
Donde no te dará gusto meter la pata

El conflicto entre derechos fundamentales en la publicidad comercial

Domingo Rivarola Reisz(*)

Alumno de noveno ciclo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Un caso de conflicto entre derechos fundamentales: la libertad de expresión publicitaria y la discriminación por razón de género.

En un contexto nacional y mundial en el que cada vez se reclama menos injerencia estatal sobre la libertad de expresión, decir que ésta puede entrar en conflicto con otros valores, y que por ese motivo puede ser restringida, es casi una herejía.

Por ello, antes de que se nos califique como herejes ideológicos, deseamos introducir al lector al tema central del presente trabajo a través de un caso real. Pues nos parece adecuado partir de la realidad para luego ir escalando hacia la teoría, que muchas

veces puede ser incomprendida justamente por la falta de una referencia “anclada en la realidad”.

El referido caso real ha sido elegido de entre una serie de recientes decisiones del Tribunal Administrativo del INDECOPI⁽¹⁾, el que resuelve evidentes casos de conflicto entre derechos fundamentales, aun cuando ello no sea de manera explícita. Se trata pues de un conjunto de casos en los que se denunció la difusión de publicidad comercial discriminatoria por razón de género⁽²⁾. El caso que hemos elegido, y que se relata a continuación, es de singular interés. Dejaremos pues que el lector juzgue.

Como parte de una campaña publicitaria dirigida a promocionar calzado masculino, y a

(*) El autor agradece los valiosos comentarios recibidos de Javier Mori Cockburn, Gabriel Arrisueño y Alfredo Bullard González. Asimismo, desea agradecer especialmente a este último por la sugerencia del título para el presente artículo, por su generosidad con un recurso tan escaso como el tiempo y por su eterna vocación de maestro y de persona ejemplar.

(1) Como se sabe, el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) es el organismo estatal encargado de velar por el correcto funcionamiento del mercado, sancionando aquellas prácticas desarrolladas por los agentes económicos que sean contrarias a este objetivo. En este contexto, el Instituto, entre otras tareas, promueve el libre y transparente flujo de información de los proveedores de bienes y servicios a los consumidores finales. En ese sentido, corresponde al INDECOPI, a través de uno de sus órganos (la Comisión de Represión de la Competencia Desleal), sancionar a las empresas que induzcan a error al consumidor mediante la difusión de publicidad engañosa. En nuestro país el control previo de la publicidad no existe más. Este sistema fue reemplazado por uno de fiscalización posterior, que garantice la imposición de sanciones en el caso de que se verifiquen infracciones a la ley de la materia. Por ejemplo, una publicidad que engañe al consumidor atribuyendo al producto anunciado características que no tiene, podría ser eventualmente sancionada.

(2) Tales denuncias fueron realizadas por activistas feministas invocando un artículo de una de las leyes cuya aplicación ha sido encargada al INDECOPI. En resumen, el artículo 3 del Decreto Legislativo No.691 dispone que los anuncios deben respetar la Constitución. Además, señala que ningún anuncio podrá favorecer ofensas o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa alguna. Asimismo, prohíbe la difusión de publicidad que pueda favorecer actividades antisociales.

Lo primero que puede advertirse, es que este artículo atribuye competencias bastante amplias al INDECOPI, y que además no tienen una relación directa con los objetivos de éste, ya explicados. En todo caso, al margen de esta cuestión formal y no por eso poco importante, me centraré en el razonamiento utilizado para resolver los casos, dejando para otra oportunidad el tema de la conveniencia de que el Instituto se encargue de resolver casos como los planteados al amparo del controvertido artículo 3.

instancias de una empresa determinada, se instaló una serie de paneles publicitarios en distintos paraderos de transporte público, ubicados estratégicamente en distintas zonas de la ciudad. En dichos paneles figuraban tres imágenes de una misma mujer, una junto a la otra. Estas tres mujeres aparecían embarazadas, y cada una de sus barrigas se encontraba cubierta y envuelta por sendos pedazos de tela. Delante de ellas aparecía un botín, debajo del cual se encontraba la frase clave del anuncio: el único lugar donde te dará gusto meter la pata.

Luego del procedimiento correspondiente, iniciado por activistas feministas contra la empresa responsable del anuncio, el Tribunal se pronunció a favor de la empresa, confirmando y complementando la decisión emitida por la primera instancia. En resumen, las principales consideraciones esgrimidas por la instancia administrativa se refirieron a la necesidad de la preponderancia de la libertad de expresión en el marco de una economía de mercado, según el diseño constitucional, por sobre la intervención estatal represora de esta libertad en aras de la no discriminación. Así, se afirmó que: “Esta Sala parte de la premisa que las normas que regulan la publicidad comercial están inspiradas y se aplican en un sistema de libre mercado, que por definición involucra un mercado libre de ideas. **Sancionar publicidad es una tarea delicada por cuanto podría limitarse la libertad de expresión**, desincentivando o incluso impidiendo la transmisión de mensajes y expresiones que, con prescindencia de si uno está de acuerdo o no con ellos, gozan de una amplia protección constitucional y merecen ser analizadas, debatidas y criticadas antes que censuradas o sancionadas. (...) Son el mercado, los consumidores y las organizaciones civiles, mas no una autoridad gubernamental, los que deben enviar mensajes a

los anunciantes para que modifiquen sus anuncios (...) promoviendo debates o difundiendo mensajes institucionales o educativos⁽³⁾”.

Adicionalmente, interpretando el mencionado artículo 3⁽⁴⁾ a la luz de la Constitución, el Tribunal concluyó que dicho artículo no prohíbe cualquier tipo de anuncio, sino tan sólo aquéllos que favorezcan la discriminación en la moneda de los hechos. Así, se señaló que:

“Esta conclusión guarda armonía con la forma en la que opera jurídicamente la discriminación, así como su significado gramatical (...), que exige (...) tres elementos, a saber: 1) una diferenciación (...), 2) un motivo (...) injustificado en el que se base tal distinción (...) y, 3) un **efecto negativo** en la persona (...) diferenciada. Gramaticalmente, la discriminación consiste en dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.(...). Este **concepto gramatical** (...) coincide con su **significado jurídico**, que puede obtenerse de los diversos instrumentos internacionales en los que se aborda el tema de la discriminación (...)⁽⁵⁾”.

Se consideró pues que, en el caso concreto de la publicidad bajo análisis, no existía ningún tipo de mensaje que pudiese favorecer discriminaciones contra la mujer, pues además tal efecto dependía de como iba a ser interpretado el anuncio por el consumidor. Y el Tribunal determinó que en el presente caso, a través de un análisis superficial, la mayoría de consumidores no interpretarían el anuncio como discriminatorio, atendiendo al sentido usual de las palabras e imágenes vertidas, sin que sea el caso que la mayoría de consumidores pudieran interpretar el anuncio como expertos en la materia (v.g. sociólogos, psicólogos, analistas de género): “DEMUS sostiene que el anuncio materia de denuncia ofende o discrimina por razón de sexo, en tanto que fomenta o incentiva estereotipos

(3) Resolución No.103-97-TDC del 16 de abril de 1997, no publicada en el diario oficial, recaída en el procedimiento seguido por Demus (Estudio de Defensa de Derechos de la Mujer) contra Juan Leng Delgado S.A. y Target Publicidad S.A.

(4) Supra nota 3.

(5) Supra nota 3.

patrones femeninos y masculinos negativos, promoviéndose así una imagen de la mujer como objeto sexual y del hombre como un ‘Don Juan’⁽⁶⁾. En opinión de la Sala, esta interpretación no fluye naturalmente de un análisis superficial del anuncio. Para que ello fuese así, debería ser difícil concebir que los consumidores pudiesen llegar a interpretar el anuncio de manera distinta a DEMUS. Por el contrario, la Sala estima que se trata simplemente de una, entre otras posibles interpretaciones. “Sostener que es rol del Estado determinar cuáles mensajes publicitarios son aceptables (...) equivaldría a imponer el gusto o las opiniones de un grupo sobre el (...) de otros grupos de individuos⁽⁷⁾”.

De esta manera el Tribunal, regresa al planteamiento inicial en el sentido de que somos todos nosotros los que por mayoría decidimos cuándo una publicidad debe retirarse del mercado, por ser de mal gusto, discriminatoria, ofensiva, o por cualquier otro motivo. Nótese que para el Tribunal no interesa, pues, el motivo del rechazo, es indiferente que una publicidad sea discriminatoria, basta simplemente que ésta sea rechazada por la mayoría para que pueda ser excluida del “mercado de las ideas”, por ejemplo, cuando se considera que es de mal gusto. Así, la calificación de lo que es discriminatorio estaría reservada a la ciudadanía, y no a los órganos y tribunales estatales.

La opinión del Tribunal se basa en que los medios de comunicación (y por lo tanto las ideas que difunden) están en permanente evaluación, sujetos a las soberanas decisiones de los consumidores de información e ideas. El *rating* es entonces la medida de la demanda que existe hacia

una determinada idea. Si un medio (o una idea, difundida por una empresa en su publicidad) deja de ser demandado por un sector, cuando brinda información lesiva de ciertos valores, estamos ante una manera democrática de “censurarlos”.

De esta manera, la exigencia de un Código de Ética para la actividad relacionada con la publicidad, por ejemplo, sería una forma de restringir la pluralidad y, por lo tanto, de censurar implícitamente. Es una manera de restringir un derecho que no admite limitaciones. Esta ausencia de limitaciones es inherente a la democracia, que respeta la diversidad de información (o distintas “verdades”) como medio para acercarse cada vez más a la verdad⁽⁸⁾.

Así, el Tribunal se ha expresado en contra de los límites a la libertad de expresión, pues toma como premisa que existe un valor más importante que debe primar por sobre la eventual discriminación: la libertad política y económica. En ese aspecto, recoge las reivindicaciones que actualmente plantean los grupos vinculados con el periodismo y los medios de comunicación, que reclaman una libertad de expresión irrestricta: “En materia de información, como en cualquier otra acción humana, nadie está capacitado para decidir mejor que cada persona lo que a ella misma le conviene (...) ni en el caso específico de cómo debemos elegir nuestra información. No necesitamos tutores⁽⁹⁾”.

De esta breve exposición referida a los principales argumentos utilizados para resolver un conflicto entre derechos fundamentales, se desprende que el caso bajo análisis contiene matices muy ricos, y en ese sentido, será un buen pretexto para adentrarnos en el tema de la relaciones

(6) Cabe destacar que lo invocado por DEMUS parece referirse a una discriminación en razón de género, antes que a un caso de discriminación en razón del sexo biológico. Así, lo que se critica es la existencia de una diferenciación injustificada en razón de los distintos roles que la sociedad espera que deben cumplir tanto el hombre como la mujer. Así, el rol asignado al hombre se valora como positivo, y el rol asignado a la mujer como negativo. Esta es la diferenciación valorativa que molesta a DEMUS, por favorecer la permanencia del *status quo*.

(7) *Supra* nota 3.

(8) ARBILLA, Danilo. *Información veraz: Tentación totalitaria*. En: *El Comercio*. Lima, 12 de octubre de 1997. HAEBERLE, Peter. *Recientes aportes sobre los Derechos Fundamentales en Alemania*. En: *Pensamiento Constitucional*. Publicación de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica. Lima, 1994. p.56.

(9) ARBILLA, Danilo. *Op.cit.*

conflictivas entre derechos constitucionales. Como se habrá podido percibir, la Sala optó, entre dos valores constitucionales, la libertad de expresión y la no discriminación, claramente por la primera.

Otro aspecto que merece ser destacado, y que será materia de análisis en el punto 4, es la interpretación que hizo la Sala del derecho positivo, utilizando implícitamente diversos criterios hermenéuticos para apoyarse en ellos al hacer la elección a favor de la libertad de expresión. Recuérdese sino la alusión al significado gramatical de la palabra “discriminación”.

2 Positivismo y iusnaturalismo: construcción de los derechos fundamentales.

Una vez explicado el caso que antecede, podemos ahora hacer teoría, pero “anclados en la realidad”. En el presente punto se ha optado por desarrollar resumidamente las bases de los derechos fundamentales como una manera de entender mejor las complejidades inherentes al conflicto entre éstos y a los mecanismos ideados para solucionarlo.

Adentrándonos en la materia propuesta, quizá lo primero que debe señalarse es que, en el marco del pensamiento moderno, se considera que existen dos corrientes filosóficas que discurren acerca de la esencia de lo jurídico. Se trata del positivismo jurídico y del iusnaturalismo⁽¹⁰⁾.

La discusión sobre los derechos fundamentales está impregnada, muchas veces inadvertidamente, de este debate. Aunque no corresponde ocuparse a fondo del tema, sí daremos algunos alcances que lograrán ubicarnos en el seno de la discusión sobre la relación conflictiva entre los distintos derechos fundamentales, en particular, la relación entre la libertad de expresión y la igualdad. Dadas las limitaciones de espacio y temáticas, hacemos la advertencia: eliminaremos

los matices para tratar de resumir la esencia de cada postura, aunque somos conscientes del riesgo que ello significa.

Básicamente, el iusnaturalismo pone mayor énfasis en el sustrato valorativo, anterior al Derecho, que sólo reconoce, plasma, y garantiza estos valores. Una norma es jurídica en tanto se ajuste a estos valores. Una norma injusta o inmoral no sería entonces Derecho. De esta manera, los derechos fundamentales no serían los que la voluntad del Estado señala, éstos están al margen de él⁽¹¹⁾.

El positivismo jurídico, derivado del positivismo científico iniciado por Comte, se preocupa preferentemente por el sistema formal de normas vigentes. Así, una norma jurídica es válida y debe cumplirse, a pesar de ser injusta o inmoral. El Derecho tal como es puede ser injusto, pero debe necesariamente cumplirse sin perjuicio de que podamos aspirar a un Derecho distinto, inspirado en otros valores. Los postulados fundamentales del positivismo implican que no hay una relación necesaria entre el Derecho y la moral; que los conceptos jurídicos deben estudiarse “puramente”, utilizando la “dogmática jurídica”, es decir, al margen de análisis históricos, sociológicos o morales que “distorsionen” dicho estudio; y que un ordenamiento jurídico es un sistema lógico cerrado, en el que pueden deducirse por medios lógicos las decisiones jurídicas correctas de normas legales preestablecidas, sin interferencia, como ya señalamos, de fines sociales o pautas morales⁽¹²⁾.

Ahora, teniendo las pautas generales de ambas corrientes, nos parece fundamental enriquecer esta breve reflexión con las opiniones expresadas por algunos autores. Se trata de argumentos bastante didácticos, que harán que el lector comprenda con facilidad la diferencia entre ambas corrientes de pensamiento.

Por ejemplo, con una tesis marcadamente

(10) DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Muerte del Legislador*. Discurso de incorporación como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, 4 de mayo de 1995. En: *Revista de Jurisprudencia Peruana*. p.30.

(11) BIDART CAMPOS, Germán. *Dogmática constitucional de los derechos humanos. El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.7, 1993.

(12) HART, H.L.A. *El Positivismo y la Independencia entre el Derecho y la Moral*. En: DWORKIN, R. (comp). *La Filosofía del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988. p.37.

positivista, el conocido constitucionalista Fernández Segado opina que: “resulta evidente que los derechos constitucionalmente reconocidos son (...) Derecho, lo que (...) exige unos cauces de tutela que los protejan frente a cualquier violación, con independencia de quién sea el potencial agresor, de acuerdo con el conocido aforismo *where there is no remedy, there is no right*”⁽¹³⁾. Es decir, si los valores que sustentan los derechos no están reconocidos, no existen, no son Derecho; y donde no hay reconocimiento, no existen derechos que el individuo pueda hacer valer frente al Estado.

Por otro lado, con una tesis evidentemente iusnaturalista, el filósofo político Montesquieu señala: “Los seres particulares inteligentes pueden tener leyes hechas por ellos mismos, pero tienen también otras que no hicieron (...). Antes de que se hubieran dado leyes habían relaciones de justicia posibles. Decir que sólo lo que ordenan o prohíben las leyes positivas es justo o injusto, es tanto como decir que antes de que se trazara círculo alguno no eran iguales todos sus radios”⁽¹⁴⁾. En esta cita se pone en evidencia la pretensión del iusnaturalismo. Se trata de que los valores inspiradores del Derecho están antes que la ley positiva, es decir, son anteriores a su reconocimiento expreso y no necesitan de él para ordenar las relaciones sociales.

Sin embargo, resulta interesante constatar como el primero de los autores citados, Fernández Segado, asumiendo ahora una tesis de corte iusnaturalista, demuestra lo común que es en la literatura jurídica hacer una amalgama indiferenciada entre ambas corrientes filosóficas que, si bien son fruto de la modernidad, parten de concepciones radicalmente distintas. Fernández Segado anota que: “La consagración de derechos de segunda generación es consecuencia o reflejo de un orden material de valores que antecede a la Constitución, que no ha sido creada por ella, orden que tiene como

fundamento los valores determinantes de la cultura occidental”⁽¹⁵⁾.

Otro ejemplo más de iusnaturalismo, que ayudará a introducirnos en el debate desarrollado en líneas posteriores, es planteado por los defensores del libre mercado, aspecto íntimamente relacionado con la libertad de expresión y con el caso que analizamos en el punto 1 del presente artículo.

A grandes rasgos, los liberales argumentan que se debe preservar un mínimo de libertad personal si no se quiere ir en contra de la naturaleza del ser humano. Esta naturaleza deriva justamente de la aprehensión racional de aquellas reglas inherentes al funcionamiento del mundo natural. Así, ciertas libertades son indispensables, como la propiedad, el culto, la opinión, la expresión. El sesgo iusnaturalista es evidente.

En este contexto interviene un poder centralizado que vigile y garantice a todos un mínimo de libertad. Sin embargo, sólo puede cederse libertad hasta ese mínimo núcleo inherente a la naturaleza humana. La función exclusiva y única del Estado es proteger que ese núcleo -la libertad de expresión, en el caso que nos ocupa- no sea dañado por otros⁽¹⁶⁾.

Este núcleo indispensable es, en palabras de Berlin, el mínimo de libertad negativa indispensable: “El primero de estos sentidos de la libertad que yo llamaré sentido negativo, implica responder a la pregunta ¿cuál es el área dentro de la cual el sujeto es o debe ser librado a lo que éste quiera hacer o ser, sin ser interferido por otras personas?”⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, existen también exigencias que pueden justamente hacer retroceder a una persona en el goce de su libertad de expresión, cuando ésta afecta seriamente otros valores. Así, las limitaciones de esta libertad derivarían de lo que Berlin llama

(13) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza económica?* En: *Themis*. Revista de Derecho. Lima, No.31, 1995. p.154.

(14) MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Vol.I. Madrid: Sarpe, 1984. p.34.

(15) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op.cit.; p.156.

(16) HAEBERLE, Peter. Op.cit.; p.48.

(17) BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty* (Cuatro Ensayos sobre la Libertad). Great Britain: Oxford University Press, 1969. p.128. (Traducción libre).

libertad positiva, que ya no es tan natural como la libertad negativa, y que se aleja del iusnaturalismo: “El segundo (sentido de la libertad), que yo llamaré el sentido positivo, implica responder a la pregunta ¿cuál es, o quién es la fuente de control o interferencia que puede determinar a alguien a ser o hacer una cosa en vez de otra?⁽¹⁸⁾”.

En nuestro caso, lo que puede determinar a alguien (por ejemplo, a las empresas anunciantes) a retroceder en el uso de su libertad, es la afectación de otros valores supuestamente trascendentes para la sociedad, y reconocidos en la Constitución, como el valor igualdad.

Veamos a continuación como se plantea este asunto por la doctrina constitucional, imbuida del debate explicado en este punto. En todo caso, puede concluirse que ambas corrientes filosóficas reconocen que la ley positiva refleja valores. Sin embargo, ambas difieren en el origen y actuación de éstos en relación con la ley positiva.

El conflicto que se suscita en el caso analizado es un reflejo de la tendencia actual a conceder la máxima jerarquía al valor libertad en desmedro de otros valores.

3 Los derechos fundamentales y sus relaciones en el texto constitucional.

A la luz del debate planteado en el punto anterior, podemos señalar que en términos generales todos los llamados derechos fundamentales tienen un contenido valorativo⁽¹⁹⁾, ya sea que éste consista en un valor “natural” reconocido por el Derecho, o que se parta del

Derecho existente para concluir que detrás de las muchas interpretaciones de la norma existentes, existen distintos valores que se debaten en el seno de la sociedad organizada⁽²⁰⁾.

La existencia de un derecho fundamental con determinadas características implica siempre una decisión sobre lo que es bueno o deseable, en contraposición a lo malo o indeseable. En esta medida, el conjunto de aspiraciones e ideas que gozan de cierto consenso social se convierten muchas veces en derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional, al margen de que estos derechos sean “naturales” o no.

A manera de ejemplo, el alcance y contenido del derecho fundamental a la propiedad dependerá de si el consenso social gira en torno a ideas políticas preponderantemente socialistas, o a ideas preponderantemente liberales. Partiendo de ésta hipótesis, podemos válidamente señalar que hablar de las relaciones de los derechos fundamentales en el texto constitucional, y, por lo tanto, del posible conflicto entre éstos, implica normalmente hablar de un conflicto de valores. Y el problema que se plantea es que normalmente, un conflicto de valores es uno de los más difíciles de resolver⁽²¹⁾, a diferencia de un conflicto por dinero o por la satisfacción de una determinada necesidad.

Los estudiosos de la sociología del conflicto reconocen que la mayor fuente de éstos descansa en una incompatibilidad entre los valores sociales y la estructura de la sociedad. Incluso una pretendida solución a un conflicto de valores implica siempre una falta de armonía, implica optar por uno u otro valor esgrimido como el fundamental por las partes en conflicto. Las luchas por la libertad son un claro ejemplo de lo que señalamos: “la conquista de una libertad concreta por parte de un individuo o de un grupo se resuelve

(18) BERLIN, Isaiah. Loc.cit.

(19) Operativamente vamos a definir “valor” como una cualidad atribuible a una determinada idea política, de tal manera que se la pueda relacionar con lo bueno o lo malo, lo deseable o lo indeseable, en fin, con el deber ser, no con el ser. Así, “el término valor es también usado más ampliamente para comprender al mal o la maldad así como a la bondad, de la misma manera que ‘temperatura’ es usada para comprender tanto a lo caliente como a lo frío”. RUNES, D. *Dictionary of Philosophy*. New Jersey: Littlefield, Adams and Co., 1967 (traducción libre).

(20) “Los conflictos no siempre son el resultado de un egoísta enfrentamiento material, sino una consecuencia de la adhesión a valores diferentes, que pueden incluir propuestas solidarias discrepantes entre sí”. DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; p.40.

(21) Definiremos conflicto como una situación en la que dos partes (sean individuos, grupos, u organizaciones) poseen, en un mismo momento, objetivos incompatibles entre sí.

siempre en una falta de libertad de otros: la libertad de la tortura implica la no libertad de los torturados, así como la libertad de la explotación implica la no libertad de los explotadores⁽²²⁾”.

Es decir, se trata de un conflicto entre el ser de una sociedad (aquellas relaciones de poder-sujeción efectivamente existentes, y empíricamente observables) y el deber ser de la misma (esto es, el conjunto de relaciones de poder ideales a las que se aspira). Un conflicto de valores, en consecuencia, subyace a un conflicto entre derechos fundamentales, al ser estos últimos continentes de los primeros⁽²³⁾.

Por el momento, nos ocuparemos de las relaciones conflictivas entre derechos fundamentales. Como es evidente, este no es un tema novedoso, el reconocimiento del conflicto que existe entre derechos fundamentales ya ha sido expresado: “todos (los derechos fundamentales) se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto⁽²⁴⁾”.

Aquí se plantea el problema de que un derecho (y en consecuencia el valor que subyace a él) puede tener como límite otro derecho que se le opone, y que entonces ambos derechos coexistan pero limitados uno en función del otro. En este caso se habla de unos “límites inmanentes”⁽²⁵⁾, y de la “integridad o unidad” de los derechos fundamentales como sistema, y del “contenido esencial” de éstos. Más adelante explicaremos a qué nos referimos.

Pero también se plantea un segundo problema: la posibilidad de que un derecho no simplemente

coexista con otro, de manera limitada, sino que simplemente predomine y anule al que se le opone. En este último caso, por obvios motivos, no debe hablarse de límites, sino de “jerarquías”, que hacen que un derecho predomine absolutamente sobre otro en determinadas circunstancias.

Estos dos problemas han generado la necesidad de encontrar mecanismos para resolverlos. Desde una perspectiva teórica, se han postulado distintas formas de solución para afrontar los dos problemas hasta aquí descritos.

3.1 Tesis de la unidad y del “contenido esencial”.

Para esta tesis, todos los derechos tienen igual jerarquía, dado que constituyen un bloque único e indivisible, y están necesariamente interrelacionados entre sí⁽²⁶⁾. Por ello, para solucionar los posibles conflictos habrá que utilizar el criterio de los “límites inmanentes”⁽²⁷⁾ según el “contenido esencial” de que cada derecho.

En una decisión que sentó jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español señaló que existen hasta tres límites que operarían sobre los derechos fundamentales: “límites fijados directamente en la Constitución, por ejemplo, la libertad ideológica, religiosa y de culto por el necesario mantenimiento del orden público; límites derivados mediata o inmediatamente de la Constitución ante la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales y; límites (...) indirectamente derivados del texto fundamental por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente

(22) BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós, 1993. p.131.

(23) GARCÍA BELAÜNDE, Domingo. *La Interpretación constitucional como problema*. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, 1994. p.31. HAEBERLE, Peter. Op.cit.; p.49, quién señala la “ingenuidad” de una teoría de los derechos basada en valores.

(24) SOLAZABAL ECHEVARRÍA, Juan José. *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. Citado por ABAD YUPANQUI, Samuel. *Límites y respeto al contenido esencial de los Derechos fundamentales: Estudio preliminar*. En: *Thémis*. Revista de Derecho. Lima, No.21, 1992. p.8.

(25) DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Citado por ABAD, Samuel. Op.cit.; p.8.

(26) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *¿Tienen todos los Derechos Humanos igual jerarquía?* En: *Thémis*. Revista de Derecho. Lima, No. 4, 1992. p.3.

(27) Nos referimos al criterio basado en la popular frase: “Tu derecho llega hasta donde llega el mío”, que obliga a comparar ambos derechos (“el mío y el tuyo”) y a sacar, por contraste, cuales son los límites para cada uno de ellos. Este criterio podemos encontrarlo en el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás”.

tutelados⁽²⁸⁾”.

La verdad es que no nos queda muy claro cuál es la diferencia esencial entre estos tres tipos de límites y tampoco creemos que estos criterios delimitadores sean susceptibles de dar una solución satisfactoria al conflicto. Y nótese que no citamos al Tribunal Constitucional Español por puro capricho, lo hacemos porque es en este país en donde la teoría que estamos explicando adquiere mayor fuerza.

Aparentemente, el primer límite se refiere a la plasmación positiva en un texto constitucional de un conflicto entre determinadas libertades y la moral pública, en el que primaría la segunda. Sin embargo, la dificultad para definir hasta donde debe retroceder una determinada libertad frente a la moralidad pública, hace que este primer límite sea sólo una declaración de buena voluntad que reconoce la existencia de un conflicto entre libertades individuales y moral pública⁽²⁹⁾. Evidentemente, ésta es una relación de tensión inevitable, pues fundamenta la existencia de la sociedad misma, porque: “sociedad significa comunidad de ideas; sin ideas compartidas sobre política, moral y ética, no puede existir ninguna sociedad⁽³⁰⁾”.

En el segundo y tercer límite de los citados, se pone de manifiesto la imposibilidad de inferir algún criterio de solución del conflicto. En primer lugar, la diferencia entre límites mediatos e inmediatos que supuestamente emanan del texto constitucional no es clara. Es evidente que para acceder a lo mediato se requiere un trabajo interpretativo más intenso, y que aparentemente lo inmediato aparecería como un límite “a flor de piel”.

Todo será cuestión entonces de la mayor o menor labor hermenéutica que se tenga que realizar para desentrañar el límite, de acuerdo con los métodos de interpretación que señalaremos más adelante, y sobre cuya utilidad para resolver el conflicto nos pronunciaremos en el punto 4.

En segundo lugar, la diferencia entre “bienes constitucionales” y “derechos constitucionales” alude simplemente al conflicto entre las distintas libertades y derechos (véase lo señalado respecto de la moralidad pública) que se tratan de recoger en un texto constitucional. Por cierto, estamos nuevamente ante un reconocimiento del problema, pero no ante criterios idóneos para su solución, si es que existe alguno. Por ello, a partir de esta constatación preliminar acerca de la dificultad que reviste el problema, seguiremos analizando la tesis de la unidad, pero con una prudente duda metodológica.

Siguiendo la llamada teoría de los límites inmanentes, complementaria de la tesis de la unidad, se señala: “no cabe resolver el conflicto suscitado aceptando de plano la superioridad de tal o cual derecho pues no estamos ante un orden jerarquizado de bienes constitucionalmente protegidos. El probable conflicto debe ser resuelto en base a una ponderación que no pretenda hacer prevalecer uno sobre otro sino que busque, en la medida de lo posible, la ‘concordancia práctica’ de ambos derechos fundamentales⁽³¹⁾”.

Ahora, esta concordancia práctica a la que alude el autor citado no es otra cosa que los criterios hermenéuticos que serán objeto de análisis, y que usualmente son utilizados para resolver un conflicto concreto. Sin embargo, en el marco de esta concordancia práctica existe

(28) Citado por ABAD YUPANQUI, Samuel. Loc.cit.

(29) Entendemos por moralidad pública la existencia de ciertas pautas de comportamiento o ciertos principios morales cuya observancia requiere una determinada sociedad (por ejemplo, la prohibición del incesto, el respeto a la vida humana o la bigamia). Su no respeto implica no sólo una agresión contra la persona perjudicada con la conducta desviante, sino también una agresión contra la sociedad en su conjunto. Así, la mayoría de delitos tienen este contenido y justificación. La razón de que a un hombre no se le permita dar su consentimiento para la comisión de un delito contra sí, como el homicidio, es que se trata de un agravio contra la sociedad. DEVLIN, Patrick. *La Moral y el Derecho Penal*. En: DWORKIN (comp). *La Filosofía del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, s/f. p.136.

(30) DEVLIN, Patrick. Op.cit, p.142.

(31) ABAD YUPANQUI, Samuel. Op.cit. Este criterio también es utilizado en una reciente decisión del Defensor del Pueblo, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 1998. En esta decisión se señala que: “La comprensión de este doble fundamento de la libertad de expresión, ayuda no sólo a reconocer su carácter de esencial, sino a la vez sirve para definir su especial status en un determinado régimen constitucional inspirado en el principio democrático, y resolver los eventuales conflictos que su vigencia suscita cuando entra en colisión con otros derechos y que se resuelve a través de una adecuada ponderación entre ellos, utilizando puntuales criterios de interpretación constitucional”.

también la necesidad de respetar el contenido esencial de los derechos en coexistencia conflictiva. Así, los límites inmanentes a los que aludimos no pueden hacer retroceder a un derecho frente al otro de tal manera que el derecho en retroceso pierda su esencia, pues en este caso estaríamos más bien ante la aplicación directa de la tesis de las jerarquías, que señala inicialmente que la coexistencia conflictiva hace que un derecho pueda anular, bajo ciertas circunstancias, al que se le opone. Esta tesis de las jerarquías se explicará en el punto siguiente.

Por otro lado, el “contenido esencial de un derecho⁽³²⁾” es una categoría conceptual que va de la mano con la tesis de la unidad, pues pretende imponer ciertos límites a la coexistencia conflictiva entre dos derechos, y a la vez, garantizar dicha coexistencia. Es decir, la tesis de la unidad nos señala que todos los derechos conforman un sistema en el que no es posible preferir a uno en desmedro del otro, sino que tan sólo es posible limitar un derecho en función del otro, sin que se anulen. La teoría del contenido esencial nos advierte que para que un derecho no se vea anulado por otro, deberá retroceder sólo hasta cierto límite: su propio contenido esencial. Así, el contenido esencial está construido por aquellas características indispensables que debe tener un derecho determinado para ser tal, constituye su núcleo indispensable, su esencia última. Esta línea de argumentación señala que: “se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable (...) o lo despojan de la necesaria protección⁽³³⁾”.

Sin embargo, se sostiene que para desentrañar el contenido esencial es indispensable recurrir a criterios interpretativos aplicados al texto constitucional. Además, se precisa que se trata de un concepto de “valor absoluto” pues siempre conservará sus rasgos esenciales⁽³⁴⁾. Contradictoriamente se dice también que depende del momento histórico en que se vive y de la sociedad de que se trate, siempre que sean “sociedades democráticas”⁽³⁵⁾.

Lo único cierto es que cuando hablamos de “contenido esencial” hablamos de interpretación constitucional, de la misma manera que cuando hablamos de “límites recíprocos” o “inmanentes”. Por este motivo, ambas teorías, derivadas de la tesis de la unidad analizada en el presente punto, nos llevarán al debate sobre la utilidad de las herramientas hermenéuticas para dar respuesta a un eventual conflicto de derechos y por lo tanto a un conflicto de valores⁽³⁶⁾.

3.2 Tesis de las jerarquías.

En la parte introductoria del punto 3, señalábamos como segundo problema la posibilidad de que un derecho, en conflicto con otro, prime y anule a su opuesto. Al respecto, precisamos que para fundamentar la primacía absoluta de un derecho sobre otro, se debía hacer referencia a un sistema de jerarquías.

La tesis de las jerarquías sostiene substancialmente que los derechos fundamentales no son iguales y, por lo tanto, se opone en principio a la tesis de la unidad. Esta desigualdad, que obligaría a considerar que un derecho debe primar sobre otro, se funda en diversos criterios⁽³⁷⁾:

(32) Esta tesis surge del texto constitucional alemán posterior a la segunda guerra mundial.

(33) ABAD YUPANQUI, Samuel. Op.cit.; p.10.

(34) Ibid.

(35) Abad hace suya esta afirmación, y genera de esta manera un cierto grado de ambigüedad. Por un lado señala que el “contenido esencial” es absoluto, y luego afirma que es relativo (supra nota 33). Esta confusión está en la base de la discusión filosófica entre positivismo y iusnaturalismo (ver capítulo 2).

(36) Abad parece llegar a la misma conclusión: “para determinar válida y razonablemente las posibles limitaciones a un derecho fundamental, resulta indispensable el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional que no haga prevalecer un derecho sobre otro, sino que efectúe una ponderación orientada a una ‘concordancia práctica’ de los mismos”. ABAD, Samuel. Op.cit.; p.14.

(37) En esta parte nos servirá de base el texto de Eguiguren, quien señala que: “por encima de esta ‘igual valoración’ abstracta de las categorías de derechos que integran los derechos humanos, consideramos que existen significativas diferencias entre éstas, por razones de origen, naturaleza, exigibilidad material, inderogabilidad, y papel asignado al Estado”. EGUIGUREN, Francisco. Op.cit.; p.6. Las razones de las diferencias serán desarrolladas a continuación.

En primer lugar, se recurre al origen histórico como consecuencia del reconocimiento que adquirieron por el consenso social. Así, se reconoce una diferencia entre los derechos de primera, segunda⁽³⁸⁾, y tercera generación (v.g. el derecho a la vida, a la vivienda, y al medio ambiente saludable⁽³⁹⁾, respectivamente).

En segundo lugar, se hace una diferenciación en función de si respecto de determinados derechos cabe o no su suspensión ante situaciones de extrema necesidad causadas por algún fenómeno natural o humano (guerra interna o externa). En este caso, la condición de suspendible o no, no depende de si se trata de derechos de primera o de segunda generación -no mencionamos los de tercera generación por las razones señaladas⁽⁴⁰⁾-, más bien parece que responde a consideraciones de otra naturaleza, y que son “derechos elementales o suprapositivos⁽⁴¹⁾”. Esta condición de derecho no suspendible que adquieren algunos derechos parece responder al consenso alcanzado en el contexto de la comunidad internacional y no al hecho que algunos derechos sean más o menos naturales que otros.

Este consenso se alcanza en las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario⁽⁴²⁾, donde se estableció la existencia de un conjunto de derechos mínimos que deben ser por todos respetados en el marco de un conflicto armado al interior de un determinado Estado. De lo que se trata en el caso de estos derechos mínimos es de “darle trato humanitario a

las personas que no participan directamente en las hostilidades” (prohibición de asesinar, torturar, mutilar, etcétera) y de “recoger y cuidar” a los heridos y enfermos⁽⁴³⁾.

En tercer lugar, se diferencian los derechos en función de su reconocimiento en el ordenamiento positivo de un Estado o en tratados internacionales de signo universal. Así, a los derechos del primer tipo suele llamárseles derechos fundamentales. A los del segundo tipo es común que se los denomine derechos humanos. A estos últimos también se les reconoce la categoría de “derechos naturales”, en tanto son exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han sido reconocidas positivamente⁽⁴⁴⁾.

Por último, existe un criterio de distinción que pone énfasis en la exigibilidad de los derechos y en su efectivo goce por parte de los ciudadanos, pero si uno pone atención puede darse cuenta que este criterio está estrechamente ligado con el criterio histórico mencionado en primer término. Así, el goce de los derechos de primera generación sólo requiere la abstención del Estado de la esfera de la libertad individual -por ejemplo, no privar arbitrariamente a una persona de su libertad-⁽⁴⁵⁾. Por el contrario, el goce de los derechos de segunda generación impone al Estado una obligación de efectuar determinadas prestaciones en favor de los ciudadanos, tales como implementar una seguridad social, un sistema educativo, etcétera. Por su propia naturaleza, estas obligaciones a

(38) “En el siglo pasado las constituciones se limitaban a organizar el poder y a limitarlo frente a los ciudadanos. Actualmente, tienen una función redistributiva y generadora de bienestar, buscan cambio social a través de la consagración de órdenes al legislador, quién debe dar leyes en el sentido de la constitución”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op.cit.; p.154. HAEBERLE, Peter. Op.cit.; p.49-52.

(39) Dice Eguiguren sobre este tipo de derechos que todavía son justas aspiraciones más que derechos tangibles. EGUIGUREN, Francisco. Op.cit.; p.4. Por lo tanto, este tipo de derechos aparentemente no podrían entrar en el juego de las jerarquías.

(40) Supra nota 39.

(41) VAN BOVEN citado por EGUIGUREN, Francisco. Op.cit.; p.5. Esta es una afirmación impregnada profundamente del debate entre positivistas y iusnaturalistas. Respecto del mismo tema se dice que los derechos de éste tipo “no tienen ninguna necesidad de explicación y constituyen los elementos esenciales de toda moral humanista, racionalista o religiosa”. SIOTIS citado por MANGAS MARTIN, Araceli. *Conflictos armados y Derecho Internacional humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1992. p.67.

(42) El proceso de formación del consenso es explicado por Araceli Mangas: “La intención de una buena parte de delegaciones era que el artículo 3 fuera aplicable ‘en toda circunstancia’ cuya acepción, además del importantísimo sentido de obligación indisponible e inderogable, evidenciaba que por su contenido elemental (...) era la protección humanitaria mínima que cualquier hombre podía pretender, incluso los peores criminales (...)”. MANGAS, Araceli. Op.cit.

(43) BARBERIS, Julio. *Los Sujetos del Derecho internacional actual*. Madrid: Tecnos, 1984. p.117.

(44) Nótese nuevamente el sesgo iusnaturalista.

(45) A esto llama Berlin libertad negativa. Así, al referirse a la libertad, dice: “El primero de estos sentidos de la libertad que yo llamaré sentido negativo, implica responder a la pregunta ¿cuál es el área dentro de la cual el sujeto es o debe ser librado a lo que éste quiera hacer o ser, sin ser interferido por otras personas?”. Berlin, Isaiah. Op.cit.; pp.139 y ss.

cargo del Estado son progresivas y no pueden ser exigidas inmediatamente por un ciudadano para que el Estado las satisfaga a partir de la nada. Como es lógico, este tipo de derechos requieren para su goce de toda una estructura orgánica y de un marco institucional, pero sobre todo de un grado de desarrollo económico que debe ser alcanzado paulatinamente.

Todos los criterios de distinción explicados obligan a considerar que existe una jerarquía entre los distintos derechos fundamentales. Esta es sin duda la conclusión lógica a la que se tiene que llegar luego de analizados todos los criterios de distinción. Sin embargo, autores como el que nos ha servido de base para la explicación que antecede, luego de adherirse a la tesis de las jerarquías retrocede y afirma que asumir esta tesis “no implica conferir mayor o menor valor a determinados derechos⁽⁴⁶⁾”.

Después de esta larga exposición, sólo una cosa nos queda clara: parece contradictorio que se llegue a la conclusión de que existen jerarquías y que acto seguido se afirme que en el fondo todos los derechos tienen igual valor, es decir, que todos los derechos son iguales y que por lo tanto no existen jerarquías. En todo caso, para poder hacer la distinción jerárquica aludida y distinguir por ejemplo qué derechos son suspendibles o no, o cuáles son directamente exigibles y cuáles no, es también necesario recurrir a la interpretación constitucional, de igual manera que en el caso de la explicada tesis de la unidad y del contenido esencial. Como veremos, la interpretación es siempre necesaria, lo cual no quiere decir que sea la “cura” para todos los males.

4 La interpretación constitucional, ¿resolviendo el conflicto o “metiendo la pata”?

Como señalamos en el punto anterior, la interpretación es siempre necesaria, de cara a una posible solución al problema del conflicto entre derechos fundamentales. La razón es bastante obvia: en la medida en que lo jurídico es un fenómeno social -recuérdese que toda norma jurídica es una norma de conducta⁽⁴⁷⁾, pues el objeto de lo jurídico no es otra cosa que la conducta humana en el contexto social⁽⁴⁸⁾-, implica por su propia naturaleza la existencia de algún tipo de lenguaje como forma de comunicación, que nos comunique cuáles son los valores vigentes en la sociedad.

De este modo, la norma está dirigida a la sociedad y sirve como medio de control social, para lo cual es indispensable que su contenido pueda ser comunicado y comprendido a través del lenguaje. Esta comunicación y comprensión está intrínsecamente ligada a la interpretación y en nuestro caso a la interpretación jurídica, puesto que mal se puede comprender y asignar un significado sin interpretar.

Proponiendo un ejemplo elemental, el color de las luces del semáforo y su distinto significado constituye un símbolo al que hacen referencia las normas escritas (el Código de Tránsito y Seguridad Vial) y que van dirigidas a los miembros de la comunidad. Su real vigencia presupone el conocimiento, comprensión e interpretación⁽⁴⁹⁾ por parte de éstos de aquello que quiere decir la norma y de lo pretende significarse con tal o cual color de luces⁽⁵⁰⁾. Así, esta norma concreta tiene por finalidad preservar cierto orden en el tránsito, es decir,

(46) EGUIGUREN, Francisco. Op.cit.; p.6.

(47) Sin embargo, como se sabe, según el pensamiento jurídico moderno, no toda norma de conducta es jurídica. Esta separación parte de la tan mentada independencia entre moral y Derecho, que hace concluir que una norma de conducta basada en la moral, a diferencia de una norma jurídica, es supuestamente subjetiva, interna, y no coercible.

(48) “El Derecho no es otra cosa que una forma de organizar la sociedad de los hombres”. DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; p.30.

(49) A tal punto que un no conocimiento del lenguaje utilizado, o una alteración de la percepción de los colores utilizados como el daltonismo, genera la ineficacia de la norma y por lo tanto la falta de control social.

(50) Así, Barthes señala que: “Todo signo (...) implica (...) una relación, la que une su significante con su significado”. Así, prosigue sentenciando que este tipo de relación aparece de manera clara en lo que se denomina un “símbolo”. Así, “la cruz, por ejemplo, ‘simboliza’ el cristianismo, el color rojo ‘simboliza’ la prohibición de avanzar; así pues a esta (...) relación se la denominará relación simbólica”. BARTHES, Roland. *La Imaginación del Signo*. En: *El Lenguaje y los Problemas del Conocimiento*. Buenos Aires: Rodolfo Alonso, 1971. p.127.

realizar control social, en aras de la seguridad pública. Su incumplimiento acarreará una sanción para aquél que se desvió de lo prescrito, de tal manera que en el futuro se vea desincentivado a desviarse del orden establecido.

El conflicto entre valores que subyace a los derechos fundamentales, no encuentra una única respuesta en el arte de la interpretación constitucional; tampoco encuentra una exclusiva solución en las distintas tesis sobre las relaciones conflictivas entre derechos.

Esta relación simbólica expresada en las luces del semáforo y en toda norma jurídica, no es inmutable, pues también podría optarse por que el color azul significara “detenerse” y el color morado “avanzar”. Esta mutabilidad caracteriza también al lenguaje escrito (y por lo tanto a la norma jurídica escrita), que en un inicio establece relaciones simbólicas sobre la base de ciertos consensos pero que paulatinamente pueden ir modificándose. No obstante, tal como veremos a continuación, la comprensión de estas relaciones requiere de la interpretación, tarea que no es del todo sencilla.

4.1 Interpretación del lenguaje jurídico: entre lo común y el tecnicismo.

Hemos concluido que en la medida en que la norma jurídica se vale del lenguaje escrito para poder ser comunicada, requiere pues ser comprendida, esto es, interpretada por el destinatario de ella. En este camino se plantean diversos problemas. Una determinada palabra puede tener varios significados, a diferencia de un

lenguaje no escrito como el de las luces del semáforo.

Esta plurisignificación del lenguaje escrito, en especial del lenguaje jurídico, es materia de una de las principales tesis del gran filósofo del Derecho H.L.A. Hart quien, recogiendo lo señalado por las escuelas “realistas”, apuntó que las palabras genéricas utilizadas en las leyes (como la palabra “vehículo”) deben corresponder a un paradigma (un cierto consenso, arbitrariamente fijado) que no ofrezca dudas sobre su significado. Sin embargo, señala que existirá también un “sector de penumbra” en el que los hechos del mundo natural rebasan los significados asignados por la norma jurídica⁽⁵¹⁾. Así, Hart explica su teoría de la siguiente manera: “Las situaciones fácticas no nos aguardan pulcramente etiquetadas (...) ni llevan encima su categoría legal de modo que el juez pueda leerla (...). A los problemas suscitados fuera del rígido núcleo de ejemplos paradigmáticos de sentido preestablecido podemos llamarlos ‘problemas de penumbra’; (que) nos afectan siempre en relación con cuestiones (...) triviales (...) o con respecto a las generalidades multidimensionales de una Constitución⁽⁵²⁾”.

Esta dificultad inherente al lenguaje escrito es explicada también por Barberis (autor evidentemente influenciado por Hart), quien se vale de varios ejemplos para destacar la vaguedad de ciertos términos. Así, plantea que la palabra “rico”, al igual que muchos otros adjetivos puede servir para designar a personas que poseen un patrimonio de cien mil dólares, así como a quienes tienen uno valuado en un millón de dólares⁽⁵³⁾.

Sin embargo, cuando decimos que se considera “rico” quién tiene ese millón de dólares o más, tenemos también que interpretar qué significa “dólares” y así sucesivamente pudiendo caerse en un círculo vicioso interminable. Sobre la infinitud de las definiciones, De Trazegnies relata esta interesante anécdota histórica: “No olvidemos

(51) HART, H.L.A. Op.cit.; pp.45-46.

(52) Ibid.; p.47.

(53) BARBERIS, Julio. Op.cit.; p.18.

a Jean-Jacques Rousseau quien, a aquellos que le increpaban el hecho de (que) las palabras utilizadas en sus obras se presentaban para ser entendidas con sentidos diferentes, respondió que le gustaría ofrecer a sus lectores cada libro acompañado de un diccionario donde se explicaran las significaciones empleadas para cada palabra de la obra. El problema, decía Rousseau no sin cierta sorna, consiste en que ese diccionario, tendría a su vez que utilizar palabras para explicar las palabras; de manera que habría que hacer un diccionario del diccionario, y así sucesivamente hasta el infinito⁽⁵⁴⁾.

En la misma línea, pero con menos ironía, Barberis reconoce que: “la vaguedad de los términos puede ser eliminada tratando de precisar (...) su significado, añadiendo para ello algunos otros términos a la definición dada. Pero, como los nuevos términos que se introducen en la definición contienen también cierta dosis de vaguedad, resulta imposible trazar siempre (...) el límite de los casos a los que corresponde aplicar un término. Este fenómeno es llamado *textura abierta del lenguaje*⁽⁵⁵⁾”.

El fenómeno de la *textura abierta del lenguaje* es explicado por De Trazegnies de la siguiente manera, al referirse al iluso postulado de un tipo de positivismo -llamado por él positivismo *naij*⁽⁵⁶⁾- de la necesidad de encontrar la escondida voluntad del legislador en la norma: “el legislador no es omnisciente, no prevé todas las posibles aplicaciones de la ley (...). Y aun respecto de los casos que ha previsto, hay muchas cosas que se le escapan, su intención no es completa, plena; y la expresión lingüística de tal intención no es en general suficientemente clara y precisa porque el

lenguaje mismo es abierto y ofrece inevitablemente diferentes posibilidades de sentido⁽⁵⁷⁾”.

Como se ve, este problema inherente al lenguaje es evidentemente también un problema del lenguaje jurídico⁽⁵⁸⁾. No obstante, en el caso de este último se abre un problema adicional: la coexistencia en los textos normativos de términos técnicos (por ejemplo el término “sinalagma”) conjuntamente con términos de uso común (o uso coloquial, como el término “abandono”), plantea un desafío adicional.

Y el problema real es que muchas veces una misma palabra puede tener significados distintos atendiendo a si se trata de un uso técnico o a uno coloquial de la misma -como ejemplo, el caso del término “abandono”, que puede querer significar “el desamparo a una persona o cosa o descuido en el aseo personal”; y que por otro lado, en términos jurídicos, puede significar “causal de extinción relativa de la posesión⁽⁵⁹⁾”-. En muchos casos, en el lenguaje jurídico se parte de palabras de uso común, pero dada la necesidad de delimitar aun más su significado los juristas han ido estipulando los distintos significados⁽⁶⁰⁾. En ese sentido, “el jurista tiene libertad para acuñar los conceptos con los que va a describir las normas jurídicas, como la tiene cualquier otro científico, un botánico o un geólogo, para definir los términos de que se valdrá para describir su objeto de conocimiento⁽⁶¹⁾”.

La coexistencia de usos coloquiales y técnicos es un elemento que debe tomar en cuenta el intérprete al realizar su labor de interpretación de las normas, cuidando de no confundirlos y tratando de contextualizarlos en el marco normativo de que se trate⁽⁶²⁾. En el caso que nos

(54) DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; p.34. La obsesión de Voltaire por los diccionarios queda revelada en esta anécdota. Sino, recuérdese el celebre *Diccionario Filosófico* de François Marie Arouet (Voltaire).

(55) Ibid.

(56) Infantil, ingenuo.

(57) DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; p.34.

(58) Así, “la ley misma admite siempre múltiples significados y muy diversas utilidades”. Ibid.; p.31. A continuación se hará una breve referencia a esas diversas utilidades.

(59) Esta definición puede encontrarse en los diccionarios y enciclopedias jurídicas.

(60) Cuando se introduce un nuevo término en el lenguaje se tiene la libertad de estipular el significado que éste tendrá. Las definiciones de estos términos, que a su vez nos conectan con nuevos significados asignados, se llaman definiciones estipulativas. BARBERIS, Julio. Op.cit.; p.19.

(61) Ibid.

(62) “Toda norma tiene que ser interpretada, porque toda norma tiene que ser aplicada dentro de un contexto”. DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; p.30.

ocupa, será especialmente relevante el lenguaje utilizado en el texto constitucional, pues este es el objeto de la interpretación en materia constitucional. Será pues particularmente importante analizar lo referido a las relaciones entre los derechos fundamentales en el texto constitucional, para responder a la pregunta planteada, a saber: si la hermenéutica constitucional resuelve el conflicto de derechos propuesto, a la luz de las tesis ya explicadas.

4.2 Interpretación clásica e interpretación constitucional: ¿Queda resuelto el problema?

Como todo texto normativo, el texto constitucional también requiere ser interpretado. Sin embargo, por la diferente naturaleza de la Constitución respecto de las demás normas del ordenamiento, los métodos interpretativos tendrán que ser también bastante diferentes, sin perjuicio de que en esencia se trata de lo mismo: la hermenéutica jurídica consiste en asignar un significado determinado a una norma.

En términos generales, se considera como un gran avance en el pensamiento jurídico el hecho de haber reconocido la diferencia entre interpretación clásica e interpretación constitucional⁽⁶³⁾. La primera utiliza, para la interpretación de la ley, los conocidos criterios gramático, sistemático, histórico y lógico que confrontados conjuntamente, pueden arrojar distintos significados posibles a partir de una misma norma⁽⁶⁴⁾. Esta diversidad de resultados tiene sus razones en lo explicado en el punto anterior. Sin embargo, esta variedad de resultados no puede exceder el marco textual establecido, en otras

palabras, no es admisible una interpretación *contra legem*⁽⁶⁵⁾.

Por cierto, dentro de los límites del texto, es posible encontrar interpretaciones para los gustos más variados y que satisfagan las más diversas posiciones, siempre y cuando estas interpretaciones no aparezcan como arbitrarias y tengan la fuerza de la persuasión⁽⁶⁶⁾. En materia constitucional, en donde los textos son más amplios y flexibles, esto es más patente aun. Además, para interpretar la Constitución, se postulan criterios también bastante abiertos⁽⁶⁷⁾.

A nosotros, por estar ligado a lo tratado en el punto 3, nos interesa un criterio en particular: el criterio de la unidad de la Constitución⁽⁶⁸⁾. Este criterio prescribe que: “toda norma constitucional debe interpretarse de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales. Con este principio sólo es compatible una solución que mantenga en armonía las decisiones fundamentales de la Constitución⁽⁶⁹⁾”.

Quiroga, quién se inspira en Hesse, señala que existe otro criterio, distinto pero ligado con el anterior, llamado el principio de la concordancia práctica. Creemos que tal distinción es artificial, pues este último criterio está contenido en el anterior, refiriéndose ambos a la tesis de la unidad expuesta bajo el punto 3. Basta leer lo señalado por Quiroga para anotar la poca diferencia que existe entre el principio de la unidad y el de la concordancia práctica, que implica también una solución que haga coexistir dos derechos en conflicto, sin que uno anule al otro⁽⁷⁰⁾.

En conclusión de este breve recuento, que debe confrontarse necesariamente con las tesis expuestas en el punto 3, no podemos concluir con

(63) GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Op.cit.; pp.18-19.

(64) Ibid.; p.26.

(65) “Los textos pueden ser muy abiertos, pero su forma misma impone una semiosis limitada a los marcos textuales”. DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; p.38.

(66) Ibid.; p.39. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Op.cit.

(67) Se dice que en la interpretación constitucional, debe primar la “razonabilidad (...) que no es lo mismo que racional...lo razonable...es por el contrario, la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo”. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Op.cit.; p.31.

(68) Loc. cit.

(69) QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La Interpretación constitucional*. En: *Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No.39, 1985. p.335.

(70) QUIROGA, Aníbal. Op.cit.; pp.335-336.

certeza la existencia de algún criterio interpretativo para solucionar un conflicto de derechos, sobre todo teniendo en cuenta la naturaleza del proceso interpretativo, que como dijimos, arroja muchas posibilidades válidas. Así, sostener la unidad de la Constitución y aplicar el criterio de la concordancia práctica, puede dar lugar a muchas respuestas, pero a ninguna respuesta única.

Por otro lado, interpretar, a la luz de los criterios expuestos, que algún derecho puede primar sobre otro por una cuestión de jerarquías, puede ser aun más complicado. Con ello, el conflicto entre valores que subyace a los derechos fundamentales, no encuentra una única respuesta en el arte de la interpretación constitucional; tampoco encuentra una exclusiva solución en las distintas tesis sobre las relaciones conflictivas entre derechos. Así, en la solución de este tipo de conflictos, existen muchas posibles soluciones válidas, lo que según nuestro parecer, es como no tener ninguna.

Esto último nos lleva a sostener un escepticismo absoluto en los mecanismos jurídicos y en la dogmática constitucional como forma de resolver conflictos entre derechos fundamentales. En términos reales, lo que ocurre es la imposición de los valores de los grupos mayoritarios en términos de poder político, por sobre los grupos más débiles, imposición que se legitima y esconde bajo el manto de una pretendida solución técnico-jurídica.

5 A manera de conclusión: para no “meter la pata” es necesario “sincerar” y volver transparente toda opción moral.

Como hemos explicado, es bastante absurdo negar que los conflictos entre derechos fundamentales no sean conflictos entre los distintos valores que adquieren consenso en determinada sociedad, entendidos estos últimos como

aspiraciones compartidas sobre las ideas políticas deseables. Por ello, se puede decir que los conflictos son dinámicos, al margen de la estática del texto constitucional.

El discurso de los derechos fundamentales se encuentra imbuido de la antigua discusión entre el iusnaturalismo y el positivismo. No obstante, a veces no existe claridad sobre cuáles son las consecuencias de adoptar una u otra teoría. Creemos que esta falta de claridad ha llevado a construir diferentes tesis que ayuden a solucionar un conflicto entre derechos fundamentales: la tesis de la unidad y la tesis de las jerarquías.

No obstante, ambas tesis necesitan de la interpretación constitucional para llegar a dar una respuesta concreta. Y este es el punto clave del presente trabajo: la naturaleza del proceso interpretativo implica que del texto normativo pueden derivar muchas posibilidades válidas de significación. Esto es más patente aún en la interpretación constitucional, por su naturaleza abierta y flexible. Por ello, ante la diversidad de soluciones que arroja la interpretación constitucional, ésta es susceptible de legitimar un adhesión emocional, subjetiva y polarizada a distintos valores, pero dándole una apariencia de racionalidad, objetividad y neutralidad.

En ese sentido, el caso analizado es un claro ejemplo de como la adhesión a un valor determinado como es la libertad económica puede decidir definitivamente un conflicto entre derechos fundamentales. Desde este punto de vista, el estudio de la ética y la práctica de la virtud son de la mayor importancia para entender y resolver esta relación de conflicto entre la libertad económica y política y la no discriminación.

Creemos que la tesis de las jerarquías, a diferencia de la tesis de la unidad, tiene mayor realismo. En efecto, esta tesis permite una elección valorativa más directa e inmediata, que permite “sincerar” la resolución del conflicto entre derechos fundamentales, en vez de utilizar argucias

interpretativas que escondan el debate en un plano frío y formal. Podemos, pues, concluir que el conflicto que se suscita en el caso analizado es un reflejo de la tendencia actual a conceder la máxima jerarquía al valor libertad en desmedro de otros valores como la protección de la igualdad de género, categoría que todavía no recibe adhesiones mayoritarias, o respecto de la cual todavía no existe un consenso. En nuestra opinión, para justificar la solución del conflicto bajo análisis, el Tribunal utiliza dos maneras de razonar: un sustento de dogmática jurídica y un sustento claramente valorativo.

Analizando esta segunda manera de razonar, podemos concluir que la tesis de las jerarquías ha sido implícitamente aplicada. Ello fue así porque creemos que el Tribunal tomó nota de que el

sustento dogmático, basado únicamente en la interpretación técnica de la ley, es, como ya explicamos, sólo una manera encubierta (y obligatoria según el sistema jurídico) de legitimar la adhesión a un determinado valor (en este caso el valor libertad).

Finalmente, creemos que una adhesión a valores determinados adquiere mayor legitimidad cuando es transparente y se libera del sustento dogmático, frío y escondido bajo las puras formas. De esta manera, el gran mérito del Tribunal (al margen de que personalmente no estemos de acuerdo con su elección valorativa) es que fue transparente en su decisión y no se dejó seducir por la tentación de recurrir a la máscara formal antes aludida. En suma, podemos concluir que las personas que integran el Tribunal no han “metido la pata”. ⁴²