

RECENSIONES

ANGEL GARRORENA MORALES: *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.

Nos encontramos en presencia de una obra, de acabada estructura, que se convertirá en obligado referente al afrontar, como principal objetivo —según se señala en el capítulo I—, un problema cardinal del actual Derecho constitucional: subsanar la incapacidad de la teoría clásica de la representación mediante una reformulación doctrinal que, partiendo de la democracia representativa, supere la permanente tensión entre las categorías «democracia» y «representación», introduciendo la primera en la segunda y aumentando los contenidos relacionales (entre representante y representados) y dialécticos (representación ante el poder) (1).

El autor, acertadamente, comprende que las claves de la teoría de la representación se encuentran en los argumentos que llevaron al pensamiento liberal burgués a formular la misma. Y así, en el primer apartado del capítulo II extrae, y explicita, estos tres argumentos: *a)* Para los constituyentes de 1791 la representación es el instrumento que, al convertir la pluralidad de la nación en sujeto operante, permite perfilar una unidad diversa a la del monarca, pero susceptible de ostentar la titularidad de la soberanía —la representación haría posible la soberanía nacional—; *b)* Los [ciudadanos] modernos para preservar su libertad quieren que la representación sea su forma de participación política, ya que no están dispuestos a sacrificar el tiempo de su esfera privada en beneficio de la pública, en contraposición con los antiguos y su democracia directa (Benjamin Constant); *c)* Aplicar las técnicas de la división del trabajo, con sus ventajas de especialización

(1) ARAGÓN REYES (*Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989) juridifica y dota de contenido el principio democrático, además de reclamar su actuación «en» la Constitución como requisito de validez y legitimidad de la misma. La complementariedad entre estos dos trabajos es evidente. Más concretamente, sobre la representación, es un clásico del Derecho comparado el libro de H. FENICHEL PITKIN *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985; en relación con España, las diversas citas de este comentario contienen, además de las referencias puntuales que hacemos, en general, numerosas cuestiones analizadas por GARRORENA.

y cualificación, a las tareas políticas; así, nuestros representantes tendrán la capacidad de saber mejor que nosotros lo que nos conviene (Sieyès). A continuación, el autor demuestra cómo, efectivamente, estas razones llevaron a la burguesía a adoptar la teoría de la representación política, ya que tanto el mandato representativo como sus caracteres contienen y explican los tres argumentos, y, lógicamente, son su corolario.

Todavía dentro del mismo capítulo, pero en su apartado segundo, destaca que en el haber de este concepto de representación se encuentra la legitimación del poder, el pluralismo político y las elecciones periódicas. Por contra, en el debe hay que señalar determinadas adherencias, procedentes de la mentalidad burguesa, que han perjudicado el desarrollo posterior de la representación política: En primer lugar, la teoría de la representación es una metáfora, pues aunque se construyó sobre una base jurídica relacional no tiene ese contenido, habiéndose éste sustituido por un acercamiento al prisma ideológico. No obstante, determinadas circunstancias, ligadas al sufragio censitario, permitieron una cierta apariencia relacional; así, la escala de la representación se encuentra en torno a 1/1.500, y tanto el representante como el representado pertenecen a un mismo círculo social; un sistema mayoritario que favorece las candidaturas personales, al no existir los partidos no se ha desplazado de la relación representativa al parlamentario; finalmente, el ciudadano tiene mayor necesidad de estar representado en el Estado del bienestar intervencionista que en el Estado liberal abstencionista. La segunda adherencia consiste en que la representación se ha identificado con el poder. En las Asambleas estamentales nos encontrábamos representados ante el poder o monarca; posteriormente, el dualismo Príncipe-Estamentos se decanta por el último, el Parlamento mantendrá la doble condición de poder —en cuanto de él emanan decisiones soberanas y efectivas— y representante; la primera función puede dominar a la segunda, y el controlar al que gobierna puede ceder en beneficio de apoyar al que gobierna. El resultado es que la «representación-ante-el poder» se ha visto sustituido por el concepto «representación-poder», con la ausencia de contrapoderes y de cualquier contenido dialéctico frente al poder que ahora se desarrollará en su seno. Finalmente, la tercera adherencia es comprender la representación como desconexión poselectoral; no es que la representación no sólo no tenga contenido relacional, sino que, en el pensamiento burgués, sería indeseable que llegara a tenerlo.

El capítulo III, que junto al anterior ilustra bien la capacidad de síntesis del autor, comienza con la reseña de las principales modificaciones que han afectado a los propios presupuestos del problema de la representación: el sufragio universal sustituye al censitario, con lo que desaparece la clave

de la dominación burguesa de la representación y toda la apariencia relacional y dialéctica; el cambio de sufragio afecta directamente a la escala de representación, que pasa de 1/1.500 a 1/150.000 aproximadamente, por lo que cabe preguntarse si en estos términos puede hablarse de un mínimo contenido representativo; nuevas clases sociales han obtenido representantes, y mediante éstos operan en el Gobierno, cabe, pues, que incorporen sus ideas al concepto de mandato; finalmente, la aparición de los partidos políticos dispuestos a intervenir en la participación, lo que incidirá en el ámbito de la representación. A juicio del autor, estas modificaciones no implican que se debe hacer tabla rasa del concepto, pues deben mantenerse principios como la tolerancia, plasmada en el pluralismo político, y la actitud garantista mantenedora de las libertades que hacen posible la representación. No obstante, en los presupuestos originarios de la formulación del concepto de representación sí debieron introducirse cambios como el de dotar de un cierto contenido a la representación —en esta línea, los partidos deberían mediar y reducir la distancia entre electores y elegidos, dado que ésta es su finalidad y para ello cuentan con medios y estructura— y cómo incrementar los instrumentos de diálogo; el sujeto objeto del mismo ya no es una clase social sino varias, y los contrapoderes, al haber sucedido la fórmula «representación-poder» a la antigua «representación-ante-el poder».

Al no haberse producido estos cambios en los presupuestos, el autor, en los dos últimos apartados del capítulo, analiza las dos caras de Jano en el ámbito de la representación y de sus instituciones, es decir, ¿qué es lo que ha sucedido y lo que no? Lo que ha sucedido, en primer lugar, es que la extensión del sufragio universal ha llevado del sistema mayoritario al proporcional con su sistema de listas y la consecuente omnipotencia de los partidos. En segundo lugar, el partido «ha incidido sobre la relación representativa y la ha partido en dos, resultando de ahí, por un lado, una relación partido-diputado, y por otro, una relación partido-electoral» (pág. 66); la primera relación representativa se ha imperativizado y ha dejado fuera al elector, aunque el derecho se niegue a reconocerlo; «la segunda de tales relaciones, en cambio (partido-electoral), sí incluye en su ensamblaje al representado, lo que, aunque los textos constitucionales tampoco se atreven a decirlo, nos permite considerar que ésta es hoy la auténtica relación representativa» (pág. 67), de ahí que, a su juicio, haya heredado la desvinculación representante-representando. Estas consecuencias han afectado de tal forma al mandato que hoy se plebiscitan —según la teoría de Leibholz— opciones de gobierno, luego sólo indirectamente y, muy convencionalmente, podría decirse que las elecciones son parlamentarias. Por último, en tercer lugar, la posición y la función de las instituciones representativas ha resul-

tado modificada por los partidos que han soldado el Gobierno y el Parlamento; el primero se legitima fuera del segundo, lo que le obliga a éste a buscar su propia identidad. En síntesis, el Estado representativo de nuestros días es un Estado de partidos.

Lo que no ha sucedido en el ámbito de la representación, contestando a la segunda parte de su pregunta, es que no han aumentado sus contenidos relacionales y dialécticos, ya que las razones que explicaron y dieron contenido al mandato representativo, y sus adherencias burguesas —expuestas por el autor en el capítulo anterior—, en lugar de diluirse se han profundizado, al no lograr introducir el momento democrático en la representación. Así, el escaso contenido relacional del mandato representativo en sus orígenes ha desaparecido: el representado sólo existe como elector, y el representante como gobernante; concluido el acto electoral no hay el menor contenido representativo; frente a lo que se presumía los partidos no han realizado una actividad mediadora. Por tanto, como ocurría en la época liberal, que la democracia plebiscitaria de nuestros días es, además, representativa no significa «que alguien nos representa ante los gobernantes, sino que alguien, desconectado de nosotros tras el momento electoral, gobierna con nuestra representación» (pág. 77). Por lo que se refiere al contenido dialéctico, no se ha creado un juego de contrapoderes que refuerce los elementos de «representación-ante-el poder» para sustituir la fórmula liberal «representación-poder». *Ad intra* del Parlamento, no se ha fomentado el diálogo, primero, al introducirse nuevas clases sociales y, posteriormente, cuando se diluyó este concepto, por la aparición de partidos políticos dotados de rígida disciplina de voto. *Ad extra* del Parlamento, o en el juego de las relaciones entre órganos, al convertirse en un solo compacto el Parlamento y el Gobierno, «las Cámaras han pasado a ser tan sólo el lugar donde el Gobierno se controla a sí mismo a través de su propia mayoría parlamentaria» (página 75); asistimos al final del dogma de la separación de poderes que no puede mantenerse en la confrontación Gobierno de la mayoría-oposición, dado que ésta se circunscribe al momento electoral y no es reconocida en el plano institucional por el derecho que sigue oponiendo Parlamento a Gobierno.

Esta ausencia de contenido dialéctico, en las relaciones *ad extra* del Parlamento, será el objeto principal del epílogo que el profesor Aragón formula, al final del libro, con un doble enfoque. *De lege lata*, coincide con el autor: el dogma de la separación de poderes ha caído en el ámbito de la representación, dada la interdependencia legislativo-ejecutivo. No obstante, matiza a Garrorena al señalar que sólo ha caído en su formulación estricta, pues se mantiene en la contraposición entre poder político —o poder del Gobierno, en sentido amplio, que incluiría la emanación de leyes, reglamen-

tos y actos concretos de autoridad— y poder jurisdiccional, incluido el Tribunal Constitucional, siempre que el Estado sea de Derecho (pág. 115). Hoy día, cuando impera el Estado constitucional de Derecho y ha desaparecido la contraposición entre los principios democráticos y monárquicos, presente el primero en el Parlamento y el segundo en el Gobierno, ya no es necesario que el Parlamento controle al Gobierno como garantía de libertad. La importancia de éste, en el sentido objeto de análisis, viene dada por su actuación como institución —Cámara donde se representa el pluralismo político— más que como órgano —que adopta sus decisiones por mayoría—. De aquí la necesidad de distinguir entre «control por el Parlamento», sustituido por el control jurisdiccional ante la ineficacia de que la mayoría fiscalice al Gobierno que respalda, y «control en el Parlamento», que es la crítica que las distintas minorías ejercen sobre el Gobierno y cuya eficacia dimana de tener como destinatario a la opinión pública para que ésta pueda ejercer el control político electoral. Si se acepta este análisis, ya en la posición de *lege ferenda*, se comprenderá la necesidad de dotar a las minorías parlamentarias de los adecuados instrumentos de control sobre la mayoría parlamentaria, como pueden ser: la constitución de comisiones de investigación, a solicitud de las minorías, o el examen y debate en la designación parlamentaria de titulares de órganos estatales.

En el capítulo IV el autor justifica, metodológicamente, el que formule una propuesta de *lege ferenda* —Aragón respaldará e incentivará esta opinión, siempre que se precise, en cada caso, si se opera *lege lata* o *ferenda* (págs. 119-120)—. A continuación rechazará que se pueda sustituir la democracia representativa (2) por la democracia popular o de identidad (3), que la solución se encuentre en complementar el sistema recurriendo en ocasiones a los institutos de democracia directa y, finalmente, que se pueda sustituir la base individual de la representación por otra corporativa. En consecuencia, la reformulación doctrinal de la teoría sobre la representación política, que es necesaria para que las concretas modificaciones de la realidad guarden una coherente dirección, deberá «asumir sin reservas el modo demo-

(2) F. RUBIO LLORENTE: «El Parlamento y la representación política», en *I Jornadas de Derecho parlamentario*, vol. I: *Monografías del Congreso de los Diputados*, págs. 145-170, puede encontrarse una defensa de la «democracia representativa». También, en ARACÓN REYES: *ob. cit.*, págs. 104-106, que llega a afirmar que ésta es la única forma posible de democracia. Además, véase A. GARRORENA MORALES: *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 21-22.

(3) F. RUBIO LLORENTE («El Parlamento...», *op. cit.*, págs. 159-161) realiza una excelente crítica a la teoría de Leibholz sobre la democracia plebiscitaria y su principio de identidad. También, ARACÓN REYES: *ob. cit.*, págs. 39 y 105-106.

liberal pluralista y de partidos, que constituye el punto de llegada de aquel itinerario [el cual comenzó con la formulación liberal y continuó con las posteriores adherencias burguesas] para provocar en él esa revisión en avance —esa actualización democrática— que es toda una labor pendiente de nuestro tiempo constitucional» (pág. 89). En caso contrario debemos dejar de sentirnos insatisfechos porque la representación se resuelva «en un ortopédico y distante método para la legitimación cuatrienal del poder» (páginas 89-90).

Con tales presupuestos como punto de partida sintetizará y enjuiciará la dogmática actual (4). Para el autor, las teorías de Jellinek y Carré de Malberg sobre el órgano han entendido muy bien lo que en la representación actual hay de técnica de designación de órganos del Estado y permiten legitimar y explicar la realidad mejor que la de Kelsen. Por contra, no posibilitan a la dogmática jurídica alcanzar fases más avanzadas de la representación, ya que no comprenden que, aunque el poder nos represente, sigue siendo poder —y aunque esto pudiera parecer suficiente en los primeros tiempos del liberalismo, hoy ya no lo es—, y es necesario controlarlo. La teoría del órgano no está capacitada apenas para categorías que son necesarias, como pueda ser la «representación-ante-el poder». Estas limitaciones sólo pueden superarse operando sobre la teoría negativa de Kelsen —que sigue siendo la construcción más válida—, matizando uno de sus principales asertos: en la democracia demoliberal al no haber relación representativa no hay representación. Para Garrorena, ambas categorías son diferentes; la clave se encuentra en que aunque los actos de voluntad que realizan el conjunto de los electores no crean relaciones jurídicas constituyen «en el elegido una “situación jurídica”, esto es, una posición a la que corresponde un estatuto específico tutelado por el ordenamiento. Obviamente, aquí no hay relación; pero si el estatuto en que se concreta aquella situación jurídica traslada a su titular la facultad de ejercer en nuestro nombre —es decir, por nosotros y con nuestro consentimiento— determinadas funciones y potestades de Derecho público, será inevitable concluir que el poder de este modo constituido lo es y actúa con nuestra representación» (pág. 92).

Con esta matización, operada en la teoría de Kelsen como punto de partida, va a intentar una reformulación que distinga dos niveles. En el primero es necesario una teoría que explique la representación actual, para

(4) J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «Representación y pluralismo territorial», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, págs. 69-99; puede encontrarse una síntesis de la teoría de la representación en Gran Bretaña, su elaboración doctrinal durante la Francia revolucionaria, las teorías de Kelsen y Jellinek y la reformulación liberal de Carré de Malberg.

lo cual hay que desplazar aquélla al terreno de la idea «representación-poder», que es la que tiene lugar hoy, incluso para nuestros representantes, que aun no apoyando al poder Gobierno se encuentran inmersos en su mentalidad. Este desplazamiento puede ser útil no sólo para comprender la realidad, sino para extraer como consecuencia la necesidad de eliminar ciertas ficciones perturbadoras. Concretamente dos: las «confundentes menciones [en preceptos constitucionales] que prolongan en determinados preceptos la ficción de un mandato o de unas relaciones luego vacías de realidad» (pág. 98), y que no son necesarias para que exista representación; y referir nuestro acto electoral al partido y no al diputado, el titular del estatuto así creado es el primero (5); reconociéndolo así, podrán arbitrarse exigencias que dirigidas al diputado son incomprensibles y solventar numerosas cuestiones jurídicas mal resueltas en la actualidad. Reconocida esta representación actual, sesgada hacia el poder, y partiendo de ella, afronta el segundo nivel la representación como categoría general que nos permita superar la realidad. En esta vertiente, la reformulación debería dotar a la representación de un contenido relacional y otro dialéctico, y distinguir entre ámbitos de representación-poder y ante el poder, incluso cuando ambos coinciden en el mismo sujeto, para que así se puedan configurar diversos estatutos, que, en función del ámbito en que se opera, aumenten o disminuyan los contenidos relacionales o dialécticos, es decir, la representación como comunicación con el representado y la representación como forma de intervención de los actos de la autoridad. Una reelaboración doctrinal en esta línea permitiría avanzar en las formas actuales de la representación, configurando, por ejemplo, fórmulas que, o bien aproximen a representantes y representados, sin caer en formas imperativas que el sistema no toleraría, u organicen colectivamente el potencial de los electores en la vida interna de los partidos y creen auténticos contrapoderes, como pudiera ser un estatuto constitucional de la oposición. Sin embargo, para el autor, estas múltiples posibilidades no deben ser articuladas desde la dogmática, sino por el legislador, esto es, por la clase política, que ocuparía así el campo de las opciones constitucionales concretas.

A modo de consideraciones finales, señala, en el capítulo V, una tráda de dificultades para el éxito de su propuesta. Es difícil imaginar que los partidos, dominadores de la ley, modifiquen la representación política con

(5) F. RUBIO LLORENTE: *ob. cit.*, para salvar la discordancia entre realidad y teoría de la representación, imputa la representación al grupo parlamentario en vez de al partido (págs. 162-164); además, utiliza el método semántico y parte de la teoría de Jellinck (pág. 153). SOLOZÁBAL: *ob. cit.*, pág. 92, también prefiere la teoría de este autor frente a la de Kelsen.

el resultado de afectar su cómoda posición actual en el sistema; las profundísimas transformaciones de la sociedad dificultan su representación, y final y fundamentalmente, la persistencia del argumento de Constant, la predisposición del ciudadano de nuestra sociedad a sacrificar el tiempo de su esfera privada en beneficio público.

Para concluir quisiera exponer una precisión y una cuestión: la primera, con la que supongo estarán de acuerdo los profesores Garrorena y Aragón, es que es cierto que el Parlamento, globalmente, ya no fiscaliza al Gobierno, pero sí lo hacen los diputados que lo respaldan en los Plenos de su grupo parlamentario, aunque sin publicidad (6); la segunda consiste en determinar si es factible encajar la reformulación doctrinal del profesor Garrorena en el actual marco constitucional. El autor parece estimar que no al reclamar que desaparezcan de nuestro ordenamiento constitucional las menciones a un mandato, o unas relaciones luego vacías de realidad, y que nuestro Derecho deje de considerar como referente del acto electoral el elector, en beneficio del partido (págs. 89-99) (7). A mi juicio, es factible una interpretación que permitiera mantener la constitucionalidad, pero no es éste ni el lugar ni el momento de demostrarlo.

José Luis García Guerrero

LUIS PRIETO SANCHIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1990.

Para quien investiga en torno a problemas de teoría de derechos fundamentales los trabajos del profesor Prieto Sanchis han sido siempre un instrumento de trabajo muy útil. El último de ellos, *Estudios sobre derechos fundamentales*, no sólo merece una especial atención sino que da lugar a un buen espacio para la discusión.

(6) Sirva, sin más, pese a las incuestionables diferencias entre los sistemas, el ejemplo de la caída de Thatcher; véase R. K. ALDERMAN y N. CARTER: «A very tory coup: the ousting of Mrs. Thatcher», en *Parliamentary Affairs*, núm. 2, 1991, páginas 125-139.

(7) P. DE VEGA («Significado constitucional de la representación política», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, págs. 25-45) consideraría inconstitucional una reelaboración doctrinal como la indicada. En el mismo sentido, aunque más limitadamente, por referirse exclusivamente a la titularidad personal de los escaños, frente a los partidos, R. PUNSET: «Prohibición de mandato imperativo y pertenencia a partidos», cedido por gentileza del autor, y las SSTC 5, 10, 16, 20, 28, 29 y 30 de 1983 y 28/1984. Aunque esta última no contempla la constitucionalidad del artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, por no ser la norma legal aplicable al caso.

El libro constituye un compendio de doce estudios, cuya nota común es la heterogeneidad de origen, que no de exposición, dado que la sistematización utilizada por su autor nos permite, indistintamente, la lectura aislada de cualquiera de los ensayos o, por supuesto, su lectura continuada, según los propósitos que nos guíen, obteniendo tanto en uno como en otro caso una exposición coherente. A pesar de ello, recomendamos la lectura continuada, por un lado, de los capítulos II al IV, y por otro, de los capítulos VI, VII y VIII. Nos parece que la obra constituye una minuciosa exposición teórico-jurídica de los derechos fundamentales desde la Constitución española de 1978 y al mismo tiempo supone un buen paso hacia adelante dentro de la tendencia encaminada a elaborar una teoría general de los derechos fundamentales. Como ha escrito Peces-Barba en una presentación reciente de este libro, «es una auténtica teoría jurídica (...) para que podamos estudiar un auténtico sistema de Derecho positivo de los derechos humanos» (1).

La exposición se encuentra orientada en función de los dos propósitos de su autor. El propósito principal es realizar un análisis estructural y funcional de los derechos humanos positivados en la Constitución española de 1978 (delimitando de este modo el campo en el que desarrollará su investigación). Se sitúa así en la línea de las más recientes corrientes (2), en las

(1) G. PECES-BARBA: «Sobre la justicia», en *El Sol*, 1 febrero 1991.

(2) En esta línea, ya BOBBIO, en su momento y en relación con el análisis funcional del Derecho, en el Prólogo de su *Teoría general del Derecho* (trad. de E. Roza Acuña, Bogotá, Temis, 1987), tratando de justificar la ausencia u omisión del punto de vista funcional de su obra, y tras una clara exposición de las causas que han producido el desplazamiento del interés de los juristas de los temas estructurales a los funcionales, manifiesta no sólo su escepticismo al reemplazamiento de la teoría estructuralista del Derecho por la teoría funcionalista, sino que además centra nuestra atención sobre la necesaria presencia de estos dos puntos de vista en cualquier análisis que se realice del universo jurídico, sosteniendo que «... se integran mutuamente y de manera siempre útil». Cfr. también, con N. BOBBIO: *Contribución a la teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, págs. 277-278, edición a cargo de A. Ruíz Miguel, en el que Bobbio reafirma sus anteriores consideraciones. A este respecto, resulta interesante también atender a esta doble perspectiva de análisis, en R. TREVES y V. FERRARI (eds.): *Sociología dei diritti umani*, Milán, Franco Angeli, 1989. Por su parte, y en nuestro país, PÉREZ LUÑO («Las funciones de los derechos fundamentales», en *X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, vol. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988) mantiene una argumentación similar al afirmar que «... sería pernicioso para el porvenir de los derechos y libertades que la decantación pendular del interés teórico y práctico, desde su estructura a su función, supusiera el abandono de las cuestiones referentes al concepto y fundamento por considerarlas ya resueltas o carentes de sentido». En su opinión, que compartimos, sólo desde el equilibrio en la reflexión teórica sobre la estructura y la

que, si bien el acento no reside ya de forma exclusiva en el análisis estructural, tampoco por ello se dejan llevar por las tendencias maximalistas de orden funcional, cuyo principal objeto de estudio se reduce a dar respuesta a la interrogante de para qué sirve el Derecho, convencidas —en mayor o menor medida— de lo poco gratificante que puede resultar el ocuparse de problemas que no parecen encontrar una respuesta lo suficientemente satisfactoria, porque, a tenor de algunos sectores cada vez más mayoritarios, no la tienen, o bien de lo absurdo de intentar acometerla, por ser otros los problemas que envuelven hoy día a estos derechos, como, por ejemplo, los de su protección y ejercicio eficaz. Todo ello dentro de un discurso esencialmente jurídico, pero no carente de los razonamientos de filosofía moral y política tan intrínsecamente presentes en este terreno.

Esta dualidad metodológica y analítica proporciona una visión muy enriquecedora de los derechos humanos, que se traduce en la consecución del segundo propósito del autor, una obra coherente y, a nuestro juicio, equilibrada como pocas, a pesar de que, inevitablemente, discrepemos de algunos de sus enfoques, planteamientos e incluso consecuencias.

Por lo que respecta a la estructura formal, cabría formular alguna duda tal y como lo sugiere el primer capítulo: ¿Por qué abrir el debate con una aportación sobre la fundamentación de los derechos humanos? Probablemente, esta aportación de filosofía política y moral tiene su razón de ser en cuatro órdenes de motivos: *a)* en el propósito de mantener una dualidad metodológica que no excluya el razonamiento filosófico y moral del estudio de los derechos humanos, reduciendo su análisis a un plano estrictamente jurídico, como lo muestra, por ejemplo, su afirmación de que «... la realidad de los derechos (...) no se agota en su cristalización normativa, sino que termina en el proceso de interpretación y aplicación, donde el peso de la filosofía moral y política (...) resulta incuestionable»; *b)* en la tesis que sitúa la fundamentación de los derechos en un plano preliminar a lo jurídico, *c)* en su intención de ofrecer respuestas distintas a las cuestiones del concepto y el fundamento, en contra de las llamadas soluciones monistas (3); *d)* por último, aunque quizá sea el argumento de mayor peso, el que pre-

función de los derechos y libertades es posible conseguir una comprensión integral de los mismos.

(3) Sobre la relación de los problemas entre concepto y fundamentación y los posibles planteamientos a adoptar, véanse J. DE LUCAS: «Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la utilidad del concepto de derechos morales)», en *Derechos humanos, 1978-1990*, Madrid, Tecnos (en prensa), y F. LAPORTA: «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, págs. 23 y sigs.

suponemos resulta ser el *leit motiv* de este ensayo de fundamentación: aportar razones que permitan la entrada en el discurso justificatorio sobre derechos humanos de los derechos de segunda generación.

Aún podríamos añadir dos interrogantes, relativas ahora al contenido: 1) la ausencia de un ensayo autónomo acerca del papel de la jurisprudencia constitucional en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, si bien es cierto que la opción del autor es ilustrar constantemente el libro con aportaciones de la jurisprudencia constitucional, lo cual no es sólo mucho más laborioso sino que permite ofrecer un panorama más completo de las cuestiones tratadas; 2) en segundo lugar, la omisión de un capítulo dedicado al sistema de garantías y protección europeo en su interrelación con el español. Suponemos que esta ausencia tiene su razón de ser en la identificación entre derechos humanos y derechos fundamentales/derechos constitucionales de la que parte el autor (4). No obstante, y ante la suma importancia que reviste en el plano jurídico el empleo de un lenguaje riguroso, consideramos que la distinción entre estos términos supone, entre otras muchas cuestiones, recuperar la atención que la protección europea de los derechos humanos exige y, por otra parte, permite un estudio más acabado de los mismos. Además, el sistema de garantías y protección europeo en su interrelación con el español, en nuestra opinión, debe ser tenido en cuenta en este tipo de exposiciones, pues existen argumentos «fuertes» de orden jurídico-político que así lo avalan, como pueden ser: 1) El artículo 10.2 y el artículo 96 de la CE y el art. 1.5 del CC, que convierten al Convenio, junto a otros textos internacionales de derechos humanos, en criterio básico de interpretación de estos derechos; 2) España firmó el Convenio el 24 de noviembre de 1977, lo ratificó en 1979 y declaró expresamente el 11 de junio de 1981 su reconocimiento del «derecho de recurso individual» previsto en el artículo 25 del Convenio por un período de dos años, habiendo sido prorrogado el período sucesivamente; 3) El Convenio Europeo de los Dere-

(4) Aunque Prieto atribuye expresamente esa omisión a su propio escepticismo al respecto, según manifestó con ocasión de un Seminario celebrado en Valencia. En nuestra opinión, tal escepticismo tendría en el propio autor su contrapunto cuando, por ejemplo, admite, con un amplio margen, que los derechos humanos pueden gozar de reconocimiento jurídico mediante técnicas diferentes, en contra de las posiciones que identifican la existencia de los derechos con la existencia de determinadas técnicas de protección. Asimismo, en su rechazo de toda postura que ignore el carácter fundamental de los derechos del Convenio Europeo de 1950 por no ser «constitucionales» y, definitivamente, por su consideración de la constitucionalidad como una de las posibles articulaciones de la categoría genérica de los derechos humanos o fundamentales (cfr. PRIETO SANCHIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pág. 96).

chos Humanos ha resultado un instrumento internacional eficaz, con un alcance sin precedentes y de influencia incluso en otros continentes; 4) Si se considera que el Convenio supone un plus de protección, una garantía internacional añadida, creemos que contamos con suficientes razones para sostener que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos funciona como una última instancia al respecto, y en este sentido los ensayos de Prieto Sanchis en este libro, a nuestro juicio, no abordarían plenamente el tratamiento de los sistemas de protección y garantías de los derechos fundamentales.

* * *

Entre los distintos enfoques posibles para realizar el comentario de esta obra, dos nos parecían, en principio, los más indicados: o bien asumíamos la clásica posición de comentar de forma sumaria las diferentes cuestiones en función de su aparición en los sucesivos capítulos, o bien centrábamos nuestra atención y crítica en torno a algunas de las que nos habían parecido más relevantes —en este caso el fundamento y el concepto—, sin que esta elección supusiese olvidar aspectos tan importantes como los examinados en este libro: *a)* la concreción de la resistencia en la configuración de límites a los poderes del Estado (teniendo en cuenta la presentación que Prieto Sanchis realiza del concepto de los derechos fundamentales, que vincula fundamentalidad y resistencia); *b)* la posición constitucional que ocupan los llamados principios rectores y el reconocimiento casi unánime, ajustado al texto constitucional, del papel secundario otorgado a los derechos sociales y económicos (lo que le lleva al autor a iniciar su estudio en términos de «devaluación jurídica»); *c)* y, por último, cómo no hacer mención a interrogantes tales como ¿a quién obligan los derechos fundamentales?, ¿cuáles son los mecanismos de protección?, ¿pueden ser suspendidos? Todas ellas tratadas de forma minuciosa en su exposición.

Al final nuestra opción se dirigió hacia esa segunda vía. Sin embargo, conviene señalar que obedece, como es obvio, a razones puramente subjetivas, de delimitación y concentración del trabajo.

I

Pues bien: desde la idea de que un estudio sobre la fundamentación de los derechos humanos (5) podría fácilmente ocupar algunas bibliotecas, la

(5) A pesar de que el propósito del trabajo de Prieto Sanchis se oriente hacia el sistema positivo de los derechos humanos o fundamentales, resulta evidente que, en el

acotación con que rubrica el capítulo resulta adecuada y significativa del contenido de su exposición. No obstante, dicha restricción inicial no puede ser un obstáculo para ofrecer un ensayo de fundamentación de los mismos, sobre todo si se trata de una propuesta abierta al debate, y elaborada tras la constatación de la insuficiencia de otras fundamentaciones y el necesario ajuste, que los derechos sociales reclaman, a la realidad práctica.

Hablar de fundamentación de derechos humanos desde posiciones dualistas es situar la cuestión en términos de justificación de valores. Es decir, aportar razones para el reconocimiento jurídico de determinados valores. La propuesta de fundamentación que formula Prieto parte de la integración necesaria entre razón e historia; para ello sitúa al lector dentro de las coordenadas en las que desarrollará su tesis: los derechos fundamentales son una categoría jurídica de Derecho positivo, cuyo reconocimiento como tales constituye el primer paso necesario para su eficacia, lo que no significa que su existencia esté supeditada al Derecho positivo, puesto que se configuran como la articulación jurídica de los valores tradicionales e históricos de dignidad, libertad e igualdad. Desde esta posición, identifica los ámbitos de eficacia y protección, separándolos del conceptual (6).

Tras dejar constancia de la interconexión entre concepto y fundamento,

plano de la justificación, se propone llegar a un nivel de fundamentación que muestre las razones que respaldan el deber moral del reconocimiento jurídico de determinados valores para su configuración en derechos humanos o fundamentales. Es obvio, por tanto, que no asume la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales y que la acción de reconocimiento no queda a merced de los ordenamientos jurídicos en la medida en que viene limitada por el concepto histórico de los derechos humanos y los procedimientos racionales de justificación de las pretensiones que se han de articular como derechos básicos. Trata así de superar el obstáculo que supone abandonar en manos de cualquier ordenamiento jurídico la existencia de los derechos humanos o fundamentales, aunque para empezar a hablar de eficacia y protección sea indispensable su positivación y la adquisición con ello del *status* de derechos humanos o fundamentales. En nuestra opinión, si bien evita que la existencia jurídica de los derechos dependa de un ordenamiento jurídico concreto, también es cierto que no se puede hablar de derechos humanos en regímenes políticos que no los contemplen, dificultad que quizá quedaría soslayada si se atendiese a la distinción entre derechos humanos-derechos fundamentales y se diese cabida en el primer enunciado, junto a su reconocimiento a nivel internacional, a aquellas exigencias básicas que, relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de la persona, no han alcanzado su concreción jurídico-positiva.

(6) Detrás de esto aparece, en el fondo, uno de los problemas básicos de la Teoría del Derecho: existencia, validez y eficacia jurídicas. Compartimos con el autor que protección y eficacia equivalen a existencia jurídica; sin embargo, no nos parece sostenible, de forma plena, la relación inversa: existencia jurídica equivale a protección y eficacia.

manifiesta la prioridad conceptual (7) que, a su juicio, se debe a todo intento de fundamentación (8). Por ello, y tras sostener que los derechos humanos carecen en principio de un significado técnico-jurídico preciso, se adentra en la búsqueda de una noción de los mismos dentro del ámbito de la comunidad lingüístico-cultural, lo que le lleva a descubrir en ellos, junto a un indiscutible núcleo de penumbra, la existencia de otro núcleo mínimo de certeza, susceptible de ser reconocido en toda nuestra comunidad lingüística.

El contenido del concepto mínimo de derechos humanos, en opinión de Prieto Sanchis, está constituido por dos elementos: el teleológico, es decir, su consideración de instrumento para la articulación jurídica de determinados valores, y el funcional, o, lo que es lo mismo, su función legitimadora del poder, y es en el primero de ellos donde el autor empieza el desarrollo de su trabajo.

La plasmación normativa de los valores se realiza a través de dos formas: la abstracta-formalista y la histórica, que, a su vez, van a dar lugar a distintos conceptos, catálogos y ensayos de fundamentación de los derechos humanos. La primera de ellas responde a la concepción liberal de los derechos (para la que resulta especialmente adecuada esta fundamentación abstracta), que está unida a la fundamentación racionalista de los mismos, y a la imposibilidad de dar cabida en su catálogo a los derechos sociales, culturales y económicos. La segunda, a la concepción histórica, a la fundamentación consensual y a un catálogo de derechos abierto.

1. La concepción liberal de los derechos humanos configura a éstos

(7) Coincide así con la tesis de la prioridad lógica de las cuestiones conceptuales, expuesta por F. LAPORTA: «Sobre el concepto de los derechos humanos», en *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, págs. 23 y 24.

(8) Sin embargo, en nuestra opinión, las posiciones dualistas entrañan un riesgo que no consiguen evitar, al considerar que pueden ofrecer un concepto de derechos humanos capaz de satisfacer a las más diversas fundamentaciones de los mismos. En su caso, como después veremos, con su propuesta de un concepto histórico de los derechos humanos. Conviene puntualizar que entendemos, en general, por posiciones dualistas todo intento doctrinal de constituir la llamada «tercera vía» entre el iusnaturalismo y el positivismo extremos, es decir, de mantener la necesaria conexión entre los valores tradicionales de dignidad, libertad e igualdad, cuyo origen se conecta al iusnaturalismo y la identificación entre reconocimiento jurídico positivo con existencia jurídica de los derechos. Estamos, pues, ante el más serio intento de ajustar la teoría de los derechos fundamentales a la realidad jurídica, sin olvidar la perspectiva axiológica de los mismos. Aunque en este caso concreto nos referimos a la solución dualista que, desde estas posiciones, se postula a favor de la distinción —a pesar de los obstáculos a sortear— entre el plano conceptual y el justificativo de los derechos, en contra de las soluciones monistas que abordan estos problemas, ofreciendo una misma respuesta para estas cuestiones.

como derechos del hombre por el mero hecho de serlo, argumentables por cualquier sujeto moral, universales y, por ello, mínimos (dado que la dignidad que se protege es la de un sujeto ideal), elaborados por la razón práctica y en la que no tienen cabida los fines particulares ni las circunstancias históricas, lo que, consecuentemente, conlleva un modelo de comunidad política determinado, el Estado liberal de Derecho, garante del sistema de libertades. Esta caracterización entraña, a juicio de Prieto, dos riesgos: la imposibilidad de proporcionar la articulación de las necesidades sociales como derechos y el quedar restringida a ofrecer una visión estática de los derechos.

Conviene señalar, como pone de manifiesto el autor, que esta concepción, sucintamente resumida por nosotros, lejos de perecer en el olvido, ha sido relanzada hoy. De aquí que su siguiente análisis consista en comprobar en qué medida es fiel a sus planteamientos originarios, para lo que recurre a la revisión de algunos puntos comunes que nos ofrecen las construcciones de autores tales como Rawls, Dworkin y Nozick (9).

Entre tales concordancias destaca la construcción de una teoría contractual de la justicia (10), el enfrentamiento o polémica con las posturas utilitaristas, la consideración de los derechos como límites frente al poder y, por último, la restricción que inicialmente realizan del catálogo de derechos ante las dificultades de enfrentar y fundamentar los derechos de nuestro presente histórico desde una abstracta racionalidad.

2. Al comprobar que no consiguen superar los obstáculos comentados, el autor realiza una propuesta que, puesto que no parte de una concepción acabada de los mismos, supone la entrada de los derechos derivados de la concreta posición social del individuo. Consciente de las dificultades que ello entraña, se plantea *a priori* los posibles problemas con los que se enfrentaría toda posición que incluyese a estos derechos entre los derechos básicos.

A este respecto pueden formularse ya dos objeciones importantes: La primera provendría de aquellos que sostienen el grave perjuicio que supone para el sistema de libertades un mayor incremento de la intervención estatal, que lleva siempre implícito el reconocimiento de tales derechos. Frente a esta posible acusación, Prieto es terminante en su respuesta: las amenazas al sistema de libertades no provienen precisamente del reconocimiento de

(9) Aunque, en nuestra opinión, sólo a estos efectos pueden ser equiparables, y quizá hubiera sido conveniente más apuntes sobre las diferencias, especialmente del lado de Nozick.

(10) Respecto a todo intento de teoría contractualista de la justicia Prieto toma una clara posición, como más adelante se verá.

estos derechos, sino de «... ciertas tendencias autoritarias y neoconfesionales que en ocasiones muestra el Estado contemporáneo».

El segundo obstáculo a superar, que consistiría en las dificultades económicas para su realización, no hace, a su juicio, sino poner de relieve la incapacidad del Estado liberal de Derecho para afrontarlo.

En definitiva, y dado que para él no se trata de una cuestión cuantitativa ni gradual, sino cualitativa, tiene que admitir que la exigencia de satisfacer una necesidad es prioritaria frente a cualquier otra consideración; por ello propone un ensayo de fundamentación distinto que haga frente no tanto al modelo descrito con anterioridad como a la realidad circundante, que se encuentra, en palabras del autor, muy alejada del mismo.

Prieto parece moverse dentro de una fundamentación histórica y consensual de los derechos. Parte de un binomio base: la conjugación entre racionalidad e historia, para lo que se sirve de la concepción del individuo como persona de Lukes (contra la concepción abstracta del individuo del racionalismo), a fin de ofrecer una noción de sujeto histórico, dado que la argumentación racional e intersubjetiva que propone ha de tener por objeto intereses y necesidades reales y generalizables. El resultado son los derechos enclavados en su marco histórico, vinculados a necesidades reales, un concepto de derechos humanos abierto e histórico que admite distintas plasmaciones. El fundamento de estos derechos es consensual, en modo alguno previo al consenso, sino que en todo caso descansa sobre él.

Esta tesis trae consigo diversas consecuencias fundamentales: los derechos quedan configurados dualmente, como elementos nucleares de un sistema objetivo y al mismo tiempo como la articulación de pretensiones. Además, da cabida a los derechos sociales y al posible reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación.

Si esta propuesta se plantease cerrada y con pretensión de ser la única capaz de solventar todos los problemas, resultaría cuando menos presuntuosa y, por descontado, susceptible de numerosas críticas. Consciente de ello, y (presumimos) con el fin de dotarla de razones fuertes para su aceptación, da un paso más en su exposición y nos muestra las propias insuficiencias y límites de que adolece esta tesis al plantear el riesgo que entraña abandonar los derechos en manos de cualquier fórmula consensual y la falta de coherencia de este abandono con la función limitadora del poder que desempeñan. Esto podría, a nuestro juicio, traer funestas consecuencias, dada la disconformidad con la realidad histórica y circundante. Por ello, en principio, se muestra partidario de analizar toda fórmula que ofrezca alguna solución a este problema, imponiendo límites al consenso.

Conviene señalar que Prieto lleva a cabo una labor crítica que abre paso a una aportación personal, al comprobar que lo único que comparten estas fórmulas es la preocupación sobre la realidad histórico-consensual de los derechos humanos, por ser proyectos de fundamentación que al partir de distintas consideraciones llegan, según creemos, a resultados muy diversos. No obstante, puede parecer que cualquiera de ellos escinde los derechos desde su fundamentación, bien sea para negar la consideración de derechos básicos a los derechos sociales, bien admitiendo esta consideración, pero fundamentándolos de otra forma. En nuestra opinión, esto a lo único que nos puede llevar es a considerar que realmente existe una jerarquización latente desde la propia fundamentación de los mismos, aunque muchos autores prefieren obviarla (11).

Desde distintas posturas se ha tratado de establecer esas limitaciones:

a) Frente a quienes, como Muguerza, sostienen un fundamento de los derechos humanos desde el disenso (12), Prieto concreta que, si bien desde el disenso no se pueden justificar los derechos de segunda y de tercera generación, también es cierto que en un modelo justo de convivencia tienen que tener algún tipo de reconocimiento determinadas formas de disenso, ni desconocer, por tanto, el papel que el disenso —en cuanto consenso «crítico»— ha ejercido históricamente en la reactivación del consenso. En definitiva, el desacuerdo no proporciona mejores razones que el acuerdo.

b) Desde las posturas que ofrecen una teoría contractual de la justicia como la de E. Fernández tampoco se llega a soluciones aceptables, en la medida en que no consiguen superar la fundamentación iusnaturalista y racio-

(11) Nos parece interesante destacar que el propio autor si bien es reactivo a la admisión de una jerarquía absoluta en el catálogo de libertades, también es cierto que no tiene inconveniente en reconocer la prioridad de los derechos que satisfacen valores más íntimamente implicados en la dignidad del individuo (cfr. «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», en *ADH*, núm. 4, Madrid, 1986-1987, págs. 299-300).

(12) Cfr. J. MUGUERZA: «La alternativa del disenso», en J. MUGUERZA y otros: *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, págs. 19 y sigs, y LUIS PRIETO SANCHIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, páginas 66 y sigs. En nuestra opinión estas tesis pueden incluso ser tachadas de reduccionistas del problema, en la medida que intentan trasladar y hacer extensiva la aplicación de la fundamentación negativa de una cuestión concreta —los límites de la obligación de obediencia— a la totalidad de los derechos humanos, con lo que nos parece que no se consigue fundamentar desde el disenso la gran mayoría de derechos humanos, puesto que sigue quedando una gran parcela, que, como el propio Prieto indica, necesitaría del consenso para su justificación. Véase, en esta línea, J. BALLESTEROS y J. DE LUCAS: «Sobre los límites del principio de disidencia», en *El fundamento...*, op. cit., págs. 87 y sigs.

nalista, volviendo a caer en una razón monológica y, consecuentemente, no consensual, aunque, según el autor, curiosas paradojas de su desarrollo puedan enmascararnos estas consideraciones (13).

Admitiendo que no todos los derechos son fruto de la comunidad ideal de diálogo trata de encontrar justificación a los llamados «derechos previos», que se presentan como un presupuesto de la misma, como exigencias implícitas en las propias normas de realización del discurso práctico; la cual cree hallar, al retomar la idea de Elías Díaz, en la propia necesidad del diálogo y de caminar por la vía de la razón intersubjetiva, dotando a estos derechos de un valor instrumental que no han conocido con anterioridad, en la medida

(13) El profesor PRIETO parece no haber tenido en cuenta: c) El iusnaturalismo crítico al que alude PÉREZ LUÑO: «... es inexacta la postura doctrinal que atribuye un fundamento iusnaturalista a las libertades, negándolo a los derechos sociales...»; «Precisamente, las nuevas corrientes del pensamiento iusnaturalista insisten en apartarse de la vieja aspiración del iusnaturalismo idealista de formular, de una vez por todas, el catálogo eterno e inmutable de los derechos del hombre...»; «En nuestros días, diversas tendencias y corrientes iusnaturalistas que se han hecho especialmente sensibles a la historia (...) coinciden en propugnar una concepción abierta y dinámica de los derechos naturales»; «Al situar en las necesidades o exigencias radicales de la naturaleza humana el fundamento antropológico de los derechos humanos, y al cifrar en el consenso su legitimación, las coordenadas teóricas en que hoy se mueve el iusnaturalismo crítico propician el condicionamiento mutuo y la complicación entre libertades y derechos sociales» (cfr. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, mayo 1985, págs. 206-207). Tampoco parece haber tenido en consideración: d) En las construcciones de los *moral rights* la tesis defendida por F. LAPORTA. Nos parece que hubiese resultado muy interesante su tratamiento, junto a la de E. FERNÁNDEZ, dado que, aunque en ambas se pretende dar una respuesta al concepto de derechos humanos, consideramos que lo que ofrecen es, en todo caso, justificación de los mismos, y ni siquiera eso, en la medida en que la noción derechos morales remite, en última instancia, a otro tipo de consideraciones, como pueden ser las necesidades básicas. Para LAPORTA, el sistema jurídico, como cualquier otro sistema normativo complejo, es un conjunto compuesto por una diversidad de elementos en el que las normas son un elemento más dentro del conjunto. Uno de los vínculos que relacionan entre sí los elementos, al ser de naturaleza argumentativa práctica, hacen de ciertos elementos del conjunto razones prácticas para la existencia de otros elementos del sistema. De esta manera llega a que los derechos en cuanto miembros complejos del sistema jurídico en cuestión son razones intrasistemáticas, situando el fundamento de los mismos en la razones extrasistemáticas de los componentes de un derecho. Creemos que esta tesis, sucintamente expuesta por nosotros, y su concepto restrictivo de derechos humanos pueden dar mucho juego en el tratamiento de algunos problemas sobre la fundamentación de los derechos humanos en la línea de lo señalado por J. DE LUCAS en «Nota sobre...», *op. cit.* Cfr. la tesis de F. LAPORTA en «Sobre el concepto de derechos humanos» y en «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», en *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, págs. 23 y sigs., respectivamente.

en que se configuran como «... exigencias para el ejercicio de la razón...», es decir, como «... derechos para negociar...», «... podrán ser previos, pero no independientes del diálogo...».

A ese respecto es interesante advertir cómo puntualiza el sentido en que hay que interpretar y situar esta propuesta de fundamentación, que no es otro que el de servir de punto de referencia crítico de las democracias reales, con lo que salva el escollo apuntado anteriormente de la disconformidad entre el consenso propuesto y la realidad histórica y presente, manteniendo los caracteres que tradicionalmente han poseído las libertades individuales, pero sin cerrar la puerta a los derechos de segunda y tercera generación, y, en definitiva, permite concebir a los derechos fundamentales como «... la condición que hace recrear aquella situación de diálogo necesaria para desarrollar un auténtico debate, haciendo de la libertad y de la decisión democráticas dos aspectos inescindibles de una misma propuesta».

De todo lo expuesto, y como ya hemos sugerido, parece deducirse que el autor establece una distinta fundamentación para los derechos de primera, segunda o tercera generación, al fundamentar «los derechos previos» en las propias necesidades del diálogo, y el resto en el diálogo mismo (14), aunque eliminando el cariz de independencia de toda decisión colectiva.

II

Como hemos visto, la historia y la razón ocupan el papel estelar de este ensayo (15), en base al cual se analiza la formación histórica del concepto de derechos fundamentales. Distingue un primer momento, que es objeto de estudio por la filosofía de los derechos fundamentales (en el que se configuran como valores), y un segundo momento (el de su inserción en normas del ordenamiento jurídico positivo), que constituye la materia propia del Derecho

(14) El profesor PRIETO, en el curso de la discusión a la que nos referimos anteriormente, matizó que los derechos sociales nacidos del diálogo sobre la satisfacción de necesidades se pueden concebir también como condiciones del mantenimiento del diálogo, opinión que compartimos.

(15) Parece situarse en la misma línea de lo apuntado por el profesor PECES-BARBA en «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», en *ADH*, núm. 4, o en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, págs. 25 y 26, donde hace hincapié en la necesidad del análisis histórico y la aceptación de la idea de que los derechos humanos son un concepto histórico propio del mundo moderno, pero precisando que ese carácter historicista no significa irracional, sino que, al ser complementarias razón e historia, sólo cabe una justificación racional situada en la historia.

de los derechos fundamentales. La elaboración del concepto jurídico de derechos fundamentales queda ubicada en ese segundo momento, en el que se sitúa el autor, y concretamente dentro del ordenamiento jurídico español, señalando *a priori* su posible extensión a otros derechos nacionales (un punto que no queda tan claro tras su exposición).

Para ello examina el camino del análisis lingüístico de la Constitución propuesto por algunos otros autores, vía que no le parece satisfactoria por cuanto no sólo no ofrece una definición de derechos fundamentales, sino que sus rótulos lo único que consiguen es confundir lo que el constituyente quiso plasmar, como muestran fehacientemente la falta de uniformidad de sus enunciados y la total ausencia de homogeneidad de los derechos acogidos.

Esta constatación, junto al análisis descriptivo de las notas tradicionalmente atribuibles a los derechos humanos y la comprobación de que la estructura formal de los mismos no nos proporciona ningún elemento diferenciador (16), le llevan a Prieto Sanchis a afirmar que no existe entre ellas ningún rasgo distintivo y de concreta operatividad jurídica que nos permita atribuir a un derecho el calificativo de «fundamental» frente a otros tipos de derechos no considerados como fundamentales. La causa subyacente la encuentra el profesor en la fluidez histórica de los derechos humanos.

La fundamentalidad, para Prieto Sanchis, es un atributo de los derechos humanos que nos da muestra del grado de resistencia de los mismos; no es una etiqueta absoluta que se tiene o no se tiene (pues no hay derechos ilimitados) ni un rasgo indeleble que unos derechos ostenten y otros no, sino un concepto relativo o gradual, que equivale a resistencia o fortaleza, por lo que se puede establecer una escala de fundamentalidad, y unos derechos serán más fundamentales que otros, es decir, el carácter fundamental de los derechos humanos se traduce jurídicamente en el concepto de resistencia o de especial fortaleza frente a las decisiones de los órganos políticos: así, todos los derechos del título I. Nuevamente aparece aquí, esta vez en el concepto, el problema de la discutida jerarquización que el autor no consigue evitar (17).

(16) Consideramos que el carácter ambivalente que presentan en la actualidad los derechos humanos impide su catalogación exclusiva de derechos subjetivos, en la medida que dicha categoría de derecho subjetivo resulta insuficiente para dar muestra de ese carácter. Nos situamos en la línea de lo apuntado por el profesor PRIETO de que «... hoy los derechos fundamentales no sólo presentan una dimensión subjetiva o de defensa del individuo, sino que se erigen, además, en elementos objetivos del sistema jurídico...» (*Estudios...*, op. cit., pág. 68). Manteniendo así su postura anterior, cfr. «Ideología liberal...», op. cit., págs. 300 y 319.

(17) El lector puede contrastar con el análisis que realiza PRIETO en el capítulo V de diversas clasificaciones no operativas a nivel jurídico.

Conviene constatar que no se nos aclara el significado que atribuye a la expresión *derecho subjetivo* (18), si bien queremos entender que su opción está en la línea actual de considerarlo como una relación entre una persona individual o colectiva y el orden jurídico, creada por el ordenamiento jurídico positivo para el funcionamiento del mismo, es decir, como un simple procedimiento técnico (19), y en modo alguno como cualidad inherente a la voluntad humana, por lo que, a través de un somero repaso de la tipología resultante del estudio de la estructura formal del derecho subjetivo, llega a la conclusión de que es un elemento insuficiente para distinguir por él a todos los derechos fundamentales.

Ante la insuficiencia que entraña una conceptualización positiva de los derechos humanos, el autor opta, huyendo de posturas dogmáticas, por servirse de un criterio de identificación negativo. El primer requisito de esta aproximación conceptual de los derechos humanos en el ámbito jurídico lo sitúa en su necesaria vinculación a las prescripciones del Derecho positivo, pero ante el temor de ser rechazada su propuesta por incurrir en la llamada «falacia positivista» lo matiza estableciendo límites conceptuales histórico-funcionales; es decir, para Prieto Sanchis, el concepto jurídico de los derechos humanos debe buscarse dentro de un sistema jurídico y desde una perspectiva histórico-funcional, con lo que obtendremos «qué (...) sistema jurídico no cuenta con derechos humanos».

Para ello utiliza la conocida dicotomía dworkiniana entre concepto-concepción (20), que, al trasladarla a su terreno, le permite sostener que «los derechos humanos como categoría ética, cultural e histórica —es decir, pre-normativa— no constituyen una concepción cerrada y acabada (...), sino un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos...»; por tanto, «... vehículo para la articulación jurídica de las exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad...», y a continuación sostiene que «... la concreción más adecuada del concepto de derechos humanos será aquella que en cada momento mejor satisfaga los valores morales que están detrás de ese concepto». Es decir, el concepto histórico de derechos humanos encierra una serie de exi-

(18) El juego del concepto de derecho subjetivo en una teoría sobre derechos fundamentales nos parece de suma importancia, y es de desear que, en un futuro, PRIETO SANCHIS nos ofrezca el tratamiento que, en nuestra opinión, la noción parece exigir.

(19) Véase, al respecto, la clara exposición del profesor RODRÍGUEZ PANIAGUA en *Ley y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1976. págs. 53 y sigs. (a pesar de haber omitido en la misma la tesis de Hohfeld).

(20) Utilizada como el propio PRIETO señala con anterioridad por otros iusfilósofos, véase A. E. PÉREZ LUÑO: «Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)», en *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987.

gencias morales o determinados valores, y por ello la búsqueda de un concepto jurídico de derechos fundamentales nos remite a la comprobación de si el sistema jurídico positivo de que se trate garantiza esas exigencias y en qué medida, dando así posible entrada y solución al problema de las nuevas generaciones de derechos humanos. Sólo desde el Derecho positivo de los derechos fundamentales, y a través de un análisis de las técnicas jurídicas de reconocimiento y las garantías de protección de la Constitución, se puede llevar a cabo esta concepción. Precisamente por la vía de las técnicas de protección llegaremos al mínimo denominador común que nos permita identificar cuándo estamos en presencia de un derecho fundamental y cuál es el concepto jurídico de los derechos fundamentales en España, pues la constitucionalidad, para el autor, sin ser una cualidad esencial a los mismos, es, en líneas generales, una de las características que mejor los definen (razón por la cual precisamente no nos parece fácil que se pueda hacer extensible a otros ordenamientos jurídicos) (21).

Si bien es cierto que, en algún momento, puede resultar arriesgado el servirse de distinciones elaboradas por otros autores cuando su utilización implica trasladarlas fuera de su contexto para ser aplicadas a problemas distintos, porque se corre el peligro de complicar más las cosas, consideramos que en esta ocasión se consigue aportar una reconsideración de los planteamientos tradicionales a través de esa perspectiva terminológico-conceptual.

Como vimos, la concepción sostenida por Prieto huye de cualquier postura que identifique la existencia de los derechos humanos con la existencia de determinadas técnicas de protección, al constatar la diversidad de técnicas con que pueden ser reconocidos por el Derecho positivo; no obstante, la búsqueda de un concepto jurídico de los derechos fundamentales conlleva para él dos pasos ineludibles, y así, tras comprobar en primer lugar que el sistema ofrece una articulación jurídica de los valores de dignidad, igualdad y libertad, el paso siguiente irá dirigido a esclarecer el significado y alcance de los

(21) En las sucesivas discusiones que mantuvimos con el autor es de destacar la reafirmación de su postura en lo referente a la extensión, en líneas generales, de cuanto se diga de los derechos en España a otras naciones del entorno cultural en base, principalmente, a dos razones: «... porque suelen estar constitucionalizados...» (PRIETO interpreta que en Gran Bretaña también lo están, a su manera), «... y porque, de no estarlo, perderían parte de su resistencia (frente al legislador), pero no necesariamente toda ella». No obstante, su identificación en el orden jurídico constitucional español de resistencia = constitucionalidad, en nuestra opinión, provoca problemas al presentarse como un planteamiento de mínimo, dado que el reconocimiento constitucional y la vinculación de todos los poderes públicos constituyen el grado mínimo que debería cumplir todo derecho que aspirase al calificativo de fundamental en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. PRIETO SANCHIS: *Estudios sobre...*, op. cit., pág. 106).

mismos en el ordenamiento jurídico concreto de que se trate, y este segundo paso nos conduce de forma inmediata a tales técnicas de reconocimiento y protección de los mismos.

Prieto no puede sostener, en líneas generales, que la constitucionalización de los derechos sea un atributo esencial, dado que su ausencia no implica la inexistencia de los derechos. Sin embargo, es sin duda alguna la única característica que, a la luz de las prescripciones del Derecho positivo español, les dota de un significado propio y peculiar dentro de la categoría general del derecho subjetivo, pues la constitucionalización de los derechos permite no sólo su protección plena, sino también la recuperación y reformulación del significado primigenio-histórico de los derechos naturales, al configurarlos como verdaderas obligaciones estatales y considerarlos no como derechos absolutos, sino como derechos «resistentes», con lo que la constitucionalización se convierte en un requisito para poder considerar los derechos como obligaciones estatales.

Por otra parte, el distinto grado de resistencia no va a suponer un obstáculo para su tesis, porque lo único que implica es que se han utilizado distintas formas de tutela o garantías, lo que le sirve para establecer, como vimos, lo que él llama «una escala de fundamentalidad», aunque la fuerza del respaldo normativo constitucional sea, en principio, igual para todos sus preceptos. Para establecer el grado o escala de fundamentalidad vuelve a retomar la distinción dworkiniana entre concepto y concepción para aplicarla en esta ocasión al diferente grado de concreción de las normas, con el objeto de medir la resistencia de los derechos que nos permita establecer una clasificación de los mismos. Ese criterio es rechazado en principio, porque al no ajustarse a la realidad nos acabaría proporcionando una enumeración y no una clasificación. Por todo ello propone un segundo método que atienda a las técnicas de reconocimiento y protección jurídicas de cada ordenamiento. Valorando los esfuerzos realizados hasta el momento, no resiste esbozar su propio criterio de graduación, distinguiendo tres niveles cuyo mínimo denominador común vendría marcado por dos puntos: su reconocimiento constitucional y la vinculación de todos los poderes públicos. Siendo éste el grado mínimo de resistencia, todo derecho que lo cumpliera podría ser calificado de derecho fundamental. (Parece evidente la similitud entre derecho fundamental y derecho constitucional en el ordenamiento jurídico constitucional español.)

Esta clasificación cuenta con una ventaja y con un inconveniente: la ventaja radica en que, al ser una clasificación nacida al amparo de la Constitución de 1978, resulta plenamente operativa a nivel de interpretación y aplicación de los derechos, pudiéndose afirmar que se ajusta a la concepción de

los derechos fundamentales cristalizados en la Constitución española de 1978. El inconveniente proviene de su falta de adecuación, cuando de lo que se trata es de realizar un análisis histórico-conceptual de los derechos. Por lo demás, esta clasificación permite dar respuesta a una interrogante sobre un problema de fondo, pues, como nos demuestra el autor, subyace tras ella una clara opción ético-política, que se traduce de su confrontación con la paradigmática Declaración de 1789, al traducir en mayor o menor medida una visión históricamente condicionada de los derechos humanos, con lo que pone de manifiesto que detrás de cualquier clasificación, incluso las operadas mediante criterios puramente formales, se está aludiendo, en último término, a la opción político-moral que le ha dado luz y justificación. (De nuevo comprobamos la presencia del trasfondo de filosofía político-moral, incuestionable, en palabras de Prieto, en la realidad de los derechos.)

¿Qué supone considerar a los derechos como obligaciones estatales? Y ¿qué consecuencias produce esta consideración? Las respuestas conducen a nuestro autor nuevamente al terreno de la filosofía política.

La primera cuestión tiene su respuesta en el nivel de resistencia de los derechos, pues el considerarlos como obligaciones estatales significa que se configuran como límites al poder, lo que supone, por una parte, situar a los derechos por encima de cualquier poder del Estado a través de la Constitución, y por otra, reconocer que no tienen su origen en el Estado y que su fuente originaria es el poder constituyente, cuyo titular es el pueblo. Pero esta caracterización de los derechos humanos requiere, por un lado, procedimientos constitucionales eficaces que la garanticen, y por otro, que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado.

Este planteamiento se traduce en importantes consecuencias prácticas, como son:

1. Que los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado, y en particular al *legislativo*, por lo que *la mediación* que debe efectuar *no* se configura *ni* como *necesaria* *ni* como *imprescindible* para la efectiva vigencia de los mismos, y aunque pueda dificultar su ejercicio el que se trate de mandatos constitucionales que requieran expresamente un desarrollo legal en ningún caso pueda impedirlo.

2. Al atribuir también a los jueces esta aplicación directa de las normas relativas a derechos fundamentales se da entrada tanto al criterio cronológico, que afecta a las leyes anteriores a la Constitución, como al jerárquico, para las leyes posteriores, constituyéndose en *criterios hermenéuticos preferentes favorables* para la efectividad de los derechos.

3. Que, *en todo caso, el ciudadano pueda obtener la tutela judicial de*

sus derechos no sólo cuando se haya vulnerado su contenido esencial, sino también cuando éstos no hayan obtenido desarrollo legal (para los que lo requieran).

En definitiva, la fundamentación de los derechos humanos que formula Prieto Sanchis parte de un binomio base que conjuga razón e historia, y con su propuesta se sitúa dentro de una justificación histórica y consensual de los derechos humanos. Sin embargo, en nuestra opinión, la historia no es el elemento clave a manejar en problemas justificatorios (22), y consideramos que hay que tratar de situarla en sus justos límites. Esto supone que el papel que ocupa en la fundamenación de los derechos humanos ha de quedar restringido al tener en cuenta, al menos, una triple dimensión: la génesis y evolución de los derechos humanos, el concepto de los derechos humanos, que es, sin duda alguna, histórico, y por último, en el plano justificatorio, si es que está presente, actuaría en todo caso como un adjetivo matizador del consenso y en modo alguno como argumento válido ni razón justificativa, en la medida que no ofrece respuestas satisfactorias al primer nivel de justificación de los derechos humanos, puesto que, en último lugar, termina por remitirnos a otros conceptos, como pueden ser las necesidades (23), y el que éstas nuevamente se presenten acompañadas del calificativo histórico no hace sino confirmar nuestras consideraciones (24).

El concepto jurídico propuesto de derechos fundamentales es el de derechos con amparo normativo constitucional y derechos que vinculan a todos los poderes públicos, es decir, derechos constitucionales. En principio, no parece tan descabellado identificar ambas expresiones si se considera que el grado de resistencia de los derechos es un aspecto más de su constitucionalización, y que acudir a él para elaborar un concepto jurídico de derechos fundamentales conduce de forma inmediata al dato de que si tienen un grado

(22) El propio PRIETO ha indicado, a este respecto, que sitúa siempre la historia en el plano conceptual, aunque, quizá, la dificultad deriva en que la conexión entre ambos planos sugiere, no pocas veces, la tendencia a trasladar «las lecciones de la historia» del plano conceptual al justificativo.

(23) A este respecto, nos situamos en la línea que postula la utilidad de la teoría de las necesidades en relación con los derechos humanos, sin que la consideración de que las necesidades constituyan buenas razones para fundamentar los derechos nos lleve a la identificación derechos-necesidades básicas. En este sentido pueden verse la interesante línea argumentativa que mantienen J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN en «Necesidades, razones y derechos», en *Doxa*, núm. 7, Alicante, 1990, págs. 55 y sigs.

(24) Esta argumentación está en la línea de las observaciones sobre el lugar de la historia en la justificación de los derechos apuntadas por J. DE LUCAS en «Nota sobre el concepto...», *op. cit.*, pág. 7, siguiendo a F. LAPORTA: «Respuesta a Pérez Luño, Aienza y Ruiz Manero», en *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, págs. 75-76.

determinado de resistencia o una especial fortaleza es precisamente porque son derechos constitucionales.

No obstante, en nuestra opinión, existen razones de orden jurídico-práctico que pueden cuestionar la utilidad de toda tesis que desemboque en la identificación entre derechos fundamentales y derechos constitucionales: 1) Su incapacidad para hacerse extensible a otros ordenamientos jurídicos. 2) La línea confusa marcada por el Tribunal Constitucional, que si, por una parte, se abstiene de elaborar una noción material de derechos fundamentales, por otra establece una distinción entre derecho fundamental y derecho constitucional. 3) Por último, esta identificación supone, en nuestra opinión, un «fuerte» obstáculo para las nuevas generaciones de derechos, dadas las dificultades prácticas que plantea cualquier intento de reforma esencial de la Constitución.

Cabe, finalmente, cuestionarse si una determinación categórica de los valores no termina por cerrar la vía al reconocimiento de «nuevos» derechos humanos al impedir la admisión de otros valores. Es evidente que este tipo de consideraciones constituirían un problema de cierta dificultad para las fundamentaciones históricas de los derechos humanos, e incluso confirmarían nuevamente la insuficiencia de la historia como «argumento justificatorio fuerte». En principio, nos parece que sólo por la vía de la razón es plausible su integración (25) como reconsideración de «viejos» valores en los que fundar la existencia de «nuevas» necesidades, lo que daría lugar al reconocimiento de «nuevos» derechos humanos.

Blanca Martínez de Vallejo

RAMÓN SORIANO: *Las libertades públicas. Significado, fundamentos y estatuto jurídico*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990; 211 páginas.

El presente volumen, que presenta el catedrático de Filosofía del Derecho y discípulo del profesor Pérez-Luño, Ramón Soriano, constituye una primera

(25) En este sentido, resultaría interesante reconducir el argumento esbozado por el profesor PECES-BARBA: «La incorporación al concepto de los derechos fundamentales, de los derechos económicos, culturales y sociales (...) abre también una nueva dimensión que es la de la solidaridad, sinónimo, a mi juicio, de la fraternidad de la trilogía de la Revolución francesa»; «El momento en que vivimos es el de la consolidación del componente igualitario y el planteamiento y desarrollo del componente solidario»; «Y en estos tiempos en los que vivimos, las exigencias de la solidaridad (...) alumbran nuevos derechos: de los consumidores, a no ser manipulados; de todos, a la no contaminación...» (*Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, págs. 211, 212 y 225).

parte de un estudio más amplio sobre las libertades y los derechos fundamentales. Se trata de una obra que sigue, en parte, el modelo de los *Cours de libertés publiques* (pág. 13), si bien esta iniciativa es pionera en España, donde no existen manuales de libertades públicas, posiblemente porque, a diferencia de Francia, en los planes de estudios de la inmensa mayoría de nuestras universidades no figura una asignatura dedicada en exclusiva a ese asunto. La presente obra estudia cinco libertades: objeción de conciencia, libertad religiosa, libertad de expresión, libertad de información y libertad de reunión. Soriano es consciente de que no están todas las que son, laguna que pretende cubrir en el futuro. Otra cuestión es si son todas las que están. De entrada, sorprende que no se trace una distinción entre libertades *públicas* y libertades *individuales*, que quizá hubiese sido más útil. Por lo demás, también se echa en falta (y el autor es totalmente consciente de ello) un tratamiento más exhaustivo de todas las cuestiones que plantean estas libertades, pero el libro se centra mayormente en los problemas más importantes a juicio del autor.

El primer capítulo se dedica a la objeción de conciencia, considerada por el autor como una forma de la libertad ideológica frente a la última jurisprudencia del TC. Para Soriano, la libertad ideológica del artículo 16 CE es un *genus* del que forman parte las «especies», que son la libertad de pensamiento o libertad de *visión* del mundo y del hombre, y la libertad de conciencia o de creencias, que es una libertad de *actitud* y valoración subjetiva de los problemas del mundo (págs. 15-16). El autor realiza una interesante distinción conceptual entre tres ideas afines: derecho de resistencia, desobediencia civil y objeción de conciencia. En su opinión, del clásico derecho de resistencia contra la tiranía dimana la desobediencia revolucionaria entendida como oposición frontal a la ley y al Estado, que pretende la subversión total o, en gran medida, del estado de cosas reinante en una sociedad política, cambiando el sistema de derecho y la forma de gobierno violentamente; en segundo lugar, la desobediencia civil, a diferencia de la revolucionaria, afecta sólo a un sector del ordenamiento o a una determinada política gubernamental, movida por un motivo de justicia, intentando influir en la opinión pública utilizando medios no violentos; por último, la objeción de conciencia, a diferencia de las anteriores, incide sólo en la obligatoriedad de la norma para el propio objetor, motivada por una actitud ética, consistente en un acto esencialmente privado, utilizando medios no violentos (págs. 17-25). Esta distinción es valiosa, aunque algún aspecto de la misma es discutible como la nota de violencia atribuida a la desobediencia revolucionaria y que tiene en contra el precedente de Gandhi. Por lo demás, como afirma el autor, la objeción de conciencia es un acto intencionalmente *privado* por parte del sujeto, a dife-

rencia de la desobediencia civil, que tiene pretensiones de publicidad. Por esta misma razón quizá sea cuestionable la inclusión de la objeción de conciencia en un manual de libertades *públicas*.

Desgraciadamente, Soriano no se detiene en el análisis del derecho de resistencia. Sí lo hace respecto a la desobediencia civil, que funda en dos motivos: materialmente se justifica en la reclamación de la prevalencia de los valores constitucionales frente a las leyes o actos administrativos que se aparten de esos valores; formalmente se defendería la desobediencia alegando vicios en el procedimiento democrático de toma de decisiones, considerando que ante la ausencia o ineficacia de los mecanismos de control de la legalidad de los procedimientos democráticos la desobediencia civil ocuparía una función subsidiaria o de vigilancia. Aquí Soriano contribuye a delimitar el concepto de «materia reservada» como límite al procedimiento democrático (páginas 20-24). En cuanto a la objeción de conciencia se alegan dos posibles fundamentos: en primer lugar, el carácter relativo del principio de generalidad de la norma frente a otros principios de primer orden como la justicia, la libertad, la igualdad o el pluralismo político (págs. 28-29); en segundo lugar, un derecho fundamental como la objeción (así lo considera Soriano frente al TC) prevalece sobre los deberes fundamentales cuando se den tres condiciones: en cuanto a la titularidad, que no sea un deber personalísimo, sino que pueda ser transferible; en cuanto al contenido, que la obligación prescrita sea sustituible; y en cuanto a los efectos, que el incumplimiento del deber no afecte a bienes y derechos esenciales de la persona susceptibles de un daño irreversible (págs. 29-31). Estos criterios ofrecidos por Soriano son una de las aportaciones más interesantes del libro.

A continuación examina la objeción de conciencia en el Derecho comparado, el proceso de positivación de la misma en el ordenamiento jurídico español, con una valoración crítica de la vigente Ley 48/1984 de 26 de diciembre muy coincidente con la que hizo el Defensor del Pueblo en su momento, para terminar criticando la postura del TC en sus SSTC 160 y 161/1987 y el reconocimiento de la objeción de conciencia en las mismas como un derecho constitucional autónomo.

La siguiente libertad tratada en este libro es la libertad religiosa. En opinión de Soriano, tres notas singularizan a la misma: La primera es la doble dimensión individual y colectiva, que presenta tanto desde el punto de vista de su titularidad, atribuible a sujetos individuales y a confesiones religiosas, como de su ejercicio. La segunda consiste en que desde el punto de vista de su asunción por el sujeto manifiesta tres posibles dimensiones: positiva (cuando se protege una opción de fe), negativa (cuando se protege la inexistencia de la fe) o crítico-religiosa. Esta última dimensión, propuesta por Soriano,

supone una ampliación de la protección que dispensa la libertad religiosa a los grupos o personas que viven el problema religioso racional y responsablemente sin profesar una fe concreta (ateísmo, etc.). La tercera nota es su carácter diferenciado respecto a las libertades de creencias y de pensamiento. Mientras ésta es una libertad de concepción, visión y conocimiento de la *realidad*, la libertad de creencias es una libertad de convicción que atañe a los *juicios valorativos* y entraña una libre apreciación de la persona sobre los comportamientos sociales, y la libertad religiosa es una libertad en torno a la *fe* (págs. 63-66).

Soriano critica duramente el reconocimiento jurídico relevante que hace la Constitución de la libertad religiosa. Por una parte, este reconocimiento produce una quiebra de la igualdad social por la forma de otorgar al aspecto religioso de la persona, que el autor considera protegible, un tratamiento estatal. El autor advierte la diferencia entre el deber positivo de prestación establecido en el artículo 16.3 CE a favor de las organizaciones religiosas y las vagas formulaciones del capítulo III del Título I CE. Además, señala que estas relaciones de cooperación se formalizan en un convenio celebrado con la plena participación de los sujetos religiosos, de suerte que ningún otro grupo social tiene reconocido un derecho a tomar parte directa y relevantemente en la configuración de las normas estatales que le afecten. Sin embargo, este aspecto, creemos, es singularmente interesante de cara a la configuración de un Estado democrático avanzado, y, de hecho, conecta al respecto con las propuestas de Offe en Alemania y de Porras Nadales en España. Finalmente, la legislación sitúa a las organizaciones religiosas por encima de la Ley de Sociedades (págs. 67-68). Soriano niega que haya razones estructurales o sustantivas para otorgar un tratamiento diferenciado al hecho religioso, por lo que postula la inserción de los grupos religiosos en el marco del derecho común de la Ley de Asociaciones.

Por otra parte, para el autor, el reconocimiento jurídico relevante de la fe supone una quiebra de la igualdad religiosa al discriminar a las concepciones no fideístas o crítico-religiosas. En su opinión, el reconocimiento de la igualdad entre la opción negativa de la fe y las confesiones religiosas sólo se conseguirá cuando esa opción sienta la necesidad de la autoorganización con la finalidad de hacerse presente en la sociedad y defender sus postulados (pág. 73). Para este autor hay una evolución perceptible en la libertad religiosa. Si en un primer momento consiste en una mera tolerancia religiosa por un monopolio confesional dominante, después se caracterizará por un pluralismo entre confesiones, adivinándose una tercera fase de «pluralismo religioso íntegro» en la que las opciones religiosas no fideístas son acogidas bajo la protección de la libertad religiosa, no de la mera libertad ideológica, pues

comparten el objeto de las confesiones: el problema de la fe (pág. 77). El asunto es discutible: ¿cuál es el objeto de las religiones: Dios o la fe en Dios? Son dos cosas distintas. La tesis de Soriano tiene sentido en el segundo caso (teoría de Bultmann), no en el primero.

El autor examina el reconocimiento constitucional español de la libertad religiosa en el contexto del Derecho alemán e italiano, próximos al nuestro. Advierte que la confesionalidad o aconfesionalidad del Estado no es un medidor válido de la libertad religiosa, pues ésta existe en Estados confesionales (pág. 84). Tras expresar el juego de los cuatro principios configuradores del modelo español (libertad religiosa, igualdad, orden público y cooperación), se detiene en el análisis de la limitación de la igualdad religiosa, afilando sus críticas. Estas se dirigen directamente contra los preceptos constitucionales en la materia. Soriano censura que las confesiones no tengan obligación de poseer una estructura y un funcionamiento internos democráticos (pág. 91); piensa que la Constitución no está legitimada para ordenar la cooperación con un colectivo social, pues éste puede perder fuerza (pág. 93), y ataca duramente la mención a la Iglesia católica del artículo 16.3 CE (págs. 94-96). Siguiendo a Basterra, sostiene la inconstitucionalidad de los artículos 5.1 y 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa por oponerse al artículo 22 CE, si bien esta tesis es discutible, pues nada impide a ninguna confesión constituirse en asociación, *ex art. 22 CE*. Otra cosa es que *también* desee el *status* de confesión religiosa; pero el reconocimiento estatal a este respecto no altera la esencia de esa confesión, sino su régimen jurídico externo. En este punto, no debe olvidarse el problema de las sectas, respecto a las cuales el reconocimiento es un filtro.

La tercera libertad examinada es la libertad de expresión en relación con la crítica política. Soriano indica tres caracteres propios de la libertad de expresión: en primer lugar, la libertad de expresión es una libertad-presupuesto del ejercicio de las otras libertades, y que jurídicamente adopta una pluralidad de formas; en segundo lugar, tiene una configuración institucional que supone su posición preferente en el conjunto de las libertades públicas, y en tercer lugar, es una libertad legitimadora del sistema democrático y de la eficacia de sus instituciones (págs. 106-111). Sin embargo, estos caracteres también son predicables del derecho a la intimidad, pues éste es una libertad-presupuesto por cuanto la intimidad es condición de libertad; también tiene una configuración institucional que se proyecta en diversos ámbitos (penal, civil y procesal), y, por su especial conexión con el artículo 10.1 CE tiene también un carácter legitimador máximo del sistema político democrático. Al hilo de estos caracteres, Soriano distingue agudamente entre libertad de pensamiento (*ad intra*), libertad de opinión (*ad extra*, mediante la palabra), li-

bertad de expresión (*ad extra*, mediante la palabra y otros signos externos) y libertad de información (libertad de expresión ejercida con una mínima organización) (págs. 106-108). Por otra parte, al considerar a la libertad de expresión como legitimadora del sistema democrático, Soriano observa que multitud de mediaciones impiden la celebración de un discurso verdaderamente libre en cuanto a los contenidos y en cuanto a las interacciones de los comunicantes, por lo que hoy no puede hablarse de la presencia de un discurso verdaderamente libre (págs. 110-111). Esta afirmación del autor puede volverse contra su tesis del carácter legitimante de la libertad de expresión.

El autor distingue entre los límites internos de la libertad de expresión (el honor, la intimidación...) y los límites externos, principalmente los de carácter institucional. Tras un breve repaso al Derecho comparado hace una referencia del desarrollo de la jurisprudencia sobre la libertad de expresión a partir de la STC 104/1986. En este sentido, y por lo que hace a los límites externos de tipo institucional de dicha libertad, critica los conceptos de «orden público», «autoridad» y «dignidad» atribuidos a los funcionarios para defender su honor frente a la libertad de expresión (págs. 119-127). Posteriormente postula una reforma del marco penal de los delitos contra el honor, llegando a reclamar una presunción a favor de la libertad de expresión aunque los hechos atribuidos sean falsos, si no hay dolo o malicia, en la línea de la jurisprudencia norteamericana (pág. 115). Esto quizá sea excesivo.

Para Soriano, la regulación de los límites de las libertades admite dos posibles soluciones: o la jerarquización de las mismas o su compaginación en la máxima armonía posible. Rechaza la primera solución por contrariar el espíritu de la Constitución (aunque, en contra está el artículo 20.4 CE) y se acoge a la segunda señalando la necesidad de una ponderación de bienes. Considera que esta ponderación debe supeditarse a una previa configuración de criterios generales en una valoración ajustada de la libertad de expresión en el conjunto de los derechos y libertades (págs. 131-132), para concluir proclamando el carácter preferente de la libertad de expresión sobre otras libertades (pág. 132). Es decir, se vuelve a una jerarquización de libertades, pese a que Soriano decía rechazar esta solución, con la gravísima diferencia de que se sustituye la jerarquización hecha por el constituyente, tras ponderar él mismo los bienes en conflicto y determinar el carácter preferente del derecho al honor y a la intimidación (art. 20.4 CE), por una jerarquización y ponderación hechas por un poder constituido y no sólo *praeter constitutionem*, sino claramente *contra constitutionem*. Finalmente, Soriano sostiene la licitud de la crítica política al jefe del Estado basándose en que es una institución que está dentro de la estructura del Estado democrático y no fuera de él (página 139).

La cuestión que no se plantea en esta obra, y que es determinante para solucionar el problema desde el propio criterio de la ponderación de bienes, es simplemente si la utilización de la injuria o de la calumnia es *imprescindible* para el ejercicio de la crítica política, o si es posible ejercer ésta, aun de modo duro, pero sin recurrir a aquélla. Parece que lo segundo es más cierto, por lo que el mantenimiento de los tipos de injuria y calumnia tiene un sentido constitucional además de una importante virtualidad cívica.

La siguiente libertad analizada es la libertad de información en conexión con la televisión privada. Siguiendo su esquema habitual, Soriano ofrece las notas distintivas de la libertad de información. La primera nota es su mayor incidencia social, por referirse a hechos de trascendencia pública necesarios para la participación de los ciudadanos en la vida colectiva; la segunda nota sería su fuerte exigencia de prestaciones públicas por el Estado, y la tercera, la especial relevancia que adquiere el sujeto pasivo de la misma ante un minoritario y privilegiado sujeto activo (págs. 144-148). El autor examina a continuación en profundidad la relación entre la libertad de información y la televisión en los modelos italiano y alemán (págs. 149-1662) para a continuación estudiar el modelo español. A ese respecto, ofrece la evolución de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Finalmente, Soriano hace un enjuiciamiento de los tres modelos televisivos existentes. El primer modelo o de televisión privada se caracteriza por el pluralismo externo, y es valorado negativamente por Soriano por conducir a la uniformidad de los programas televisivos y de la orientación de las ideas y opiniones por los imperativos de la publicidad y de la concentración de capital (pág. 173). La experiencia española, en parte, avala esta afirmación. El segundo modelo, de televisión pública, debe caracterizarse por el pluralismo interno, garantía del igual acceso de todos al medio y de la libertad de información (págs. 174-176). Este es el modelo ideal, según Soriano. Sin embargo, por la imposibilidad de contar con este modelo ideal por las presiones externas, opina que el tercer modelo o mixto de televisión pública y privada es el camino a seguir como mal menor, si bien para su efectividad requiere unas condiciones: en primer lugar, su carácter verdaderamente plural y democrático, participativo y desgubernamentalizado, con un adecuado control parlamentario, y en segundo lugar, la reglamentación de las condiciones de acceso al medio por los sujetos privados y la obligación de mantener un equilibrio en la programación televisiva (págs. 178-183).

No obstante lo anterior, hay una faceta del problema que no queda aclarada. ¿Qué diferencia hay entre el derecho (hoy no discutido y aun indiscutible) a la libertad de imprenta y a fundar periódicos y el derecho a la libertad de emisión y a fundar televisiones en los campos en los que, como el propio

Soriano reconoce, no hay limitaciones técnicas (como la TV por cable)? Lo cierto es que muchos argumentos de Soriano contra las televisiones privadas puede volverse contra la libertad de prensa, pues son perfectamente trasladables.

La última libertad examinada es la libertad de reunión y de manifestación pública. Sus notas, según Soriano, son: primero, ser una libertad de titularidad individual pero de ejercicio colectivo; segundo, tener un carácter instrumental respecto a otras libertades, y tercero, ser un instrumento primario de participación política. Por lo demás, se caracteriza por exigir un mínimo de organización (lo que la distingue de una mera aglomeración), presentar un carácter transitorio (frente a la asociación) y pretender la consecución de un fin determinado (lo que excluye de este derecho, según Soriano, las reuniones puramente lúdicas) (págs. 185-189).

Tras un repaso del Derecho comparado, se examina su regulación constitucional en España. Subraya que, a tenor del artículo 21.1 CE, su titularidad es amplia, abarcando a los extranjeros, y que materialmente debe ser pacífica y sin armas. Por cuanto se refiere al artículo 21.2 CE, considera un gran acierto respecto a otras Constituciones extranjeras la fórmula de diferenciar las reuniones en general de las reuniones en lugares de tránsito público y de las manifestaciones, sujetando las dos últimas a un sistema de previa comunicación a la Administración (pág. 196), frente a las primeras, sometidas a un sistema de control judicial *a posteriori*.

Posteriormente, repasa la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de reunión, que, a su juicio, es muy acertada. Finalmente, valora críticamente la Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, subrayando sus aspectos positivos, entre los que destaca primero la exigencia de un número mínimo de 20 personas, por cuanto este derecho entraña unas garantías y medidas de protección que no justifica un número menor de reunidos, y segundo, la distinción entre las reuniones normales y ordinarias y las reuniones urgentes, gozando éstas de un plazo especial de comunicación a la Administración (págs. 206-207). No oculta, sin embargo, los aspectos negativos de esta ley, que, a su entender, se concretan en la exigencia de demasiados requisitos para conceptuar como reuniones libres de las prescripciones de la misma a las celebradas por entidades legalmente constituidas, a saber: lugar cerrado, fines propios y convocatoria a miembros propios o invitados *nominatim*, y en la obligación de la presencia del delegado gubernativo en determinadas reuniones (págs. 209-210).

En conclusión, estamos ante una obra pionera en España como manual de libertades públicas, con unos puntos de vista novedosos y, en ocasiones,

RECENSIONES

deliberadamente provocativos, algunos discutibles, pero que constituirá un acicate para la discusión de estos problemas, lo que resulta, sin duda, positivo. Sólo queda esperar a la prometida continuación de este volumen completando el proyecto de hacer un curso de libertades públicas.

Carlos Ruiz Miguel