

JUAN CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, España, 424 pp.

La investigación de Juan Cianciardo es una contribución filosófico-jurídica a la comprensión de un problema no resuelto en el Derecho constitucional y en la práctica judicial anexa: la presentación de conflictos judiciales entre particulares, o de estos con el Estado, como conflictos entre derechos de las personas –que el autor denomina derechos fundamentales– o entre estos derechos y el interés del público.

El trabajo hace una crítica de esta forma de presentación del problema, que ha predominado en la doctrina jurídica y en la jurisprudencia contemporánea. Junto a esta crítica, Juan Cianciardo desarrolla una concepción finalista o teleológica sobre derechos fundamentales. Esta concepción, en vez de postergar o excluir la aplicación de algunos de ellos en la actividad judicial, tiende a asegurar su vigencia efectiva. El autor dedica el primer capítulo a ilustrar el conflictivismo en ocho casos judiciales que tuvieron lugar en Estados Unidos, España y Argentina, que marcarían una tendencia predominante en la cultura jurídica contemporánea: por un lado, las declaraciones internacionales y constituciones políticas coleccionan un número cada vez mayor de derechos humanos o derechos fundamentales, mientras que la práctica judicial tendería a excluir o postergar algunos derechos, por la vía de jerarquizarlos o de ponderarlos donde uno o más derechos quedan protegidos y los otros no.

En los tres primeros casos, la máxima autoridad judicial resolvió proteger el derecho fundamental a la libertad de expresión o derecho a la información, en perjuicio de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad. En un caso la Corte Suprema argentina aceptó que un diario al difundir la sentencia de divorcio no suprimiera el nombre de las partes litigantes, con lo cual quedó en evidencia pública la existencia de un matrimonio que se había separado hace 30 años y la ilegalidad del nuevo matrimonio y familia aparentes del afectado por la noticia. La Corte jerarquizó los derechos fundamentales y luego concluyó que solo cabía aplicar el derecho a la libertad de prensa, sin valorar los demás derechos en juego y sin considerar que la no publicación de los nombres de las partes no violaba tal libertad informativa y en cambio permitía resguardar todos los derechos en cuestión.

En otro caso, la Corte Suprema de Estados Unidos priorizó también el derecho fundamental a la libertad de prensa cuando un diario publicó el

nombre de una mujer violada, produciendo con ello un daño emocional y en su seguridad personal. La Corte consideró en este caso que el derecho a la privacidad, particularmente en la vida sexual, era secundario frente al derecho a la libertad de expresión, sin fundamentar por qué era necesario, para cautelar este último derecho, divulgar el nombre de la víctima. En el tercer caso analizado, el Tribunal Constitucional español declaró que la protección de la libertad periodística era de importancia equivalente a la protección del derecho al honor del alcalde de Soria, y aunque no se refirió a una jerarquización de derechos sino a una ponderación de los mismos, no entregó criterios o elementos para realizar una ponderación que reconocidamente lesionaba el honor del alcalde.

En otros tres casos, los tribunales superiores de justicia resolvieron proteger un derecho a la intimidad, concebido como esfera de libertad en principio ilimitada, en desmedro de bienes públicos o comunes garantizados jurídicamente. En un caso, se trató del conflicto entre la práctica de la sodomía en casa particular y un supuesto bien público protegido por la ley penal del estado de Georgia. En otro se trataba de la tenencia privada de drogas, prohibida por la ley penal de Argentina. Por último está el caso de un alegato sobre el derecho a casarse y la libertad religiosa que sostiene la inconstitucionalidad de una ley que establecía en Argentina la indisolubilidad matrimonial.

En estos tres casos, los tribunales de justicia presentan la situación como un conflicto o choque inevitable entre derechos individuales carentes de límites o finalidad, por un lado, y el bien público protegido de la moral sexual, de la salud pública, o del matrimonio indisoluble, respectivamente. Dentro de esta concepción de choque, los tribunales prefieren amparar el derecho individual subjetivo en desmedro de bienes públicos protegidos por las propias leyes de los respectivos Estados, sin intentar siquiera ordenar la protección al derecho a la intimidad de una forma consistente con el bien común.

Las últimas dos ilustraciones de conflictivismo judicial se refieren a una jornada laboral abusiva en los Estados Unidos de comienzos del siglo XX, y a una regulación del Gobierno argentino que redujo a un mínimo la devolución a los ahorrantes de depósitos bancarios so pretexto de la crisis económica 1989-1990. En la primera ilustración, la Corte Suprema de Estados Unidos deja sin efecto una ley que limitaba la jornada

laboral, por considerar el derecho patrimonial a la libre contratación como de valor absoluto y de mayor jerarquía que el bien público protegido por la ley. En el segundo caso, con un criterio inverso, la Corte Suprema de Argentina sostiene que el bien público de la unidad nacional en una situación de emergencia económica debe prevalecer sobre el derecho patrimonial de los ahorrantes cuyos fondos fueron convertidos en bonos con vencimiento a diez años.

En la práctica judicial analizada por el autor, el criterio conflictivista entre derechos fundamentales o entre estos y los bienes públicos, produce como resultado que algunos derechos de las personas o derechos fundamentales tienden a quedar desprotegidos, y que en cambio otros derechos de las personas tienden a prevalecer como facultades absolutas, o, en situaciones de emergencia, determinados bienes públicos a veces carentes de una definición o fundamentación precisa, son concebidos de un modo que puede violar o excluir la aplicación de los derechos básicos.

El segundo capítulo de la obra está dedicado a los presupuestos teóricos del conflictivismo. Aquí Juan Cianciardo profundiza en el concepto de los derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos a-teleológicos, o como libertades indefinidas. La raíz teórica del conflicto aporético entre derechos fundamentales se encontraría en una serie de debilidades epistemológicas, antropológicas y jurídicas que están presentes en la cultura contemporánea.

En el plano epistemológico, destaca el cientificismo con su preferencia por el conocimiento exacto y disyuntivo, verificable empíricamente, por sobre el conocimiento verdadero, que incluye el conocimiento de la realidad unitaria de la persona humana. En segundo lugar, el autor llama la atención acerca de la primacía del método sobre el objeto del conocimiento, y de las metodologías cuantitativas que permiten conocer la exactitud por sobre la noción científica de filosofía y de verdad. La metodología que Cianciardo critica conduce también a una separación entre el ser y el deber ser, donde lo principal es cómo las cosas son y no cómo las cosas deben ser, desapareciendo así el principio ético básico del razonamiento práctico. En cambio, las emociones relativas de cada sujeto pasan a ocupar el lugar central de la valoración ética, en desmedro de las valoraciones éticas objetivas. El conflicto entre valoraciones éticas subjetivas lleva así al predominio de la fuerza o de la mayoría política. El resultado de todo lo anterior es la desaparición de la razón práctica.

El autor se ocupa luego de las debilidades antropológicas de la cultura contemporánea. El centro del universo es un hombre cuya voluntad es valorada en exceso, reclamando para sí una libertad sin límites ni condiciones. El concepto de autonomía humana es absolutizado: el único límite de la autonomía individual de un sujeto serían las au-

tonomías individuales de los demás sujetos. La coexistencia entre los hombres plantea más obstáculos y conflictos que bienes comunes y oportunidades de desarrollo humano. A la persona humana no solo se la desvincula de sus semejantes, sino también del pasado y futuro de la sociedad en que se vive. La voluntad suprema del presente es también libre de compromisos en las dimensiones temporales de la existencia humana, solo vale el instante presente, y esa voluntad presente puede cambiarlo todo cuantas veces quiera. Para que la sociedad funcione, se recurre a hipotéticos y ficticios contratos sociales, y a la regulación de los intercambios económicos entre los sujetos autónomos a través del mercado.

Finalmente, el autor revisa las debilidades del subjetivismo jurídico contemporáneo, que en definitiva trae como consecuencia el criterio conflictivista sobre los derechos de las personas.

La cultura epistemológica y antropológica contemporánea, en el plano jurídico, se expresa primero en el positivismo jurídico, y luego de su crisis, en una concepción de los derechos humanos entendidos como la positivización de un abstracto e ilimitado derecho general de libertad, donde los derechos fundamentales son derechos subjetivos desprovistos de bases ontológicas. Los sujetos son titulares de derechos fundamentales hasta el límite, y a condición de que su ejercicio no afecte los derechos subjetivos de otros sujetos. Así concebidos, se produce una multiplicación de los conflictos de derechos fundamentales, de conflictos que no tienen salida justa o razonable sino que obligan a aplastar algunos derechos en beneficio de otros, en base a la fuerza del poder político o a un principio de mayoría circunstancial.

En el capítulo tercero de la investigación, Cianciardo examina los presupuestos técnico-jurídicos del conocimiento que están en la base del conflictivismo. Aquí la clave, según él, se encontraría en la confusión entre el concepto de derecho fundamental y el concepto de norma fundamental. El problema puede superarse distinguiendo claramente entre ambos conceptos y también entre principios y reglas, siguiendo en parte a autores como Robert Alexy. Las normas fundamentales son enunciados normativos que pueden o no estar recogidas textualmente en las constituciones, y a su vez pueden consistir en principios normativos, donde se trata de que algo sea realizado en la mayor medida posible y cuya aplicación debe efectuarse con razonabilidad y proporcionalidad, y en reglas normativas, que mandan la realización necesaria de algo. Para el autor, el problema técnico-jurídico del conflictivismo es que trata de reducir los derechos fundamentales —que no deben ser ignorados o suprimidos— a normas fundamentales, y estas últimas a las reglas. En cambio, propone buscar sistemas de reconocimiento de los principios fundamentales, que deben considerar siempre la relación entre los diversos principios de la Constitución.

Cianciardo sugiere replantear el concepto de derecho fundamental para conocer su estructura compleja, que tiene fundamentos, sentido y finalidad, y que tiene una determinación siempre abierta. Se trata de descubrir el contenido esencial de los derechos, un núcleo duro que está vinculado a su naturaleza y finalidad.

La obra de Cianciardo finaliza en su capítulo cuarto con un examen del principio de razonabilidad o proporcionalidad, como instrumento jurídico que también se utiliza para resolver conflictos judiciales en temas constitucionales. Se trata de una herramienta más elaborada que los criterios de simple jerarquización o de ponderación más o menos infundada.

El autor utiliza varias veces la expresión razonabilidad como sinónimo de proporcionalidad. Se refiere a la utilización de la máxima de razonabilidad como criterio de justicia para la solución de conflictos entre derechos fundamentales así como también entre estos y los bienes públicos. En primer lugar, Cianciardo explica los elementos de este principio de razonabilidad: a) toda intervención pública sobre la materia tiene que ser adecuada en relación con el fin legislativo que se persigue; b) también debe ser indispensable para ese fin, o sea que no haya otra medida más eficaz y menos restrictiva; y c) por último la intervención pública tiene que ser proporcionada en la comparación entre costos y beneficios y en el respeto del contenido esencial del derecho fundamental, para lo cual hay que conocer el sentido teleológico del derecho fundamental. La indagación sobre estos elementos del principio presenta tales dificultades lógicas y prácticas, que termina produciendo también un resultado de conflicto entre derechos fundamentales o con los bienes públicos, con el consiguiente sacrificio de unos u otros. Por otra parte, aunque el principio de la razonabilidad ha sido aplicado tradicionalmente en el sistema jurídico anglosajón y continental, los tribunales no han logrado definir bien qué se entiende por razonabilidad, en los aspectos sustantivos del proceso judicial. Se ha justificado este principio en nociones tales como el respeto al Estado de Derecho (Alemania), la prohibición de la arbitrariedad (España), o el *due process* sustantivo unido a la idea de preservación del contenido del derecho fundamental (Estados Unidos, Argentina).

La obra de Cianciardo representa un aporte al conocimiento de los presupuestos y criterios que comúnmente utilizan la doctrina jurídica y los tribunales superiores en la jerarquización y ponderación de derechos constitucionales aplicables. Al mismo tiempo, la obra ilustra cómo tales presupuestos y criterios tienen bases epistemológicas y antropológicas bastante cuestionables. Cabe destacar también los elementos que introduce el autor como salidas a las debilidades del conflictivismo, en su análisis de los conceptos de “normas de

derecho fundamental” y de “derecho fundamental”, y en la introducción del principio de la máxima razonabilidad.

Sin embargo, queda pendiente avanzar más en una teoría jurídica sobre los derechos de las personas, que sirva para manejar los conflictos que se aprecian comúnmente en la aplicación de los derechos constitucionales. Para este objetivo, quizá resulte necesario comenzar por definir qué se entiende por “derechos fundamentales”. Pienso que es preferible utilizar el concepto de “derechos de las personas” para referir aquellos que emanan de la naturaleza humana y que están recogidos en los textos constitucionales. Agregar el calificativo de “fundamentales”, o de “esenciales”, dejará planteada la duda sobre cuáles son fundamentales o esenciales y cuáles no. Por otra parte, así como la obra contiene una muy buena crítica de los presupuestos teóricos del subjetivismo y del conflictivismo jurídico, una teoría jurídica alternativa debería ser capaz no solo de reivindicar la clásica razón práctica, sino también de exponer los presupuestos y requisitos básicos de la razonabilidad práctica. Pienso que no se trata tanto de partir de una noción de bien común o de derechos de los otros en contraposición a los sujetos que reclaman derechos, sino más bien de seguir un camino filosófico y antropológico similar al expuesto por John Finnis, que partiendo del bien personal de los sujetos y de sus requerimientos, sigue una antropología que lo lleva naturalmente a considerar la comunidad, el bien común y la justicia, como un marco para definir la esencia de los derechos de las personas, su aplicación práctica, y la regulación de la cooperación y conflicto sobre materias donde están en juego sus derechos.

El principio de razonabilidad práctica puede ser reorientado en forma útil, desde una perspectiva simplista de cálculo de costos y beneficios, hacia una razonabilidad práctica que tome las normas –principios y reglas– como punto de partida, y el derecho como punto de llegada de todo un proceso de interpretación donde valen no solo la lógica formal y jurídica, sino también los fines de los derechos y los bienes que los sujetos y la comunidad persiguen.

De esta manera será también factible hacer efectivas las declaraciones constitucionales contemporáneas sobre protección a la esencia de los derechos, un núcleo duro que los constituyentes no quieren ver limitado o invadido, pero que la práctica legislativa y judicial –hasta ahora inspirada en el conflictivismo– no sabe cómo proteger.

El desafío, entonces, para quienes abogan por una concepción iusnaturalista contemporánea, es desarrollar la tarea pendiente: un modelo donde los derechos, concebidos como objetos exigidos por la naturaleza humana, nacen y subsisten armonizados unos con otros, como derechos naturales orientados hacia el bien común y particular de los sujetos. Tal modelo no excluirá

ni necesariamente servirá para disminuir la conflictividad de las pretensiones litigiosas donde se pide reconocer la existencia y titularidad de derechos en favor de sujetos particulares o de órganos públicos. Ello es y será parte constitutiva del acontecer de las sociedades humanas. Lo

que una alternativa de razonabilidad práctica puede aportar –alejándose de jerarquizaciones y ponderaciones arbitrarias– es un instrumento más eficiente para la protección y buen uso de los derechos constitucionales, y una mayor coherencia interna del sistema constitucional.

*Juan Irrarrázabal Covarrubias*