

J. CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, prólogo de P. Serna, Eunsa, Pamplona 2000.

En el libro, que tuvo su origen en una tesis doctoral dirigida por el prologuista, se examinan los problemas teóricos y prácticos que se suscitan en torno a los conflictos entre derechos fundamentales; se lleva a cabo una sólida crítica de un planteamiento al que desde el comienzo se denomina “conflictivista” —que se señala como predominante en la jurisprudencia constitucional—; y se brindan una serie de pautas que servirían como puntos de partida para encontrar una alternativa superadora de la que se critica.

El primer capítulo está dedicado al análisis y crítica de diversos casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el Tribunal Constitucional de España y la Suprema Corte de los Estados Unidos. Los casos seleccionados fueron planteados, según sostiene el autor, o bien como conflictos entre derechos fundamentales (el derecho a la información y los derechos al honor y a la intimidad), o bien como conflictos entre derechos fundamentales y bienes públicos (los derechos a la intimidad, a casarse y patrimoniales, y ciertos bienes públicos). Para resolver tales conflictos, Cianciardo destaca que los jueces recurren con frecuencia a dos soluciones: la jerarquización y la ponderación. Ambas tienen en común determinar cuál de los derechos y bienes enfrentados debe prevalecer, conduciendo a resultados que presentan diversas dificultades de orden empírico, analítico y normativo.

El segundo capítulo trata acerca de los presupuestos epistemológicos, antropológicos y jurídicos del conflictivismo, signados por el concreto horizonte histórico-filosófico de la modernidad. En cuanto a la epistemología subyacente en el planteamiento conflictivista, el autor señala que ésta presenta cuatro notas esenciales vinculadas entre sí: a) la aplicación de una metodología científica a las ciencias humanas, b) la primacía del método científico sobre el objeto; c) la separación radical entre el ser y el deber ser, que condujo a una pérdida de la noción de bien y d) la desaparición de la razón práctica.

Con respecto a los presupuestos antropológicos, Cianciardo sostiene que en la modernidad se da una fuerte sobrevaloración de lo humano, en particular de la voluntad; se concibe al hombre como libertad pura, exenta de todo condicionamiento exterior, dando lugar a un modo de entender al hombre caracterizado por la autonomía y la exaltación del instante. El contrato como expresión política permitirá conjugar la concepción de un individuo absolutamente libre y autónomo con las exigencias evidentes que implica la existencia de la sociedad civil. A su vez, el mercado como expresión de la economía será el centro de la vida de los hombres, y de él dependerá el progreso de la humanidad.

Los presupuestos jurídicos del conflictivismo se identifican, según Cianciardo, con la Escuela Moderna del Derecho Natural y con el positivismo jurídico. Ambos conciben los derechos humanos como concreciones positivas de un abstracto e ilimitado derecho general de libertad, cuya extensión tiene como único límite los derechos de las otras personas, conduciendo inevitablemente a conflictos o choques entre derechos, y obligando a optar por el predominio de uno u otro sobre la base de la fuerza o de la decisión de la mayoría.

En el tercer capítulo se aborda la problemática vinculada con el concepto de "norma de derecho fundamental" y "derecho fundamental". Con relación a las normas, el autor afirma que su identificación debe llevarse a cabo recurriendo a criterios formales y materiales, sobre todo en constituciones donde el catálogo de derechos está disperso dentro del texto. Asimismo, siguiendo en este punto a R. Alexy, Cianciardo reconoce la existencia de normas adscritas de derecho fundamental, es decir, de normas de derecho fundamental no estatuidas directamente por la constitución.

En cuanto a la estructura de las normas iusfundamentales, se sostiene que ellas pueden ser tanto reglas como principios. La reducción de las normas a reglas conlleva inevitablemente al conflictivismo, por cuanto el conflicto de dos reglas origina la invalidez de una de ellas, postergando indebidamente los derechos fundamentales reconocidos en tales reglas, mientras que si el juez relaciona a los principios con derechos fundamentales, es posible sustentar la convivencia de unos con otros.

Seguidamente, y con respecto al concepto de derecho fundamental, el autor señala que éste presenta como estructura un sujeto –la persona humana–, un objeto –constituido por un bien jurídico– y un fundamento; destacando que plantear este último desde la pura formalidad conduce invariablemente a una concepción de los derechos fundamentales como facultades ilimitadas, y con ello al conflictivismo jurídico y a la jerarquización de los mismos, pues al privarlos de un fundamento ontológico, éstos carecen de finalidad, y por tanto, no es posible delimitar su alcance, diferenciando un derecho de otro.

Tras esto, Cianciardo examina la delicada cuestión de los límites de los derechos fundamentales. Con relación a ello, expone y critica tanto la doctrina y jurisprudencia alemana como la española, y propone un entendimiento nuevo del asunto; según su criterio, el contenido de las normas iusfundamentales es regulable y limitado, y los derechos fundamentales son limitados pero ilimitables. Esto le lleva a admitir la posibilidad de conflictos entre normas iusfundamentales, y a desechar, sin contradicción, la existencia de auténticas colisiones de derechos.

Esta última tesis, una de las más importantes que se sostienen en el libro, se apoya además, entre otros argumentos, en una determinada comprensión y conceptualización del contenido esencial de los derechos fundamentales, al que se hace referencia en el artículo 53.1 de la Constitución Española y en el artículo 19, inc. 2 de la Ley Fundamental de Bonn. Con respecto a la naturaleza del contenido esencial y su determinación, el autor formula objeciones tanto a la teoría absoluta como a la relativa, puesto que la primera conduce a la jerarquización de los contenidos esenciales ante supuestos donde el conflicto entre derechos fundamentales no parece ser solucionable; y la segunda reduce tal garantía a la necesidad de justificación de la intromisión en el derecho fundamental de que se trate, siendo que ésta última ya viene exigida constitucionalmente por el principio de razonabilidad.

Cianciardo propone una nueva comprensión de la garantía del contenido esencial, partiendo de la necesidad de distinguir el contenido del derecho fundamental del de la norma iusfundamental, de modo tal que si bien ésta última es limitable, el primero no lo es, no pudiendo ser alterado ninguno de sus elementos (sujeto, objeto y fundamento). La pauta que permitirá distinguir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una regulación normativa, será aquella que atienda al fundamento del derecho, el que es convertible con su finalidad; por tanto, el contenido esencial del derecho fundamental se verá alterado cuando la norma en cuestión impida el cumplimiento del fin para el cual es reconocido, lo que constituye una cuestión siempre abierta, nunca definitiva, puesto que depende, al menos en parte, de las circunstancias históricas. Afirma también Cianciardo, siguiendo en esto al Prof. Martínez Pujalte, que la garantía del contenido esencial no es sólo una valla infranqueable para el legislador cumpliendo una función defensiva, sino que además vincula a los poderes públicos, obligándolos a promover una política de derechos fundamentales que posibilite su efectiva realización.

La máxima de razonabilidad –expresión que se origina en el Derecho anglosajón– o proporcionalidad –designación propia del Derecho europeo continental– constituye la temática central del capítulo cuarto. En él, se pretende

demostrar las incoherencias teóricas de que adolece el conflictivismo cuando intenta recurrir al principio de razonabilidad como técnica constitucional para resolver los supuestos conflictos entre derechos fundamentales. Dicho principio conlleva ineludiblemente una valoración y una referencia a la finalidad de los derechos, resultando incompatible con los presupuestos teóricos del conflictivismo. Ello conduce a la necesidad de abandonarlo y de replantearse los presupuestos teóricos que lo han producido.

Después de exponer los antecedentes de la máxima de razonabilidad en el derecho argentino y norteamericano, como representantes de la tradición anglosajona, y en el derecho alemán y español, como paradigmas de la tradición continental, Cianciardo procede a justificar la existencia de dicho principio. Por una parte, lo hace desde un punto de vista intrasistemático, dando cuenta de los argumentos que se han utilizado para derivar la razonabilidad del ordenamiento constitucional alemán, argentino, norteamericano y español. Por otra parte, emplea un punto de vista extrasistemático, lo que implica justificar la utilización de la proporcionalidad más allá de lo establecido en un sistema jurídico concreto, recurriendo para ello a argumentos lógicos y ontológicos.

Seguidamente son examinados los subprincipios o juicios que componen la máxima de razonabilidad: el juicio de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad *stricto sensu*. Respecto de este tercer subprincipio, el autor considera inaceptable su formulación más habitual, según la cual se reduce a un balance entre los costos y los beneficios que la medida en cuestión procura, puesto que esto permitiría la justificación constitucional de una medida indiscutiblemente ventajosa para una mayoría, aun cuando resultara violatoria de derechos fundamentales pertenecientes a una minoría o a una persona en particular. La alternativa, sostiene Cianciardo, consiste en entender que el subprincipio de razonabilidad *stricto sensu* presupone dos exigencias: a) que la medida no altere el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora introduzca precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido. La violación de la primera exigencia acarreará un primer modo de irrazonabilidad, al que el autor denomina desproporcionalidad o irrazonabilidad por alteración; en tanto que la violación de la segunda exigencia producirá desproporcionalidad por injustificación. Determinar si una medida altera o no el contenido esencial del derecho fundamental en juego —primera fase del juicio de razonabilidad *stricto sensu*—, supondrá, conforme a lo señalado por Cianciardo en el tercer capítulo, una indagación teleológica del derecho fundamental, es decir preguntarse si la medida cuestionada permite u obstaculiza la consecución de la finalidad del derecho fundamental. Si se afirma que el contenido de los derechos se

establece con relación a sus finalidades, ello implica, desde la tesis defendida por el autor de la obra, una referencia necesaria a ciertos bienes humanos que el derecho intenta proteger. Asimismo, la determinación del contenido esencial no ha de olvidar las circunstancias de tiempo, lugar, y aquellas vinculadas con los hechos del caso de que se trate.

Entre las conclusiones a las que arriba el autor al finalizar el libro, cabe destacar las siguientes:

— El planteamiento conflictivista obedece principalmente a un cierto modo de entender los derechos fundamentales y en última instancia a una cierta filosofía del hombre y del derecho que hunde sus raíces en la modernidad. Si los derechos fundamentales se identifican con las reglas, es inevitable que se susciten conflictos entre ellos y que los mismos se solucionen haciendo prevalecer una regla sobre la otra. Si los derechos fundamentales se conciben como facultades ilimitadas, producto de un derecho general de libertad que reconoce como único límite el derecho de los demás hombres, resulta ineludible recortar externamente los derechos que colisionan entre sí, perdiendo éstos su nota de inviolabilidad.

— La jerarquización y la ponderación resultan poco satisfactorias como técnicas constitucionales para la solución de conflictos, puesto que ambas implican postergar un derecho fundamental en favor de otro: así, por ejemplo, el derecho a la intimidad o al honor se sacrifica en aras del derecho a la información; el derecho de propiedad y a la intimidad en aras del bienestar general.

— Si los derechos se comprenden desde su finalidad y no se los desvincula de su fundamento ontológico, se corroborará que no existen auténticos conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos y bienes públicos. Ello, en virtud de que los derechos, en cuanto bienes exigidos por la naturaleza humana nacen ajustados unos con otros, y porque el derecho se presenta como un producto de la coexistencia de unos y otros, en suma como consecuencia de la sociabilidad humana. Cada derecho no es anti-social, ni puede ser reconocido prescindiendo de las exigencias -básicas, en el caso de los derechos fundamentales- de las demás personas.

Como podrá comprobarse con la lectura de la obra, el Dr. Cianciardo efectúa un análisis que trasciende las coordenadas de un sistema jurídico estatal, y mediante el estudio del Derecho y la jurisprudencia comparados, así como de un completo aparato crítico, se aboca a examinar y cuestionar con singular agudeza un determinado modo de comprender las relaciones entre derechos fundamentales; y sin limitarse a tales objeciones, sugiere, aunque no desarrolla, una nueva vía para aproximarse al tema.

Lo ya dicho, así como el rigor con el que se lleva a cabo un análisis en perspectiva “dinámica” de cada una de las cuestiones debatidas y, en general, la solidez argumentativa de todo el trabajo, tornan imprescindible la lectura de este libro para los interesados en la dogmática de los derechos fundamentales. Seguramente, dicha lectura suscitará importantes interrogantes, y pondrá de manifiesto la necesidad de reformular determinados planteamientos hoy vigentes en la jurisprudencia constitucional. En suma, obligará a repensar varios de los temas centrales de la teoría general de los derechos fundamentales.

María M. Didier

M. HERRERA GÓMEZ, *La rebelión del objeto. Elección del método y ciencias sociales*, Editorial Comares, Granada 1999, 248 pp.

Una de las actividades que la filosofía esboza consiste en invitar, tanto al hombre de la calle como al científico social, a plantearse interrogantes y trascender de cualquier manera su situación práctico-inmediata. Este plantearse preguntas es eso, una actividad. Comprometiéndose en ella, hombres y mujeres se cuestionan las acciones que realizan en las sociedades donde han decidido o les ha tocado vivir. Entre los numerosos problemas que adquieren el carácter de filosóficos, en cuanto que lanzan preguntas sobre los seres humanos y su lugar en el espacio cultural en que viven, la obra de Manuel Herrera ha seleccionado tres en particular. En mi opinión, son temas no sólo canónicos, sino relativamente aprovechables. Me refiero al tema del método con el que las Ciencias Sociales comprenden o explican —o deben explicar— el propio objeto, la cuestión de la racionalidad del obrar (¿existe una única racionalidad que no esté enmarcada en una única época, es decir, válida para cualquier tiempo, y universal, independiente del contenido cultural que expresa?); y el tema de la imagen del actor.

Teniendo presentes estas consideraciones, el primer objetivo del profesor Herrera ha sido trazar un perfil histórico de los problemas epistemológicos presentes en las Ciencias Sociales. Para llevarlo a cabo ha recogido, ordenado y reconstruido sintéticamente las etapas (y la literatura) de un debate. Este tiene su punto de partida en Alemania en las décadas finales del siglo XIX y el inicio del siglo XX, desplegándose siguiendo una línea significativa hasta el