

**Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, 548 págs.**

Constituye esta obra el trabajo de habilitación de su autor en la Universidad de Göttingen. Se propone elaborar una teoría que proporcione una respuesta racionalmente fundada a las cuestiones sobre los derechos fundamentales. Pretende ser una «parte general de la dogmática de los derechos fundamentales» (pág. 18).

Se mueve Alexy en el marco del ordenamiento alemán, y el tipo de teoría de los derechos fundamentales que pretende se caracteriza por ser jurídica, general y referida a la Constitución alemana. Busca una teoría estructural y analítica que tenga como eje último la cuestión de la correcta decisión sobre derechos fundamentales y su fundamentación racional.

Lo primero que Alexy fija es el concepto de norma de derechos fundamentales o *Grundrechtsnorm*. Siempre que alguien posee un derecho fundamental es en virtud de una tal norma (pág. 39). Por norma en general entiende «el significado de una proposición normativa» (pág. 43). Por tanto, una norma puede expresarse mediante distintas proposiciones normativas. El concepto de norma es anterior al de proposición normativa, y el criterio identificador al respecto viene dado por las «modalidades deónticas» de deber, prohibición y permisión. Toda norma se puede formular en una proposición deóntica (pág. 46). Este «concepto semántico» de norma es independiente de la noción de validez normativa y compatible con los diversos criterios al respecto (págs. 49-50).

Por *Grundrechtsnorm* entiende aquella proposición que contiene determinaciones de derechos fundamentales. Son, en principio, proposiciones normativas contenidas en la Constitución. Ahora bien, estos preceptos constitucionales necesitan ser precisados y desarrollados para hacerse operativos, lo cual sucede en una medida importante por obra de la Jurisprudencia constitucional. Surge así la categoría de las «normas añadidas de derechos fundamentales» (*zugeordnete Grundnormen*). Por tanto, las *Grundrechtsnormen* se dividen en dos grupos: las estatuidas de modo inmediato por el texto constitucional y las añadidas a aquéllas (pág. 60). El criterio de admisibilidad de estas últimas es la existencia de una correcta fundamentación (pág. 61).

Desde el punto de vista de su estructura, las *Grundrechtsnormen* o normas de derechos fundamentales se dividen en reglas y principios. Recalca Alexy que unas y otros son normas, y que la clave de la distinción estriba en que los principios son mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*), es decir, normas que propugnan la realización de algo en la mayor medida posible a tenor de las posibilidades fácticas y jurídicas, y que, por tanto, pueden ser satisfechas en grado distinto. Por contra, con las reglas no existe este margen gradual de realización e imponen exigencias concretas que sólo pueden ser cumplidas o no cumplidas (págs. 75-76). Toda norma, según Alexy, es una regla o un principio.

Los conflictos entre reglas sólo se resuelven mediante una cláusula de excepción o declarando una de ellas inválida. Por contra, las colisiones de principios dan lugar me-

ramente al establecimiento de prioridades entre ellos en cada caso, mediante la ponderación de bienes. A la vista de las circunstancias, uno u otro principio gozará de preferencia en función de las razones con las que su mayor peso se justifique. De nuevo estamos abocados a la argumentación. Y esta preferencia para el caso origina una regla aplicable a ese caso («las condiciones bajo las cuales un principio prevalece frente a otro forman el supuesto de hecho de una regla que contiene la consecuencia jurídica del principio preferente», pág. 84), regla que es una norma añadida, en el sentido antes expuesto, y bajo la cual el caso se subsume. Y tanto aquellos principios como estas reglas son normas de derechos humanos. Los principios son «las garantías inmediatamente establecidas por las determinaciones constitucionales de los derechos fundamentales», mientras que las reglas «surgen del establecimiento de condiciones de preferencia como resultado de ponderaciones» (pág. 104). Su diferente grado de concreción hace que, en tanto que fundamentos de la decisión sobre derechos, los principios sean siempre fundamentos *prima facie* y las reglas fundamentos definitivos (pág. 90). Siempre que un principio se constituye en fundamento determinante para un derecho, en virtud del establecimiento de una relación de preferencia frente a otros principios concurrentes, ello ocurre a través de la fijación de una regla que dispone un fundamento definitivo mediante un juicio concreto de deber ser.

Propone Alexy un modelo mixto llamado «modelo regla/principio». Tanto una visión de las normas de derechos fundamentales compuestas sólo por principios o sólo por reglas es insuficiente. En el primer caso, porque conduciría a una parálisis práctica en todo caso en que los principios colisionan entre sí. En el segundo, porque concebir las determinaciones de derechos humanos como reglas directamente aplicables llevaría a privar de efectividad a todos los derechos fundamentales cuyas garantías no vienen suficientemente determinadas en el texto constitucional. La noción clave está para Alexy en la idea de ponderación o *Abwägung*. Siempre la concreción práctica de un derecho fundamental precisa de esa operación de sopesar o medir el alcance de los principios o los derechos en concurrencia, que es tanto como decir que se han de fundamentar las correspondientes declaraciones normativas concretas. Con esto, el tema se reconduce al campo valorativo. Es imprescindible, para concretar los principios, la aplicación de *criterios de valoración*, pero éstos no se han de entender como establecedores de una jerarquía definitiva, sino como «susceptibles de ponderación» y argumentación. El resultado de esa ponderación serán las reglas. No cabe un orden definitivo intersubjetivamente vinculante de los principios a partir de ningún tipo de valores. Lo que sí es posible es un orden producto de la ponderación, resultado de una serie de preferencias *prima facie* hacia ciertos principios y de una red ulterior de concretas decisiones de prioridades. Lo primero queda fijado en las determinaciones normativas de derechos fundamentales de la Constitución; lo segundo es, ante todo, obra de la Jurisprudencia constitucional y sus concretas ponderaciones. Y «una ponderación es racional cuando el enunciado de preferencias a que conduce puede ser racionalmente fundamentado» (pág. 144), esto es, cuando se ofrecen argumentos, que pueden ser desde argumentos jurídicos generales, como los cánones de la interpretación, hasta argumentos específicos referentes a la importancia relativa y el grado de realización posible de los principios en concurrencia. Con ello no se ofrece una pauta conducente a una decisión única, sino la delimitación de lo que precisa ser razonado para permitir decisiones racionales. Será una vez que se opte por una de esas decisiones posibles y se formule la correspondiente regla, cuando se imponga en favor de ésta y para el futuro la carga de la argumentación, en razón de los principios de generalidad, seguridad e igualdad.

A continuación desarrolla el autor sus tesis sobre los derechos fundamentales como

derechos subjetivos. La expresión derecho subjetivo la usa como concepto abarcador de diferentes posiciones, caracterizadas siempre por su índole relacional y tripartita: «... tiene frente a... un derecho a...» (pág. 164). Estos derechos subjetivos fundamentales o «posiciones jurídicas fundamentales» son divididos por Alexy en tres tipos: «derechos a algo», «libertades» y «competencias».

Los primeros tienen por objeto una acción del destinatario, ya sea negativa (omisión) o positiva (hacer). Los derechos a acciones negativas o *Abwehrrechte* se dividen en derechos a que ciertas acciones del titular (movimientos, expresión...) no sean obstaculizadas o impedidas, a que el Estado le respete ciertos estados o situaciones (vida, salud, vivienda...) y a que el Estado no le prive de ciertas posiciones jurídicas (propiedad...). Los derechos a acciones positivas se dividen según tengan por objeto una acción fáctica (ej., derecho a plazas educativas), o una acción normativa (ej., medidas legislativas posibilitadoras de la participación en el gobierno de la institución universitaria).

Por su parte, las libertades jurídicas se estructuran por referencia al titular, al obstáculo a evitar y al objeto (pág. 197). Pueden ser reforzadas o no reforzadas. Las primeras son meras permisiones de hacer o no hacer. Las segundas llevan aparejadas garantías específicas para su aseguramiento.

Por último, las competencias suponen para el titular la posibilidad de emprender acciones modificadoras de la situación jurídica (ej., contraer matrimonio, adquirir propiedades), lo cual las diferencia de las meras permisiones. Presuponen la existencia de reglas que hacen de su ejercicio una acción institucional.

Según Alexy, quien habla de un derecho fundamental se refiere a un haz de tales «posiciones jurídicas fundamentales», y lo que da a éstas su común adscripción en torno a un derecho fundamental es su incardinación con una *Grundrechtsnorm* constitucional. Lo que llama el autor «un derecho fundamental como totalidad» es un haz de posiciones *prima facie* y definitivas, es decir, determinadas respectivamente por principios y reglas.

En cuanto a las limitaciones a los derechos fundamentales, entiende Alexy como tales «normas que limitan posiciones fundamentales *prima facie*, es decir, limitan el ámbito de los derechos derivados de los principios» (pág. 254), lo cual supone, otra vez, una ponderación. Los propios principios en su interrelación dan lugar a respectivas limitaciones, expresadas en cada caso en las correspondientes reglas. «Una limitación de un derecho fundamental sólo es admisible cuando en el caso concreto corresponde un mayor peso a principios enfrentados» (267), dejando siempre a salvo el «contenido esencial» cuya preservación impone el artículo 12.2 GG. Toda limitación ha de ser fundamentada por referencia a la ponderación entre los principios en concurrencia.

Sentadas estas delimitaciones generales, Alexy pasa a analizar los derechos fundamentales generales de libertad e igualdad y los derechos a prestaciones estatales o *Leistungsrechte*.

El punto de partida para el examen del derecho de libertad es la norma general que al respecto se contiene en el artículo 2.1 GG, que, según el Tribunal Constitucional Federal, establece un derecho subjetivo ligado al libre desarrollo de la personalidad. Se trataría de un principio, en el sentido antes explicado, y, como consecuencia, todo lo que obstaculiza su realización ha de ser objeto de ponderación y examen. Para proporcionar el criterio al respecto se pone en relación este principio con el de dignidad humana contenido en el artículo 1 GG. El principio de libertad negativa tiene carácter formal y es materialmente completado por el de dignidad, del cual aquélla es condición necesaria, aunque no suficiente. Como resultado de la ponderación del principio de libertad negativa junto con otros principios en concurrencia se puede hablar de la distin-

ción de diversas esferas o ámbitos de protección por el principio, de mayor a menor: la más íntima la privada y la social del individuo. La tensión entre libertad individual y exigencias sociales se resuelve en la concreta ponderación de los principios enfrentados, con su correspondiente fundamentación.

El derecho general de igualdad ante la ley reenvía según Alexy a la necesidad de criterios valorativos, pues su aplicación se hace siempre respecto de «parciales igualdades fácticas» y en relación a «tratamientos determinados». Aquellos criterios nos tendrán que habilitar para juzgar en ese contexto qué es igual y qué desigual. Cuando se interpreta este derecho como interdicción del trato arbitrariamente desigual por el legislativo o los jueces, se alude a la necesidad de un fundamento suficiente para justificar la desigualdad. Aquí aprecia Alexy una asimetría, pues cuando no hay una razón suficiente para el trato desigual se impone la igualdad de trato, mientras que la desigualdad de trato se impone solamente en caso de razón suficiente. De ahí que la norma constitucional que sienta este derecho sea interpretable como un principio que *prima facie* exige una igualdad de trato y para lo contrario exige una adecuada fundamentación (pág. 373). Con ello se establece una regla de carga de la argumentación, que es un primer elemento de racionalización. La cuestión de cuando una razón es suficiente para justificar una desigualdad es valorativa, pero es racionalmente controlable tanto por las reglas generales de la argumentación jurídica racional como por las reglas ligadas a los valores constitucionales, al valor prejudicial de los precedentes de la Justicia constitucional y a las exigencias sistemáticas del ordenamiento (págs. 376-377).

Por lo que se refiere a los derechos a prestaciones estatales, la problemática específica de la Constitución alemana viene dada por la casi total carencia de estipulaciones al respecto, por lo que tales derechos son sobre todo obra jurisprudencial, apoyada en principios como el de dignidad, Estado social, protección de la familia, etc. Para Alexy es un *Leistungsrecht* todo derecho a un hacer del Estado (pág. 402). Los divide en tres grupos: derechos a protección, a organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.

Estos derechos sociales responden a la visión de los derechos fundamentales como posiciones que desde el punto de vista constitucional gozan de tal relevancia que su garantía o no garantía no queda a disposición del legislador ordinario. Por tanto, la cuestión de qué derechos sociales rigen es (no se olvide la peculiaridad mencionada de la Constitución alemana) respondida mediante la ponderación entre principios: el principio democrático de decisión legislativa, por un lado, y principios materiales, por otro (pág. 465).

No sólo analiza Alexy los derechos humanos como operantes en la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino también como condicionantes de las relaciones entre ciudadanos. Es la famosa problemática del *Drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos fundamentales.

Finaliza Alexy con un apartado referido a la argumentación jurídica sobre derechos fundamentales. Recalca de nuevo que el carácter de las normas de derechos fundamentales como principios implica la necesidad de ponderaciones. Estas constituyen un proceder que no lleva a una sola solución correcta posible para cada caso. La decisión depende por tanto de valoraciones no controlables por el propio procedimiento de la ponderación, por lo que el sistema se muestra abierto frente a la moral, y se plantean problemas de razón práctica. Al respecto, la pauta para el control de racionalidad de las valoraciones es situada por Alexy en la «teoría de la argumentación jurídica», y remite, en cuanto a ésta, a su capital obra anterior, *Theorie der juristischen Argumentation* (Frankfurt, 1978). En este marco, para abarcar la especificidad de la argumentación so-

bre derechos fundamentales hay que distinguir, según Alexy, entre la «base» y el «proceso» de tal argumentación. La base viene constituida por la incidencia que sobre la argumentación en esta materia y su control, sobre todo cara al reparto de la carga argumentativa, tienen el tenor literal y la voluntad del legislador constitucional, los precedentes y las teorías materiales, es decir, doctrinales, de los derechos fundamentales, en cuanto facilitadoras o expresivas de opiniones dominantes.

Con esta base de la argumentación se avanza un nuevo paso en la delimitación de las posibilidades de control racional. Para el margen que aún resta entra en juego como mecanismo controlador el proceso argumentativo, como discurso práctico, con las reglas y formas de la argumentación que Alexy dejó diseñadas en su otro libro antes mencionado.

En suma, en este libro aplica Alexy las tesis de su obra anterior sobre la argumentación jurídica racional a un campo particular en que esa problemática se plantea, mostrando así su operatividad en este ámbito concreto de la práctica jurídica. Pero, al mismo tiempo, consigue desarrollar la que sin duda es una de las más completas y perfectas elaboraciones dogmáticas de los derechos fundamentales que en los últimos años, o tal vez décadas, se han llevado a cabo. De su riqueza y extensión real apenas si puede quedar testimonio en una simple recensión como ésta.

Juan Antonio GARCÍA AMADO

**José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, 539 págs.**

J. J. Gomes Canotilho, oportunamente, publicó hace un lustro lo que fue su «tese de doutoramento» y la habilitación docente en la prestigiosa Universidad de Coimbra. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* fue el título que recibió en su bautismo literario este estudio ejemplar sobre la fuerza dirigente de la constitución en los estados de Derecho Democrático. Ahora bien, quien conoce la particular permeabilidad del mundo académico portugués, y especialmente del jurídico, sabe que este hecho, el hecho de que este voluminoso libro tenga la doble naturaleza de tesis doctoral y de habilitación, no es un hecho baladí, ni su mención es ociosa. Es de sobra conocido cómo las rancias costumbres que gobiernan la cultura académica en Portugal hacen de tupido tamiz y favorecen que se eleve la producción de tesis a niveles de auténtico vértigo. En fin, este extremo a la postre confiere un mayor mérito a la obra de estos autores solitarios. Pero, por si alguien tuviera alguna duda acerca de esto, Gomes Canotilho no ha parado en mientes y ha continuado trabajando arduamente sobre el mineral jurídico que es la constitución en los estados de sistema político democrático. Así, ha publicado, entre otros estudios sobresalientes, un excelente manual de *Direito Constitucional*, en dos volúmenes, de los más citados en y fuera de Portugal y que es algo parecido a la biblia políglota del pensar constitucional portugués. Es de notar también que, con referencia expresa a los trabajos preparatorios de la Constitución de 1976, surgida de la «revolución de los claveles», ha salido de las prensas su *Constituição da República Portuguesa Anotada*, investigación conjunta realizada en estrecha colaboración con Vital Moreira, como él jurista de renombre y autor del libro *Economia e Constituição*, con quien ade-