

V. Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos fundamentales y de su compatibilidad se puede enfocar en diferentes niveles de análisis. Siguiendo una sugerencia de Luigi Ferrajoli,¹ yo diría que hay al menos cuatro niveles en los que se puede examinar este tema.

- Un nivel *histórico-sociológico* donde se analizan, por un lado, las distintas generaciones de los derechos fundamentales y su desarrollo histórico, y por el otro, cuáles son los derechos de hecho vigentes en las sociedades actuales y cuál es la eficacia de sus garantías.
- Un segundo nivel *dogmático*, que quizás es más conocido entre los operadores prácticos del derecho, que estudia en un ordenamiento jurídico específico las reglas que confieren derechos fundamentales, cómo se interpretan y qué tipo de conflictos pueden darse entre estos derechos fundamentales.
- Un tercer nivel *filosófico-político*, en que se trata sobre todo de justificar desde un punto de vista moral o político los derechos fundamentales; nivel en que se discute, por ejemplo, si hay una adecuación de la realidad jurídica a un

¹ Cfr. Ferrajoli, L., “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Ferrajoli L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por A. de Cabo y G. Pissarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 289-291.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

modelo filosófico propuesto, o en que se discute críticamente sobre las instituciones jurídicas existentes.

- Y al final, un nivel *teórico* en el cual se discute el concepto de derechos fundamentales, su tipología y estructura, y se construyen modelos explicativos de la realidad jurídica.

El nivel teórico tiene una primacía lógica sobre los demás niveles, ya que antes de analizar de cualquier forma el tema, se debe individualizar el objeto de análisis —¿qué son los derechos fundamentales?— y esta es sin lugar a dudas una tarea teórica.

Entonces, a la pregunta: ¿Hay compatibilidad o incompatibilidad entre los derechos fundamentales?, se pueden dar respuestas distintas y no necesariamente incompatibles entre sí, según el nivel de análisis que se elija, según la definición que se maneje de derechos fundamentales y también según lo que se entienda por (in)compatibilidad.²

Yo limitaré mi discurso solo al nivel teórico, con fugaces referencias a los demás niveles.

Entre las diferentes posturas teóricas que se enfrentan en el debate contemporáneo solo daré cuenta de dos. Esta elección se explica por la simple razón de que una de ellas tiene como uno de sus representantes más destacados a Luigi Ferrajoli, cuyas tesis quiero discutir aquí, y porque la otra ha sido desarrollada conectándose con el realismo jurídico escandinavo y norteamericano justo en mi Universidad, por la escuela de Tarello a la que pertenezco. Por eso, quizás no voy a ser completamente imparcial en la presentación crítica de las dos posturas.

² Da manera muy tentativa, diría que en un nivel teórico hay incompatibilidad entre normas (generalmente principios) que confieren derechos fundamentales cuando los dos derechos no pueden ser satisfechos contemporáneamente (en abstracto o en concreto). En un nivel filosófico-político hay incompatibilidad absoluta entre derechos fundamentales si no se puede brindar una justificación coherente de ambos en el interior de un mismo sistema filosófico-político normativo; hay en cambio incompatibilidad relativa si, en una situación concreta, ambos derechos no pueden ser satisfechos contemporáneamente.

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

2. NIVEL TEÓRICO

2.1. Teorías del derecho

Voy a caracterizar primero de manera muy esquemática las dos alternativas teóricas, ya que, lo repito, en mi opinión la respuesta a la pregunta sobre la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales depende en buena medida de la opción por una u otra teoría.

La primera alternativa consiste en una teoría reconstructiva, crítica o normativa en sentido metodológico: la tarea del teórico del derecho consiste en estipular un aparato conceptual³ sobre la base de explícitas pautas metodológicas, y luego en construir modelos con pretensiones explicativas de la realidad —estos modelos, sin embargo, pueden también tener usos normativos para criticar la realidad y servir de ideales regulativos—. Este tipo de teorías pueden incluso definirse —siguiendo a Bobbio— como “metajurisprudencias”⁴ prescriptivas, en el doble sentido de que:

- a) “prescriben” a la dogmática jurídica de describir el derecho y le prohíben —cuando ella participa en la construcción del derecho— hacerlo ocultamente, sobre la base de opciones valorativas escondidas, y
- b) “corrigen” el lenguaje del legislador y de la dogmática, haciendo terapia lingüística y conceptual en un nivel metalingüístico.⁵

³ Cfr. Jori, M., *Ferrajoli sobre los derechos*, en Ferrajoli L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 118.

⁴ La expresión “metajurisprudencia” es usada por Bobbio para designar cualquier teoría que verse sobre las actividades desarrolladas —o que deberían ser desarrolladas— por la dogmática jurídica.

⁵ La filosofía analítica del lenguaje distingue entre dos posibles objetos de discurso: uno extralingüístico y otro lingüístico. Los objetos extralingüísticos del discurso son hechos, eventos, estados de cosas, etc., y los objetos lingüísticos del discurso son palabras, locuciones, enunciados, etc. No se trata de una distinción con carácter concluyente ni mucho menos de una duplicación del mundo: también los objetos lingüísticos son reducibles a hechos o eventos. No obstante, con el fin de realizar un análisis del lenguaje, parece oportuno introducir esta distinción para dar cuenta de los distintos niveles lógico-semánticos en los que se coloca el discurso. Una cosa es

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Los criterios para evaluar —también comparativamente— este primer tipo de teorías, en las que incluyo también la de Ferrajoli, son fundamentalmente dos: el de la coherencia interna y el de la potencia explicativa —alcance y capacidad de dar cuenta de los elementos relevantes de la realidad—.

La segunda alternativa teórica consiste en una teoría descriptiva que se sitúa en un mayor nivel de abstracción respecto a la primera alternativa. La tarea del teórico del derecho consiste en dar cuenta de la realidad jurídica concebida como fenómeno eminentemente lingüístico: de los discursos del legislador, de los jueces, de los operadores prácticos del derecho, de la misma dogmática. También —siguiendo a Bobbio—, podría definirse este tipo de teorías como metajurisprudencias descriptivas que explican y analizan las operaciones predominantemente prácticas, normativas, de los distintos actores del juego jurídico.

Ambas posturas teóricas —la normativa y la descriptiva— tienen necesariamente un aparato conceptual que les sirve como herramienta para desarrollar sus actividades de investigación —por ejemplo, un concepto de derechos fundamentales—: pero la primera —la teoría normativa— lo estipula explícitamente, la segunda lo recoge sobre todo de la práctica de los juristas y de los órganos, tomando como punto de partida un inventario de los usos lingüísticos. Piénsese, por ejemplo, en la diferencia entre la definición explícitamente estipulativa que Ferrajoli ofrece de derechos fundamentales, y una definición léxica —típica del segundo enfoque—, que hace un inventario de los sentidos en que hoy se habla de derechos fundamentales en un sistema jurídico determinado.

hablar de la casa y decir que tiene cuatro habitaciones; y otra cosa es hablar de “casa” y decir que tiene cuatro letras. En el primer caso, el discurso versa sobre una entidad física y se coloca en el primer nivel del lenguaje. En el segundo caso, nuestro discurso versa sobre una palabra —y esto en el lenguaje escrito, se señala habitualmente poniendo la palabra entre comillas— colocándose en un segundo nivel del lenguaje. Los discursos que versan sobre otros discursos —o sobre otras entidades lingüísticas— son llamados metadiscursos, es decir, se colocan en un nivel *metalingüístico*. Los discursos —o las otras entidades lingüísticas— acerca de los cuales se habla son llamados discursos-objeto.

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

En el debate que opone a los partidarios de los dos tipos de teorías, los primeros —digamos Ferrajoli— afirman que los segundos no hacen teoría, sino sociología del derecho. Mientras que los segundos —digamos los Genoveses— acusan a los primeros de no hacer teoría, sino filosofía política normativa: es decir que la teorías del primer tipo serían normativas no solo en sentido metodológico, sino más bien ideológico.

Tomando ahora distancia de este debate, quizás se podrían captar las diferencias entre los dos enfoques como una cuestión de grado y no cualitativa.

Usando una analogía, se podría decir que los partidarios de las teorías normativas se parecen a los gramáticos, y los partidarios de las teorías descriptivas se parecen a los compiladores de diccionarios. Gramáticas y diccionarios son metalenguajes que hablan de un mismo lenguaje objeto, una lengua natural —el español, el italiano, el francés—. Las gramáticas son directamente normativas —prescriben reglas de usos correctos del lenguaje—, mientras que los diccionarios son directamente descriptivos —brindan informaciones sobre los usos corrientes del lenguaje—. Pero las gramáticas, indirectamente, reflejan también los usos lingüísticos correctos y son por tanto también descriptivas; y los diccionarios eligen solo algunos de los sentidos en que se usan las palabras de una lengua y son por tanto también normativos.

Paralelamente se podría decir que las teorías del primer tipo, las normativas, son también indirectamente descriptivas, ya que los conceptos y los modelos que construyen pretenden dar cuenta de los elementos relevantes de la realidad jurídica; y que las teorías del segundo tipo, las teorías descriptivas, son también indirectamente normativas, ya que necesariamente seleccionan solo algunos usos lingüísticos y eligen, con el criterio de la relevancia, solo algunos elementos de la realidad jurídica.

2.2. (In)compatibilidad entre derechos fundamentales

Sea cual sea el enfoque elegido, en un nivel teórico, dada una definición de derecho subjetivo y de derechos fundamentales —de-

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

finición brindada por las respectivas teorías—, se plantea el problema de la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales: mejor dicho, entre normas, a menudo principios, que confieren derechos fundamentales.

Cabe observar de paso, que aquí solo me planteo explícitamente el problema de los conflictos entre derechos fundamentales, y no el de los conflictos entre, por un lado, normas que confieren derechos fundamentales, y por el otro, normas que adscriben obligaciones o prohibiciones (no me ocupo, por ejemplo, del conflicto entre la libertad de expresión y la prohibición de expresar determinadas ideas, aún si por supuesto, estos conflictos podrían también ser reconstruidos —eventualmente— como antinomias entre derechos: la libertad de expresión y el derecho-poder de limitarla por parte de un órgano del Estado).

Ahora bien, me parece que un rasgo común de varias teorías normativas —y entre ellas la teoría de Ferrajoli— es la afirmación de que no se dan en abstracto conflictos entre derechos fundamentales —o que si estos conflictos se dan, no son muy “graves”—, y/o que, si se dan en la fase de la aplicación de los derechos fundamentales en situaciones concretas pueden ser resueltos racionalmente —o sea que la solución de conflictos cumple con criterios de racionalidad que permiten además prever *ex ante* cuál derecho va a prevalecer, o al menos cuál debería prevalecer en un conflicto entre derechos fundamentales—.

En cambio, las teorías descriptivas generalmente afirman que de hecho puede darse incompatibilidad entre los derechos fundamentales y que no es generalmente posible prever *ex ante* cuál derecho va a prevalecer en una situación concreta de conflicto, por falta de un criterio único o correcto de resolución de los conflictos.

Para dar cuenta de estas distintas respuestas a la cuestión sobre la compatibilidad o no entre derechos fundamentales, me parece oportuno desarrollar mi análisis en dos distintos niveles, que llamaré (in)compatibilidad “en abstracto” y “en concreto”. En efecto, la incompatibilidad o la compatibilidad pueden ser configuradas o bien en la fase de interpretación en abstracto de las formulaciones que confieren derechos fundamentales —en la que se prescinde de cualquier supuesto de hecho concreto—, o

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

bien en la fase de interpretación en concreto de dichas formulaciones, es decir, en la fase de su aplicación a un caso.

2.3. (In)compatibilidad en abstracto

Las teorías descriptivas que afirman la posibilidad de conflictos en abstracto entre derechos fundamentales, proceden generalmente así. Primero reconstruyen a partir de un análisis de los usos lingüísticos de los juristas, una noción de derecho subjetivo, clase a la que pertenece el subconjunto de los derechos fundamentales. Es decir, identifican generalmente estructura y tipología de los derechos subjetivos y después de los derechos fundamentales. Como los derechos subjetivos son de distintos tipos, esto permite individualizar en el plano abstracto los conflictos potenciales entre las normas que los confieren. Y permite averiguar después, haciendo referencia a un sistema jurídico específico y basándose en el aparato conceptual previamente elaborado, las eventuales incompatibilidades que se den en abstracto entre los derechos que son considerados fundamentales en ese sistema jurídico.

Por ejemplo, una teoría del derecho descriptiva puede utilizar, quizás reformulándolo, un análisis estándar de derecho subjetivo, como es el clásico análisis de Wesley N. Hohfeld.

Como es conocido, según Hohfeld, la pluralidad de palabras que los juristas usan sin mucho rigor para hacer referencia a posiciones jurídicas de ventaja, y correlativamente de desventaja, pueden ser reducidas sin gran pérdida de significado, a ocho conceptos o modalidades jurídicas fundamentales —cuatro modalidades activas y cuatro pasivas—, que Hohfeld agrupa en dos tablas: una de correlativos y otra de opuestos.

Genaro Carrió, en su “Nota preliminar” a la traducción española del artículo de 1913,⁶ que después constituirá el núcleo del

⁶ Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. por G. R. Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, de Hohfeld, W. N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning. I”, en *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913, pp. 16-59.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

libro de Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions*,⁷ da un resumen muy bien hecho de la tabla de correlación y oposición de Hohfeld. Como no sabría decirlo mejor, voy a citar a Carrió:

En la tabla de los correlativos se destacan las cuatro modalidades activas —que suelen ser encubiertas por un uso indiscriminado de la palabra “derecho” (subjetivo)— y se las presenta en su relación con las cuatro modalidades pasivas correspondientes. Mientras que cada una de las modalidades activas identifica la situación de un sujeto A en su relación con un sujeto B, cada una de las modalidades pasivas identifica la situación que, en cada caso, tiene B frente a A. A la modalidad activa “derecho” (en sentido estricto), le corresponde como su complementaria, en cabeza de otro sujeto, la modalidad pasiva “deber”; a la modalidad activa “privilegio” le corresponde la modalidad pasiva “no-derecho”; a la modalidad activa “potestad” le corresponde la modalidad pasiva “sujeción”; y a la modalidad activa “inmunidad” le corresponde la modalidad pasiva “incompetencia”. Con otros términos: Si A tiene *derecho* a que B haga el acto X, B tiene el *deber* frente a A de hacer el acto X, etc.⁸

Los derechos subjetivos y los derechos que se definen como fundamentales en los sistemas jurídicos contemporáneos, pueden ser analizados usando este aparato conceptual. Así es fácil darse cuenta que muchos derechos, y varios derechos fundamentales, son figuras jurídicas complejas formadas por la unión de varias modalidades activas elementales. En palabras de Carrió: “Decir que A es propietario del objeto Z, importa afirmar que A tiene, frente a cada uno de los otros miembros de la comunidad, un cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades superpuestos, relativos al objeto Z”.⁹

Desarrollando libremente el análisis de Hohfeld y aplicándolo al problema de la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales, una teoría del derecho descriptiva podría decir

⁷ Cfr. Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. por W. W. Cook, New Haven, Yale UP, 1923.

⁸ Carrió, G. R., “Nota preliminar”, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, *cit.*, pp. 13-14.

⁹ *Ibidem*, p. 15.

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

que hay incompatibilidad en abstracto entre dos normas que ambas confieren derechos fundamentales, si se dan dos condiciones:

1. si los supuestos de hecho a los que se aplican —o sea sus ámbitos de aplicabilidad— son total o parcialmente coincidentes, y
2. si la primera norma adscribe a una clase de sujetos una modalidad activa y la segunda adscribe a otra clase de sujetos, la modalidad activa opuesta a la que debería ser la modalidad correlativa de la modalidad adscripta por la primera.

Parece, dicho así, muy complicado. En realidad es muy sencillo. Tomamos la pretensión, por ejemplo, o sea el derecho subjetivo en sentido estricto. El correlato de la pretensión es el deber de otra persona. El opuesto del deber es el privilegio. Entonces hay incompatibilidad entre dos normas —con ámbitos de aplicabilidad total o parcialmente coincidentes— si una atribuye una pretensión a una clase de sujetos, y la otra atribuye a otra clase de sujetos un privilegio; o bien si una atribuye una potestad y la otra una inmunidad. Si una —pongamos— confiere el derecho a que nadie obstaculice la manifestación de las opiniones, y la otra confiere el privilegio al gobierno de censurar preventivamente la manifestación de opiniones a través de la prensa.

Cabe agregar, sin embargo, que la mayoría de las normas que confieren derechos fundamentales —normas que hoy a menudo se llaman principios— en nuestros sistemas jurídicos tienen un ámbito de aplicabilidad “abierto”, es decir, que sus condiciones de aplicabilidad son ausentes o bien ampliamente indeterminadas. Esto provoca a menudo que en el plano abstracto de la interpretación, es muy difícil —pero no imposible— que se presenten casos de incompatibilidad entre principios que confieren derechos fundamentales. Es más probable que casos de incompatibilidad se detecten —y se configuren por parte de los juristas— cuando, en la aplicación de las normas a un caso concreto, se “cierren” sus condiciones de aplicabilidad.

Pero queda claro que para una teoría descriptiva, los conflictos entre derechos fundamentales son posibles también en el plano abstracto —de la interpretación de un documento constitucional, por ejemplo—.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Diferente es la conclusión a la que llegan varias teorías normativas, y específicamente la teoría de Ferrajoli. En *Derecho y razón*¹⁰ y más aún en libros sucesivos —*Los fundamentos de los derechos fundamentales* y *Derechos y garantías*—,¹¹ él ha presentado una novedosa teoría de los derechos fundamentales que finalmente se ha insertado en un trabajo mucho más amplio, *Principia iuris*.¹² Esta teoría de los derechos fundamentales comprende una definición formal, una tipología y una fundamentación ética de los derechos fundamentales. Por supuesto, no voy a exponer ahora por completo esta teoría. Solo presentaré un pequeño resumen, suficiente para comprender cuál es la postura de Ferrajoli frente al problema de la (in)compatibilidad en abstracto entre derechos fundamentales. La definición formal de Ferrajoli de derechos fundamentales es la siguiente: “Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica”.¹³ Y agrega: “Los rasgos estructurales que, con base en esta definición distinguen a estos derechos de todos los demás, son tres, todos ellos independiente del contenido de las expectativas que tutelan: a) la forma universal [en el sentido lógico] de su imputación...; b) su estatuto de reglas generales y abstractas...; c) su carácter indisponible e inalienable”.¹⁴

Sobre la base de esta definición formal y estructural, Ferrajoli construye una doble tipología, que es también formal, de los derechos fundamentales: “una *subjetiva*, relativa a las clases de

¹⁰ Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2000.

¹¹ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001.

¹² Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), Madrid, Trotta, 2011, vol. 2.

¹³ Ferrajoli, L., “Derechos fundamentales”, en Ferrajoli, L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 19.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 291-292.

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

sujetos a los que se atribuyen tales derechos; la otra *objetiva*, relativa a los tipos de comportamiento que son el contenido de tales derechos”.¹⁵ Sin entrar en los detalles de esta doble tipología, cabe subrayar la distinción entre derechos fundamentales primarios y secundarios —que se refiere tanto a los sujetos como a sus contenidos—: los derechos primarios, respecto a su contenido, son los derechos de libertad y los derechos sociales; los derechos secundarios son en cambio los derechos de autonomía, privada y política. Cito: “Mientras los derechos primarios consisten, esencialmente, en expectativas sustanciales (de no lesión, en el caso de los negativos, o de prestación, en el caso de los positivos) y, por consiguiente, en los *beneficios* que se les aseguran a sus titulares, los derechos secundarios, sean civiles [es decir privados] o políticos, al ser ejercidos mediante actos que producen efectos jurídicos, son además *poderes* y como tales, se encuentran sometidos, *en el Estado de derecho* [cursiva mía], a límites y vínculos legales”.¹⁶

En mi opinión, aquí está la clave de la postura de Ferrajoli acerca de la compatibilidad entre derechos fundamentales, ya que es aquí que su teoría pasa desde una definición y una tipología puramente formales y estipulativas de los derechos fundamentales, a un plano que es a la vez explicativo y normativo: explicativo de una específica realidad jurídica, el Estado constitucional de derecho; y normativo en sentido no solo metodológico como era hasta aquí, sino también ético-político.

Ferrajoli construye un modelo que es explicativo y normativo a la vez, en el que instituye una clara jerarquía entre derechos fundamentales. Me permitan una larga cita muy esclarecedora de las ideas de Ferrajoli al respecto:

Es preciso distinguir tres niveles de figuras deónticas. En el nivel más bajo está la *libertad natural* o extrajurídica, que no es un derecho sino una situación de no-derecho. Es la libertad que consiste en poder hacer deónticamente todo lo que se puede hacer materialmente, incluso asesinar o robar o de algún modo dañar a los demás, y que, por lo tanto, está destinada a ser limitada (y dentro

¹⁵ *Ibidem*, pp. 292-293.

¹⁶ *Ibidem*, p. 298.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

de tales límites, protegida), por un lado por las leyes, y por otro por los negocios jurídicos entre particulares. En un plano superior están los poderes —privados y públicos, vinculados, unos directa y otros indirectamente, a los *derechos de autonomía*, respectivamente civiles y políticos— cuyo ejercicio, a través de leyes y negocios jurídicos, limita siempre la libertad. Finalmente, en un plano superior a tales poderes se encuentran los *derechos de libertad*, sean de rango constitucional, lo que es necesario para que operen como límites frente al poder legislativo, sean de rango legislativo, lo que es suficiente para que sirvan como límite a los poderes contractuales. Las libertades negativas y positivas del primer tipo son limitadas de distintas maneras por el ejercicio de los derechos-poderes de autonomía: de manera aproximadamente igual por las leyes, de forma desigual por la contratación privada. Las libertades positivas del segundo tipo, es decir, los derechos de autonomía, dado que interfieren en las libertades del primer tipo, son, además poderes limitados en cuanto tales por el derecho. Finalmente, las libertades negativas del tercer tipo, o sea, los derechos de libertad, son precisamente los límites impuestos a los derechos-poderes de autonomía.¹⁷

La jerarquía instituida por Ferrajoli entre derechos fundamentales primarios y secundarios refleja —pero solo parcialmente— las jerarquías existentes en muchos sistemas jurídicos contemporáneos que constitucionalizaron a los derechos fundamentales; pero siendo explícitamente instrumental¹⁸ a la consecución de fines o valores ético-políticos —Ferrajoli menciona esencialmente cuatro de estos valores: la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil—, esta jerarquía está también en tensión crítica con la realidad jurídico-institucional de nuestros estados contemporáneos. En efecto, el modelo de Ferrajoli, en sus empleos normativos, constituye un ideal regulativo que sirve para criticar los sistemas jurídicos existentes si se alejan del modelo, y para determinar las metas que tales sistemas deberían alcanzar.

Sobre la base de esta reconstrucción de la teoría de Ferrajoli, es fácil entender su postura acerca de la compatibilidad entre derechos fundamentales.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 310-311.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 317 y 362.

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

Ferrajoli, criticando la tesis propuesta por las teorías descriptivas, es decir que los derechos fundamentales pueden colisionar en abstracto entre sí y entrar “en relación recíproca de suma cero”,¹⁹ admite que pueden darse conflictos entre derechos fundamentales, pero limita muchísimo el alcance de esta posibilidad. En efecto, para él solo pueden darse conflictos²⁰ entre algunos derechos de libertad —“que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás”—:²¹ se trata en particular de la libertad de expresión frente al derecho a la privacidad, de la libertad de asociación y del derecho de huelga frente a los demás derechos fundamentales.

Pero los conflictos política y socialmente más relevantes a los que apuntan las teorías descriptivas, en el interior de la teoría de Ferrajoli no se dan. No hay conflicto posible “para la mayor parte de los de derechos de libertad que consisten en inmunidades”,²² es decir, para la libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o a las penas arbitrarias, el derecho a la vida y a la integridad personal.

No hay conflictos entre los derechos sociales a prestaciones positivas y los otros derechos fundamentales. No lo hay con los derechos de libertad, ya que en el modelo de Ferrajoli los derechos sociales no encuentran límites en los derechos de libertad, “sino solo en los costes de su satisfacción, financiados con la recaudación fiscal, en perjuicio de los derechos patrimoniales”.²³ Ni hay conflicto entre los derechos sociales y en general los derechos primarios, y los derechos de autonomía privada —de intercambio e iniciativa económica— y política, ya que estos últimos son derechos-poderes. Afirma Ferrajoli: “Dado que los derechos de autonomía consisten en poderes jurídicos, su relación

¹⁹ Pintore, A., “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 350.

²⁰ Cfr. Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 351-352.

²¹ *Ibidem*, p. 353.

²² *Ibidem*, p. 351.

²³ *Ibidem*, p. 354.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

con los otros derechos fundamentales no es configurable como «conflicto», sino más bien como sujeción a la ley”.²⁴ No hay, por último, conflictos entre derechos fundamentales en el caso de los así llamados “derechos culturales”, ya que estos últimos o son reducibles a derechos de libertad o a derechos sociales, o bien, no siendo atribuidos a individuos sino a colectividades, no son derechos fundamentales, según la definición misma de Ferrajoli.

Hasta aquí la reconstrucción —espero fiel— de la postura de Ferrajoli. Desde el punto de vista de una teoría descriptiva —hacia la cual van mis evidentes simpatías—, el planteamiento de Ferrajoli puede ser criticado siguiendo dos líneas argumentales, que me limito a esbozar brevemente.

La primera línea argumental apunta a la falta de coherencia interna del modelo —es una vieja polémica que tenemos con Luigi Ferrajoli—. Él es declaradamente divisionista, acepta, es decir, la gran división entre ser y deber ser pero construye un modelo teórico que tiene —contemporáneamente— las dos opuestas direcciones de ajuste: palabra a mundo, mundo a palabra. Es decir, exactamente lo que resulta inaceptable para un divisionista. El mismo modelo es —a la vez— normativo desde el punto de vista ético-político, y explicativo de la realidad. En mi opinión, Ferrajoli construye una teoría que quiere ser a la vez formal —fruto de estipulación—, explicativa —pretende dar cuenta de la realidad—, y además instrumental a la realización de finalidades ético-políticas. Sigo sin poder entender, a pesar de los argumentos de Ferrajoli, cómo esta teoría puede ser compatible con una postura divisionista, es decir, que acepta la división entre “ser” y “deber ser” y la así llamada “ley de Hume”.

La segunda línea argumental, conectada con la precedente, apunta a la falta de capacidad explicativa de la teoría de Ferrajoli. Es decir, si no tomamos su modelo como ideal regulativo, sino más bien como una herramienta para entender nuestra realidad jurídica y específicamente los problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales, la teoría de Ferrajoli resulta, en algunas

²⁴ *Ibidem*, p. 353.

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

de sus piezas, muy lejana de la manera en que los dogmáticos y los operadores prácticos del derecho configuran e interpretan las relaciones entre los derechos fundamentales —pienso sobre todo en la reconstrucción que Ferrajoli da de los derechos de autonomía privada y de las relaciones entre los derechos sociales y los demás derechos fundamentales—.

Si Ferrajoli contestara esta crítica —como suele hacer— subrayando el carácter formal, es decir estipulativo de sus tesis, diciendo entonces que no le importa dar cuenta de lo que piensan o construyen los dogmáticos o los juristas, en mi opinión, su tesis estaría *begging the question*: porque la cuestión es justamente, la capacidad de las estipulaciones de dar cuenta de la realidad. Si no, ¿por qué estipulamos?

En mi opinión, la razón de esta posición de Ferrajoli se encuentra en la relación de medios al fin que él instituye entre su teoría y la realización de algunas finalidades ético-políticas. Son estas finalidades y no las puramente explicativas, que me parece le importan en serio a Ferrajoli.

2.4. (In)compatibilidad en concreto

La última y mucho más breve parte de este ensayo, versa sobre la (in)compatibilidad en concreto entre derechos fundamentales.

Ninguna teoría del derecho, ni de corte descriptivo ni de corte normativo, niega que en la realidad de nuestros sistemas jurídicos puedan darse conflictos entre derechos fundamentales en la fase de su aplicación a casos concretos. Sería suficiente un simple vistazo a la jurisprudencia de cualquier Tribunal Constitucional para darse cuenta que algunos de los fallos más importantes se ocupan justamente de este tipo de conflictos. Aquí entonces, la oposición entre teorías descriptivas y teorías normativas se manifiesta sobre todo en la distinta apreciación que los dos tipos de teorías dan del procedimiento usado para resolver tales conflictos. Las teorías descriptivas, y en particular las que se conectan al realismo jurídico, subrayan el amplio margen de discrecionalidad del que gozan los jueces —ordinarios y/o constitucionales— al momento de solucionar un conflicto entre principios que adscri-

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

ben derechos fundamentales. Como estos principios presentan a menudo condiciones de aplicación fuertemente indeterminadas, el juez, antes de aplicar uno u otro principio de una forma que puede ser reconstruida como subsuntiva, pondera o balancea —según la terminología hoy en día muy de moda— los principios en cuestión, determinando cuál debe prevalecer en el caso concreto. Actuando así, el juez “cierra” las condiciones de aplicación —el ámbito de aplicabilidad— de los principios, pero solo para el caso que está juzgando. Ya que nada impide que en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez no “reabra”, quizás por el procedimiento que en el *Common Law* se llama de *distinguishing*, el balance entre los principios y lo resuelva de manera distinta o no haga jugar un principio adicional, revisando así las condiciones de aplicación de aquellos principios que confieren derechos fundamentales. Siendo así las cosas, resulta imposible, cuanto menos muy difícil, prever *ex ante* cuál será el resultado de la ponderación judicial en casos futuros.

Según las teorías descriptivas, por tanto, aun si puede satisfacer otros fines valiosos desde un punto de vista ético-político, la presencia en un sistema jurídico de principios que confieren derechos fundamentales, con condiciones de aplicaciones genéricas, disminuye la posibilidad de alcanzar el valor de la seguridad jurídica. Hay en cambio, teorías normativas que rechazan rotundamente esta conclusión. La más conocida es sin lugar a dudas la teoría de Dworkin, pero justamente por eso, porque es muy conocida, no me voy a detener sobre ella aquí. Presentaré en cambio, brevemente una propuesta de José Juan Moreso²⁵ y dos argumentos críticos en contra de esta propuesta.

Por razones de brevedad y para evitar demasiados tecnicismos, voy a simplificar drásticamente la argumentación de Moreso, que es muy sofisticada. Me limitaré a presentar la idea intuitiva que él desarrolla e intenta fundamentar.

Moreso centra su teoría acerca de la ponderación entre principios constitucionales que confieren derechos fundamen-

²⁵ Moreso, J. J., “Conflitti tra principi costituzionali”, en *Ragion pratica*, núm. 18, 2002, pp. 207-227.

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

tales sobre la distinción entre normas derrotables y normas inderrotables, y sobre la noción de revisión de una norma derrotable. El aparato lógico que usa Moreso ha sido elaborado por Carlos Alchourrón en sus últimos trabajos: la idea de Moreso es justamente aplicar este aparato lógico para dar cuenta de la ponderación judicial entre principios. La tesis de Moreso es que muchos principios constitucionales pueden ser concebidos como normas derrotables —es decir que pueden ser superadas, desplazadas por otros principios, pero no derogadas o anuladas, como le pasa en cambio, a una regla cuando entra en conflicto con otra regla y es superada por esta—. Los conflictos entre normas derrotables pueden ser resueltos, según Moreso, de una manera racional: es decir que la solución puede ser racionalmente fundamentada y controlada, y por eso también prevista. La solución del conflicto pasa a través de la revisión de las normas derrotables en conflicto, siendo esta revisión una operación sujeta a numerosos vínculos formales: en esto consistiría, según Moreso, la ponderación judicial. Como resultado de la revisión de los dos principios constitucionales en conflicto, tendremos dos nuevas normas que serán entre sí compatibles.

Las razones que parecen empujar a Moreso a configurar los principios fundamentales que confieren derechos fundamentales como normas derrotables, son de orden ético-político. Si concibiéramos —y aplicáramos— los principios constitucionales como normas inderrotables, se producirían en la fase de su aplicación conflictos prácticos insanables: en el sentido de que tendríamos dos principios constitucionales en conflicto, ninguno de los cuales puede ceder frente al otro. Sería, por tanto, un conflicto práctico sin solución. Mientras que si los concebimos como normas derrotables, esto permite una solución racional de los conflictos entre derechos fundamentales.

Si bien esta propuesta de Moreso acerca de la incompatibilidad en concreto entre derechos fundamentales me parece muy inteligente y bien argumentada; me parece que puede ser criticada simétricamente a la de Ferrajoli, por falta de coherencia interna y capacidad explicativa.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La primera crítica ha sido desarrollada de forma absolutamente brillante por Bruno Celano²⁶ y no puedo hacer otra cosa que brindar aquí un resumen de una pequeña parte de su argumentación.

Celano se hace una pregunta muy sencilla: ¿Los principios constitucionales revisados, es decir, las dos nuevas normas que son el resultado de la ponderación y que son entre sí compatibles, son normas derrotables o inderrotables?

Si la respuesta de Moreso es que son normas a su vez derrotables, el criterio de ponderación racional brindado por Moreso no tiene ninguna utilidad, ni teórica ni práctica, ya que se limita a postergar al infinito el problema del conflicto entre derechos. En un nuevo caso siempre quedaría abierta la posibilidad de efectuar otra ponderación entre las dos nuevas normas derrotables y el resultado de la ponderación podrían ser dos nuevas normas, a su vez derrotables y así hacia adelante.

Si la respuesta de Moreso —y esta es seguro la respuesta de Moreso— es que los principios constitucionales revisados son normas inderrotables, el criterio propuesto tendría, en cambio, utilidad teórica y práctica, ya que permitiría una revisión estable de los principios en conflicto, generando dos principios entre sí compatibles.

Pero según Celano —y yo estoy de acuerdo con él—, Moreso no ofrece ningún argumento para sostener esta segunda solución. Si hay, se pregunta Celano, razones ético-políticas para considerar derrotables dos principios constitucionales en conflicto, ¿por qué estas mismas razones no deberían ser tomadas en cuenta en el caso de conflictos entre principios constitucionales revisados? ¿Por qué estas razones juegan un papel en la primera revisión y no deberían jugarlo más en las siguientes?

La segunda crítica a Moreso es más bien externa a su propuesta teórica y no interna como la de Celano, que acepta los pre-

²⁶ Celano, B., “«Defeasibility» e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, en *Ragion pratica*, núm. 18, 2002, pp. 229-45. Véase la respuesta de Moreso a estas críticas: *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, en “*Ragion pratica*”, núm. 18, 2002, pp. 247-54.

Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

supuestos del planteamiento de Moreso. Retomo aquí la crítica que hace rato hice a Ferrajoli. La teoría de Moreso carece de capacidad explicativa de la realidad de nuestros sistemas jurídicos: no nos dice cómo los jueces ponderan principios constitucionales, no nos dice cómo de hecho se solucionan los conflictos entre derechos fundamentales. Nos dice, en cambio, cómo se debería desarrollar la ponderación, cómo deberían racionalmente solucionarse los conflictos entre derechos fundamentales. En todo esto no hay nada de malo, al contrario. Cualquiera puede presentar propuestas normativas en sentido ético-político para mejorar el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos, y Ferrajoli y Moreso lo hacen muy bien. Presentan propuestas muy finas y bien argumentadas.

Lo que no me parece lícito es confundir o sobreponer estas propuestas, que son normativas no solo en sentido metodológico, sino más bien en sentido ético-político, que son valorativamente comprometidas como si fueran explicación de la realidad jurídico-institucional.

Lo que no me parece lícito, para decirlo con viejas palabras de Bobbio, es confundir el derecho tal como es, con el derecho como debería ser.