

SERNA, PEDRO Y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, 171 págs.

Luis F. Castillo Córdova

Dentro de la teoría jurídica de los derechos fundamentales existe una concepción bastante difundida y arraigada –no sólo a nivel doctrinal, sino también a nivel jurisprudencial- que propone considerar los derechos fundamentales como realidades potencialmente en conflicto, el cual, una vez producido, sólo podría ser resuelto prefiriendo uno de los derechos en disputa y desplazando al otro. El presente trabajo de Serna y Toller se sitúa en este panorama, pero no para compartir tal concepción, sino más bien para criticarla y “proponer un acercamiento interpretativo diferente [para] mostrar que las traídas y llevadas colisiones [de derechos fundamentales] no son irreductibles, y que la dicotomía no es insalvable” (p. 5). Para ello, los autores dividen su exposición en dos grandes partes. Una primera (capítulos I al V) constituye la formulación teórica de las críticas a la concepción “conflictivista” de los derechos fundamentales, así como de la formulación también teórica de una propuesta alternativa a una tal concepción. La segunda parte (capítulos VI al IX) pretende ser el “banco de pruebas” en el cual se pueda verificar la viabilidad de las formulaciones teóricas previamente establecidas.

Luego de una breve introducción, que agota el capítulo I, se aborda críticamente en el capítulo II el análisis de los dos principales métodos utilizados para resolver los llamados “conflictos” de derechos fundamentales: la jerarquización y la ponderación, que en la práctica guardan “entre sí un alto grado de semejanza, pues uno de los bienes o derechos en liza puede ser preferido absolutamente y en abstracto o condicionadamente y en concreto –jerarquización y balance, respectivamente-, pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno sobre otro en caso de conflicto” (p. 13).

Se advierten con acierto en la obra los problemas que plantea la concepción conflictivista de los derechos fundamentales. El primero de ellos viene a ser el fruto tardío de la concepción liberal de los derechos naturales, la cual los concebía como realidades a-teleológicas e ilimitadas en sí mismos, y que sólo en cuanto su portador se inserta en una determinada comunidad, surge –por necesidad de convivencia- la exigencia de limitarlos: “existe el derecho, pero por algo externo –otros derechos fundamentales, el orden público, la moral pública, el bien común- se lo constriñe, se reduce su alcance” (p. 20). Así, el contenido del derecho fundamental se va a formular en definitiva en función de una actuación exterior, principalmente la del legislador: “[l]os derechos pasan así a depender de las normas que los regulan o limitan, y su contenido acaba, en definitiva, coincidiendo con el de aquéllas: de ser libertades previas al legislador y al propio constituyente, pasan, a causa del carácter ilimitado que se pretende tienen, a estar en radical dependencia de las decisiones positivas que consignan y determinan su contenido externo” (p. 22). Esta situación genera el segundo aspecto discutible en la men-

talidad conflictivista: acabar confundiendo el derecho fundamental con la norma reguladora del mismo. Así, si los derechos fundamentales son realidades a-teleológicas e ilimitadas, que se confunden con las normas que los regulan, entonces la existencia de dos derechos en conflicto se hace inevitable, como inevitable resulta que los derechos vengán formulados de forma genérica por esas normas, aunque después otras normas –legales o jurisprudenciales– se encarguen de trazar los límites o resolver los conflictos.

Aparecido y aceptado el conflicto, se echa mano de las mencionadas técnicas de jerarquización y ponderación para resolverlo. Éstas, en definitiva, constituyen un tercer elemento problemático en la mentalidad conflictivista de los derechos fundamentales. Ello, entre otras razones, porque “llevan implícito un ilógico colorario (...): que los dos derechos alegados existen en el caso concreto, pero uno de ellos, del cual una de las partes es titular y lo ejerce, lo ha ejercitado o lo ejercerá legítimamente, debe *sacrificarse* en aras de un contrincante superior en abstracto y *a priori* –tal es el caso de la categorización o abstracción–, o superior en concreto –como ocurre con el método del balance–, que será pues, el derecho realmente eficaz” (p. 29). Como bien se apunta, “en casos de concurrencia no se trata de ver ni la jerarquía abstracta ni el “peso” concreto de los derechos, sino de determinar cuál de ellos comparece en el caso y cual no, o si existen en parte uno y en parte otro” (p. 30), pues “[I]o que no es posible es que puedan existir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contradictorias” (p. 31). Pero aún más, el rechazo de los mencionados métodos viene exigido también por la necesidad de una interpretación sistemática de la Constitución, por la cual se debe intentar hacer compatible internamente su contenido a fin de hacer de toda ella una norma efectiva, es decir, de vigencia plena. En efecto, las soluciones planteadas por la jerarquización y por la ponderación o *balancing test*, al hacer prevalecer ciertos derechos fundamentales sobre otros también fundamentales, traen como resultado que la norma constitucional que reconozca a éstos últimos vendrá anulada por la que reconozca a aquellos, de modo que “unas [partes de la Constitución] quedarían anuladas por las otras, al menos en los casos concretos” (p. 33).

Analizada y criticada la mentalidad conflictivista, se dedican los capítulos III, IV y V de la obra a proponer y fundamentar una alternativa conceptual y metodológica. Tal propuesta sostiene que la llamada colisión de derechos fundamentales no es más que un “mito”, pues “[el] conflicto se da sólo aparentemente entre los *derechos* -en abstracto y en concreto- y realmente entre las *pretensiones* -tanto en general, como en sentido procesal- y entre los *intereses* individuales de cada una de las partes [en el litigio]” (p. 37). Los derechos fundamentales son una unidad armónica precisamente porque también lo es el sujeto humano. Es más, si se piensa que el sujeto humano existe siempre socialmente, “si los derechos son la expresión de la regla de coexistencia entre los individuos y sus pretensiones, los conflictos entre ellos no sólo son evitables sino que, en rigor, son imposibles” (pp. 40-41), en la medida que para que un derecho sea realmente tal debe ajustarse con otros derechos o bienes igualmente humanos. Por tanto, lo que proponen los autores es “por una parte, que los derechos protegen bienes humanos; por otra, que esos bienes, en la medida que lo son, conforman un conjunto armónico; y finalmente, que la libertad sin orientación alguna no constituye ciertamente un bien para el hombre (...) Los bienes humanos son por definición compatibles entre sí, porque son bienes todos ellos para un mismo ser: no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho” (p. 53).

La principal pauta hermenéutica propuesta “será distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y buscar la armonización en el nivel de los derechos, no [en el] de las meras normas” (p. 41). Esta armonización pasa necesariamente por la determinación de lo que se ha dado en llamar “contenido esencial” de los derechos fundamentales, la cual consiste en “mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y

su ejercicio funcional: es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”(p. 42), y al que es preferible llamar simplemente “*contenido* del derecho, prescindiendo de núcleos duros y periferias disponibles” (p. 47). Al resolver el litigio que involucre derechos fundamentales, de lo que se tratará es de resolver el caso mediante una solución que se ajuste al respeto de los respectivos contenidos esenciales, evitando así que se frustre el ejercicio legítimo de uno de ellos, y para conseguirlo se requiere abandonar la consideración de los derechos como realidades ilimitadas y a-teleológicas.

Así, el recurso a la determinación de unos tales contenidos se convierte en la piedra de toque de la propuesta que formulan los autores, “recurso que se muestra más fructífero que el establecimiento de jerarquías, o la ponderación de su importancia relativa, o su limitación *ab extra*, ya que permite no recurrir a unos derechos que ceden ante otros, ni a límites externos que convienen más a unas libertades concedidas que a verdaderos derechos fundamentales” (p. 42). Sobre ésta determinación del contenido de los derechos se abunda en el capítulo III, y de ella se deben resaltar las siguientes notas. Primera, que requiere un adecuado ajustamiento entre los derechos y entre estos y los bienes: “los derechos y, por tanto, su contenido esencial, no pueden tratar de delimitarse desde sí mismos, sino que –y sin que esto implique aceptar la teoría de los límites externos– deben tomar en cuenta el necesario ajustamiento con otros bienes (...) [se] introduce el requisito de ajustamiento en el proceso de determinación del contenido esencial” (p. 47). Segunda, que el contenido del derecho si bien empieza a perfilarse en abstracto, no es sino en el caso concreto donde termina por definirse: “salvo raras excepciones, únicamente es posible determinar [el contenido] *por completo* en el marco de los casos concretos” (p. 50). Tercera, la posibilidad de aplicar tests de razonabilidad y proporcionalidad, originarios de la visión conflictivista y del método del balance o ponderación (p. 58). Y cuarta, que de lo que se trata es de una *delimitación del contenido* antes que de una limitación exterior de los derechos: “[l]os derechos, por tanto, aunque no son ilimitados –en el sentido de que todo lo cubierto por su ámbito material sería por ello mismo legítimo– propiamente no son tampoco *limitados*, esto es, *no tienen ni necesitan límites externos*, sino que son *delimitables*: a través de la tarea legislativa y de la decisión judicial es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo”(p. 66).

La mencionada posibilidad de aplicación de tests de razonabilidad y proporcionalidad supone reconocer que “[e]l concreto resultado a que se arrije siguiendo esta pauta metodológica [la de jerarquización y balance] puede en ocasiones no diferir del alcanzado aplicando el camino alternativo que aquí se propone, pero en todo caso lo hacen desaconsejable sus deficiencias teóricas y las complejas y arriesgadas triangulaciones”(p. 65), las cuales no siempre aseguran un resultado acertado, es decir, justo y debidamente fundamentado. Aún con todo, se debe reconocer que “una solución absolutamente justa está muy lejos de quedar garantizada en todos los casos; sin embargo, es más fácil que la solución efectiva se acerque a ella si se sigue el camino más correcto [propuesto en el trabajo] que si se incursiona en la senda de los conflictos, las jerarquías, los balances y los límites externos”(p. 75).

Lo que se lleva dicho sobre la propuesta metodológica está referida a las situaciones producidas cuando en el caso están presentes dos derechos fundamentales. Pero, a juicio de los autores, todo ello es predicable igualmente cuando lo que está en juego es un derecho fundamental, por una parte, y un bien jurídico de interés general o colectivo, por otra. Al tratamiento de este segundo tipo de colisiones se dedica el capítulo IV, donde se responde, entre otras cosas, a dos de las posibles objeciones que se podrían formular a la propuesta armonizadora: el asunto de la expropiación forzosa y el de la suspensión de derechos fundamentales.

Sobre el primero de ellos, se parte de la consideración instrumental del objeto sobre el que versan tanto el derecho a la propiedad como el instituto de la expropiación, y del hecho que el mencionado objeto no tiene un valor en sí mismo (su único valor es su apreciación económica) lo que lo hace esencialmente sustituible e intercambiable por otro bien que tenga el mismo valor económico, para concluir que “si el titular del bien afectado por una expropiación legítima recibe la adecuada compensación, no se podrá hablar de perjuicio patrimonial alguno ni, en consecuencia, de lesión a su derecho a la propiedad” (p. 87).

Sobre el segundo de ellos, y en base a distinguir entre titularidad y ejercicio de un derecho, se repara en el hecho de que la suspensión va dirigida no hacia la titularidad del derecho sino más bien hacia su ejercicio, de modo que “la no actualización de un bien humano en un momento concreto no comporta *ea ipsa* su lesión” (p. 88). Por lo demás, cuando “la suspensión de los derechos, si está justificada, tanto en general como en particular –esto es, con respecto a cada uno de los derechos suspendidos– es en definitiva una medida de defensa y promoción de los derechos individuales, que no pueden existir sin un mínimo de orden público y de seguridad común” (p. 89).

La primera parte del trabajo termina con el capítulo V, en el cual se formulan y fundamentan los distintos presupuestos teóricos en los que se basa la propuesta metodológica que presentan los autores. Si bien es cierto que los principales de esos presupuestos han ido siendo formulados en los anteriores capítulos, se aprovecha éste último para presentarlos de manera sistemática y para abundar en su formulación y justificación. Así, se debe destacar la consideración unitaria y coherente del hombre en cuanto portador de derechos para negar que tales derechos puedan llegar a ser contradictorios o conflictivos, pues “si los derechos humanos son el modo histórico de concertar ciertas exigencias que garanticen al hombre una vida digna, de proteger los bienes humanos básicos, parece que su determinación guarda relación con el modo de ser propio del hombre. Ahora bien, dicho modo de ser, que postula unos medios concretos sin los cuales la autorrealización y la felicidad se tornan muy difíciles o imposibles, no comporta exigencias contradictorias o enfrentadas: dicho de otro modo, el ser humano es básicamente una unidad” (pp. 91-92).

También se debe destacar la importante consideración relacional del bien humano. “bien es lo que perfecciona a un sujeto, de suerte que su índole de bien depende en definitiva del modo de ser (teleológicamente, tendencialmente visto) de ese sujeto (...) En consecuencia, la persecución de un cierto bien humano hasta el punto de lesionar otros o poner en riesgo los otros bienes que ese mismo sujeto comparte con el resto de los individuos, no proporciona un bien real, sino meramente aparente” (p. 93).

Y finalmente destacar el hecho de que no toda aspiración es un derecho, pues “si el derecho tiene algo que ver con la coordinación y con la coexistencia entre las personas, parece claro que debe distinguirse con nitidez entre pretensiones subjetivas y derechos. Una pretensión sólo se transforma en derecho cuando cumple ciertas condiciones, entre las cuales deben considerarse aquí al menos dos. En primer lugar, la posibilidad de su universalización, pues de lo contrario se daría la paradójica situación de que a ciertos individuos se les exigiría respetar y acatar como derecho ajeno algo de lo cual ellos mismos no gozarían bajo idénticas condiciones y circunstancias (...) La segunda condición es que sea posible armonizar las pretensiones subjetivas candidatas a convertirse en derechos con otras pretensiones igualmente dignas de respeto y protección, es decir, igualmente merecedoras de convertirse en derechos” (p. 97).

La segunda parte, como ya se adelantó, está destinada al análisis de algunas sentencias judiciales de diferentes países presentadas y resueltas según esquemas y/o lenguaje conflictivistas. Son dos las intenciones en el análisis de cada una de ellas. En primer lugar, mostrar y criticar el razonamiento o iter argumentativo que desarrollan; y, en

segundo, mostrar cómo en todas ellas era perfectamente posible una solución armonizadora de los derechos fundamentales en aparente contradicción. La elección de los casos presenta una doble ventaja que los hace particularmente didácticos: por una parte, se trata de casos resueltos por tribunales de distintos ordenamientos jurídicos (lo que evidencia tanto la difusión del conflictivismo como la validez del método propuesto con carácter alternativo). Por otra parte, se intenta mostrar —con fortuna, en nuestra opinión— a través de los diferentes análisis las variantes más importantes del fenómeno conflictivista. Con esto, se afianza tanto el acierto en la crítica como en la propuesta alternativa formulada en la primera parte.

Como se puede apreciar, son varios e importantes los temas que se abordan a lo largo de este trabajo. De entrada, es meritorio el atrevimiento de adentrarse en lo espeso y muchas veces impreciso y hasta contradictorio que acostumbran ser los distintos ámbitos jurídicos (normativo, jurisprudencial y doctrinal) en los que se manifiesta la mentalidad conflictivista de los derechos fundamentales. Ello sin circunscribir el análisis a un solo ordenamiento jurídico, sino que por el contrario se aborda el análisis crítico de la mentalidad conflictivista en diferentes ordenamientos jurídicos. Por eso es que los autores se ven en la necesidad de conocer y utilizar jurisprudencia, legislación constitucional y la mejor doctrina de los ordenamientos Inglés, Norteamericano, Alemán, Francés, Español y Argentino.

Mérito que se despliega plenamente también en la presentación y crítica de las distintas aporías de las que parte la visión más extendida sobre las colisiones entre derechos o entre éstos y bienes colectivos, así como de los pobres —cuando no injustos— resultados a los que llega en su intento de resolver controversias iusfundamentales. A lo anterior se agrega el mérito de la propuesta alternativa presentada por los autores, referida no sólo a superar una concepción de los derechos fundamentales como realidades en potencial conflicto, sino también a la interpretación y métodos en la solución de litigios que incluyan derechos fundamentales; propuesta dirigida a favorecer lo más posible soluciones no sólo razonablemente fundamentadas sino también lo más cercanas a una solución justa, entendiéndose por ésta la que permite dar a cada parte procesal lo que le corresponde. Además, la propuesta contenida en el libro aparece formulada en términos claros, precisos y contundentes, lo cual debe añadirse al saldo claramente positivo que ofrece la obra.

En mi opinión, los méritos anteriores no se ven atenuados por la pluralidad de temas que se abordan en la obra. Y ello porque los diferentes asuntos convocados no se enfocan con pretensión de agotar su tratamiento, sino sólo en la medida que resulta necesario abordarlos ya para criticar la visión conflictivista, ya para proponer una alternativa. En ese sentido, estamos ante un ensayo, como reconocen y advierten los autores en el prólogo, y no ante una obra general. Sin embargo, sí se debe advertir al lector que encontrará algunos espacios de lectura si no oscuros, sí al menos densos. Pero tanto por la lógica presente en la estructura misma del trabajo como por la sistematicidad en el tratamiento de los temas propuestos, al final de la lectura el lector encontrará una visión de conjunto de la que puede discreparse, pero que constituye un aporte valioso, original y claramente delineado en sus líneas de fuerza.