
GABRIEL MORA RESTREPO

**LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES.
UNA ALTERNATIVA
A LOS CONFLICTOS
DE DERECHOS**



DE PEDRO SERNA Y FERNANDO TÓLLER

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
UNA ALTERNATIVA A LOS CONFLICTOS
DE DERECHOS

Serna, Pedro, y Tóller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires, 2000, XIX + 171 pp. (ISBN 950-527-369-X).

TEMÁTICA GENERAL

La interpretación constitucional de los derechos fundamentales es, en su radical sentido, una obra concerniente a la importancia de la razón práctica, específicamente a la manera como son –y deben ser– resueltos algunos de los principales problemas jurídicos; en concreto: aquellos que hacen relación a la determinación de los derechos fundamentales.

En efecto, mediante un cuidadoso análisis de casos jurisprudenciales y de variadas referencias doctrinales, los autores plantean que una importante y extendida corriente del pensamiento jurídico contemporáneo concibe los derechos fundamentales como espacios para la colisión u oposición; es decir, como una especie de “armas” en cabeza de ciudadanos egoístas. De esta suerte, todo ejercicio de interpretación está condicionado, conforme a esta óptica, por la necesidad inevitable de hacer una elección entre los bienes y derechos en conflicto, elección que al mismo tiempo significa postergación y abandono –en abstracto y también *ad casum*– de aquel derecho o bien que no resulte favorecido o privilegiado en tal elección.

De este modo, la temática del “conflictivismo” en los derechos fundamentales se convierte en pieza central de estudio en este trabajo. Así, en la obra se fijan los principales defectos en que se incurre cuando los derechos son comprendidos como “descartables”, y no como bienes que efectivamente pertenecen a alguien como suyos y, por ende, como debidos por otros. A partir de una crítica contundente de esta forma de entender el Derecho y, por ende, la interpretación que de allí surge, los autores proponen una metodología alternativa en la cual se recupera la importante tarea prudencial del jurista en la determinación de *lo justo* y en la comprensión de los *derechos fundamentales* como ámbitos –bienes– legítimos de ejercicio armónico entre sí. La interpretación, por tanto, estará destinada a la delimitación de precisos ámbitos o “esferas de funcionamiento razonable” de los derechos, y no al abandono de alguno en beneficio de otro.

EL CONFLICTIVISMO: DERECHOS CONTRA DERECHOS

Los primeros capítulos del libro están dedicados a criticar el conflictivismo. Allí se consideran cuáles son las características definitorias de esta postura, que suele pensar el Derecho constitucional como un espacio de lucha, de discordia, de enfrentamiento. Se trata de vestigios de una filosofía jurídica que tiene de base una muy pobre concepción tanto del Derecho y de los derechos (entendidos como potestades absolutas), como de la sociedad (las relaciones humanas son vistas como espacios de confrontación). En efecto, la raíz de esta postura estriba en comprender los derechos como ilimitadas prerrogativas que son ejercidas, *prima facie*, con cierta desmesura, hasta tanto se entrecruzan con otras prerrogativas similares, ilimitadas también. Derechos así concebidos son potestades de choque y, en consecuencia, su resolución pasa por trazar límites externos (desde afuera), debido al carácter a-teleológico e incircunscrito en que se asientan por su tradición liberal, donde se nutren del postulado que proclama un estado de naturaleza desprovisto de *relación* con otros, un estado de imperio, de voluntad de dominio y de derechos absolutos.

En consecuencia, cada vez que se presenta alguna tensión que parece involucrar derechos, los conflictivistas nos dicen que debemos optar, que no es posible una armónica convivencia en la cual sea dable encontrar ámbitos legítimos de ejercicio conjunto de derechos, que es indispensable elegir entre alguno de ellos y, en consecuencia, prescindir del otro. Jurídicamente esto significa que los derechos son bienes aisladamente valiosos, pero disyuntivos en los casos concretos, que los derechos valen mientras no se vean inmersos en una tensión, mientras no parezcan entrar en discordia con otros.

En casos semejantes, los tribunales con jurisdicción constitucional, enseñan Serna y Tóller, suelen recurrir a distintas técnicas de resolución de los litigios que apuntan a resolver lo conflictivo. Por una parte, a veces acuden a la jerarquización, que consiste en categorizar y graduar los derechos fundamentales de acuerdo con diversos criterios y, en todo caso, estableciendo respecto de ellos escalas de importancia. Por otra parte, se recurre también a la técnica de la ponderación o "balanceo" (*balancing test*) mediante la cual se contrapesan distintos bienes jurídicos según las circunstancias del caso, para luego decidir a favor de aquel bien que "pesa" más, el cual resulta favorecido. En ambos casos, el efecto termina siendo el mismo: se opta por un derecho y, a su vez, se anula o se posterga el derecho que no resulta elegido.

Como resultado de lo anterior, y ya sea que se utilice una u otra de las técnicas de interpretación y decisión constitucional explicadas, a la postre el fenómeno resultante es el del sacrificio de uno de los derechos. En lenguaje de los autores, significa que los derechos fundamentales dejan de ser todos fundamentales, para convertirse unos en derechos *príncipe* y otros en derechos *cenicienta*, "cuya medianoche es cruzarse con un derecho considerado más fuerte".

EL CONTENIDO ESENCIAL: LOS LÍMITES INTERNOS DEL DERECHO

Ya dijimos que la propuesta central de los autores consiste en abordar el tema de la razón práctica en la determinación del *ius fundamental* que se encuentra en litigio. Y, en efecto, buena parte de la obra está destinada a plantear –a recuperar, por llamarlo así– un sentido de justicia que tiene cierta tradición europea y americana, esto es, el ejercicio de la razonabilidad práctica en el arte de decir el derecho concreto. Tal propuesta es abordada con especial claridad y contundencia, a partir de las nociones de *contenido esencial*, límites internos, finalidad y “ámbito material” y “ámbito formal” de los derechos fundamentales, así como de la distinción entre derecho fundamental y norma de derecho fundamental.

Parece claro que los conflictivistas, con relación a esto último, tienen un serio problema para salirse de una concepción jurídica de choque porque confunden el derecho con la norma. En efecto, si los derechos son normas jurídicas (que expresan enunciados normativos a través del lenguaje), los conflictos son inevitables: siempre “habrá lagunas, imperfecciones y elementos contradictorios en los textos normativos, que proceden fundamentalmente de las dificultades de nuestro pensamiento para abrirse paso mediante el lenguaje” (p. 40). Tóller y Serna descifran con facilidad el mito del conflicto: sólo es posible hablar de colisión entre las *pretensiones* de los justiciables, no entre los *derechos*. De ahí que lo primero que se deba hacer en un ejercicio de determinación de lo justo y lo debido en los casos concretos, es establecer una primera pauta hermenéutica: distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y buscar la manera de armonización en el nivel de los derechos y no en el nivel de las normas. Para los autores, está claro que el presupuesto de esta distinción radica en un concepto de derecho radicalmente distinto al propuesto por los conflictivistas: los derechos no pueden ser *conflictivos* sino armónicos, porque se tienen *con los demás* (en sociedad) y no *contra* los demás.

Lo anterior constituye un punto de quiebre radical para comprender el arte del Derecho en un contorno de justificación esencial, toda vez que los derechos valen por sí mismos, en todas las circunstancias, y, por lo tanto, cuando se trata de derechos fundamentales ningún poder establecido puede desconocerlos so pretexto de un roce de lo que, bien mirado, sólo son pretensiones. La tarea del jurista queda de este modo recuperada en un primer paso: se trata de superar una interpretación literal de las normas para darle cabida a los derechos, lo cual significa, dicho de otro modo, que más que palabras, los derechos fundamentales son bienes de las personas, bienes humanos que se tienen legítimamente con anterioridad a cualquier poder constituido, bienes que son presupuesto del propio Estado.

En un segundo paso, los autores plantean con especial acierto el tema de la *visión del intérprete*, vale decir, en dónde *debe estar puesta la mirada del jurista* o hacia dónde debe dirigirse su interpretación. Esto terminará de romper el esquema de una hermenéutica que opera bajo la idea de los derechos contra los derechos. En tal sentido, para Serna y Tóller, la tarea del jurista en la determinación de los

derechos fundamentales que están en discusión debe mirar hacia el *contenido esencial* del derecho. Determinar dicho contenido esencial es mirar sus límites internos (la propia naturaleza del derecho en cuestión) para apreciar el bien que está siendo protegido. Advertir esta naturaleza del derecho es al propio tiempo apreciar su finalidad: sus respectivos contornos y su valía de acuerdo con los fines propios por los cuales el derecho se reconoce.

Para los autores, el contenido esencial de un derecho no consiste en un simple núcleo intocable (de tal suerte que, por fuera de aquél, toda reglamentación y limitación resulte posible), sino más bien alude a aquel conjunto de cosas que permite su operatividad de acuerdo con su propia naturaleza. En tal sentido, la interpretación conforme al contenido esencial de los derechos implica que su funcionalidad sea cierta (no anulada), y que su ámbito de ejercicio pueda darse según una medida justa. Esto es razonabilidad práctica, aquella que advierte *finés*, porque hay bienes en juego, aquella que desbarata los espejismos de algunas pretensiones y ajusta y equilibra derechos de tal modo que puedan coexistir armónicamente, según su propia medida o relación de igualdad. En esto consiste el ejercicio de la prudencia jurídica: la determinación de lo que corresponde a alguien como suyo en los casos concretos, lo cual implica tomar los derechos según su propia medida, sin anularlos ni postergarlos. Esta medida aparece apreciada racionalmente en concreto, delimitando cada espacio y ámbito de operatividad de los derechos en juego de acuerdo con los fines que naturalmente les corresponde. Si el derecho al honor parece entrar en colisión con el derecho a la información, no es posible jurídicamente anular o postergar uno de tales derechos sino, por el contrario, advertir en cada uno de ellos *cuál es su propia operatividad razonable*, o, dicho de otra manera, *justa*. Por el contrario, anular o postergar uno de ellos es, precisamente, desconocer que los derechos son bienes previos, anteriores a cualquier regulación, y desconocer, al mismo tiempo, que *cada derecho* tiene igual importancia que los demás. En esta perspectiva, con el norte puesto en la justicia y en la razonabilidad de la solución, dando a cada litigante lo suyo y no lo del otro, los conflictos de derechos, más que resolverse, se disuelven.

No se crea con lo anterior que Serna y Tóller no son conscientes de las dificultades por las cuales atraviesa todo ejercicio de la razón práctica para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental. Todo lo contrario. En más de una ocasión llaman la atención al respecto, señalando las limitaciones propias del conocimiento humano y, por ende, de todo proceso judicial. Pero, con todo –con esta limitación de la imperfecta justicia humana–, resulta más consistente con el significado real de los derechos fundamentales juzgar razonablemente, optimizando los derechos en juego y desentrañando su propia medida de cara a sus fines, que no son otros que aquellos que permiten, para decirlo en lenguaje de Finnis, una realización personal (*personal flourishing*), que es exigencia de la dignidad propia de cada persona.

En la base del libro se encuentra, no cabe duda, una clara postura antropológica, que es contraria a la idea de un individuo todopoderoso, que subyace en las tesis conflictivistas, y cuyos derechos son absolutos. Los presupuestos teóricos de la propuesta de Serna y Tóller responden a un origen bien diverso de los conflictivistas:

los derechos son bienes que tienen sujetos jurídicamente iguales, que poseen tanto valor los unos como los otros, porque se ejercen en sociedad, no contra ella. Rezagar los derechos, como lo afirman expresamente, es postergar a la persona, y violentar así la más elemental noción de igualdad.