

J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, 367 pp.

Quienes se dedican a la investigación en materia de los derechos fundamentales se interesarán inmediatamente por este trabajo –resultado de una tesis doctoral–, pues hay muy pocos estudios en castellano sobre el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que consagra la llamada "garantía del contenido esencial", pese a su enorme interés teórico y práctico desde la vigencia de la Constitución española de 1978, que la adoptó, aunque con particularidades, incorporándola al artículo 53.1.

La obra se divide en tres capítulos, que constituyen sus líneas de desarrollo, y un apéndice. El capítulo primero se titula: "El parámetro del control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales". En él, se pretende establecer cuál es "el objeto de protección de la garantía" del contenido esencial (p. 15). "Mediante la idea de parámetro del control de constitucionalidad se hace referencia al elemento normativo del control, es decir, a la descripción de las normas constitucionales que sirven de presupuesto para la operación del control de constitucionalidad" (p. 21). Como el mismo autor señala, "en la doctrina alemana se han utilizado dos posiciones para determinar este parámetro: considerar el derecho fundamental como derecho subjetivo o considerar que el parámetro es la norma objetiva que establece el derecho fundamental; ambas posiciones dan lugar a las denominadas teorías subjetivas y objetivas" (p. 15).

Según Gavara de Cara, la lógica a la que responde la teoría subjetiva es considerar que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, en tanto que la concepción global de la teoría objetiva es un reflejo de la concepción del derecho fundamental como norma objetiva. Esta última teoría "plantea, por una parte, la incoherencia que supone la aplicación práctica de la teoría subjetiva entendida a partir de su identificación con la situación jurídica de los titulares de los derechos fundamentales y, por otra parte, intenta demostrar que como criterio de identificación del parámetro del control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales se puede utilizar la norma objetiva que establece un derecho fundamental" (p. 39).

La valoración de ambas posiciones requeriría, según el autor, el examen del *significado* de los derechos fundamentales, así como de las normas que los establecen y su contexto de aplicación. Este examen parte de un desarrollo de

las concepciones tradicionales sobre el problema: por una parte, la que atiende a la estructura del derecho público subjetivo, planteándose que coincide con la del derecho subjetivo privado y se distingue por las personas que intervienen en las respectivas relaciones jurídicas; por la otra, la que niega la existencia del derecho público subjetivo del individuo, considerándolo como un simple reflejo de los principios del Derecho Público.

Se prescindirá aquí del análisis de cada una de las dos posiciones que se contiene en el libro. Simplemente se exponen sus conclusiones. Según el autor, "la *reconstrucción del parámetro* de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales tiene las siguientes premisas teóricas: a) La *no utilización del concepto de derecho subjetivo como punto de partida* (...). b) La *no utilidad de la distinción entre el derecho subjetivo privado y el derecho público subjetivo* en base a sus distintas consecuencias jurídicas (...). c) La *imposibilidad de deslindar el derecho subjetivo de un deber o una norma jurídica objetiva* (...). d) La *no utilización del concepto de derecho subjetivo* (...) a partir de la *ausencia de referencia semántica* (...). e) La determinación del sentido de los derechos subjetivos a partir de las *modalidades deónticas* (Kelsen) conduce a utilizar el operador deóntico *permisión*, en relación al titular del derecho, y el operador deóntico *obligación o prohibición*, en relación al destinatario del derecho. f) La determinación del sentido de los derechos subjetivos mediante *tablas de correlativos y opuestos* aplicables a las modalidades jurídicas de los derechos subjetivos, se realiza a partir de una descripción de los casos en los que se utiliza el derecho subjetivo por parte de la jurisprudencia (...). g) La utilización conjunta de esas determinaciones del sentido del derecho subjetivo aparece en la *reconstrucción de R. Alexy* sobre el análisis de los derechos fundamentales. Estos son concebidos de forma global como totalidad compuesta de tres elementos: el derecho a algo, la libertad reforzada y la competencia (...)" (pp. 118-119).

Estas "premisas teóricas" permiten la *reconstrucción del parámetro de constitucionalidad* en materia de derechos fundamentales: "a) Los derechos fundamentales contienen de manera expresa o implícita *tres elementos* que son susceptibles de ser modificados a través de enunciados jurídicos: *titular, destinatario y objeto del derecho fundamental*. El control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales recaerá básicamente en el análisis de dichas modificaciones. b) Los derechos fundamentales son *permisiones ambiguas* que tienen, al menos, un sentido prescriptivo y un sentido cualificatorio" (p. 119). El sentido prescriptivo implica una prohibición de que el destinatario del derecho impida u obstaculice la acción descrita por el derecho fundamental o en la obligación de que realice una determinada acción. La

vulneración del sentido prescriptivo da lugar a una sanción. El sentido cualificatorio produce que los enunciados jurídicos que prohíban o dificulten la acción descrita en el derecho fundamental sean calificados como no válidos. La vulneración del sentido cualificatorio da lugar a la nulidad.

La anterior "presentación de los derechos fundamentales no elimina por sí misma las *indeterminaciones* o aperturas semánticas, estructurales o en relación al supuesto de hecho que pueden plantearse sobre la aplicación de normas que establecen derechos fundamentales" (p. 120, v. también, esp., pp. 71-75 y 116-117). La indeterminación semántica proviene de la inexistencia de un significado unitario de los términos utilizados en el derecho fundamental. La estructural, de que no sea unívoco el sentido prescriptivo de un derecho fundamental. Las indeterminaciones en relación al supuesto de hecho, finalmente, surgen de la necesidad de identificar a las acciones que se pueden subsumir en la norma que establece el derecho fundamental.

El autor distingue dos grupos de criterios de solución para las indeterminaciones: a) los criterios contextuales, que resuelven el problema "dentro del contexto constitucional configurado por las normas que establecen derechos fundamentales, su conexión con otras normas constitucionales, así como las circunstancias y reglas de utilización" y b) los criterios extra-contextuales, que recurren a "algún criterio externo o al margen del texto constitucional" (p. 121). Defiende un modelo contextual, "basado en la estructura de las disposiciones constitucionales que regulan los derechos fundamentales y en sus conexiones con otras normas constitucionales". El análisis de este modelo requiere, de un lado, el estudio de su objeto (principalmente, las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales), que ocupará el capítulo II de la investigación y, del otro, del examen de adecuación del objeto al parámetro del control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales, que será realizado en el capítulo III del trabajo.

El capítulo segundo está dedicado al estudio del objeto del control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales. Dicho objeto está constituido por los enunciados jurídicos que desarrollan los derechos fundamentales en una determinada Constitución. Según Gavara de Cara, este tema se conecta con el de los destinatarios de la garantía del contenido esencial. En su opinión, el único destinatario es el poder legislativo. Por tanto, la aplicación de la garantía presupone la existencia de una ley. Y ésta, la de una reserva de ley.

La reserva de ley es una norma de competencia que incluye una regla de admisión y una de rechazo. Para que los enunciados jurídicos obtenidos de una reserva de ley puedan ser calificados como jurídicos deben reunir tres requi-

sitos: a) proceder de un determinado órgano; b) haber sido creados conforme a un determinado procedimiento; c) tratar sobre determinada materia. La Ley Fundamental no establece una reserva de ley genérica, aplicable a todos los derechos fundamentales, sino reservas de ley individualizadas. El desarrollo normativo de los derechos fundamentales sin reserva debe justificarse en la protección de bienes jurídicos de rango constitucional o de derechos fundamentales de terceras personas.

El objeto de las leyes de desarrollo puede ser dividido en actividades de dos tipos: a) la intervención, que es la modificación no contraria a la Constitución de alguno de los elementos configuradores de los derechos fundamentales (titular, destinatario, objeto); b) la configuración, que es la dotación de contenido material de alguno de los elementos configuradores. Sobre el ámbito de aplicación del contenido esencial se han expuesto dos tesis. La restrictiva lo limita a la intervención. La extensiva –a la que adhiere el autor–, en cambio, incluye la configuración. Esta última postura permite al autor concluir que el control de constitucionalidad y la garantía del contenido esencial tienen un mismo ámbito de aplicación: cualquier acto normativo de desarrollo de los derechos fundamentales con independencia de que suponga su limitación o configuración.

El capítulo tercero se titula: "El examen de adecuación de la ley de desarrollo de los derechos fundamentales a la Ley Fundamental de Bonn: la garantía del contenido esencial". El significado de los términos "contenido" y "esencial" aporta algunas luces al estudio del tema. "Contenido" conduce al verbo "contener", que significa encerrar una cosa en otra. "Esencial" es un adjetivo con diversas acepciones. Hay tres interesantes: a) lo general en contraposición a lo particular; b) lo que permanece en contraposición a las circunstancias cambiables; c) lo determinante necesario en contraposición a lo accesorio.

La primera acepción ha sido objeto de planteamientos disyuntivos: el contenido esencial debe ser determinado de un modo generalizable (aplicable a todos los derechos fundamentales) o de un modo individualizable (aplicable a cada derecho fundamental en concreto). El autor se inclina por esta segunda postura, sobre la base de los argumentos que proporciona un análisis gramatical del art. 19 de la Ley Fundamental.

La segunda acepción fue utilizada por el Tribunal administrativo federal. Se sostuvo en ese ámbito que la afectación del contenido esencial de un derecho fundamental no puede ser juzgada en relación a la finalidad de la medida restrictiva, sino exclusivamente en relación a lo que permanece o resta tras la limitación. La pregunta evidente es ¿hasta dónde puede llegar la

limitación?. Para responderla surgió la conocida "cláusula de la comunidad", cuya aplicación sería finalmente rechazada por el Tribunal Constitucional. Esta norma hermenéutica prescribe que aunque en ningún caso puede ser afectado en su contenido esencial un derecho fundamental a través de la ley, también pertenece a la sustancia del derecho fundamental que no pueda ser objeto de pretensión cuando son puestos en peligro otros derechos fundamentales o bienes jurídicos necesarios para la estabilidad de la comunidad.

La tercera acepción fue muy empleada por los defensores de la teoría absoluta del contenido esencial, quienes lo consideran definible con base en sus propiedades. El contenido esencial de un derecho fundamental estaría constituido por los rasgos típicos que configuran un derecho fundamental.

La teoría absoluta tiene dos tendencias principales: a) la primera sostiene que el contenido esencial es equiparable al concepto de dignidad de la persona o de derechos humanos. Desde esta perspectiva, el artículo 19.2 de la Ley Fundamental sería la conclusión técnico-jurídica del art. 1 pars. 2 y 3; b) la segunda, que la determinación necesaria del contenido esencial está constituida por un núcleo en contraposición a una periferia. Todo derecho fundamental poseería un núcleo duro denominado "contenido esencial" al que se le aplicaría la prohibición de su afectación. Las otras partes de un derecho fundamental serían "envolturas" débiles, susceptibles de regulación.

Gavara de Cara rechaza la primera posición sobre la base de las fuertes críticas que se le hicieron en Alemania. La segunda, que es utilizada en ocasiones por el Tribunal Constitucional, es asimismo rechazada por el autor porque —en su opinión— debe "recurrir a algún tipo de criterio extracontextual que sirva de referencia para examinar si se produce o no una desnaturalización del derecho fundamental" (p. 231) y porque supondría un contrasentido aceptar que el derecho fundamental pueda ser dividido en partes, pues el control de constitucionalidad operaría sobre una parte de la norma constitucional que reconoce un derecho fundamental y no sobre toda ella.

El segundo grupo importante de teorías lo constituye el que agrupa a las teorías relativas. Estas consideran, y es su diferencia sustancial con las teorías absolutas, que el contenido esencial no constituye una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental. Para quienes adoptan esta postura, el contenido esencial de los derechos fundamentales tiene un valor declarativo que se obtiene a través del control de constitucionalidad de las normas de desarrollo de los derechos fundamentales a partir de la no contradicción y su justificación en la Constitución. "Para las teorías relativas sería admisible constitucionalmente que en un caso concreto se pudiera realizar una intervención que suponga una

inaplicación del derecho fundamental en una situación concreta, siempre que se pudiera justificar constitucionalmente" (p. 272).

Hay una tercera teoría relevante, que considera al contenido esencial como absoluto, pero relativizable a través de los límites inmanentes del derecho fundamental en juego. Esta posición, en palabras del autor, "parte de un supuesto de carácter absoluto consistente en no permitir en ningún caso que el legislador afecte el contenido esencial de un derecho fundamental. Sin embargo, se considera que pertenece también al interior conceptual de un derecho fundamental el que no pueda ser protegido cuando a través de su ejercicio se pueda poner en peligro el ejercicio de derechos fundamentales de terceras personas o bienes jurídicos necesarios para la estabilidad de la comunidad" (p. 272). Según Gavara de Cara, esta teoría es más próxima a la relativa que a la absoluta, "ya que su objeto de examen es el efecto que produce la limitación del derecho fundamental al mismo tiempo que no ofrece una determinación sobre el contenido esencial del derecho fundamental para que pueda ser establecida su afectación" (p. 273).

La teoría de un contenido esencial absoluto relativizado a través de límites inmanentes exige la inclusión dentro del contenido esencial de una serie de límites intrínsecos. El autor apoya la tesis de la inmanencia del Tribunal Constitucional, elaborada principalmente para solucionar los problemas planteados por los derechos fundamentales que carecen de reserva de ley. Esa tesis "se puede desglosar en el análisis del método de la ponderación de bienes y de la aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar los conflictos entre derechos fundamentales y derechos de terceras personas y bienes jurídicos constitucionales" (p. 285).

El método de la ponderación de bienes parte de una situación de conflicto entre un derecho fundamental y un bien jurídico constitucional, y persigue su solución mediante "la determinación de una jerarquía presupuesta en el texto constitucional" (p. 290). La ponderación puede ser abstracta o concreta. La ponderación abstracta responde a la definición del párrafo anterior. Cuando no es posible establecer la jerarquía buscada, debe recurrirse a la ponderación concreta. Para la solución de las ponderaciones concretas se utiliza el principio de proporcionalidad en sentido amplio, que implica tres sub-principios, el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de adecuación persigue establecer si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende (pp. 302-304).

El principio de necesidad busca determinar si la medida adoptada es la menos restrictiva del derecho fundamental en juego (pp. 304-308).

Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto procura comprobar la razonabilidad de la limitación. Es decir, la existencia de "una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que pretende" (p. 334 v. también pp. 308-311).

Según el autor, la aplicación del principio de proporcionalidad no ha recibido una justificación teórica adecuada. Esta insuficiencia conduce a la necesidad de acudir a criterios normativos para la determinación de la constitucionalidad de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales. Los controles normativos tratan de determinar: a) si se ha producido una incidencia de la decisión normativa en los elementos configuradores del derecho fundamental; b) si se ha producido una extralimitación en la utilización de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales por parte del Poder Legislativo; c) si la decisión normativa no es compatible con el objeto de protección del derecho fundamental; d) si la adopción de decisiones normativas que establezcan límites y configuraciones a los derechos fundamentales tienen una justificación en los preceptos de la Constitución y no son contrarias a ella (pp. 313-326 y 335).

Las ideas conclusivas del trabajo se refieren a la función del contenido esencial. Sostiene el autor que: "(...) la cláusula del contenido esencial es una cláusula que fue pensada para controlar la actividad del legislador en sistemas en los que no existía un control de constitucionalidad de las leyes. En la actualidad dicha garantía se incluye en constituciones que tienen un control de constitucionalidad, con lo que se puede llegar a los mismos resultados que se pretendían originariamente sin necesidad de recurrir a teorías esencialistas para su determinación. Con dicha finalidad se puede utilizar el sentido cualificador del derecho fundamental, las extralimitaciones en que haya incurrido el Poder Legislativo cuando utiliza la reserva de ley en materia de derechos fundamentales en relación al requisito de la materia y la vinculación negativa y positiva del Poder Legislativo a la Constitución" (p. 326).

El apéndice de la obra está dedicado a la recepción de la garantía del contenido esencial en la Constitución española y la metodología utilizada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para su determinación.

El libro recensionado merece una consideración general muy positiva. No sólo por ser —como se apuntó— el primero que se dedica en nuestro ámbito científico al tema, sino por su profundidad y su exhaustividad. Entre las críticas de conjunto, corresponde señalar que en ocasiones la redacción no es suficientemente clara, lo que torna la lectura algo difícil. Como atenuantes se pueden mencionar las dificultades propias del manejo de un aparato crítico que se encuentra casi completamente en alemán y las peculiaridades propias de un

trabajo de tesis, circunstancia esta última que se menciona en el prólogo. Debe destacarse, además, que ha sido un acierto la incorporación de puntos de recapitulación y conclusiones al final de cada capítulo, como guía del hilo conductor de todo el trabajo.

Por otro lado, se observa un tratamiento algo superficial de la recepción de la garantía del contenido esencial en España. Esta parte del trabajo es posterior a las restantes. Como se señaló, forma un apéndice de la obra. Hubiera sido mejor o bien no incorporarla, o bien enriquecerla.

En cuanto al fondo, parece importante reseñar lo que sigue:

a) El examen de adecuación del objeto del control al parámetro del control es reducido, en última instancia –como se expuso– a la aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio, a su vez, parece sintetizable en uno de sus sub-principios: el de razonabilidad, que prescribe la comprobación de la existencia de una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende. Esta conclusión importante hubiera requerido un tratamiento extenso de la razonabilidad, del que la obra carece, y –en ese marco– resolver un sub-problema evidente: la respuesta a la pregunta sobre qué es una conexión razonablemente proporcionada.

b) No termina de convencer el rol que juega el contenido esencial en la concepción del autor. Su temor a los que él mismo denomina "criterios extracontextuales" le conduce a rechazar tanto la teoría absoluta como la relativa, y a excluir del escenario jurídico de la garantía del art. 19.2 de la Ley Fundamental todo papel diferente del que corresponde al control de constitucionalidad liso y llano. Contra una argumentación de este tipo se alzan dos objeciones fundamentales. La primera, que no se hace debido cargo del conocido principio hermenéutico que prescribe la unidad –y, por tanto, la plena operatividad normativa– de todo el texto constitucional (ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, C.E.C., 1984, pp. 197-200; BIDART CAMPOS, G. J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 1987, pp. 235-237; STC, 179/1994, F. 5, y 113/1994, F. 9). La segunda, que no parece posible resolver todos los problemas que se plantean a los jueces en los casos concretos por referencia exclusiva a un texto constitucional, aun cuando presente la apertura estructural que caracteriza a los derechos fundamentales.

c) Las críticas precedentes tienen –más allá de sus diferencias– una génesis común: la concepción iusfilosófica de Gavara de Cara. Parecería que el autor cree que su plausible pretensión de racionalidad sólo puede ser satisfecha expulsando del discurso iusfundamental toda referencia a alguna teoría de la validez en particular. Esta renuncia –de raíces epistemológicas– conlleva para

cualquier trabajo de esta índole dos consecuencias inevitables: de un lado, la pérdida de generalidad teórica de las conclusiones; y, del otro, la irresolubilidad de los problemas de fundamentación de los derechos humanos.

*Juan Cianciardo*

D. HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge 1995, 324 pp.

Se presenta en esta cuidada edición la actualización y revisión en forma agrupada de los estudios y puntos de vista del autor, profesor de ciencias Políticas y Sociología en la Open University, incluidos en diferentes publicaciones suyas de los últimos diez años, bien en forma de libros bien de artículos en ediciones conjuntas, casi siempre en la misma editorial, Polity Press. Dichos estudios e intereses versan sobre un mismo y complejo tema: el significado cambiante de la democracia, entendida como el sistema de asociación política en el que los ciudadanos son capaces de elegir libremente las condiciones de su propia asociación, en el contexto del sistema global tanto de la economía como, y sobre todo, de las estructuras responsables de la toma internacional de decisiones (*international decision-making*).

El autor, a lo largo de las algo más de trescientas páginas del libro, desarrolla su tesis jugando con las dos variables que se presentan prácticamente desde el título, a saber: la democracia y el ámbito territorial en que ésta se desenvuelve. En un primer momento se cuestiona la validez de un sistema democrático que se halla fuertemente enraizado en las estructuras territoriales características del Estado Moderno, cuando precisamente es este modelo de Estado, como se encarga de demostrar el autor, el que se encuentra en crisis.

Para analizar esta crisis, el autor presenta una serie de grandes desafíos a los que se ven sometidas las instituciones y estructuras propias de los Estados modernos y de los que, en conjunto, resultan perdedoras, y que abarcan casi todas las actividades públicas en las que se ven envueltos los sistemas estatales. Entre estos desafíos destacan: las inestabilidades y problemas que las dinámicas de la economía mundial producen, el rápido crecimiento de lazos transnacionales que se concreta en las nuevas estructuras de toma de decisiones entre Estados, organizaciones intergubernamentales y grupos de presión