

demuestra que los argumentos de éstos o bien son fácilmente superables o bien parten de un conocimiento parcial o incompleto de la filosofía tomista. Recuperando estas bases filosóficas del saber práctico, se recobra también la estructura fundamental de todo el orden ético que se sostiene en el primer principio práctico autoevidente.

El cuarto capítulo constituye una reconstrucción y una síntesis de todo el libro. Al retomar los argumentos analíticos, ahora desde el punto de vista de la filosofía ética de Santo Tomás de Aquino, Massini concluye demostrando la vitalidad de aquella frente a la ética contemporánea. A la luz de lo ya reseñado, parece injusto y erróneo imputar al Aquinate el extraer proposiciones deónticas de premisas meramente enunciativas, de modo que su ética no cae dentro de las objeciones de la ley de Hume. Tampoco puede atribuirse a Santo Tomás el haber incurrido en la falacia naturalista, precisamente porque su ética se fundamenta en la trascendencia del bien respecto de las cualidades naturales de las cosas.

En resumen, el libro de Massini constituye un sólido intento por restaurar los fundamentos filosóficos y antropológicos de la ética clásica. Y al hacerlo le da nuevos bríos y razones para combatir los presupuestos y las consecuencias de las soluciones éticas subjetivistas, consensualistas o consecuencialistas, a las que conduce el razonamiento analítico. Es posible, entonces, regular la praxis humana mediante proposiciones éticas fundadas objetivamente. Si la ética no es objetiva, deja de ser ética. La razón moral sólo lo es en tanto que se trasciende a sí misma y reconoce una instancia de apelación más allá del propio sujeto. Y esa instancia de apelación, ese "otro", es el "absolutamente Otro", el que subsiste por sí mismo.

La advertencia de Massini, al señalarnos de qué manera la vieja ética realista resiste los embates de la ética analítica contemporánea, se transforma en un convite a conocer y amar a Aquel que es el fundamento trascendente de nuestra existencia y, por ende, de nuestra moralidad.

*Juan Fernando Segovia*

M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, 180 pp.

El libro se divide en cinco capítulos. El primero de ellos está dedicado a determinar el objeto de estudio. El autor comienza exponiendo la conocida doctrina de la doble vinculación del legislador a la Constitución, positiva y

negativa. Por la primera, está obligado a procurar un desarrollo integral de cada derecho fundamental, en tanto que por la segunda debe abstenerse de toda injerencia indebida en los derechos fundamentales. La obra, como su título indica, se centra en el examen de la vinculación negativa. Se trata de un tema de interés, sobre el que se ha escrito muy poco en lengua castellana, como el mismo autor explica (pp. XII y 65-66). El acercamiento teórico bien puede adoptar como punto de partida la perplejidad que produce, al menos inicialmente, la consideración de que los derechos fundamentales a la vez que consagrados para limitar al legislador, requieren para su desarrollo y reconocimiento de la actividad legislativa, hasta cierto punto limitadora. Aquí, en su condición de límites-limitados por el limitado, radica una de las “paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”, en expresión de Rafael de Asís (cfr. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992). Un planteamiento científico de esta perplejidad inicial conlleva la necesidad de determinar la naturaleza de la actividad legislativa en relación con los derechos fundamentales: ¿es delimitadora o limitadora? ¿hasta qué punto debe ser una cosa u otra? Estas preguntas y otras conexas implican importantes cuestiones del Derecho constitucional, como la vigencia efectiva de la Constitución; de la Dogmática iusfundamental, como la estructura de los derechos fundamentales; de la Filosofía del Derecho, como el control de la racionalidad legislativa por los jueces y la teoría de la argumentación; y cuestiones mixtas, como las de hermenéutica constitucional. En última instancia, se encuentra en juego el concepto mismo de Derecho como forma humana coexistencial. Una visión que niegue o ahogue el rol limitador de los derechos humanos condena la vida social al predominio de la fuerza sobre la razón. La obra que aquí se recensiona no se detiene en todos los problemas apuntados; el propósito del autor es menos amplio, y, nada más comenzar, el lector es advertido del tratamiento algo escueto de los temas y de la provisoria de varias de las conclusiones. Y este es, probablemente, el mayor déficit de un libro en el que se estudia a nivel normativo la vinculación negativa del legislador a la Constitución, se proponen una serie de ideas audaces y novedosas acerca de la estructura de los derechos fundamentales, y se expone la interpretación dogmática que ha dado de ellos el Tribunal Constitucional español.

El capítulo II trata del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Según Medina Guerrero, es “el sector de la realidad formado por el conjunto de facultades y poderes directamente relacionado con el interés individual que da vida a cada derecho fundamental, en el cual únicamente es dable —de ahí que sea un contenido sólo protegido *prima facie*—

aquella injerencia estatal que satisfaga las condiciones constitucionalmente establecidas” (p. 11). Hallar el contenido constitucionalmente protegido implica un esfuerzo interpretativo considerable. Dos conceptos sirven de instrumento en esa búsqueda: el de límites necesarios, que son, en opinión del autor, “los rasgos identificativos que permiten distinguir a un determinado derecho fundamental”; y el de límites directos, es decir, las “reducciones del ámbito de los derechos que el constituyente decide incorporar expresamente a fin de proteger los intereses generales” –las cuales se realizan de dos modos: expulsando del contenido constitucionalmente protegido concretas situaciones de manifiesto riesgo para la colectividad o permitiendo que determinados órganos expulsen esas concretas situaciones no definidas en la Constitución– (pp. 13-15). Esta tarea interpretativa es auxiliada mediante el recurso a los tratados internacionales y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud de lo establecido en el art. 10.2 CE (pp. 16-20). “En suma, la delimitación del contenido protegido prima facie por la Constitución es el resultado de interpretar, a la luz de los tratados internacionales ratificados por España, los ‘límites necesarios’ y los ‘límites directos’. Es, pues, la Constitución por sí sola la norma que, por lo general, procede a delimitar el contenido de los derechos” (pp. 20-21). Ahora bien, “por más que se predique la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, puede considerarse poco menos que imprescindible la intervención del legislador para lograr plenamente el despliegue de su eficacia. Solamente mediante la concreción legislativa de su alcance puede objetivarse su contenido, impidiéndose así una eventual lectura restrictiva de los mismos a la que probablemente conduciría la interpretación directa de la Constitución por parte del resto de los poderes públicos” (pp. 23-24). La concretización tiene un doble sentido o alcance: decantarse por una de las diversas posibilidades que ofrece el texto constitucional (concretización en sentido estricto), o determinar cuál es el único sentido válido de un concepto no claramente perfilado por la Constitución (interpretación) (pp. 26-27). En la concreción del contenido constitucionalmente protegido el legislador tiene un margen de maniobra muy estrecho, a diferencia de lo que ocurre cuando concreta los límites y, en mayor medida aún, cuando concreta la vertiente objetiva de los derechos. En palabras del autor: “cuando el legislador describe las específicas facultades integrantes del contenido de los derechos, su vinculación a la Constitución deviene más intensa que de ordinario, pues no está facultado para realizar un ‘llenado’ creativo –esto es, político– de la norma constitucional, debiendo limitarse a hallar la única solución válida que aquella permite” (pp. 43-44).

El capítulo III está dedicado al estudio de los límites de los derechos fundamentales. Se trata de un tema espinoso, en el que han habido vivas polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas. Por allí comienza su examen el autor, pasando luego al estudio de la Constitución y de la jurisprudencia españolas. Como es sabido, la Ley Fundamental de Bonn carece de una reserva genérica de ley para los derechos fundamentales. Consagra sí, reservas específicas para determinados derechos. La necesidad de conciliar los derechos sin reserva con otros derechos llevó a los operadores jurídicos a admitir la existencia de los límites inmanentes, también llamados inmediatos o indirectos, que serían aquellos que el legislador está habilitado para imponer en resguardo de otros derechos o bienes constitucionales. Junto a ellos, se ubicarían, en el caso de que el derecho fundamental tuviese una reserva de limitación legal, los límites explícitos, que se distinguen materialmente de los primeros por estar referidos no sólo a bienes o derechos constitucionales, sino, más ampliamente, a cualquier interés público. A esta diferencia se suma, para algunos, la siguiente: los límites inmanentes no serían impuestos por el legislador, sino sólo descubiertos y concretados por él. Desde esta perspectiva, adoptada por Friedrich Müller y sus seguidores, los límites no se conciben como un elemento extraño al contenido del derecho, sino como parte de él. Sólo en relación con los derechos reconocidos bajo reserva cabría hablar de auténticos límites. La principal objeción a esta postura radica en que la ley, al serle desconocido su carácter de norma limitadora, quedaría libre de los requerimientos impuestos por el art. 19.2 de la Ley Fundamental, y, por tanto, su injerencia en los derechos fundamentales se tornarían poco controlable. Además, se objeta que no es posible encontrar en los derechos unos límites inmanentes dotados de una dimensión cierta e inamovible. Desde otro punto de vista, al que adhiere el autor, los límites inmanentes son verdaderos límites. Esta postura exige, simultáneamente, la defensa de una concepción amplia del contenido de los derechos fundamentales. “El proceso que conduce a la identificación de las situaciones que pueden considerarse definitivamente amparadas bajo un determinado derecho fundamental se desarrolla en dos fases. En primer lugar, se trata de seleccionar, con la mayor extensión posible, todas y cada una de las facultades y posiciones jurídicas directamente relacionadas con el derecho fundamental en cuestión. Y ello ha de hacerse sin parar mientes en comprobar si las mismas pueden dañar o afectar algún derecho de terceros o los intereses generales de la comunidad, salvando claro está aquellos supuestos en que la propia norma que consagra el derecho ya haya tomado en consideración de forma expresa a los intereses generales (...). Se obtiene así, con la interpretación literal del derecho, un amplio ‘contenido

inicialmente protegido' del mismo frente a la injerencia del Estado". En una segunda fase, "se toman en consideración los límites inmanentes; pero manteniendo siempre su condición de límites" (pp. 61-62). El resultado de la armonización entre el contenido inicialmente protegido y los demás derechos y bienes constitucionales es el contenido definitivamente protegido por el derecho fundamental. A esta interpretación amplia del contenido se le reprocha el propiciar una desorbitada proliferación de las colisiones de derechos. Contra esto, Robert Alexy, con argumentos que Medina reproduce, ha propugnado la distinción entre casos potenciales y casos actuales, que permitiría superar el obstáculo. El caso potencial "sería aquel que, aunque puede ser fundamentado jurídicamente, no precisa en absoluto de argumentación, porque no hay ninguna duda que albergar acerca de cuál ha de ser su elucidación. Por el contrario, un caso actual sí suscita dudas en torno a su resolución, de tal manera que resulta imprescindible proceder a argumentarlo jurídicamente. La concepción estricta del contenido de los derechos (...) sólo sería adecuada en relación con lo primeros, pero resulta manifiestamente insuficiente en los casos dudosos. La concepción amplia (...) presenta, por ello, evidentes ventajas" (pp. 64-65).

¿Cuál es el sistema de límites iusfundamentales que consagra la Constitución española? A diferencia de la alemana, posee una reserva genérica de ley (art. 53.1). El autor reseña un estudio de Ignacio de Otto, ciertamente el más importante que se ha hecho hasta este momento sobre este tema ("La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTÍN-RETORTILLO, L. Y OTTO, I. DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 93 et seq.). De Otto se adhiere manifiestamente a la concepción estricta del contenido de los derechos. Desde su punto de vista, el art. 53.1 sólo autoriza a explicitar los límites inmanentes ya existentes en la Constitución. No son, pues, verdaderos límites, sino una explicitación del contenido delimitado por la propia Carta. A continuación, y rechazando esta posición, Medina Guerrero lleva a cabo un análisis muy interesante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En su opinión, en el Derecho constitucional español no existe ninguna razón para distinguir entre límites inmanentes y límites en sentido estricto. Ambos tienen por objeto la armonización de los derechos y bienes constitucionales (no existe, por tanto, la posibilidad constitucional de limitar un derecho con vistas a la satisfacción de un interés público no reconocido constitucionalmente). ¿Cuáles es, entonces, la razón de ser de las reservas específicas? "Frente a la más completa libertad limitadora del legislador respecto de la generalidad de los derechos, en estos casos de

reservas cualificadas la Constitución le señala, entre las muchas posibles, unas concretas vías por las que el legislador debe necesariamente avanzar al regular los límites inmanentes del derecho de que se trate” (p. 77).

El capítulo IV trata de los límites de los límites: el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial. La finalidad de los límites de los límites consiste en impedir que “la libertad de configuración –que la propia conservación de los derechos susceptibles de entrar en conflicto reclama– no termine por convertirse en el caballo de Troya de los derechos fundamentales” (p. 115). El principio de proporcionalidad, cuya génesis se encuentra en el Derecho administrativo alemán, se compone de tres sub-principios: el de adecuación, el de indispensabilidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de los sub-principios consiste en un juicio. El de adecuación permite verificar que el medio empleado por la ley contribuya realmente a la finalidad que ella persigue. El de indispensabilidad, que no exista “otra medida limitadora igualmente efectiva pero de menor incidencia en el derecho fundamental de los afectados” (p. 230). El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por último, tiene por objeto constatar que los medios elegidos guarden una relación razonable con el resultado perseguido. Después de exponer estas definiciones, tomadas de la doctrina y jurisprudencia alemanas, el autor analiza las sentencias más importantes del Tribunal Constitucional español, llegando a la conclusión de que el principio es generalmente aplicado de modo fragmentario, prescindiéndose de alguno de los sub-principios, en especial del de indispensabilidad. No obstante, detecta dos sentencias recientes (las SSTC 66/1995 y 55/1996) en las que hay una aplicación integral. Un tema interesante, con el que se cierra este punto, es el de la relación entre el principio de proporcionalidad y la libertad de configuración del legislador en el establecimiento de los límites. En efecto, “Una aplicación estricta del principio de proporcionalidad reduciría de un modo apreciable la libertad de configuración política que define al Poder Legislativo. La vinculación del legislador a los derechos fundamentales no puede llevarse hasta el extremo de comprimir desmesuradamente su margen de maniobra en la concretización de los límites mediante una lectura rigurosa de este criterio inherente al Estado de derecho: frente al legislador, el principio de proporcionalidad reclama su utilización proporcionada” (p. 137, las cursivas están en el texto original). Esta exigencia se plasma en el juicio de indispensabilidad y, de manera particular, en el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Con relación a este último, sostiene el autor que: “sólo las circunstancias fácticas relevantes que rodeen al caso en cuestión pueden aportar unas sólidas directrices que eviten que el

control del principio de proporcionalidad desemboque en un puro decisionismo” (p. 141).

De seguido, en el mismo capítulo, Medina Guerrero examina el contenido esencial de los derechos fundamentales. Comienza exponiendo brevemente las dos posiciones fundamentales en torno al tema: la teoría relativa y la absoluta. Para la primera, el contenido esencial es la parte del derecho que comienza cuando el límite deja de ser proporcionado. Su violación, por tanto, ocurre cuando el derecho experimenta una restricción superior a la necesaria para lograr el fin que motiva la limitación. La teoría absoluta, por su parte, sostiene que el contenido esencial es una parte del derecho fundamental, un núcleo resistente absolutamente (y de aquí el nombre de la posición) a toda injerencia de los poderes públicos. El contenido esencial es violado, para esta teoría, cuando ya no puede lograrse el fin por cuyo motivo el derecho fue conferido. El autor apoya la teoría absoluta, y entiende que es la que también sustenta el Tribunal Constitucional, conclusión a la que llega analizando la conocida sentencia 11/1981. Medina Guerrero entiende que el escaso empleo que ha realizado la jurisdicción constitucional del contenido esencial se origina en las dificultades que plantea la determinación de qué es lo esencial en cada derecho, y sugiere que la aplicación del art. 10.2 puede ser la vía para que la garantía adquiera su máxima virtualidad y sentido. “El concepto de contenido esencial serviría, así, para remitirse al standard mínimo de protección de los derechos asumidos por la conciencia jurídica imperante en la órbita cultural en que nos insertamos” (p. 171). Cabe resaltar que en el desarrollo de las distintas teorías sobre el contenido esencial se ha omitido, quizá por razones de brevedad, una referencia a quienes consideran que el contenido esencial es un límite absoluto, pero relativizable. Esta posición «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» (GAVARA DE CARA, J. C., *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, p. 272. V. nuestra recensión a esta excelente investigación en: *Persona y Derecho*, n° 35, Pamplona, 1996-II, pp. 280-288). La omisión parece significativa, teniendo en cuenta que quizá esta perspectiva permita superar las oscuridades que presentan tanto la teoría absoluta como la relativa. En efecto,

la primera no explica satisfactoriamente cómo es posible que en determinados casos, singularmente en el de la aplicación de una pena de prisión perpetua, un derecho fundamental, en el ejemplo, la libertad física, pueda ser tan ampliamente desconocido. La teoría relativa, por su parte, no satisface las exigencias de los derechos fundamentales como límites del poder, puesto que el contenido esencial queda reducido a nada si hay fines lo suficientemente importantes; en otras palabras, significa la justificación de los medios en virtud de los fines. La posición omitida, en cambio, si explica los casos-límite, lo hace partiendo de las exigencias que se infieren al considerar cada derecho desde su teleología. Las diferencias entre las dos posturas extremas se observan también en el examen de la relación entre la aplicabilidad del principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial. Mientras que para la teoría relativa la segunda se reduce al primero, para la absoluta existe una clara diferenciación. Por nuestra parte, pensamos que ni una ni otra posición alcanzan un equilibrio adecuado, puesto que quienes las sostienen no advierten que al aplicarse el juicio de razonabilidad deviene inexcusable el planteamiento del contenido esencial del derecho de que se trate. Ni la proporcionalidad elimina la garantía del contenido esencial, ni parece posible una aplicación separada de una y otro.

El libro culmina con un capítulo, el quinto, dedicado a exponer muy brevemente unas ideas acerca de la estructura de los derechos fundamentales. Medina Guerrero defiende una concepción espacial de los derechos. En su opinión, el contenido total (o contenido constitucionalmente protegido) de un derecho fundamental se estructura en dos zonas: “una central, absolutamente intangible para el legislador (el contenido esencial); y otra externa, que en alguna ocasión hemos dado en denominar ‘contenido inicialmente protegido’ dado que sus integrantes, de carácter claudicante, pueden ser sacrificados por el legislador al objeto de preservar otros derechos o bienes constitucionales siempre que el límite sea proporcionado” (p. 170). Al contenido total se suma otra zona, denominada por el autor contenido suplementario o adicional, en la que el legislador “actúa con una incomparablemente superior libertad de configuración política, sólo condicionado por las exigencias que impone la dimensión objetiva de los derechos fundamentales” (p. 171). Esta zona está integrada, en opinión de Medina Guerrero, “por las facultades accesorias o las prestaciones que [aquél] decida crear para asegurar el pleno disfrute de los derechos en todos los sectores de la comunidad” (p. 172). La propuesta, tal como en la obra está planteada, nos merece dos observaciones críticas: a) podría haber aportado mucho a este capítulo la consideración de las diferencias que se plantean en el plano estructural entre principios iusfundamentales,

reglas iusfundamentales y derechos fundamentales; b) la división estructural del derecho fundamental no puede alterar su unidad radical. Para evitar que esto suceda, resulta imprescindible un planteamiento acerca de las relaciones entre un nivel estructural y otro. En nuestra opinión, la posición del autor no es del todo satisfactoria en este tema. Para Medina Guerrero, los problemas del contenido intangible no parecen relacionarse en modo alguno con los del inicialmente protegido ni con los del suplementario. Desde nuestra perspectiva, la finalidad de cada derecho, a nuestro criterio la clave de bóveda de su contenido esencial, ilumina desde el contenido intangible toda la estructura iusfundamental. En efecto, como ya se dijo, la aplicación del principio de proporcionalidad –test de la constitucionalidad de las injerencias en el contenido inicialmente protegido– requiere del estudio teleológico del derecho de que se trate al llevarse a cabo el juicio de razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, cualquier desarrollo de un derecho fundamental debe ser un desarrollo hacia su fin. El fin proporciona un marco de sentido a la vinculación iusfundamental positiva.

La obra recensionada es, conviene repetirlo, un oportuno acercamiento a temas que han sido escasamente abordados en nuestro ámbito científico. Esta circunstancia, unida a la aún más infrecuente de que se plantean en sus páginas los esbozos de una teoría general sobre los derechos fundamentales, la hacen merecedora de un juicio de conjunto sumamente positivo. Sólo resta alentar a su autor a que continúe la senda emprendida, y desarrolle y explicité las ideas que en su libro aparecen sugeridas.

*Juan Cianciardo*

D. NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1994, XIV, 369 pp.

De gran interés es la última monografía del romanista muniqués Dieter Nörr sobre los años de formación filosófica de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861). A los lectores interesados en el fundador de la Escuela Histórica no les extrañará la noticia de esta publicación, pues, desde hace años, Dieter Nörr se viene interesando por el más importante jurista del siglo XIX (cfr. publicaciones de Nörr sobre Savigny en p. XIII). Por lo demás, un adelanto de