuenta de la escasa capacidad autocrítica de la doctrina constitucional italiana. El hecho no es otro que la existencia en nuestro Derecho Constitucional del último siglo, de un antinatural o, y aquilatando aún más los términos, de un incomprensible hilo de continuidad dogmática, que, salvo excepciones, ha conseguido permanecer sustancialmente indemne por encima de experiencias históricamente tan distintas y políticamente tan contrapuestas, como el Estado Liberal, el Fascismo o el Estado Constitucional-Democrático.

Este hecho resulta tanto más paradójico cuando se establecen comparaciones con el desarrollo histórico experimentado por doctrinas constitucionales de otros países de trayectoria similar a la nuestra. Por citar el ejemplo más alejado de la realidad dogmática italiana, el de la doctrina más autorreflexiva de cuantas hoy existen, la alemana, conviene recordar que cuando en 1919 se adoptó la primera Constitución democrática en la historia del país, la llamada Constitución de Weimar, faltó tiempo para que en pocos años se verificara una auténtica eclosión de nuevas teorías. Una eclosión de teorías de la Constitución y del Derecho Constitucional que representó, tanto en las voces de quienes apostaron por secundar los valores democráticos –Kelsen, Preuss, Heller, Kirchheimer, Neumann, Fraenkel–, como en las de quienes pretendieron limitar su eficacia –caso Smend–, como incluso en las de aquellos otros que decidieron combatirlos abiertamente –Schmitt–, una luminosa y completa respuesta teórica a la mutación histórica del cuadro institucional que en aquel entonces se acababa de operar.

¿Cómo explicar entonces la sustancial insensibilidad de la doctrina constitucional italiana frente a los cambios históricos acontecidos en nuestras instituciones políticas?. ¿Qué sentido puede tener que al menos hasta los años sesenta la doctrina constitucional italiana se haya esforzado en adaptar a los principios democráticos unas categorías y unos conceptos que forjados en la *Staatsrechtslehre* Bismarckiana —especialmente por Laband y Jellinek— fueron ya cuestionados en buena medida por la doctrina de la Alemania de Weimar y terminaron siendo definitivamente arrumbados en los primeros tiempos de la Ley Fundamental de Bonn?

La respuesta que implícitamente se deduce de la posición que mantienen las corrientes críticas con nuestra tradición constitucional que empezaron a emerger a finales de la década de los sesenta y que tienen un buen botón de muestra en el grupo nucleado en torno a la Revista «Politica del Diritto», es que la excepcional y sorprendente continuidad metodológica de la ciencia del Derecho Constitucional italiano está directamente vinculada a la longevidad de un método basado en el formalismo de los dogmas, que, en su día, fue concebido por sus fundadores y que hasta el momento ha venido siendo entendido por los operadores jurídicos, como una suerte de utillaje atemporal, como un conjunto de categorías y conceptos *sub specie aeternitatis*, predicables, por definición, de cualquier tiempo y espacio.

Y el fenómeno ha llegado a ser tan profundo, que incluso los críticos a esa tradición, han terminado por atribuirle una suerte de neutralidad que se contrapone como alternativa a otro modo de hacer derecho partidario, políticamente comprometido, e inclinado en favor de una opción militante o abiertamente ideológica. En suma, la crítica al método formalista tradicional, ha servido para dar vida a una manera de concebir el menester de jurista que significando la negación de la tradición, ha representado también la destrucción de la posibilidad de que el Derecho Constitucional pueda aspirar a presentarse bajo los ropajes de una ciencia y de una dogmática teórica renovadas.

Pero la contraposición no ha venido sola, ya que casi al mismo tiempo empezaron a surgir críticos «soft» que, por una u otra vía, trataron de enervar el tradicional formalismo sirviéndose de procedimientos como el de inyectar importantes dosis de realismo, o más exactamente, –tal y como en principio hiciera el propio Víctor Manuel Orlando–, de sentido común, en sus análisis o como el de reservar amplios espacios a consideraciones politológicas e históricas que yuxtapuestas a los formalismos jurídicos propiamente dichos, confiriesen al conjunto del razonamiento jurídico una apariencia externa mucho menos formalista.

En semejante contexto es un hecho cierto que desde hace tiempo la mayoría de los autores han venido a identificar la noción de «tradición dogmática» con la idea de «formalismo», sin que nadie se haya detenido a considerar el trasfondo del tipo de formalismo que sirve de base para operar tal identificación. Y, sin embargo, en esta pregunta reside la clave fundamental que permite entender la tradición italiana y explicar la sorprendente supervivencia entre nosotros de unas categorías definitivamente agostadas. Una pregunta que sirve también para comprender por qué el constitucionalismo italiano llegó a recepcionar las más relevantes teorías constitucionales de este siglo en una versión mutilada y empobrecida de sus profundos y últimos significados, que terminó dejándolas reducidas a fórmulas vacías privadas de sustancia y fácilmente criticables. Como ejemplo paradigmático de todo ese estado de cosas, baste aludir al destino que le ha tocado correr en suerte a Hans Kelsen, cuya compleja teoría, fundamental para superar el formalismo tradicional, ha resultado completamente tergiversada en su original sentido constitucional –incluso por Vezio Crisafulli el más importante constitucionalista italiano del siglo– hasta el extremo de resultar erróneamente interpretada como una variante sofisticada y extrema del formalismo instituido por la *Staatsrechtslehre* dominante en el Imperio Bismarckiano.

Es desde esa falta de respuesta a este interrogante desde donde se puede explicar por qué en Italia, a diferencia de

cuanto sucediera en Alemania y en los Estados Unidos de América –y de algún modo también en España y en Francia– en el momento de superación del Estado Parlamentario clásico por el Estado Constitucional de la Democracia pluralista, la doctrina constitucional –salvo rarísimas excepciones de carácter parcial como la de Leopoldo Elia– ha permanecido al margen del debate cultural general que se estaba desarrollando en el mundo occidental y no ha sabido reflejar en sus propias construcciones teóricas las diferentes posiciones que sobre el Estado, sobre las instituciones y sobre el derecho, estaban siendo objeto de discusión en la sociedad civil y política.

## 2. LAS RAÍCES HISTÓRICAS Y TEÓRICAS DEL FORMALISMO ESTATALISTA PREDOMINANTE EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONALISTA ITALIANA

El formalismo, que, no obstante la multiplicidad de sistemas políticos, ha venido controlando en régimen de monopolio la doctrina constitucional italiana de los cincuenta primeros años de este siglo, se define antes que nada como un producto importado por el ordenamiento italiano de finales del siglo diecinueve gracias a la labor de Víctor Manuel Orlando, un autor que no dudó en adaptar a la situación italiana la Teoría del Estado y del Derecho Público concebida por la dogmática germana, que fue elaborada en los años setenta del pasado siglo por Paul Laband y redefinida y depurada conceptualmente, poco después, por Georg Jellinek.

Las razones históricas que propiciaron el éxito de semejante trasplante, han sido suficientemente esclarecidas por toda una serie de historiadores que se han preocupado por señalar las similitudes entonces existentes entre Italia y Alemania. Estudiosos como Procacci y Farneti ha demostrado de manera harto más convincente que los cándidos y puros especialistas en derecho, que, tanto las exigencias del desarrollo de la economía y de las relaciones sociales en un momento de expansión industrial y en un contexto de sociedad civil frágil y de mercado extremadamente débil, como la necesidad de promo-

ver y reforzar un incompleto y dificultoso proceso de formación y de consolidación de la identidad y unidad nacional, presionaron, en la práctica, en favor de la adopción de una teoría del Derecho Público y de la Constitución articulada en torno al principio Estado-Autoridad y consecuentemente terminaron impidiendo cualquier posible adopción de una teoría de raíz liberal basada en los valores normativos de la libertad individual (Derecho Natural), o en concepciones de tipo contractualista susceptibles de desembocar en expresiones consistentes y estructuradas del consenso popular.

Atendiendo a lo más específico, importa señalar que para una doctrina publicista que como la italiana de finales de siglo, por carecer de una precisa identidad teórica, se encontraba atrapada en los estrechos límites de una dimensión provincial, la dogmática del Derecho Estatal alemán significó, de una parte, la posibilidad de ocupar un papel preeminente en una realidad histórica de la que hasta entonces había sido espectador marginal, y de otra, garantizó un precioso suministro de materiales con que afrontar dos necesidades por entonces sentidas como esenciales, a saber: definir el Derecho Público como ciencia autónoma de otras ramas del saber jurídico y más concretamente de la Ciencia Política y del conceptualmente más avanzado y más rico Derecho Civil, y segunda, proyectar en el horizonte un estatuto científico ligado a la peculiaridad del objeto y capaz de proporcionar al Derecho Público en general y al Derecho Constitucional en especial, una materia específica a cuyo través ese sector del saber jurídico podía pasar a definirse como ciencia del Estado.

Estos dos momentos, el histórico y el teórico, se fusionaron en la práctica en una férrea unidad que objetivamente confirió a la operación impulsada por Víctor Manuel Orlando una ventaja y una fuerza efectiva tan irresistibles como para hacer de todo punto imposible el florecimiento de otras corrientes de pensamiento, posiblemente más gloriosas y elaboradas, pero, sin duda, mucho menos arraigadas en los problemas de la realidad italiana de la última mitad del siglo pasado.

Las teorías de Laband y Jellinek, importadas por Orlando, surgieron, pues, en Italia en abierta polémica con las doctrinas liberales o democráticas que concebían al Estado como el producto histórico de la asociación de individuos libres, y con las doctrinas emanadas de un idealismo alemán que en aquellos días gozaban de gran credibilidad en ciertos ambientes burgueses y que, a imagen y semejanza del modelo hegeliano, presuponia la existencia de una relación dialéctica entre Sociedad y Estado.

En oposición a ellas, la dogmática germana del diecinueve no llegó a conocer nunca un concepto jurídico de sociedad susceptible de consideración autónoma. Jurídicamente hablando, la sociedad se resolvía íntegramente en un Estado, que, a su vez, era concebido como un concepto originario capaz de adquirir presencia ante el derecho como un sujeto propio, esto es, como un Estado-Persona de cuya libre manifestación de voluntad surgía el derecho objetivo, es decir, el conjunto de normas que conformaban el ordenamiento jurídico. Así, y puesto que todas las normas de derecho objetivo resultaban ser manifestaciones de la única e indivisible voluntad del Estado, las normas se distinguían no ya por su procedencia, ni por la obligatoriedad o fuerza vinculante de sus mandatos, ni por la tenencia de una supuesta cualidad política o ética, sino por su distinta eficacia formal, por la particular fuerza jurídica que informaba a cada una de ellas, una circunstancia que, a su vez, dependía de la manera en que el acto –la manifestación de voluntad– había llegado a formarse, y que lógicamente, también servía de base a la jerarquía de grados que ordenaba el sistema de fuentes normativas. En su esencia, la voluntad Estatal –la soberanía–, era todavía entendida como un poder originariamente indivisible e ilimitado, mientras que, de una parte, la División de Poderes –piedra de toque de la teoría liberal– se encontraba en contradicción directa con el concepto mismo de Estado como tal ente originario y soberano, y de otra, los espacios de libertad y los derechos de los ciudadanos a ellos inherentes, resultaban reconocidos sólo, en tanto consecuencia de la autolimitación del Estado soberano, es

decir, como afirmación de la subjetividad del Estado frente a otros sujetos –derechos públicos subjetivos– y no como afirmación de la subjetividad jurídica originaria de los individuos singulares.

En tan simple aparato conceptual se resume el origen teórico del formalismo que inspiró la doctrina italiana del Derecho Público. Un formalismo que tal vez se comprenda mejor si se cae en cuenta de que la teoría ahora examinada se construyó en analogía con una teología determinada, la teología del Dios personal. Como expresamente reconociera Georg Jellinek, la *Staatsrechtslehre* por él elaborada sobre la vía trazada por Laband, situaba su eje sistemático en el concepto de Estado-Persona. Los restantes conceptos presuponían como condición necesaria de su existencia una noción de Estado-Persona que se erigía como verdadero y propio principio explicativo de todo el sistema. El Estado-Persona, a imagen y semejanza del Dios personal, creaba en plena libertad y a través de sus propios actos un ordenamiento al que –con independencia de que se tratara de la Constitución, la ley o del reglamento– podía otorgarles el contenido que considerase oportuno y justo, sin estar vinculado a principios superiores, impensables por lo demás para una teoría como ésta. Por consiguiente esos actos, a diferencia de cuanto sucedía con las doctrinas rivales, no estaban en condiciones de ser comprendidos científicamente, ni ordenados en base a sistemas fundados en su contenido, porque únicamente podían ser captados en razón a su forma y a su eficacia formal, a su fuerza jurídica. En otras palabras, el jurista no alcanzaba nunca a comprender la dialéctica íntima a cuyo través se operaba el proceso de construcción de una decisión Estatal que en su esencia permanecía tan inescrutable como un «misterio», del que, incluso, se podría llegar a hablar –como de hecho lo hará Schmitt– en términos de Teología Política, debiendo limitarse sólo a comprender la forma y la eficacia que le fueran dadas a la inescrutable decisión, porque la verdadera razón que la producía pertenecía a una realidad política o moral ajena por completo al mundo del derecho. Una realidad que por lo de pronto, el jurista podía percibir y ordenar tan sólo en cuanto manifestación formal. Los

principios en base a los que tales manifestaciones resultaban ser comprendidas y ordenadas, eran los dogmas jurídicos y el sistema de conocimiento a que dio lugar recibió el nombre de dogmática.

La teoría que Orlando consiguiera difundir con éxito entre la iuspublicística italiana resulto ser, en suma –como ha puesto de manifiesto ese agudo estudioso de la dogmática del Derecho Estatal alemán que es Ernst Wolfgang Böckenförde– hija legítima de un pensamiento constructivista, y el racionalismo en ella implícito pudo definirse así como un racionalismo «fuerte» y esencialmente deductivo. Su proceder lógico –legado último de Puchta como señalara Wilhelm– vino dado por una sucesión lineal de conceptos que se caracterizó como el opuesto exacto tanto de la dialéctica como de los pensamientos inductivos, históricos o sociológicos. Pero todo esto se comprende mejor si se profundiza un poco en el clima cultural de aquella Alemania en la que surgió a la luz la tal teoría.

A diferencia de cuanto quiere suponer una cierta escuela, el clima cultural de aquella Alemania era el post hegelismo. En efecto, con anterioridad, Gerber había llegado a construir un sistema de Derecho Público basado en la idea de Estado-Persona y fundado en las premisas filosóficas del anti hegeliano Friedrich Julius Stahl, quien, poco antes de la mitad del siglo, cuando el hegelismo estaba temporalmente marginado bajo sospecha de favorecer el ascenso a la burguesía alemana, había elaborado una teoría del Derecho Público «asentado en los principios del cristianismo» –como reza el subtítulo de su *Filosofía del Derecho*–, aliniándose expresamente con el tardío y antidialéctico Schelling, el Schelling de la *Filosofía de la Revelación*, el pensador más en auge en aquel tiempo, el mejor representante del ambiente de la restauración y de aquella aristocracia alemana de grandes y pequeños señores –Junker–, que por entonces empezaban a suministrar la clase dirigente al Estado prusiano. El concepto de Estado-Persona nace en analogía con el concepto teológico del Dios-persona, cuya «voluntad» superior resultaba ser un mandato y una regla objeti-

va para las demás personas, para las que la plena realización consistía en obedecer a aquella «voluntad» y someterse a ella. Y así, en el sistema que Orlando difundiera entre la doctrina publicista italiana, el origen de todo el derecho objetivo residía en la autoridad Estatal, o más concretamente, en un Estado-Persona a cuya voluntad, inequívocamente unitaria e indivisible, se imputaban las diferentes manifestaciones constituyentes del derecho objetivo incluido, por supuesto, el mismo reconocimiento jurídico de los espacios de libertad natural como derechos públicos subjetivos.

No es posible imaginar nada menos dialéctico y nada más alejado del pensamiento liberal entonces triunfante en otras naciones. La ideología era la propia de un Estatalismo tendencialmente autoritario, apenas enmascarado por un formalismo pseudocientífico que confería una aparente neutralidad a un sistema que en realidad sólo era compatible con los postulados característicos de los regímenes antiliberales y antidemocráticos.

### 3. LA DOGMÁTICA DEL DERECHO ESTATAL ALEMÁN COMO FUNDAMENTO TEÓRICO DEL FORMALISMO EN EL DERECHO PÚBLICO Y SU POSTERIOR DISOLUCIÓN EN LA EXPERIENCIA WEIMARIANA

El éxito de la teoría examinada se debió no sólo a la aludida correspondencia entre la exigencia histórica y la necesidad teórica de conferir calado doctrinal a la autoridad Estatal, sino también a su particular impostación dogmática. En este sentido, conviene recordar que su fundador, Paul Laband, había sido con anterioridad profesor de Derecho Civil y Derecho Mercantil. Ello explica, en parte, que cuando Laband se propuso elaborar un sistema de Derecho Público para el Imperio Bismarkiano, recurriera expresamente a las categorías propias del Derecho Privado y más concretamente a los dogmas de la Pandectística, afirmando que en realidad se trataban de categorías propias de la teoría general del Derecho. Para referir

ejemplos particularmente significativos, la concepción de los actos normativos del Estado como «manifestaciones de voluntad», y más exactamente, la concepción voluntarista de la ley y de sus vicios resultó ser una clara derivación de la teoría privatista del negocio jurídico. Deudora de la dogmática civilista sería también la delimitación de un sistema de actos normativos ordenados en torno a la categoría de «eficacia» y no basada en la noción propiamente publicista de «competencia», entonces dominante, sin embargo, entre las teorías rivales y que presupone una consideración de los contenidos y de los perfiles materiales de los actos y de los poderes. Y otro tanto cabe decir de la ascendencia privatista del mismo concepto de Estado como Persona jurídica –en origen el Estado como fisco–, cuya conceptualización como sujeto, en polémica con la coetánea teoría del Estado –organismo *Gesamtperson*– exigió una puesta en conexión con los ciudadanos a través de una relación intersubjetiva en cuyo ámbito la *herrschaft* –voluntad superior– del Estado-Persona, se imponía a la voluntad de los ciudadanos individuales gracias a la disparidad existente entre sujetos conectados por una relación que no podía ser más que de dominación exterior.

Conviene dejar muy claro que el recurso al Derecho Privado en Laband resultaba estrictamente funcional respecto de la institución de una teoría formalista que a su vez y en la particular formulación por él defendida, constituía el mejor soporte teórico de una concepción autoritaria del Estado y del Derecho Público. Y conviene hacerlo así, porque afirmar esto significa proclamar de modo implícito que aquí se ha operado una subversión que tiene mucho de paradójica. Mientras en el Derecho Privado de la Pandectística la generalizada indiferencia hacia los contenidos era consecuencia de su configuración como una instancia formal-igualitaria que imponía tratar a todos los sujetos por igual, en el Derecho Público, por el contrario, la existencia de relaciones intersubjetivas asimétricas entre la persona superior del Estado y la subordinada personalidad de los ciudadanos caracterizó por principio al modelo. El formalismo resultaba funcional para el mantenimiento y reforzamiento de

esta asimetría de posiciones, y para demostrarlo baste recordar como ejemplo, que la indiferencia de valores y de contenidos llevó a un Laband, absolutamente coherente con sus propios postulados, a negar la posibilidad de existencia de derechos de libertad frente al Estado, porque, en su concepción, el único espacio libre que en pura lógica quedaba al alcance de los ciudadanos era esa libertad natural que surgía allí donde el Estado no extendía su propio poder y su propia relación de dominación. El mismo Jellinek (desde Croce y De Ruggiero en adelante erróneamente adscrito a la tradición liberal cuando en realidad el liberalismo alemán de la época era una monstruosidad teórica de rara factura) por aceptar los postulados Estatalistas de Laband no llegaría nunca a reconocer, porque lógicamente no podía hacerlo, la libertad de los particulares como posición jurídica originaria, sino como un acto de autolimitación del Estado que reconociendo la alteridad, esto es la existencia de otros sujetos jurídicos, se instituía a sí mismo como persona jurídica. La verdad es y conviene subrayarlo con fuerza, que por la vía de la dogmática del Derecho Estatal no se pudo llegar nunca a construir una garantía jurídica de espacios de libertad originarios, precisos, incompressibles y susceptibles de articular la esfera particular de los ciudadanos. Quiérese decir con ello, que el Estado-autoridad, quiso y pudo garantizar sólo una *cierta* libertad a los ciudadanos privados, quedando la determinación de su ámbito objetivo (domicilio, circulación...) y la precisión de sus límites, al completo albur de una ley cuyo contenido venía establecido por decisiones discrecionales y no en razón a imperativos y valores, capaces de condicionar y de imponerse por sí mismos, al hacedor del Derecho.

La importancia de este punto resulta clave, porque, no en vano, en él residenciaron los teóricos de la dogmática –tanto en la versión originaria de Laband y de Jellinek como en la importada por Orlando– su principio de principios, aquel que decía que en el ámbito del sistema no eran admisibles valores susceptibles de imponerse al Estado y a su voluntad, aquel que, en otras palabras, defendía que no resultaba concebible ningún contenido capaz de articular el sistema de actos normativos se-

gún paradigmas de validez que no fueran paradigmas formales o meramente reenviables a la superior fuerza jurídica. Aquí reside el origen del formalismo de la teoría examinada. Contra los posicionismos de quienes preveían como medida de la ley la garantía de la cláusula «propiedad-libertad» (Anschütz), contra las concepciones de quienes asignaban a la ley ciertos ámbitos de competencia primaria (Otto Mayer), contra la opinión de quienes sostenían que la ley era un concepto unitario poseedor de un contenido estructural compuesto de normas generales y abstractas, la dogmática Estatalista optó por definir la ley formal como un mandato dotado de ciertas formas y de determinada fuerza jurídica susceptible de albergar cualquier contenido jurídico, capaz de dejar al poder ejecutivo el espacio que considerase oportuno, un espacio que habitualmente resultaba muy amplio. Y aún cuando esa misma teoría preveyera la existencia de un concepto de ley en sentido material dotado de un determinado contenido (*Rechtssatz*), es preciso recordar que dicho concepto era sustancialmente descriptivo y que poseía un nulo valor sistemático, ya que, carecía de incidencia en todo cuanto se refería al orden a asignar a la ley en la jerarquía de los actos normativos y de cualquier relevancia en la tarea de determinar la fuerza jurídica de la ley misma.

Aquí, vuelvo a repetir, reside el sentido último de todo el sistema: en la indiferencia de la ley, del acto votado por el Parlamento, y más genéricamente en la indiferencia del poder soberano respecto de cualquier valor o contenido. De aquí deriva el hecho de que el sistema halle su propio orden en un sujeto —el Estado-Persona— y en una jerarquía de actos normativos, sólo determinables formalmente. A esta necesidad se vincula la exigencia política de que el sistema presuponga de manera inequívoca la indeterminada potencialidad de acción del Estado-Persona y la consecuente indeterminación de las relaciones entre libertad y autoridad.

Todo este planteamiento no podía sobrevivir a ese momento singular y decisivo de la moderna historia constitucional de

Europa que representó la República de Weimar. El destino del formalismo se encontraba indisolublemente sellado en un orden que había previsto una amplia reserva de valores –libertades civiles y políticas y derechos sociales– en favor del superior poder constitucional. Y aún menos podrían encontrar acomodo las formas propias de dogmática del Derecho Estatal, considerando que la Constitución reconocía poderes originarios de naturaleza pública pura a sujetos diferentes del Estado, como por ejemplo el referéndum. Pero existe todavía un motivo más que explica por qué el formalismo no podía tener ninguna posibilidad de éxito en las particulares condiciones históricas de Weimar.

Y es en aquella experiencia se incardinó en un momento particularísimo de la historia de Europa, en una fase en el tránsito del Estado Parlamentario decimonómico al Estado Constitucional contemporáneo, a un Estado erigido sobre una sociedad de masas gobernada por la Democracia pluralista, en la que se operó una suerte de gigantesca rendición de cuentas entre las principales ideologías y entre los más relevantes intereses sociales que se contraponían en la Alemania de entonces. En otras palabras, todo se desarrolló como si cada fuerza formase en campo abierto con sus propios valores e intereses, dispuesta a enfrentarse frontalmente con las fuerzas rivales. En ese encuentro directo entre los diversos protagonistas de la historia con los corpulentos intereses de los distintos grupos sociales y de los valores éticos por ellos representados en primer plano, no quedaba espacio para formalismos de ninguna clase.

#### 4. LA DEMOCRACIA PLURALISTA COMPORTA LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EN EL PLANO TEÓRICO LA SUPERACIÓN DEL FORMALISMO JURÍDICO

En Weimar esta simple e incuestionable verdad fue, por desgracia, ignorada hasta por los más decididos defensores de la democracia, que, por una extraña jugarreta del destino, termi-

naron convirtiéndose de un modo u otro, en precursores de teorías no muy distantes del tradicional formalismo. Bajo el perfil de la teoría jurídica, el más conservador de todos los grandes constitucionalistas de Weimar resultó ser el propio Hugo Preuss, el jurista más influyente en la etapa constituyente. Su impostación, según un modelo que se mantendría en Italia incluso tras la Segunda Guerra Mundial, preveía una transformación radical del Estado-Persona en favor del Estado-Comunidad y configuraba al Parlamento como órgano directamente representativo de la comunidad, que se situaba en el plano superior a cualquier otro en el terreno funcional. Se trataba de una articulación que no conseguiría, a pesar de todo, dar respuesta adecuada a los problemas teóricos más importantes y terminaría por aparecer sólo como un remedo parcial de las claves de fondo de la tradición con la que el nuevo régimen imponía una ruptura neta.

Quien, sin embargo, si incidió en todas las claves de fondo de la tradicional dogmática jurídica fue Hans Kelsen, un jurista que, más que ningún otro, tomó conciencia de que el advenimiento de la democracia habría debido comportar una revisión radical de los postulados y principios situados en la base de la teoría tradicional. Si en los *Hauptprobleme*, pudo efectuar una revisión desmitificadora de la noción de Estado-Persona, el concepto cardinal de la vieja sistemática, en *Gott und Staat*, supo demostrar con argumentos profundos que si el reclamo del Derecho Público a esquemas teológicos estaba en la base de construcciones ipostáticas (como por ejemplo el Estado-Persona) de inequívoco significado autoritario, los regímenes democráticos, por el contrario, deberían reconocer la importancia de las reglas de juego y la primacía del momento normativo sobre el de la autoridad o de la decisión, y respecto del institucional o del ordenamiento-comunidad. Sobre este tronco, el propio Kelsen injertaría, más tarde, otras críticas fundamentales, entre las que, a nuestros fines, merecen especial atención las específicamente dirigidas contra la teoría imperativa de los actos normativos y de la soberanía y aquellas otras que subrayan la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido for-

mal. En relación a esta última, baste recordar como al rechazo de una doble lógica en la clasificación de los actos normativos, el autor vienés unió su descomposición analítica en una doble contraposición procedimiento-significado normativo (jurídico), definiéndose así, como el primer jurista capaz de individualizar una dialéctica fundamental a fines hermenéuticos, la que separa acto-procedimiento y norma o significado.

En lo que hace a las críticas dirigidas contra la teoría del *imperium* y contra la soberanía del Estado-Persona, Kelsen hizo valer la superior visión de la norma jurídica como juicio de valor, es decir, como parámetro de medición de la distinción entre el lícito y el ilícito jurídico, señalando que en los ordenamientos modernos, caracterizados por las ideas propias de los regímenes democráticos y por vocaciones políticas e ideales que trascienden los confines nacionales –la democracia por propia definición es siempre cosmopolita–, la soberanía deviene necesariamente en un predicado de la norma jurídica y en particular de esa norma fundamental que es la Constitución.

La teoría jurídica de Hans Kelsen representó todo un monumento jurídico a la democracia. Quizá todavía el único. Pero debo confesarlo, tengo la sensación de que su pensamiento, en la complejidad y complitud de su importancia, espera todavía ser descifrado. Seguramente en este extremo no se haya apreciado debidamente en Italia. Seguramente no haya ejercido la influencia que merece incluso en otros países. Y a pesar de todo, mejor que cualquier otro, ha mostrado con particular coherencia y lucidez las necesarias y profundas implicaciones existentes entre democracia y teoría del derecho señalando las nuevas fronteras del Constitucionalismo Moderno. Pero, acaso por su precocidad –ya que surge cuando todavía no se había resuelto el vínculo con el Estado Liberal-Parlamentario– su pensamiento conserva un carácter de inkomplitud o más precisamente, expresa un *impasse*, en el que queda constreñido por su particular concepto de democracia. Para Kelsen, como es bien sabido, la democracia es método, es decir, un conjunto de reglas que asumen el deber de asegurar a todas las partes socia-

les, a todos los intereses, a todos los valores, la posibilidad de convertirse en dominantes. La reducción de la democracia a puro método, de la que Kelsen fue pionero y teórico coherente en el campo de la doctrina jurídica, comporta una indiferencia de valores que tiene como presupuesto su absoluta relatividad. De aquí deriva la exigencia de instituir una doctrina pura del derecho, de convertir el derecho en una técnica social, de conferir a la Constitución, esto es a la norma fundadora (*Grundnorm*), un carácter esencialmente formal. De aquí deriva, en una palabra, la exigencia de sustituir el tradicional formalismo de signo autoritario, por un nuevo formalismo marcado por su total apertura a cualquier contenido y por tanto definido por su completa indiferencia respecto de todo contenido.

En la percepción de los estudiosos de aquel tiempo y de sus actuales sucesores, este último aspecto del complejo pensamiento Kelseniano resultó tan preponderante que, incluso, hizo olvidar su mayor logro, el grandioso esquinazo que este gigante de la cultura democrática consiguió dar a la tradición autoritaria. Un esquinazo que implícitamente le permitió recorrer un buen trecho del camino que conducía hacia una Teoría Constitucional adecuada a los que eran ya nuevos e incontestables principios de la democracia pluralista. Aún más, la percepción de la teoría kelseniana como formalismo, supuso postergar a una posición comparativamente secundaria la novedad por ella representada, e implicó su subsiguiente relegación en favor de teorías que como representación de un mundo cultural irremisiblemente condenado a la desaparición, hacían referencia a intereses sustanciales y a valores materiales que en los años de entreguerras terminarían devorados por el huracán de la historia.

Kelsen fue el primero en señalar que en el horizonte político de la época, que para él era el de la democracia pluralista, la teoría del Estado tenía necesariamente que devenir en teoría de las normas jurídicas y antes que nada, en teoría de la Constitución. Pero esta profunda exigencia, a los ojos de unos constitucionalistas –los alemanes e italianos de la época– tan mio-

pes como para creer sólo en un futuro basado en la fuerza y en la autoridad, apareció tan transfigurada que terminó por hacer prevalecer la exigencia opuesta de un realismo hecho de inmediatezas y de figuras heroicas. Por ello no es una casualidad que en la cultura alemana e italiana el tránsito de la *Staatslehre* a la *Verfassungslehre* haya sido visto desde el prisma de las brillantes versiones de una teoría que como la de Carl Schmitt representó, tal y como yo la veo, una espléndida y moderna sublimación del autoritarismo tradicional. O ¿es que acaso merece otro calificativo una teoría cuyo *imprinting* originario viene determinado por el paradigma teológico de la transformación hipostática del soberano en el sujeto –individuo, grupo, clase– realmente dominante?

Con todo y con ello, la apremiante necesidad de realismo con que hacer frente al formalismo tradicional –un tradicionalismo cada vez menos capaz de comprender la marcha de los acontecimientos– llevó a los constitucionalistas italianos más conscientes a injertar en el viejo tronco nuevos conceptos y categorías que no obstante, distaban todavía mucho de la teoría democrática. Así, por ejemplo, Mortati se servirá básicamente de la idea schmitiana de una soberanía «latente» que cobraba expresión en una «Constitución material», en la que, conviene decirlo con claridad, ciertamente, no se manifestaban los valores universales y cosmopolitas de la democracia. Y cuando en la posguerra buscó dar un nuevo equilibrio al sistema de principios y de categorías que le servían para analizar la nueva realidad democrática se limitó exclusivamente a transferir el énfasis del momento de la autoridad al de la comunidad Estatal, incidiendo en los aspectos institucionalistas de su teoría antes que en los propiamente normativo-decisionistas.

También Esposito fue un constitucionalista profundamente consciente de los límites de la dogmática del Derecho Estatal. En tal sentido su principal mérito –como se aprecia en su *Validità delle Leggi*– consistió en remontarse a los años de formación de la teoría dominante para, desde ellos, buscar mantener con vida una tradición jurídica que si de algún modo resultaba

alternativa a la predominante, no conducía necesariamente a modelos constitucionales armonizables con los principios democrático-pluralistas.

Pero quien, a través la interpretación y la reconstrucción del derecho positivo, llegó a protagonizar la ruptura más radical con la doctrina dominante en el sentido anteriormente indicado, fue, sin duda, Vezio Crisafulli, aun cuando las profundas innovaciones por él incorporadas en la reconstrucción de las fuentes normativas, o en el papel del Tribunal Constitucional, no se hayan traducido en una adecuada Teoría Constitucional. Lo que me permite afirmar que entre el Crisafulli teórico y el Crisafulli estudioso del Derecho positivo, existió una profunda distancia. Y juicios similares podrían repetirse de otros constitucionalistas, en cuyas obras el realismo ha conseguido infiltrarse casi a despecho de las categorías por ellos utilizadas, unas categorías que hasta hace poco eran vecinas del formalismo tradicional.

En todo caso, construir una Teoría Constitucional que responda a los principios democráticos que hace ya tiempo imperan en las Constituciones de los países más desarrollados, obliga a retomar el discurso iniciado por Kelsen con las correcciones que aconsejan los acontecimientos de estos últimos años. Entre ellas, la más importante es aquella que hace referencia al hecho de que las Constituciones de los países democráticos han demostrado su fuerza y su estabilidad utilizando como palanca, sobre todo, unos valores de libertad y de justicia social que están situados en su propia base. Su esencia y su significado histórico-real en el curso de los años de su triunfo han estado identificados con esos valores. Por lo demás, la misma definición de democracia como método dirigido a hacer posible la afirmación de cualquier interés y de cualquier valor, no presupone, contrariamente a cuanto pensaba Kelsen, la indiferencia respecto de los valores, sino que comporta una precisa elección de valores en favor de la libertad. Por ello y sobre esa misma base, no ha faltado quienes, como Popper, exigen que la Constitución democrática conten-

gan normas sustanciales dirigidas a evitar que la libertad, gracias a lo que él mismo denomina «paradoja de la libertad», puede transformarse en su contrario.

En resumidas cuentas, el discurso de Kelsen debe ser retomado partiendo de la diferente concepción de la democracia como una forma de organizar la sociedad y de entender el poder político fundada en los valores de la libertad individual y de la igualdad de oportunidades. Ello comporta que una Teoría Constitucionalista coherente con los principios de la Democracia pluralista no puede terminar disolviéndose nunca en puro formalismo. En otras palabras, aquello que estaba bien para un «Estado legal» como el Estado liberal, cuyo principio básico venía dado por el imperativo categórico formal de considerar a cualquier hombre igual ante la ley, no resulta en cambio suficiente ahora para el Estado Constitucional de la Democracia pluralista, que no puede reconocer como propios fundamentos imperativos categóricos puramente formales, o si se prefiere, a la ley como tal la ley, con independencia de cual sea su contenido, sino que exige que éstos sean proporcionarles a los valores sustanciales o materiales de la Constitución.

##### 5. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL COMO TEORÍA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

En síntesis la alternativa propuesta puede resumirse en una sola frase: «retornar a Kelsen arruinando a Kelsen».

Retornar a Kelsen significa subrayar el gran descubrimiento que está en la base de su trabajo de conjunto, la idea de democracia pluralista y presupone, a la vez, reconocer la primacía del momento normativo sobre cualquier otro momento constitutivo del ordenamiento jurídico. Pero para Kelsen la Democracia es ante todo —como se ha venido recordando— método y apertura a todo valor posible y por consiguiente, representa indiferencia y relatividad respecto de cualquier valor material. De aquí deriva la exigencia de concebir el derecho como mera for-

ma y la necesidad de fundar una Teoría pura del Derecho. Aun así, la particular concepción kelseniana de la democracia y sus consecuencias en el plano de la teoría jurídica, son fruto de la falta de percepción de los elementos más significativos que propician el tránsito del Estado Legislativo-Parlamentario de la época liberal al Estado Constitucional de la Democracia pluralista y, en particular, de la consciente creencia en que este tipo de Estado comporta un orden de valores materiales jurídicamente configurado como «superior». De tan incompleta percepción, que la historia constitucional sucesiva ha evidenciado de manera inequívoca, nace la exigencia de arruinar, de poner patas arriba a Kelsen.

Poner patas arriba a Kelsen significa, invertir su aproximación normativo formal en otra normativo sustancial. En el Estado Legislativo-Parlamentario de la época liberal, las posibilidades de la ley ordinaria para modificar los principios y valores escritos en la Constitución flexible, representó un obstáculo insuperable que impidió colocar en la base del ordenamiento jurídico precisos valores sustanciales. En aquel esquema, el único fundamento lógicamente admisible, venía establecido por principios de orden formal y en particular, por la traducción en términos jurídicos del imperativo categórico moral kantiano, una traducción que se resumía en el principio que proclamaba la igualdad de todos los hombres frente a la ley. En el Estado Democrático-Pluralista la perspectiva se arruinó en un cierto sentido, porque la Constitución optó por establecer valores sustanciales en los campos civil, político y económico-social, que hicieron de todo punto imposible que el principio formal de igualdad deviniera en el primer valor de ordenamiento. En efecto, la consecución de los valores constitucionales puede exigir una ruptura, es decir, una diferente consideración de los sujetos frente a la ley, en el sentido de que determinadas categorías de sujetos pueden recibir de la ley un tratamiento diferenciado o preferente en vista a la consecución de particulares finalidades –valores– de justicia social. En términos más simples, una Constitución de valores, como la del Estado-Democrático, lleva implícita la exigencia de que la

ley trate de manera diferente las diferentes categorías de sujetos a fin de permitir la actuación de los valores constitucionales de libertad efectiva y de concreta justicia social. Y ello no comporta la permisión de cualquier tratamiento diferenciado de las diversas categorías, sino tan sólo la aceptación de aquellos que resulten *ragionevolmente* (2) vinculados a la actuación de los valores tradicionales.

Quizá la mejor manera de expresar las diferencias lógicas que separan al Estado Constitucional del viejo modelo Legislativo-Parlamentario, sea la de acudir a la oposición que contrapone a ambos en términos de legalidad. Mientras el Estado Legislativo-Parlamentario estuvo dominado por el principio clásico de la pura legalidad, el Constitucional se ha estructurado en base a un principio de doble legalidad representado por la Constitución y la ley ordinaria. Doble legalidad, que, a su vez, expresa y en el fondo responde, a dos formas diferentes de racionalidad: una *ragione* respecto al fin de la que es deudora la idea de legalidad y *ragionevolezza* de los valores que informa la noción de constitucionalidad. Esta es la oposición lógica que uno de los más importantes lógicos contemporáneos —Georg Henrik Von Wright— identifica como la oposición entre una *ragione* que reenvía a una racionalidad en razón al

---

(2) El término italiano *ragionevolezza* se corresponde con la palabra inglesa *reasonableness* y denota una cualidad referida a actos o decisiones que no parecen contrarias a aquellas pautas de conducta que en las específicas circunstancias objeto de consideración, habría podido seguir un hombre dotado de razón. Se trata de un concepto que se encuentra presente ya en Locke —Reasonableness of Cristianity, as delivered in the Scriptures, 1695— cuando alude a la *ragionevolezza* de creer en el cristianismo, lo que no significa que el cristianismo responda necesariamente a los dictados de la razón, sino tan sólo que la posibilidad de creer en el cristianismo resulta «razonablemente admisible».

Esta es la causa de que, en el deseo de trasladar de la manera más fiel posible el sentido originario del trabajo y por sugerencia expresa del autor, los términos *ragionevolezza* y *ragione* no serán vertidos al castellano para salvaguardar así y en la medida de lo posible, la fuerza expresiva de las palabras italianas y evitar inducir a equívocos en una cuestión de importancia clave para las tesis que se sostienen en el presente ensayo.

fin y una *ragionevolezza* que juzga en función de valores. Que sea así, o de otro modo, es algo que corresponde a los filósofos determinar, pero que el dominio de la *ragionevolezza* en el juicio de conformidad de la ley a la Constitución deriva del hecho de que la Constitución del Estado contemporáneo es una Constitución de valores, no admite cuestión alguna. El Estado Constitucional, comporta un orden de valores sustancial o material superior, y ello implica, a su vez, la existencia de una doble legalidad, una, por así decirlo, «legalidad legal», y otra «legalidad constitucional», y semejante dicotomía comporta, una solución y una mediación que responde a la lógica de la *ragionevolezza*.

Todo esto no puede dejar su reflejo en el plano de la teoría y del método del Derecho Constitucional. Como ya intuyeran acertadamente Laband y Jellinek, en un Estado Legislativo-Parlamentario los contenidos de los valores pueden variar notablemente de momento a momento, de ordenamiento a ordenamiento. El Estado Legal o Parlamentario es, justamente, la forma jurídica del Estado nacional, de un Estado que da fuerza a la propia identidad cultural, contra las identidades de los demás Estados. La unidad lógica de un sistema de tal género puede darse únicamente en el plano de las formas y no en el de los valores sustanciales, en el plano de la autoridad unificadora e integradora del Estado-Persona y no en el terreno de los impersonales y abstractos contenidos de las normas jurídicas. Por el contrario, en un Estado Constitucional como el de la Democracia pluralista, el formalismo está irremisiblemente destinado a perecer, porque el sistema jurídico encuentra su base en valores sustanciales, en los valores fundamentales de la Constitución. El Estado Constitucional, en efecto, es la forma jurídica propia de ordenamientos y de sociedades que tienden al cosmopolitismo y a la integración en experiencias históricas características de civilizaciones superiores y por consecuencia de valores potencialmente universales. En este Estado, la lógica de los valores deviene en lógica de la Constitución y del juicio de constitucionalidad. Por la vía de los valores, el sistema debe reconocer que tanto los contenidos éti-

cos universales y los paradigmas cosmopolitas de esta sociedad, como en la historia, en las costumbres y en las tradiciones que en él conforman su actuación según las particularidades nacionales y locales, porque ellas son parte integrante del propio sistema, como lo son también los procesos dirigidos a concretar y a realizar aquellos valores. De modo que un sistema como el del Estado Constitucional, que heredó de su origen liberal la primacía del momento normativo sobre otros momentos del ordenamiento jurídico y que a diferencia de la hipótesis kelseniana, articula ese momento normativo sobre una lógica «disyuntiva» (doble legalidad) y «opositiva» (juicio de constitucionalidad), la dialéctica Constitución-ley ordinaria es, en su esencia, una dialéctica dominada por la lógica de las relaciones entre valores materiales y sustanciales.

En semejante ambiente el formalismo no tiene espacio y se ve obligado a ceder su puesto a una Teoría de la Constitución que a la vez resulta ser teoría de los valores constitucionales. Ello explica el hecho de que mientras la tradición formalista del constitucionalismo italiano deviene en mero academicismo incapaz de comprender la realidad constitucional, la Corte Constitucional cogida en el doble envite de la incerteza teórica y el asistematismo total, no encuentre mejor solución que aplicar, casi cotidianamente, a la Constitución, la racionalidad propia del universo de valores, esto es la *ragionevolezza*. Una *ragionevolezza* que es sentida como la esencia misma del juicio de constitucionalidad, es decir, como una metodología efectiva capaz de resolver las posibles antinomias en el interior de un sistema de «doble legalidad».

A pesar de ello y no obstante éstos y otros éxitos de tipo práctico atribuibles a la teoría de los valores aplicada a la Constitución, subsiste entre los constitucionalistas italianos una extendida desconfianza hacia ella. Sin embargo, en muchas ocasiones, este planteamiento deriva de la sobreposición de la tal teoría con expresiones particulares de la filosofía de valores arraigada en el pasado, sobre todo entre el Derecho Constitucional alemán.

La más antigua se remonta a finales de los años veinte y tuvo como principal valedor a Rudolf Smend. Prescindiendo incluso de los reparos que a su doctrina pueden objetarse y que en Italia hemos venido protagonizado tanto Gustavo Zagrebelsky como yo mismo, permanece incólume el hecho de que la teoría de Smend se configura ante todo, como una Teoría de la Constitución concebida no ya como un conjunto de normas a interpretar y a desarrollar, sino como un proceso cultural de formación y desarrollo de valores entendidos como factores de integración de una comunidad y en particular de la comunidad nacional (Estado). Nada, por tanto, tiene esto que ver con una comprensión de la Constitución como tabla normativa de valores fundamentales.

Una segunda impostación teórica, todavía hoy fuertemente defendida en Alemania entre otros por un Peter Häberle, introduce la dimensión de los valores en el ámbito de una aproximación institucionalista al Derecho. Para él, los valores son entidades culturales de naturaleza objetiva que representan el centro de unificación de los derechos y los deberes, de la elección subjetiva y de los límites normativos. Ellos son la argamasa de aquellas células del ordenamiento jurídico complejo llamadas «instituciones», argamasa que pese a contribuir en cuanto tal a configurar el propio ordenamiento, no le transmite una lógica o un orden por la sencilla razón de que no puede ser portadora de él. El valor para estas teorías (retomadas en Italia por Giuliano Amato y Augusto Barbera en relación con los derechos fundamentales) reside en algo que viene incurso en la lógica ordenancista de las «instituciones», y cuya materialidad y juridicidad, se esfuma, por así decirlo, en el movimiento objetivo y por añadidura «cosificador», de estas últimas.

Finalmente existe una tercera teoría, elaborada también en Alemania en torno a los años sesenta, que de todas las expuestas resulta ser la que más se acerca a las posturas aquí sostenidas. Para ella la Constitución se define ciertamente como una «tabla de valores», pero lo es, en tanto expresión de un universo cultural que se superpone a la Constitución, y que de

algún modo, representa algo metaconstitucional, más sólido y más radicado en la comunidad que las normas de la Constitución escrita en sí mismas consideradas. De este modo, ordenar los valores constitucionales se resume en una operación determinable por jueces y juristas según paradigmas culturales que, siendo aplicables al conjunto de valores expresado en la Constitución, conduce a una jerarquía comprensiva o una escala general de valores, que, en abstracto, pueden resultar asumibles como resolutorios de los conflictos que hipotéticamente vayan surgiendo.

Esta teoría ha sido justamente criticada, sobre todo por Schmitt, como dirigida a legitimar una indeterminada discrecionalidad de los jueces constitucionales y como fuente de operaciones arbitrarias, no verificables bajo el perfil jurídico-constitucional.

La posición que aquí se sostiene y que además de en las obras a las que se ha venido aludiendo se encuentra reflejada también en los ensayos de Carlo Mezzanotte y de Maximo Luciani, es la de concebir la teoría de los valores constitucionales como una técnica reconstructiva e interpretativa de la Constitución Italiana. Una técnica que lejos de imponer una jerarquía cultural propia, expresada en disposiciones constitucionales, presupone que cada norma contiene una particular jerarquía de valores referida a una determinada materia (por ejemplo en materia de expresión de pensamiento el artículo 21 de la Constitución sitúa las buenas costumbres por encima de la libertad subjetiva). Según esta posición, los valores sustanciales o materiales resultan ser elementos primarios de las disposiciones constitucionales y al mismo tiempo, su contenido esencial. Pero los valores no son estructuras internas o cosas, son portadores de una lógica propia «esencial» o de «relación» y exigen que tanto las reglas de la interpretación, como la misma naturaleza de la hermenéutica, se adecuen a su propia lógica, a la lógica de la *ragionevolezza*, y a las reglas sobre relaciones entre valores (balanceamiento..., etc.). Ello exige, por consiguiente, una profunda renovación teórica y un significativo cambio en el método del Derecho Constitucional.

## 6. CONCLUSIÓN

Es posible sostener que una Teoría Constitucional de los valores puede traducirse en una suerte de racionalización de lo existente, especialmente con referencia a ese momento crucial del Derecho Constitucional que es el juicio de constitucionalidad. Como es posible también sostener lo contrario, afirmar que una teoría del género puede ser la única, o por precisar más la afirmación, una de las pocas capaces de otorgar fisonomía real al juicio de constitucionalidad. Son suposiciones a las que todavía no es posible dar respuesta cierta. Lo que si se puede decir con alguna seguridad, es que la práctica se ha encaminado ya hacia senderos pertenecientes al mundo lógico de los valores y lo ha hecho más por necesidad que por conocimiento consciente de paradigmas e itinerarios anteriormente recorridos por la teoría de los valores. Se trata, en cualquier caso, de una práctica que de hecho no se sirve de las reglas y de los principios elaborados por el tradicional formalismo jurídico por la simple razón de que resultan inutilizables para afrontar los problemas de interpretación de la Constitución. La práctica ha renunciado ya al formalismo y prefiere, posiblemente de manera inconsciente, una –incluso asistemática– Teoría de los valores constitucionales. No quiero decir con ello que esta sea la única vía de salida del formalismo, ni el solo punto de aproximación al alcance de una teoría realista, sino simplemente insistir en que una vez iniciado con ella el camino de superación del formalismo, resulta difícil negar, al menos, que ha llegado la hora de confrontar con ella lo hasta la fecha andado por el pensamiento tradicional.