

**CRÍTICA A LA JERARQUIZACIÓN
Y PONDERACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES DESDE UNA
PERSPECTIVA ARMONIZADORA**

REBECA KARINA APARICIO ALDANA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO: UN NUEVO PARADIGMA INCOMPRENDIDO POR EL CONFLICTIVISMO. 2.1. Inexistencia de conflictos de derechos; 2.2. Imposible colisión entre bienes individuales y colectivos; 3. CRÍTICA A LA JERARQUIZACIÓN Y A LA PONDERACIÓN DE DERECHOS; 4. VALOR DE LA TEORÍA ARMONIZADORA.

CRÍTICA A LA JERARQUIZACIÓN Y PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE UNA PERSPECTIVA ARMONIZADORA

REBECA KARINA APARICIO ALDANA¹

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina jurídica mayoritaria considera a los derechos fundamentales como un instrumento creado por la modernidad para plasmar en la vida social una serie de exigencias morales a través de su positivación por el poder público. Desde esta perspectiva, la realidad de los derechos fundamentales es meramente instrumental y, consiguientemente, quedan situados entre la moral y la política².

Así, al tratarse de un puro concepto moderno carecería totalmente de sentido distinguir entre lo que significan como concepto y lo que son, porque no existen como realidad. Su única entidad es la que le otorga el ordenamiento, una vez que se hayan incorporado a él³.

Habitualmente, la incorporación de estos derechos se realiza en forma genérica, abstracta e impersonal, a través de la Constitución y de las leyes, con el fin de garantizar que se ejerzan con la mayor libertad e igualdad posible. Los derechos aparecen, entonces, como ideales de difícil o imposible realización identificándose con la «ley general»⁴. Por ello, la forma en que los modernos derechos fundamentales deben aplicarse, regularse e interpretarse es un tema recurrente en los tratados de Derecho

¹ Doctora en Derecho. Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola (Lima-Perú) artículo del Grupo de Investigación: Filosofía del Derecho. Email: raparicio@usil.edu.pe; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7145-3731>

² Peces Barba, G. (1983), «Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia. Los derechos fundamentales entre la moral y la política». En *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, p. 337.

³ Serna Bermúdez, P. (1990). *Positivismos conceptual y derechos humanos*, Eunsa, Pamplona, p. 257.

⁴ Lombardi Vallauri, L. (1981). *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, p. 29.

Constitucional y de Filosofía del Derecho, dado que no existe ninguna pauta de acción, ni límite para su ejercicio.

Los postulados filosóficos modernos y contemporáneos, asentados en una visión individualista, consideran que el contenido y razón de ser de esta nueva creación jurídica está conformado por una serie de valores subjetivos asumidos por el poder político que colocan a los derechos en constante lucha. Los individuos aparecen enfrentados unos con otros, en virtud de lo que cada uno considera su derecho. Este enfrentamiento conduce a los sujetos involucrados en el conflicto a exigirle al Estado que garantice ambos derechos supuestamente contrapuestos, pues las dos partes los ven reconocidos formalmente. El poder político se ve enfrentado a una lucha de intereses y pretensiones individuales originando que su relación con los sujetos que conforman la sociedad aparezca también como una lucha entre los individuos y el poder.

Esta forma de entender los derechos como opuestos entre sí del pensamiento moderno y contemporáneo tiene su origen en una serie de cambios producidos en los planteamientos fundamentales desarrollados por el pensamiento clásico.

La filosofía clásica reconoce en el hombre la potencia racional de descubrir el orden natural del universo del que forma parte y de actuar conforme a este orden natural. La razón humana es capaz de discernir, frente a varias opciones válidas, a través del uso de su razón práctica, las acciones que deben realizarse para la consecución de los bienes necesarios, con el fin de lograr que el hombre desarrolle el mayor grado de perfección que le sea posible. La verdadera libertad, desde esta perspectiva clásica, viene limitada por la esencial forma de ser racional y social de la persona. El hombre es libre, cuando realiza actos que lo dirigen a la plena realización de este orden universal.

Los derechos aparecen como aquellos bienes que corresponden al ser humano, ya sea por naturaleza (Derecho natural) o por convención (Derecho positivo), y que deben ser respetados por todos, incluso por su titular; y, la justicia, como la virtud moral social por excelencia, consistente básicamente en la acción de «dar a cada uno lo suyo», acción que será producto del adecuado «ajuste» entre lo que en teoría le corresponde al hombre como ser individual, los acontecimientos históricos que le rodean y su naturaleza social de «ser con otros». En consecuencia, los derechos no se presentan como un ideal, sino como algo realizable y concreto, en una circunstancia y situación determinada.

Esta forma de entender el derecho sufre una serie de importantes cambios a finales del siglo XIV.

En la singularidad del racionalismo crítico de OCKAM reside la transformación de considerar que el hombre es incapaz de descubrir la bondad de las leyes naturales porque simplemente éstas no existen, lo que existe es el buen legislador⁵.

⁵ Macintyre, A. (2006). *Historia de la ética*, Paidós, Barcelona, p. 132.

No hay, en absoluto, una ley esencialmente buena capaz de ser descubierta racionalmente, sino solo un legislador esencialmente bueno, al cual habría que obedecer sin objeción alguna; disolviendo toda la ética material, en una teoría puramente positiva de mandatos.

Este positivismo moral no conoce ninguna relación axiológica material objetiva, sino que deriva toda diferencia de valor ético, en las decisiones de voluntad, de una potencia superior. Los conceptos éticos connotan, simplemente, las obligaciones impuestas por esa voluntad y, por eso, una vez derogados el mandato o la prohibición, la acción pierde, inmediatamente, toda bondad o malicia éticas.

Además, desde Ockham «las notas (...) constitutivas del acto libre son: la indiferencia total de la voluntad; su carácter puramente activo y autónomo; la exclusión de toda necesidad e injerencia posible en ella, incluso por parte del entendimiento y su expulsión e incompatibilidad del reino de la naturaleza. Tesis muy sugestivas para el pensamiento postmoderno porque prácticamente se identifican con la concepción actual de la libertad, como pura indiferencia o autonomía radical, y con varios sistemas éticos de antecedentes nominalistas. La autonomía de la voluntad la fundamenta en el hecho de no tener ninguna inclinación natural y, por eso, no puede ser violentada por nadie; pero también porque está libre de la necesidad especificativa que proceda del fin. La voluntad es libre porque es contingente y es contingente porque puede producir un efecto sin cambio alguno, y porque su acto no se encuentra determinado a producir algún tipo de efecto»⁶.

Ockham destruye así el principal fundamento sobre el cual podía apoyarse la posibilidad de un descubrimiento del Derecho desde una perspectiva social, es decir, a partir de un ajuste entre lo que es el ser humano y su entorno histórico y coexistencial⁷.

Bajo estas presuposiciones tenía que desvanecerse la imagen optimista-racional del *animal rationale*, equivalente al ser humano como *animal sociale et politicum*, es decir, destinado por la naturaleza a vivir en comunidad, ocupando su lugar una idea escéptica y, en parte, incluso decididamente pesimista de la naturaleza humana.

La teoría política de Ockham permite ver claramente este oscurecimiento paulatino de la idea del ser humano, cuya naturaleza, a partir de este momento, tiende a la lucha y a la discordia⁸; y, la ley y la autoridad política son, por ello, esencialmente, instituciones coactivas con el cometido de proteger a los buenos y constreñir a los malos. El ideal político de Ockham es el emperador universal, al que se hallan sometidos todos los reyes⁹.

⁶ Domínguez Ruiz, F. (2004). «Naturaleza y libertad en Guillermo de Ockham», *Cuadernos de Filosofía*, Vol. XIV, n.º 3, p. 184.

⁷ Welzel, H. (1971). *Introducción a la Filosofía del derecho*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, pp. 83-85.

⁸ Welzel, H. (2005). *Introducción a la Filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, p. 115.

⁹ Welzel, H. (2005) ... *Op. Cit.*, p. 89.

Esto da pie a que la nota subjetivista adquiera relevancia en la modernidad, frente al objetivismo medieval. Como subjetivismo se inscribe la filosofía moderna de Descartes dictada toda ella por la realidad primera y autónoma que es el sujeto pensante, en oposición a la filosofía precedente, y, en particular, a la escolástica, que se refería siempre a lo objetivo —naturaleza o Dios, en cualquier caso, siempre una realidad externa al hombre— frente al cual el intelecto humano aparecía meramente pasivo.

El Derecho natural es concebido, ya no como un bien concreto, sino como una norma humana puesta por la autonomía del sujeto, libre de todo presupuesto objetivo (y en particular teológico) y explicable mediante la razón, esencial instrumento de la subjetividad humana¹⁰.

El iusnaturalismo racionalista afirma, desde entonces, la existencia de un Derecho natural ideal y abstracto, prepositivo, capaz de ser captado a partir de leyes lógicas racionales. Los derechos son producto de una rigurosa elaboración lógico-sistemática.

La codificación, la recepción en leyes escritas o positivas de estos desarrollos racionales fue para el iusnaturalismo racionalista la manera más adecuada de plasmar estos razonamientos lógico-deductivos, lo que desembocó en la doctrina más opuesta al reconocimiento de cualquier Derecho natural: el positivismo jurídico, que reduce la juridicidad al Derecho positivo. Las normas puestas o impuestas por la autoridad política se conciben como un orden cerrado, como un cuerpo sistemático de reglas dotado de plenitud, autónomo y autosuficiente respecto al sistema social¹¹.

Se producen en la modernidad transformaciones importantes en la visión clásica de entender el Derecho siendo las principales las siguientes: el cambio en torno al concepto de persona, con la eliminación de la coexistencialidad como ámbito de desarrollo de los derechos reduciendo al hombre a su individualidad; el olvido de la razón práctica, dimensión de la razón referida a discernir, con criterio prudencial, cuál es la actuación adecuada frente a los casos concretos, haciendo del Derecho una mera operación mecánica que no atiende a la historicidad del ser humano y que se limita a la subsunción del hecho a la norma; esta reducción a lo mecánico o cuantitativo, trae también como consecuencia, la reducción del sujeto a *homo oeconomicus* originando la primacía del enriquecimiento económico sobre el enriquecimiento personal; por último, la transformación del concepto de justicia, que deja de ser una justicia material y solidaria realmente existente, para convertirse en una justicia individual consistente únicamente en el respeto de las formas, de la decisión consensuada dentro de un procedimiento.

Este nuevo entendimiento del hombre y del Derecho provoca el olvido de los aspectos esencialmente comunitarios del ser humano que permitían comprender los

¹⁰ Fassó, G. (1982). *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. II, Pirámide, Madrid, p. 79.

¹¹ Pérez Luño, A. (2006). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, p. 119.

derechos humanos desde una perspectiva armoniosa y social resaltando ciertas dimensiones de índole meramente subjetiva¹². La dosis de individualismo se agranda de tal forma que lo social empieza a aparecer como distinto de lo individual¹³, por lo que la relación con los demás y el mundo se concibe necesariamente en términos de dominio, posesión, control o influencia¹⁴ siendo imposible percibir el orden social como una natural armonía producto de una visión esencial del hombre, como ser que coexiste con otros. La organización de la colectividad es resultado del uso de la coacción que impele a los ciudadanos a limitar sus libertades con el fin de lograr una convivencia pacífica¹⁵.

El tajante formalismo del positivismo jurídico trajo como consecuencia visiones tan estrictas de cumplimiento de la ley que sirvieron de justificación para los horrores de la II Guerra Mundial, lo que originó la vuelta a un iusnaturalismo, pero esta vez, sobre la base de una visión del ser humano absolutamente libre de contaminaciones morales. Los principios que asienten la existencia de derechos prepositivos se buscarán en un consenso meramente formal, en decisiones basadas en criterios políticos, pero no en juicios comprensivos (metafísicos, éticos o religiosos), de tal manera que se aseguren los criterios de pluralidad, libertad e igualdad de los miembros de la colectividad, quienes, en virtud del consenso, poseerán autoridad para generar y regular los derechos fundamentales¹⁶.

En la modernidad, el ser humano se concibe a sí mismo como un individuo autónomo y absolutamente libre. Esta nueva visión de la humanidad tiene importantes repercusiones en el ámbito jurídico¹⁷, pues al prescindir los sujetos del reconocimiento de otro «alter ego»¹⁸, como límite natural de sus acciones¹⁹, cualquier actividad que realice otro ser humano que afecte sus deseos o intereses particulares será definida como una restricción de su plena libertad ilimitada²⁰, dado que los individuos, desde esta perspectiva, pierden su sentido de coexistencialidad careciendo de la facultad de identificar los reales bienes humanos y los medios idóneos para lograr su consecución.

En ausencia de una comprensión social del actuar humano, todas las personas se conciben a sí mismas como sujetos a quienes se les atribuye una libertad sin límite

¹² Ballesteros Llompart, J. (2000). *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, p. 54.

¹³ Cruz Prados, A. (1986). *La sociedad como artificio. El pensamiento político de Hobbes*, Eunsa, Pamplona, pp. 301-303.

¹⁴ Serna Bermúdez, P. (1990) ... *Op. Cit.* p. 267.

¹⁵ Cruz Ortíz de Landázuri, L. (2010). «Neoconstitucionalismo y positivismo jurídicos incluyentes y excluyentes». En Etchevarry, J. y Serna Bermúdez, P. *El caballo de Troya del positivismo jurídico: Estudio crítico sobre el Inclusive legal positivism*, Comares, Granada, p. 175.

¹⁶ Rawls, J. (2003). *El liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, p.187.

¹⁷ Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*, Trotta, Madrid, p. 82.

¹⁸ Husserl, E. (2006). *Meditaciones cartesianas*, Tecnos, Madrid, p. 146.

¹⁹ Pérez Luño, A.E. (1989). «Sobre los valores fundadores de los derechos humanos». En Murgueza Carpentier, J. (Ed.). *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, p. 283.

²⁰ Mill, J. S. (2001) *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, p. 68.

y facultados para exigir aquello que consideran su derecho, sin tener en cuenta la existencia de otros y el particular contexto en el que se desenvuelven.

El Estado aparece como el medio para hacer posible que los ciudadanos puedan hacer ejercicio de estas esferas de libertad, de tal forma que sus únicos objetivos sean evitar la existencia de trabas estatales que obstaculicen su desarrollo²¹ y el establecimiento de una serie de normas que faculten a los ciudadanos a ejercer plena e ilimitadamente dichas libertades.

Lo justo se reduce a aquello reconocido por la ley como derecho²², ley que tendrá el poder de restringir las actividades estatales con el fin de permitir el ejercicio

²¹ Berlín, I. (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, p. 242.

²² El positivismo legalista puede definirse como aquel que afirma que la ley general y abstracta constituye la fuente exclusiva de calificación jurídica. Serna Bermúdez, p. (1997). «Sobre la respuesta al positivismo jurídico», *Persona y Derecho*, n.º 37, p. 287. Cabe señalar que Ross considera que Kelsen no puede ser calificado propiamente como un positivista legalista en sentido estricto, pues afirma que la teoría pura del derecho que este defiende se configura en realidad como un pensamiento cuasi positivista, dado que Kelsen «jamás ha superado la idea de que un sistema jurídico establecido como tal, posee validez en el sentido normativo de la palabra», de tal forma que la existencia de una norma es su «validez» y que una norma posea validez significa saber comportarse como la norma estipula. Ross, A. (2008). «El concepto de validez y el conflicto entre positivismo jurídico y derecho natural», *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año. 6, n.º 12, pp. 214-215. Sin embargo, al respecto es importante recordar que Kelsen descarta la existencia de una realidad cognoscible que desborde lo fáctico: rechaza la metafísica y con ello toda realidad axiológica, para reducir todo a una dimensión volitiva y emocional, de tal forma que separa radicalmente el concepto de derecho del de justicia, concibiendo al primero como una técnica específica de organización social, mientras la justicia es un valor moral, del que además, ni siquiera puede afirmarse que tenga «realidad alguna», sino que se concibe como una idea irracional cuya captación sólo puede originarse en una creencia y no en una tarea de la razón, con lo cual si el derecho pretende ser racional lo que exige es apartarse del concepto de justicia. Así, lo único que hace jurídico a un acto humano es la «norma» que en su contenido se refiere a él, que le presta la significación jurídica, de modo que ese acto pueda ser interpretado de acuerdo con esa norma, es la norma la que determina que algo debe ser o suceder, que los seres humanos deben comportarse de determinada manera, por ello se pueda afirmar que son las normas las que constituyen la fuente de los juicios de valor objetivos.

De ahí que no resulte posibles valoraciones morales al contenido de las normas, como su bondad o maldad, atendiendo a una idea de justicia objetiva de orden aristotélico-tomista que pueda identificar qué le corresponde a quien y que, por ende pueda, determinar si la norma resulta ser por ello exigible o no, en tanto verdadera al cumplir su objetivo de servir a la realización de un bien humano, sino que para Kelsen sólo existen leyes válidas o inválidas atendiendo a su forma de aprobación, las primeras deberán ser cumplidas y el cumplimiento de esta norma supone la realización de lo Kelsen concibe como justicia.

Por ello, Kelsen no se aleja del todo del positivismo legalista, pues el mismo afirma que la justicia en el sentido de legalidad es una cualidad que no se refiere al contenido de un ordenamiento positivo, sino a su aplicación, de tal forma que la justicia de acuerdo con la ley es un postulado de la ley, del derecho positivo, un postulado dirigido a los individuos sujetos al derecho: obedecer y aplicar la ley de la manera que ella ordena que sea obedecida y aplicada, conclusión que se aleja de una postura armonizadora de los derechos fundamentales que es capaz de identificar la existencia de derechos preexistentes a las normas que deben delimitarse en razón del ejercicio de una virtud que es la justicia que permite, como ya dijimos, reconocer qué le corresponde a quien en la realidad y que, en consecuencia, podría concebir como posible que, pese a la inexistencia de normas que reconozcan determinado derecho, este —si se

ilimitado de los derechos libertad y que adquirirá visos sancionadores sólo con el fin de disuadir a los sujetos de producir algún daño a los demás²³, siendo este el único límite de la acción humana²⁴, no en función de su matiz solidario²⁵, sino como el

identifica como bien que permite la plena realización humana— tiene existencia real y que, por ende, resulta exigible y delimitable en algún caso en concreto. Ollero Tássara, A. (1989). *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 100-102; Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, p.44 y p. 32-33. KELSEN, H. (1950). «La metamorfosis de la idea de justicia», *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo XII, núm. 47, pp. 87-90.

²³ Otro de los principales representantes post legalismo es Hart quien si bien afirma que el deber *prima facie* de los jueces es aplicar el derecho positivo estos no siempre deben decidir conforme a sus reglas, sino que es posible que apelen a «algo fuera del sistema oficial por referencia a lo cual el individuo debe resolver, en última instancia sus problemas de obediencia». Así, existe un contenido mínimo de derecho natural consistente en ciertos criterios objetivos y racionalmente determinados para la evaluación y crítica del Derecho, ciertas verdades obvias sobre el mundo y la naturaleza humana que constituyen razones para que el Derecho tenga ciertas reglas que permiten la convivencia y coordinación entre los seres humanos. De hecho, sin esos contenidos mínimos (razones) los seres humanos no tendrían ninguna razón para obedecer voluntariamente ninguna regla. Por ello, la especificidad de reglas que prohíben el homicidio y el robo, instituyen la propiedad, las promesas, ... se explica por referencia a esas razones morales. Pese a esta afirmación, tal como lo resalta Orrego, las menciones a esta primacía a la moral, por parte de Hart son escasas, a tal grado que «si se pasan por alto estos pasajes, parece que Hart es simplemente un defensor de la obediencia al derecho en su núcleo de significado cierto (zona de certeza), admitiendo solamente en la zona de penumbra cierta discreción judicial para remitirse a valores morales». Ahora, desde la perspectiva de Hart, el derecho natural por excelencia es la libertad que no tiene ningún contenido y, que, en consecuencia, debe ser entendida, como la igualdad en la no intromisión en la toma de decisiones o abstención de coacción o restricciones en contra de estas, con lo cual todo ser humano tiene facultad de realizar cualquier acto que no sea coercitivo o restrictivo; o que tenga por finalidad dañar a otras personas. Ello hace que el derecho se vuelva algo que es “propiedad de” aquel ser humano que lo ostenta, de tal forma que esas valoraciones morales a las que puede recurrir el juez consisten simplemente en una especie de “propiedad moral del individuo”, dado que es su libertad la que determina lo que es su derecho, derecho que para ser positivizado o constituirse en una regla de reconocimiento necesita la voluntad mayoritaria para su aceptación. Entendidas, así las cosas, no hay opción de armonizar los derechos porque se excluye toda auténtica coexistencia, basada en la identificación ontológica de lo que realmente es bueno para el ser humano, no hay posibilidad de ajustamiento o de delimitación jurídica, a lo mucho, como señala Ollero, lo que puede lograrse es una mera búsqueda de coincidencia sin conflicto entre individuos autopropietarios ilimitados en su acción, pero que lamentablemente perecería en el intento dado que, como afirma Hernandez, nunca todos podrían gozar de igual libertad al mismo tiempo, porque al no poder satisfacer a todos de forma equitativa y correlativa, siempre habría quien perdiese su libertad sin recibir nada a cambio. Hart, H.L.A. (1993) *The concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 205-206; Orrego Sánchez, C. (1997). *Hart: Abogado del positivismo jurídico*, Eunsa, Pamplona, p. 164-168; Orrego Sánchez, C. (2011). «El juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica iusfilosófica y la teoría de la ley natural», *Anuario Filosófico*, Vol. 44, n.º 3; Marqués González, J.A. (1985). «Hart y Kelsen: Reglas de conocimiento y norma básica», *Persona y Derecho*, n.º 12, p. 176-177; Ollero Tássara, A. (1989) ... *Op. Cit.* pp. 152-153; Hernando Nieto, E. (1995). «¿Existen derechos naturales?», *Derecho PUCP*, n.º 49, p. 340.

²⁴ Kant, I. (1986). *Teoría y práctica*, traducción R.R. Aramayo, Tecnos, Madrid, p. 26.

²⁵ Ollero Tássara, A. (1989). ... *Op. Cit.*, p. 132.

medio que permite garantizar cierto grado de orden y seguridad social para el total ejercicio de los derechos y libertades individuales²⁶.

El individualismo, el derecho como libertades absolutas y la vinculación negativa del Estado a estos derechos libertad dan origen a una visión conflictivista²⁷ de los derechos fundamentales entre sí y de los derechos fundamentales con los bienes públicos, dado que desde estos presupuestos es fácil suponer que la pretensión de ejercicio ilimitado de los derechos los coloca en colisión de unos contra otros²⁸, pues toda aspiración personal que haya sido reconocida como derecho por la norma (en abstracto) resultará absolutamente exigible. Por esta misma razón, en virtud de la negación del conflictivismo a un entendimiento coexistencial de los seres humanos, los derechos fundamentales colisionarán también con los bienes públicos, pues estos se convierten, de acuerdo con esta teoría, en trabas para su absoluto ejercicio e instrumentos para su restricción por parte del poder estatal²⁹.

Los derechos son desde esta perspectiva libertades plenas, cuya única excepción a su desarrollo ilimitado viene impuesta normativa, jurisprudencial y coactivamente por el Estado quien, con el fin de evitar el daño que el abuso de algún derecho libertad pueda producir en otro, restringirá su ejercicio³⁰.

Así, desde la modernidad, el límite de los derechos es externo dado que tiene su origen en una serie de limitaciones exigidas por el poder público ya sea a través de leyes o disposiciones normativas o de decisiones jurisdiccionales, para garantizar la pacífica convivencia entre los ciudadanos, con lo cual, la coexistencialidad³¹, como límite interno de los derechos —que permite entender que el ejercicio de nuestras libertades y derechos se adecúan naturalmente a la existencia de los derechos y libertades de los demás— no existe.

Otra característica del pensamiento moderno que influye directamente en la teoría conflictivista de los derechos fundamentales es el abandono de la razón práctica prudencial.

La razón práctica implica la realización de dos actividades complementarias: el análisis deductivo para la identificación de los bienes reales del ser humano y la síntesis inductiva que determina los mejores medios para el logro de esos bienes teniendo en cuenta, en la toma de la decisión, las circunstancias particulares que rodean a los sujetos y los fines de la acción.

Si el derecho es aquello que corresponde al sujeto en virtud de la existencia de un título, ya sea natural o positivo, y la justicia supone una acción específica en un momento y espacio determinado para darle a cada uno lo que le corresponde ajustando

²⁶ Kriele, M. (1982). «Libertad y dignidad de la persona», *Persona y Derecho*, n.º 9, p.42.

²⁷ Cianciardo, J. (2000) *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, p. 105.

²⁸ Serna Bermúdez, P. (1990). ... *Op. Cit.* p. 142-143.

²⁹ Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad hoc, Buenos Aires, p. 134.

³⁰ *Ibidem*, p. 111.

³¹ Cotta, S. (1993). *¿Qué es el derecho?*, traducción de J.J. Blasco, Rialp, Madrid, pp. 17-18.

ese dar a su natural coexistencialidad, es indispensable determinar qué le corresponde a quien, en cada caso concreto.

La determinación de lo justo consiste en una decisión operativa en un entorno de relaciones interpersonales que debe atender no sólo al conocimiento de las leyes y a los principios teóricos de su aplicación normativa, sino también a una serie de otros factores, como, las circunstancias que rodean al caso, la singularidad del problema, las características y particularidades de los sujetos intervinientes en el asunto³².

El Derecho consiste en un ejercicio de razón práctica que, desde una perspectiva aristotélica³³, implica determinar —a partir del contexto histórico y los factores sociales que afectan a los sujetos— todos aquellos bienes que les corresponden debido a su coexistencialidad, identificando los diferentes medios para alcanzar su realización plena. Por ello, es factible la existencia de varias soluciones igualmente válidas en el terreno jurídico, porque pueden ser múltiples y diferentes los medios para lograr el ejercicio de los diversos bienes producto del ajuste relacional entre seres humanos. Así, la validez de los medios estará sujeta a que estos efectivamente encaminen al ser humano a la satisfacción de un bien real, en tanto contribuyen a su perfeccionamiento como individuo y como ser social.

La conclusión del razonamiento práctico consistirá en la elección de uno, entre los diversos medios posibles, para ejercer un bien propiamente humano³⁴. En este sentido, es necesario realizar una adecuada labor de discernimiento jurídico desarrollando, de manera complementaria, un análisis deductivo de implicaciones antropológicas y/o axiológicas³⁵ para la identificación del bien, y una síntesis inductiva³⁶ para la determinación de los medios y la adecuada toma de la decisión³⁷ eligiendo, entre los diferentes medios válidos posibles, aquel que se considere más apropiado a desarrollar, en orden a la natural sociabilidad humana, a las circunstancias y momento determinado.

Lo justo será producto, entonces, de un razonamiento práctico que determina los derechos o bienes que corresponden a cada ser humano dentro de su contexto histórico-social y los medios legítimos para su ejercicio pleno, debido a su coexistencialidad.

³² Serna Bermúdez, P. (1990) ... *Op. Cit.*, p. 129.

³³ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 10, 1137b.

³⁴ Poole Derqui, D. (2007). «Relación entre razón práctica justicia y ley. Relevancia actual de la perspectiva aristotélica tomista», *Anuario de Filosofía del Derecho: Nueva época*, Tomo XXIV, p. 415.

³⁵ Rabbi Baldi, R. (1990). *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona, pp. 551-576.

³⁶ Serna Bermúdez, P. (2006). *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*, Porrúa, México D.F., p. 8 y Martínez Doral, J. M. (1988). «La racionalidad práctica de la Filosofía del Derecho», *Persona y Derecho*, n.º 19, pp.139-140.

³⁷ Carpintero Benítez, F. (2008). *La Ley Natural: Historia de un concepto controvertido*, Encuentro, Madrid, pp. 82-83.

Ahora, si el razonamiento jurídico práctico implica el uso del método teórico deductivo y práctico inductivo³⁸ para la identificación del bien y los medios válidos para su satisfacción, respectivamente, la virtud necesaria para el desarrollo de este ejercicio intelectual teórico-práctico de discernimiento de lo justo será la prudencia ya que el desarrollo de esta virtud le permite al ser humano identificar las acciones que constituyen un buen obrar, perfeccionándolo en el hábito de hacer lo debido³⁹, aprendiendo a elegir, aquí y ahora⁴⁰, atendiendo al contexto histórico y al caso singular, entre todos los medios válidos y justos, el más idóneo y mejor para el sujeto, en orden a alcanzar la plenitud de su ser complementario individual y social.

Por tanto, el hacer justicia se inicia con un proceso prudencial de descubrimiento objetivo a través del cual será factible reconocer los bienes jurídicos que le corresponden a cada sujeto en un momento y espacio determinado; y, en consecuencia, en orden a su coexistencialidad, delimitar su contenido, extensión y alcance identificando, además, los mejores medios para su ejercicio pleno poniendo a disposición del logro de estos bienes y el desarrollo de estos medios, todo el sistema jurídico⁴¹. Sólo un adecuado uso de la razón práctica prudencial permite una visión armonizadora de los derechos fundamentales, pues a través de ella se adquiere la capacidad de identificar los reales bienes humanos, en orden a un ajuste natural entre sus exigencias individuales, su natural sociabilidad y las circunstancias espacio temporales que los rodean, ordenando las acciones humanas a la ejecución de los medios que permitan la realización de dichos bienes.

Desde esta perspectiva, el conflicto de derechos resulta imposible porque producto de la razón práctica prudencial, los derechos o bienes jurídicos y los medios para el logro de estos vendrán internamente delimitados por la coexistencialidad humana y las circunstancias históricas que rodean la situación específica que se pretende resolver, resultando imposible un obrar recto o bueno que hiciera caso omiso a la dimensión social o coexistencial y espacio temporal. Así, todo razonamiento que concluye con la colisión de un derecho con otro no es un razonamiento recto o prudente, pues identifica a los derechos y los medios para desarrollarlos como realidades individuales e ilimitadas que chocan entre sí desconociendo la unidad del ser humano, cuyo perfeccionamiento sólo se entiende atendiendo complementariamente a todas sus dimensiones material, espiritual, individual, social, espacial e histórica.

En la modernidad se niega la realidad objetiva de cualquier análisis deductivo de carácter metafísico⁴² lo que origina la imposibilidad de conocer los reales bienes

³⁸ Kaufmann, A. (1982). «Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik». En *Europaisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift für H. Coing zum Geburtstag)*, Tomo I, München, pp. 537-548.

³⁹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, I, 1145a6

⁴⁰ Rodríguez Luño, A. (1991), *Ética general*, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 284.

⁴¹ Ollero Tassara, O. (1983-1984), «Consenso: ¿Racionalidad o legitimación?», *Anales Cátedra Francisco Suarez*, n.º 23-24, pp. 163 a 182.

⁴² Hume, D. (2003). *Investigación sobre el entendimiento humano*, Mestas, Madrid, p. 170.

del ser humano y, en consecuencia, rechaza cualquier comprensión ontológica de la sociabilidad humana que permita concebir al derecho como «la asunción (mutuamente condicionante y potenciadora) de la existencia ajena»⁴³, asunción que tiene como resultado la armonía entre los derechos de cada uno y los deberes para con los demás⁴⁴ lo que hace imposible, a su vez, la síntesis inductiva, abocada a descubrir si el ejercicio de los medios que conllevan a la realización de aquello que se considera derecho, se adecua o no a una perfección real para el ser humano, pues sin la identificación del bien resulta absurdo intentar determinar los medios adecuados para el desarrollo y mejor logro del fin⁴⁵.

La modernidad opta por concebir al derecho como una formulación legislativa en abstracto, carente de cualquier fundamentación, lo que hace que la determinación del contenido de un derecho fundamental no sea consecuencia de un profundo razonamiento práctico: sobre el bien jurídico objeto del derecho, el fin que pretende proteger en una circunstancia concreta, y las relaciones y efectos que el ejercicio de este derecho podría originar con respecto de otros sujetos; sino que es resultado de un acuerdo formal de carácter meramente político⁴⁶ que convierte al contenido esencial del derecho en un contenido artificial, pues no se asienta en una justificación ulterior que delimite, en un momento y lugar determinado, el bien jurídico y los medios legítimos para su ejercicio coexistencial, sino que la mutabilidad histórica del derecho moderno se produce a la luz de la existencia o no de coincidencias argumentativas «de lo que la voluntad mayoritaria actual y arbitraria quiere»⁴⁷.

El conflictivismo descarta cualquier fundamentación que pretenda atender al bien o al fin de un derecho en una situación específica para centrarse, a través de la

⁴³ Cotta, S. (1977). «Attualità ed ambiguità dei diritti fondamentali». En AA.VV., *Diritti fondamentali dell'uomo*, Giuffrè, Roma, p. 22.

⁴⁴ Cianciardo, J. (2000) ... *Op. Cit.*, p. 152.

⁴⁵ Desde una perspectiva armonizadora, que parte de un concepto aristotélico tomista, la libertad tiene una relación esencial con el bien, un bien que no sólo corresponde al individuo, sino que tiene una dimensión solidaria, en este orden de ideas, el ser humano tiene un fin natural su realización personal plena que no sólo es individual, sino que tiene mucho que ver con la máxima donación de uno mismo a los demás, de tal forma que no existe realización propia sin la colaboración del prójimo sólo así se logra la plenitud, la verdadera felicidad humana. La razón práctica de Kant, por el contrario, se desvincula de la esta tensión esencial de la libertad hacia el bien, él prefiere fundar la ley moral, no sobre un fin natural al que hay que tender, sino a partir del sentido del deber que supone una superación personal, siempre que no se perjudique a los demás, pero no los involucra a todos en ese objetivo, es decir, este no supone una estrecha relación de los otros en el logro de mi propia realización, ni involucra al individuo en el logro de la realización de los otros, sino que lo que interesa únicamente es lograr las metas que individualmente cada ser humano se propone, con lo cual se realza la figura del individuo, descuidando la dimensión social del ser humano. Poole Derqui, D. (2008). «Derecho, razón y pasión en la ley natural», *Ius Cónomicum*, Vol. XLVIII, n.º 96, p. 541.

⁴⁶ Alexy, R. (2003). «Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático». En Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, p. 38

⁴⁷ Serna Bermúdez. P. (1990) ... *Op. Cit.*, p. 156; *Vid.* Alexy, R. (2003) ... *Op. Cit.*, p. 40.

persuasión y el convencimiento⁴⁸, a determinar, en abstracto, una serie de principios en orden a jerarquizar derechos y, en concreto, a buscar los argumentos que permitan justificar la restricción (ponderación) de unos derechos a favor de la actuación ilimitada y absoluta de otros⁴⁹.

En este sentido, la jerarquización y la ponderación permiten relegar derechos, en orden al reconocimiento formal, como valores políticamente correctos⁵⁰, de determinadas exigencias actuales de los individuos, de tal forma que, de haberse jerarquizado o ponderado derechos, el trabajo de los órganos jurisdiccionales se limitaría a aplicar aquel derecho que responda a tales exigencias y, si tal jerarquización o ponderación no

⁴⁸ Perelman, Ch. (1976). *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, Paris, p. 85 ss.

⁴⁹ Aparicio Aldana, R. K. (2016). «Una visión armonizadora de la interpretación jurídica de los derechos fundamentales: la coexistencialidad humana como fundamento de un análisis crítico al conflictivismo jurídico» [en línea]. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/vision-armonizadora-interpretacion-aporicio.pdf> [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2022].

⁵⁰ Así, por ejemplo, si bien Habermas se percata que en el derecho moderno se ha producido una separación entre la moralidad y la legalidad y que esta «acarrea, como consecuencia, el problema de que la esfera de la legalidad en conjunto necesita de una justificación práctica. La esfera del derecho, independiente de la moral, que al mismo tiempo exige de las personas jurídicas que estén dispuestas a obedecer a la ley, tiene que estar anclada, a su vez, en una moral basada en principios». Desde una posición semejante, tal como lo señala Innerarity, la elaboración de tales principios es la única alternativa a una separación que sólo puede mantenerse por medio del dominio. Ahora, para que las leyes tengan validez es necesario que todos los posibles afectados por su aplicación directa o indirectamente pudieran llegar a un acuerdo racionalmente motivado de que dicha norma ha de ser —o continuar— vigente, es decir, que ha de obtener —o mantener— validez social, de esta forma se prescinde de toda suerte de contenido material vinculante, de tal manera que la democracia es aquella forma de adoptar decisiones políticas dependiendo de un consenso alcanzado a través de la discusión libre de dominio, en donde el discurso se institucionalice como alternativa a la fuerza.

Así, en la base exclusiva del mejor argumento, es posible determinar la corrección de una norma, a partir de su *resolubilidad discursiva*, en tanto esta proviene de un procedimiento de consenso obtenido en virtud de sus motivaciones que permiten concebirla como una norma válida, en tanto expresa una voluntad racional, que deja en evidencia un interés generalizable mediado por el lenguaje. Por lo expuesto, queda claro que a Habermas lo que le importa es a la forma del proceso dialogante: «habla de tal modo que en los discursos pueda alcanzarse un punto de vista generalizable», pero ello, no es suficiente para proveer aquello que la razón necesita para ponerse a salvo de su propia perversión: un modo de relación con el mundo que no gire en torno a la subjetividad, esta imposibilidad de que la razón comunicativa defina desde sí misma sus propias condiciones de racionalidad es un indicativo de su limitación, con lo cual resulta imposible encontrar en ella un contenido de lo que se realmente pueda considerarse como lo justo. Así, es posible que una razón discursiva invalide verdaderos derechos humanos, porque el interés generalizable, considera que no lo son al atender, no a un real conocimiento de lo que es el bien humano y a las circunstancias que rodean el ejercicio de una acción justa, sino a lo que el consenso reclama. Habermas, J (1976). *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, Suhrkamp*, Frankfurt, p. 34, 226 y 269; Innerarity Grau, D. (1986). «La teoría discursiva de la legitimidad de Jürgen Habermas», *Persona y Derecho*, n.º 14, p. 67 y 255; Habermas, J (1968). *Erkenntnis und Interesse*, Suhrkamp, Frankfurt, p. 391. Habermas, J (1973). *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt, p. 144; Innerarity Grau, D. (1989). «Habermas y el discurso filosófico de la Modernidad», *Persona y Derecho*, n.º 21, p. 21.

se hubiera producido, a realizar un ejercicio deductivo con el fin de determinar qué derechos en disputa responden a los reclamos de la comunidad política mayoritaria.

La influencia del pensamiento moderno en la labor jurisprudencial es clara. Así, para los modernos lo importante es el *quantum* o el dato⁵¹ considerándose justo todo aquello que sea querido o deseado por los más, no importando si eso que se considera justo no constituye un verdadero bien para el ser humano o si su ejercicio no se ajusta a su natural coexistencialidad.

El positivismo jurídico moderno concibe el oficio del jurista como la operación mecánica de subsunción o aplicación de la ley⁵², cuya fuerza nace en un acuerdo de voluntades políticas de carácter formal⁵³. Si la decisión sobre la supremacía o restricción de un derecho tiene el mismo origen: un acuerdo o consenso de voluntades (expresamente plasmado a través de la ley o deducido jurisprudencialmente por reclamo mayoritario), es lógico suponer que la actividad jurisdiccional quede reducida a subsumir o aplicar mecánicamente esa decisión (legislativa o judicial) de favorecer a un determinado derecho⁵⁴.

Como puede observarse, el influjo de la modernidad en el origen y desarrollo del conflictivismo, como teoría de los derechos fundamentales, parece obvia, pues los postulados básicos del pensamiento moderno: como el individualismo, el olvido de la razón práctica y el positivismo jurídico dan sustento a las bases y efectos del conflictivismo: la supuesta colisión entre derechos es producto de una visión del ser humano individualista que goza de una libertad ilimitada; la determinación formal y política del contenido de los derechos es consecuencia de la negación de cualquier postulado metafísico que permita un esfuerzo de razón práctica; y, la pasividad en la función jurisdiccional frente a la determinación, en abstracto o en concreto, de un derecho por encima de otro se sostiene en la translación de la actividad meramente aplicativa o de subsunción de la ley a la decisión (normativa o jurisprudencial) sobre la supremacía de unos derechos en perjuicio de otros.

⁵¹ Von Weizsäcker, C.F. (1972). *Importancia de la ciencia*, Labor, Barcelona, pp. 112 y ss.; Ballesteros Llopart, J. (2001) *Sobre el sentido del derecho: Introducción a la filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, p. 25-26; Serna Bermúdez, P. (1999) ... *Op. Cit.*, p. 119-120.

⁵² Montesquie. (1980). *El espíritu de las leyes*, Porrúa, México, pp. 106-108.

⁵³ Ballesteros Llopart, J. (2001) ... *Op. Cit.*, p. 45.

⁵⁴ Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 98 y Moreso Mateos, J.J. (2003) «Conflictos entre principios constitucionales». En Miguel Carbonell Sánchez (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, p. 106.

2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO: UN NUEVO PARADIGMA INCOMPRENDIDO POR EL CONFLICTIVISMO.

El pilar del neoconstitucionalismo es que la sociedad sostenga sus bases en una nueva forma de organización⁵⁵ de «orden axiológico»⁵⁶ que tenga a la Constitución como norma fundamental cuya superioridad se sustenta en el reconocimiento, como fundamento de todo derecho, de sumos valores como la dignidad, la libertad e igualdad de la persona humana, lo que hace de esta norma «criterio básico de justicia»⁵⁷, convirtiéndola en el sustento material de toda actuación dentro de una determinada comunidad política⁵⁸, por lo que cualquier norma o decisión jurídica de los poderes públicos o de los particulares deberá adecuarse, formal y materialmente, al contenido de lo dispuesto en la Constitución.

Desde esta perspectiva, el contenido material de la Constitución, al reconocer, amparar y defender la condición humana, resulta inalienable e inviolable⁵⁹ convirtiéndola en una norma de aplicación y eficacia directa, sostén, por su carácter obligatorio y fuerza vinculante⁶⁰, de cualquier ejercicio interpretativo de las normas jurídicas y de la validez de toda actuación tanto de públicos como de privados⁶¹. Desde esta nueva «antropología constitucional»⁶² del neoconstitucionalismo, el ser humano no puede ser concebido como un objeto de consensos y opiniones mayoritarias, sino que, en su calidad de digno debe ser respetado y considerado en sí mismo como un ser ontológicamente superior, resultando inconcebible su desamparo o desprotección⁶³.

Así, la dignidad es el valor fundamental de la Constitución neoconstitucional⁶⁴, por ello, constituciones pioneras en el pensamiento neoconstitucionalista, como la

⁵⁵ Prieto Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, p.111.

⁵⁶ Seoane Rodríguez, J.A. (2006). «La ampliación del catálogo de derechos fundamentales», *Persona y Derecho*, n.º 54, p. 443.

⁵⁷ En Martínez Pujalte, A.L. y de Domingo, T. (2011). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, p. 18.

⁵⁸ *Vid.* Prieto Sanchís, L. (2007) ... *Op. Cit.*, p. 198.

⁵⁹ Martínez Pujalte, A.L. (1992). «Los derechos humanos como derechos inalienables». En Ballesteros Llompert, J. (Ed.). *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, p. 90.

⁶⁰ Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, p. 116.

⁶¹ Comanduci, P. (2009). «Constitucionalización y neoconstitucionalismo». En Ahumada Ruiz, A y González Lagier, D. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, p. 85-87.

⁶² Häberle, P. (2008). «La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal». En Fernández Segado, F. (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales y justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, pp. 175-237.

⁶³ Oehling de los Reyes, A. (2011). «El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa continental», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, p. 143.

⁶⁴ Badura, P. (1964). «Generalprävention und Würde des Menschen», *Juristenzeitung*, n.º 11-12, 1964, p. 340; Grimm, J. y Grimm, W. (1854-1960). *Deutsches Wörterbuch*, Vol. 24, S. Hirzel, Leipzig, pp. 171-172.

alemana⁶⁵, la colocan como sustento de toda organización social y política; criterio de fundamentación que fue seguido por la mayoría de las constituciones occidentales contemporáneas⁶⁶ considerándose, actualmente, el principio constitucional supremo de todo ordenamiento jurídico.

La dignidad, como rasgo característico de los seres humanos⁶⁷, es identificada por los sistemas jurídicos contemporáneos como un bien jurídico intangible o derecho objeto de protección, reconocimiento y respeto por parte del poder público y de los privados y, por ende, título de los derechos fundamentales⁶⁸. Ello hace posible que los derechos fundamentales también sean concebidos como bienes que le son inherentes a las personas, en tanto que dignas. Así, dado que todos los seres humanos ejercen simultáneamente sus derechos estos nacen ajustados al reconocimiento de su existencia digna y al contexto en el que estos derechos se desenvuelven.

Los derechos fundamentales, por tanto, no pueden ser concebidos como aquello que un ser humano, de manera individual, pide y exige para sí mismo, sino como bienes tanto individuales como comunes.

Esta visión integral de los derechos fundamentales que reconoce en ellos una doble dimensión subjetiva (bien individual de su titular) e institucional u objetiva (bien colectivo, en tanto nace del ajuste producto de las relaciones de su titular con otros) y que, por tanto, identifica su ejercicio como un bien común, hace que estos gocen de la protección, garantía y promoción de los poderes públicos⁶⁹.

En este sentido, el Estado, quien detenta el poder público dentro de una colectividad políticamente organizada, se encuentra vinculado a estos derechos fundamentales de forma negativa y positiva. Así, en virtud de la vinculación negativa, los poderes públicos se encuentran obligados a evitar realizar actos que obstruyan, perjudiquen o perturben el desarrollo por parte de los individuos de sus derechos fundamentales. Por su parte, la vinculación positiva a estos derechos obliga al Estado a realizar una serie de actos eficaces y efectivos dirigidos a promover y garantizar su real ejercicio.

Los poderes públicos y los actos particulares se verán drásticamente afectados por la sustancialidad que le otorga la dignidad de la persona humana a la Constitución. La ley (producto del Poder legislativo), los actos administrativos (nacidos del Poder ejecutivo u otras organizaciones dotadas de poder público) y las actuaciones privadas

⁶⁵ Artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn.

⁶⁶ El artículo 10.1. de la Constitución Española; artículo 1 de la Constitución Peruana, de la Constitución Chilena; de la Constitución de Brasil. Serna Bermúdez, P. (2005). «La dignidad humana en la Constitución Europea», *Persona y Derecho*, n.º 52, pp. 23-31.

⁶⁷ Enders, Ch. (1997). *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung Zur Dogmatik des Art. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 32-41.

⁶⁸ De Domingo, T. (2006). «Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución». En Ramos Pascua, J.A.; Rodilla González, M.A. (Eds.), *Positivismo jurídico a examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, pp. 355-377 y Martínez Pujalte, A. L. y de Domingo, T. (2011) ... *Op. Cit.*, p. 8.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 10.

(originadas por la autonomía de la voluntad) quedarán sujetas a su adecuación a la Constitución que tiene como pilar la declaración de todo ser humano como digno (lo que implica el reconocimiento constitucional de la necesaria complementariedad de cada una de las dimensiones humanas).

De ahí que, la labor de los órganos jurisdiccionales encargados de la adecuación a la Constitución de los actos realizados por los poderes públicos y los privados (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) no puede limitarse a una automática aplicación de leyes, sino que deben constituirse en constructores de jurisprudencia⁷⁰ al dotar a sus resoluciones de fundamentos que permitan delimitar los derechos fundamentales atendiendo a su natural coexistencia y a las concretas particularidades de cada situación específica, identificando los medios más idóneos para su ejercicio y aquellos actos que, por no responder a esa adecuación, puedan configurarse en sustento de normas, actos u omisiones, públicos o privados, arbitrarios, «injustos o inválidos»⁷¹, al no responder al contenido constitucionalmente protegido del ejercicio de un derecho fundamental.

2.1. *Inexistencia de conflictos de derechos*

Como ya se ha dicho, el conflictivismo recibe una fuerte influencia del pensamiento moderno que concibe a los derechos como meras libertades que gozan políticamente del reconocimiento normativo como derechos individuales. Por ello, cualquier pretensión de ejercicio de estas libertades, aunque estas no se ajusten al reconocimiento de una natural coexistencialidad entre los seres humanos, parece tener respaldo jurídico⁷².

Esta concepción moderna de los derechos le imposibilita al conflictivismo las relaciones armoniosas entre derechos fundamentales en toda su amplitud. De ahí que, aunque el conflictivismo no rechace la existencia de bienes colectivos⁷³, sólo destaca su dimensión subjetiva. Ello supone un replanteamiento moderno de la dignidad humana concibiéndose como aquella que permite el absoluto ejercicio de libertades normativamente reconocidas, lo que hace posible e irremediable la existencia de choques entre derechos fundamentales y, por ello, con el fin de solucionar el problema de su colisión, desde la perspectiva conflictivista, resulta posible limitarlos externamente (legislativa o jurisprudencialmente) a través de la jerarquización o de la ponderación de derechos, aunque tal restricción suponga, en estricto, una vulneración constitucional, al producir una lesión a la dignidad humana, pues se estaría privilegiando el ejercicio de un derecho fundamental en desmedro de otro.

⁷⁰ Prieto Sanchís, L. (2003) ... *Op. Cit.*, p. 103.

⁷¹ Ferrajoli, L (2003). «Pasado y futuro del Estado de Derecho». En Carbonell Sánchez, M. (Ed.) *Neonstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, p. 18.

⁷² Cianciardo, J. (2007) ... *Op. Cit.*, pp. 84-85.

⁷³ Alexy, R. (1992). *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, p. 186.

Peor aún, el conflictivismo tiende, también como influjo de la modernidad, a rechazar cualquier fundamentación ontológica que permita concebir a los derechos como productos histórico-espaciales que tienen en cuenta las dimensiones individuales, espirituales, materiales y sociales del ser humano.

En este orden de ideas, el conflictivismo entiende el ejercicio ilimitado de los derechos fundamentales como un mandato que permite concebirlos siempre como plenamente realizables, en abstracto, pero que, por circunstancias diversas, de carácter político, cultural y social pueden ser mermados resultando jurídicamente imposible su realización absoluta ya sea por decisión normativa o jurisprudencial; posición contraria a una postura armonizadora que concibe como posible un límite interno de los derechos asentado en el reconocimiento de la existencia de otros y del particular contexto en que se produce su ejercicio, y, por lo tanto, al concebirse los derechos fundamentales como ajustados, su efectiva realización es plena, pues su desarrollo atenderá siempre a las particularidades que le rodean, en el caso concreto.

Dada la imposibilidad de fundamentar, desde un razonamiento práctico prudencial, la restricción a los derechos fundamentales resulta indispensable, para los defensores del conflictivismo, recurrir a jerarquizaciones de derechos arbitrarias y en abstracto; o, a procedimientos formales meramente argumentativos⁷⁴ (teoría del discurso⁷⁵ y test

⁷⁴ Alexy, R. (2003) ... *Op. Cit.*, pp. 39-41.

⁷⁵ Cabe señalar que este artículo no sigue las ideas de razonamiento práctico de Alexy por lo siguiente: Es cierto que Alexy se aleja de un pensamiento positivista, pues el funcionamiento del sistema jurídico que propone defiende un concepto de Derecho que implica necesariamente una "pretensión de corrección material", sin embargo, su teoría general de la fundamentación de las normas se asienta sobre lo que él denomina la "teoría del discurso". La teoría del discurso de Alexy supone que una norma es correcta si y sólo si puede ser resultado de un procedimiento consistente en un ejercicio de pensamiento que se expresa por medio de un sistema de reglas, que señalan las condiciones de la argumentación práctica racional. Una parte de las reglas constituyen condiciones generales de racionalidad, tales como ausencia de contradicción, universalidad, claridad lingüístico-conceptual, propias de monólogos y otras, denominadas argumento trascendental, carecen de carácter no monológico y pretenden preservar la imparcialidad del discurso, asegurando la libertad y la igualdad de todos los participantes lo que presupone dos premisas: que el punto de partida del argumento tenga algún sentido; y, que este punto de partida sea posible. Para determinar aquello que tiene sentido, atiende a los actos particulares del habla, por ello, su argumentación es pragmático-trascendental y consiste en afirmar que los actos de lenguaje de aserción son necesarios y que éstos presuponen una pretensión de corrección, que a su vez implica un deber *prima facie*, de fundamentar lo afirmado. La fundamentación otorga al sujeto que lo realiza la condición de participante en la forma de vida más general de los seres humanos y concede a los demás ser aceptados como compañeros de fundamentación con iguales derechos. Así, en realidad, la teoría del discurso es una teoría procedimental que, por medio de un sistema de reglas y principios, expresa las condiciones de la argumentación práctica racional. Por ello, al ser un sistema procedimental resulta imposible derivar de estos contenidos sustantivos. de tal forma que tal como afirma De Domingo esto constituye la principal debilidad de la teoría del discurso, pues «Alexy no pretende sustentar la necesidad de formular asertos en la estructura ontológica del ser humano, sino en datos empíricos que ciertamente presuponen una valoración de lo que es bueno para la vida humana». Por ello, continúa De Domingo, «la teoría del discurso ofrece una noción de "corrección sin verdad" (...) que se hace acreedora a las críticas que se han realizado de las teorías procedimentales de la justicia principalmente la referente a que "se trata de una noción negativa de corrección pues su logro en el discurso real es la no

de ponderación o proporcionalidad⁷⁶) que, a través de reglas lógicas, datos empíricos y habilidades lingüísticas, determinen discursivamente aquello que los individuos que conforman la sociedad consideran más relevante, por lo que debe ser reconocido normativamente como derecho y protegido obligatoriamente como tal, en toda su amplitud⁷⁷ explicando, además, las razones por las cuales otros derechos deben ser restringidos o externamente limitados, pese a que también han sido reconocidos jurídicamente como derechos fundamentales.

Para el conflictivismo, la determinación de lo justo se produce a partir de una serie de procedimientos formales o abstracciones meramente argumentativas que facultan al operador jurídico a restringir derechos fundamentales. Tales operaciones se oponen a las ideas centrales del neoconstitucionalismo, en cuya esencia se ubica la dignidad de la persona humana como eje axiológico y normativo de toda organización social, jurídica y política, lo que supone un impedimento de vejación, restricción o merma externa de cualquier derecho fundamental.

2.2. *Imposible colisión entre bienes individuales y colectivos*

Ya hemos dicho que el conflictivismo centra sus esfuerzos en una dignidad cercenada que ubica a los abstractos derechos subjetivos —fundados en la libertad del

incorrección, la no irracionalidad”. Por ello, al igual que De Domingo se coincide con Seoane al afirmar que a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy «le falta algo; y ese algo puede ser una teoría de la prudencia, del ejercicio de otra racionalidad práctica, más aristotélica que kantiana —o hobbesiana—, que alumbré el ejercicio de la facultad judicial y decisoria de los órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos. A través de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se ha conseguido, en cierta medida, garantizar la racionalidad —o mejor la no irracionalidad— del sistema; pero falta explorar la racionalidad del decisor. En otras palabras, el Derecho metódicamente asegurado que propugna Alexy no basta para dar cuenta de una realidad jurídica que sobrepasa su noción de racionalidad y su noción de corrección, y para la que se precisan sendas nociones más amplias y comprehensivas». A ello le suma De Domingo que la teoría del Discurso de Alexy no está en condiciones de justificar la obligatoriedad de las normas jurídicas. Así «La teoría del discurso puede afirmar que determinado comportamiento es discursivamente admisible, y ello puede ser una buena razón para obedecer la norma que lo prescriba, pero el rechazo de toda consideración ontológica, con la consiguiente imposibilidad de afirmar que es bueno y malo para el hombre impide determinar si lo prescrito es probable, y, por consiguiente, de este modo incurre en lo que Cotta denomina críticamente “obligatorio sin justificación”. Alexy, R. (2000). «La institucionalización de la razón», *Persona y Derecho*, n.º 43, pp. 219-223; Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 184-201. Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp.75-80; de Domingo Pérez, T. (2019) «¿Corrección sin “verdad”? Paralelismos y diferencias entre Robert Alexy y Sergio Cotta», *Forum. Supplement to Acta Philosophica*, Vol. 5, n.º2, p. 803; Serna Bermúdez, P. (2006) ... *Op. Cit.* p. 89; Seoane Rodríguez, J. A. (2003). «Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy», en Serna Bermúdez, P. (dir.). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Comares, Granada, p. 122.

⁷⁶ Alexy, R. (1993) ... *Op. Cit.*, p. 366-371.

⁷⁷ De Domingo, T. (2006) ... *Op. Cit.*, pp. 366-371.

individuo— a la palestra, identificándolos como derechos fundamentales, en tanto se encuentran políticamente reconocidos por la norma constitucional, caracterizándose por su carácter no distributivo pudiendo, en consecuencia, ser entregados, sin problema, a cada uno de sus titulares.

Esto ocasiona una inevitable colisión con los bienes colectivos⁷⁸ concebidos por el conflictivismo como un conjunto bienes indivisibles o no distributivos⁷⁹, cuya titularidad es ejercida por distintos grupos humanos, a partir de su reconocimiento normativo producto de un consenso político mayoritario⁸⁰.

Desde esta perspectiva, el legítimo ejercicio de un bien colectivo, ante su conflicto con los derechos individuales, vendrá determinado por el resultado que surja del uso del principio de proporcionalidad que determinará si se debe restringir o no un derecho fundamental en orden a preservar el bien colectivo; lo que altera, desde sus entrañas, el concepto de justicia defendido por el neoconstitucionalismo que sustenta todo sistema jurídico en la dignidad humana permitiendo una visión no dividida, sino integral, no restrictiva, sino armonizadora de los derechos fundamentales.

La irremediable separación en que incurre el conflictivismo al desmembrar —en dos compartimentos estancos y por una razón meramente formal⁸¹— las dos dimensiones (individual y colectiva o institucional) que conforman los derechos fundamentales, hace imposible, para sus defensores, abrir los ojos a la comprensión de estos derechos como bienes individuales y a la vez colectivos negando, de esta manera, a todo «sujeto-titular» la exigibilidad de la que gozan respecto a los bienes individuales y sociales que conforman el objeto de cada uno de sus derechos fundamentales.

Esta ausencia de comprensión del conflictivismo obnubila cualquier entendimiento armonizador de los derechos fundamentales e imposibilita comprender que estos vienen delimitados internamente por la coexistencia humana y las circunstancias de cada contexto en donde se ejercen. Es esta peculiaridad delimitadora del ejercicio de los derechos fundamentales lo que evita que entren en conflicto y permite identificarlos como bienes individuales exigibles por sus titulares y comunes a todos los que conforman la sociedad, de tal forma que el Estado debe promoverlos y protegerlos.

3. CRÍTICA A LA JERARQUIZACIÓN Y A LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

Con lo que respecta a las teorías de jerarquización de derechos (ya sea la doctrina de los *preferred freedoms* o la teoría de la jerarquización de EKMEKDJIAN), aunque

⁷⁸ Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 186-188; Alexy, R. (2011). «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, p. 25.

⁷⁹ *Ibidem.*, pp. 186-188.

⁸⁰ Rawls, J. (1996). *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, p. 67.

⁸¹ Martínez Pujalte, A.L. y de Domingo, T. (2011) ... *Op. Cit.*, pp. 10-14.

pretenden fundamentar sus argumentos en la moral social de una específica comunidad política, la fuente de donde emanan los criterios de moralidad es meramente cuantitativa. Lo moral y, en consecuencia, justo será lo que la mayoría de los individuos quiere. Se considera que un derecho es superior a otro, debido a una sumatoria subjetiva que dará como resultado una estructura escalonada de derechos predeterminados que hará imposible una decisión judicial producto de un razonamiento práctico prudencial que atienda a la integral, compleja y complementaria entidad del ser humano y a las particulares circunstancias que rodean al caso. Al juez le corresponde, entonces, únicamente, aplicar de manera abstracta y mecánica la jerarquía de derechos anteriormente establecida.

Además, estas teorías mantienen una división entre la dimensión subjetiva e institucional de los derechos fundamentales, por ejemplo, la doctrina de los *preferred freedoms* deja clara su intención de dar preferencia a los derechos que por su trascendencia institucional para el funcionamiento del sistema democrático revisten de mayor significación, sin tener en consideración la importancia que para cada sujeto tienen otros derechos que no cuentan con esa característica. Esta predilección de ciertas libertades democráticas sobre derechos relacionados con la vida privada supone relegar a un segundo plano la dimensión individual de los derechos fundamentales⁸² dejando indefensos a los individuos frente a conductas preferidas, en virtud de su importancia estructural⁸³.

En consecuencia, cualquier regulación sobre una libertad privilegiada constituirá una restricción de derechos justificable, en razón de una supuesta amenaza o peligro inminente a la realización de una imperiosa necesidad social o interés sustancial, público y general (*compelling state interest*)⁸⁴ evidenciando la conflictividad que emana de esta doctrina, entre bienes o intereses sociales o colectivos y derechos libertad o subjetivos, atentando de esta forma con la visión integral de los derechos fundamentales que emana de su doble dimensionalidad, individual y colectiva, que defiende el neoconstitucionalismo.

Por su parte, la teoría de la jerarquización de Ekmekdjian, al afirmar que los derechos se dividen tajantemente en tres grupos⁸⁵ impiden una visión armonizadora

⁸² Martínez Pujalte, A.L. (1997) ... *Op. Cit.*, p. 204.

⁸³ Serna Bermúdez, P. (1994). «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», *Humana Iura*, n.º 4, 1994,

p. 197-234.

⁸⁴ Serna Bermúdez, P. y Toller, T. (2000) ... *Op. Cit.*, p. 16.

⁸⁵ El primer grupo de derechos estará compuesto por derechos civiles o personalísimos, es decir, aquellos que son ejercidos por uno o más seres humanos, individualmente. Este es el único de los grupos subdividido jerárquicamente, de manera general y específica, por esta teoría. Un tercer grupo estará constituido por aquellos derechos especiales que se dan a la cabeza de un conjunto humano extenso, unido por un denominador común como la etnia o los derechos políticos (derechos de interés difuso), y un segundo grupo estaría conformado por los que no están incluidos en alguno de los dos anteriores, como los derechos sociales (como, por ejemplo, el derecho del trabajo), dada su expresa exclusión del

de los derechos al entender que cada uno de los grupos es opuesto uno del otro. Así, aunque el primero y el segundo grupo impliquen el nacimiento de derechos subjetivos, se oponen entre sí, porque el primero deviene de una exigencia individual que impondría obligaciones negativas al Estado, mientras que el segundo, dado que su origen son los reclamos sociales de grupos determinados (como los trabajadores, por ejemplo), impondría obligaciones positivas a los poderes públicos. Por otro lado, el tercer grupo difiere del primero y del segundo, pues al referirse a «convicciones fundamentales» de un grupo más o menos amplio de personas se opondría a una visión de estos derechos como subjetivos, constituyendo, más bien, bienes colectivos siendo su exigibilidad el resultado de una acción de clase tan amplia que pueda llegar a confundirse con la humanidad toda y reclamaría del Estado su protección continua.

Es claro que esta división sólo es resultado de la sumatoria de exigencias subjetivas y no de una visión integral de la persona, como sujeto individual y social, siendo este criterio de separación un razonamiento débil e incluso insostenible, lo que se demuestra cuando se pretende solucionar el aparente conflicto entre derechos de distinto grupo que producto de la jerarquización vertical interna de cada grupo se ubican, horizontalmente, dentro del mismo rango, pues de acuerdo a esta teoría prevalece el grupo que sea ejercido por un mayor número de personas (el tercero sobre el primero y el segundo, el segundo sobre los del primero) cayendo en dilemas como si valen más los intereses de una determinada comunidad política, representada por el Estado, para mantener su prosperidad económica, en tanto que bien colectivo, o las exigencias de un grupo de personas o de un individuo. Siguiendo esta teoría, la prevalencia de los más (la comunidad política) no dejaría otra solución que el rechazo de las exigencias de los menos.

En lo que respecta a la ponderación de derechos, en cualquiera de sus formas, al ser un método argumentativo y formal que tiene como fin dar respaldo (ya sea en concreto o en abstracto) a un determinado consenso político, no responde a las exigencias del neoconstitucionalismo que reclama el renacimiento de una sustancialidad ontológica en la decisión sobre lo justo fundamentada en la dignidad de la persona humana y que convierte a la Constitución en una norma cuya fuerza sujeta a todos los poderes, públicos y privados, y hace posible que su interpretación sea unificada y sistemática.

Ante la indeterminación de las normas que reconocen los derechos fundamentales, la decisión de los defensores de la ponderación de privarse de la sustancialidad ontológica no les permite realizar una indagación teleológica que posibilite identificar a estos derechos como bienes y determinar los medios adecuados para desarrollarlos, haciendo imposible que el titular del derecho y aquel que debe, en caso de

primero de los grupos y su no identificación conceptual con el tercero. Ekmekdjian, M.A. (1993). «La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la administración pública» AA.VV., *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo III, Civitas, Madrid, pp. 2121 y 2123.

controversia, discernir sobre lo justo puedan descubrir el fin que se pretende con el ejercicio de cada uno de los derechos fundamentales.

Ello impide desarrollarlos de la mejor manera⁸⁶, a través de acciones ajustadas en orden a la dimensión coexistencial del ser humano y a las particularidades propias del caso concreto. El jurista quedará determinado por procedimientos formales y por los más audaces argumentos lógicos que, a la larga, darán prioridad, en función de un contrapeso concreto o abstracto⁸⁷ entre ventajas y desventajas, a un derecho sobre otro⁸⁸, resultando posible que, bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia pueda ser solucionada inversamente⁸⁹.

El *balancing test*, en tanto consiste en sopesar frente a dos intereses jurídicos contrapuestos la mayor entidad de uno sobre otro, acaba degradando a los derechos convirtiéndolos en intereses que deben ser contrapesados con intereses competidores, caso a caso, y protegidos solamente cuando su peso no resulte superado por el contrario⁹⁰.

Por su parte, el *balancing amplio* permite una visión armonizadora de los derechos fundamentales, pues divide irremediamente sus dos dimensiones (individuales y sociales) distinguiendo entre los derechos subjetivos (cuyos titulares son los sujetos individualmente considerados) y los bienes colectivos (no distributivos y cuya titularidad es ejercida por un grupo de personas). Tanto los derechos individuales, como los bienes colectivos pretenden su realización, pero, en tanto que drásticamente diferenciados los unos de los otros, entrarían en un constante conflicto. Esta colisión sólo podrá ser solucionada por la aplicación del principio de proporcionalidad que, desde la perspectiva conflictivista, serviría como medio para identificar las razones para restringir, limitar o inaplicar derechos fundamentales constitucionales lo que atenta contra una visión neoconstitucional defensora del carácter inalienable e inviolable de este tipo de derechos.

Además, el *balancing amplio* genera también una jerarquía de derecho debido a la existencia de escalafón de derechos preestablecido una vez que los conflictos de derechos ya se han resuelto haciendo posibles soluciones en abstracto, meramente aplicativas, sin tener en cuenta las particulares circunstancias que rodean cada caso y las específicas relaciones que surgen entre las partes involucradas en la controversia.

En conclusión, los métodos de solución que brinda el conflictivismo a las supuestas colisiones de derechos admiten el sacrificio, vulneración, restricción o límite

⁸⁶ Martínez Pujalte, A.L. y de Domingo, T. (2011) ...*Op. Cit.*, p. 24.

⁸⁷ Toller, F. (2010) ...*Op. Cit.*, p. 38.

⁸⁸ STC 123/2003, de 30 de junio (RTC 2003\123).

⁸⁹ Alexy, R. (1984). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 92.

⁹⁰ B. Frantz, L. (1962). «The first amendment in the balancing», *Yale Law Journal*, n.º 71-8, pp. 1424-1440.

externo de los derechos fundamentales otorgando prevalencia a un derecho sobre otro, lo que permite el ejercicio ilimitado de uno de los derechos en liza⁹¹.

4. VALOR DE LA TEORÍA ARMONIZADORA

La teoría armonizadora de los derechos fundamentales impide vaciar de contenido al concepto de dignidad, pues desde la postura que aquí se defiende es necesario recurrir a nociones metafísicas que nos permitan identificar lo que esta verdaderamente es, al tratarse de una realidad fundamental que no puede considerarse como algo relativo, sino que debe asentarse sobre una real concepción de lo humano. De ahí que, a diferencia del pensamiento moderno, se considere que sólo a partir de un conocimiento ontológico se puede determinar qué es lo que nos corresponde a los humanos como especie.

Afirmaciones nacidas desde una jerarquización o ponderación de derechos no responden a una comprensión de la concepción de dignidad y ser humano, lo que se aleja de un real concepto de derecho, el mismo que se delimita en un ejercicio adecuado de la razón práctica prudencial que viene determinado por no sólo por su objeto: el bien real del ser humano, sino también por su finalidad que es hacer justicia conforme a derecho⁹², de tal manera que la *res iusta*, que en términos aristotélico tomistas es algo indeterminado⁹³, debe irse perfilando en razón del conocimiento ontológico que se tenga de lo humano y de aquello que le perfecciona como tal, para después determinar lo que corresponde sea esto un objeto o bien, una relación o algo que respetar.

Así, en toda delimitación de derechos hay un ejercicio claro de razón práctica, que supone: 1. Claridad en los conceptos teóricos, determinación de lo que le corresponde al titular del derecho; 2. Determinación de lo que les corresponde a otros debido al ejercicio de ese derecho por parte del titular; 3. Delimitación del derecho atendiendo a las circunstancias, al caso concreto; y, 4. Determinación de las responsabilidades por las acciones realizadas y evaluación del daño.

Por último, es importante señalar que es cierto que la actividad armonizadora o delimitadora de los derechos fundamentales la realizan, principalmente, los jueces, quienes por antonomasia están llamados a aplicar justicia, pero esta actividad puede ser desarrollada por cualquier otro operador jurídico; así, por ejemplo, el legislador al dictar o emitir una norma debe atender a un ejercicio de razón práctica, de tal manera que las leyes que dictan sean medida o justificación de lo justo⁹⁴, de la misma forma,

⁹¹ Castillo Córdova, L. (2003) *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Ara, Lima, p. 203.

⁹² Orrego Sánchez, C. (2010). «Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, n.º 2, p. 317.

⁹³ Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2016). *Metafísica jurídica realista*, Marcial Pons, Madrid, p. 67-68.

⁹⁴ De Aquino, T. *Summa Teológica*, II-II, q. 57, a.1, ad.2.

por ejemplo, un empleador frente al requerimiento o reclamo de alguno de sus trabajadores, en lo que respecta al ejercicio de sus derechos fundamentales, deberá realizar un ejercicio de razón práctica, para ello, deberá delimitar cada derecho involucrado haciendo un esfuerzo por comprender la esencia de cada uno de estos, diferenciándolos entre sí; y, luego, delimitando su ejercicio, atendiendo a cada caso concreto.

Title

Critique of the hierarchization and weighting of fundamental rights from a harmonizing perspective

Summary:

1. INTRODUCTION; 2. NEOCONSTITUTIONALISM: A NEW PARADIGM NOT UNDERSTOOD BY CONFLICTIVISM. 2.1. Non-existence of rights conflicts; 2.2. Impossible collision between individual and collective goods; 3. CRITIQUE OF THE HIERARCHIZATION AND WEIGHTING OF RIGHTS; 4. VALUE OF THE HARMONIZING THEORY.

Resumen:

La teoría armonizadora afirma la inexistencia de conflictos entre derechos fundamentales debido a que estos nacen ajustados por la natural coexistencia y las particulares circunstancias que rodean su ejercicio. La dignidad humana, como título de los derechos fundamental sirve de fundamento al neoconstitucionalismo. Sin embargo, este se ha visto afectado por el pensamiento moderno que, asentado en el individualismo, el olvido de la razón práctica y el positivismo jurídico permite el nacimiento de la teoría conflictivista que sostiene la existencia de colisiones entre derechos fundamentales. Ello se soluciona a través de una jerarquización abstracta o ponderación concreta entre de derechos, operaciones que permiten restringir uno de los derechos en conflicto. Este artículo desarrolla una crítica al conflictivismo detectando algunas de sus inconsistencias, desde una perspectiva armonizadora.

Abstract:

The harmonizing theory affirms the non-existence of conflicts between fundamental rights because these are born adjusted by the natural coexistence and the circumstances that surround their exercise. Human dignity, as a title of fundamental rights, serves as the foundation for neo-consti-

tutionalism. However, this has been affected by modern thought that, based on individualism, the forgetfulness of practical reason and legal positivism, allows the birth of the conflictivist theory that sustains the existence of collisions between fundamental rights. This is solved through an abstract hierarchy or concrete weighting between rights, operations that allow one of the conflicting rights to be restricted. This article develops a critique of conflict, detecting some of its inconsistencies, from a harmonizing perspective.

Palabras clave:

Conflictivismo; delimitación de derechos; teoría armonizadora; ponderación y jerarquización de derechos;

Keywords:

Conflictivism; delimitation of rights; harmonizing theory; weighting and hierarchy of right.