

LA JERARQUIZACIÓN DE LOS DERECHOS

*Juan Cianciardo*¹

1. Introducción

Es frecuente en la jurisprudencia y en la doctrina el planteamiento de los casos constitucionales como conflictos de derechos². Se suele interpretar que eso es lo que ocurre cuando alguien pide ante un tribunal que se repare la violación de un derecho constitucional o se lo respete y otro —el Estado o un particular— sostiene como contrapartida que aceptar lo pedido supondría el sacrificio de un bien público —en el caso de que el demandado sea el Estado— o de un derecho constitucional —en algunos de los casos en los que es demandado el Estado y en todos los casos en los que se demanda a particulares—. Cuando los operadores jurídicos plantean los casos constitucionales como conflictos entre derechos surge de inmediato la necesidad de establecer algún criterio o parámetro con arreglo al cual resolverlos. Se ha acudido, para eso, a dos mecanismos: la jerarquización y la ponderación de derechos. A través de ellos, se pretende determinar cuál es el derecho que debe predominar en el caso, y cuál el que debe ser dejado de lado o postergado³.

El objeto de estas páginas consiste en exponer las características centrales de la jerarquización, y criticarla. Se trata de una técnica paralela a la de la ponderación, con la que suele coincidir en algunos puntos y diferir en otros. La exposición se llevará a cabo de la mano de un autor que ha defendido la utilidad de esta técnica, y ha creado, incluso, una tabla jerárquica de derechos que, en su opinión, surge de la Constitución argentina. Luego de describir la posición mencionada, se llevará a cabo su crítica, desde una perspectiva «interna», primero, y «externa», luego.

1. Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires), con dedicación exclusiva.
2. Me he referido a esto con detalle en CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, *passim*. Existe una segunda edición en prensa, en Buenos Aires, 2006.
3. Cfr. *ibidem*.

2. La propuesta jerarquizadora

Un buen ejemplo de quienes postulan la existencia de un orden jerárquico entre los derechos fundamentales es el constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian. Según este autor, es equivocada la idea de que los derechos constitucionales tienen igual jerarquía y que la jurisprudencia debe armonizarlos⁴. La posición de Ekmekdjian puede ser sintetizada en los siguientes puntos:

- a) cada derecho subjetivo es la cobertura jurídica de uno o varios valores. En otras palabras, «el derecho subjetivo es un *medio* para brindar protección (jurídica) a un valor que, por definición, es un *fin en sí mismo*»⁵;
- b) toda teoría de los valores supone que ellos se encuentran ordenados jerárquicamente⁶;
- c) aceptados los dos puntos anteriores, es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente⁷.

Para determinar la jerarquía de los derechos, es necesario establecer la importancia relativa de cada valor. Ekmekdjian propone tres metodologías complementarias. La primera consiste en examinar la menor o mayor restringibilidad del derecho subjetivo que protege al valor de que se trate, puesto que «un derecho es menos restringible en la medida en que el valor al cual brinda cobertura (...) tenga mayor jerarquía»⁸. El segundo método empleado es el de la sustracción hipotética, esto es, «imaginar un mundo en el cual se negara una categoría de derechos (valores) y luego imaginar otro en el cual se aceptara ésa y se negara otra, y así sucesivamente, para comprobar cuál pérdida es más significativa»⁹. El tercer criterio es el de medir la posibilidad de renuncia del derecho por su titular. Según Ekmekdjian, «existen valores que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos el sacrificio voluntario de ellos, lo que hace dudosa, incluso, la calificación de “derechos subjetivos” a la cobertura jurídica que los protege. Si se los compara con los derechos que sí pueden ser renunciados, la mayor jerarquía de los primeros es obvia»¹⁰.

Luego de varias clasificaciones parciales, Ekmekdjian llega a una última clasificación, que no considera definitiva, sino sujeta a crítica¹¹. La jerarquía de los derechos sería así: 1°) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.); 2°) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.); 3°) derecho a la libertad física; 4°) los restantes derechos personalísimos

4. Cfr. EKMEKDJIAN, M. A., «De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles», *Revista El Derecho* 114-945, p. 945. Cfr. sobre esta teoría, asimismo, del mismo autor: *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I, pp. 475 *et seq.*; «La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la Administración Pública», en AAVV, *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, t. III, pp. 2119-2140; *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 78 *et seq.*; *Derecho a la información*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 50-63; «El derecho a la dignidad, la libertad de prensa y el derecho de réplica», *La Ley* 1987-C-135; «El derecho a la intimidad y la libertad de prensa nuevamente en conflicto», art. cit., pp. 2-4; «Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa», *La Ley*, diario del 1° de septiembre de 1992, pp. 2-5. Otras propuestas de jerarquización en RUIZ MIGUEL, A., *Anuario de Derechos Humanos* 2, (1983), BACIGALUPO, E., «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 20, 1987, Mayo-agosto 1987, pp. 83-98, *passim*; VIÑUELA HOJAS, M. F., *Impacto ambiental y libertad de empresa*, tesis doctoral, Pamplona, Universidad de Navarra, 1998, esp. cap. I, pto. I. B, «El problema del orden jerárquico de los derechos», pp. 20-30; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, 2da. edición actualizada y ampliada, Pamplona, Eunsa, 1994, t. II, pp. 146-151; ELIPE SONGEL, J. A., «Un apunte social del derecho a la libertad de expresión», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 18/19, 1997, pp. 59-71, esp. p. 69, donde se postula la «posición preferente» de la libertad de expresión sobre otros derechos; respecto del derecho de huelga, cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El contenido esencial del derecho de huelga», *Revista de Derecho Político* 34, 1991, pp. 123-141. Esta autora —cuyo punto de partida es la existencia de conflictos en todos los derechos fundamentales— acepta, incluso, la posibilidad de que las colisiones afecten al contenido esencial de uno de los derechos involucrados (cfr. *ibid.*, p. 130 y pp. 133-134). Una crítica de la jerarquización en SERNA, P., «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», en *Humana Lura* 4, Pamplona, 1994, pp. 197-234, pp. 206-208; en la misma línea, TOLLER, F. M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999, *passim*; y, del mismo autor, «Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales», *Anuario de Derecho de la Universidad Austral* (Buenos Aires) 4, 1998, pp. 225-252, esp. pp. 227-230; y «Hacia el ocaso del darwinismo jurídico: lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales», *Revista El Derecho*, diario del 11 de diciembre de 1998, pp. 6-10, esp. pp. 7-8; este artículo recoge, con algunos agregados, lo expuesto por F. Toller sobre este tema en sus anteriores trabajos. Más recientemente, también en una línea crítica, SERNA, P. y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 7-10, de DOMINGO PÉREZ, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de Antonio-Luis Martínez-Pujalte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, *passim*, y CASTILLO CÓRDOVA, L., *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, segunda edición, Palestra, Lima, 2005, pp. 374-377.

5. EKMEKDJIAN, M. A., «De nuevo sobre el orden jerárquico (...)», art. cit., p. 945. El énfasis se encuentra en el original.

6. Cfr. *ibidem*.

7. Cfr. *ibidem*.

8. *Ibid.*, p. 946.

9. *Ibidem*.

10. *Ibidem*.

11. Cfr. *ibid.*, p. 947.

(propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.); 5°) derecho a la información; 6°) derecho de asociación; 7°) los restantes derechos personales; 8°) los derechos patrimoniales¹².

Según Ekmekdjian, «los efectos e implicancias de este orden jerárquico de los derechos civiles (...) son *fecundísimos* en la hermenéutica jurídica»¹³. Esos efectos serían los siguientes: a) la restringibilidad de los derechos de la cúspide de la escala es mínima, y va aumentando a medida que se desciende por ella¹⁴; por ello, a) una ley no puede restringir un derecho de rango superior más intensamente que uno de rango inferior¹⁵; a'') el «índice de garantización» de un derecho determinado es el límite mínimo del «margen de garantización» que tiene todo derecho de rango superior al primero¹⁶; b) para este autor, la escala jerárquica de los derechos es singularmente útil en materia de conflictos de derechos subjetivos. Sostiene que la afirmación jurisprudencial según la cual la interpretación debe armonizar los derechos «encierra una falacia porque, en caso de conflicto entre dos o más derechos, no hay armonización posible, sino que debe sacrificarse alguno en beneficio del otro u otros. Nosotros entendemos que, en tales casos, el derecho de rango superior debe prevalecer sobre el de rango inferior»¹⁷.

3. Las aporías de la jerarquización: crítica interna

La crítica a la posición expuesta puede hacerse desde dos perspectivas. Desde un punto de vista interno, hay que señalar que, en primer lugar, al ser los valores fines en sí mismos carentes de referencia antropológica resulta inevitable que unos entren en colisión con otros, y que no existan posibilidades de solución. Es el drama interno del concepto de valor¹⁸. Si los valores son fines en sí mismos, y no bienes relativos a la felicidad humana, resultará inevitable el choque de unos con otros. Para la filosofía de valores los valores no *son, valen*. Y la valía les es asignada por el sujeto. Esta libertad subjetiva en el establecimiento de valores «conduce a una lucha eterna de valores e ideologías, a una guerra de todos contra todos»¹⁹, a un combate entre los distintos valores de diferentes sujetos, todos con una idéntica valía subjetiva. Este grave problema, por lo demás, no alcanza nunca una solución aceptable, puesto que no existen referencias objetivas que permitan decidir la precedencia de alguno de los valores enfrentados. El criterio, en última instancia, no podrá ser racional: jamás se llegará a convencer de los propios argumentos a quien sostenga un valor distinto, porque ello no resulta posible. En rigor, para la filosofía de valores no existe la argumentación ética. La persuasión es reemplazada por la imposición. Esta consecuencia también se puede extraer desde una perspectiva parcialmente distinta: si lo específico del valor estriba, como se ha dicho, en que *vale* y no *es*, la ponencia no significará nada si no se impone, esto es, «la validez tiene que ser continuamente actualizada, es decir, hacerse valer», puesto que, de lo contrario, «se disuelve en vana apariencia. Quien dice valor quiere hacer valer e imponer»²⁰. La vinculación de los derechos a los valores desemboca, por este camino, en un absurdo, consistente en reconocer como derechos dos cosas opuestas y contradictorias, con una contradicción irresoluble desde un punto de vista racional.

En segundo término, y continuando con la crítica interna, resulta contradictorio afirmar que los valores son fines en sí mismos y admitir que los derechos son restringibles, puesto que faltan parámetros para restringir (los valores no pueden serlo porque son fines en sí mismos). Los problemas que plantea la posible restricción de los derechos fundamentales desde otros modos de ver la realidad jurídica serán abordados detenidamente más adelante.

12. Cfr. *ibidem*. En un trabajo posterior el Prof. Ekmekdjian crea un nuevo apartado en su clasificación, ubicando en cuarto lugar al derecho al honor. Cfr. EKMEDJIAN, M. A., «La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la Administración Pública», en AAVV., *La protección jurídica del ciudadano (...)*, op. cit., p. 2127.

13. EKMEDJIAN, M. A., «De nuevo sobre el orden jerárquico (...), art. cit., p. 947. El énfasis se encuentra en el original.

14. Cfr. *ibidem*.

15. Cfr. *ibid.*, p. 948.

16. Cfr. *ibidem*.

17. *Ibidem*.

18. No resulta posible llevar a cabo aquí una crítica completa de la filosofía de valores en el plano político y jurídico. Algunas sugerencias al respecto en SERNA, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, pp. 249-376. Cfr., asimismo, SCHMITT, C., «La tiranía de los valores», en *Revista de Estudios Políticos* 115, enero-febrero 1961, pp. 65-79. Una breve explicación del origen histórico de la cuestión, con referencias particulares a la filosofía nietzscheana, en HEIDEGGER, M., «La frase de Nietzsche: "Dios ha muerto"», *Sendas perdidas*, trad. de J. Rovira Armengol, 2a. ed., Buenos Aires, Losada, 1969, pp. 174-221.

19. SCHMITT, C., «La tiranía de los valores», art. cit., p. 70.

20. *Ibid.*, p. 71. Se pregunta poco después este autor: «¿Cómo podría terminar la lucha de los valores subjetivos, e incluso la lucha de los valores objetivos, sino de esta manera? El valor mayor tiene el derecho y hasta el deber de someter al valor inferior, y el valor, como tal, tiene toda la razón de aniquilar el sinvalor como tal. Esta es precisamente, la "tiranía de los valores", que entra poco a poco en nuestra conciencia» (p. 75).

La tercera crítica interna apunta a las metodologías empleadas por Ekmekdjian para desentrañar el orden jerárquico que postula. En nuestra opinión, los criterios propuestos o son circulares, o son inaceptables. En efecto, el primer criterio expuesto cae en la circularidad: afirmar que la importancia relativa de cada valor debe medirse por la mayor o menor restringibilidad del derecho que lo protege es invertir la pregunta, ya que la mayor o menor restringibilidad es justamente lo que debe deducirse del orden de los valores. El segundo criterio carece de un término que permita llevar a cabo la comparación que se pretende realizar. La supresión hipotética pretende comprobar «cuál pérdida es más significativa»²¹, pero no brinda ningún parámetro para la comparación entre los valores hipotéticamente suprimidos. Luego, se trata de una comparación que, o bien es ciega, o bien oculta un criterio de comparación que no se somete a debate. Cualquiera de las dos alternativas es inaceptable. No corre mejor suerte la metodología propuesta en tercer lugar. Esto porque la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los derechos es definida sobre la base de lo que establece la moral social. La pretensión resulta inadmisibles, ya que los derechos humanos son, o aspiran a ser, a la vez, modelo de la moral social y límite de sus prescripciones²².

4. Las aporías de la jerarquización: crítica externa

Desde un punto de vista externo, la crítica principal a la tesis de Ekmekdjian estriba en que resulta inaceptable su caracterización de los derechos como «coberturas jurídicas de los valores». No es este el momento de estudiar el concepto de derecho fundamental²³. Aquí corresponde decir, muy sumariamente, que los derechos son posiciones jurídicas que tiene una persona respecto de otras en relación a determinados objetos, como consecuencia de la necesidad de alcanzar alguna finalidad. Los objetos son, según se estudiará después, el *quid* de la relación jurídica. Se trata de bienes humanos que presuponen una doble unidad. De un lado, la unidad de la persona en sí misma considerada. De otro, la unidad de la dimensión personal y social del ser humano. De ello se infiere la imposibilidad de que el bien jurídico en que cada derecho en última instancia consiste se encuentre en conflicto con otros bienes o derechos, pues en rigor pueden colisionar las pretensiones, mas no los derechos, que nacen en sociedad, en el seno y contexto de la relación con los demás individuos, con cuyas pretensiones se armonizan. Volveremos sobre ello más adelante.

En cuanto a las consecuencias, cabe poner de manifiesto que la jerarquización, cualquiera sea el criterio jerárquico que se emplee, conduce fatalmente al utilitarismo. Esta última afirmación requiere ser —siquiera brevemente— fundamentada, lo que se intentará mediante la exposición de las soluciones que propone C. S. Nino al conflictivismo²⁴. Este autor parte expresamente de la existencia de conflictos de derechos, y enuncia tres caminos para resolverlos: a) hacer prevalecer el derecho de mayor jerarquía; b) la compensación; c) el consentimiento. Sin embargo, aunque en casos-límite, y en última instancia, acepta la postergación de un derecho fundamental por consideraciones utilitaristas. En efecto: la solución a) se limita al ámbito de los conflictos entre derechos de diferente jerarquía en los que uno de los derechos protegidos (el que será postergado) no protege un interés de tal modo inherente a la persona humana que su frustración implique sacrificar a su titular²⁵. Para los supuestos que se encuentran fuera de ese ámbito, propone las soluciones restantes. No obstante, entiende que «si bien multitud de casos de conflictos de derechos sobre bienes primarios pueden resolverse a través de la compensación o del consentimiento no siempre se puede atribuir la privación a la voluntad del afectado o indemnizarlo por tal privación»²⁶. Sostiene a continuación que: «en estos casos no hay más remedio que decidirse por la infracción menor al principio de inviolabilidad de la persona, que, dada su combinación con el principio de autonomía, consiste en menoscabar en el menor grado posible la posibilidad de los individuos de elegir y materializar planes de vida»²⁷. Sin embargo, llegado a este punto, Nino se plantea la posibilidad de que los derechos enfrentados sean de idéntica jerarquía. Es aquí cuando postula la adopción de «una solución utilitarista que, sobre la base del valor intrínseco de la autonomía personal, dé preferencia a los intereses más importantes

21. EKMEKDJIAN, M. A., «De nuevo sobre el orden jerárquico (...)», art. cit., p. 946.

22. En frase de R. Dworkin, los derechos humanos son «triumfos políticos en manos de los individuos». Por tanto, no pueden alterados por consenso. Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights seriously*, London, Duckworth, 1978; ed. en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2a. reimpresión, Barcelona, Ariel, 1995, p. 37.

23. Cfr. un análisis extenso en CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., cap. 3.

24. Cfr. NINO, C. S., *Ética y Derechos humanos (...)*, op. cit., pp. 305-313.

25. Cfr. *ibid.*, p. 306.

26. NINO, C. S., *Ética y Derechos humanos (...)*, op. cit., p. 312.

27. *Ibid.*, p. 313.

de más gente (...)²⁸. Como se puede ver, es en este punto donde aparece, expresamente, el utilitarismo y, con él, la pérdida de sentido de la noción de derechos humanos. Porque, reiteramos, dicho sentido consiste, como mínimo, en asegurar a cada persona un conjunto de bienes básicos del que nadie, por ninguna razón, ni siquiera la utilidad de un gran número de personas, podrá privarla.

Para concluir la crítica externa de la jerarquización, resta señalar lo siguiente: creemos que es cierto que existen bienes de mayor importancia que otros. Pero aceptar esto no implica dar entrada a los conflictos entre derechos. Por el contrario, un bien humano es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos²⁹. Hablar de «humano» supone entender el bien no como algo abstracto, sino referido a un sujeto, el hombre, que supone para el bien no la condición de bien en sí, que no posee, sino la de bien desde un cierto punto de vista, el del hombre, con un determinado fin, el humano. Por tanto, se trata de un bien delimitado por la naturaleza y la teleología propia de un ser que es una unidad, aunque se despliega en diferentes dimensiones existenciales y constitutivas, y, por ello, será un bien en la medida que se armonice con otros bienes que también lo son para el sujeto y, en consecuencia, para cualquier otro sujeto.

La armonía de un conflicto entre los bienes depende de que estos vengan referidos a una naturaleza, a una instancia objetiva. Si, por el contrario, se la hace depender de la voluntad de los sujetos, se pierde la referencia universal y, con ella, la posibilidad de pensarlos armónicamente, pues si bien es común la naturaleza a todos los individuos, el objeto del querer de la voluntad de cada uno es indeterminado y, por tanto, variable de unos sujetos a otros. Ahí es donde surge la necesidad imperiosa de una jerarquización desde fuera que, en rigor, será una jerarquización de las personas, pues tan persona es aquella cuya pretensión resulta postergada como aquella cuya pretensión o derecho resulta privilegiado. La jerarquización de derechos oculta en realidad, no una jerarquización de bienes, sino una jerarquización de las personas.

28. *Ibidem*. Para Nino, que estos casos formen parte de nuestra experiencia moral cotidiana, y no sean, por tanto, excepcionales, depende del alcance que se dé a los derechos que pueden entrar en conflicto. Como ese alcance viene a su vez determinado por los deberes de terceros que se exigen para la materialización de los derechos, es posible concluir que el liberalismo pasivo o clásico, al promover una libertad absoluta carente de toda limitación, resuelve los problemas jurídicos sobre la base de consideraciones utilitaristas (cfr. *ibid.*, p. 314).

29. «Si a pesar de la multiplicidad de preceptos puede hablarse de una ley natural, esto se debe, en primer término, a que, formalmente, todos esos bienes constituyen partes integrantes de un único bien —el bien humano—, cuya realidad depende finalmente de que la razón práctica, a la hora de la acción, los integre formalmente mediante un único precepto de manera consistente» (GONZÁLEZ, A. M., *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 151-152). Sobre esta base es posible fundamentar, en primer lugar, la negativa a establecer una jerarquía de bienes y de principios morales, y en segundo lugar, más específicamente, la negativa a jerarquizar los derechos. Cfr., en este sentido, GRISEZ, G., «The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2 Question 94, Article 2», en KENNY, A. (ed.), *Aquinas: A Collection of Critical Essays*, London, Melbourne, Macmillan, 1969, pp. 340-383, esp. p. 346 et seq.; FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 92 et seq.