
Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales

Mauricio Maldonado Muñoz*

Resumen

El debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas (el así llamado “problema del conflictivismo”) se refiere a la discusión entre aquellos que sostienen que se dan “verdaderos” conflictos entre derechos fundamentales y aquellos que lo niegan. En lo principal, en este trabajo se pretende demostrar dos tesis: (i) el “problema del conflictivismo” no corresponde en absoluto a una discusión unívoca entre dos tesis unidimensionales; al contrario, se refiere a una serie heterogénea y multidimensional de debates diversos; y, (ii) la contraposición entre las posiciones conflictivistas y anti-conflictivistas, no siendo unívoca y unidimensional (siendo heterogénea y multidimensional), no corresponde, tampoco, a una serie de posiciones necesariamente consistentes o coherentes entre ellas.

Palabras claves: Derechos fundamentales, conflictos, conflictivismo, anti-conflictivismo.

* Profesor de Filosofía del Derecho del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (Ecuador). Presidente de la Sociedad Ecuatoriana de Filosofía del Derecho (SEFiDe). Correo electrónico: mmaldonadom@usfq.edu.ec.

Este trabajo ha sido originalmente publicado en *Diritto & Questioni Pubbliche*, 16/2, 2016, pp. 105-131 y se reproduce con recomendación de pares y conformidad de su autor".

Abstract

The debate between conflictivists and non-conflictivists (the so-called “conflictivism problem”) relates to the discussion between those who argue that there are “real” conflicts between fundamental rights and those who deny it. In this paper, I want to demonstrate two theses: (i) the “conflictivismo problem” does not correspond to a univocal discussion between two one-dimensional theses. On the contrary, it refers to a multidimensional and heterogeneous set of different debates; (ii) the contrast between conflictivists and non-conflictivists – not being univocal and one-dimensional (being heterogeneous and multidimensional) – does not correspond to a series of necessarily consistent or coherent positions between them.

Keywords: Fundamental rights, conflicts, conflictivism, non-conflictivism

«Cuando era muchacho, Bertrand Russell soñó que entre los papeles que había dejado sobre su mesita del dormitorio del colegio, encontraba uno en el que se leía: “Lo que dice del otro lado no es cierto”. Volvió la hoja y leyó: “Lo que dice del otro lado no es cierto”. Apenas despertó, buscó en la mesita. El papel no estaba.»

Rodericus Bartius, Los que son números y los que no lo son (en Jorge Luis Borges, Libro de sueños)

I. Planteamiento general

El debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas se refiere a la discusión entre aquellos que sostienen que se dan “verdaderos” conflictos entre derechos (fundamentales) y aquellos que lo niegan. En lo principal, pretendo demostrar dos tesis: (i) el “problema del conflictivismo”, el debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas, no corresponde en absoluto a una discusión unívoca entre dos tesis unidimensionales; al contrario, se refiere a una serie heterogénea y multidimensional de debates diversos; y, (ii) la contraposición entre las posiciones conflictivistas y anti-conflictivistas, no siendo unívoca y unidimensional (siendo heterogénea y multidimensional), no corresponde, tampoco, a una serie de posiciones necesariamente consistentes o coherentes entre ellas.

39

II. Derechos y conflictos: un catálogo de las diversas posiciones

Propongo un elenco de debates –aquellos más relevantes– que involucran diversas posiciones respecto al problema de los conflictos (o su ausencia) entre derechos fundamentales. Tales debates son los siguientes:

- (1) la problemática sobre los límites de los derechos desde dos teorías enfrentadas: la teoría de los límites externos (asociada generalmente al conflictivismo), y la de los límites internos de los derechos fundamentales (asociada al anti-conflictivismo);
- (2) el debate relativo a la teoría del contenido esencial de los derechos, imponiéndose tres posturas: la teoría absoluta del contenido esencial, la teoría relativa del contenido esencial y la teoría de la no-restricción (o de la inalterabilidad) de los derechos fundamentales (las dos primeras conflictivistas, la última anti-conflictivista);
- (3) el debate entre la teoría especificacionista, en virtud de la cual los derechos no colisionan siempre que sean suficientemente especificados, y la teoría

- infraccionista, que sostiene que en ciertos casos la “infracción” de un derecho no implica su “violación” (la primera anti-conflictivista, la segunda conflictivista);
- (4) la discusión entre la teoría del pluralismo de los valores y el monismo ético (la última anti-conflictivista, la primera conflictivista);
 - (5) la discusión entre la teoría coherentista y aquella no-coherentista (anti-conflictivista y conflictivista, respectivamente); y,
 - (6) el debate sobre las diversas teorías del peso y de la jerarquía de los derechos (conflictivistas según asuman un peso o jerarquía desigual, anti-conflictivistas según asuman un peso o jerarquía igual).¹

III. Teorías de los límites de los derechos

Hay dos teorías generalmente aceptadas sobre los límites de los derechos: la de los límites externos y la de los límites internos. El problema al que estas teorías apuntan a resolver se circunscribe a la naturaleza y a la forma de los límites de los derechos, así como a la manera de su (de)limitación. Para la primera teoría los derechos se encuentran en conflicto, para la segunda no.

1. Teoría de los límites externos

Se habla de teoría de los límites externos en referencia a la visión que sostiene que los límites de los derechos son definidos “desde fuera”, en dos momentos diferentes,

¹ Huelga decir que la clasificación entre conflictivistas y anti-conflictivistas es, en este elenco de debates, meramente enunciativa. Como se verá más adelante, en muchos de estos casos no está claro si las tesis que los diferentes teóricos defienden llegan a amparar sus propias pretensiones acerca de la existencia o la ausencia de conflictos entre los diferentes derechos (fundamentales). De hecho, a veces una misma visión puede llegar a cobijar a las dos posiciones, a condición, nada más, de que se modifique el ángulo desde el que se mira. Quisiera evidenciar que es ésta la razón por la que no he empezado este trabajo proporcionando dos definiciones expresas de “derecho(s)” y “conflicto(s)”, para poner a prueba cada teoría: vale, pues, aclarar que si el problema se presenta como simplemente definitorio, o sea como la simple estipulación de lo que debe entenderse por “derechos” y por “conflictos”, se puede arribar, según la vía que se escoja, a una respuesta que suponga, respectivamente, la existencia de conflictos entre derechos o su ausencia. Waldron (Véase, Waldron, J. “Rights in Conflict”, en «Ethics», 99(3), 1989, pp. 503 y ss.) lo pone de manifiesto cuando compara las diferencias que resultan si uno sigue la visión de Nozick (Véase, Nozick, R. “Anarchy, State, and Utopia”, Oxford, Blackwell, 1974, pp. 26-33), en donde los derechos son representados simplemente como obligaciones de abstención (side constraints), o la visión de Raz (Véase, Raz, J. “The Morality of Freedom”, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 165-192), o sea la posición defendida por la interest theory (Véase, también, Marmor, A. “On the Limits of Rights”, en «Law and Philosophy», 16(1), 1997, pp. 1 y ss.). En el primer caso, los conflictos entre derechos estarían prácticamente excluidos. En el segundo, los conflictos son más o menos inevitables. La variedad de usos (no siempre explícita) de los dos conceptos, puede llevar —como ha llevado entre los conflictivistas y sus contrarios— a disputas bizantinas, a veces meramente verbales.

referentes a dos objetos jurídicos diversos: un primer momento en que aparecen ciertos derechos *prima facie* –por ende, todavía no limitados– y un segundo momento en que los derechos son ya delimitados o se encuentran definidos.² Esta es, a fin de cuentas, una teoría de la legitimidad de las restricciones de los derechos fundamentales. No es que en esta posición exista una relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción –bien lo explica Alexy–, sino que la relación “es creada”;³ esto es, artificial y funcional a la concepción propia de la teoría de los límites externos. Pensada de ese modo, esta postura puede compararse –como algunas veces ya se ha hecho⁴– con la idea de W.D. Ross sobre los “deberes *prima facie*”. Este concepto, que pretendía retar a la concepción kantiana (*obligationes non colliduntur*)⁵ conforme a la cual los deberes no se presentan contemporáneamente, y por ello no colisionan (que influyó incluso en Kelsen hasta 1960), aparece por primera vez en *The Right and The Good* (1930).⁶ En el caso específico de la teoría en examen, la idea de derechos *prima facie*, nacidos de una primera limitación, sería una versión invertida pero correspondiente –si uno quiere, bajo una hipótesis de correlatividad– a la de los deberes *prima facie*.

2. Teoría de los límites internos

La teoría de los límites internos sostiene que por su misma función, fines y naturaleza, los derechos tienen fronteras “inmanentes”,⁷ de modo que lo que queda fuera de éstas está también fuera del derecho “correctamente” concebido. En ese sentido, los límites se delinean internamente y se entiende que son previos, inherentes y consustanciales a los derechos (*iusnaturalismo*). Así, resulta que hablar de restricciones es, sin más, incorrecto. Si los derechos son vistos desde la teoría de los límites externos hay “restricciones legítimas”, si son vistos desde la teoría de los límites internos hay

41

² Borowski, M. “La estructura de los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 66-68; Bernal Pulido, C. “Estructura y límites de la ponderación”, en «Doxa», N° 26, 2003, pp. 226 y ss.

³ Alexy, R. “Teoría de los derechos fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 269.

⁴ Bongiovanni, G. “Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisprudenza costituzionale in Alexy e Habermas”, en «Ars Interpretandi», N° 10, 2006, pp. 177 y ss; Gorra, D. “Crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: sistema de ponderación de principios”, en «Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica», N° 3, 2014, p. 43 y ss.

⁵ Kant, I. “Groundwork of the Metaphysics of Morals”, New York, Yale University Press, 2002 (ed. or. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785); Kant, I. “The metaphysics of morals, New York”, Cambridge University Press, 1991 (ed. or. *Die Metaphysik der Sitten*, 1797).

⁶ Ross, W.D. “The Right and the Good”, Oxford, Clarendon Press, 2002, p.19 y ss.

⁷ Borowski, M. “La estructura de los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 68.

(generalmente a priori) “delimitaciones internas”.⁸ Cabe hacer una salvedad: no es necesario que una teoría de los límites internos abrace el ideal iusnaturalista. Bastaría con abrazar, por ejemplo, un ideal garantista à la Ferrajoli,⁹ o asumir una posición exegética del ideal constitucionalista o del ideal democrático. (En algunos de estos casos, la teoría de los límites internos se vería, sin embargo, atenuada).¹⁰

IV. Teorías del contenido esencial

La idea básica de las teorías sobre el contenido esencial de los derechos es dividir lo “disponible” de lo “indisponible”. Lo “indisponible”, que coincide con el contenido esencial de los derechos, y lo “disponible”, que es lo que queda fuera de tal contenido. Tres teorías se refieren al (así llamado) contenido esencial de los derechos fundamentales: una sostiene que el contenido esencial es inmóvil y absoluto, otra sostiene que es móvil y relativo, y una tercera dice que tal contenido esencial coincide con el contenido mismo de los derechos.

1. Teoría absoluta del contenido esencial

La teoría absoluta del contenido esencial sostiene, sustancialmente, que en cada derecho se presenta un núcleo duro (“contenido nuclear”) en el cual se pueden verificar las notas esenciales de ese derecho: aquello que lo distingue de modo particular respecto de otros derechos, sus rasgos y contenidos estrictamente necesarios. Este núcleo duro sería indisponible, mientras que lo que queda fuera podría ser parte –

42

⁸ Serna, P. y Toller, F. “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos”, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 70 y ss.

⁹ Para un sumario de los argumentos ferrajolianos al respecto, vid., Pino, G. “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”, en «Doxa», N° 32, 2009, pp. 653-656. De Ferrajoli, L. “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en «Teoria politica», XVI, N° 6, 2000; “Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia”, Madrid, Ed. Trotta, 2011; “Dei diritti e delle garanzie: Conversazione con Mauro Barberis”, Bologna, Il Mulino, 2013. Para las críticas a su posición, véase, Pintore, A. “Insatiable Rights”, en «International Journal for the Semiotics of Law, Revue Internationale de Sémiotique Juridique», N° 14, 2001, pp. 277 y ss; Comanducci, P. “Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali”, en Id., Guastini R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 317 y ss; Pino, G. “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”, en «Doxa», N° 32, 2009, pp. 649 y ss; Barberis, M. “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, en «Doxa», 34, 2011, pp. 89 y ss; Orunesu, C. “Los conflictos entre derechos y el derecho internacional en la jurisprudencia de la CSJN”, pro manuscrito, 2014; Ruiz Manero, J. “Due problemi per la ponderazione: tensioni irrisolvibili e principi imponderabili”, en Luque Sánchez P., Scamardella F. (ed.), *Gli argomenti del costituzionalismo: la tensione tra etica e diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

¹⁰ Bernal Pulido, C. “Une défense de la de la forme de raisonnement juridique du néoconstitutionnalisme, pro manuscrito”, 2015.

legítimamente— de las regulaciones del legislador y de las decisiones de los jueces. En esta teoría, el contenido esencial es inmóvil y permanente, por lo que «se excluye de la ponderación un núcleo imponderable de los derechos fundamentales».¹¹ Según este modo de ver el problema, si es dable ponderar, esto solo puede ocurrir (legítimamente) fuera del “núcleo” del derecho: «cada derecho fundamental tiene un sector afectable por el legislador y otro inmune a su actuación».¹²

2. Teoría relativa del contenido esencial

En la teoría relativa del contenido esencial dicho contenido no es inmóvil, sino móvil. Por contenido esencial, en esta visión, se quiere decir contenido pasado por el examen de proporcionalidad y, en ese sentido, ponderado en relación con otros derechos y bienes públicos. En otras palabras, mientras una injerencia es proporcionada (ponderada) no hay afectación al contenido esencial. Se puede decir, así, que esta es una posición caracterizada por la tesis siguiente: «la esencia de los derechos fundamentales es su relatividad. Los derechos son ponderables y deben ser ponderados».¹³ Se advierte rápidamente la diferencia entre la teoría absoluta del contenido esencial y aquella relativa: en este último caso, la ponderación bien puede aplicarse a un hipotético “núcleo duro”.

43

3. Teoría de inalterabilidad del contenido de los derechos

Para la teoría de no restricción o de inalterabilidad del contenido de los derechos, sólo se puede hablar de “contenido del derecho”, con prescindencia de supuestos núcleos duros o periferias disponibles. Tal “contenido” estaría fijado por criterios de justicia que se corresponderían con el “ámbito de ejercicio razonable” de cada uno de los derechos fundamentales: una vez que tal contenido es hallado (comprendido, descubierto), el derecho ha de ser considerado “inexcepcionable”.¹⁴ Esta teoría pretende equiparar “razonabilidad” a “contenido del derecho” y estipular, por ello, una especie de “principio de razonabilidad del contenido de los derechos”. La razonabilidad sería —conforme a esta visión— el criterio máximo e infranqueable de

¹¹ Michael, L. “¿El contenido esencial como denominador común de los derechos fundamentales en Europa?”, en «ReDCE», 6(11), 2009, p. 180.

¹² Cianciardo, J. “El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 261-263.

¹³ Michael, L. “¿El contenido esencial como denominador común de los derechos fundamentales en Europa?”, en «ReDCE», 6(11), 2009, p. 177.

¹⁴ Serna, P. y Toller, F. “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos”, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 47. En el mismo sentido, Sapag, M. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en «Dikaion», 17, 2008, pp. 157 y ss.

validez de las normas sobre derechos: o bien los derechos corresponden a algunos principios supra-positivos (vida, libertad, dignidad, etc.), cuya razonabilidad es intrínseca, o bien corresponden a normas positivas cuya razonabilidad (extrínseca) está sujeta al examen de concordancia con los principios supra-positivos.¹⁵ Esta posición se confunde con aquella de los límites internos en cuanto parte de la existencia de fronteras de uno u otro modo “inmanentes” (o “inalterables”); es decir, de la idea según la cual fuera de aquéllas «ni hay ni nunca hubo derecho».¹⁶

V. Especificacionismo e infraccionismo

La contraposición entre la teoría especificacionista y la teoría infraccionista se presenta a partir de dos contrastes: (i) la distinción entre violaciones e infracciones de derechos, y, (ii) la distinción entre derechos absolutos y derechos pro-tanto.¹⁷

1. Teoría especificacionista

44 La teoría especificacionista asume que se puede dar mejor cuenta de los derechos, y de su contenido, siempre que éstos sean especificados de modo suficientemente concreto. Una vez definidos (concretizados, especificados) adecuadamente, los derechos no pueden ser “justificadamente infringidos”. Al asumir esta posición –sostiene Webber– los derechos son «o cumplidos o violados: no hay un punto intermedio».¹⁸ En este modo de ver el problema, los conflictos entre derechos son solamente aparentes, no reales. Una vez concretizados, los derechos no se superponen, lo que supone ex definitione la ausencia de conflicto. Al respecto, dice C. H. Wellman que

«la razón por la que no se dan verdaderos conflictos donde los derechos en general parecen superponerse es porque estos derechos suponen, en realidad,

¹⁵ Maldonado Muñoz, M. “El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas”, en «Ius Humani», 3, 2013, p. 145.

¹⁶ Cianciardo, J. “El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p.235.

¹⁷ Thomson, J.J. “Self-defense and Rights”, The Lindley Lecture, University of Kansas, 1976; “Some Ruminations on Rights”, en «Arizona Law Review», 19, 45, 1977, pp. 46 y ss; “The Realm of Rights”, Cambridge, Harvard University Press, 1990; Oberdiek, J. “Lost in Moral Space: on the Infringing/violating Distinction and its Place in the Theory of Rights”, en «Law and Philosophy», 23, 2004, pp. 325 y ss; Botterell, A. “In Defense of Infringement”, en «Law and Philosophy», 27, 2008, pp. 269 y ss; Sinnott-Armstrong, W. “Moral Dilemmas and Rights”, en Mason H.E. (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, New York, Oxford University Press, 1996.

¹⁸ Webber, G.C. “The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights”, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 124.

cláusulas “a menos que” implícitas, que especifican excepciones [...]. “El derecho a la vida”, por ejemplo, no se refiere a un derecho absoluto y sin excepciones, ni a un derecho no absoluto sin excepciones, sino a un derecho que se tiene absolutamente sólo en los casos en que ninguna de sus cláusulas de excepción sean operativas. Por ejemplo, el especificacionismo estipula que mi derecho a la vida implica un derecho absoluto a no ser asesinado, a menos que yo esté amenazando la vida de alguien más, o a menos que yo cometa una ofensa capital, o a menos que... etc.».¹⁹

También Steiner y Shafer-Landau son, en el ámbito anglosajón, otros dos famosos ejemplos de defensores del especificacionismo.²⁰ A Steiner se lo puede considerar así por su *An Essay on Rights* (1994), con el precedente de *The Structure of a Set of Compossible Rights* (1977), en donde se presenta la idea –destinada a hacerse famosa entre los debatientes sobre el problema de los conflictos– según la cual los derechos son siempre “composibles” o “componibles” (compossible).²¹ Shafer-Landau, por su parte, ha defendido una visión especificacionista en su artículo *Specifying absolute rights* (1995), cuya aportación más importante es, según creo, la instalación en el debate de los conceptos de rigor (stringency) y de alcance (scope) de los derechos.²² Por otra parte, en el ámbito latino, un ejemplo –quizás sofisticado– de especificacionismo, se puede encontrar en la teoría de Moreso sobre los conflictos entre principios constitucionales.²³ Su postura es especificacionista en la medida en que busca obtener, para los casos de “conflicto”, las “propiedades relevantes” de los principios idealmente reformulados cuando se presentan en los casos particulares, de modo de obtener un caso en donde no aparecen ulteriores conflictos. La propuesta de Moreso parte, en lo importante, de dos vertientes:

45

¹⁹ Wellman, C.H. “On Conflicts Between Rights”, en «Law and Philosophy», 14, 3-4, 1995, p. 277. La traducción es mía. Un dato relevante, que por razones de espacio no podrá ser tratado en esta sede, es que Wellman considera que del concepto de derecho de Hohfeld se puede extraer una particular teoría especificacionista. Hohfeld, W. “Fundamental Legal Conceptions”, New Haven, Yale University Press, 1919.

²⁰ Finnis, J. “Natural Law and Natural Rights”, Oxford, Clarendon Press, 1980; y Richardson, H.S. “Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems”, en «Philosophy & Public Affairs», 19, 4, 1990.

²¹ Steiner, H. “An Essay on Rights”, Oxford, Blackwell, 1994, pp. 86-101. Véase también, Steiner, H. “Rational Rights”, en «Analyse & Kritik», 17, 1995, p. 3 y ss.

²² Shafer-Landau, R. “Specifying Absolute Rights”, en «Arizona Law Review», 37, 1995, p. 225.

²³ Moreso, J.J. “Conflitti tra principi costituzionali”, en «Diritto&questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 19 y ss; “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009; “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en «Arbor», CLXXXVI, 745, 2010, pp. 821 y ss; “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism”, en «Ratio Juris», 25, 1, 2012, pp. 31 y ss.

Hare y la distinción entre el nivel intuitivo y el nivel crítico de la moralidad,²⁴ y Alchourrón y la distinción entre Master Book y Master System.²⁵

2. Teoría infraccionista

En oposición a la teoría especificacionista, se presenta la teoría infraccionista, que sostiene que en determinados casos se puede decir que un derecho cede en virtud de otro, siendo infringido pero no violado. La distinción entre “derechos infringidos” y “derechos violados”, planteada inicialmente –hasta donde sé– por Thomson,²⁶ dice sustancialmente lo siguiente: bajo determinadas circunstancias de justificación moral un derecho (que se tiene de modo indiscutible) puede no acatarse, no seguirse, sin que tal cosa implique una violación del mismo. A este fenómeno, Thomson lo llama «infracción de un derecho». Thomson usa un caso imaginario con el que pretende defender esta tesis. En el ejemplo, un niño morirá muy pronto si no toma cierta medicina cuya única existencia se encuentra en poder de una persona que la guarda bajo llave en una caja ubicada en el porche trasero de su casa. El dueño de la medicina en cuestión se encuentra de viaje y no se sabe cuándo volverá. Dado que el tiempo es apremiante, no se puede esperar a que regrese para pedir su consentimiento y usar la medicina. Si se rompe la caja con el objetivo de obtener la medicina –piensa Thomson– se infringen algunos derechos, pero no se viola ninguno. En los casos de infracción, dice ella, se está moralmente justificado al hacer algo. Además de que, cometida la “infracción”, generalmente se debe una compensación²⁷ a la otra persona por los daños causados (en el caso de la caja destruida en el porche trasero de la casa del hombre del ejemplo, se le debería, al menos, una nueva caja): de allí que sea relevante –según esta teoría– no considerar a los derechos como absolutos, o toda intromisión como una violación. Conforme a esta visión, la teoría especificacionista no sería capaz de dar cuenta del fenómeno de la compensación, como tampoco del contenido de los derechos, pues estaría constreñida a describirlos solo a posteriori.²⁸

46

²⁴ Hare, R.M. “Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point”, Oxford, Clarendon Press, 1981.

²⁵ Alchourrón, C. “Sobre derecho y lógica”, en «Isonomía», N°13, 2000, pp. 11 y ss.

²⁶ Thomson, J.J. “Self-defense and Rights”, The Lindley Lecture, University of Kansas, 1976; “Some Ruminations on Rights”, en «Arizona Law Review», 19, 45, 1977, pp. 46 y ss.

²⁷ Cfr. Bendiit 1982, 34-64.

²⁸ Thomson, J.J. “Self-defense and Rights”, The Lindley Lecture, University of Kansas, 1976; “Some Ruminations on Rights”, en «Arizona Law Review», 19, 45, 1977, pp. 46 y ss; Feinberg, J. “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, en «Philosophy & Public Affairs», 7, 2, 1978, pp. 93 y ss; Botterell, A. “In Defense of Infringement”, en «Law and Philosophy», 27, 2008, pp. 269 y ss; Finkelstein, C.O. “Introduction To The Symposium On Conflicts Of Rights”, en «Legal Theory», 7, 3, 2001, pp. 235 y ss; y “Two Men And a Plank”, en «Legal Theory», 7, 3, 2011, pp. 279 y ss; Kamm, F.M. Conflicts of Rights, en «Legal Theory», 3, 7, 2001, pp. 239 y ss.

VI. Monismo y pluralismo ético

En líneas generales se puede decir –como hace Barberis– que la existencia de conflictos entre derechos fundamentales es una tesis contestada por el monismo ético (value monism) y defendida por el pluralismo ético (value pluralism).²⁹

1. Monismo ético

El monismo es una teoría en ética que defiende la unidad de los valores últimos en un más general y abarcador valor. Esta tesis es común a varias posiciones diversas: aristotelismo (eudemonía), tomismo (bien común), kantismo –aunque no sin alguna oposición sobre la pertinencia de la etiqueta– (libertad), utilitarismo (utilidad); además, para hablar de los contemporáneos, de la teoría de Dworkin, sobre todo en *Justice for Hedgehogs* (2011), e incluso –no sin ciertas dudas respecto a la oportunidad de esta inclusión– de la teoría de Ferrajoli.³⁰ La unidad de los valores últimos implica, tendencialmente, la ausencia de conflictos entre derechos (o así se presenta en la posición estándar). La cuestión importante, para los efectos de esta investigación, si uno se compromete con una visión monista, parece ser que ante la apariencia de derechos contradictorios (o, en su caso, de deberes) el sometimiento al valor mayor diluye tal conflicto situando a los “genuinos” derechos (o deberes) en posición no conflictiva. Basta pasar el conflicto por la matriz de la utilidad, del bien común, de la dignidad, de la auto-conservación o del valor que se tenga como más abarcador, general o último, para que la supuesta colisión se revele insustancial. De la tesis monista, así pensada, se supone que se sigue la supuesta ausencia de conflictos entre derechos fundamentales, aunque sólo sea por la vía de la estipulación de tal o cual valor último. Fuera de estas consideraciones, sin embargo, no se advierte que el monismo pueda brindar una buena explicación o buenos elementos para la reconstrucción del fenómeno jurídico en el marco de los así llamados “conflictos entre derechos” (e incluso, como se verá más adelante, que excluya del todo las posibilidades de conflicto). Ello no implica desconocer, en todo caso, que el supuesto valor último a adoptar (cualquiera que sea, según las diversas concepciones), pueda llegar a considerarse como un ideal regulativo dependiendo de la posición (meta)ética de los intérpretes en los casos “iusfundamentales”. Pero si esto es así, el monismo ético no es tanto una posición sobre la existencia o inexistencia de conflictos entre derechos fundamentales, sino un posible criterio para su resolución.

47

²⁹ Barberis, M. “Ética per giuristi”, Roma, GLF editori Laterza, 2006, pp. 36 y ss.

³⁰ Barberis, M. “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, en «Doxa», 34, 2011, p. 93.

2. Pluralismo ético

Un enfoque pluralista,³¹ en ética, defiende la existencia de conflictos por la presencia de varios y heterogéneos valores morales en contraste entre ellos; lo cual se puede extrapolar –según este modo de ver– a la realidad constitucional contemporánea: «la multiplicidad y la heterogeneidad de los varios derechos fundamentales» –dice Pino– y su frecuente contradicción, serían características constitutivas de las sociedades democráticas modernas.³² Si se acepta la presencia del pluralismo (ético, social, político³³) como rasgo saliente de las sociedades actuales, se arriba –siempre según los pluralistas– al conflicto entre los derechos fundamentales. Ahora bien, el hecho del pluralismo (para usar los términos de Rawls), quizá innegable en la configuración de los Estados contemporáneos, se puede descomponer o recomponer según sea necesario para el análisis del concepto. Así, si el análisis parte del individuo³⁴ es posible pensar en el pluralismo de los valores como generador de dilemas morales individuales o de conflictos prácticos (practical conflicts). Si el análisis se centra en la interacción entre diversos individuos, la existencia de conflictos prácticos parecería todavía más evidente: dada la colisión entre metas, deseos e intereses distintos defendidos por personas con concepciones morales diferentes, las interacciones que se dan entre ellos habitualmente asumen formas conflictivas. (Los agentes aceptan diferentes «obligaciones normativas o morales», cada una de las cuales constituyen –en determinados casos– razones para la acción y, en esa medida, action-guiding claims).³⁵ Si el análisis parte, en cambio, de los diversos grupos en contraste existentes en la sociedad, se arriba, en definitiva, a la misma conclusión. Esta característica ha sido provocada –como bien lo señala Bobbio– por la relación de la democracia moderna con la doctrina del Estado liberal. La fecundidad del antagonismo –y, entonces, del encuentro y contraste entre diferentes tipos de visiones sobre el mundo, sobre los valores, sobre los diversos planes

48

³¹ Según la tradición, el enfoque pluralista de los valores (value pluralism) se debe, inicialmente, a Berlin, I. "Two Concepts of Liberty", en Id., *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, pp. 118 y ss. Véase también: Lilla M., et. al. "The legacy of Isaiah Berlin", New York, *The New York Review of Books*, 2001.

³² Pino, G. "Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli", en «Doxa», N° 32, 2009, pp. 649 y ss.

³³ Vale anotar que estas son categorías que se pueden estudiar separadamente y que, según la visión estándar, no son reducibles la una a la otra. Aun así, entre ellas se produce una relación de "familia", de la que en todo caso no me ocuparé, pues rebasa los intereses y el alcance de este trabajo.

³⁴ Raz, J. "Personal Practical Conflicts", en Baumann P., Betzler M. (eds.), *Practical Conflicts*. *New Philosophical Essays*, 2004, pp. 172 y ss.

³⁵ Baumann, P. y Betzler, M. "Introduction: Varieties of Practical Conflict and the Scope of Practical Reason", en Id., *Practical Conflicts*. *New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 1 y ss.

de vida— es, sin duda, una parte esencial de la doctrina liberal, no así de las visiones organicistas.³⁶ Cabe preguntarse, sin embargo, si todo esto implica necesariamente —y si es así, en qué sentido— el conflicto entre derechos fundamentales en el ámbito de los sistemas jurídicos (cuestión que dejo para más adelante).

VII. Coherentismo y no-coherentismo

El “problema del conflictivismo” también se puede ilustrar mediante la contraposición de dos teorías opuestas: el coherentismo y el no-coherentismo entre derechos fundamentales.

1. Coherentismo

Se puede llamar coherentismo a la posición que defiende la tesis según la cual los derechos forman un sistema armónico y consistente, lógica o prácticamente. Coherencia lógica (formal) quiere decir «la ausencia de soluciones normativas contradictorias para el mismo tipo de caso»; mientras que coherencia práctica (material) quiere decir que un «sistema normativo no requiere pares de conductas que no sean conjuntamente compositibles».³⁷ A este modelo, Celano lo llama irenismo.³⁸ En esta posición el intérprete está llamado a realizar una labor de descubrimiento (de tipo declarativo) de un orden pre-constituido,³⁹ o bien, de un orden “correctamente” constituido con base en ciertos criterios jurídicos, racionales y/o morales (según los casos). Para los defensores de este modo de ver las cosas, los derechos, los principios y los valores, a pesar de las apariencias, conforman un conjunto de elementos «internamente coherente [y armonioso]».⁴⁰ Si en una aproximación de este tipo la labor es de comprensión y de descubrimiento,

49

³⁶ Bobbio, N. “Liberalismo y democracia”, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2013 (ed. or. Liberalismo e democrazia, 1986), pp. 28 y ss.

³⁷ Bix B., Spector H. “Rights: Concepts and Contexts”, Farnham, Ashgate, Vol. XVII, 2012.

³⁸ Celano, B. “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho”. In Id. 2009. Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. Diritti fondamentali e poteri di determinazione dello Stato costituzionale di diritto, «Filosofia Politica», 19, n. 3, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi); pp. 270-279; Luque, P. “La concepción irenista de la constitución. Sobre la posibilidad de una reconstrucción armónica del contenido ético-sustantivo del Estado constitucional”, en «Isonomía», 38, 2013, pp. 35 y ss.

³⁹ Pino, G. “Diritti e interpretazione: Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale”, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 144.

⁴⁰ Celano, B. “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho”. In Id. 2009. Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. Diritti fondamentali e poteri di determinazione dello Stato costituzionale di diritto, «Filosofia Politica», 19, n. 3, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi), p. 269.

cabe preguntarse lo siguiente: «¿[p]odríamos encontrar, cuando entendamos suficientemente bien el contenido de todos los derechos humanos, que no existen conflictos entre ellos?».⁴¹ Por lo demás ingenua, esta pregunta expresa bien lo que el coherentismo aspira a lograr: “entender” (comprender, descubrir) el contenido de los derechos. La apariencia del conflicto, que no su evidente ausencia, a vista de la presencia de un sistema formalmente o prácticamente articulado, es transversal a toda posición coherentista. Sin embargo, hay quienes van bastante más lejos en el supuesto fundamento de esta tesis, en cuanto defienden la idea de un sistema estructural coherente y armónico, fundado no solamente (ni primordialmente) en las constituciones contemporáneas, sino en la misma naturaleza del derecho.⁴² En esta última posición se sostiene que los derechos –a diferencia de los intereses y las pretensiones– son naturalmente armónicos. Esto ha llevado a Toller y a Serna –en conjunto y por separado– a atacar al conflictivismo por inconveniente y por errado. “Inconveniente” porque puede conducir a arbitrariedades o a la violación de derechos. “Errado” porque entre los derechos no existirían conflictos posibles a la luz del principio de no contradicción.⁴³ Sobre esto último, Toller sostiene⁴⁴ que aceptar el conflictivismo implicaría abolir el principio lógico (y, añada también, ontológico) de no contradicción,⁴⁵ porque tal cosa supondría que un sujeto «tendría y no tendría a la vez un derecho a algo».⁴⁶ Una posición más conservadora que la anterior (que defiende solamente la coherencia práctica –no la coherencia lógica– de los derechos), se puede hallar en la bien conocida propuesta de Hesse acerca del así llamado principio de concordancia práctica.⁴⁷

50

⁴¹ Griffin, J. “On Human Rights”, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 58 y ss.

⁴² Toller, F. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al balancing test”, en Ferrer Mac-Gregor E. (ed.), Interpretación constitucional, vol. II, México, Porrúa, 2005.

⁴³ Serna, P. y Toller, F. “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos”, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 29-32.

⁴⁴ Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 525 y ss.

⁴⁵ Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 535 y ss.

⁴⁶ Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 531.

⁴⁷ Hesse, K. “Escritos de derecho constitucional”, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2011. Parcialmente en el mismo sentido, ver, Zagrebelsky, G. “El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia”, Madrid, Trotta, 2011 (ed. or. Il diritto mite, 1992).

2. No-coherentismo

Para los no-coherentistas los derechos adolecen de innegables problemas de incompatibilidad y desarmonía: los diferentes derechos fundamentales recaen en diversos campos, dando como resultado un sistema vago, indeterminado y antinómico. De allí que se siga –según la posición no-coherentista– que los derechos se encuentran en conflicto irremediable entre ellos. No sólo se da que el sistema jurídico brinda soluciones incompatibles entre los diferentes derechos, sino que la incompatibilidad les es propia y consustancial. Ya desde que se presentan principios como el de libertad y el de igualdad, libertad personal y seguridad, privacidad y libertad de prensa, etc., todos en contraste, se dan conflictos insalvables (a veces con resultados “trágicos”). Un sistema armónico –aunque podría ser deseable– no parece posible. Una de las defensas más articuladas del no-coherentismo es, según creo, la de Celano.⁴⁸ Sus argumentos tienen dos adversarios: el coherentismo, por un lado, y el minimalismo, por otro. No distinguiré entre ambos blancos a los que él apunta, puesto que el punto polémico es, sustancialmente, el mismo: la imposibilidad de un sistema de derechos fundamentales que no adolezca de incompatibilidades entre sí, sea este minimalista o no. Para Celano, el ideal mismo de la coherencia está mal formado; en general porque la misma disciplina de los derechos fundamentales no puede sino presentar a los derechos en racimos o conglomerados (grappoli). Incluso si se acude a la especificación de los derechos, es posible –piensa siempre él– que las diversas “especificaciones” se encuentren “razonablemente” en conflicto entre sí. Esto puede ocurrir lo mismo intra-rights, que inter-rights. Los derechos que no tengan limitaciones son, por otro lado, a menudo inconcebibles: la indeterminación de los mismos se reconduce, conforme al principio (a la vez liberal, garantista y democrático) de reserva de ley, a los casos de conflicto, aun cuando tal principio tenga por objetivo sustraer las regulaciones del ejecutivo en favor del parlamento. Esta “reserva de ley” es, además, una respuesta razonable a la necesidad de limitación de los derechos fundamentales. Pero de esto surge, también, el problema ulterior de

51

⁴⁸ Celano, B. “¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?” in *Id. Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti? In S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi); “Derechos, principios y valores en el Estado Constitucional de derecho: tres hipótesis de reconstrucción”. In *Id. 2009. Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione, in «Diritto e questioni pubbliche», n. 4, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi); Celano, B. “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho”. In *Id. 2009. Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. Diritti fondamentali e poteri di determinazione dello Stato costituzionale di diritto, «Filosofia Politica», 19, n. 3, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi). Recogidos en la edición española, Celano 2009.

la protección de los derechos frente al legislador. Por otra parte –sostiene Celano– frecuentemente resultan inconcebibles los «derechos sin cláusulas abiertas» (del tipo “por motivos de seguridad”). En estos casos, las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos pueden ser sometidas a escrutinio en dos sentidos diversos: de acuerdo con las condiciones de su limitación legítima y de acuerdo con su conformidad a las cláusulas abiertas, lo que abre la posibilidad para nuevos «conflictos, indeterminación, cruces, interferencias y superposiciones».⁴⁹ Incluso el conjunto más restringido de derechos fundamentales estaría sujeto, en estos términos, a conflictividad e indeterminación. La hipótesis coherentista, así como la minimalista, no parecerían ofrecer una respuesta a estos problemas.

VIII. Teorías de la jerarquía y del peso

Se pueden identificar al menos tres diversas posiciones con relación a la jerarquía y el peso de los derechos. La primera que defiende el mayor peso abstracto de unos derechos sobre otros (o su jerarquía fija), la segunda que defiende el mayor peso concreto de unos derechos sobre otros (o su jerarquía móvil) y la tercera que defiende una jerarquía igual (y un peso igual) entre todos los derechos.

52

1. Mayor peso abstracto y jerarquía fija

Esta posición asume que existen determinados derechos “superiores” que, por lo tanto, tienen prelación en relación con otros derechos “inferiores” (con base en este criterio se deberían resolver los casos, dando siempre preferencia a los unos sobre los otros). Tal cosa puede darse porque: (i) se considera que son más importantes para el mantenimiento del sistema democrático, como en la doctrina de las libertades preferidas (*preferred freedoms*);⁵⁰ (ii) se asume que unos derechos son condición necesaria para la realización de otros (y por tanto les preceden). Según esto, algunos derechos tienen mayor peso abstracto que otros: se afirma *verbi gratia* que vida y libertad están por encima que los demás, puesto que su ausencia implicaría inmediatamente la ausencia

⁴⁹ Celano, B. “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho”. In *Id.* 2009. *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. *Diritti fondamentali e poteri di determinazione dello Stato costituzionale di diritto*, «Filosofia Politica», 19, n. 3, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi), pp. 200-202. (ed. or. Celano, B. “¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?” in *Id.* *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?* in S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi).

⁵⁰ Gillman, H. “Preferred Freedoms: The Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence”, en «*Political Research Quarterly*», 47, 3, 1994, pp. 623 y ss.

de todos o casi todos los demás derechos. Piénsese, por ejemplo, que sería estéril reconocer el derecho a la salud o a la educación de una persona sin que se reconozca, sino explícita, al menos implícitamente, su derecho a la vida; o, (iii) se asume que los derechos, al ser expresión de ciertos valores, deben ordenarse conforme esos valores se ordenarían: dado que –o al menos así lo asume Ekmekdjian⁵¹ toda teoría de los valores supondría que ellos deberían estar jerarquizados.

2. Mayor peso concreto y jerarquía móvil

Una segunda posición respecto a la jerarquía sostiene que si bien pueden existir jerarquías entre los derechos, éstas no son fijas, sino móviles.⁵² Guastini sostiene que tal jerarquía no es de tipo lógico, sino axiológico; es decir, que depende de las valoraciones de los intérpretes. De este modo de ver el problema, resulta que las jerarquías (en plural) dependen de los contextos y de la forma en que los derechos se presentan (o son presentados por los intérpretes) en los casos concretos. Esta posición se encuentra en palpable contradicción con aquella que defiende la jerarquía fija de los derechos: lo que importa en un sistema de jerarquías móviles es la existencia de un mayor peso concreto de unos derechos sobre otros en los casos particulares.⁵³ Otro ejemplo paradigmático de esta posición se encuentra en Alexy y su ya famosa “fórmula del peso”.⁵⁴ En esta fórmula, la cuestión relevante –dice Alexy– «es que el peso concreto de un principio es un peso relativo»,⁵⁵ o, lo que es lo mismo, que dependerá del caso si su peso es mayor o menor. (Aun así, la fórmula de Alexy vincula peso concreto a peso abstracto). Esta posición, que pretende reconstruir –para usar los términos de Moreso– «la aritmética de la ponderación», atribuye valores numéricos a los diferentes principios según el grado de intervención que se dé sobre un derecho (“grave”, “media”, “moderada”). A más intervención en un derecho, más protección se debe dar al otro.

53

3. Igual jerarquía e igual peso

Una tercera posición sostiene que entre los derechos no existen jerarquías fijas ni móviles. Todos los derechos son de la misma jerarquía y todos tienen el mismo peso. (A modo de ejemplo, véase la Constitución ecuatoriana (2008) que en su artículo

⁵¹ Ekmekdjian, M.A. “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, en «El Derecho», 1985, p. 945.

⁵² Guastini, R. “Interpretare e argomentare”, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 124-126.

⁵³ Bin, R. “Diritti e fraintendimenti”, en «Ragion pratica», 14, 2000, p. 23.

⁵⁴ Alexy, R. “La fórmula del peso”, en Carbonell M. (ed.), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13 y ss.

⁵⁵ Alexy, R. “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en «Ratio Juris», 16, 4, 2003, p. 444.

11, núm. 6, se acoge a esta doctrina). Según este modo de ver el problema, «[h]ay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el “sacrificio” de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor».⁵⁶ Ponderar derechos quiere decir, en esta visión, buscar su equilibrio, “ponerlos de acuerdo” (lo que contrasta con la visión expresada, por ejemplo, por Guastini).⁵⁷ A la tesis de la igual jerarquía (y el igual peso) de los derechos, en cambio, subyace la idea de que la constitución se puede y se debe interpretar sistemáticamente, puesto que la constitución es un todo orgánico; de allí que se debería entrever que todas las disposiciones de una norma constitucional corresponden a un mismo peso y a una misma jerarquía (tal cosa sería –según esta posición– tanto más válida cuando de los derechos fundamentales se habla).⁵⁸

IX. Coincidencias, compatibilidades e incompatibilidades

En líneas generales, entre las diferentes posiciones se pueden establecer algunas compatibilidades y convergencias; incluso dentro de algunos debates que presentan teorías supuestamente contrapuestas.

54

1. Compatibilidades e incompatibilidades entre las diferentes posturas

Hay, además de la motivación metodológica, otra razón para separar los diferentes debates tal como lo he hecho en los apartados anteriores: me refiero a una motivación analítica sobre la consistencia de las diversas posiciones dentro de las “familias” a la que pertenecen (entendiendo que las teorías conflictivistas constituyan una “familia” y las anti-conflictivistas otra). Parto de la siguiente idea: si la posición conflictivista o su contraria fuesen del todo consistentes internamente, uno estaría tentado de afirmar, en términos generales, que: (i) la teorías de los límites externos de los derechos es compatible y consistente con la teoría del contenido esencial (sea en su versión absoluta, sea en su versión relativa), a la vez que es compatible con el infraccionismo, con el pluralismo ético, con el no-coherentismo y con las teorías de la jerarquía y del peso (en abstracto o en concreto); y, (ii) la teoría de los límites internos es compatible y consistente con la teoría de la inalterabilidad del contenido, con el especificacionismo, con el monismo ético, con el coherentismo y con la posición que asume que entre los derechos no hay jerarquías ni pesos

⁵⁶ Pérez Royo, J. “Curso de derecho constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 128.

⁵⁷ Guastini, R. “Teoría e ideología de la interpretación constitucional”, Madrid, Trotta, 2010, p. 89.

⁵⁸ Oyarte, R. “Acción de Amparo”, Quito, Fondo editorial Andrade & Asociados, 2006, p.3; y “Derecho constitucional: ecuatoriano y comparado”, Quito, CEP, 2014.

diferentes, que tienen una jerarquía y un peso iguales. Si se toma en cuenta a ésta como la “hipótesis de la consistencia” interna de las diferentes “familias” de teorías, tal hipótesis debe ser rechazada. En efecto, se puede (consistentemente) sostener algunas tesis que en el debate se presentan como antitéticas –en tanto sirven para abrazar la visión conflictivista o la anti-conflictivista– pero que, en realidad, son “componibles” en modos diversos. Las compatibilidades propuestas en (i) y (ii) serían, entonces, engañosas, si bien en ciertos casos se podrían sostener conjuntamente, tal no es una realidad establecida e incontestable. No hay, entre las diversas “familias” de teorías, una transversalidad que permita una toma de posición sobre una supuesta consistencia. Es más, cualquier reduccionismo que busque capturar todos los debates a través de la simple discusión de la tesis central del conflicto entre derechos o su ausencia, debe ser rechazada. (Espero que en este acápite y en los posteriores la cuestión pueda aclararse y mi punto demostrarse).

En lo que respecta al caso específico de las compatibilidades entre las diferentes teorías, piénsese –para comenzar el análisis– que los defensores de la teoría de los límites internos no niegan que en el proceso de delimitación de los derechos puedan actuar las autoridades legítimas (por ende, no niegan esta obviedad de la que parte la teoría de los límites externos), sólo afirman que es posible que esas autoridades “acierten” en un determinado contenido que ya viene preformado (o “correctamente” formado). En ese sentido, un partidario de la teoría de los límites internos podría ser infraccionista o especificacionista más o menos indistintamente, siempre que asuma que los límites internos están dados bien por las cláusulas exceptivas, bien por las condiciones de infracción. Ciertamente, esta segunda opción parecería ser inconsistente con el infraccionismo como aquí ha sido descrito, pero incluso en ese caso un partidario de la teoría de los límites internos no tendría por qué verse constreñido a ser especificacionista, en la medida en que un especificacionista no diría, necesariamente, que los derechos ya vienen predeterminados o con fronteras inmanentes, menos aún que son necesariamente el resultado de un tal o cual derecho natural (lo que, en cambio, es defendido por una de las versiones de la teoría de los límites internos).

Un partidario de la teoría de los límites internos, por otro lado, no tiene por qué ser necesariamente monista en ética. Bien puede decir que existe una pluralidad armónica de valores, o incluso –nada impide la hipótesis– una pluralidad conflictiva de valores con límites internos (y, entonces, conflictiva pero prácticamente coherente): podría sostener que si bien es cierto que los valores son muchos y que están en contradicción, no impiden su recomposición más o menos homogénea a través del uso de unos instrumentos adecuados. Aunque siendo esto así, ça va sans dire, un pluralista no tiene por qué, necesariamente, ser partidario de la teoría de los límites internos. Por otra parte, se podría decir también –siempre por hipótesis– que tampoco un monista en ética debería ser necesariamente partidario

de la teoría de los límites internos, puesto que aunque es verdad que un monista reconoce un único valor último (“armonizador”), ello no excluye determinados conflictos prácticos irresolubles moralmente a través del mismo valor. Piénsese, por ejemplo, en un monismo à la Hobbes –como cree Barberis que se lo puede considerar⁵⁹ en donde el valor último es la auto-conservación. Pues bien, en una hipótesis de este tipo, la auto-conservación se podría reconducir al derecho a la vida.⁶⁰ Si aceptamos esta hipótesis, y planteamos un caso en que exista solamente una medicina para salvar la vida de dos personas afectadas por el mismo mal, se vuelve perentorio que decidamos fatalmente a quién dársela. Aunque se convenga en un valor supremo y último (vida, auto-conservación), no se podría decir que no hay entre estas opciones un conflicto práctico o un dilema moral. Ciertamente, no se podría decir que el valor último está en conflicto consigo mismo (esta sería una hipótesis anti-monista), pero se puede aceptar que ciertos conflictos prácticos y ciertos dilemas morales no se disuelven o resuelven por la aplicación del valor mayor. En este caso, no habría un “conflicto” entre dos principios diversos, sino (paradójicamente) dentro de un mismo principio. No sería, según la terminología más difundida, un conflicto inter-rights, sino intra-rights; es decir, un conflicto (moral, práctico, jurídico) que se produce sin necesidad de que se presenten a su vez otros principios en “competición” con aquél.

56

En cuanto a la tesis coherentista, en su relación con la teoría de los límites internos, hay que considerar lo siguiente: si bien un partidario de la teoría de los límites internos será tendencialmente coherentista, estas dos tesis también pueden separarse y componerse en modo diferente. Una cosa es la coherencia interna y formal (lógica), y otra es la coherencia práctica y externa (material). La coherencia formal supone abrazar la teoría de los límites internos, pero no vale lo mismo para la coherencia material: una postura “armonizadora” de la interpretación de los derechos, que los haga prácticamente “composibles” à la Steiner, no tiene por qué presuponer su coherencia formal. Hay partidarios de los límites internos que son coherentistas incluso en el sentido formal (como Serna & Toller), pero una teoría coherentista puede bien reducirse sólo a la coherencia práctica (como en el caso de Hesse o Zagrebelsky). De esa manera –cito a modo de ejemplo– mientras que para Toller el derecho «no se opone a sí mismo»⁶¹ y no puede, por ello, producir soluciones incompatibles para los casos “iusfundamentales” –en cuyo caso el

⁵⁹ Barberis, M. “I conflitti fra diritti: tra monismo e pluralismo ético”, en «Analisi e diritto», 2005, p. 3.

⁶⁰ Bobbio, N. “El tiempo de los derechos”, Madrid, Sistema, 1991 (ed. or. L’età dei diritti, 1965), p. 70.

⁶¹ Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 525 y ss.

coherentismo es un punto de partida—; para Moreso (y otros), en cambio, el sistema conflictivo se presenta sólo a nivel intuitivo, ya que reformulado en el nivel crítico aparece como coherente —en cuyo caso el coherentismo es un punto de llegada—. Coherentismo y teoría de los límites internos, aunque suelen concebirse como si correspondieran a un solo modo de pensar, pueden en todo caso separarse. Por otro lado, tampoco en la hipótesis de la coherencia formal un partidario de la teoría de los límites externos está obligado a rechazarla, al menos si acepta la teoría absoluta del contenido esencial: en tal caso podría decir que se da una coherencia formal entre los derechos dentro de los límites del “núcleo duro (esencial y absoluto)” de los derechos. Obviamente, un prosélito de los límites externos podría también ser coherentista sólo en lo material. Aunque bien podría rechazar ambas hipótesis.

Más ejemplos: se puede decir que un partidario de la teoría de los límites internos rechazará tendencialmente las teorías de la jerarquía (y el peso) en su primera y segunda versión, y que apoyará, en cambio, la tercera. Según tal asunción, como parece que se podría decir, apoyará algún tipo de procedimiento objetivo que permita concordar o armonizar los derechos. No obstante, también un partidario de la teoría de los límites externos podría apoyar la tesis según la cual todos los derechos tienen la misma jerarquía y el mismo peso (en suma, el mismo valor); y, sin embargo, sostener que es por eso mismo que se producen conflictos que provocan sacrificios: podría decir que es el propio “peso igual” lo que impide inclinar la balanza, constriñendo a quien decide a “añadir peso” a un derecho, o bien a “restárselo” a otro, de manera que se puedan resolver los conflictos. Por último, también un prosélito de la teoría de los límites externos podría rechazar la tesis del peso y jerarquía igual de los derechos, lo que implicaría —según la visión de los teóricos de los límites internos— el rechazo de un supuesto contenido “justo” de los derechos, además de la reducción de los derechos fundamentales a la deriva de las ponderaciones. Esto se podría sostener, salvo que se considere la apuesta por el “contenido esencial absoluto de los derechos”. En esta última hipótesis se podría sostener que el teórico de los límites externos, así como el teórico de los límites internos, se unen en la búsqueda de un contenido “correcto” necesario, sea éste general, sea solamente esencial. A fin de cuentas, tampoco en esta parte las dos posturas son definitivamente disímiles.

57

X. Críticas a las diferentes posiciones

Voy a sostener en este apartado que todas las posiciones implicadas en el debate sobre los conflictos crean problemas de diferentes tipos y que pueden ser objeto de algunas críticas sobre su corrección o relevancia para el debate sobre “el problema del conflictivismo”.

1. Teorías de los límites y teorías del contenido esencial

Ya la noción misma de “esencia” es del todo vaga y difícil de definir, lo cual crea a priori algunos problemas. Me explico: la teoría absoluta del contenido esencial sostiene que es posible establecer –y que existe– un “núcleo duro” de cada derecho fundamental. Dicho “núcleo duro” es el “contenido esencial absoluto del derecho”. Pero no queda claro cuál sería la forma de identificación del contenido de dicha “esencia (absoluta)”. Se impone, entonces, preguntarse si fuera de ciertos contenidos comunes (y obvios) de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales, esta posición es capaz de identificar sistemáticamente como parte del “contenido esencial” a algunos ámbitos que resultan más difíciles de encasillar. Si no es posible determinar este “núcleo” más allá de tales contenidos comunes, esta posición sirve para bien poco: sería, entonces, trivial. Si se piensa, en cambio, en la teoría relativa del contenido esencial, es fácil darse cuenta de que el hecho mismo de someter los posibles “contenidos esenciales” a la movilidad que resulta de las diversas ponderaciones, hace que la propia noción de “esencialidad” resulte del todo superflua. Podría decirse que, dada esta posición, el “contenido esencial” está de más, y que entonces no sirve como elemento relevante para la discusión:⁶² resultando, así, también trivial. Por último, el principio de inalterabilidad de los derechos –atado a la teoría de los límites internos– supone, al menos en una de sus versiones, la tesis de la corrección en sentido fuerte (i.e., la tesis que asume que para todos los casos hay una única respuesta correcta). Dado esto, se impone cuestionarse si tal cosa es posible; pero no sólo eso, porque incluso asumiendo que sea posible, aún cabe preguntarse: ¿cómo podremos saber que en efecto hemos atinado a esa respuesta correcta, justa y del todo razonable (al contenido objetivo del derecho)? ¿Quién podría dar fe última de que en efecto esto ha resultado así? Inclusive si se admitiera esta posibilidad, tal asunción produciría un problema ulterior: los jueces jugarían el papel de la “boca de la ley”, no importa si natural o simplemente fundamental en un Estado constitucional. La cuestión relevante es que si a los jueces se les pide “acertar” en el contenido “verdadero” de los derechos, se les pide lo mismo que la mayoría de estos autores critican de una versión por lo demás arcaica del formalismo.

58

2. Teorías especificacionistas e infraccionistas

Ambas posiciones (especificacionismo e infraccionismo) adolecen de algunos defectos. Para empezar, ¿es posible determinar claramente la distinción entre infracciones y violaciones? De ser así, ¿tal distinción está bien trazada? Creo que una

⁶² Pintore, A. “Democrazia e diritti. Sette studi analitici”, Pisa, ETS, 2010, pp. 148 y ss.

respuesta a estas cuestiones es negativa. Si se pudieran plantear criterios claros de distinción para separar infracciones de violaciones, esta posición podría ser de ayuda, aunque no se entiende en qué sería diferente de una teoría que admita, simplemente, violaciones o restricciones legítimas e ilegítimas. (Al menos a primera vista no parece sino un problema verbal). Los infraccionistas, en todo caso, pretenden trazar una línea con base en la hipótesis de la justificación moral. Pues bien, este criterio no aparece del todo bien delineado: las justificaciones morales para una supuesta infracción (o para una violación “justificada”, si se quiere) podrían ser muchas y de diversa naturaleza, según la perspectiva de justificación moral que se adopte. Por ejemplo: ¿debemos entender que estamos autorizados (i.e., moralmente justificados) para torturar a un posible terrorista a fin de que nos revele la ubicación precisa de una bomba, evitando así una tragedia para muchos civiles inocentes? Si lo hacemos –en la hipótesis de que estemos moralmente justificados para hacerlo–, ¿estamos infringiendo un derecho? De ser el caso, ¿le deberemos alguna compensación al terrorista? Si, en cambio, no estamos moralmente justificados para hacerlo, se entendería que, sin más, estamos violando el derecho a no ser torturado del presunto terrorista. En esa hipótesis, este sería un derecho (a no ser torturado) “sin posibilidad de infracciones”. Un derecho que “es o cumplido o violado”. Ahora bien, el problema de si se está o no se está autorizado moralmente (si se cuenta o no con una justificación moral) pasa, en buena parte, por la posición que se adopte según los casos: Moore, por ejemplo, diría que en un caso como el presentado aquí, estamos moralmente autorizados a torturar. La Torre, por otro lado, lo rechazaría.⁶³ Para Moore –si uno toma en cuenta la perspectiva infraccionista– tal no sería sino una infracción. Para La Torre, en cambio, una violación. Y eso que ambos son deontologistas (aunque La Torre llame a Moore “deontologista del umbral”, por lo que lo acusa de consecuencialista). ¿Cómo trazar la línea divisoria entre infracciones y violaciones de modo que resulte relevante para el debate? Es una cuestión que permanece aún en la obscuridad y que, por otro lado, la “justificación moral” no ayuda a disipar, sino a complejizar. En todo caso, se puede pensar en una interpretación algo más caritativa del infraccionismo. Así, se puede afirmar que es cierto que nuestras intuiciones morales nos hacen pensar que en el caso del niño (propuesto por Thomson), así como en el de la cabina (de Feinberg), en el del pastel en la ventana o en el de la tabla de Carnéades (así como en otros similares), habría razones de justicia para justificar las acciones de los “infractores” de derechos. Aunque también es cierto que basta poco para complicar los planteamientos de esta posición. En efecto, bastaría añadir al ejemplo de Thomson un factor para poner en entredicho el límite de las infracciones y las violaciones de derechos: supóngase que la

59

⁶³ Véase respectivamente, Moore, M. “Torture and the Balance of Evils”, en «Israel Law Review», 23, 1989, pp. 280 y ss; y La Torre, M. “La Giustizia della Tortura: variazioni sul tema”, en «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», XLIV, 1, 2014, pp. 3 y ss.

60 medicina que debe tomar el niño del ejemplo –aquella que se encuentra en la caja que es propiedad de una tercera persona– es, efectivamente, la única existente, pero que su propietario es padre de otro niño que tiene la misma enfermedad. La persona que destruya la caja para salvar la vida del primer niño –suponiendo que no supiera de la enfermedad del segundo–, ¿será aún un “infractor” de derechos o será un “violador” de aquéllos? Sus razones y su justificación habrán sido las mismas (i.e., salvar al niño de una muerte segura, pensando de buena fe que podría tomar la pastilla sin dañar más que la propiedad de otro), pero el resultado es del todo más complejo. Más aún, en un caso concreto, un juez podría siempre fijar los límites de las infracciones o de las violaciones “más acá o más allá”, y nada garantiza que lo que un juez identifique como infracción sea lo mismo que identifique otro. Thomson, en su ejemplo, identifica a las infracciones según un criterio valorativo que implica, en último término, que el propietario de la caja tenga un derecho de propiedad muy restringido sobre ésta y sobre su medicina. Pero esto crea un problema para el infraccionismo: así como los especificacionistas están obligados a encontrar las cláusulas exceptivas del caso, los infraccionistas deben identificar los casos de infracción, y esto deja a las dos teorías en la misma posición.⁶⁴ Suena una misma sinfonía: así planteada la cuestión, el infraccionismo no es sustancialmente diferente del especificacionismo, ni parece diverso de la caracterización de Wellman sobre las excepciones “a menos que” de los derechos. En ese sentido, éstas no parecen tanto dos posiciones diferentes cuanto dos aspectos diversos de una misma posición. El ataque infraccionista, que dice que el especificacionismo falla al pretender identificar todos los escenarios de excepción –siendo prácticamente imposible conocerlos todos hasta poder definirlos en todos los casos– que deja al especificacionismo en la tarea de poder identificar a los derechos sólo a posteriori,⁶⁵ no justifica o no atribuye razón al infraccionismo que, a fin de cuentas y todo considerado, termina haciendo lo mismo. Por otra parte, tal objeción es imprecisa: ni el especificacionismo espera llegar en todos los casos a una especificación última en donde no se pueda contar con otra cláusula exceptiva si cambian las condiciones, ni siempre se ve constreñido a la especificación: tal cosa se debe hacer –siempre en perspectiva especificacionista– sólo en los casos en que las cláusulas exceptivas sean aplicables (si dichas cláusulas no han de aplicarse se ha de considerar al derecho “ya suficientemente especificado”).⁶⁶ En suma: es verdad que no

⁶⁴ Shafer-Landau, R. “Specifying Absolute Rights”, en «Arizona Law Review», 37, 1995, p. 215.

⁶⁵ Shafer-Landau, R. “Specifying Absolute Rights”, en «Arizona Law Review», 37, 1995, pp. 210-214.

⁶⁶ Piénsese en Wellman (1995) cuando habla de las excepciones “a menos que”: yo tengo un derecho a la vida en sentido absoluto, salvo que (por ejemplo) amenace la vida de otro, en cuyo caso cabría la cláusula exceptiva x, y así por el estilo. Si no amenazo la vida de nadie, no se aplica la cláusula y mi derecho a la vida ha de considerarse tal (o sea “ya suficientemente especificado”), *ceteris paribus*.

parece posible identificar todas las excepciones “a menos que” de los derechos (todas las condiciones en que una norma debería considerarse derrotable, si se quiere), ni se puede trazar nítidamente una distinción entre infracciones y violaciones, así como no parece posible ubicar en los casos concretos todas las propiedades relevantes de los principios idealmente reformulados a falta de una tesis de relevancia última, y es ésta, justamente, la crítica de Celano a la propuesta de Moreso.⁶⁷

3. Sobre monismo y pluralismo de los valores

Como dije antes, el monismo ético no puede excluir, en escenarios de excepción, situaciones conflictivas prácticas. El monismo es una propuesta normativa que ofrece un criterio para dirimir todos los conflictos, sean “aparentes” o “reales”. En realidad, importa más lo primero que lo segundo: que el monismo pretenda brindar un criterio (último e ideal) de solución para los casos conflictivos es independiente de si los conflictos son o no “genuinos”. Podrían serlo, la cuestión decisiva es que bajo el enfoque monista tales conflictos son resolubles a través de la matriz del valor mayor. Así mirado, la “genuinidad” de los conflictos es cosa secundaria. Lo dije antes: el supuesto valor último a adoptar (cualquiera que sea, según las diversas concepciones) puede llegar a considerarse como un ideal regulativo dependiendo de la posición (meta)ética de los intérpretes en los casos “iusfundamentales”. Y si esto es así, el monismo ético no es tanto una posición sobre la existencia o inexistencia de conflictos entre derechos fundamentales, sino un posible criterio para su resolución.

En cuanto al pluralismo, la cuestión pasa por la afirmación de la heterogeneidad de los valores, de los deseos y de las metas de los distintos individuos: en general, de sus diversos planes de vida y de las diferentes concepciones sobre el “bien”. Se afirma que ésta es una característica de las sociedades (occidentales) contemporáneas: que serían, por esto, individualistas (no organicistas). Las personas, en los Estados contemporáneos, según la concepción liberal, tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad y a elegir libremente su plan de vida, y está claro que en un entorno de ese tipo se producen conflictos entre los distintos ideales de vida. Para los pluralistas, esto supone también la existencia de conflictos entre los diferentes derechos fundamentales. Ahora bien, como ya se vio, la tesis pluralista es también compatible con una visión según la cual, no obstante la heterogeneidad de los valores, estos conforman (o pueden conformar si son “correctamente” interpretados) un todo orgánico consistente y libre de conflictos. Aun así, la concepción estándar y originariamente pluralista sostiene exactamente lo contrario: «hay una pluralidad de valores universales que son a la

⁶⁷ Celano, B. “‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisione stabile”, en «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 34 y ss.

vez conflictivos e inconmensurables».⁶⁸ Se supone, así, que un sistema cualquiera en donde se deba conmensurar lo inconmensurable no puede ser sino conflictivo. Sin embargo, ¿los conflictos entre valores implican, necesariamente, los conflictos entre derechos? O bien, cuando hablamos de conflictos entre valores, entre concepciones del bien, entre planes de vida diferentes, etc., ¿hablamos también de conflictos entre derechos? A ojo de buen cubero se podría decir que sí: los ordenamientos jurídicos actuales, cuya inspiración –en cuanto hijos de la concepción liberal– se reconduce al pluralismo, aceptan el conflicto como un fenómeno fisiológico (no patológico), en ausencia del cual no se podría dar aquello que Bobbio llamaba “fecundidad del antagonismo”.⁶⁹ Visto esto, se podría decir que también entre derechos fundamentales se dan conflictos. Estas observaciones, en principio incontestables, crean, sin embargo, una inquietud ulterior: ¿está la analogía bien construida (es necesaria)? Mi respuesta es que no: una cosa son los conflictos entre valores, los dilemas morales y los conflictos prácticos y –creo que se puede sostener– otra cosa son los conflictos entre derechos.⁷⁰ Por ahora basta decir que está claro que los casos referentes a derechos no son reducibles ni a los conflictos prácticos ni a los dilemas morales, como tampoco a los conflictos valorativos en general: hay muchos conflictos (prácticos, morales, valorativos) que nada tienen que ver con los derechos fundamentales, así como hay conflictos entre derechos que raramente crearían –a ojos de un moralista– dilemas genuinos. Más aún, se suele considerar que los derechos son independientes de nuestras valoraciones morales particulares: v.gr., en un ordenamiento jurídico en donde se considere al aborto (en ciertos casos, dadas ciertas condiciones) como un derecho fundamental, tal ha de considerarse de ese modo (para ese ordenamiento) con independencia del acuerdo o desacuerdo moral sobre la cuestión. Y esto sin negar que en un caso como éste se presente un conflicto práctico, un dilema moral o un conflicto valorativo (que persiste a la resolución jurídica del conflicto: sería, de hecho, muy peligroso para la moral que el derecho se atribuyera la autoridad final para poder resolver o disolver los dilemas morales o los conflictos valorativos de modo definitivo). Cuando en *Roe v. Wade* (1973) la Corte Suprema de los Estados Unidos de América dice: «nuestra tarea es resolver la cuestión desde criterios constitucionales, al margen de las inclinaciones personales y de las pasiones», dice que el conflicto moral persistirá fatalmente, aunque no, como es obvio, el conflicto jurídico. En suma, cuando los pluralistas hablan de “conflicto entre derechos”, ¿a qué conflictos se refieren? Está claro que desde el punto de vista moral somos diversos (poseemos

62

⁶⁸ Spector, H. “Value Pluralism and the Two Concepts of Rights”, en Baurmann M., Lahno B. (eds.), *Perspectives in Moral Science*, 2009, pp. 355 y ss.

⁶⁹ Bobbio, N. “Liberalismo y democracia”, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2013 (ed. or. *Liberalismo e democrazia*, 1986), p. 28.

⁷⁰ Si bien en algunos casos podrían coincidir.

concepciones diferentes sobre el bien), aunque, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la “calificación” de una determinada conducta como “derecho” depende –en parte al menos– de la determinación de su contenido mediante el ejercicio de los poderes de producción y aplicación del derecho. Nuevamente, nadie duda que en un caso sobre tortura –como el ya presentado en este trabajo– se encuentra en juego la integridad física del presunto terrorista así como la integridad personal y la vida de muchas personas (además del dilema moral que afrontará el agente sobre la admisibilidad de torturarlo o no). Pero, aun así, en la mayoría de los ordenamientos la prohibición de la tortura es absoluta (independiente absolutamente de todas nuestras valoraciones morales o de los casos) e inderrotable (no sujeta a excepciones implícitas o explícitas). Para el enfoque específicamente jurídico (en los ordenamientos donde así se prevea), este constituye un derecho pleno: el derecho del terrorista a no ser torturado. Esto no anula o no disuelve el conflicto moral que se produce sobre la admisibilidad o no de la tortura: intuitivamente se podría decir que estaríamos moralmente justificados si decidimos torturar al presunto terrorista porque podríamos salvar la vida de –por hipótesis– miles de personas inocentes. En este sentido, la respuesta a la pregunta: “¿estamos autorizados a torturar a alguien en estas condiciones?”, produciría un resultado aparentemente contradictorio: moralmente sí, jurídicamente no. En cualquier caso, el dilema moral subsistiría, aunque jurídicamente resultaría inderrotable (y por ende no enfrentado a otras reglas o principios). Éste es, sin embargo, sólo un caso: la mayoría de normas (también las que tienen que ver con derechos) se consideran –en los ordenamientos jurídicos contemporáneos– derrotables. En tales casos (y en otros), el conflicto entre valores –así como los dilemas morales o conflictos prácticos– se considera como equivalente a los conflictos entre derechos (si por derecho se entiende no ya una conducta determinada, sino un valor, una opción valorativa, etc.), pero esta equiparación, como se ha visto, no es necesaria: bien pueden darse normas no antinómicas que correspondan a otros tantos derechos, y puede haber derechos que, aún en conflicto con determinadas visiones morales, no tengan (en ese sistema) relaciones antinómicas con otras normas.

63

4. Sobre las teorías coherentistas y no-coherentistas

Como ya había dicho, se deben diferenciar dos tipos diversos de coherentismo: uno lógico (formal) y otro práctico (material). Según el primero, no se dan soluciones contradictorias dentro de un sistema jurídico (en nuestro caso, no se dan soluciones contradictorias entre los diferentes derechos). Conforme al segundo, los derechos fundamentales son (siempre, o casi siempre) prácticamente compositivos: de modo que dado un sistema jurídico *x* no se requieren, para ese sistema, pares de conductas prácticamente incompatibles (al menos a nivel abstracto). En el primer caso, se

debería demostrar que entre los derechos no se dan incompatibilidades según las soluciones normativas que ofrece el mismo sistema. En el segundo caso, se debería demostrar que los derechos fundamentales exigen (siempre, o casi siempre) conductas prácticamente compatibles, aun si no lo son las soluciones normativas ofrecidas por el sistema. En el primer caso, la coherencia es un punto de partida, en el segundo, un punto de llegada.

En cuanto a la coherencia formal, por hipótesis, se podría decir que un sistema ideal estaría libre de contradicciones, mientras que un sistema no ideal no lo estaría. Sin embargo, es un truísmo afirmar que en los sistemas jurídicos normalmente se dan antinomias. Una tesis que intente defender un «principio lógico-jurídico de no contradicción» –como el que propone Toller⁷¹ es banalmente falsa. Es más, es dudoso que aun el sistema moral más “perfecto” esté libre de contradicciones. Tanto más esto es así en cuanto a los sistemas jurídicos, que son el producto de una actividad cooperativa: de las acciones intencionales y, también, no intencionales de los operadores jurídicos.⁷² La única forma posible para que un sistema de derechos –perteneciente a un sistema jurídico– sea así de armonioso, sería que fuese el producto de una mente perfecta; pero esto es, antes que nada, implausible e indemostrable, además de que choca con una realidad diferente. Toller sostiene que «el ser derecho no se opone al ser derecho»,⁷³ en términos generales. Y, en particular, que en el ámbito de los derechos fundamentales no se dan conflictos (colisiones, contradicciones), porque –según él– esto violaría el principio lógico de no contradicción (en virtud del cual dos afirmaciones contradictorias no pueden ser, ambas a la vez, verdaderas).⁷⁴ Siendo lo segundo una supuesta consecuencia de lo primero. Estas dos tesis son, sin embargo, implausibles. Me atrevo a decir que el extenso trabajo que Toller dedica a este tema (2013) no sería aceptado con facilidad por un lógico (aun cuando el trabajo sea presentado, justamente, como una defensa lógica del anti-conflictivismo). Toller no diferencia, por ejemplo, alético de deóntico,

64

⁷¹ Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 553 y ss.

⁷² Barberis, M. “Contro il creazionismo giuridico”, en «Quaderni fiorentini», XLIV, 2015, pp. 67 y ss.

⁷³ Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 552 y ss.

⁷⁴ Serna, P. y Toller, F. “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos”, Buenos Aires, La Ley, 2000; y Toller, F. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al balancing test”, en Ferrer Mac-Gregor E. (ed.), *Interpretación constitucional*, vol. II, México, Porrúa, 2005; 2012; 2013.

lógica de proposiciones de lógica de normas, normas de proposiciones normativas.⁷⁵ Me concentraré en la última distinción: entre las normas y las proposiciones normativas hay una diferencia decisiva que Toller no tiene en cuenta; esto es, la posibilidad de que de ellas se pueda predicar o no su verdad o falsedad. Pues bien, como principio general, sobre las prescripciones no se puede predicar la verdad, sino solamente sobre las descripciones. Y en esto radica, en este sentido, la diferencia entre una norma y una proposición normativa: la descripción de una norma (i.e., una proposición normativa) nos permite hablar en términos de verdad o falsedad si lo que estamos haciendo es describir la existencia de una norma (que es, por así decirlo, el objeto de nuestra descripción), pero esta misma norma no podrá ser verdadera o falsa (podrá decirse que es válida o inválida, justa o injusta, etc.). Toller mezcla y confunde todas estas categorías,⁷⁶ haciendo su discurso oscuro y –paradójicamente, por la finalidad de su trabajo– contradictorio. Incluso porque a pesar de que él mismo acepta el principio de no contradicción como universalmente válido, luego establece excepciones que, según él, el mismo Aristóteles no habría advertido,⁷⁷ aplicando el principio de forma bastante maleable.⁷⁸ La primera tesis de Toller: que el (ser) derecho no se opone al (ser) derecho, está viciada por una falacia de equivocación, porque no hace sino reproducir la ambigüedad de los enunciados deónticos. La segunda: que no se dan “verdaderos” conflictos entre derechos porque esto violaría el principio de no contradicción está, en cambio, viciada por una forma de falacia naturalista (derivar del “deber ser” el “ser”). En todo caso, se supone que el objetivo de Toller sería decir (por ejemplo) que si existe una norma que prohíbe la eutanasia, no puede existir al mismo tiempo una que la permita. No se ve por qué tal cosa tenga que ser así. En efecto, está claro (es también un truismo) que en un sistema jurídico pueden verificarse, además de aquellas parciales, normas antinómicas totales según las cuales un mismo sujeto (o una clase de sujetos) tienen y no tienen un derecho a algo: por la existencia, justamente, de normas antinómicas totales. Una tesis como la de Toller no es en absoluto lógica, es simplemente ontológica; y presupone, así planteada, que el legislador no puede contradecirse (que en los sistemas jurídicos, en suma, no se dan

⁷⁵ Al respecto, vid., al menos, Guastini, R. “Interpretare e argomentare”, Milano, Giuffrè, 2011, Cap. II, Parte III; y, Echave et al. 1983.

⁷⁶ Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 553.

⁷⁷ Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 565.

⁷⁸ Es decir, Toller no se compromete en todos los casos con las premisas que el mismo declara aceptar *ad initium*.

contradicciones). Pero, como puede verificarse en cualquier ordenamiento jurídico, el legislador (también el constituyente) se contradice, y lo hace frecuentemente: basta la constatación de este fenómeno para rechazar cualquier tesis sobre la ausencia de soluciones contradictorias en un sistema jurídico, o en una parte o rama de aquél. Téngase en cuenta que el hecho de que una antinomia se pueda resolver por parte de un intérprete no supone que no haya existido, efectivamente, tal antinomia; supone nada más que la misma ha sido solucionada. En otras palabras, una cosa es el criterio de identificación de una antinomia y otra cosa es que sea resoluble, y cómo;⁷⁹ pero tampoco Toller diferencia claramente puntos de partida de puntos de arribo.⁸⁰

En cuanto a la “hipótesis de la coherencia práctica” de los derechos fundamentales, se pueden realizar también algunas observaciones. Antes que nada, la “hipótesis de la composibilidad” parece ser trivial (y podría llevar a conclusiones absurdas) para los efectos de la demostración de una supuesta concordancia entre los derechos. Me explico: la idea de que los derechos son “siempre composibles”, o sea que no se requieren pares de conductas efectivas incompatibles entre ellas, admite una serie inagotable de variables que van más allá de cualquier intento de compaginación. Es cierto, pues, que son “siempre composibles” pero de los modos más abigarrados. Es más, se puede decir que cualquier conducta (acción u omisión) es prácticamente “componible” con cualquier otra en la medida en que ambas puedan coexistir: toda conducta, en términos intersubjetivos, convive de hecho con las de los demás, pero tal cosa es independiente de una posible armonía entre las diferentes conductas o entre los diferentes derechos. La “hipótesis de la composibilidad” sin una hipótesis ulterior sobre la consistencia y la armonía de los derechos, carece de todo sentido. Aun así, como ya ha quedado señalado, la tesis de la necesaria coherencia (la ausencia de soluciones contradictorias) es implausible; aparte de que no reconstruye la práctica de los tribunales en los casos “iusfundamentales”, sino que expresa los deseos o aspiraciones de quienes defienden esta doctrina. Ciertamente, se podría tratar de “compaginar” las conductas protegidas por los diferentes derechos para que no se produzcan, en lo posible, sacrificios en el bienestar de las personas. Tal puede ser un ideal a perseguir. Aunque, lamentablemente, tal cosa no basta para un enfoque de teoría general del derecho.

Sobre el no-coherentismo de Celano, en cambio, tengo que hacer solamente unos comentarios marginales: antes que nada, quisiera reproducir la misma

⁷⁹ Bobbio, N. “Saggi sulla scienza giuridica”, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 63 y ss.; y “Studi per una teoria generale del diritto”, 2da. ed., Torino, Giappichelli, 2012, pp. 79-99.

⁸⁰ Tengo que aclarar que debo a Toller mi curiosidad por el “problema del conflictivismo”. Toller fue mi profesor en la Universidad Austral, y aún hoy lo considero una guía y, a título pleno, un maestro. Sin embargo, mis ideas sobre las tesis de Toller han cambiado. Un trabajo que escribí a este respecto (Maldonado Muñoz 2013) seguía, en parte al menos, la posición de Toller & Serna. Hoy encuentro esta posición del todo implausible (al menos en términos estructurales, por decirlo de algún modo), por lo que ese trabajo mío debería ser, según me parece, olvidado.

observación que Pozzolo realiza en el prólogo a la edición 2002 de *Analisi e diritto: la legge e i diritti*,⁸¹ en cuanto Celano habla frecuentemente de presuposiciones de “razonabilidad” o de “sensatez” que conducirían a la conclusión conforme a la cual la conflictividad entre los derechos es inevitable en una disciplina constitucional de los derechos;⁸² pero «“razonable” y “sensata”, ¿en qué sentido?», se pregunta Pozzolo.⁸³ A manera de ejemplo: ¿por qué “razonablemente” deberíamos arribar a especificaciones conflictivas entre sí y no a otras que no lo sean cuando concretizamos unos derechos?⁸⁴ ¿Qué significa, en ese contexto, “razonablemente”? Pero esta es una objeción, vuelvo y repito, marginal. No obstante, tengo otra que considero algo más relevante para los efectos de este debate: si bien estoy de acuerdo, en general, con los argumentos de Celano, pienso que hay un problema con su tratamiento de la cuestión, y es que él usa el vocablo “conflicto” en sentidos muy diversos, que no siempre diferencia y que sugieren conflictos asimismo diversos: a veces en un sentido político-ideológico, otras veces en un sentido moral, otras en un sentido jurídico (que admiten, a su vez, formas diferentes de ser caracterizados)... Todas estos sentidos de conflicto merecerían ser distinguidos, de manera que ciertas confusiones puedan ser evitadas. Por supuesto, ahora mismo no puedo ahondar en este asunto, dado que merece un desarrollo extenso; aunque, en todo caso, al final de este trabajo los dejo someramente enunciados.

67

5. Sobre la jerarquización y el peso

No hay razones lógicas para defender la existencia de jerarquías fijas e inmóviles entre los derechos o los principios constitucionales. Cualquier jerarquización pétreo es producto solamente de una estipulación o de opciones ideológicas. Vale lo mismo para cualquier jerarquía fija: si en un caso en donde dos partes reivindicán, el uno la libertad de prensa, y el otro el derecho al honor, un juez decide –con base en la doctrina de las libertades preferidas– tutelar el primero, está claramente tomando posición por una opción dogmática. No hay aquí descripción alguna de un estado

⁸¹ En donde apareció publicado originalmente *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*.

⁸² Celano, B. “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho”. In *Id.* 2009. *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. *Diritti fondamentali e poteri di determinazione dello Stato costituzionale di diritto*, «Filosofia Politica», 19, n. 3, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi), p. 203.

⁸³ Pozzolo, S. “La legge e i diritti”, en *Id.*, *Analisi e diritto: la legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 5.

⁸⁴ Celano, B. “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho”. In *Id.* 2009. *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. *Diritti fondamentali e poteri di determinazione dello Stato costituzionale di diritto*, «Filosofia Politica», 19, n. 3, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi), p. 200.

de cosas ya dado. La jerarquización (categorization of rights) es una construcción ideológica que admite diversas jerarquías, según quien las “componga”: si hoy cierta jurisprudencia sigue una doctrina, mañana podrá seguir la opuesta. Una tesis diferente, que defienda una jerarquía fija no ideológica, sino teórica, una especie de ordenación espontánea, pétrea e inmóvil de los valores, los principios o los derechos, es del todo implausible (y seguramente impracticable).

En cuanto a las jerarquías móviles, hay algunos apuntes que hacer: en los casos concretos, como se puede verificar en cualquier tribunal, los intérpretes deciden aplicar un determinado principio en lugar de otro. En ciertos casos, esta decisión podría implicar una jerarquía axiológica –y en esto tiene razón Guastini– en la medida en que los intérpretes establezcan una prevalencia axiológica ad casum de un principio sobre otro. Aun así, no queda claro cómo funciona la jerarquía móvil (también la axiológica) en los casos en que existe un solo principio aplicable (un caso típico de conflicto intra-rights), como se daría en una hipótesis de legítima defensa o estado de necesidad con respecto al derecho a la vida de dos personas distintas.⁸⁵ No hay posibilidad de establecer una jerarquía si se presenta un solo principio; de modo que cualquier preferencia, cualquier decisión de los intérpretes, no podrá estudiarse en términos de relaciones jerárquicas: un mismo principio no puede ser a la vez superior e inferior a sí mismo. Más allá de esto, el problema de la jerarquía ad casum, aparte del aspecto axiológico que no está en discusión, no parece tener asidero: si dos principios son invocados en el mismo litigio –y se supone que se encuentran en contradicción–, desde el momento en que el juez escoge o no calificar una conducta como “derecho”, el principio al que éste se refiera tendrá una relación con el caso (habrá sido elegido como el principio “aplicable”, conforme a la decisión del juez). El otro principio, para los efectos jurídicos, ocupará la misma posición –desde el punto de vista de su valor para el caso o desde el punto de vista lógico– que cualquier otro principio extraño al caso: ninguna. Si, verbi gratia, para un juez, el principio que protege la libre expresión se puede concretizar en una norma que permita el discurso de odio, entonces el principio que protege el honor de los afectados no será (según la decisión) el principio aplicable al caso: estaríamos hablando de un caso de libre expresión, no de uno de honor (o de cualquier otro principio extraño al caso). Podría pasar exactamente lo inverso (que el juez se decida por el otro principio), obviamente, pero el ejemplo, en sustancia, sería el mismo. Me explico mejor: un caso en que dos partes reivindiquen, respectivamente, un principio relativo a la libre expresión, y otro referente al honor, pretenderán –por hipótesis– que se reconozca que del principio P1 se puede extraer una norma N1 por la cual el discurso de odio está permitido, o que del principio P2 se puede extraer una norma N2 por la cual el discurso de odio está prohibido (tal parece haber sido el caso de

68

⁸⁵ Pino, G. “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”, en «Doxa», N° 32, 2009, p. 658.

Brandenburg v. Ohio (1969) en la Corte Suprema de Estados Unidos). En esta hipótesis, N1 y N2 no son normas vigentes del ordenamiento jurídico: no se da, entonces, una antinomia (en términos del sistema) entre ellas. Pues bien, si el intérprete decide que N1, el principio aplicado en el caso es P1. Si decide que N2, el principio será P2. No hay razón, sin embargo, para decir que entre N1 y N2 haya algún tipo de jerarquía, pues el caso no es un caso de N2, en la primera hipótesis, y no es un caso de N1, en la segunda. Por otra parte, se dan casos en que los jueces consideran aplicables, a la vez, dos (o más) principios, cuando realizan ponderaciones múltiples.⁸⁶ Una jerarquía entre los principios, en ese supuesto, no parece posible: a menos que se hable de una jerarquía móvil que sea a su vez móvil, pero también aquí se repite el fenómeno anterior: las normas que se pueden “extraer” de los principios reivindicados en un caso N1, N2, N3, etc., se refieren a conductas diversas en contenido sin que se pueda decir, según creo, que entre ellas se dé algún tipo de jerarquía, justamente porque el intérprete puede “componer” en modos diversos la decisión del caso.

Por último, sobre el enfoque teórico que sostiene que todos los principios (o bien todos los derechos) tienen la misma jerarquía y el mismo peso, se puede decir lo siguiente: si entendemos que todos los principios de la constitución referentes a derechos fundamentales son de la misma jerarquía en el sentido de que pertenecen a la misma norma del sistema jurídico, entonces la hipótesis de la igual jerarquía es correcta. Si esto es así, la jerarquía igual supone la imposibilidad de aplicación de los criterios de *lex superior* y *lex posterior*, así como el de competencia. Quedaría, entonces, la posibilidad de asumir que entre éstos se puede aplicar –al menos en ciertos casos– el criterio *lex specialis* (cuestión aceptada, por ejemplo, por Guastini, pero también por Ferrajoli,⁸⁷ aun cuando su diagnóstico sobre el “problema del conflictivismo” sea diverso). De todos modos, como bien se sabe, hay normas en materia de derechos fundamentales que constan en cuerpos jurídicos diversos de aquel constitucional; normas que son jerárquicamente inferiores (y que están sujetas a otros sistemas de revisión: el de constitucionalidad como el más importante) aun cuando ambas se refieran a la misma materia. En cuanto al “peso igual” de los derechos, no creo que se deba profundizar tanto en algo que aparece como obvio: el “peso” no es sino una metáfora. Y dado que es sólo eso, se puede usar también para representar la necesidad de “inclinarse la balanza”. Si el peso igual puede considerarse –metafóricamente– un buen punto de partida, no tiene por qué considerarse un buen punto de llegada: si inicialmente dos derechos “pesan lo mismo”, pueden no hacerlo al final.

⁸⁶ Barberis, M. “Manuale di filosofia del diritto”, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 253 y ss; Sardo, A. “Teorías de la ponderación: análisis crítico”, en Grández P., Morales F. (eds.), La argumentación jurídica en el Estado Constitucional, Lima, Palestra, 2013, pp. 249 y ss.

⁸⁷ Burazin, L. “Antinomies Between Implicite Legal Principles: A solution to the Total-Partial Antinomy”, en Jovanovic M., Himma K.E. (eds.), Courts, Interpretation, The Rule of Law, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, pp. 167 y ss.

XI. Palabras finales

He llegado a este punto habiendo recorrido un camino sinuoso y lleno de vericuetos, pero creo que ha sido fructífero en la medida en que –según me parece– dos cosas han quedado claras: (i) el “problema del conflictivismo”, el debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas, no corresponde en absoluto a una discusión unívoca entre dos tesis unidimensionales; al contrario, se refiere a una serie heterogénea y multidimensional de debates diversos; y, (ii) la contraposición entre las posiciones conflictivistas y anti-conflictivistas, no siendo unívoca e unidimensional (siendo heterogénea y multidimensional), no corresponde, tampoco, a una serie de posiciones necesariamente consistentes o coherentes entre ellas. Por el contrario, corresponde a una serie de teorías y de tesis variopintas; llenas, por otra parte, de posibles incompatibilidades. Estudiar el “problema del conflictivismo” como si correspondiera a dos posiciones unidimensionales o consistentes puede llevar a conclusiones desencajadas, o a simples disputas verbales (como se ha visto, tal cosa no es infrecuente en el debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas). El mismo hecho de que en la mayoría de los casos no quede claro en qué sentidos se habla de “derechos” y, sobre todo, de “conflictos”, puede conducir –de hecho, ha conducido– a equívocos en el debate. Las respuestas al mismo problema, pueden ser, entonces, diversas. Lo explica bien Comanducci:

70

A la pregunta: “¿existe compatibilidad o incompatibilidad entre derechos fundamentales?”, se puede dar respuestas diversas, y no necesariamente incompatibles entre ellas, según el nivel de análisis que se escoja, según las definiciones que se usen de “derechos fundamentales”, y también según lo que se entienda por (in)compatibilidad.⁸⁸

Visto así, un conflictivismo o un anti-conflictivismo desnudos no representan tanto dos posiciones teóricas, cuanto dos retóricas acerca de los derechos. Ahora bien, considero que este problema admite, al menos, tres respuestas con pretensiones descriptivas si se parte de una clasificación que me parece aceptable y que se expresa en la diferencia entre “derechos reivindicados”, “derechos reconocidos” (por el derecho positivo), y “derechos protegidos” (reconocidos por los intérpretes).⁸⁹ En cada uno de estos casos, el “derecho” corresponderá a una cierta conducta (de hacer o no hacer), que opera, en todo caso, a diferentes niveles (por lo que éstos no serán,

⁸⁸ Comanducci, P. “Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali, en Id., Guastini R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*”, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 317 y ss.

⁸⁹ Bobbio, N. “El tiempo de los derechos”, Madrid, Sistema, 1991 (ed. or. *L'età dei diritti*, 1965), pp. 13-24.

al mismo nivel, “derechos”). Los derechos reivindicados; esto es, en general, las pretensiones, se puede decir que suelen encontrarse frecuentemente en conflicto entre ellas: aquí el conflicto suele asumir la forma de conflicto práctico o, visto desde el punto de vista externo, de dilema moral; aunque puede tratarse solamente de un conflicto valorativo o de una forma de desacuerdo. En el caso de los derechos reconocidos; esto es, de las pretensiones justificadas (en normas positivas), se puede decir que el conflicto asume generalmente la forma de una antinomia. Este tipo de conflicto es algo frecuente, pero no tanto como aquel entre pretensiones; es decir, es eventual (aunque esto, por supuesto, es contingente). En el caso de los derechos reconocidos por los intérpretes; esto es, de las pretensiones protegidas, se puede decir que en último término no se dan conflictos entre los derechos, al menos en los casos puntuales: en esta visión, los derechos no se encuentran entre las premisas de un razonamiento, sino que constituyen su conclusión, de modo que de “derechos” se hablaría sólo después de la interpretación (auténtica), no antes. Esto último resultaría conceptualmente viable, aunque, en cierto sentido, banal para el desarrollo del debate. De estos breves apuntes puedo traer una conclusión apresurada: los derechos están (a veces) en conflicto entre ellos si se hallan entre las premisas de un razonamiento, y no lo están (en general) si son el resultado de éste. Todo esto, claro está, con independencia de su contenido.⁹⁰

XII. Bibliografía

Alchourrón, C. “Sobre derecho y lógica”, en «Isonomía», N°13, 2000.

Alexy, R. “Teoría de los derechos fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alexy, R. “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, en «Ratio Juris»”, 16, 4, 2003, pp. 433 y ss.

Alexy, R. “La fórmula del peso”, en Carbonell M. (ed.), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13 y ss.

Barberis, M. “I conflitti fra diritti: tra monismo e pluralismo ético”, en «Analisi e diritto», 2005.

⁹⁰ Este breve esbozo presentado aquí debería ser profundizado, además de que algunas distinciones deberían ser introducidas. Esto merecería, obviamente, un trabajo diferente a éste, cosa que en todo caso espero realizar en un futuro cercano.

Barberis, M. “Ética per giuristi”, Roma, GLF editori Laterza, 2006.

Barberis, M. “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, en «Doxa», 34, 2011.

Barberis, M. “Manuale di filosofia del diritto”, Torino, Giappichelli, 2011.

Barberis, M. “Contro il creazionismo giuridico”, en «Quaderni fiorentini», XLIV, 2015.

Baumann, P. y Betzler, M. “Introduction: Varieties of Practical Conflict and the Scope of Practical Reason”, en Id., Practical Conflicts. New Philosophical Essays, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Benditt T.M. 1982. Rights, Totowa, Rowman and Littlefield, 1982.

Bernal Pulido, C. “Estructura y límites de la ponderación”, en «Doxa», N° 26, 2003.

Bernal Pulido, C. “Une défense de la de la forme de raisonnement juridique du néoconstitutionnalisme, pro manuscripto”, 2015.

72 Berlin, I. “Two Concepts of Liberty”, en Id., Four Essays on Liberty, London, Oxford University Press, 1969.

Bin, R. “Diritti e fraintendimenti”, en «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15 y ss.

Bix B., Spector H. “Rights: Concepts and Contexts”, Farnham, Ashgate, 2012.

Bobbio, N. “El tiempo de los derechos”, Madrid, Sistema, 1991 (ed. or. L’età dei diritti, 1965).

Bobbio, N. “Saggi sulla scienza giuridica”, Torino, Giappichelli, 2011.

Bobbio, N. “Studi per una teoria generale del diritto”, 2da. ed., Torino, Giappichelli, 2012.

Bobbio, N. “Liberalismo y democracia”, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2013 (ed. or. Liberalismo e democrazia, 1986).

Bongiovanni, G. “Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas”, en «Ars Interpretandi», N° 10, 2006.

Borowski, M. “La estructura de los derechos fundamentales”, Bogotá, Universidad

- Externado de Colombia, 2003.
- Botterell, A. “In Defense of Infringement”, en «Law and Philosophy», 27, 2008.
- Burazin, L. “Antinomies Between Implicite Legal Principles: A solution to the Total-Partial Antinomy”, en Jovanovic M., Himma K.E. (eds.), *Courts, Interpretation, The Rule of Law*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014.
- Celano, B. “‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisione stabile”, en «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002.
- Celano, B. “¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?” in *Id. Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti? In S. Pozzolo (ed.), La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi).
- Celano, B. “Derechos, principios y valores en el Estado Constitucional de derecho: tres hipótesis de reconstrucción”. In *Id. 2009. Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Diritto e questioni pubbliche», n. 4, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi).
- Celano, B. “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho”. In *Id. 2009. Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (ed. or. *Diritti fondamentali e poteri di determinazione dello Stato costituzionale di diritto*, «Filosofia Politica», 19, n. 3, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi).
- Cianciardo, J. “El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- Comanducci, P. “Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali, en *Id., Guastini R. (eds.), Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*”, Torino, Giappichelli, 2004.
- Dworkin, R. “Justice for Hedgehogs”, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- Echave D.T., Urquijo M.E., Guibourg R.A. 1983. *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1983.

- Ekmekdjian, M.A. “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, en «El Derecho», 1985, pp. 114 y ss.
- Feinberg, J. “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, en «Philosophy & Public Affairs», 7, 2, 1978, pp. 93 y ss.
- Ferrajoli, L. “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en «Teoria politica», XVI, N° 6, 2000.
- Ferrajoli, L. “Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia”, Madrid, Ed. Trotta, 2011.
- Ferrajoli, L. “Dei diritti e delle garanzie: Conversazione con Mauro Barberis”, Bologna, Il Mulino, 2013.
- Finkelstein, C.O. “Introduction To The Symposium On Conflicts Of Rights”, en «Legal Theory», 7, 3, 2001.
- Finkelstein, C.O. “Two Men And a Plank”, en «Legal Theory», 7, 3, 2011.
- Finnis, J. “Natural Law and Natural Rights”, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- Gillman, H. “Preferred Freedoms: The Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence”, en «Political Research Quarterly», 47, 3, 1994, pp. 623 y ss.
- Gorra, D. “Crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: sistema de ponderación de principios”, en «Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica», N° 3, 2014.
- Griffin, J. “On Human Rights”, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Guastini, R. “Teoría e ideología de la interpretación constitucional”, Madrid, Trotta, 2010.
- Guastini, R. “Interpretare e argomentare”, Milano, Giuffrè, 2011.
- Guastini, R. “Applying Constitutional Principles”, pro manuscripto.
- Hare, R.M. “Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point”, Oxford, Clarendon Press, 1981.
- Hesse, K. “Escritos de derecho constitucional”, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2011.

- Hohfeld, W. “Fundamental Legal Conceptions”, New Haven, Yale University Press, 1919.
- Kamm, F.M. Conflicts of Rights, en «Legal Theory», 3, 7, 2001.
- Kant, I. “Groundwork of the Metaphysics of Morals”, New York, Yale University Press, 2002 (ed. or. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785).
- Kant, I. “The metaphysics of morals, New York”, Cambridge University Press, 1991 (ed. or. Die Metaphysik der Sitten, 1797).
- La Torre, M. “La Giustizia della Tortura: variazioni sul tema”, en «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», XLIV, 1, 2014.
- Lilla M., et. al. “The legacy of Isaiah Berlin”, New York, The New York Review of Books, 2001.
- Luque, P. “La concepción irenista de la constitución. Sobre la posibilidad de una reconstrucción armónica del contenido ético-sustantivo del Estado constitucional”, en «Isonomía», 38, 2013, pp. 35 y ss.
- Maldonado Muñoz, M. “El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas”, en «Ius Humani», 3, 2013.
- Marmor, A. “On the Limits of Rights”, en «Law and Philosophy», 16(1), 1997.
- Michael, L. “¿El contenido esencial como denominador común de los derechos fundamentales en Europa?”, en «ReDCE», 6(11), 2009.
- Moreso, J.J. “Conflitti tra principi costituzionali”, en «Diritto&questioni pubbliche», 2, 2002.
- Moreso, J.J. “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell M. (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2009.
- Moreso, J.J. “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en «Arbor», CLXXXVI, 745, 2010.
- Moreso, J.J. “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism”, en «Ratio Juris», 25, 1, 2012.
- Moore, M. “Torture and the Balance of Evils”, en «Israel Law Review», 23, 1989.
- Nozick, R. “Anarchy, State, and Utopia”, Oxford, Blackwell, 1974.

- Oberdiek, J. “Lost in Moral Space: on the Infringing/violating Distinction and its Place in the Theory of Rights”, en «Law and Philosophy», 23, 2004.
- Orunesu, C. “Los conflictos entre derechos y el derecho internacional en la jurisprudencia de la CSJN”, pro manuscrito, 2014.
- Oyarte, R. “Acción de Amparo”, Quito, Fondo editorial Andrade & Asociados, 2006.
- Oyarte, R. “Derecho constitucional: ecuatoriano y comparado”, Quito, CEP, 2014.
- Pérez Royo, J. “Curso de derecho constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Pino, G. “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”, en «Doxa», N° 32, 2009, pp. 649 y ss.
- Pino, G. “Diritti e interpretazione: Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale”, Bologna, Il Mulino, 2010.
- Pintore, A. “Insatiable Rights, en «International Journal for the Semiotics of Law, Revue Internationale de Sémiotique Juridique»”, N° 14, 2001.
- Pintore, A. “Democrazia e diritti. Sette studi analitici”, Pisa, ETS, 2010.
- Pozzolo, S. “La legge e i diritti”, en Id., *Analisi e diritto: la legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002.
- Raz, J. “The Morality of Freedom”, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- Raz, J. “Personal Practical Conflicts”, en Baumann P., Betzler M. (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, 2004.
- Richardson, H.S. “Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems”, en «Philosophy & Public Affairs», 19, 4, 1990.
- Ross, W.D. “The Right and the Good”, Oxford, Clarendon Press, 2002.
- Ruiz Manero, J. “Due problemi per la ponderazione: tensioni irrisolvibili e principi imponderabili”, en Luque Sánchez P., Scamardella F. (ed.), *Gli argomenti del costituzionalismo: la tensione tra etica e diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- Sapag, M. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en «Dikaion», 17, 2008.

- Sardo, A. “Teorías de la ponderación: análisis crítico”, en Grández P., Morales F. (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2013.
- Serna, P. y Toller, F. “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos”, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- Shafer-Landau, R. “Specifying Absolute Rights”, en «*Arizona Law Review*», 37, 1995.
- Sinnott-Armstrong, W. “Moral Dilemmas and Rights”, en Mason H.E. (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, New York, Oxford University Press, 1996.
- Spector, H. “Value Pluralism and the Two Concepts of Rights”, en Baurmann M., Lahno B. (eds.), *Perspectives in Moral Science*, 2009.
- Steiner, H. “The Structure of a Set of Compossible Rights”, en «*The Journal of Philosophy*», 74, 12, 1977, pp. 767 y ss.
- Steiner, H. “An Essay on Rights”, Oxford, Blackwell, 1994.
- Steiner, H. “Rational Rights”, en «*Analyse & Kritik*», 17, 1995, p. 3 y ss.
- Toller, F. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al balancing test”, en Ferrer Mac-Gregor E. (ed.), *Interpretación constitucional*, vol. II, México, Porrúa, 2005.
- Toller, F. “Los derechos in concert: ‘metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales’”, en Cianciardo J. (ed.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos: teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, México, Porrúa, 2012.
- Toller, F. “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 525 y ss.
- Thomson, J.J. “Self-defense and Rights”, *The Lindley Lecture*, University of Kansas, 1976.
- Thomson, J.J. “Some Ruminations on Rights”, en «*Arizona Law Review*», 19, 45, 1977.

Thomson, J.J. “The Realm of Rights”, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

Waldron, J. “Rights in Conflict”, en «Ethics», 99(3), 1989, pp. 503 y ss.

Webber, G.C. “The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights”, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Wellman, C.H. “On Conflicts Between Rights”, en «Law and Philosophy», 14, 3-4, 1995.

Zagrebelsky, G. “El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia”, Madrid, Trotta, 2011 (ed. or. Il diritto mite, 1992).