

Alcance y límites del principio de jerarquía. Criterios para jerarquizar derechos, valores, bienes y otros elementos

Scope and limits of the principle of hierarchy. Criteria for
hierarchizing rights, values, goods and other elements

JUAN CARLOS RIOFRÍO*

Universidad de Los Hemisferios (Ecuador)

Resumen: El principal objetivo de este trabajo es mostrar cuál es la verdadera dimensión del principio de jerarquía, así como su alcance y sus límites. Se trata de superar la visión normativista del principio, observando cómo este opera en otros elementos jurídicos como los cargos, fines, valores, bienes, principios y derechos. Para ello, se utiliza un método filosófico, especulativo y abstracto, avalado con ejemplos del derecho de varias naciones y del derecho internacional. Como el punto de mayor debate en este campo se da en la jerarquía de derechos, vista escépticamente por gran parte de la doctrina, este trabajo se concentra en ver cómo podría funcionar ahí la jerarquía. El análisis tiene una estructura tripartita: a) exposición del problema, b) exposición de nociones, y c) resolución del problema aplicando las nociones aportadas. En las primeras secciones se exponen los argumentos a favor y en contra de la jerarquía de los derechos, y se muestra dónde radica el problema de la jerarquización. Luego, se explica qué comprende el principio de jerarquía, su función positiva y negativa, sus presupuestos y límites, definiendo cuáles son los posibles criterios de jerarquización. Por último, en los capítulos finales se comprueba si esas nociones y criterios resultan aplicables al problema de los derechos y a otros elementos. Tras comprobarlo, se presentan las conclusiones.

Palabras clave: Principio de jerarquía, reglas de antinomias, jerarquía de normas, jerarquía de derechos, derechos humanos, jerarquía de principios, jerarquía de fines, jerarquía de valores

Abstract: The main aim of this research is to show the true dimension of the hierarchy principle, its scope and its limits. The goal is to overcome the normative vision of this principle, observing how it operates in other juridical elements, as charges, ends, values, goods, principles and rights. A philosophical, speculative and abstract method is used, endorsed with examples from the law of several nations and the international law. As the greatest debate in this field is the hierarchy of rights, viewed skeptically by a big part of the doctrine, this paper focuses on seeing how the hierarchy might work there. The analysis has a tripartite structure: a) exposition of the problem, b) exposition of notions, and c) resolution of the problem using the provided notions. In the first sections the arguments for and against the hierarchy of rights are exposed, and is shown where the problem of hierarchization lies. Then, it's explained what

* Ph.D. por la Pontificia Università della Santa Croce (Roma, Italia). Profesor de Derecho Constitucional y de Teoría Fundamental del Derecho en la Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador), donde además es exdecano.

Código ORCID: 0000-0003-4461-1025. Correo electrónico: juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

comprises the hierarchy principle, its positive and negative functions, and its conditions and limits, defining the possible hierarchical criteria. Finally, in the last sections, it's checked whether the mentioned notions and criteria are applicable to the problem of rights and to other elements. After checking it, the conclusions are presented.

Key words: Rules of antinomy, hierarchical principle, hierarchy of rules, hierarchy of rights, human rights, hierarchy of principles, hierarchy of aims, hierarchy of values

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS.- II.1. UNIDAD, INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD.- II.2. JERARQUIZAR DERECHOS ES JERARQUIZAR PERSONAS.- II.3. IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER A *PRIORI* UNA TABLA JERÁRQUICA DE DERECHOS.- II.4. EL DERECHO SUBJETIVO ES UN *CORPUS MECHANICUM*. SOLO CABE JERARQUIZAR BIENES.- II.5. SI NO HAY CONFLICTO DE DERECHOS, LA JERARQUÍA SOBRA.- II.6. IGUALDAD NORMATIVA.- III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS.- III.1. LO MÁS EVIDENTE.- III.2. JERARQUÍA NORMATIVA.- III.3. JERARQUÍA AXIOLÓGICA Y DE BIENES.- III.4. JERARQUÍA LÓGICA Y CRONOLÓGICA.- III.5. JERARQUÍA ABSTRACTA Y CONCRETA.- IV. ALCANCE Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA.- IV.1. NOCIÓN DE JERARQUÍA.- IV.2. FUNCIONES DEL PRINCIPIO.- IV.3. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO.- IV.4. LÍMITES DEL PRINCIPIO.- IV.5. CLASES DE JERARQUÍA.- V. CRITERIOS PARA JERARQUIZAR DERECHOS.- VI. CONFLICTOS ENTRE LAS DISTINTAS CLASES DE JERARQUÍAS.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El principal objetivo de este trabajo es mostrar cuál es la verdadera dimensión del principio de jerarquía, su alcance y límites. Hoy se tiende a considerar este principio exclusivamente en términos formales o normativos, contexto en el que con frecuencia la jerarquía normativa se justifica en la misma norma¹. En realidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la jerarquía de otros elementos, como los cargos, instituciones, fines, valores, principios y derechos. Para redefinir el alcance del principio de jerarquía nos ha parecido conveniente fijarnos especialmente en la discusión existente sobre la jerarquización de derechos, en la que hay muchos detractores. En esa discusión aflora de paso el tema de la jerarquía de las normas, de los bienes y los valores.

1 Según la teoría pura del derecho de Kelsen (1960), la norma se autojustifica. La jerarquía se define en la norma suprema, en el proceso de creación normativa establecido por la norma. Ruiz Miguel (1998) observa que el principio se ha fundamentado en el órgano, en la aplicabilidad en conflictos, en la fiscalización judicial, en la especialidad derogatoria, en la capacidad derogatoria, en la fundamentación de la validez normativa, en el deber de acatamiento y en la regla de reconocimiento (que él propone).

Presuponemos que al ver cómo opera la jerarquía en tales elementos obtendremos una mejor comprensión del principio de jerarquía.

Hemos encontrado que el debate sobre la jerarquía o igualdad de los derechos se da tanto en el derecho interno de casi todos los países como en el ámbito internacional de los derechos humanos. A la vez, la cuestión de la jerarquía parece interesar tanto a los sistemas del *common law* como a los que se basan más en el derecho positivo. Por ello, hemos optado por un análisis más filosófico, especulativo y abstracto que no se encorseta en ningún ordenamiento jurídico concreto. Con todo, procuraremos cotejar lo dicho con la doctrina, normas y jurisprudencia que muestren la aplicabilidad práctica de lo expuesto.

La estructura tripartita del trabajo es muy sencilla: a) exposición del problema, b) exposición de nociones, y c) resolución del problema con las nociones aportadas. En los acápites II y III expondremos los argumentos a favor y en contra de la jerarquía de derechos, mostrando dónde radica el problema de la jerarquización. Dedicaremos el acápite IV a explicar la noción del principio de jerarquía, su función positiva y negativa, sus presupuestos y límites; y también definiremos cuáles son los posibles criterios de jerarquización. Finalmente, en los acápites V y VI revisaremos si estos criterios resultan aplicables al problema de los derechos y a otros elementos. Tras comprobarlo, daremos las conclusiones.

II. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS

Si en algún campo se ha atacado al principio de jerarquía es en el de los derechos. Recogemos aquí los principales argumentos contra esta jerarquía, que provienen de una amplia gama de escuelas y posiciones (positivistas, iusnaturalistas, de izquierda, de derecha, etcétera).

II.1. Unidad, interdependencia e indivisibilidad

Este argumento es común en el mundo latino y tiene dos variantes: la nacional y la internacional. La primera entiende que la unidad conceptual, sistémica y normativa de la constitución hace que todos los derechos en ella consagrados tengan una misma jerarquía (Bassa, 2013, pp. 35-36). Con esa misma forma de pensar, deberíamos concluir que es tan fuerte la unidad conceptual, sistémica y normativa que tampoco caben normas ni cargos de diversa jerarquía, lo cual no se condice con la realidad. La unidad de lo que tiene partes no hace que todas las partes sean iguales.

En el ámbito internacional de los derechos humanos se ha dicho que el modelo adoptado por las Naciones Unidas en la Declaración

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

Universal de los Derechos Humanos de 1948 es el de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos (cfr. Donnelly, 2003, p. 23)². Así, todos los derechos estarían de tal forma unidos que menoscabar uno sería menoscabarlos a todos³. Suelen ponerse varios ejemplos: sin derecho al trabajo no se puede pagar la educación, sin vida no subsiste ningún derecho, etcétera.

Al respecto, cabe observar que en los litigios no se discuten todos los derechos, sino solo aquellos que el demandante considera vulnerados, incluso aunque este desee ensanchar mucho la lista de violaciones para obtener una mejor indemnización. En realidad, no todos los derechos están igualmente relacionados: la lesión del derecho a jugar⁴ no daña el derecho a un proceso expedito, ni la omisión del derecho a la rectificación por escribir mal una fecha conculca el derecho a la libertad de movimiento. Siempre se puede armar un rompecabezas de argumentos para descubrir algún caso raro en que sí estén relacionados ambos derechos, como siempre se pueden encontrar relaciones entre un sujeto famoso y cualquiera de nosotros, pero de ello no se deriva que entre ambos exista tan profunda indivisibilidad e interdependencia como la sugerida por los autores.

En todo caso, de que exista una mayor o menor relación entre los derechos no se concluye que todos sean iguales. Esto no es una consecuencia lógica y aquí falla el silogismo. De hecho, varios autores han encontrado justamente en esa relación la justificación para hablar de derechos primarios y secundarios (Hervada, 2001, pp. 91-93), de *core rights* y de *derivate rights* (Raz, 2009, pp. 180-186).

II.2. Jerarquizar derechos es jerarquizar personas

El argumento se ancla en la igual dignidad de las personas. Algunos lo atan al tema de la colisión de derechos⁵ y otros no⁶. Cianciardo, por ejemplo, señala que en el fondo «la jerarquización de derechos oculta en realidad [...] una jerarquización de las personas» (2007, pp. 11-16). El argumento es borroso. De alguna manera resalta, primero, que toda lesión de un derecho implica siempre una lesión de la dignidad humana. Esto es cierto, tanto como que cabe lesionar leve o gravemente a una persona. Quitarle la vida a una persona (derecho a la vida) es más grave que quitarle un dólar (derecho de propiedad); si se quiere, ambos actos

2 Quizá la tesis es derrotable Jacques Maritain, quien jugó un papel de primer orden en la redacción del texto de la Declaración, consideraba que sí existía una tabla de valores y una jerarquía de derechos; aun así, se percató de que si bien se podía arribar a un acuerdo en la formulación de los derechos, era muy difícil llegar a un acuerdo sobre su fundamentación y jerarquía (cfr. Beuchot, 1993, pp. 9-26).

3 Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006, p. 2), donde claramente se afirma que no hay jerarquía entre los derechos humanos.

4 El derecho consta en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, art. 31).

5 V. gr. Bassa (2013, p. 36).

6 V. gr. Cianciardo (2007, pp. 11-16).

son de lesa humanidad porque transgreden derechos vinculados a la persona, pero no tienen el mismo peso.

En segundo lugar, el argumento señala que si algún derecho tuviera preeminencia sobre el resto, quien lo tuviera tendría a su vez preeminencia sobre el resto de personas. Esto también es cierto cuando el derecho solo se predica de una persona; por eso, quien tiene derecho a ser presidente de una república, tiene «en cuanto al cargo» una cierta preeminencia sobre sus ministros y sobre el personal contratado por sus ministros. Distinto es el caso de los derechos humanos, de los que toda persona es titular en la misma medida; no obstante, de que todos tengamos los mismos derechos no se desprende que todos los derechos sean iguales.

Finalmente, de que la dignidad sea el fundamento de todo derecho tampoco se infiere ninguna igualdad de derechos. Así, de que algo sea fundamento de una estructura no se infiere que todas las partes de esa estructura sean iguales.

II.3. Imposibilidad de establecer *a priori* una tabla jerárquica de derechos

En varias ocasiones se ha señalado que es imposible redactar una tabla de todos los derechos con su jerarquía, fundamentalmente por tres motivos: a) esto imposibilitaría la dinámica jurídica, que constantemente incorpora nuevos derechos; b) por otro lado, las preferencias no se pueden establecer *a priori* sino *ad casum*; y c) como toda apreciación es siempre subjetiva, toda jerarquización siempre dependerá de criterios ideológicos, históricos y valoraciones sociales de las distintas épocas y lugares⁷. La prueba de esta imposibilidad estaría en el hecho de que los jueces no suelen fallar acudiendo al método de la jerarquización⁸. Creo que los argumentos tienen su parte de verdad, aunque ninguno es óbice para jerarquizar derechos.

Las tablas de derechos pueden ser abiertas o cerradas. Toda declaración de derechos humanos y toda constitución contiene una tabla de derechos, y generalmente todos estos documentos cuentan con la cláusula *numerus apertus*. En todo caso, que sea abierta o cerrada no dice nada de que haya unos derechos superiores a otros. Luego, tampoco el tiempo de la preferencia dice nada de la jerarquía; por el contrario, quien dice que solo *ad casum* se puede establecer preferencias, ya de hecho está aceptando la preferencia (aunque en un tiempo posterior). Lo que sería absurdo es decir que esa preferencia no tiene que ver

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

7 En este sentido, por ejemplo, ver Bertelsen (2010, pp. 37-39). De una manera más extrema, Bastida sostiene que la jurisprudencia que de hecho ha aceptado alguna jerarquía axiológica necesariamente «se tiñe de subjetivismo y arbitrariedad» (Bastida *et al.*, 2004, p. 63). En el campo internacional de los derechos humanos, *cf.* Tahvanainen (2006, pp. 191-205).

8 En esa línea, ver Klein (2008, p. 482), por ejemplo. Esto se contradice con lo expuesto en la nota anterior.

con ninguna jerarquía, ni que el balanceo *ad casum* tenga que ver con ningún peso y jerarquía. Quien admite un peso mayor o menor, quien admite algún genero de proporcionalidad, ya admite algún género de jerarquía. Por otro lado, no podemos negar que pueden existir casos iguales. De hecho, la jurisprudencia obligatoria funciona a base de casos iguales: si se establece correctamente la preferencia en un primer caso, en un caso posterior ha de aplicarse la misma regla, con lo cual el *ad casum* puede volverse *ad multum casum* y, luego, transformarse en regla, como ha sucedido con las líneas jurisprudenciales del *common law*.

Otra forma más escéptica del argumento es la de Zagrebelsky (2008, p. 124), para quien toda jerarquización de valores, principios o directrices siempre resulta inútil e insuficiente: los textos normativos están tan plagados de referencias a valores y principios con los que cabe sacar una, dos o cien respuestas a un problema práctico, concordantes o contradictorias, siempre derrotables, imposibles de encajar dentro de los esquemas subsuntivos⁹. La respuesta sería la misma. Si los jueces pueden —y deben— fallar en un caso concreto, en ese caso concreto han de establecer qué valor, principio, norma o directriz primará, y esto no puede quedar a su simple capricho. Y quien habla de un caso, habla de dos, y de tres...

Es cierto que el ser humano no posee un conocimiento absolutamente objetivo, Pero de ello no se desprende que carezcamos de inteligencia ni que no podamos conocer la realidad, al menos de una manera parcial, contextual y perfectible¹⁰. Por eso, cualquier conocimiento se entiende en el lugar que se adquiere y siempre es susceptible de mayor profundización (tanto en la jerarquía como en cualquier ciencia humana). Por otro lado, quien admite que cada sociedad tiene sus valores, ya admite una jerarquía (al menos local). De hecho, la doctrina constitucional mayoritaria señala que no existen constituciones neutras axiológicamente¹¹. Ello no obsta para admitir que haya valores y antivalores compartidos por todas las culturas (la amistad, la sinceridad, la cooperación, entre otros; la tortura, el incesto, la traición, etcétera), como destacan varios autores¹². Por eso, no es raro que tanto en los derechos humanos como en el movimiento constitucional de varios países haya un grupo de derechos relacionados con estos valores que se vea con especial preferencia¹³. En definitiva, es ingenuo pensar que los

9 Cfr. también Prieto (2010, p. 92) y Núñez Leiva (2016, p. 197).

10 Son las tres características que, según los más autorizados filósofos de la ciencia, el conocimiento humano tiene. Cfr. Artigas (2006, pp. 230-242).

11 Sagüés (2004, pp. 177-179) y Pfeffer (1998, pp. 226).

12 Véase Finnis (2011, cap. IV).

13 Aunque Klein es reacio a admitir una jerarquía de derechos, tiene que admitir que «in fact, there are four rights common to the relevant catalogues: right to life, right not to be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, right to be free from slavery, and the right not to be subjected to retroactive criminal law, but it is evident that some of them may well be restricted or are limited from the outset» (2008, p. 482).

jueces fallan con objetividad absoluta, desprovistos de una jerarquía de valores¹⁴. Ellos deciden los casos con los conocimientos que buenamente tienen y con los valores que han logrado asumir.

II.4. El derecho subjetivo es un *corpus mechanicum*. Solo cabe jerarquizar bienes

Considero que varios autores ven al derecho más como un *corpus mechanicum*¹⁵, como una técnica no susceptible de valoración, semejante a otras figuras del derecho como los secretos o las ficciones. Para valorarlos hay que ver qué hay dentro (*v. gr.* secretos comerciales o información para delinquir, ficciones justas o injustas). Los derechos subjetivos, facultades a fin de cuentas, solo podrían valorarse atendiendo a los bienes con los que estén relacionados (la vida, la intimidad, etcétera). Así, en realidad, lo que cabe es jerarquizar bienes (*cf.* Cianciardo, 2007; Bertelsen, 2010, pp. 39-40). Orrego (2010) preferiría valorar la especie de los actos que esas facultades permiten.

Formulado así el argumento, es claro que ya se acepta una jerarquización de derechos, al menos en cuanto ellos estén relacionados con los bienes o acciones susceptibles de jerarquización. Esto es tan claro como que cien dólares valen más que un dólar, tanto el billete como mi derecho sobre él. Además, habría que añadir que los derechos no son un mero *corpus mechanicum* que pueda tener una valoración positiva y otra negativa. Los derechos siempre son algo positivo.

II.5. Si no hay conflicto de derechos, la jerarquía sobra

Una parte de la doctrina considera que los conflictos de derechos no son reales, sino aparentes (Toller & Serna, 2000; Cianciardo, 2007; Orrego, 2010; Bertelsen, 2010; Castillo Córdova, 2005, entre otros)¹⁶. Quienes así piensan tienden a evitar la jerarquización de derechos por considerar que no aporta mucho al análisis jurídico. Si no hay posibilidad de conflicto entre derechos, luego no hace falta jerarquizarlos para resolver el conflicto. Esto es cierto. Además, tampoco sería necesario recurrir a ninguna otra técnica de solución de antinomias, donde por ejemplo prime el derecho aprobado posteriormente frente al anterior. Quizá los autores solo piensan en la función negativa del principio de jerarquía y no en la positiva, tan usada en la escolástica,

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

14 En realidad, es preferible que el juez señale honestamente de qué valores parte a que falle aduciendo una falsa «desvinculación» de todo valor.

15 Ningún autor que conozca utiliza esta expresión ni es así de claro. Me parece que esta terminología ayuda a entender su postura.

16 Los autores justifican su postura en el principio de no contradicción: «no es posible que puedan coexistir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contradictorias. Esto se debe a que es lógicamente imposible que, siendo posiciones contradictorias, ambas sean —a la vez y en plenitud— justas, eficaces y presentes» (Serna & Toller, 2000, p. 29).

la cual dota de sentido a lo inferior¹⁷. En cualquier caso, del asunto de la conflictividad en buena lógica no se colige ni la igualdad ni la jerarquía de los derechos¹⁸. Pongamos un ejemplo obvio: entre el derecho constitucional a la naturalización y el derecho reglamentario de presentar una solicitud administrativa luego del feriado no parece haber conflicto posible, ni se duda que uno es jerárquicamente superior a otro.

II.6. Igualdad normativa

El argumento podría formularse así: todos los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía constitucional¹⁹. En el campo internacional se ha formulado de manera parecida: todos los derechos humanos han sido reconocidos por las mismas fuentes de derecho internacional, con lo cual han de tener la misma jerarquía²⁰. Esto parece tautológico. Y, para abundar, añadiríamos que no solo no encontramos acuerdo sobre la jerarquía derechos²¹, sino que incluso hasta algunas normas nacionales e internacionales han reconocido explícitamente su igualdad²².

Caben, sin embargo, dos observaciones. La primera es la conveniencia de delimitar el «todos» porque no todos los derechos establecidos en la constitución son «derechos constitucionales». De hecho, el mismo texto constitucional suele reenviar materias a la ley (creando derechos legales, inferiores a los constitucionales) y también jerarquiza los derechos establecidos en ciertos tratados internacionales (poniéndolos a la par de los derechos constitucionales, por encima o por debajo). Baste como ejemplo la Constitución argentina, que considera constitucionales los derechos establecidos en determinados pactos de derechos humanos, pero no en el resto²³. Y si nos fijamos en los pactos de derechos humanos, frecuentemente encontraremos la cláusula de que los derechos allí consagrados prevalecen por sobre las normas, regulación, actos administrativos, etcétera, del derecho interno de los Estados. Si la misma norma jerarquiza derechos, no hay más que hablar.

17 Explicaremos ambas funciones en el acápite IV.2.

18 De hecho, autores no conflictivistas como Cea (1999, p. 172) admiten la jerarquía de derechos. Otros, como Orrego (2010, p. 229), conceden que es plausible aunque problemática.

19 En este sentido, Bastida ha dicho que no existe «una jerarquización de los derechos fundamentales, porque todos son derechos de rango constitucional» (Bastida *et al.*, 2004, pp. 27-28).

20 Según Klein (2008, p. 481), «most human rights are treaty based» y «the sources of international law are equivalent».

21 *Cfr.* Wuerffel (1998, pp. 402-403).

22 *V. gr.* la Constitución del Ecuador de 2008 señala que «todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía» (art. 11.6). La Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993 dice que se «[...] debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso [...]» (I.5). Y la Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986 subraya que «[...] debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales» (art. 6.2).

23 La Constitución argentina de 1994 hace una lista de declaraciones con «jerarquía constitucional» para luego señalar que «los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional» (art. 75.22).

Aún vale hacer una segunda observación. El argumento formulado solo habla de igualdad «normativa», aquella por la cual los derechos heredan la jerarquía de la norma que los reconoce. No obstante, hay otro género de jerarquías que puede aplicar a cargos, instituciones y otras realidades. Al final de este artículo desarrollaremos qué género de jerarquía aplica a los derechos.

III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS

Señalamos ahora sucintamente los argumentos que diversos autores dan para justificar la jerarquía de valores y derechos. Aun así, nos hemos permitido añadir uno de nuestra propia cosecha: el argumento de lo evidente.

III.1. Lo más evidente

Para la gente común, para el ciudadano de a pie, todos los derechos no suelen valer lo mismo. Solo cuando sienten que se atenta contra algún derecho «sagrado» (el derecho a la vida, a la intimidad, a la familia, etcétera) la gente sale a las calles a protestar. En cambio, no sucede lo mismo cuando, a su pesar, se reforman los derechos procesales. ¿Es que acaso no es claro que el derecho a la vida vale más que el derecho a presentar un escrito el día posterior al feriado? Aquí la teoría muchas veces resbala sobre lo obvio.

III.2. Jerarquía normativa

Es claro que si la constitución establece una jerarquía de fines, valores, derechos, normas, cargos, etcétera, entonces habrá tal jerarquía. Será una jerarquía meramente formal, no de fondo, lo que tiene sus límites (en realidad, todo criterio jerárquico tiene sus límites).

Hay varias formas de establecer una jerarquía normativa. La primera, de manera «clara y expresa», como cuando la constitución jerarquiza tratados, leyes orgánicas u ordinarias, y reglamentos. En ocasiones se apuesta por algún derecho, valor o fin, como sucede con el *sumak kawsay* puesto al centro de la Constitución ecuatoriana. También en el derecho internacional está presente el concepto de jerarquía²⁴.

24 A más de la doctrina citada en el acápite II.6, podemos mencionar la Convención de Viena sobre Tratados de 1969, cuyos derechos se consideran por encima de los previstos en los demás tratados. Además, la Carta de las Naciones Unidas contiene la llamada «cláusula de primacía», por la que «en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Estados Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta» (art. 103). Shelton (2002, pp. 307-308) ha relacionado esta cláusula con la jerarquía de los derechos humanos.

La segunda forma es «reforzando» ciertas normas o protegiendo extra ciertos derechos considerados más importantes. Así, precisamente, surgen las leyes reforzadas (que se aprueban con más votos, con candados o procesos más complicados). Las constituciones suelen reforzar cada vez más el capítulo de los derechos humanos, con toda suerte de seguridades (efecto directo, preeminencia, inexcusabilidad, interpretaciones favorables, etcétera)²⁵. También la regulación de los estados de emergencia o de excepción supone que hay unos derechos preferidos que no pueden ceder o ser suspendidos, frente a otros que sí. Lo mismo sucede en el ámbito internacional, donde los tratados de derechos humanos parecen ostentar una cierta primacía sobre otro género de tratados (y sobre los derechos contenidos en esos tratados)²⁶; es más, incluso dentro del texto de los tratados, solo unos pocos derechos humanos se reputan inderogables y oponibles *erga omnes*²⁷. También está la hipótesis de que el *ius cogens* prioriza ciertos derechos²⁸.

La tercera forma de jerarquizar es a través de la «estructura» de la norma. Suele considerarse que la parte dogmática de la constitución es fin de la parte orgánica (el Estado se «organiza» para realizar el «dogma»). Muchas veces se considera que la redacción de los derechos fundamentales no es fruto del azar, sino que se ha realizado de manera ordenada, por lo que «integran un sistema», lo que «significa que las normas que los reconocen tienen un cierto grado de organización, fundamentalmente de carácter jerárquico» (Estévez Araujo, 1994, pp. 96-103). En Chile, atendiendo a la historia de la norma, se ha considerado que la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (1973-1978) organizó los derechos fundamentales jerárquicamente, atendiendo a los valores que protegen en este orden: vida, igualdades y libertades²⁹.

De los ejemplos citados se aprecia que es fácil jerarquizar derechos cuando la norma lo prevé textualmente, pero es difícil hacerlo a través de criterios hermenéuticos.

III.3. Jerarquía axiológica y de bienes

Con mucha frecuencia se afirma que la escala de valores y/o el peso de los bienes tienen efecto en el peso de los derechos³⁰. No podría ser

25 Cfr. Constitución del Ecuador, art. 11; Constitución de Argentina, art. 75; Constitución peruana, disposición final 4a. Por otro lado, las cortes nacionales de Europa y Latinoamérica siguen cada vez más la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, como el de Estrasburgo o Costa Rica.

26 Cfr. Yigzaw (2015); en contra, Haugen (2007).

27 Cuatro derechos suelen tener una especial protección: el derecho a la vida, a la no tortura, a no ser esclavos y a la no retroactividad de la ley penal. Ellos constan, por ejemplo, en la Convención Europea de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

28 En contra de tal jerarquización, revisar Klein (2008, pp. 479-480).

29 En este sentido, ver Cea (2012, II, pp. 65-68).

30 Entre valores y bienes existe una gran relación. Mientras el valor es aquello que se estima como bueno por convenir al sujeto, los bienes son la concreción de esos valores en la realidad, por lo que

de otra manera, pues todo derecho está intrínsecamente relacionado con ellos (encarna valores, posibilita la posesión de bienes, etcétera). Algunos autores hablan de la dignidad, otros de los bienes básicos o de conceptos análogos. Los veremos a continuación.

En primer lugar, se suele poner a la «dignidad» por encima de todo. En Alemania se ha mantenido que aunque todo derecho sea balanceable y derrotable, la dignidad humana nunca lo será (cfr. Klein, 2002). Varios autores parten de este principio para establecer la jerarquía de derechos. Así, en Argentina, Ekmekdjian (2002) consideró que el derecho a la dignidad ocupa la cúspide del sistema jurídico, concibiéndola como un derecho absoluto, ni reglamentable ni restringible. En similar sentido, el español Eusebio Fernández (1984) afirmó que «es necesario establecer una graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenada en relación con la idea de dignidad humana».

Suele observarse que existe un conjunto de «bienes básicos» que deben satisfacerse (agua, comida, vestido, etcétera) para que la subsistencia humana sea posible. Habría, por tanto, una prelación entre estos bienes básicos y el resto de bienes (relación que se replicaría en los derechos aparejados a esos bienes). Una posición similar, aunque con algunos matices, es la de Finnis (2011, pp. 85-97), quien enlista siete bienes básicos de igual jerarquía³¹ que sirven de fundamento para el florecimiento humano y de base justificativa para la especificación de los diversos derechos de la persona.

Por su parte, Bidart Campos (1989; 1986a; 1986b, p. 304) piensa que existen dos principios constitucionales básicos: el de la igualdad de rango de toda norma constitucional y el de la jerarquía escalonada de los derechos. Considera que los conflictos donde concurren normas de igual rango (como el derecho al honor y a la libertad de expresión) han de resolverse prefiriendo el «bien jurídico» de mayor jerarquía. Aquí entran en juego todos los bienes, no solo los básicos.

Los «derechos fundamentales» —no en vano se los denomina así— con frecuencia aparecen como lo más básico que un Estado o comunidad debe proteger, por lo que estarían por encima del resto de derechos. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ve a «los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre» como «la finalidad de cualquier institución política». La idea se replicará en muchos documentos posteriores³²; por eso, suele concederse a estos

pueden distribuirse. No es el momento de dar mayores explicaciones ni se requieren para el presente análisis. Sobre el tema, ver Hervada (2000, pp. 67 y ss.).

31 Estos serían: reflexión práctica, vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y religión.

32 También en el ámbito internacional. Shelton (2002, pp. 307-308) observa que la «cláusula de supremacía» de la Carta de las Naciones Unidas (ver nota 23), así como su art. 2(6), parecen proponer como fin de la comunidad internacional la paz, la seguridad y la protección de los derechos humanos.

derechos algún género de primacía por sobre los demás³³. Como dijimos, actualmente un gran sector de la doctrina se inclina por la igualdad de los derechos fundamentales³⁴, mientras para otros ciertos derechos pueden tener una especial relevancia³⁵.

Algunos autores ponen en el centro del sistema jurídico otro género de derechos, valores o principios. Así, por ejemplo, Rawls (1999) fundamenta todos los derechos y todo el ordenamiento jurídico en la justicia y la igualdad. Dworkin (2005, pp. 150-168) le dará primacía al principio de *equal access and concern*. Finalmente, hay quienes consideran que la jerarquía debe realizarse con criterios extrajurídicos, acorde a las preferencias de cada sociedad (cfr. Estévez Araujo, 1994, pp. 96-103).

III.4. Jerarquía lógica y cronológica

La jerarquía lógica supone el orden y la subsunción de los conceptos: no hay «derecho a la vida feliz» sin «derecho a la vida». En un sentido más amplio, Raz, distingue los *core rights* con justificación primaria autónoma, y los *derivative rights* que se fundamentarían total o parcialmente en los primeros derechos (2009, pp. 168-169). De manera similar, Hervada distingue los derechos naturales primarios de los derechos que racionalmente se derivan de ellos (2001, pp. 92).

La jerarquía cronológica supone que hay un derecho posterior cuya existencia depende de un derecho anterior; es decir, no hay derecho a ver el partido desde la tribuna sin el derecho a entrar al estadio. La jerarquía cronológica muchas veces coincide con la jerarquía lógica. Así, Rosatti ha afirmado

[...] que tanto desde el punto de vista lógico cuanto cronológico es posible establecer cierta regla de prelación entre los derechos: en ese contexto, el derecho a la vida es —por ejemplo— ‘fundante’ del derecho a la salud (que podría entenderse como derecho a ‘continuar’ o ‘mantener’ la vida en las mejores condiciones psicofísicas posibles) y es cronológicamente ‘previo’ o ‘anterior’ al derecho de locomoción (sin vida no hay posibilidad de entrar, permanecer, transitar o salir del país). El carácter de ‘fundante’ o ‘derivado’ de los derechos generaría

33 Ver nota 25 y Lee (2020, pp. 73-92).

34 Ver Meron (1986, pp. 1-23).

35 Meyers (1985), por ejemplo, sostiene que hay cuatro derechos inalienables e inherentes a la persona, sin los cuales no se puede desarrollar: el derecho a la vida, a la libertad personal, al tratamiento benigno y a la satisfacción de las necesidades básicas. Shue (1980), en cambio, considera que la libertad, la seguridad y la subsistencia son el mínimo razonable que se debe garantizar; es más, entre los tres no habría prioridad porque cada uno es necesario para ejercer los otros. En *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (New Application) (Belg. vs. Spain)*, 1970 ICJ REP. 4 (Judgment of Feb. 5), se sentó el famoso *dictum* por el cual «los derechos fundamentales de la persona humana» (*droits fondamentaux de la personne humaine*) crearían obligaciones *erga omnes*. La doctrina posterior analizará cuáles derechos poseen esa característica. Otro hito importante es el *Statement* de Kissinger ante la Asamblea General de la OEA de 1976, en el cual menciona la existencia de ciertos «valores fundamentales» y «derechos humanos básicos».

—en caso de conflicto— una relación de jerarquía, debiendo en tal caso preponderar el primero, sin el cual no existiría el segundo (2003, p. 281).

Desarrollando los criterios expuestos, Ekmekdjian (1984, 1985, 1986, 2002) estableció la siguiente jerarquía en la Constitución de Argentina para efectos didácticos: a) derecho a la dignidad humana y a sus derivados (*v. gr.* libertad de conciencia, intimidad, a no ser sometido a humillaciones, servidumbres, vejámenes o torturas, etcétera); b) derecho a la vida y sus derivados (*v. gr.* derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etcétera); c) derecho a la libertad física; d) los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etcétera); e) derecho a la información); f) derecho a la asociación; g) los restantes derechos personales, primero los derechos fines y luego los derechos medios; y, h) los derechos patrimoniales. La tabla puede dar mucho que pensar.

III.5. Jerarquía abstracta y concreta

Con frecuencia se distingue la jerarquía de fines, valores, bienes, principios o derechos «en abstracto» de la jerarquía o «prevalencia» que, en concreto, estos elementos pueden tener. Y aquí hay de todo: sentencias y doctrina que opinan que no hay jerarquía *a priori* (abstracta), pero sí *a posteriori* (concreta); que la jerarquía solo se da en los derechos abstractos, o solo en los bienes, o solo en los principios...; que no existe jerarquía de ningún género en ningún lugar; o, por el contrario, que la jerarquía se verifica a todo nivel. Una tesis con muchos adeptos es la de los derechos abstractos de Dworkin, quien los entiende como derechos potencialmente ilimitados y conflictivos que deben concretarse al confrontarlos con los hechos reales, donde las prevalencias sí funcionan (*cfr.* Dworkin, 1986, pp. 293 y ss.). Finniss también defiende la necesidad de una especificación progresiva de los derechos (2011, pp. 218-221). En el campo internacional, Shelton concluye que la cuestión de la jerarquía de los derechos humanos debe resolverse en la práctica, viendo qué derechos están más vulnerados y cuáles merecen una mejor defensa aquí y ahora (2002, p. 331).

La concreción del caso puede ser mayor o menor. Piénsese por ejemplo en la tesis de Ruiz Miguel, quien, centrándose en el sistema de Gobierno actual (excluyendo el régimen monárquico), señala que el sistema democrático exige la preeminencia de algunas «libertades esenciales mínimas» que estarían incluso por encima de la decisión popular. Estas serían la libertad de expresión y crítica, de asociación y de reunión, y de sufragio activo y pasivo en elecciones periódicas (1983, p. 547). Una concreción mayor la ha hecho el Tribunal Constitucional español cuando ha afirmado que la libertad de información es jerárquicamente superior al derecho a la intimidad o al honor, en cuanto ella tiene una

201

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

especial relevancia para el asentamiento democrático de una sociedad³⁶. En Norteamérica, Elford (1995) ha estudiado la jerarquía del *right to privacy*, y Varney (2009) la jerarquía de los derechos por discapacidad.

Parece claro que mientras más se concreten los valores, bienes o derechos en juego, más se podrá apreciar si existe jerarquía. En todo caso, como observa Fernández (1982, p. 103), no puede olvidarse «que se pueden plantear dificultades y problemas a la hora de evaluar casos concretos y que esta valoración entre derechos responde a las concepciones de filosofía moral, política y jurídica de que se parta».

IV. ALCANCE Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA

Para avanzar en este estudio, es preciso mostrar todo lo que implica el principio de jerarquía. A continuación veremos qué comprende, sus funciones, presupuestos, clases y límites. Asimismo, en el siguiente acápite revisaremos si cabe aplicar todo esto a los derechos.

IV.1. Noción de jerarquía

La Real Academia Española (2020) define «jerarquía» como «gradación de personas, valores o dignidades». La gradación es un elemento esencial de toda jerarquía. No hay jerarquía sin un más y un menos. A la vez, no puede haber «un más y un menos» sin algún elemento de medida, sin algún género de orden. La filosofía añade que en todo orden lo superior justifica lo inferior: en lo superior encontramos la razón de fin, mientras en lo inferior la razón de medio. Y, como el medio halla su razón de ser en el fin, lo inferior se aclara a la luz de lo superior.

Cuando se habla del principio de jerarquía se tiende a considerarlo en términos meramente formales o normativos³⁷. Además, dentro de un positivismo clásico, se tiende a justificar la jerarquía en la misma norma³⁸. Tal cometido de autojustificación normativa ha merecido reparos, corta vuelo a la doctrina y, desde luego, no responde a la realidad jurídica. Viéndolo bien, consta que en el derecho la noción de jerarquía se aplica a un número muy diverso de elementos: a normas, a cargos, dignidades (*v. gr.*, el presidente está por sobre los ministros), a instituciones jerarquizadas (*v. gr.*, los diversos niveles de mando en una compañía), a poderes (el poder constituyente está sobre el poder constituido; la autodeterminación de los pueblos por sobre otros poderes) o los bienes

36 STC 240/1992, del 21 de diciembre, FJ. 3; STC 159/1986, del 12 de diciembre, FJ. 6; STC 121/1989, del 3 de julio, FJ. 2.

37 Baste, entre tantos, un ejemplo. Así, Ávila entiende que «la noción de jerarquía implica una relación lineal entre dos normas separadas semánticamente, de suerte que una de ellas se superpone a la otra. Y, en caso de conflicto, la norma inferior incompatible con la norma superior pierde, *ipso facto*, la validez por medio de un raciocinio de exclusión» (2011, p. 114).

38 Ver nota 1.

jurídicos (por eso la ley penal castiga con mayor o menor rigor el atentado a unos bienes o a otros), entre otras cosas. Esto es evidente.

Si se admite lo anterior, habrá también que admitir que en el derecho la jerarquía es algo más que un mero método normativo de solución de antinomias: es, sobre todo, un principio de orden aplicable a diversos objetos; una directriz que evidencia que en el ordenamiento jurídico no todo tiene el mismo peso, importancia o valor, pues hay cosas superiores e inferiores. Allí donde hay «un más y un menos», allí donde distinguimos un orden de superioridad e inferioridad, allí existe algún género de jerarquía.

Es importante resaltar que la jerarquía depende tanto de la realidad, como de la persona. La inteligencia humana puede descubrir que hay cosas más importantes que otras: que un kilo de oro vale más que un gramo, que la presidencia es una dignidad mayor a la alcaldía, que el precepto de no matar es más importante que el cartel de «no pisar el césped». Y también la voluntad puede decidir, en cierta medida, a qué se dará más importancia, a qué proyecto u objetivo político se destinará más recursos.

IV.2. Funciones del principio

Según vimos, el principio de jerarquía es un principio de orden que organiza según un más y un menos. Tiene dos funciones, una positiva y otra negativa. La «función positiva» es la de «informar», «dar forma» a lo inferior. Lo inferior «sigue» o «desarrolla» lo superior³⁹. Por eso, en las normas superiores constan los fines, valores y principios más altos del ordenamiento jurídico, que serán desarrollados por la normativa inferior; es decir, lo inferior viene a ser medio para realizar lo superior. Además, las normas inferiores se interpretan a la luz de las superiores.

La «función negativa» es invalidar, anular, dejar sin justificación aquello que «contradiga» lo superior. Obviamente, si no hay contradicción, no se produce este efecto. Esta función negativa del principio de jerarquía es justamente la considerada en las reglas de solución de antinomias⁴⁰. Estas reglas están previstas para resolver conflictos entre dos normas que regulan un mismo caso de forma contradictoria, definiendo cuál debe prevalecer. Para hacerlo, atienden a algún criterio: por ejemplo, al de temporalidad (*lex posterior derogat priori*), al de especialidad (*lex specialis derogat generali*) o al de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*)⁴¹. Toda

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

39 Tomás de Aquino habla de *conclusio* y *determinatio* (II-II, q. 60, art. 5).

40 Antinomias son aquellas situaciones de incompatibilidad producidas entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual la aplicación de una norma produce resultados contrarios de la otra norma. *Cfr.* Bobbio (1987, pp. 201-202).

41 A veces se añaden otros criterios, como el de competencia (la ley competente prevalece sobre la que no es competente sobre la materia, persona o litigio) o el de favorabilidad (la *lex favorabilis prevalet*, a la hora de aplicar los principios *pro libertate*, *pro reo*, *pro debilibis*, etcétera).

regla de antinomias indica qué norma ha de prevalecer, pero solo la ley superior tiene un efecto invalidante absoluto. Ante un conflicto entre norma especial y norma general, la especial prevalece, pero la general sigue vigente; en cambio, la norma jerárquicamente superior anula la norma contraria inferior. La norma posterior deroga la norma anterior, que tuvo alguna vigencia en el pasado; en cambio, la norma superior ahoga con su imperio todo efecto jurídico de la norma contrapuesta.

¿Cabría aplicar estas reglas previstas para las normas a los fines, principios, valores, cargos, poderes o instituciones? *Prima facie*, no parece tan simple; haría falta articular mucho el discurso para hacerlo. La regla más problemática aquí es la *lex posterior*, porque ciertos elementos (*v. gr.* fines, principios, valores) no pueden medirse cronológicamente. Con todo, quizá quepa decir que el cargo asignado posteriormente prevalece sobre el nombramiento anterior, mientras es seguro que el poder constituyente (que es anterior) prevalece sobre los poderes constituidos (que son posteriores). Más juego da el principio de especialidad, pues el fin o principio especial (al que tiende una norma especial) tiende a prevalecer por sobre los fines o principios generales (al que tienden las normas generales). Concluimos, pues, que si los elementos son medibles cronológicamente, cabe aplicarles el criterio de temporalidad; si son medibles según su grado de especialidad, cabe aplicarles la regla de la especialidad; y si ni uno ni otro, no cabe la aplicación de este criterio y regla.

Siguiendo el mismo orden de ideas, el principio de jerarquía podría aplicarse a los fines, principios, valores, cargos, poderes, instituciones y derechos solo si estos pudieran ser medidos según «un más y un menos». A esto hemos dado respuesta afirmativa en los capítulos anteriores y lo explicaremos con más detalle más adelante. Luego, a todos estos elementos podemos aplicarles el principio de jerarquía para resolver los conflictos teóricos o reales que eventualmente surjan. Solo habría que añadir que los efectos positivos y negativos de la jerarquía solamente se producen en aquello que es mayor y menor, no en otra cosa. Así, si la jerarquía es normativa (jerarquía formal), en el evento de una contradicción lo que cae es la norma inferior (cae formalmente, aunque podrían permanecer los derechos fundamentales mencionados en la norma caída); y si la jerarquía es de valores, el «valor» inferior beligerante deja de estar justificado, deja de merecer protección jurídica (cae racionalmente, aunque permanezca mencionado en una norma formalmente vigente)⁴².

42 Klein recoge un dato de la realidad judicial: «the fact that certain rights are addressed in court decisions as being 'most fundamental' or representing a 'supreme value' does not necessarily mean that these rights prevail over other, seemingly 'inferior', rights in a given case» (2008, p. 477). En efecto, no se produce una derogación formal.

IV.3. Presupuestos del principio

Para que el principio de jerarquía opere son necesarios cuatro presupuestos:

1. *La existencia de varios elementos*, al menos dos.
2. *Que esos elementos traten de lo mismo*. La jerarquía necesita dos normas (o elementos) que versen sobre la misma materia. Si dos leyes abordan temas distintos, la jerarquía no opera. Para que opere la función positiva del principio de jerarquía (por la que lo superior informa, dota de contenido y fija las directrices de lo inferior) se requiere que las dos normas, principios, fines o elementos traten la materia de manera igual o coherente⁴³. En cambio, para que opere la función negativa del principio (que tiende a invalidar, deslegitimar o quitar el fundamento de la norma inferior) es necesario que los elementos en juego entren en disputa irreconciliable, en un conflicto tal que no pueda salvarse a través de otros medios.
3. *Que esos elementos se apliquen a lo mismo (mismos sujetos, tiempo, espacio y circunstancias)*. La jerarquía exige la existencia de dos o más normas (o elementos) que resulten exigibles, apliquen o aludan a unos mismos sujetos, en un mismo tiempo, jurisdicción y circunstancias. Si dos leyes recayeran sobre sociedades diferentes (como la ley peruana y la paraguaya), no cabría aplicar el principio de jerarquía, sino el de competencia. De manera semejante, bajo una postura dualista del derecho internacional, donde el tratado solo rige sobre los sujetos de derecho internacional y el derecho interno solo sobre los ciudadanos⁴⁴, tampoco se configura este presupuesto porque cada norma rige sobre sujetos diversos. Finalmente, si dos normas obligaran a las mismas personas, pero en tiempos distintos, habría que aplicar la *lex prior* al primer tiempo y la *lex posterior* al segundo.
4. *Que tales elementos muestren algún género de jerarquía entre sí*. Sin grados no hay jerarquía. No hay grados entre elementos de un mismo nivel, ni entre elementos no comparables, ni en aquellos que no admiten un más y un menos. Algunas disposiciones ponen en pie de igualdad los derechos previstos en la constitución y los

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

43 Según el principio de coherencia, las normas inferiores desarrollan, concretan y complementan las normas superiores, que normalmente son más genéricas. Esto supone una cierta adición de preceptos, que deben ser coherentes (no idénticos) con la norma superior. *Cfr.* Ávila (2011, pp. 113-118).

44 Según los partidarios del monismo en el derecho internacional, esta concurrencia se da *ipso facto* porque el tratado, al igual que la ley interna, siempre tiene efectos sobre los mismos ciudadanos.

Actualmente, en vez de dualismo, deberíamos hablar de trialismos porque cada vez crece más la regulación internacional, comunitaria y nacional de materias semejantes. Parece evidente que, si bien en la regulación internacional y comunitaria existen lazos de unión, se trata de dos órdenes jurídicos claramente distintos.

previstos en los tratados de derechos humanos⁴⁵. Ellas reflejan una verdad y una mentira. La verdad es que cuando no hay conflicto, a estos derechos se los trata como si fueran del mismo nivel (por ejemplo, para efectos de las garantías jurisdiccionales). La mentira se evidencia cuando surge un conflicto insalvable, y el juez ineludiblemente se debe decantar por el tratado o por la constitución: si ambas normas estuvieran al mismo nivel, la regla de antinomias que habría que aplicar sería la *lex posterior derogat priori*, lo que solo sucede en rarísimos casos.

IV.4. Límites del principio

El principio de jerarquía no es un dios que lo puede resolver todo; como todo principio, tiene sus límites. En primer lugar, no cabe aplicarlo si no se cumplen los presupuestos que acabamos de mencionar. Si se cumplen, se pueden presentar cuatro problemas que pueden tornar inoperante al principio: el límite mental, la imprecisión del lenguaje, las circunstancias variables y las opciones políticas.

No somos Dios. Nuestra capacidad de conocer es limitada y si no conocemos bien las cosas, difícilmente las valoraremos de manera adecuada. Por eso, es difícil —no imposible— formular *a priori* una tabla jerárquica de derechos; en cambio, nos resulta más asequible juzgar en un caso concreto qué derecho debe prevalecer ahí: es lo que hacen los jueces usando diferentes recursos. Además, sucede que conocemos de manera progresiva: cada vez descubrimos nuevas cosas, cada vez percibimos mejor la realidad. Por eso, ninguna declaración de derechos es cerrada y siempre se deja una cláusula abierta que dé cabida a derechos innumerados. Incluso la misma percepción de la jerarquía siempre resulta mejorable.

Otro límite es la imprecisión del lenguaje. Una palabra puede contener muchos significados y un «derecho» muchos «derechos»⁴⁶. A veces, las imprecisiones pueden tornar inoperante el principio de jerarquía. Un ejemplo es la «libertad»: ¿puede ella prevalecer sobre la intimidad? Para contestar habría que aclarar primero de qué libertad se está hablando, pues libertades hay muchas (de expresión, de religión, de conciencia, de locomoción, etcétera). Los extremos imprecisos son vagamente comparables, difícilmente jerarquizables. Ahí no funciona la balanza ni el principio de proporcionalidad.

Finalmente, las circunstancias y las decisiones políticas pueden modificar parcialmente la tabla de valores adoptada en cada país (y, consecuentemente,

45 V. gr. las constituciones del Ecuador, art. 11; y Argentina, art. 75. Se discute el alcance del art. 5 de la Constitución chilena.

46 Hohfeld (1913) pensaba que la mejor técnica jurídica exigía descomponer los derechos en todas las facultades, atribuciones, libertades, etc. que este implicaba, para así saber de qué estamos hablando.

el criterio de jerarquía). En una sociedad muy próspera se priorizarán cosas que en un lugar más pobre se considerarían lujos; asimismo, pueblos más compactos con tradiciones muy arraigadas pondrán más esfuerzo por protegerlas que ciudades más cosmopolitas. Las asambleas constituyentes, los diversos parlamentos, las empresas y los diferentes organismos de decisión pueden priorizar una u otra forma de manejar los recursos. Pero no todo queda al capricho de la voluntad y del devenir, y siempre puede demandarse un mínimo de razonabilidad, de respeto a los bienes básicos, que no se exijan imposibles, etcétera.

IV.5. Clases de jerarquía

Clasificaciones puede haber miles. Usando un criterio de la sistemática general, que clasifica las cosas según las subespecies de sus elementos esenciales, a continuación formularemos cuatro géneros de clasificaciones, una por cada presupuesto del principio de jerarquía.

1. Clasificaciones según los tipos de elementos jerarquizados

Hemos mencionado que la jerarquía aplica a diversos de elementos jurídicos: pueden jerarquizarse sujetos, objetos y entes intelectuales. En cuanto a los sujetos, podemos jerarquizar cargos, dignidades, individuos que ostentan algún poder (presidente, legislador distrital, concejal, etcétera)⁴⁷, instituciones (Estado, ministerios, municipios, etcétera) y entes morales (*holdings*, departamentos, etcétera). Respecto a los objetos, observamos jerarquías en los bienes jurídicos y la realidad (*v. gr.*, un kilo de oro vale más que un gramo). Y respecto a los entes intelectuales, vemos que existen jerarquías de fines (*v. gr.*, fines últimos, próximos y medios), de valores (la vida vale más que la hamaca, la verdad más que la mentira, las virtudes cardinales más que otras virtudes menores como la *iucunditas*), de conceptos (jerarquía lógica: los primeros conceptos tienen un orden de precedencia y, en esa medida, condicionan a los conceptos posteriores construidos a partir de los primeros), de principios (el principio *pro homine* está por encima de otros principios como el del pago puntual o el del *pacta sunt servanda*)⁴⁸ y, por supuesto, de normas (como la que existe entre la constitución, la ley orgánica, la ley ordinaria, etcétera).

2. Clasificaciones según la materia tratada

Dijimos que para que haya jerarquía deben concurrir dos o más elementos «sobre una misma materia». Tales materias pueden estar relacionadas con cualquier área del derecho (laboral, civil, mercantil,

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

47 La jerarquía aquí atiende a un aspecto circunstancial, la potestad de la que está investida la persona. Si se atendiera a la persona en sí no habría jerarquía porque todos poseemos la misma dignidad humana.

48 Por eso, son ilícitos y no surten efectos los pactos dolosos que tienen por objeto dañar al hombre.

etcétera). Algunas veces la jerarquía entre las ramas del derecho es clara: el derecho constitucional está por encima del derecho municipal, y los derechos humanos prevalecen sobre los patrimoniales⁴⁹. En otras ocasiones, no es claro que exista jerarquía (*v. gr.*, entre derecho mercantil y derecho civil).

La materia también puede versar sobre fines, valores, principios y normas. En todos estos elementos, la jerarquía funciona acorde a lo que veremos.

Todos los fines guardan un orden que apunta a un fin último: lo útil es útil para algo; lo útil es medio para conseguir algo más; los medios buscan alcanzar los fines próximos; estos, a su vez, persiguen el fin último de la persona, la vida buena, el *sumak kawsay*, la felicidad, la misma que se constituye como objetivo común de todo fin. Hay, por tanto, una cierta jerarquía de fines. Sin el fin último no se entienden los fines próximos, ni los medios: si fuera imposible obtener un título de abogado en una universidad, nadie que desee ser abogado se matricularía en ella. Si algo contraría los fines del orden jurídico, eso debe caer.

Valor es la estima de algo como bueno⁵⁰. En realidad, solo se estima como bueno lo que en la práctica nos ayuda a alcanzar nuestros fines, lo que nos permite ser felices. Es decir, la jerarquía axiológica tiene un fundamento práctico *in re*. Lo más valioso es lo que más nos facilita la vida, los bienes más felicitarios⁵¹.

Los principios han de tener un objeto, materia o tema como, por ejemplo, las personas (principios *pro homine*, *pro debilis*, *pro reo*, etcétera), las acciones (*pro actione*, *favor matrimoni*, *pro capacitate*, etcétera) y los bienes (*pro natura*, *pro informatione*, etcétera). Aquí ya encontramos varias jerarquías porque las acciones están dirigidas a realizar a la persona y porque la persona vale más que los bienes. Por eso, los principios personales ostentan una cierta superioridad sobre los principios del obrar y estos, a su vez, son superiores a los principios que gobiernan los objetos. También puede haber una prevalencia fundante de principios más generales y abarcales frente a otros más específicos; así, el principio *pro homine*, abarca y funda los principios de igualdad, *pro societate* y el *pro debilis*; y este último, a su vez, abarca y funda una cantidad inmensa de subprincipios (como el *pro reo*, *pro minoris*, *pro operario*, *pro debitore*, etcétera). En razón de lo dicho, se ha concebido a los principios generales del derecho como pilares o fundamentos del orden jurídico.

49 La tesis vale también para el ámbito internacional. *Cfr.* Haugen (2007) y Yigzaw (2015).

50 Según Hervada (2000, p. 68), «valor es la estimación del ser como bien, que obedece a una dimensión objetiva y real del ser». En realidad, solo se estima como bueno lo que en la práctica nos ayuda a alcanzar nuestros fines. La jerarquía axiológica tiene fundamento *in re*.

51 En este sentido, se ha dicho que «para el logro de esa vida digna o virtuosa se requieren otros muchos bienes, tanto corporales como espirituales, y además convenientemente ordenados o jerarquizados, y todo esto es lo que constituye el bien común de la sociedad civil» (García López, 1990, p. 180).

En el sector público, hoy no se cuestiona que haya jerarquía entre normas, aunque para muchos esa jerarquía sea derrotable. También en las empresas y asociaciones cabe una cierta jerarquía entre las resoluciones, pactos, estatutos e instructivos. La cuestión álgida aquí es si al interior de las normas cabe establecer algún género de jerarquía, y la respuesta que damos es doble: no cabe una jerarquía normativa formal (a menos que esto sea previsto positivamente), pero sí una jerarquía de fondo que distinga fines próximos y últimos, principios prevalentes, valores y bienes de más peso, etcétera. Por eso se admite que la parte dogmática de la constitución (que contiene fines, valores principios y derechos) prevalece sobre la parte orgánica (donde se diseña una organización para realizar los fines y valores constitucionales)⁵².

3. Clasificación según los sujetos de aplicación

Dijimos que en la jerarquía los elementos (normas, fines, principios, etcétera) deben aplicarse a lo mismo: a unos mismos sujetos y en un mismo tiempo, espacio y circunstancias. Pues bien, los sujetos pueden ser personas naturales, colectividades, personas jurídicas y otros centros de imputación de derechos y deberes. Aquí detectamos algunas jerarquías, como la que determina que las personas naturales son superiores a los entes morales. A la vez, aparecen ciertos planos de igualdad, como el que hay entre las personas naturales, entre familias o entre colectividades.

4. Clasificaciones según la naturaleza de la jerarquía

Atendemos aquí a la naturaleza de la jerarquía considerada en sí misma. ¿Qué hace que algo sea más o que sea menos? El tema es abstracto y por ello debemos recurrir a la ciencia de los abstractos: la filosofía. Para aproximarnos a él recordamos las cuatro causas clásicas de la realidad (material, formal, agente y final). Entre todas ellas, la preeminencia la ostenta la causa final: «el fin es causa de las causas [*causa causarum*], porque es causa de la causalidad de todas las causas» (Tomás de Aquino, *De principiis naturae*, c. 4).

En el orden material, vemos que lo completo es superior a lo incompleto: una casa terminada vale más que una casa en construcción; la obra muerta aspira a algún día convertirse en un edificio acabado, lo mira como su fin; un diamante vale más que medio diamante y un perro vale más que medio perro.

En el plano formal⁵³, hemos de decir que lo que está en acto es superior a lo que está en potencia. La jerarquía es esta: el acto de ser⁵⁴ está

52 Así, curiosamente, las constituciones que dan rango de constitucional a los derechos humanos los terminan integrando en la parte dogmática, y de esta manera los hacen prevalecer por sobre la parte dogmática de la misma constitución que los reconoció.

53 «Formal» en sentido filosófico, que representa muchísimo más que las «formalidades» en derecho.

54 Hay tres actos de ser posibles: el infinito, el de la persona y el del cosmos.

sobre la esencia (que es un modo de ser). En la esencia distinguimos la naturaleza (esencia en cuanto principio de operaciones) y las operaciones producidas por el individuo (acciones); como lo primero es causa de lo segundo, lo primero es superior. También cabe distinguir un modo de ser sustancial y otro accidental, que inhiere en la sustancia. Digámoslo una vez más en lenguaje llano: el espíritu es superior a la materia, los bienes inmateriales son superiores a los bienes materiales, la persona es más importante que los bienes.

Respecto al orden agente, el agente es superior al efecto porque contiene de alguna manera al efecto en sí mismo. El Creador es superior a la creatura; la persona es superior a su creación intelectual, a sus obras; y la sociedad es superior a los entes culturales que ella produce. Por idéntica razón, el poder constituyente es superior al poder constituido, y la potestad del delegante es superior a la del delegado.

Repárese que el derecho se produce por tres causas agentes: la realidad, la inteligencia y la voluntad, en ese orden. Cada una de estas tres causas es un escalón de un orden jurídico «naturalmente jerarquizado»⁵⁵. En primer lugar está la «realidad». La realidad impone los primeros límites al derecho: no podemos decidir a qué velocidad caen las manzanas sobre la faz de la Tierra, ni si hoy violaremos las leyes de la física. *Ad impossibilia nemo tenetur*, dice un aforismo. Luego están las «concepciones jurídicas» que tienen las personas. Ellas se forman conociendo la realidad extramental, pues no se puede pensar sin antes haberse abierto a esta: primero la conocemos y luego reflexionamos sobre ella. Con el tiempo, cada persona se forjará una concepción o cultura jurídica cuando capte y asigne el valor de las cosas (la vida, el petróleo, la electricidad, etcétera). Solo al final la «voluntad» interviene, porque ella solo puede actuar sobre lo que la inteligencia le presenta (solo se quiere algo pensado; nadie puede desear lo absolutamente desconocido); por eso, es jerárquicamente inferior. No hay voluntad sin inteligencia. Las normas son actos de voluntad. Dentro de todos los posibles que la inteligencia entiende como justos, legítimos o jurídicos, la voluntad se decanta por una opción y la establece como norma. Una asamblea constituyente conoce que puede optar por la democracia o por la monarquía, pero solo adopta una opción. Luego, puede considerar que el régimen republicano es mejor que el parlamentario y decantarse por esa opción. Y así las normas, negocios y actos jurídicos van concretando el espacio jurídico de cada sociedad, con lo cual existen dos jerarquías naturales (la realidad impera sobre el intelecto, y el intelecto sobre la voluntad) y otras de carácter convencional (la voluntad puede establecer un cierto orden entre las normas que crea)⁵⁶. La naturaleza

55 Esta es la pirámide invertida de la que hemos hablado en otro lugar. *Cfr.* Riofrío (2016a).

56 Sobre la jerarquía natural y la jerarquía convencional, *cfr.* Riofrío (2017; 2016c, pp. 222-261). Si se desea más prolijidad, hemos de atender a la prelación agente que hay en cada uno de los eslabones

de la jerarquía convencional varía según quién la decida: la pueden establecer los órganos públicos (asamblea constituyente, legisladores, administradores, jueces, municipios, etcétera), los órganos privados (compañías, asociaciones, etcétera), la comunidad con sus costumbres o las mismas personas (que pueden petrificar ciertas disposiciones de un pacto), cada uno en lo que le compete⁵⁷.

Sobre la causa final ya hemos hablado. Esta causa atrae todo lo anterior «como el blanco atrae a la flecha», según la clásica expresión del Aquinate. Los fines últimos justifican los fines próximos, y los fines próximos dan razón de ser a los medios. Tener muchos medios no tiene sentido si no cabe usarlos en razón de un fin. Los medios son «instrumentos» para algo, no son autojustificables. Sin fin no hay medio. Puede haber medios absolutamente necesarios, como la vida, la salud y los demás bienes básicos son necesarios para lograr una vida feliz. Por eso no pueden faltar y son lo primero que el derecho debe garantizar, pues robar estos medios es robar tanto el presente como el futuro del ser humano; pero no hay que olvidar que ellos son medio y no fin.

V. CRITERIOS PARA JERARQUIZAR DERECHOS

Probaremos ahora los criterios antes expuestos, aplicándolos a una de las jerarquías más cuestionadas por parte de la doctrina: la jerarquía de derechos. Este análisis seguirá la estructura utilizada para estudiar el principio de jerarquía.

La primera cuestión a tratar es si existe alguna suerte de «un más y un menos» en los derechos, a lo que respondemos afirmativamente. A más del criterio normativo —es manifiesto que las normas reconocen derechos de diversa jerarquía— encontramos otros criterios. Hay derechos que permiten más felicidad que otros: el derecho al matrimonio y a la familia causan más felicidad que el derecho al trabajo, a llegar puntual, a alzar la mano. Los derechos humanos se muestran más importantes que los patrimoniales. El derecho a la vida es cronológicamente anterior y condición de posibilidad de cualquier otro derecho: sin vida no hay derecho a las vacaciones, aunque sin vacaciones sí puede haber derecho a la vida.

La segunda cuestión es si cabe aplicar a los derechos la función positiva del principio de jerarquía, a lo que nuevamente respondemos que sí. Lo que en un orden tiene razón de superior ha de guiar a lo que en ese orden tiene razón de inferior. Si un derecho es superior a

de la «fórmula Riofrío», que es: ser-potencias-fines-valores-principios-reglas-derechos potenciales-relaciones jurídicas. Cada eslabón reduce el espacio jurídico a su manera. Cfr. Riofrío (2016b).

⁵⁷ En su análisis de la jerarquía normativa, Ruiz Miguel (1998) analiza ocho diversos fundamentos (ver nota 1). A mi entender, esos fundamentos son criterios que validan distintos géneros de jerarquía convencional.

otro por cualquier causa formal o de fondo, el derecho inferior ha de interpretarse a la luz del derecho superior en aquello que sea superior. Es claro que si la constitución consagra la seguridad social, la ley que se haga por mandato constitucional deberá desarrollar los postulados de la norma superior. Lo mismo sucede con el derecho a la vida y a la salud: la vida es previa a la salud (es una condición *sine qua non sua*), por lo que en eso muestra una cierta primacía. Así, el concepto de salud ha de interpretarse en función de cómo actúa un organismo vivo, no por cómo se descompone un organismo muerto. El derecho a la salud no puede minar sus presupuestos lógicos y cronológicos, no puede buscar la muerte en vez de la vida. Otro género de jerarquía relaciona el derecho a educar a los hijos y el derecho de los profesores a enseñar. Así, como los padres tienen una potestad superior sobre sus hijos, corresponde primero a ellos determinar qué se les enseñará a sus hijos, pues sería un abuso que los educadores impongan una doctrina a los niños contra la voluntad de sus padres.

La tercera cuestión es si cabe aplicar a los derechos la función negativa del principio de jerarquía, a lo que nuevamente respondemos que sí. Por las mismas razones dadas arriba, si un derecho es superior a otro por cualquier motivo, el derecho inferior que lo contradiga quedará injustificado o invalidado en aquello que sea inferior. Así, si se trata de una jerarquía formal como la que hay entre la constitución y el reglamento, el derecho reglamentario que se oponga a la seguridad social consagrada por la constitución será formalmente inválido. Distinta es la jerarquía lógica y cronológica del derecho a la vida frente a la salud. Bajo esa lógica, sería absurdo que cualquier norma, del rango que sea, consagrara el derecho a la salud a favor de los muertos, porque la salud no cabe sino en los seres vivos. Finalmente, si hay una pugna entre el derecho a educar a los hijos y la libertad de cátedra, la jerarquía entre ambos derechos se resuelve viendo cuál potestad tiene primacía (la patria potestad, obviamente, porque es anterior) para concluir que debe ceder la potestad inferior que socava a la potestad superior.

La cuarta cuestión es si los derechos admiten los presupuestos del principio de jerarquía, a lo que también respondemos que sí porque nada obsta para que existan: a) dos o más derechos subjetivos; b) que traten directa o indirectamente de lo mismo; c) que se apliquen a los mismos sujetos, en el mismo tiempo, espacio y circunstancias; y que d) se pueda verificar que entre ambos derechos hay algún género de jerarquía. Pongamos un par de ejemplos. El primero es el caso de los derechos a la información y a la propiedad intelectual que recaen sobre los novelistas de un país. Ambos derechos reconocen el derecho a distribuir la novela, pero el derecho a la información desarrolla un fin más amplio y último del ser humano, mientras que la propiedad intelectual solo se muestra

como una regulación encaminada a cumplir ese fin. No hay conflicto, pero sí una cierta jerarquía donde un derecho se presenta como fin de otro; por ello, las normas de propiedad intelectual deben interpretarse *pro informatione*. El segundo es el caso de los derechos al paisaje y el derecho a la publicidad que recaen sobre personas de un mismo vecindario rural y —al menos en teoría— entran en conflicto a la hora de determinar si resulta admisible poner una valla publicitaria de grandes dimensiones en la carretera, afectando el límpido paisaje. Pensamos que el derecho al paisaje es un derecho anterior, firme, consolidado y concretado en ese vecindario, con fuertes fundamentos naturales; mientras el derecho a la publicidad, de fuertes tintes convencionales (muy pergeñado por la voluntad de los legisladores), solo permanece de manera abstracta en quien desea instalar una valla publicitaria. Por tanto, este último derecho cederá bastante en una correcta ponderación para realizar aquel derecho que ostenta varios géneros de primacía. Como antes dijimos, si los derechos no mostraran un más y un menos dentro de un mismo orden —algo distinto medible con una misma medida—, sería imposible ponderar derechos o realizar el más modesto test de proporcionalidad.

La quinta cuestión se refiere a las clases de jerarquía, en donde distinguimos cuatro géneros de clasificaciones:

1. Clasificación según los tipos de elementos jerarquizados

En este análisis, los elementos jerarquizados son los derechos. Ellos pueden clasificarse en: personalísimos, personales y reales; prescriptibles e imprescriptibles, etcétera. Interesa mucho distinguir los derechos considerados en abstracto (reflejados en las letras negras de las normas escritas, que son más derechos «potenciales») y los derechos concretos que existen dentro de una relación jurídica ya trabada en la realidad. A mi criterio, los conflictos de derechos solo pueden darse en esos primeros derechos potenciales con efectos jurídicos que eventualmente se activarán en una gran multitud de relaciones jurídicas; se trata, por tanto, de conflictos abstractos sobre los potenciales efectos de los derechos teóricamente considerados, en los que se comparan los probables efectos en relaciones jurídicas distintas. Un ejemplo: solo teóricamente podría existir un conflicto entre el derecho del dueño a un cargamento de oro y el derecho del capitán del barco a tirarlo por la borda cuando el barco naufraga por el peso. Sin embargo, dentro de una relación jurídica ya trabada en la realidad, una persona no puede «tener y no tener derecho» porque eso atentaría contra el más básico principio de no contradicción⁵⁸. En ese caso, el capitán siempre tiene derecho a salvar a la tripulación y el dueño nunca tiene derecho a salvar su oro.

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

58 Cfr. nota 15.

2. Clasificación según la materia tratada

Mencionamos que ciertas materias como la de los derechos humanos priman sobre otro género de derechos (*v. gr.* los patrimoniales). Luego vimos que los fines, valores, principios y normas también tienen su propia jerarquía. Fácilmente podemos encontrar derechos relacionados con cada fin jurídico, con cada valor, principio o norma. Con el fin de la paz, el *right to be alone*, el derecho al paisaje, a la seguridad jurídica, etcétera; con el valor de la vida, el derecho a la vida misma y los derechos de salud; con el principio *pro libertate*, todos los derechos justamente de libertad, etcétera. Lo interesante es que, como vimos, fines, valores, principios y normas se pueden jerarquizar, con lo cual los derechos relacionados con aquellos elementos heredarán esa jerarquía.

En otro estudio hemos desarrollado una fórmula que hila estos elementos (en concreto: el ser, las potencias, los fines, los valores, los principios, las reglas, los derechos y las relaciones jurídicas) en un sistema coherente que sirve para reconstruir la jerarquía real e interconectada que hay entre todos los elementos del orden jurídico. Nos remitimos a la tabla de derechos jerarquizados que consta en ese estudio⁵⁹.

3. Clasificación según los sujetos de aplicación

Es claro que los derechos de las personas naturales son superiores a los derechos de los entes morales; por eso es factible desconocer la personalidad jurídica de las compañías (doctrina del *blackveil* o del levantamiento de la personalidad jurídica) en casos de fraude y en otros supuestos conflictivos. En cambio, sería injusto desconocer la personalidad a la persona natural para salvar a alguna empresa.

4. Clasificación según la naturaleza de la jerarquía

Vimos que hay cuatro tipos de jerarquía, una según cada causa; las analizaremos en orden. En cuanto a la «causa material», los derechos indivisibles en general parecen superiores a los divisibles; los derechos a las cosas completas (como el derecho a la integridad corporal o a la unidad social) a los derechos sobre lo fraccionable; el derecho al todo sobre el derecho a la parte.

En la «causa formal» (que atiende a los distintos modos de ser) la persona vale más que la cosa, y los derechos relacionados con lo íntimo de la persona más que los derechos sobre las cosas. Si la divinidad tiene un ser mayor que la persona y la persona que el cosmos, entonces los derechos relacionados con la divinidad están por encima de los derechos relacionados con la humanidad⁶⁰ y ambos son superiores a los derechos

⁵⁹ Cfr. Riofrío (2016b).

⁶⁰ En esta línea, Juan Pablo II ha dicho que «fuente y síntesis» de los derechos relacionados con la vida humana «es, en cierto sentido, la libertad religiosa, entendida como derecho a vivir en la verdad de

relacionados con el cosmos, el medio ambiente, los animales y las plantas. También vemos que los derechos sobre los bienes inmateriales muestran una cierta primacía sobre los derechos a las cosas materiales en cuanto permiten una mayor realización de la persona.

Sobre la «causa agente», vimos que tres son los agentes productores del derecho: la realidad, la inteligencia y la voluntad, en ese orden. Los derechos producidos por la realidad (por ejemplo, por el hecho de nacer) son anteriores a los derechos culturales (aprendidos por una sociedad); a la vez, los derechos culturales deben ser reconocidos en las normas decididas a voluntad por los diferentes órganos reguladores. Pongamos algunos ejemplos para graficar lo dicho. La realidad impone sus límites al derecho; por ello, no cabe un contrato de permuta sobre lo que no existe ni se espera que exista; no hay derecho a sacar oro indefinidamente de una mina, sino solo el que hay en ella; y aunque deseemos tener derecho a superpoderes, somos simples seres humanos. Tampoco se puede querer lo desconocido; por ejemplo, en la Edad Media era prácticamente imposible la democracia porque la mayoría del pueblo la desconocía; y, asimismo, nadie tiene el derecho ni la posibilidad de casarse con una mujer absolutamente desconocida. De igual manera, la voluntad del legislador no puede consagrar derechos que una sociedad honesta entiende contrarios a otros derechos indisponibles.

Repárese en cómo se distinguen y operan de manera diversa el orden jurídico de la realidad y el orden convencional. El primero actúa de manera forzosa, aunque deja varias opciones al ser humano⁶¹. El segundo es más «caprichoso», más sujeto a lo que la sociedad ve conveniente en cada momento. Durante siglos la humanidad ha vivido sin una norma escrita considerada como suprema y recién con el movimiento constitucional se decidió que un texto humano sea considerado supremo. Idolatrar el texto constitucional sería volver a épocas antiguas donde se reverenciaban toscas esculturas talladas por manos humanas. La jerarquía constitucional no es sino una decisión de la voluntad humana, subjetiva, más endeble y volátil que la jerarquía que objetivamente existe en el orden de la realidad. La jerarquía que existe en las normas positivas tiene su fundamento en la voluntad humana; si ella cambia, la jerarquía cambia.

Y sobre la «causa final» simplemente señalamos que los derechos relacionados con el fin último, y los relacionados con los medios imprescindibles para alcanzarlo, tienen una primacía sobre el resto de derechos. Tal jerarquía de derechos se recoge de manera sintética en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, que reza

la propia fe y en conformidad con la dignidad trascendente de la propia persona» (1991, n. 47). *Cf.* también con Juan Pablo II (1979).

61 Véase lo dicho en la nota 57.

«Life, Liberty and the Pursuit of Happiness». Los fundadores de este país consideraban que la felicidad era el fundamento de la libertad, y la libertad daba sentido a la vida .

El fin vale más que el medio, porque sin fin no hay medios. Por otro lado, sin ciertos medios (los bienes básicos), el fin se torna imposible. Los derechos relacionados con la supervivencia llegan a ser lo más básico que se puede exigir y tienen por eso un peso enorme en la balanza, pero son siempre un mínimo. Nadie se contenta con tener la comida mínima para sobrevivir.

VI. ¿CONFLICTOS ENTRE LAS DISTINTAS CLASES DE JERARQUÍAS

Se habrá apreciado que entre dos derechos pueden verificarse múltiples criterios jerárquicos al mismo tiempo, donde quizá exista alguna oposición. Supongamos que en la parca constitución de un lejano país se consagra el derecho a la seguridad social, pero no el derecho a la salud, que solo se menciona en una ley inferior. ¿Cuál derecho es superior? Si atendemos al rango de la norma, será la seguridad social; si atendemos a un criterio lógico, teleológico y cronológico, el derecho a la salud, porque sin derecho a la salud no hay razón para el servicio hospitalario. ¿Qué salida damos a este asunto? Pienso que habrá que analizar dos cosas: qué efecto tiene cada jerarquía y qué jerarquía es superior.

Según dijimos, cada criterio de jerarquía señala un más y un menos «en su orden», y en ese mismo orden señala su efecto. Un conflicto de rango normativo entre dos normas (conflicto en el orden formal) ocasionaría una «invalidez formal» de la norma inferior, mientras que un conflicto de fondo entre fines, valores o derechos previstos en dos sitios distintos (conflicto lógico, teleológico o cronológico) generaría una «falta de justificación» más profunda del fin, valor o derecho inferior (justificación lógica, teleológica y cronológica). Si la constitución dice que la seguridad social incluye el derecho a matar gratuitamente a un ciudadano inocente, y la ley de salud lo impide, tendríamos tres cosas: una ley formalmente inválida por contrariar la constitución, una ley formalmente válida que buscan realizar el fin constitucional primordial de la seguridad social (la salud), y una contradicción constitucional lógica, teleológica y cronológica porque la seguridad social no tiene razón de ser sin derecho a la salud. Sería ilógico reconocer el derecho a la seguridad social sin buscar la salud de los pacientes. Por último, hay que reparar que la jerarquía convencional (puesta por la voluntad del constituyente) es la más débil de las jerarquías; así, concluiremos que el derecho a la salud prevalece por ser superior.

Los proyectos humanos pueden reorganizar en algo la jerarquía de fines, valores, principios, reglas y derechos, pero estos no quedan a total capricho de la enfermiza voluntad humana, pues quedarían deslegitimados en su mismo fundamento. Después de una guerra de secesión, la constitución del país podría poner como valores supremos a la unidad nacional y el bienestar económico, olvidándose de valores más altos como la libertad y la dignidad. Ello evidenciará las preocupaciones sociales del momento histórico, que priorizaría la reconstrucción del alma nacional. Desde luego, será legítima la política pública que busque realizar esos valores, pero no cuando para lograr la unidad nacional se sentencie a pena de muerte a quienes tengan ideas distintas por el hecho de tenerlas. La vida, la libertad y la dignidad son presupuestos de la unidad nacional. Sin gente libre no hay nación; sin vidas no hay bienestar.

Un último ejemplo de supuesta contradicción jerárquica: un kilo de oro vale más que un gramo de oro; sin embargo, en un navío que se hunde por el peso, el exceso de kilos se muestra como un mal del que hay que deshacerse inmediatamente. Entonces, ¿el kilo de oro es un valor o un antivalue? Las dos cosas a la vez. Considerado en abstracto, sin las circunstancias del hundimiento, el kilo vale más que el gramo; pero cuando ese oro amenaza con destrozar algo de mayor valor —la vida de la tripulación—, entonces se convierte en un antivalue. Si no existiera un orden objetivo (en el ejemplo, la vida vale más que el oro), sería imposible valorar los proyectos subjetivos de las personas (en el ejemplo, las acciones del capitán por salvar la tripulación).

VII. CONCLUSIONES

De lo anterior, concluimos:

1. No hay acuerdo en la doctrina sobre si existe o no jerarquía entre los fines, valores, principios y derechos. Con todo, nos parece que, en general, se acepta alguna jerarquía mínima: para algunos, solo de corte normativo; otros admiten una prevalencia de ciertos bienes o derechos básicos; y muchos autores ven problemáticas las jerarquías meramente *a priori* (no tanto las hechas *ad casum*).
2. En la práctica jurídica, el principio de jerarquía se aplica a muchas más cosas que a las normas: a cargos, instituciones, derechos, bienes jurídicos, fines, principios, valores, entre otros. Para que el principio de jerarquía opere en esos elementos deben darse cuatro presupuestos: a) la existencia de dos o más elementos; b) que esos elementos traten de una misma materia; c) que esos elementos apliquen a unos mismos sujetos, en un mismo tiempo,

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

espacio y circunstancias; y d) que tales elementos muestren algún género de jerarquía entre sí.

3. El principio de jerarquía tiene dos funciones: una «positiva», que es la de «informar», «dar forma» a lo inferior, ser directriz; y otra «negativa», que deslegitima lo inferior cuando entra en conflicto con lo superior. Esta última función solo opera si hay conflicto. Este principio no opera bien cuando hay deficiencias de conocimiento o imprecisión en el lenguaje; además, su aplicación es flexible, atendiendo a las circunstancias y a las opciones políticas.
4. Existen múltiples criterios para jerarquizar normas, fines, valores, derechos, principios, bienes jurídicos, cargos e instituciones. Cada criterio jerárquico tiene un efecto propio: solo las jerarquías formales hacen caer formalmente lo inferior. También hay espacio para las jerarquías subjetivas, pero dentro de un marco amplio de referencia objetivo. La resolución de conflictos concretos generalmente se hace aplicando varios criterios jerárquicos.

REFERENCIAS

Artigas, M. (2006). *Filosofía de la ciencia*. Pamplona: Eunsa.

Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.

Bassa Mercado, J. (2013). La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX. *Estudios Constitucionales*, 11(2), pp. 15-46. doi: <https://doi.org/10.4067/s0718-52002013000200002>

Bastida, F. J., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B., & Sarasola, I. F. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Bertelsen Simonetti, S. (2010). Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, (42).

Beuchot, M. (1993). La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Jacques Maritain. *Tópicos*, 4(1), 9-26.

Bidart Campos, G. J. (1986a). ¿Hay un 'orden jerárquico' en los derechos personales? *El Derecho*, 116, 800 y ss.

Bidart Campos, G. J. (1986b). Noticias erróneas difundidas por la prensa y resarcimiento del daño moral a la víctima (libertad de expresión y derecho al honor). *El Derecho*, 118, 304 y ss.

Bidart Campos, G. J. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.

Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

Castillo Córdova, L. F. (2005). ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 12(1), 99-129. doi: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2005.12.5726>

Cea Egaña, J. L. (1999). *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica*. Santiago de Chile: Ediciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Austral de Chile.

Cea Egaña, J. L. (2012). *Derecho Constitucional chileno (II)*. Segunda edición. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

Cianciardo, J. (2007). La jerarquización de los derechos. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, VII(14), 11-28.

Conklin, C. N. (2015). The Origins of the Pursuit of Happiness. *Washington University Juridical Review*, 7(2), 195-262.

Donnelly, J. (2013). *Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Dworkin, R. (2005). *Taking Rights Seriously*. Gran Bretaña: Duckworth.

Ekmekdjian, M. A. (1984). *Meditaciones sobre la República, el poder y la libertad*. Buenos Aires: Depalma.

Ekmekdjian, M. A. (1985). De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles. *El Derecho*, 114, 945 y ss.

Ekmekdjian, M. A. (1986). Nuevas reflexiones acerca del orden jerárquico de los derechos individuales. *El Derecho*, 117, 895 y ss.

Ekmekdjian, M. A. (2002). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma.

Elford, J. (1995). Trafficking in Stolen Information: "Hierarchy of Rights" Approach to the Private Facts Tort. *The Yale Law Journal*, 105(3), 727-759. doi: <https://doi.org/10.2307/797198>

Estévez Araujo, J. A. (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta.

Fernández, E. (1984). *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate.

Fernández, E. (1982). El problema del fundamento de los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*, 1, 73-112.

Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press.

García López, J. (1990). *Individuo, familia y sociedad: los derechos humanos en Tomás de Aquino*. Segunda edición. Pamplona: Eunsa.

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

Haugen, H. M. (2007). The Nature of Social Human Rights Treaties and Standard-Setting WTO Treaties: Question of Hierarchy. *Nordic Journal of International Law*, 76(4), 438-442. doi: <https://doi.org/10.1163/090273507x249228>

Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Tercera edición. Pamplona: Eunsa.

Hervada, J. (2001). *Introducción crítica al Derecho natural*. Décima edición. Pamplona: Eunsa.

Hohfeld, W. N. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, 23(1), 16-59. doi: <https://doi.org/10.2307/785533>

Juan Pablo II. (1979). Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Acta Apostolicae Sedis*, 71, 1152-1153.

Juan Pablo II. (1991). *Carta enc. Centesimus annus* (pp. 851-852). *Apostolicae Sedis*, 83.

Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke.

Kissinger (6 de junio de 1976). *Discurso ante la Asamblea General de la OEA*. Santo Domingo. Recuperado de: <https://www.fordlibrarymuseum.gov/library/document/0204/7368359.pdf>

Klein, E. (2002). Human Dignity in German Law. En David Kretzmer & Eckart Klein (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (pp. 145-160). The Hague: Kluwer.

Klein, E. (2008). Establishing Hierarchy of Human Rights: Ideal Solution or Fallacy. *Israel Law Review*, 41(3), 477-488. doi: <https://doi.org/10.1017/s0021223700000327>

Lee, J. (2020). Paradox of Hierarchy and Conflicts of Values: International Law, Human Rights, and Global Governance. *Northwestern Journal of Human Rights*, 18(1), 73-92.

Meron, T. (1986). On Hierarchy of International Human Rights. *American Journal of International Law*, 80(1), 1-23. doi: <https://doi.org/10.2307/2202481>

Meyers, D. T. (1985). *Inalienable Rights: A Defense*. Nueva York: Columbia University Press.

Núñez Leiva, J. I. (2016). Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho. *Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín*, 15(29), 187-202. doi: <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n29a9>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Nueva York, Ginebra: Naciones Unidas.

Orrego Sánchez, C. (2010). Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral, *Revista Chilena de Derecho*, 37(2), 311-342. doi: <https://doi.org/10.4067/s0718-34372010000200005>

Pfeffer, E. (1998). Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1), 225-227.

Prieto, L. (2010). Sobre la identificación del derecho a través de la moral. En J. Moreso (ed.), *Los desacuerdos en el derecho* (pp. 87-146). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Rawls, J. (1999). *Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Raz, J. (2009). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

Riofrío, J. C. (2016a). *Breve explicación de la teoría de la pirámide invertida*. Ponencia del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Alicante, Universidad de Alicante. Recuperado de: https://www.academia.edu/6249283/De_la_pir%C3%A1mide_de_Kelsen_a_la_pir%C3%A1mide_invertida

Riofrío, J. C. (2016b). *La fórmula: ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones*. Ponencia en las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina. Recuperado de: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3074/1/formula-ser-potencias-fines-riofrio.pdf>

Riofrío, J. C. (2016c). *Metafísica jurídica realista*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Riofrío, J. C. (2017). *Nueve tesis sobre la jerarquía de los Tratados y de la Constitución*. Ponencia en el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ciudad de México: UNAM.

Rosatti, H. (2003). La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución Nacional. *Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe*, (6), 239 y ss.

Ruiz Miguel, A. (1983). Sobre los conceptos de libertad. *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 513-549.

Ruiz Miguel, A. (1998). El principio de jerarquía normativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8(24), 135-154.

Sagüés, N. (2004). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea.

Serna, P., & Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.

Shelton, D. (2002). Hierarchy of Norms and Human Rights: Of Trumps and Winners. *Saskatchewan Law Review*, 65(2), 301-332

Shue, H. (1980). *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press.

Tahvanainen, A. (2006). Hierarchy of Norms in International and Human Rights Law. *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, 24(3), 191-205.

ALCANCE Y LÍMITES
DEL PRINCIPIO
DE JERARQUÍA.
CRITERIOS PARA
JERARQUIZAR
DERECHOS,
VALORES, BIENES Y
OTROS ELEMENTOS

SCOPE AND LIMITS
OF THE PRINCIPLE
OF HIERARCHY.
CRITERIA FOR
HIERARCHIZING
RIGHTS, VALUES,
GOODS AND OTHER
ELEMENTS

Tomás de Aquino. (ca. 1255). *De principiis naturae ad fratrem Sylvestrum*. París. Recuperado de: <http://www.corpusthomicum.org/opn.html>

Tomás de Aquino. (1265-1272/2001). *Suma Teológica*. Cuarta edición. Madrid: BAC.

Varney, E. (2009). Hierarchy of disability rights: Comparative examination of the regulation of digital television in the United States of America and the United Kingdom. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 60(4), 421-442.

Wuerffel, K. N. (1998). Discriminating Among Rights?: A Nation's Legislating Hierarchy of Human Rights in the Context of International Human Rights Customary Law. *Valparaiso University Law Review*, 33(1), 369-412. Recuperado de: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1403&context=vulr>

Yigzaw, D. A. (2015). Hierarchy of Norms: The Case for the Primacy of Human Rights over WTO Law. *Suffolk Transnational Law Review*, 38(1), 33-68.

Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Marina Gascón, trad.). Quinta edición. Madrid: Trotta.

Recibido: 18/02/2020

Aprobado: 21/04/2020