



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES |

Teoría de los derechos fundamentales

ROBERT ALEXY

Traducción y estudio introductorio de
CARLOS BERNAL PULIDO

2.^a Edición

El Derecho y la Justicia

Título original:

THEORIE DER GRUNDRECHTE

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main. 1986

Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido

Segunda edición en castellano: 2007

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://www.060.es>

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Plaza de la Marina Española, 9

28071 Madrid

<http://www.cepc.es>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

© ROBERT ALEXY

© de la traducción y estudio introductorio, Carlos Bernal Pulido

NIPO: 005-07-024-4

ISBN: 978-84-259-1393-8

Depósito legal: M. 52.216-2007

Imprime: Sociedad Anónima de Fotocomposición

c/ Talasio, 9

28027 Madrid

*Para Georg Corbin
y Julia*

Los enunciados de validez normativa del tipo aquí presentado no plantean dificultades fundamentales. Los problemas surgen sólo si se presupone un concepto ético de la validez o, lo que es más plausible, si se incluyen criterios morales en el concepto jurídico de validez. Estos problemas son similares a los que plantean las *afirmaciones interpretativas*, que pueden considerarse como un subconjunto de los enunciados de validez normativa.

¿Qué estatus tiene, por ejemplo, una afirmación según la cual «especialmente los derechos de libertad garantizados en el artículo 2 de la LF (libre desarrollo de la personalidad), artículo 5 de la LF (libertad de formación y expresión de la opinión), artículo 12 de la LF (libertad de profesión) incluyen también dentro de su contenido al derecho a la educación y al perfeccionamiento educativo»?³⁶ Este enunciado se diferencia en algunos aspectos esenciales del enunciado sobre el estacionamiento, antes mencionado. Sin embargo, también debe considerarse como una afirmación de validez normativa. Desde luego, las razones que pueden aducirse a favor (o en contra) de esta afirmación son de un tipo diferente a las del caso del estacionamiento. Aquí no basta con referirse a los actos de expedición de las normas o a otros hechos empíricos. Para obtener una fundamentación completa (sea ésta correcta o no) del enunciado acerca del derecho a la educación y al perfeccionamiento educativo, se necesitan proposiciones normativas que no derivan ni del material autoritativo que hay que presuponer ni de constataciones empíricas. Sin embargo, esto no modifica en nada el carácter del enunciado como enunciado de validez normativa ni de la afirmación como afirmación de validez normativa. Así como es posible calificar los enunciados normativos como enunciados sobre normas válidas, sobre la base de diferentes criterios de validez, así también en las afirmaciones de validez normativa pueden presuponerse diferentes criterios de corrección.

Ya se ha señalado que con al expresar un enunciado tal como «Usted puede estacionar aquí», puede ejecutarse no sólo un acto de afirmación sobre una norma sino también de expedición de norma. La expedición de una norma puede ser de varios tipos. Un caso de expedición de una norma, tan simple como el caso del estacionamiento, ocurre, por ejemplo, cuando un padre prohíbe en la mesa a sus hijos que beban antes de que se hayan comido todo. En cambio, un caso muy complejo de expedición de una norma tuvo lugar cuando, después de que el Consejo Parlamentario aceptara la Ley Fundamental el 8 de mayo de 1949, y de que las Poten-

dos de validez normativa, es posible reconstruir enunciados de validez normativa no explícitos.

³⁶ K. Grimmer, *Demokratie und Grundrechte*, Berlín 1980, pág. 285.

cias de ocupación diesen su autorización el 12 de mayo de 1949, la Ley Fundamental fue aceptada por los representantes nacionales de diez de los once Estados federados, en la semana del 16 al 22 de mayo de 1949, y, después de que el Consejo Parlamentario constara esta aprobación el 23 de mayo de 1949, fue expedida y promulgada por este Consejo, representado por su Presidente. Actos de expedición de normas de este tipo no forman parte de los actos que la jurisprudencia lleva a cabo o debe llevar a cabo. En cambio, las afirmaciones acerca de actos de expedición de normas o los *enunciados sobre expedición de normas*³⁷ que se expresan mediante dichas afirmaciones, juegan en ella un papel importante como argumentos para las afirmaciones atinentes a la validez de las normas. Sin embargo, en el ámbito de la dogmática de los derechos fundamentales, tales enunciados tienen una importancia secundaria. Puede presuponerse que las normas que se expidieron por medio del mencionado acto de expedición normativa, son válidas.

II. LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL

Hasta aquí se ha hablado de normas en general. Ahora hay que preguntar qué son las normas de *derecho fundamental* o *iusfundamentales*. Esta pregunta puede plantearse en abstracto o en concreto. Se plantea en abstracto cuando se pregunta: ¿con base en qué criterios una norma puede ser identificada como norma de derecho fundamental, independientemente de su pertenencia a un determinado orden jurídico o Constitución? Se plantea en concreto cuando se pregunta cuáles normas de un determinado orden jurídico o de una determinada Constitución son normas de derecho fundamental y cuáles no. En esta investigación se trata de una teoría de los *derechos fundamentales de la Ley Fundamental*. Por ello, habrá que plantear la segunda pregunta, en la versión que se refiere a las normas de una determinada Constitución, es decir, en nuestro caso, de la Ley Fundamental.

Puede pensarse en la siguiente respuesta simple: las normas de derecho fundamental son aquellas que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, y las disposiciones iusfundamentales son exclusivamente los enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental. Esta respuesta presenta dos problemas. El *primero* consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho

³⁷ Con respecto a este concepto, cfr. Fr. v. Kutschera, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, Friburgo/Munich 1973, pág. 13.

fundamental, dicha respuesta presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquellos que expresan normas de derecho fundamental y aquellos que no lo hacen. El *segundo* problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental.

1. NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL Y DISPOSICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

En la formulación de ambos problemas, el concepto de enunciado de la Ley Fundamental juega un papel decisivo. Un ejemplo de un enunciado de la Ley Fundamental es: «Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero» (artículo 16 párrafo 2 frase 1 LF). Este enunciado expresa una norma. Por ello, es un enunciado normativo. Todos los artículos de la Ley Fundamental contienen enunciados normativos o partes de enunciados normativos. La norma que expresa el enunciado mencionado es una norma de derecho fundamental. Por lo tanto, el enunciado puede ser llamado «enunciado normativo de derecho fundamental». En adelante, en lugar de esta expresión algo rígida se utilizará el término más frecuente «*disposición de derecho fundamental*». La pregunta es qué es lo que hace que un enunciado de la Ley Fundamental sea una disposición de derecho fundamental. La respuesta al respecto puede apoyarse en criterios materiales, estructurales o/y formales.

Sobre la base de la definición de derecho fundamental propuesta por Carl Schmitt, puede obtenerse un criterio que vincula elementos *materiales* y *estructurales*. Según ella, los derechos fundamentales son «sólo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, se reconocen como tales en la Constitución»³⁸. Que un derecho pertenezca «al fundamento mismo del Estado» es una proposición material. Según Schmitt, al fundamento del Estado liberal de derecho pertenece sólo un grupo de derechos: el de los «derechos individuales de libertad»³⁹. Por lo tanto, «los derechos fundamentales, es decir, los derechos fundamentales en sentido estricto»⁴⁰ serían sólo los derechos que presentan una determinada estructura, la del derecho individual de libertad.

³⁸ C. Schmitt, «Grundrechte und Grundpflichten» (1932) en: *Id.*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2.^a edición, Berlín 1973, pág. 190.

³⁹ *Ibidem*, pág. 206.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 207.

Una definición del concepto de derecho fundamental orientada por este tipo de tesis materiales y estructurales tiene inconvenientes. Desde el primer momento, vincula el concepto de derecho fundamental con una determinada concepción del Estado, en relación con la cual puede dudarse de si ella es la concepción propia de la Ley Fundamental. Un derecho como el derecho a la protección del mínimo vital⁴¹, aun cuando pudiera fundamentarse en normas del catálogo de derechos fundamentales⁴² no podría ser llamado «derecho fundamental», por cuanto tiene una estructura diferente a la de los derechos de libertad del Estado liberal de derecho⁴³. Por ello, es aconsejable no limitar de antemano el concepto de derecho fundamental —y, por lo tanto, el de la norma de derecho fundamental— de la manera propuesta por Schmitt.

El criterio de Schmitt se caracteriza por el hecho de que vincula recíprocamente elementos materiales y estructurales. Se podría pensar que es posible evitar la indeseada limitación del concepto de derecho fundamental, si se adopta el criterio de que la norma estatuida por una disposición de la Ley Fundamental confiera un derecho subjetivo, con prescindencia de sus características. De esta manera se obtendría un criterio puramente *estructural*. De acuerdo con este criterio puramente estructural, el artículo 7, párrafo 1 LF: «Todo el sistema escolar se encuentra bajo la supervisión del Estado», no formularía ninguna disposición de derecho fundamental y, por lo tanto, no expresaría ninguna norma de derecho fundamental. Esto tendría la ventaja de que sólo podría llamarse «norma de derecho fundamental», tal como sugiere la expresión, a aquella que confiera un derecho subjetivo. Sin embargo, tendría la desventaja de que las normas que se encuentran en una estrecha interrelación sistemática y literal con las normas de derechos fundamentales que confieren derechos subjetivos, no podrían subsumirse bajo el concepto que mejor expresa esta interrelación. Esta circunstancia, sumada al hecho de que una utilización amplia de expresiones tales como «norma de derecho fundamental» o «disposición de derecho fundamental» responde a la tradición de la dogmática del derecho constitucional⁴⁴, justifican el rechazo de este criterio.

⁴¹ Con respecto a un derecho semejante, sobre el cual existe un amplio consenso, cfr. para más detalles, G. Dürig, en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, artículo 1 párrafo 1 número al margen 43 s., art. 2 párrafo 2, número al margen 26 s. Cfr., además, *infra*, Capítulo 9. IV, 1.

⁴² Con respecto a las diferentes posibilidades de construcción —artículo 1 párrafo 1, artículo 2 párrafo 2 frase 2 LF, principio del Estado social— cfr. G. Dürig, *loc. cit.*

⁴³ Cfr. *infra*, Capítulo 4. II. 1. 1. 2.

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, R. Thoma, «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen» en H. C. Nipperdey (ed.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlín 1929, págs. 3 ss.; Fr. Klein en H.

Más conveniente que la fundamentación del concepto de norma de derecho fundamental sobre criterios materiales y/o estructurales es su vinculación con un criterio *formal*, que apunte a la forma de positivización. De acuerdo con este criterio, todos los enunciados del capítulo de la Ley Fundamental titulado «Derechos fundamentales» (artículos 1-19 LF) son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de lo que ellos estatuyan. El problema es que el círculo de aquello que se abarcada de esta manera es demasiado restringido. No hay duda de que otras disposiciones de la Ley Fundamental, como por ejemplo, la del artículo 103, párrafo 1 LF, que establece que todos tienen derecho a ser escuchado judicialmente, expresa una norma de derecho fundamental. Para la identificación de estas disposiciones a las que Fr. Klein ha llamado correctamente «las disposiciones satélites correspondientes»⁴⁵, se ofrece como criterio formal el catálogo de derechos designados simplemente como «derechos» en el artículo 93 párrafo 1 N.º 4 a LF, y con respecto a los cuales esta disposición admite el recurso de amparo. Si se vinculan los dos criterios que se refieren al texto de la Constitución, es posible definir provisionalmente los conceptos de disposición de derecho fundamental y de norma de derecho fundamental de la siguiente manera: *disposiciones de derecho fundamental* son los enunciados formulados en los artículos 1 a 19 LF y los enunciados contenidos en los artículos 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 LF que confieren derechos individuales⁴⁶. *Normas de derecho fundamental* son las normas directamente expresadas por estos enunciados.

Lo único que se afirma en relación con estas definiciones es que ellas son adecuadas para una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Si se toma en cuenta el hecho de que dentro del marco de los conceptos así configurados, es posible llevar a cabo diferenciaciones ulteriores, entonces, estas definiciones tienen cuatro ventajas: (1) Se

v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, Observación preliminar A-VI (págs. 78 ss.).

⁴⁵ Fr. Klein en H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo I, Observación preliminar A VII 3 (pág. 83).

⁴⁶ Con respecto al carácter de derecho fundamental del derecho de resistencia del artículo 20 párrafo 4 LF, cfr. J. Isensee, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969, págs. 81 s. Un catálogo de las disposiciones satélites del catálogo de derechos fundamentales que, con excepción del derecho de resistencia, coincide con lo aquí expuesto, se encuentra en K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14 edición, Heidelberg 1984, observación al margen 277. Mucho más amplio es lo que Th. Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 23 edición, Munich 1980, págs. 111 ss., clasifica como derechos fundamentales fuera del catálogo. Su enumeración incluye, para tan sólo mencionar dos ejemplos, también los derechos de los diputados, establecidos por los artículos 46-48 LF, y la independencia de los jueces (artículo 97 LF).

mantienen lo más cerca posible de la Ley Fundamental y, por cierto, (2) sin que por medio de ellas se cercenen consideraciones de tipo general, (3) mediante ellas no se prejuzga acerca de ninguna tesis material y estructural y (4) comprenden, en lo esencial, las disposiciones a las cuales se atribuye el carácter de derecho fundamental en la discusión sobre los derechos fundamentales.

2. NORMAS ADSCRITAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

De acuerdo con las definiciones provisionales que se han formulado, las normas de derecho fundamental son sólo aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la LF (es decir, por las disposiciones de derecho fundamental). Cabe preguntar si esta definición no es demasiado restringida. Para responder esta pregunta, conviene echar una mirada al artículo 5, párrafo 3, frase 1 LF, del cual ha de interesar la siguiente parte:

(2) «[...] la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres».

En razón de su contexto, especialmente en razón del artículo 1, párrafo 3 LF —que somete los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los subsiguientes derechos fundamentales en cuanto derechos de vigencia inmediata— no puede haber duda que este enunciado no debe entenderse en un sentido descriptivo sino normativo. Por ello, lo que se dice con la formulación presentada, puede expresarse con los siguientes enunciados deónticos:

(2') Está ordenado que la ciencia, la investigación y la enseñanza sean libres

o

(2'') la ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres.

De estos tres enunciados puede decirse que ellos expresan de diferente forma la misma norma *directamente* estatuida por el texto constitucional. Desde luego, esta norma es muy indeterminada. Su indeterminación es de doble naturaleza. Es abierta tanto semántica como estructuralmente.

Es *semánticamente* abierta debido a la indeterminación de las expresiones «ciencia», «investigación» y «enseñanza»⁴⁷. Es posible reducir

⁴⁷ Aquí puede renunciarse a un análisis más exacto de la apertura semántica. Cfr. al respecto, H.-J. Koch/H. Rübmann, *Juristische Begründungslehre*, págs. 191 ss.; R. Alexy,

esta indeterminación mediante la definición de ciertas reglas semánticas⁴⁸. El Tribunal Constitucional Federal formula este tipo de reglas semánticas cuando señala que actividad científica es todo aquello «que, por su contenido y su forma, debe considerarse como un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad»⁴⁹ o cuando señala que no tiene lugar una actividad científica cuando «los conocimientos obtenidos mediante la observación, son adaptados con discrecionalidad como motivaciones de su actuación política, por un partido político, es decir, por un grupo que, en lo esencial, está decidido a participar activamente en la vida estatal»⁵⁰.

Aquí se considerará sólo la primera de estas reglas. Ella puede formularse por medio de:

- (3) Todo aquello que por su contenido y forma sea un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad es ciencia.

De (3) junto con (2») deriva:

- (4) Todo aquello que por su contenido y forma sea un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad debe ser libre.

(4) expresa una norma. Podría preguntarse si una norma de este tipo es una norma de derecho fundamental. Sin embargo, antes de abordar esta pregunta, debe considerarse la apertura estructural, en la cual se plantea con especial urgencia una pregunta similar.

En el caso del artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF, la *apertura estructural* que caracteriza a numerosas disposiciones de derecho fundamental, se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que sólo mandato de que la ciencia, la investigación y la enseñanza deban ser libres no se infiere si este estado de cosas ha de alcanzarse mediante acciones del Estado o por medio de omisiones del Estado, ni si la existencia o la creación de este estado de cosas presupone o no la atribución a los científicos de derechos subjetivos relativos a la libertad científica. En una sentencia sobre una ley provisional relativa a la educación superior integrada en Baja Sajonia, el Tribunal Constitucional Federal da, entre otras, las siguientes respuestas a las preguntas aquí mencionadas:

- (5) «El Estado tiene el deber de posibilitar y promover el desarrollo libre de la ciencia y su transmisión a las futuras generacio-

«Die logische Analyse juristischer Entscheidungen» en *ARSP*, Beiheft N. F. 14 (1980), págs. 190 s.

⁴⁸ Cfr. al respecto R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 276 ss.

⁴⁹ BVerfGE 35, 79 (113).

⁵⁰ BVerfGE 5, 85 (146).

nes, para lo cual debe facilitar los medios personales, financieros y de organización»⁵¹.

y

- (6) «Todo aquel que trabaje en la ciencia, la investigación y la enseñanza —bajo la protección del deber de lealtad que establece el artículo 5 párrafo 3 frase 2 LF— tiene un derecho de defensa en contra de toda intromisión estatal en el proceso de obtención y transmisión de los conocimientos científicos»⁵².

No hay duda que estos enunciados expresan normas. Pero, ¿expresan también normas de derecho fundamental?

En contra de la catalogación de este tipo de normas como normas de derecho fundamental juega la circunstancia, de que ellas no coinciden con la norma directamente formulada a través del artículo 5, párrafo 3 frase 1 LF ni tampoco se infieren únicamente de ella. Así, por ejemplo, no se viola la formulación del artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF, si se interpreta este artículo exclusivamente como una prohibición de restricciones a la ciencia, es decir, se niega (5). Además, si se tomado en sí mismo, el texto de esta disposición no proporciona ninguna información acerca de si ella confiere un derecho subjetivo, es decir, si (6) tiene validez. Esto hace evidente hacia dónde lleva la concepción, a primera vista tan plausible, según la cual, las normas de derecho fundamental son sólo aquellas que el texto constitucional expresa directamente. En el caso del artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF ello tendría como consecuencia que en el ámbito de la ciencia, la investigación y la enseñanza existiría una sola norma de derecho fundamental, es decir, aquella que podría formularse, entre otros, mediante el enunciado:

- (2") La ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres.

Esta concepción no puede ser calificada de falsa. No obstante, a favor de la concepción opuesta hablan razones más fuertes. Para poder decidir un caso como el de la ley provisional para la educación superior integrada en Baja Sajonia, debe suprimirse la indeterminación de esta norma en relación con su estructura. Para tal fin, resulta indispensable mencionar normas tales como (5) y (6). Esto muestra que tales normas tienen una relación más que casual con el texto de la Constitución. Ellas son necesarias cuando debe aplicarse a casos concretos la norma expre-

⁵¹ BVerfGE 35, 79 (114 s.).

⁵² BVerfGE 35, 79 (112 s.).

sada por el texto de la Constitución. Si no se presupusiese la existencia de este tipo de normas, no sería claro qué es aquello que, sobre la base del texto constitucional (es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido. La relación de este tipo, que tienen las normas mencionadas con el texto constitucional, será llamada «relación de precisión»⁵³. A esta relación se agrega una segunda relación especial con el texto de la Constitución, o mejor dicho, con la norma directamente expresada por él. El Tribunal Constitucional Federal, al presuponer las normas mencionadas, parte del hecho de que ellas deben presuponerse porque la Constitución contiene el artículo 5, párrafo 3, frase 1 LF. Se trata, pues, de una *relación de fundamentación* entre la norma que hay que precisar y la norma que la precisa. Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas que los enunciados de la Constitución expresan directamente, sino también las normas del tipo aquí mencionado.

Normas como (4), (5) y (6) no son estatuidas directamente por el texto constitucional sino que, más bien, son adscritas a las normas directamente estatuidas por dicho texto. Esto justifica llamarlas «normas adscritas». Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas adscritas de derecho fundamental.

Desde luego, con la calificación de las normas adscritas como normas de derecho fundamental, se abre la puerta a un conjunto de problemas. A las normas directamente estatuidas por las disposiciones de derecho fundamental están adscritas normas muy diferentes. La discusión sobre los derechos fundamentales es, en gran parte, una polémica acerca de qué normas debe adscribirse a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas. ¿Deben considerarse todas las afirmaciones sobre la existencia de normas, expresadas en esta polémica, como afirmaciones acerca de la existencia de normas de derecho fundamental, por ejemplo, también aquellas que son rechazadas por casi todos y aquellas que poseen una fundamentación deficiente? Si esto fuera así, el enunciado que cualquier persona formulara, incluso sin hacerlo en serio, según el cual: «En virtud del artículo 13 LF, la Administración Pública tiene que facilitar a cada estudiante una vivienda de dos habitaciones, cerca de la universidad», expresaría una norma de derecho fundamental.

⁵³ En este sentido, la situación es aquí diferente a la de la suposición de un «derecho fundamental no escrito». Un derecho fundamental no escrito está caracterizado por el hecho de que la norma de derecho fundamental que lo establece no se encuentra en una relación de precisión con una norma de derecho fundamental expresada directamente en el texto de la Constitución.

Esta dificultad sólo puede superarse si se indica un criterio que permita distinguir, dentro de la clase potencialmente ilimitada de los candidatos a la adscripción, entre aquellos candidatos que son normas de derecho fundamental y aquellos que no lo son. Puede recurrirse, por una parte, a un criterio empírico y, por otra, a uno normativo. Opta por un criterio empírico quien dice que las normas adscritas de derecho fundamental son aquellas que la jurisprudencia y la ciencia del derecho realmente adscriben a las normas de derecho fundamental estatuidas directamente. Sin embargo, un criterio empírico de este tipo no es adecuado desde la perspectiva de una teoría jurídica de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, resulta constitutiva la pregunta de qué adscripciones puede llevarse a cabo *conforme a derecho*. Para responder esta pregunta, por cierto, juegan un papel significativo los precedentes judiciales y el consenso dogmático⁵⁴. Sin embargo, con la mera referencia a cómo se ha decidido y a qué es lo que se ha querido decir, no es posible dar respuesta a esta pregunta.

Una adscripción se lleva a cabo conforme a derecho cuando la norma adscrita puede ser catalogada como válida. Para catalogar como válida a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta hacer referencia a su inclusión en el derecho positivo. En el caso de las normas adscritas, una referencia semejante está excluida por definición. Por lo tanto, no es posible su identificación dentro del marco del concepto jurídico de validez. Lo mismo vale para los conceptos sociológico y ético de validez. Que una norma valga social o éticamente no significa que, conforme a derecho, pueda ser adscrita a una norma de derecho fundamental estatuida directamente. Ninguno de los tres conceptos de validez es, por lo tanto, idóneo para identificar las normas adscritas de derecho fundamental. No obstante, los tres son relevantes dentro del marco del siguiente criterio: Una norma adscrita tiene validez y es una norma de derecho fundamental, si para su adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida es posible aducir una *fundamentación iusfundamentalmente correcta*. Que estos tres conceptos de validez están presentes en el marco de este criterio, es algo que se evidencia en el papel que juegan en las fundamentaciones de derecho fundamental, el texto de las disposiciones de los derechos fundamentales, los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal y los argumentos prácticos generales.

Por lo tanto, que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental, es algo que depende de la argumentación de derecho funda-

⁵⁴ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 326 ss., 334 ss.

mental que sea posible aducir a su favor. Esto tiene, a primera vista, consecuencias fatales. En muchos casos, es discutible si a favor de la adscripción de una norma es posible aducir una fundamentación de derecho fundamental correcta. Las reglas de la fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a un único resultado⁵⁵; además, estas mismas reglas están en conflicto⁵⁶. Por lo tanto, esto significa que, en muchos casos, existe incertidumbre acerca de qué normas son normas de derecho fundamental.

Sin embargo, esta incertidumbre no es demasiado importante. Por una parte, ella no afecta por igual a todas las normas adscritas. Así, por ejemplo, no puede haber ninguna duda con respecto a la fundamentación de la adscripción al artículo 5, párrafo 3 LF, de una norma que otorgue un derecho de defensa. Por otra parte, ella expresa un problema que, de todas maneras, es inevitable. Sería posible renunciar al concepto de norma adscrita de derecho fundamental aquí introducido. Pero, entonces, la pregunta acerca de qué debe valer sobre la base de las disposiciones de derecho fundamental, se plantea fuera de ese concepto con la misma agudeza. Como existen buenas razones para el uso de aquel concepto y como con el mismo no se produce ninguna incertidumbre adicional, todo habla a favor de la conveniencia de utilizarlo⁵⁷.

⁵⁵ Esto vale, en general, para las reglas de la fundamentación jurídica; cfr. al respecto R. Alexy, «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation» en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), págs. 180 ss.

⁵⁶ Puede, por lo tanto, presentarse el caso de que sean posibles fundamentaciones igualmente buenas para dos normas reciprocamente incompatibles, N_1 y N_2 . ¿Deben entonces valer tanto N_1 como N_2 como normas de derecho fundamental? Esta posibilidad debe rechazarse. Para poder fundamentar esta negativa, el concepto de fundamentación iusfundamental correcta, utilizado en el criterio presentado más arriba, debe entenderse en el sentido de que una fundamentación de la adscripción de N_1 que, tomada en sí misma, sería correcta, pierde su carácter de correcta si N_2 puede ser fundamentada de una manera igualmente correcta. En este caso, ningún candidato a la adscripción vale como norma adscrita. Por ello, un tribunal que considere que N_1 y N_2 están igualmente fundamentadas, no puede apoyarse en una norma a la que pueda considerar como válida, a causa de su capacidad para ser fundamentada correctamente, sino que tiene que adoptar una decisión dentro de un ámbito abierto desde el punto de vista de la validez. Debido a su fuerza como precedente, que también tiene importancia desde el punto de vista de la fundamentación, esta decisión puede hacer parecer en el futuro que la norma preferida está mejor fundamentada. De la situación aquí estudiada, en la que dos normas reciprocamente incompatibles se presentan como igualmente fundamentables de manera correcta a quien debe tomar la decisión, hay que distinguir la situación en la que existen dos individuos que deben tomar la decisión y que sostienen concepciones diferentes acerca de la fundamentabilidad de una norma. Esta situación es mucho más frecuente que aquella en la que el decisor no puede decidir cuál de las dos fundamentaciones es la mejor.

⁵⁷ Una ventaja de este concepto será mencionada aquí al margen: permite hablar del descubrimiento de nuevas normas de derecho fundamental. En este contexto, cabe presen-

La definición del concepto de norma de derecho fundamental, que está en función del concepto de fundamentación iusfundamental correcta, sólo se ha relacionado hasta ahora con las normas adscritas de derecho fundamental. También puede extenderse a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas y, de esta manera, puede generalizarse. Según una definición general de este tipo, las normas de derecho fundamental son todas aquellas a favor de las cuales es posible aducir una fundamentación iusfundamental correcta. Por regla general, basta hacer alusión al texto de la Constitución para construir una fundamentación iusfundamental correcta concerniente a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas. Una fundamentación más profunda —que expusiera por qué aquello que dice la Constitución tiene validez— tiene, por lo general, sólo un interés teórico para la praxis de la fundamentación iusfundamental. Esto muestra con claridad que la generalización de la definición que está en función de la fundamentación iusfundamental correcta, en modo alguno hace desaparecer la diferencia que existe entre las normas de derecho fundamental directamente estatuidas y aquellas que lo están indirectamente. La fundamentación iusfundamental correcta variará según se trate de una norma de derecho fundamental estatuida directa o indirectamente.

3. SOBRE LA TEORÍA DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL DE FR. MÜLLER

La definición del concepto de norma de derecho fundamental aquí expuesta, tiene un carácter de tres niveles. Parte de la distinción entre enunciado normativo y norma, que es constitutiva del concepto semántico de norma. En el primer nivel, se define el concepto de norma de derecho fundamental haciendo referencia a enunciados normativos que son estatuidos por una determinada autoridad: la del constituyente. Estos enunciados normativos, las disposiciones de derecho fundamental, se identifican por medio de criterios formales que toman en cuenta la forma de la positivización: la pertenencia a la sección de derechos fundamentales de la Ley Fundamental y la inclusión en la disposición sobre el recur-

tar la bella metáfora de Thoma que, con algunos matices, puede aplicarse también a la Ley Fundamental: «Se puede decir que la jurisprudencia alemana trata a la Constitución del Reich como una montaña en cuya profundidad la varita mágica de la exégesis puede mostrar siempre nuevas y hasta ahora ocultas vetas de normas válidas» (R. Thoma, «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen», pág. 4).