

Los valores superiores (*)

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Madrid

I

Hace algunas semanas un notorio jurista y filósofo del Derecho, el americano profesor de Oxford, Ronald Dworkin, durante una visita a España invitado por el Instituto de Derechos Humanos, conoció el artículo 1-1 de nuestra Constitución. En una larga conversación conmigo tuvo ocasión de expresar su sorpresa primero y su interés después por un texto fuera de lo común en el Derecho Constitucional Comparado. En otros momentos de su visita transmitió a alguno de mis colaboradores la misma impresión.

No me parece fuera de lugar el interés del profesor Dworkin, que destaca más por lo poco habitual que es en los juristas de cultura anglosajona y en el mismo, que se preocupen por lo sucedido, pensado o construido en el continente europeo. Y es lógico porque es conocida su tesis de que el Derecho no es solamente un sistema de normas (1), frente a la tesis de Hart a la que califica de positivista, sino que incluye también principios, es decir, standarts, o pauta de comportamiento «como exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad» (2). Y esos principios son además para nuestro autor distinguibles lógicamente de las normas, y son tan Derecho o más, incluso diría yo, que éstas.

El tema de los valores superiores que recoge el artículo 1-1 de nuestra Constitución debe ser, cuando menos sorprendente, porque si nos

(*) Ponencia presentada a las jornadas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado (25 de mayo de 1987).

(1) Publicado inicialmente con el título de «The model of rules» en la *University of Chicago Law Review*, 1967, núm. 35. Reproducido en el libro «Taking rights seriously» Duck worth. Londres, 1977. Edición castellana de Marta Guastavino. Ariel, Barcelona, 1984 (antes existe una reproducción parcial castellana en *La Filosofía del Derecho*, edición de Dworkin con el título de ¿Es el Derecho un sistema de normas? Fondo de Cultura Económica, México, 1980. Vid también sus dos últimas publicaciones «A matter of principle», Harvard University Press, Londres, 1985. *Laws Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.

(2) Vid. edición de Marta Guastavino, citada, pág. 72.

situamos en el punto de vista de Dworkin, resulta inconcebible integrar principios o valores en normas, lo que justifica su especial interés por nuestro tema.

Muchos defensores del Derecho natural habían anunciado quizá prematuramente el fin del normativismo, incapaz, decían, por su rigidez, de explicar la realidad jurídica, y pensaban que planteamientos como el de Dworkin eran de un apoyo inestimable para sus tesis, y para volver frente a las posiciones sistemáticas, a planteamientos tópicos o problemáticos de cariz judicialista (3).

En ese contexto parece procedente preguntarse qué significa el planteamiento del Constituyente español y su puesto en la cultura jurídica actual. ¿Qué relevancia tiene esa integración normativa de los valores? ¿Qué pasa en el funcionamiento del Derecho, especialmente en el proceso de creación, interpretación, aplicación? ¿Cuál es el puesto del Derecho Legal y del Derecho judicial en España después de esta normativización de los valores?

Por primera vez en la cultura jurídica unos principios que el constituyente ha llamado valores superiores, son el contenido de una norma y también por primera vez una norma íntegra, unos valores como decisión del constituyente, para ser la guía general de todos los operadores jurídicos en la dinámica creadora y aplicadora del Derecho.

II

De algunas dimensiones instrumentales necesarias para entender mejor el tema, me he ocupado en mi libro sobre «Los valores superiores» (4).

Así el panorama del Derecho histórico español y del Derecho comparado pone de relieve la inexistencia absoluta de precedentes del artículo 1-1. Es una aportación original del constitucionalismo español a la cultura jurídica y política contemporáneas. ¿Pero se trata de un nuevo adorno sin relevancia práctica para la identificación y para la función de nuestro Ordenamiento? ¿Es un prurito académico, en una constitución de profesores como ha afirmado Basile? (5).

Desde mi punto de vista el artículo 1-1 es una síntesis muy cuidada de las dimensiones históricas en que cristaliza la relación Poder y Derecho, racionalizada desde una perspectiva más próxima a la filosofía del Derecho que al Derecho Constitucional. En efecto encontramos:

1. La justificación pactista del poder como modelo de expresión de la legitimidad democrática: «...España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...». La sociedad civil: España, deci-

(3) Vid. ANDRÉS OLLERO, «Principio de igualdad y teoría del Derecho». Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. IV, Homenaje al Prof. Ruiz Giménez, Madrid, 1987, págs. 173 y sigs.

(4) Editorial Tecnos. Colección Temas Claves de la Constitución Española, Madrid, 1984.

(5) *La Constitución Española de 1978*. Cívitas, Madrid, 1980, págs. 253 y sigs.

de constituirse en una forma de poder que el constituyente califica como «Estado social y democrático de Derecho».

2. *El poder*: «Estado social y democrático de Derecho» no es un simple hecho de fuerza, sino que tiene junto a esas dimensiones, otras personales e institucionales y un sistema de valores. En un conjunto de instituciones, Parlamento, Gobierno, Poder Judicial, Comunidades Autónomas, municipios, etc., y de operadores jurídicos, que producen, interpretan y aplican el Derecho, y de ciudadanos que participan y usan a las instituciones, a los operadores y al Derecho creado por éstos, unidos por un sistema de valores y de principios de organización social, y de objetivos a realizar. En la historia moderna, con multitud de aportaciones y de vicisitudes este modelo de poder se denomina Estado Social de Derecho y es además la expresión de una racionalidad con fuerza que pretende realizar unos valores determinados. El complemento «democrático» es a mi juicio un elemento potenciador de ese modelo político que además supone un horizonte utópico de progreso.

3. Un sistema de valores: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que expresan los principios del sistema democrático, del Estado parlamentario representativo.

4. Un Ordenamiento jurídico como técnica, como forma de realización social de esos valores a través de sus normas. Nuestra Constitución entiende al Derecho como un sistema cuya referencia suprema desde el punto de vista material son los valores superiores.

La conexión que hace el artículo 1-1 entre la sociedad, el poder, los valores y el ordenamiento jurídico supone una estructura peculiar de relación con consecuencias para nuestra cultura política y jurídica. No está de más afirmar que no será igual el comportamiento de todos nuestros operadores jurídicos después de este artículo 1-1, que tiene una seria relevancia en la identificación del Derecho, en la formación de los criterios para la construcción de la validez.

Hasta la Constitución Española se consideraba imposible, o no se había intentado de manera solvente, la compatibilidad entre el punto de vista normativista sistemático y el de los criterios de moralidad o de justicia, en la tarea de acotar y de independizar al fenómeno jurídico. Kelsen distingue entre el modelo dinámico donde el sistema de normas se identifica por la forma, órganos y procedimientos para la producción de normas, que es, dice, el propio del Derecho, y el sistema estático que se identifica por los contenidos materiales de las normas, deducidos de una norma básica material, que es propio de los sistemas morales y del Derecho Natural (5 bis).

Con otro punto de vista, desde posiciones realistas tópicas y anti-normativas se descartaba también la posibilidad que cristaliza en el artículo 1-1. Así para los realistas de todo tipo, las normas generales, el sistema, o no era relevante o lo era insuficientemente para identificar

(5 bis) Vid. *Teoría Pura del Derecho*. Edición castellana de Roberto J. Vernengo. UNAM, México, 1979, págs. 203 y sigs.

al Derecho. En esta crítica al normativismo coinciden autores como Holmes (6), Jerome Franck (6 bis), Ross y Olivecrona. Estos dos últimos señalan al positivismo formalista como no contradictorio con el iusnaturalismo, e incluso Ross habla de Derecho Natural encubierto. Como dice Liborio Hierro «para Olivecrona el positivismo jurídico... comparte con el iusnaturalismo la aserción fundamental sobre la naturaleza del Derecho, esto es que el Derecho consiste en un conjunto de mandatos que son expresión de la voluntad de una autoridad suprema...» (7). Efectivamente frente al referente unitario del normativismo, y a la relación entre Poder y Derecho dice Olivecrona que «en realidad no hay una fuente homogénea de las normas que llamamos jurídicas... No hay una única fuerza directriz en el sistema: la aplicación regular de las normas y su eficacia a la hora de gobernar la vida social dependen de una red de factores psicológicos y materiales...» (8). Estas premisas doctrinales son incompatibles con el modelo de la positividad de los valores. Es más radical el enfrentamiento que con las tesis del ordenamiento dinámico de Kelsen.

Las llamadas concepciones tópicas son aquellas cuya técnica consiste en orientar el pensamiento hacia el problema como dice Viehweg (9) y en oponerle al pensamiento sistemático. Todos los autores, que con matices, se adscriben a estas posiciones, no podrían concebir una norma como la positivación, en el ámbito sistemático de un Ordenamiento jurídico, de los valores superiores, García de Enterría, en un prólogo entusiasta al trabajo de Viehweg, utiliza el concepto de valores superiores, aunque en un contexto iusnaturalista distinto del de nuestra Constitución, incluso contradictorio con ella.

«Si el Derecho Natural, como todo el orden ético, no es un sistema dado de una vez por todas, sino que ha de ser “buscado”, descu-

(6) Vid., por ejemplo, *The Path of the Law*. Edición castellana de Eduardo Angel Russo. Abeledo Perot, Buenos Aires, 1975, pág. 21 «...yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos...».

(6 bis) En su trabajo *Words and Music: Some remarks on statutory interpretation*, *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, págs. 1259 a 1278. Nueva York, 1947. «...El órgano legislativo es semejante a un compositor. No puede bastarse a sí mismo: tiene que dejar la interpretación a cargo de otros, principalmente los tribunales. En un reciente artículo Herbage dice que «la música no existe hasta que es ejecutada». Quizá sea este un juicio demasiado apresurado. Provoca en algunos músicos un sentimiento parecido al que en algunos juristas provoca la insistencia de Gray de que todo Derecho es Derecho judicial (judge-made) porque «...con el sentido establecido por los jueces y no con otro las leyes son impuestas como Derecho. Recordaréis la famosa exclamación del obispo Hoadly, que Gray gusta de citar de que «quien tuviera autoridad absoluta para interpretar cualquier ley, es él quien verdaderamente es el Legislador...». Como dije, este punto de vista puede ser excesivamente apresurado. Pero básicamente en él está gran parte de la verdad...» (versión castellana del artículo del profesor Vernengo en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Losada, Buenos Aires, 1951, págs. 181-182.

(7) Vid. el Realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del Derecho. Torres, Valencia, 1981, pág. 197.

(8) Vid. «El derecho como hecho». Edición castellana sobre la segunda edición inglesa con traducción de Luis López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, págs. 77-78.

(9) Vid. «Tópica y Jurisprudencia», edición castellana de Luis Díez Picazo, prólogo de Eduardo García de Enterría, Taurus, Madrid, 1964.

bierto, resulta simple comprender que los tipos en los que se concentra la experiencia jurídica han de ser normalmente los puntos de condensación del mundo de valores superiores que en el Derecho viven, los lugares donde únicamente pueden descubrirse su virtualidad y su exigencia operativa...» (10). En realidad los autores que distinguen los principios de las normas y que no conciben la integración de ambos conceptos vienen a conectar de una u otra forma, con este tipo de pensamiento problemático y a centrar el Derecho en la acción del juez. Así, me parece, ocurre con Esser, o con el propio Dworkin (11).

En nuestro país se preocupa de ese tema, con una aproximación inteligente el profesor Andrés Ollero, desde la perspectiva de la interpretación pero partiendo de la crisis del positivismo legalista, aunque en nuestras facultades de Derecho siga siendo, dice, «la preteoría dominante».

En su trabajo «Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista» (12) dira: «...una solución jurídica y por tanto no legalista de las fuentes del Derecho Natural llevará a acentuar su dimensión judicial; nos animará a estudiar su papel hermenéutico dentro de una jurisprudencia de principios como la que nuestra Constitución parece refrendar...» (13). Y añadirá: «...tales principios no han de entenderse, pues, como los elementos rectores de un sistema conceptual, sino, como puntos de vista valorativos que emergen en el caso concreto...» (14). La obra es posterior a la Constitución y en algún caso su reflexión se hace con referencia a la Constitución, pero su planteamiento tópico de los principios y el rechazo de su consideración sistemática se hace sin tener en cuenta este artículo 1.1. Se referirá al artículo 20.3, 9, 103, con su referencia a la Ley y al Derecho y a los principios rectores de la política social y económica, pero no toma en consideración al artículo 1.1 (15).

Frente a todas las posiciones anteriores, la cultura en que se basa

(10) Obra citada en nota anterior pág. 15. También su obra *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Cívitas, Madrid, 1984.

(11) Vid. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, 1961 y la obra de Dworkin citada en nota 1.

(12) Edersa. Madrid, 1982. A este planteamiento inicial del profesor Ollero, cabrían algunas matizaciones. No hay que olvidar que en la Filosofía jurídica la mayoría de los profesores se adscriben a posiciones iusnaturalistas después de la guerra civil, y que el iusnaturalismo es la filosofía oficial de aquella cultura jurídica. Posiciones como la de González Vicén son sólo una excepción. Tampoco se puede olvidar que en muchos casos el iusnaturalismo era un elemento decisivo en la justificación del alzamiento militar. Si se analizan además las obras de la dogmática jurídica, especialmente del Derecho civil, se encontrarán, y quizá uno de los casos más clamorosos es el de Federico de Castro, todos los planteamientos encuadrados en una inicial opción iusnaturalista. Creo que el profesor Ollero es demasiado optimista en cuanto a la modernización de nuestro pensamiento jurídico, aunque en los últimos años las cosas han cambiado, de alguna manera, como expresa entre otros signos, este artículo 1.1 que comentamos.

(13) Obra citada, pág. 18.

(14) Obra citada, pág. 199.

(15) Vid. especialmente los apartados *Planteamiento constitucional de las fuentes del Derecho*, págs. 176 y sigs., y *Los principios rectores en la Constitución*, págs. 207 y sigs.

el artículo 1-1 de la Constitución, en relación con los valores superiores supone, a mi juicio:

1. Una teoría de la justicia no iusnaturalista, sino que propugna la positivación de una moralidad, con un fundamento histórico y racional suficiente en el mundo moderno y que se concentra en los valores superiores.

2. Una teoría de la justicia no positivista, puesto que no deja en libertad al órgano supremo de producción del Derecho para la construcción voluntarista de un sistema de valores del Ordenamiento jurídico.

3. Una teoría del Derecho basada en el sistema, pero que no reduce el sistema a su dimensión formal —modelo kelseniano— sino que incorpora elementos materiales como básicos para la construcción de ese sistema.

4. Una teoría del Derecho que incorpora principios, pero que no tiene que ser tópica y problemática, sino que puede ser sistemática.

En definitiva, frente a posiciones que subrayan la incompatibilidad y la imposible coexistencia del sistematismo normativista y de la llamada jurisprudencia de principios, el planteamiento que se desprende del artículo 1.1 hace compatible sistema normativo con valores, incorpora una propuesta de Derecho justo al Derecho positivo.

Es verdad que el viejo positivismo estatalista está en decadencia y que el Derecho no es sólo la ley, pero es un error deducir de eso que las concepciones normativistas y sistemáticas deben ser enterradas; es verdad que el iusnaturalismo entró en crisis a finales del siglo XVIII y que todos los caminos para resucitarlo se han frustrado sucesivamente, pero es un error deducir de eso que debemos dejar de preocuparnos de los problemas de la justicia y de la moralidad del Derecho. El Derecho legal, expresión del sistema, y el Derecho judicial, expresión del problema, pueden ser compatibles y la dinámica de interpretación aplicación del artículo 1.1 es creo buena prueba de ello (16).

III

Estas observaciones, a mi juicio, sitúan al artículo 1-1 de la Constitución en la cultura jurídica de nuestro tiempo, con la misma consideración jurídica que todas las demás del texto constitucional como ha estudiado García de Enterría (17). Vamos a profundizar en la identificación como norma, y situada en el conjunto del Ordenamiento ju-

(16) En su trabajo ya señalado sobre «Principio de igualdad y teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución», el profesor Ollero se refiere a la suma de paternidades del texto y a su posible coherencia. Creo que mi reflexión puede explicar el entusiasmo de algunos comentaristas, entre los que me cuento, para justificar esta coherencia.

(17) Vid. «La Constitución como norma jurídica» en su trabajo *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1984.

rídico. No se puede ocultar la dificultad que tiene manejar un término como el de valores superiores con tantas connotaciones emotivas y con una textura tan abierta, aunque su encuadre en el artículo 1-1, puede permitir superarlas, o al menos paliarlas. No es un término en el aire, sino encajado en una estructura, en un sistema que contribuye a darle sentido.

A) Desde el punto de vista de la norma, la positivación de los valores superiores permite afirmar lo siguiente:

1. El lenguaje que se utiliza es, a mi juicio, descriptivo. El uso lingüístico normal en el Derecho es prescriptivo. Aquí no se usan palabras deónticas como obligatorio o prohibido, aunque el verbo propugnar tiene un sentido ambiguo y se podría seguir sosteniendo el carácter prescriptivo (18). Existe, sin embargo, la autoridad que emite la norma que es el poder en su totalidad, el Estado social y democrático de Derecho, y no uno de sus órganos, y existen los destinatarios que son todos los operadores jurídicos, todas las instituciones, autoridades y funcionarios que crean o aplican el Derecho y también todos los que lo usan. La función de todos esos destinatarios en sus diversas categorías será la de aplicar e interpretar este artículo 1-1, al crear o usar el Derecho, con todo lo que eso supone, y a lo que nos referiremos después.

2. Si comparamos esta norma con la clasificación de von Wright, podemos encontrar rasgos en varios de los tipos principales y secundarios que él define.

Así se podrá decir que el artículo 1-1 es una norma del tipo de las definitorias o determinativas, que definen o determinan los contenidos del Derecho en España. También encajaría entre las prescripciones que emanan de un emisor que llama autoridad normativa —El Poder: Estado— y que se destinan a los sujetos normativos, los operadores jurídicos. ¿Se puede afirmar que en este caso existe la sanción en caso de incumplimiento que von Wright señala también entre las características de las prescripciones? Creo que si incluimos a la nulidad o a la invalidez entre el genérico sanción se puede también afirmar que el incumplimiento por los operadores jurídicos, en la forma que veremos, al producir o aplicar el Derecho, del artículo 1-1, en cuanto propugna para todas las normas inferiores a la Constitución su producción acorde o no opuesta con los valores superiores, supone normas inválidas o nulas. Esta invalidez debe ser declarada en un proceso ante los Tribunales ordinarios, o ante el Tribunal Constitucional según el tipo de norma de que se trate.

(18) El diccionario de la Academia lo identifica con «defender, amparar». (vid.) vigésima edición. Madrid, 1984, tomo II, pág. 1112. Por esa razón en mi libro sobre «Los valores superiores» sostuve que se trataba de un lenguaje prescriptivo, aunque hoy creo que es dudoso. En una lectura previa de este trabajo, el catedrático de Santander profesor Eusebio Fernández, me sugería razones para seguir manteniendo que el lenguaje del artículo 1.1 es prescriptivo. No tengo un criterio definitivamente formado, y en todo caso lo que sí afirmo es que se trata de una norma, sea cual sea el tipo de lenguaje que se le atribuya.

No se me oculta, sin embargo, lo fundado de la posición de Hart, al oponerse a esta identificación entre sanción y nulidad (19). Como no se trata sino de referir rasgos coincidentes, el problema que aquí se plantea no es descalificador, porque no se impugna el carácter jurídico de una norma por carecer de sanción en sentido estricto.

3. Esta inclusión en una norma jurídica de los valores superiores, supone la positivación de los fundamentos éticos de un sistema político a través de su Ordenamiento jurídico. En este sentido son expresión de una racionalidad cristalizada históricamente, que el Estado social y democrático de Derecho asume como guía material del Derecho.

Al tener una procedencia desde la moralidad no se agotan en su contenido normativo, sino que esa moralidad mantiene dimensiones no positivizadas, con la dinámica propia de los conceptos morales, que realizan una función crítica y de presión sobre la parte de esos valores incluidos en el artículo 1-1 y desarrollados luego por diversas vías en las demás normas del Ordenamiento jurídico para ampliar y profundizar su sentido.

Así se puede hablar de valores superiores positivizados y de valores superiores críticos que se enriquecen en la cultura y en la historia, por el esfuerzo y por la reflexión del hombre y que pretenden convertirse en valores legalizados. El cauce para la positivación de las dimensiones de esa moralidad crítica no será ya la Constitución, sino la legislación y la jurisprudencia que la interpreta y la aplica. En ese sentido se puede decir que los valores superiores contienen todas las virtualidades de posibles desarrollos posteriores, o dicho de otra manera, que la moralidad legalizada incluye también a todas las posibilidades de la moralidad crítica que sean coherentes con el sistema sin perjuicio de la dimensión creadora que toda norma supone.

4. Esta norma tiene una dimensión de totalidad en relación con el sistema jurídico, con el Ordenamiento y, es guía y modelo ético para la interpretación y para el desarrollo del mismo y también límite.

Presupone la existencia de otras normas y se refieren a ellas, para crearlas, interpretarlas y aplicarlas y sus destinatarios son aquellos que tienen que hacer esas distintas tareas.

Como hemos dicho, proporcionan una guía acerca de cómo y cuando han de usarse las normas, qué alcance darlas, cómo combinarlas, cuando otorgar precedencia a alguna de ellas (20), qué contenido darles o qué contenido no se puede darles.

B) Con estas referencias básicas podemos entrar en su significado para el conjunto del Ordenamiento jurídico español, punto de vista sistemático y global que nos permitirá entender mejor el sentido y la función de los valores superiores, en el artículo 1.1.

Creo que podemos calificar a la filosofía jurídica que subyace como normativismo corregido. En efecto hasta ahora, los criterios normati-

(19) Vid. «El concepto de Derecho», edición castellana de Genaro Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, págs. 35 y especialmente 42-45.

(20) Vid. GENARO CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

vistas de identificación del Ordenamiento eran criterios formales, y se plasmaban de manera eminente en el modelo kelseniano del Ordenamiento dinámico. Así dirá el maestro austriaco que «el tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que propone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora, o lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina como deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica» (21). En esta tradición del positivismo estatalista que arranca de los orígenes del Estado, de la construcción del concepto de soberanía, por Bodino, y de la concepción hobbesiana del Derecho, la norma de identificación de normas, que permite conocer la pertenencia de una norma al Ordenamiento, es decir si una norma es válida, en este sentido descriptivo, se preocupaba de responder a dos preguntas: ¿quién manda? y ¿cómo se manda? Esa respuesta era la norma básica del Ordenamiento precisamente porque permitía conocer que normas formaban parte de éste. En la cultura jurídica del Estado liberal y del Estado social, la respuesta a la primera pregunta ¿quién manda? era «la soberanía del pueblo» que, en nuestra Constitución es el artículo 1-2: «La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado». Partiendo de esta prescripción se llega a los diversos órganos habilitados para producir normas, que son identificados en muchos casos en la propia Constitución. Así las Cortes Generales que «representan al pueblo español» tienen el poder de crear las Leyes (art. 66) que en cuanto a las Leyes Ordinarias comparten con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 152). Así el Gobierno es el titular de la potestad reglamentaria (art. 97), sin perjuicio de las competencias en esa materia de los ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Así la potestad jurisdiccional «...juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado...», corresponde al Poder Judicial (art. 117.3) que es habilitado para producir ese tipo de normas que son las sentencias. Y podríamos continuar, hasta llegar al último operador jurídico autorizado a crear otras normas aunque su habilitación no se encuentre ya en la Constitución.

La respuesta a la segunda pregunta ¿cómo se manda?, se concreta en la idea del sometimiento al Derecho, en el ejercicio del poder a través del Derecho, y nuestra Constitución recoge esa forma de mandar en la propia calificación del Estado como Estado de Derecho, en el principio del sometimiento de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1) y en el principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). Este planteamiento general se descompondrá después con el establecimiento de los procedimientos —generales e iguales para todos— para producir los diversos tipos de normas-Leyes, disposiciones reglamentarias, sentencias y otras normas, además del propio procedimiento de reforma de la Constitución.

(21) Vid. *Teoría del Derecho*, edición citada, pág. 205.

Con el órgano habilitado para ello y con el procedimiento se identifica, en este punto de vista, a las normas como pertenecientes al Ordenamiento, sin ningún otro requisito. Así una norma será jurídica si la ha producido el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento previamente establecido, sin que el contenido de la norma sea relevante. Kelsen insistirá mucho en ese tema: «...Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica y no por tener determinado contenido... Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas para ello, establecen las normas positivas de ese sistema...» (22).

¿Qué añade a este planteamiento clásico del normativismo formalista la incorporación de los valores superiores del artículo 1-1? A mi juicio supone incorporar una dimensión material a la norma básica del Ordenamiento. En efecto, la identificación de las normas necesitará la respuesta a una tercera pregunta: ¿qué se manda? ¿qué contenido debe tener el Derecho creado por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento preestablecido? Y esas respuestas serán precisamente los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

Este planteamiento que los constitucionalistas llaman la constitución material, arrancará en un contexto cultural no democrático, durante el fascismo en Italia de la obra de Mortati *La Costituzione in senso materiale* (23), que pretende ser precisamente una alternativa al kelsenianismo. El Mortati de 1940 dirá que «...Las leyes no podrán constituir un todo unitario y agruparse en sistema si no las animase un pensamiento común, y si éste no las precediese y las coordinase...»; y añade, contra Kelsen «...no bastaría... la derivación de un órgano común que confiriese la unidad». Su solución se apunta y se desarrolla inmediatamente: «...La naturaleza de las instituciones no puede imaginarse, por consiguiente, sino como el objetivo o el complejo de los objetivos que se incluyen en ella (la Constitución) por el partido en torno a los cuales viene ordenada toda aquella parte de la vida social que aparece relevante para la necesidad de la convivencia...» (24).

No es este el caso del artículo 1-1, porque no se trata de un planteamiento contra el formalismo kelseniano, sino que lo completa. Por eso hemos hablado de normativismo corregido. Y tampoco lo es porque recogemos valores que son la cristalización racional e histórica de la idea de la dignidad humana en la cultura jurídica y política moderna, o dicho de manera más llana, porque son los valores comúnmente aceptados como válidos en la sociedad democrática.

Quizá en este momento aparece más claro porque la respuesta a la pregunta ¿qué se manda? que incluye los principios fundamentales,

(22) KELSEN. *Obra citada*, pág. 204.

(23) Vid. Giuffré. Milán, 1940, aunque es un libro prácticamente desaparecido de la circulación.

(24) Las referencias a textos de Mortati, en *edición citada*, págs. 153-155.

llamados valores superiores por nuestro constituyente, sólo cabe desde concepciones sistemáticas, mientras que las concepciones tópicas o problemáticas no tienen respuesta sino a través de la resolución del caso concreto. No hay incoherencia pues en defender un normativismo de influencia kelseniana, como existente y presente en la Constitución, y defender, al mismo tiempo el sentido y la importancia de los valores superiores. Están más cerca de Kelsen que de la tópica.

En nuestra Constitución, en su sistema de identificación de normas coexisten criterios formales y materiales. Hemos visto que la norma básica formal establece los órganos y los procedimientos para producir el Derecho, y a eso hay que añadir la norma básica material que identifica los contenidos a los que debe ajustarse el resto de las normas del Ordenamiento o respecto de los cuales al menos no deben discrepar. Las normas válidas, las que pertenezcan a nuestro Ordenamiento, tienen que someterse a esos criterios formales y materiales de las normas básicas. No basta el criterio formal; lo que Kelsen representa, el normativismo, es insuficiente. Pero también lo es el criterio material, porque no basta la deducción de las restantes normas de la norma básica material, como una operación racional, sino que siempre será necesaria la voluntad del órgano y el procedimiento de producción para incorporar una norma y sus contenidos materiales al Ordenamiento. Al normativismo formalista le corrige la fórmula de la Constitución pero no lo destruye.

En esta dimensión del Ordenamiento jurídico se pueden añadir más rasgos para identificar a los valores superiores, completando lo que ya hemos señalado en su análisis como norma aisladamente considerada.

1. Estamos ante una norma secundaria (en el sentido de Hart), norma de segunda instancia que tiene como función regular, en este caso desde el punto de vista del contenido, como dice Bobbio «aque- llos particulares actos humanos que son los actos productores de nor- mas» (25). Son Derecho sobre Derecho. Se trata de una norma —como norma básica material del Ordenamiento que señala los fines a alcan- zar y que deja a los operadores jurídicos la elección de los cauces más adecuados para su efectividad, lo que potencia el tema de la interpre- tación. En la propia Constitución ya se encuentran desarrollos norma- tivos de los valores superiores a través de los derechos fundamentales, que son igualmente Constitución en sentido material, lo que en la tra- dición del Derecho Constitucional se llamaba parte dogmática.

Es una norma material sobre normas, la norma básica material so- bre normas y pertenece al grupo de normas iterate en la terminología bobbiana, literalmente normas repetidas o en castellano normas sobre normas.

2. Según la forma en la que influye, será una norma que mande mandar (la más habitual en la acción positiva para desarrollar los va- lores superiores), que prohíba mandar (para impedir su conculcación), que permita mandar (cuando este permiso facilite la realización de to-

(25) Vid. la voz «norma». Enciclopedia IX. Einandi, Turín, 1980, pág. 899.

dos o algunos de esos valores), que mande prohibir o que prohíba prohibir (para evitar la violación de los valores, o para hacer posible su desarrollo).

3. Es guía informadora de las decisiones constitucionales fundamentales (de la propia Constitución o de las normas que la desarrollan o la completan) y raíz de los derechos fundamentales. Es también criterio de interpretación para los operadores jurídicos y es finalmente límite a la acción del poder, con lo que refuerza el control y el sometimiento del poder al Derecho desde su perspectiva material.

Para terminar esta parte, debemos hacer una referencia a alguna de las consecuencias de la complejidad que ha adquirido la identificación de las normas como pertenecientes al ordenamiento al acumularse los criterios materiales a los criterios formales.

Me parece especialmente interesante la posibilidad, que no se puede descartar de una antinomia entre la norma básica formal —órgano de producción de normas— y la norma básica material.

No es un problema sencillo. Aparentemente se puede aplicar el criterio jerárquico, y puesto que la norma básica material está en la Constitución —el legislador extraordinario *ratione materiae*, al que se refiere Carl Schmitt— prima sobre la norma básica formal que no podrá establecer contenidos normativos contrarios. Sin embargo, no basta con una comparación racional, y con la aplicación de criterios lógicos para llegar a esa consecuencia porque toda aplicación de la norma básica material necesita, como toda norma, la mediación de la voluntad del órgano que la produce. En todo caso este problema está en la raíz de la justificación del Tribunal Constitucional para garantizar los contenidos materiales de la Constitución. Hasta el propio Kelsen reconocerá que en las Constituciones existen normas «que no entran en el sentido estricto de Constitución, es decir, de normas que regulan no ya la formación, sino el contenido de las leyes» (26).

Y el Tribunal Constitucional no resuelve esta posible antinomia sólo con la aplicación de razonamientos lógicos sino que también su sentencia es una manifestación de voluntad, que incluso se vota.

Me parece que las decisiones de los Tribunales, y en este caso del Tribunal Constitucional, son producto de la integración de una deliberación racional —que compara la norma básica mantenida con el contenido material de la Ley impugnada— y de una decisión.

La diferencia de este supuesto, en relación con la llamada jurisprudencia de principios, está en que aquí la decisión de los jueces está mediada y en ese sentido mediatizada por los valores superiores, que tienen un núcleo central de significado, aunque tenga zonas marginales o no tan marginales donde la acción del Tribunal puede ser más libre.

(26) Vid. La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice Constitutionnelle) *Annuaire Inst. Inter de Droit Public*. París, 1929, págs. 197-257.

IV

Con esto entramos en la última dimensión de mi reflexión que se refiere a la interpretación de los valores superiores. Estos son una norma básica pero no cerrada y completa, sino abierta y dinámica, sin olvidar que se encuentra además presionada desde fuera por la moralidad crítica que aún no se ha positivizado.

Así los diversos operadores jurídicos tendrían que interpretarla al aplicarla, en la producción de otras normas, legales y jurisprudenciales. Como ya se ha señalado, frente a los criterios de rígida distinción del positivismo estatalista, hoy podemos decir que todos interpretan, en la dinámica del Derecho, a esta norma básica material y que el legislador es aplicador y productor y que el juez es aplicador y productor al actuar, siempre en el marco del significado material de los valores superiores.

En el supuesto español del artículo 1-1 estamos en un sistema jurídico que explicita y normativiza en la Constitución su sistema de valores, que es así, dato previo del sistema, aunque abierto, que al desarrollarse y completarse con la interpretación que hacen los operadores jurídicos es también resultado, y resultado siempre sin completar. Supone así un progreso sobre otros puntos de vista sistemáticos, como el del iusnaturalismo racionalista donde el sistema de valores, la norma básica material es dato previo, del que se deducen lógicamente las consecuencias que forman el ordenamiento. En este caso no habrá resultado sino sólo dato previo. También sobre el alemán de la Ley fundamental de Bonn donde es la jurisprudencia la que deduce del análisis del conjunto del sistema, los valores que lo informan. En este supuesto no habrá dato previo sino únicamente resultado.

La interpretación de los valores superiores en nuestra Constitución por legisladores y por jueces, como por los demás operadores jurídicos, es importante, pero no puede olvidar que parte del dato previo, que no se inicia desde la nada. Y ese dato previo de los valores, no es una fórmula vacía, sino que tiene un núcleo central de sentido formado por la reflexión racional y por la tradición histórica de la cultura democrática.

Creo que lo esencial son los valores de libertad y de igualdad donde cristaliza principalmente ese núcleo esencial de sentido. El pluralismo político se puede reconducir al valor libertad, aunque el constituyente lo hizo aparecer con autonomía, como ocurre con la Constitución portuguesa, para contrastar con el sistema autoritario anterior. En cuanto al valor justicia, en una concepción sistemática, no quiere decir sino libertad e igualdad, que son los contenidos en que cristaliza en el mundo moderno.

La reflexión de la Filosofía jurídica y política, de la historia de las ideas, de la filosofía moral, de la historia del Derecho o del Derecho Constitucional, ha aportado suficientes elementos para identificar ese

núcleo central de sentido de los valores, que los operadores jurídicos deberán tener en cuenta en su interpretación (27).

Así, el valor libertad cristalizará en el mundo moderno como fruto de tres aportaciones sucesivas: la liberal, la democrática y la socialista. Sirva sólo una referencia casi telegráfica y una conciencia de que el problema es complejo y arranca de precedentes previos al tránsito a la modernidad.

La aportación liberal es la libertad de hacer lo que cada uno quiera, es la libertad como no interferencia, la libertad autonomía; la socialista es la libertad para poder hacer lo que se quiera, a través de la creación de condiciones humanas suficientes para poder usar las otras dimensiones de la libertad. Es la libertad prestación que identifica al Estado social. Por fin la aportación democrática, es la libertad para intervenir en la fijación de los criterios de la libertad como no interferencia, y de la libertad prestación. Es la libertad participación. Ahora aparece más clara la idea de que este valor superior está en la raíz de importantes series de derechos fundamentales. Los derechos individuales arrancan de la libertad como no interferencia, los derechos económicos sociales de la libertad prestación y los derechos políticos de la libertad participación.

En cuanto a la igualdad aparecerá como expresión de la aportación liberal, en sus dimensiones formales, y de la socialista en sus dimensiones materiales.

La igualdad formal se diversificará en cuatro dimensiones bien precisas, como generalidad, estableciendo un abstracto destinatario de las normas, el hombre y el ciudadano; como equiparación, lo que supone trato igual en circunstancias no idénticas, pero que no se consideran relevantes (principio de no discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, etc.); como diferenciación cuando si se consideran relevantes ciertas circunstancias para justificar un trato desigual (la riqueza, la edad, la ciudadanía); por fin la igualdad procesal que supone la existencia de unas reglas previas e imparciales, iguales para todos para resolver los conflictos y para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos.

La igualdad material, menos elaborada, lleva a señalar como criterio preponderante y más racional, la idea de la igual satisfacción de las necesidades básicas (vivienda, educación, sanidad, seguridad social) y que está, junto con la libertad prestación, en la raíz de los derechos económicos sociales y culturales y en el proceso de desfundamentación de algún derecho de imposible contenido igualitario como la propiedad.

La interpretación de los valores superiores en el proceso de creación, aplicación del Derecho, deberá contar con ese núcleo central de sentido, tanto en el Derecho legal como en el Derecho judicial.

Partiendo de este dato previo, se pueden a mi juicio señalar algu-

(27) Vid. mi libro sobre «Los valores superiores», ya citado, especialmente págs. 117 y sigs.

nas de las dimensiones más relevantes de la interpretación de los valores superiores del artículo 1-1 (28).

1. A partir de la Constitución, en todo el proceso de aplicación de los valores superiores, todos los operadores jurídicos realizan una tarea interpretativa, tanto los legisladores como los jueces y no se puede pretender que la interpretación sea exclusivamente un monopolio del Tribunal Constitucional (29).

2. El legislador, el Parlamento interpreta los valores superiores al utilizarlos como guía inspiradora en cualquier materia desarrollada por la Ley (por ejemplo, en la Ley Orgánica del Poder judicial). La voluntad del órgano legislativo en esa interpretación tiene que procurar situarse dentro del sistema, en este caso del núcleo central de sentido antes señalado. Es muy discutible la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la LOAPA, sobre los límites de la interpretación del legislativo, porque interpretar al hacer una Ley supone siempre escoger uno entre los varios sentidos posibles. Si el legislador tuviera que dejar abiertos todos los sentidos posibles, en realidad no avanzaríamos nada, especialmente en campos como éste, donde el núcleo central de sentido tiene una textura muy abierta.

3. La interpretación de los valores superiores que realiza el legislativo, se diferencia formal e institucionalmente de la interpretación judicial. La Ley es en manifestación de voluntad que se formula por medio del lenguaje y que exige una deliberación racional, que, sin embargo, no se justifica porque existe la presunción de legitimidad que deriva de que el Parlamento representa a la soberanía que reside en el pueblo.

4. La interpretación judicial se debe enmarcar en el interior del núcleo central de sentido sistema de los valores superiores. Es el momento de reproducción y de aplicación. En ese contexto existe una dimensión creativa, no por las razones que el pensamiento tópico, la retórica, o la jurisprudencia de principios señalan, sino porque en general, y más quizá en este caso, la norma tiene una textura abierta.

5. En el seno de este sistema cabe incluir todo el esfuerzo que desde lo que el profesor Prieto llama pensamiento dialéctico, se hace para incorporar elementos de racionalidad a la producción normativa judicial, aunque, y eso es especialmente patente en nuestro caso, sin que se puedan excluir las dimensiones políticas de valoración subjetiva, de intereses, de formación y de situación social que forman parte de la decisión judicial (30).

6. En algunos supuestos —intervención del Tribunal Constitucional en recursos de inconstitucionalidad—, no se produce la necesidad de examinar y calificar unos hechos, porque la interpretación se hace directamente sobre el texto constitucional sin mediación fáctica.

(28) Para esta tarea ha sido de gran utilidad el sugerente libro del profesor LUIS PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*. Tecnos. Madrid, 1987.

(29) Vid. sentencia 76/83, de 5 de agosto (Fundamentos jurídicos, 4).

(30) Vid. mi trabajo «La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento jurídico». *Poder Judicial*, núm. 6, marzo de 1983, págs. 17 y 30.

7. En todo caso, la interpretación de los valores superiores realizada por los jueces, a diferencia de la interpretación del legislativo, debe estar motivada, puesto que carece de la justificación democrática que reside en el Parlamento, y expresa la carencia de facultades creativas de propio imperio, lo que a veces es olvidado por los judicialismos. La importancia del sistema, del Ordenamiento, reaparece aquí a través de las normas que habilitan a los jueces para convertir en Derecho a sus decisiones.

En resumen, tanto la interpretación de los valores superiores que realiza el Parlamento a través de la Ley, como los jueces a través de sus sentencias, son expresión de una tensión dialéctica entre razón y voluntad. No se trata de la racionalidad de lo relativo, con expresión del profesor Ollero (31), sino de la racionalidad que deriva del núcleo central de sentido del artículo 1-1.

La voluntad razonable de la interpretación, supone la incorporación a la decisión de elementos éticos y políticos, de influencia de la personalidad, de la formación y de los intereses de los grupos (partidos políticos en el supuesto de la interpretación legislativa (32), y de los operadores jurídicos habilitados por la norma, en el caso de la interpretación judicial.

Estas reflexiones, que son incompletas, seguramente superficiales en muchos aspectos, en todo caso expresan una convicción sobre la importancia que para la cultura jurídica de nuestro tiempo tiene la aportación del artículo 1-1 y más precisamente la inclusión en el artículo 1-1 de los valores superiores. Estoy seguro que con las comunicaciones y con la discusión que se produzca podremos contribuir a profundizar su estudio y a ofrecer un material de trabajo para los operadores jurídicos y para los estudiosos interesados por estos temas.

(31) «Interpretación del Derecho y positivismo legalista», citada, pág. 113.

(32) Nos referimos al Estado parlamentario representativo actual. En el Estado Constitucional donde la prerrogativa es compartida entre el Monarca y el Parlamento, esta distinción entre razón y voluntad se plantea entre Parlamento y Rey. La razón se incorpora a la Ley que es preparada por el Parlamento en sus debates y la voluntad se identifica con la sanción regia que convierte en Ley a lo que no es sino una construcción más o menos racional. Vid. Constitución Prusiana de 1850 y Constitución Federal Alemana de 1871. Esa tesis está muy presente en Laband y Jellinek, como señala García Pelayo. *El Estado de Partidos*. Alianza Editorial. Madrid, 1986, pág. 20.