

público con inquietudes intelectuales y sociales. Es una obra que hay que leer: es original, nada pedante, oportuna y excelente. Pérez Adán sale airoso en este su primer embite contra la economía instalada. El debate va a seguir; una andanada de este estilo seguro que escocerá a muchos: señores neoclásicos, párense a pensar y muevan pieza.

Carmen Salas

P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires, 2000, XIX + 171 pp.

*La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, de Pedro Serna –Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Coruña– y Fernando Toller –Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Austral, Buenos Aires–, es ante todo una obra aguda, incisiva y de finos razonamientos iusfilosóficos y constitucionales, que aborda una de las cuestiones más delicadas de la dogmática de los derechos fundamentales: *el problema de los conflictos de derechos*. En la actualidad la dinámica de los derechos individuales se plantea en términos de permanentes e irreductibles colisiones entre ellos, lo cual da como resultado que “la resolución de los litigios constitucionales pase hoy por la elección de uno de los bienes en juego y la preterición o anulación del otro” (pág. 3).

El lector se encontrará frente a un libro realmente novedoso, en el cual por primera vez se brinda y sistematiza de manera clara y precisa una teoría armonizadora en la interpretación de los derechos constitucionales, intentando alejar del lenguaje jurídico el desafortunado concepto de los “conflictos de derechos”, junto a otras nociones no mucho más felices, entre las que se cuenta la extendida doctrina de los límites externos.

Debe tenerse en cuenta que la obra no aborda una cuestión meramente teórica, sino que, por el contrario, tiene virtualidades eminentemente prácticas. En efecto, de acuerdo a la posición que se adopte en torno a la metodología para resolver el aparente “conflicto de derechos” se corren serios riesgos de llegar a soluciones verdaderamente injustas (de las cuales el libro expone varios ejemplos).

El trabajo se divide en dos partes. La primera, denominada “Críticas y propuestas”, se compone de cinco capítulos, en los cuales se pone en tela de juicio una serie de doctrinas y métodos generalmente aceptados y se expone la teoría alternativa que los autores sostienen. En la segunda parte, que lleva el título “A manera de banco de pruebas”, a lo largo de cuatro capítulos se lleva a examen la teoría propuesta, utilizando para ello diversos casos jurisprudenciales concretos en donde los tribunales han utilizado los métodos y doctrinas que el libro impugna.

Luego de introducir la obra, exponiendo que se intentará demostrar que los conflictos de derechos son en realidad aparentes y no reales, y que para su solución hace falta un nuevo modo de interpretarlos (capítulo I), se describe y critica los métodos utilizados en la actualidad para resolver los conflictos de derechos, a saber, la jerarquización y el *balancing test* (capítulo II). Al realizar la descripción de ambos inmediatamente se alerta al lector que, si bien dichos métodos funcionan de distinta manera, tienen un sentido análogo, dado que tanto la jerarquización como el *balancing test* otorgan prevalencia a un derecho sobre otro —uno en abstracto, otro en concreto—, es decir, optan por un derecho y dejan de lado al otro. Evidentemente, de ello surge que los dos métodos posibilitan la existencia de derechos preferidos, que prevalecen en detrimento de otros derechos y libertades (págs. 7-28).

En el libro se critican esos dos métodos de resolución de casos constitucionales. La crítica, entre otras, proviene de dos direcciones: i) de la definición aristotélico-tomista de “derecho” —es decir, “lo justo”, “lo adecuado a otro conforme cierto tipo de igualdad”— y ii) de la conveniencia de una interpretación sistemática del Derecho. En efecto, los métodos criticados “llevan implícitos un ilógico corolario —aunque esto no se diga o quien los utiliza no repare en ello—: 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 ejercido 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 jerarquización—, o superior en concreto —como ocurre con el método del balance—, que será pues, el derecho realmente eficaz” (pág. 29). Si el derecho es lo justo, lo debido a una persona, es absolutamente ilógico que “que puedan existir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contradictorias” (pág. 31). Por otra parte, desde el punto de vista de la interpretación sistemática del Derecho la jerarquización y el *balancing test* no pueden permitirse, dado que los derechos deben ser interpretados sistemáticamente, como un todo, y no aisladamente (págs. 32-35).

En el capítulo III se expone y defiende la propuesta metodológica alternativa a los conflictos de derechos que es la base medular de la obra y que tiene como fin desterrar del pensamiento jurídico la concepción que ve a los derechos “en lucha permanente entre sí, fagocitándose unos a otros, necesariamente inconciliables en una suerte de ‘darwinismo jurídico’ donde prevalece el derecho presumiblemente más fuerte” (pág. 37). Para esto –y aquí se encuentra uno de los grandes méritos de la obra– se demuestra que tal colisión es un mito y que es posible una visión distinta, que parta de la unidad de los derechos y se oriente principalmente a la búsqueda de su concreta armonización, procurando llegar a la justicia en el caso concreto.

A partir de esta idea central los autores realizan diversas consideraciones que fundamentan de manera sólida y consistente la tesis expuesta. Una y otra vez se señala que los derechos, a diferencia de los intereses procesales, son armónicos, y que el punto de partida de la interpretación debe ser la conjugación de todos y no la contradicción.

Ahora bien, partiendo de la premisa de que no puede haber conflictos de derechos y de que los mismos deben interpretarse de manera armónica, ¿cómo se logra tal armonización? Los autores encuentran en el concepto de “contenido esencial” de los derechos la clave para poder armonizar unos con otros y para evitar los problemas que lleva consigo la doctrina de los límites externos. En efecto, dilucidando el contenido esencial de cada derecho se podrá ver si en el caso concreto el particular es titular de un verdadero derecho subjetivo o sólo es titular de una pretensión individual que quiere elevarla a la categoría de derecho. A estos efectos, de gran interés resulta la original distinción entre ámbito físico o material y ámbito jurídico o formal de los derechos, cuya comprensión y utilización ahorra no pocas dificultades teóricas y prácticas (págs. 65-66).

Los autores exponen las ventajas del concepto de la garantía del “contenido esencial” de los derechos, su reconocimiento constitucional (en la Constitución Argentina, en la Ley Fundamental de Bonn y en la Constitución Española) y otorgan al lector las pautas para el necesario proceso de dilucidación, delimitación y determinación del contenido esencial de cada derecho. Naturalmente, en el libro se destaca que siempre se deberá analizar el caso concreto, evitando las caracterizaciones abstractas y las reglas generales que pueden llevar a ciertas injusticias (págs. 40-74).

Con humildad, al finalizar el capítulo comentado los autores reconocen que se debe buscar la compatibilidad y la armonía entre los derechos antes que la oposición “*hasta donde sea posible*. Con ello se quiere decir que la solución propuesta no es necesariamente fácil de aplicar o simple de verificar en todos

los temas y situaciones, especialmente en los casos extremadamente difíciles, cuya solución siembra muchas dudas. Ahora bien, la dificultad que puede presentarse en ciertos casos reales para encontrar una *solución justa* no exime de intentar buscarla a través de un enfoque adecuado” (pág. 75).

En el capítulo IV se avanza un escalón más, al estudiar no sólo el aparente conflicto entre derechos sino también el “conflicto entre derechos individuales y bienes públicos”. En él se sostiene que los derechos fundamentales, como conjunto o individualmente considerados, forman parte del interés general o, mejor, del bien común, y que dan fundamento al orden jurídico de un Estado. Entienden al bien común no como la suma de bienes individuales, sino como el conjunto de condiciones que permiten que todas y cada una de las personas se desenvuelvan y alcancen su plena realización. Por tanto, no puede haber conflictos entre derechos y bienes, pues el bien común no compite con el bienestar de cada uno, sino que lo incluye. Asimismo, debe evitarse, al igual que en las relaciones entre derechos, el método del *balancing test*, y usar, en cambio, el recurso al contenido esencial, tanto del derecho como del interés general o bien común concreto (págs. 77-83).

Concluye la primera parte con un capítulo sobre los “presupuestos teóricos de la metodología propuesta”. Allí se fundamenta que, al surgir los derechos de la misma naturaleza humana, no se puede dejar de lado derecho alguno, ya que esto equivaldría a relegar a la persona misma en el caso concreto en tanto titular del derecho, y se realiza también la acertada distinción, ya citada, entre derechos subjetivos y pretensiones subjetivas. A su vez, se pone de manifiesto que un derecho es una libertad ajustada por una dimensión social, lo cual atempera la tendencia al individualismo que toda pretensión lleva implícita. De allí surge que es erróneo pensar en auténticos derechos ajenos a cualquier condicionamiento (págs. 91-98). “La conclusión que se deriva de lo anterior es que, al implicar todo derecho humano que las *pretensiones* individuales asumen el *ajustamiento* social, tal ajustamiento *no afecta su contenido esencial*. Más aún, *el contenido esencial es fruto del ajustamiento*” (pág. 98).

En la segunda parte, como ya se dijo, se pone a prueba la teoría elaborada por medio de su puesta en marcha en diversos supuestos jurisprudenciales donde los jueces han utilizado los métodos de la jerarquización, el *balancing test* o han recurrido al concepto de límites externos (págs. 107-158). Con maestría se pone de manifiesto la injusticia a la que se puede arribar al utilizar teorías abstractas desconocedoras de la propia naturaleza de los derechos y, a su vez, se demuestra que utilizando la teoría propuesta se puede llegar a la solución justa del caso.

Las sentencias analizadas provienen de diversas jurisdicciones, tales como la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Suprema de Canadá, la *House of Lords* del Reino Unido y el Tribunal Constitucional Español. La mayoría de los casos *sub examine* tratan de la siempre presente tensión que existe entre la libertad de prensa y los derechos al honor y a la intimidad, o con intereses públicos como la confidencialidad de parte de la actividad gubernamental o la protección de minorías raciales o religiosas. Los casos son analizados de manera minuciosa, y en los diversos comentarios se puede ver en acción a distintos lineamientos de la teoría propuesta.

Por último, cabe destacar la cuidada redacción y el conocimiento del Derecho comparado que la obra demuestra en sus innumerables citas y notas al pie.

En síntesis, la teoría propuesta está llamada a ser un punto de partida indispensable en la resolución de los “conflictos de derechos”. Esto resulta avalado por la circunstancia de que, felizmente, a poco de ser concebida ya está siendo utilizada en los fundamentos jurídicos de algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina.

Por todo lo anterior damos la bienvenida a esta sólida propuesta, que posibilitará que los artífices del Derecho (legisladores, jueces, abogados, académicos) arriben –o faciliten el arribo– de manera más segura a la tan preciada justicia en el caso concreto.

*Matías A. Bentivegna*

