

tura de esta obra, que nos revela la complejidad de los problemas procesales que este sistema de control ha suscitado ante la *Corte costituzionale*, y la riqueza de fórmulas de solución con los que la *Corte* ha respondido a los mismos, dando vida de esta forma a un riquísimo Derecho procesal cons-

titucional, por utilizar por una vez la terminología tan común en América Latina. La profundidad y originalidad con que los autores abordan esta compleja problemática no hace sino incitar aún más a profundizar en el conocimiento de la justicia constitucional italiana.

JAIRO SCHÄFER: *Classificação dos Direitos Fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário (Uma proposta de compreensão)*, 2ª edição revista e atualizada, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013, 111 págs.

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. Jairo Schäfer es Juez Federal en la Cuarta Región de la Justicia Federal brasileña. Durante cinco años *Promotor da Justiça* en el Estado de Rio Grande do Sul, ejerce en la actualidad funciones de Juez Auxiliar de la Presidencia del Superior Tribunal de Justicia en Brasilia. Con su demostrada capacidad para quien esto escribe, ultima en la actualidad su Tesis Doctoral en la Universidad de Lisboa, bajo la dirección de ese gran maestro del constitucionalismo europeo que es el Profesor Jorge Miranda. Ha realizado asimismo diversas estancias de investigación en Europa, en la Universidad de Lisboa y también en la Universidad Complutense de Madrid junto a quien esto escribe. Autor de diversas publicaciones, entre ellas dos libros, de entre los que querría destacar su obra *Direitos Fundamentais-Proteção e Restrições* (2001), lo que demuestra que su intensa dedicación a la judicatura federal brasileña no le impide dedicarse fructíferamente a la investigación científica.

En su presentación del libro, el relevante Profesor Gilmar Mendes, Ministro del Supremo Tribunal Federal, del que ha sido su Presidente, destaca cómo el relevante jurista Jairo Schäfer se propone con su obra desmitificar ciertos presupuestos doctrinales relacionados con la clasificación de los derechos fundamentales, tradicionalmente subdivididos en categorías estructuralmente estancadas, a modo de compartimentos es-

tancos entre los que no hay relación posible. Es por lo mismo por lo que, según el Ministro Mendes, la obra nace con el perfil propio de un verdadero clásico, ofreciendo una contribución real al perfeccionamiento del Estado de Derecho, mayormente en sociedades, como la brasileña, cuya democracia, todavía imberbe, se resiente de una atávica injusticia social, no obstante figurar el país entre los diez que cuentan con un mayor Producto Interior Bruto en el planeta.

El libro se estructura en tres capítulos, precedidos de una Introducción, en los que, sucesivamente, se aborda en primer término la tradicional clasificación generacional de los derechos fundamentales, la clasificación de los derechos de acuerdo con el contenido preponderante en los mismos, y la propuesta final de un sistema unitario de comprensión de los derechos basado en su indivisibilidad.

En su Introducción, el autor justifica su trabajo en razón de los grandes problemas prácticos y teóricos que se derivan de la ausencia de una adecuada comprensión de los derechos fundamentales, principalmente en relación a lo que se refiere a la efectividad de la categoría denominada *novos direitos*. Las teorías clasificatorias de estos derechos que se basan en una clasificación estanca de las diferentes categorías jurídicas fundamentales acabarán por generar un

cierto vaciamiento del contenido protector de la misma norma constitucional en el momento en que no consigan dar una respuesta adecuada a los problemas generados por la introducción en el sistema constitucional de los «nuevos derechos», cuyos marcos se alejan en sumo grado de aquellos otros concebidos para tratar de los derechos fundamentales clásicos.

II. En el capítulo primero aborda el autor la clásica concepción generacional de los derechos fundamentales, que utiliza la evolución histórica como elemento esencial de la propia caracterización e individualización de los derechos fundamentales, considerándose la progresiva afirmación de la respectiva juridicidad, pues, como en su clásica obra sobre *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976* ha señalado Vieira de Andrade, esta especie de derecho es obra de la civilización jurídica y presupone la existencia de una forma política o Estado que ordene la sociedad y asegure sus condiciones de validez y de ejercicio en consonancia con las exigencias de los tiempos. Como argumenta Schäfer, el estudio de la evolución de estos derechos se confunde con la propia historia del Estado de Derecho

Es bien sabido que con base en este criterio los derechos son reordenados en una triple clasificación: derechos de primera generación, de segunda y de tercera generación. Cada grupo de derechos se distinguen entre sí en virtud del elemento preponderante en cada uno de ellos: los derechos de la primera generación son básicamente libertades negativas en cuanto exigen del Estado un no actuar, un no intervenir; los derechos de la segunda generación o derechos prestacionales se caracterizan justamente por lo contrario, por requerir para su satisfacción de una intervención estatal; en fin, los derechos de la tercera generación vienen caracterizados por su carácter difuso, inexistente en las estructuras normativas anteriores. En esta teoría clasificatoria, como bien dice el autor, no se atiende tan sólo a que los derechos no se hallen previs-

tos en la generación anterior, sino también a que los derechos emergentes presenten, estructuralmente, algún elemento preponderante que se halle ausente en los derechos anteriormente clasificados. Es obvio que si no fuese así, la aparición de un nuevo derecho debería de ir acompañada de la formulación de una nueva generación de derechos, lo que convertiría la clasificación en algo por entero inútil e improductivo científicamente.

En su análisis de cada grupo generacional, Jairo Schäfer se va ocupando de los elementos caracterizadores de cada bloque de derechos, a cuyo efecto recurre a estos cinco elementos: 1) el derecho que puede considerarse clave o que viene a descifrar el conjunto de Derechos; 2) la función del Estado ante los derechos en cuestión; 3) la eficacia vinculante principal de la norma que reconoce el derecho; 4) la especie de derecho tutelado, esto es, si se trata de un derecho individual, colectivo o difuso; 5) en fin, la concepción política del Estado que subyace a cada grupo.

En relación a los derechos de primera generación, dado que el autor señala entre sus rasgos característicos, que la eficacia vinculante principal de la norma que reconoce el derecho viene referida al Estado, no deja de aludir a la polémica doctrinal entre las teorías de la eficacia mediata e inmediata, o lo que es lo mismo, a la célebre polémica de la *Drittwirkung der Grundrechte*, haciendo suya la razonable posición del Prof. Jorge Miranda, de que no es posible acoger una ética doble en lo que se refiere a los derechos fundamentales, que exigen de cada persona el respeto de las libertades de las demás. Al hilo de ello, Schäfer se hace eco asimismo de los problemas interpretativos que acompañan a la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Antes de finalizar con la clasificación más tradicional, el autor se detiene en una serie de observaciones críticas respecto de la concepción generacional de los derechos. Varias son las observaciones críticas: desde la propia nomenclatura que les está atri-

buida, por cuanto la expresión «generaciones de derechos», por su imprecisión, puede inducir a error, propiciando la percepción de una acumulación de derechos, que se manifestaría, por ejemplo, en que los derechos de la segunda generación se agregarían a los de la primera, y así sucesivamente, hasta la propia metodología clasificatoria, pues Schäfer considera discutible la validez dogmática de la teoría que, ignorando por completo la estructura propia de los derechos, utiliza el momento histórico como factor exclusivo de clasificación, no exteriorizando un carácter suficientemente preciso para poder ser utilizada como noción jurídica válida. Es, desde luego, evidente, que mucho más importante que el momento histórico de reconocimiento del derecho es el contenido del mismo.

III. El capítulo segundo se dedica a la clasificación de los derechos fundamentales de acuerdo con el contenido preponderante. De conformidad con la misma se vertebran los derechos en dos categorías: las libertades negativas y las libertades positivas; como es obvio, las primeras se traducen en postura omisiva por parte estatal, mientras que las segundas encuentran su realización en la función promocional por parte del Estado. Los derechos deben clasificarse así a la luz de esta categorización, independientemente del momento histórico en que fueren reconocidos. Schäfer se hace eco del matiz establecido por De Vergottini, que, en los derechos negativos, viene a establecer una diferencia entre las libertades frente al Estado, cuyo fin es impedir las interferencias indebidas en el ámbito privado de cada persona, y las libertades en el Estado, que serían las libertades o derechos de participación inicialmente introducidos por el constitucionalismo democrático. Es bien sabido que entre una y otra clasificación (la teoría generacional y la teoría dual) se puede establecer, y de hecho se ha establecido, una estrecha vinculación, a través de la equiparación de los derechos o libertades negativas a los derechos de la primera generación, mientras que los derechos posi-

vos se conectarían con los de la segunda generación.

Se centra Schäfer a continuación en la concepción dualista de los derechos de Robert Alexy, quien, atendiendo como es patente a su contenido, los divide en dos grandes grupos: los derechos de defensa y los derechos prestacionales en sentido amplio. Mientras los primeros se traducen en derechos a acciones negativas (a no impedir determinadas actuaciones, a no afectar la propiedad o determinadas situaciones jurídicas...), los segundos se manifiestan como derechos a actuaciones positivas (derechos a la protección, derechos a determinadas prestaciones...).

IV. En el capítulo tercero, el autor formula su propia propuesta, que a partir de la indivisibilidad de los derechos se encamina un sistema unitario de comprensión de los mismos. Parte nuestro autor de la disfuncionalidad y de los efectos dañosos que a su juicio ha generado la visión de los derechos propiciada por la teoría dualista, desde el momento en que ha establecido una jerarquía valorativa entre los dos grupos de derechos, creando regímenes específicos y principios aplicables tan sólo a determinados derechos. Y a partir de ello, Schäfer recurre a la novedosa posición sustentada por el Profesor Jorge Miranda en relación a los derechos sociales, que, atendiendo a sus aspectos centrales, podríamos compendiar así: 1) reivindicación de una eficacia inmediata en su contenido esencial para todos los derechos, independientemente de la clasificación que se les atribuya; 2) eficacia inmediata de los derechos sociales cuando se den ciertos presupuestos de hecho; 3) eficacia horizontal de los derechos económicos, sociales y culturales, y 4) régimen jurídico específico de los derechos económicos, sociales y culturales en ciertos supuestos, como por ejemplo, a partir de la interpretación sistemática de la Constitución. Se trata en definitiva de superar la visión dual de los derechos que no sólo presupone la desvalorización de los derechos sociales, sino también una gradual pérdida

de eficacia de las propias normas constitucionales.

Llegados aquí, Schäfer se decanta por una comprensión «principiológica» de los derechos fundamentales, que permite una visualización sistémica e integral de la totalidad de los derechos, superando criterios diferenciales entre los derechos, que en último término, y esto nos parece patente, tienen todos ellos como objetivo esencial la protección de la dignidad de la persona, traduciendo mandatos de potenciación en lo que se refiere a la protección concreta de los respectivos núcleos esenciales. El carácter «principiológico» de los derechos implica entenderlos como mandatos de optimización, o lo que es lo mismo, como cláusulas que determinan en abstracto la búsqueda de la mayor eficacia posible, en el bien entendido de que la medida exacta de lo debido, en cada caso concreto, va a depender de las posibilidades reales y jurídicas. Con ello, la llamada «*reserva do possível*» (reserva de lo posible) se entiende como condicionante jurídica o concreta para la efectividad del derecho, presentándose como un elemento que se integra externamente en la totalidad de los derechos, con independencia de sus características intrínsecas.

El entendimiento «principiológico» implica comprender los derechos en su totalidad, esto es, como un conjunto interconectado de proposiciones constitucionales que se condicionan mutuamente, propiciando una interdependencia incompatible con una visión fragmentada del fenómeno. De esa visión cree el autor que se desprende que la solución a los eventuales conflictos entre derechos constitucionales debe buscarse cada vez más en la ponderación entre los

diversos en conflicto, una visión que sustituya a la solución del todo o nada, si bien no nos cabe duda de que la solución señalada es habitualmente la seguida por los Tribunales Constitucionales, independientemente ya de cualquier criterio clasificatorio de los derechos. Con su visión, cree el autor que se supera la tradicional distinción de Robert Alexy entre principios y reglas. En definitiva, para nuestro autor, la ponderación, en cuanto técnica adecuada para la superación de los conflictos entre normas jurídicas, debe presidir la aplicación de las normas constitucionales.

Esta comprensión unitaria de los derechos fundamentales se vincula íntimamente con una serie de postulados que pueden sistematizarse del siguiente modo: 1) carácter inescindible de los derechos fundamentales, que dimana de la unidad de sentido constitucional; 2) inexistencia de diferencias estructurales entre los distintos tipos de derechos; 3) Interconexión sistémica y dialéctica entre todos los tipos de derechos, lo que implica un compromiso recíproco de los derechos en lo que se refiere a su efectividad; 4) carácter «principiológico» de todos los derechos fundamentales, lo que, como ya se ha dicho, implica entenderlos como «mandatos de optimización», y 5) inadecuación de las teorías clasificatorias que tengan por sustento teórico la división en compartimentos estancos de estos derechos.

Estamos en presencia de una obra plena de ideas sugerentes y rica en contenido dogmático. Una obra que, con independencia de que se comparta o no la tesis defendida por el autor, y digamos que por nuestra parte nos situamos próximos a ella, supone una aportación significativa a la dogmática de los derechos constitucionales.