

**‘Capítulos que se le olvidaron a Rodríguez’.**  
**Comentarios y paráfrasis sobre los conflictos entre derechos**

*‘Chapters Rodríguez Forgot’. Comments and Paraphrases on Conflicts  
Between Rights*

**Mauricio Maldonado Muñoz**

*Universidad San Francisco de Quito, Ecuador*

*mmaldonadom@usfq.edu.ec*

**Resumen:** En este trabajo se analiza la aproximación que Jorge Luis Rodríguez realiza de la clasificación guastiniana de las jerarquías, se critica la forma en que la aborda y se señalan algunos vacíos de la aproximación de J.L. Rodríguez en torno a los conflictos entre derechos. Brevemente, se subrayan algunos puntos destacados de su obra *Teoría analítica del derecho* en el marco del tema tratado en este ensayo.

**Palabras clave:** jerarquías, conflictos entre derechos, Jorge Luis Rodríguez, Guastini.

**Abstract:** This paper analyzes the approach that Jorge Luis Rodríguez carries out to the Guastinian classification of hierarchies in law, criticizes the way in which Rodríguez deals with it, and points out some gaps in J.L. Rodríguez’s approach to conflicts between rights. Briefly, some highlights of his book (*Teoría analítica del derecho*) are underlined within the framework of the topic discussed in this essay.

**Keywords:** hierarchies, conflicts between rights, Jorge Luis Rodríguez, Guastini.

*La differenza fra i giuristi bravi e gli altri passa  
per le rispettive culture giuridiche:  
semplicemente, i primi ne hanno di più.  
Mauro Barberis, Giuristi e filosofi*

## I. De Montalvo a Borges

A finales del siglo XIX, Juan Montalvo publicó *Capítulos que se le olvidaron a Cervantes*, una novela que desarrolla –en parte y con ciertas licencias– la historia del personaje de Don Quijote de la Mancha. Tiempo después, en 1939, Borges publicó su cuento *Pierre Menard, autor del Quijote*. Menard, en el cuento, escribió una repetición de varios capítulos de la famosa novela cervantina:

No quería componer otro Quijote –lo cual es fácil– sino *el Quijote*. Inútil agregar que no encaró nunca una transcripción mecánica del original; no se proponía copiarlo. Su admirable ambición era producir unas páginas que coincidieran –palabra por palabra y línea por línea– con las de Miguel de Cervantes (Borges, 1974, p. 446).

En este texto, si se me permite el parangón, pretendo recorrer de algún modo una especie de vía intermedia entre Montalvo y Borges. Quiero decir, sencillamente, lo siguiente: algunas de las cosas que diré pretenden llamar la atención sobre lo que considero un desarrollo necesario respecto de una parte de la obra de Rodríguez, normalmente precedido de cautelosas objeciones; otras, simplemente, una repetición. Sobre esto último, quisiera decir que es probable que el libro de Jorge Luis Rodríguez (*Teoría analítica del derecho*, 2021) sea uno de los mejores libros que se hayan escrito en el ámbito de la teoría del derecho en los últimos veinte años; reflejo de un trabajo riguroso y de un amplio conocimiento de la cultura jurídica. Al leer varios pasajes, uno siente una envidiosa admiración y quisiera hacer las veces de Pierre Menard y repetir –palabra por palabra y línea por línea– lo que ha dicho ya Jorge Rodríguez. Pero aquí, por supuesto, no se trata de hacer hagiografía (de cualquier modo, no más de la que ya he hecho hasta este punto).

Adiciones y repeticiones en torno a Rodríguez, entonces. Lo que ha dicho ya y lo que quizás habría debido decir también (o habría debido decir mejor). Me concentraré, a tales efectos, en uno de mis temas predilectos: los conflictos entre derechos. Este tema aparece tratado en el punto 5 del capítulo IV del libro (“El derecho como sistema”). El punto es muy importante porque algunos, todavía hoy, lo relacionan con una de las nociones de sistema que, según Bobbio, comúnmente es utilizada por los juristas: aquella que no admite las contradicciones normativas o, más en general, los conflictos internos (Bobbio, 2019, pp. 171-177).

Sin embargo, la disputa por la ausencia de conflictos internos (intrasistemáticos) ha sido variopinta a lo largo de la historia, aunque respecto de diferentes objetos. Justiniano negó la posibilidad de que existieran antinomias en las leyes por él emanadas (Wallinga, 2012, p. 697). Los medievales negaban con frecuencia la posibilidad de que

un texto pudiera producir resultados contradictorios (Eco, 1992, p. 30). Kant rechazó la idea de que pudiese haber conflictos genuinos entre deberes, *obligationes non colliduntur* (Kant, 2007 [1797], p. 5). Kelsen –con espíritu neokantiano– negó, al menos hasta 1960, la posibilidad de que existan antinomias en los sistemas jurídicos. La posición anticonflictivista en materia de derechos fundamentales (bajo la forma de principios jurídicos fundamentales: libertad, intimidad, seguridad, honor, propiedad, salud, educación, etc.) está de alguna manera relacionada con todas estas; como lo está, por demás, con la posición que niega la posibilidad de que se presenten ‘genuinos dilemas morales’ (Conee, 1982, pp. 87-97).

En el caso específico de los derechos fundamentales, la raíz de algunas de las posiciones anticonflictivistas se refiere a seis parejas de debates, como diré más adelante. El ejemplo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN, Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida [fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina]) del que Rodríguez echa mano, da cuenta de la influencia que tienen tales posiciones. Aunque, en el caso, los jueces vayan bastante más allá: ellos rechazan la posibilidad de que, en general, dos normas constitucionales puedan entrar en conflicto (Rodríguez, 2021, p. 407). Esto sería como decir que no es posible que el legislador constituyente se haya contradicho (e incluso que no son posibles interpretaciones discordantes del texto de una misma constitución). Esta posición no es plausible.<sup>1</sup> Aquí, sin embargo, me ocupo de un aspecto más acotado –como hace Rodríguez– que tiene que ver con el problema de la incompatibilidad entre derechos fundamentales (o entre derechos y bienes públicos, expresados –*ex hypothesi*– como normas que tienen la forma de principios, a pesar de que la propia categoría sea controversial).<sup>2</sup>

La idea que está detrás de esta posición admite, según Rodríguez, diferentes interpretaciones: dos débiles y una fuerte. Una primera tesis débil sostiene que las normas que tutelan derechos fundamentales no son estrictamente contradictorias entre sí.<sup>3</sup> La segunda tesis débil sugiere que siempre ha de intentar encontrarse una solución que eluda los posibles conflictos (una tesis claramente normativa). La tercera tesis (fuerte) sostendría que siempre, incluso frente a la apariencia de un conflicto, es posible hallar una solución unívoca. En esta tesis, a su vez, es posible hallar dos orientaciones: una primera sugiere que tal cosa se da por efecto de la existencia de una jerarquía entre principios que permitirían superar cualquier conflicto posible; una segunda sostiene que todo aparente conflicto puede ser superado por vía de la interpretación de los principios que resulte en una armonización supuestamente preestablecida (Rodríguez, 2021, pp. 407-410). En lo que sigue, realizaré algunos comentarios (objeciones, adiciones, paráfrasis) en torno a este problema y sus alrededores en el texto de Jorge Rodríguez.

## **II. Objeciones, adiciones, paráfrasis**

Una primera cosa que se le puede reprochar a Rodríguez es que, en el ámbito de los conflictos entre derechos, él parece concentrarse sobre todo en el debate en torno a su jerarquía. Sin embargo, el debate en torno a la presencia (o ausencia) de conflictos entre derechos fundamentales es mucho más abigarrado. Existen al menos seis debates que enfrentan a las posiciones conflictivistas y a las posiciones anticonflictivistas con relación a los derechos fundamentales, a saber: 1) la problemática sobre los límites de los derechos desde dos teorías enfrentadas: la teoría de los límites externos (asociada generalmente al conflictivismo), y la de los límites internos de los derechos fundamentales (asociada al anticonflictivismo); 2) el debate relativo a la teoría del contenido esencial de los derechos, imponiéndose tres posturas: la teoría absoluta del contenido esencial, la teoría relativa del contenido esencial y la teoría de la no-restricción (o de la inalterabilidad) de los derechos fundamentales (las dos primeras conflictivistas, la última anticonflictivista); 3) el debate entre la teoría especificacionista, en virtud de la cual los derechos no colisionan siempre que sean suficientemente especificados, y la teoría infraccionista, que sostiene que en ciertos casos la ‘infracción’ de un derecho no implica su ‘violación’ (la primera anticonflictivista, la segunda conflictivista); 4) la discusión entre la teoría del pluralismo de los valores y el monismo ético (la última anticonflictivista, la primera conflictivista); 5) la discusión que enfrenta al coherentismo y al no-coherentismo; y 6) una posición en torno a las jerarquías (o su ausencia) entre derechos fundamentales.<sup>4</sup>

Remarcar todo esto es importante, también, porque las teorías conflictivistas, así como las teorías anticonflictivistas, no son necesariamente consistentes entre sí. Estas se pueden componer de diversos modos, de manera que las respuestas encaminadas a justificar la presencia o la ausencia de conflictos (o, en algunos casos, su absoluta marginalidad)<sup>5</sup> son variadas, lo mismo que sus combinaciones.<sup>6</sup> El debate es, entonces, más rico. Y, por refinada que sea la aproximación de Rodríguez, este se presenta como un problema en su obra, como un ‘vacío en la historia’.

Ahora bien, si hay que enfocarse en el problema de la jerarquía, llama la atención que Rodríguez trate a la posición de Ekmekdjian como anticonflictivista cuando esta –también según algunos de sus críticos, como Cianciardo (2007)– es conflictivista. Asume la tesis de los conflictos entre derechos –que ellos pretenden criticar– para proponer una solución a través del establecimiento (dudoso y seguramente impracticable) de una jerarquía fija e inmóvil entre principios.<sup>7</sup> Si esto es así, y si distinguimos el criterio de identificación de un conflicto de cierto tipo del criterio de identificación de la forma

en que ha de ser resuelto (Bobbio, 2012), una posición no-conflictivista genuina no es aquella que acepta que los conflictos son resolubles, sino aquella que defiende que estos no existen o que no son genuinos.

Por otro lado, la alternativa más común a la jerarquía fija –aunque menos refinada que la posición de Rodríguez– es la posición de Guastini (2016) en torno a la existencia de jerarquías axiológicas y móviles entre principios, jerarquías variables en cuanto son compuestas *ad casum*. Rodríguez critica la forma en que Guastini clasifica a las jerarquías: lingüísticas o lógicas, estructurales o formales, materiales o sustanciales, y axiológicas o teleológicas. Para Rodríguez, esta clasificación se puede reducir a dos clases de jerarquías: lógicas y materiales. La jerarquía lógica cubriría tanto a las jerarquías lingüísticas como a las formales. La jerarquía material también a las jerarquías axiológicas.

Bruno Celano (2019) decía que Guastini tiene la virtud de distinguir, pero el defecto (eventual) de distinguir de más. Si Rodríguez no yerra el blanco, este debería ser uno de esos casos. Sin embargo, creo que no es así. Reducir la clasificación de Guastini a estos dos tipos de jerarquía puede esconder la función que tienen las otras en los términos del enfoque guastiniano. Si bien es cierto que las jerarquías lógicas en Guastini lo son en cuanto se refieren a otras normas, de lo que resultaría que las jerarquías formales serían también lógicas, es también cierto que la distinción sirve a efectos de separar dos formas bien distintas en que se refieren a otras normas. Distinguir, por ejemplo, entre las normas de reenvío y las normas reenviadas, entre las normas sobre la producción jurídica y las normas producidas (distinción presupuesta en la determinación de la validez formal de las normas).<sup>8</sup>

Por otro lado, la jerarquía material y la jerarquía axiológica de Guastini son también diferentes si se piensa que, en la distinción, la jerarquía material es una jerarquía fija (fijada *ex ante* por una norma) –como sucede, por ejemplo, con el artículo 425 de la Constitución ecuatoriana– presupuesta en la determinación de la validez material de las normas, mientras que las jerarquías axiológicas son jerarquías móviles entre principios (compuestas *ex post* por los intérpretes en los casos concretos), cuya validez no puede ser decidida sino juzgada como más o menos plausible. (Claro que Guastini [1999, p. 192] dice también que ello hace imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros, a pesar de que él mismo ha dicho, justamente hablando sobre los derechos, que una visión realista –que él comparte– incluye la posibilidad de ‘prever las decisiones futuras’).<sup>9</sup>

En todo caso, el punto que quiero remarcar es que, incluso si tomásemos en cuenta la crítica de Rodríguez a la clasificación, igualmente deberíamos decir algo del tipo: existen dos clases de jerarquías formales (lingüísticas y estructurales) y dos clases de jerarquías materiales (sustanciales y axiológicas). La distinción guastiniana, después de todo, debería sobrevivir.

Aun así, Rodríguez (2021, p. 448) esboza esta crítica a efectos de señalar que, si se reduce la ordenación jerárquica de un conjunto de normas a dos sentidos, uno lógico y otro material, de todos modos, solo uno “determina genuinas preferencias entre las normas en juego”: se trata, para Rodríguez, de la (así llamada) ‘jerarquía material’. No obstante, quizás sea posible plantear una duda ‘cautelosa’ al respecto. Si sucede que una norma sea declarada inconstitucional por la forma (por parte de una Corte Constitucional, supongamos), o sea por defectos de invalidez formal, ¿no se puede decir que, en este caso, la existencia de una jerarquía formal *à la* Guastini establece, en cierto sentido, un criterio de preferencia (justamente por la existencia de este vicio)? En realidad, apuntar a esta crítica quizás requeriría un análisis más complejo (por ejemplo, sobre los conceptos de orden jurídico depurado y no depurado de los que habla Rodríguez (2021, pp. 452 y ss.).<sup>10</sup> Pero, de cualquier manera, si nos atenemos al problema específico de la validez formal de las normas asociada no específicamente al procedimiento de su producción, sino a la competencia normativa (formal) para emanarlas, y sobre esa base tomamos en cuenta que los sistemas jurídicos contemporáneos suelen incluir un ‘principio de competencia (material)’<sup>11</sup> –atado indisolublemente al primero– como criterio de solución de antinomias cuando una norma invade la competencia material de otra (relacionada, por ende, con la incompetencia formal de una autoridad), quizás tengamos también un genuino criterio de preferencia basado en el aspecto específico de la validez formal de las normas. Otra vez, Rodríguez erraría el blanco.

En todo caso, es de las jerarquías axiológicas (en realidad, de los así llamados ‘conflictos entre principios’ que aquí interesa hablar puntualmente). Creo que es importante señalar, en esta parte, que Rodríguez parece usar el término ‘conflicto (entre derechos fundamentales, principios)’ de modos distintos (esto, en el punto 5 del capítulo IV, pero no exclusivamente allí) sin hacer explícitas determinadas diferencias relevantes, lo que se echa en falta en una pulidísima obra analítica como la suya. Esto conduce a la necesidad de introducir algunas posibles aclaraciones. Como decía antes, en el debate conflictivismo-anticonflictivismo, los problemas son muchos y variopintos. Naturalmente, en este breve texto no es posible abordarlos todos siquiera de manera somera.<sup>12</sup>

Es importante, sin embargo, señalar que buena parte del debate se basa, según creo, en un defecto de base: muchas veces los distintos teóricos no hacen explícito, al menos no en todos los casos, de qué conflictos y de qué derechos están hablando. ¿Qué derechos?, ¿qué conflictos?, son dos preguntas que deben ser respondidas para afrontar el problema de los conflictos entre derechos (o su ausencia). A menudo no se deja claro si se está hablando de derechos reivindicados, de derechos reconocidos o de derechos tutelados o garantizados,<sup>13</sup> tampoco si se está trabajando con derechos simples, complejos o abstractos, morales o jurídicos.<sup>14</sup> Se puede privilegiar una perspectiva en que los derechos aparecen como razones *prima facie* o como razones ‘definitivas o no superadas’ (Martínez Zorrilla, 2008). Se pueden distinguir, asimismo, los conflictos ‘por’ el derecho de los conflictos ‘en’ el derecho<sup>15</sup>. Con mucha frecuencia no se deja claro a qué conflictos se hace referencia, y es lo que sucede con el propio Rodríguez. A veces, por lo demás, se crean o se evitan los conflictos a fuerza de definiciones.<sup>16</sup> Por ello, creo que es importante, ante todo, distinguir algunos enfoques que pueden ayudar a esclarecer el problema: se puede hablar de los ‘sujetos’ en conflicto y de los ‘objetos’ sobre los que recae, de un enfoque ‘intrasistemático’ y de un enfoque ‘extrasistemático’ (Maldonado Muñoz, 2021).

Los ‘sujetos’ del conflicto, según una perspectiva de teoría de juegos, son individuos en situaciones de interrelación en la que la participación de los demás individuos influye o incide de algún modo en la de los otros.<sup>17</sup> Ya desde Von Neumann *et al.*, (1944) y Nash (1951, pp. 286-295) se distinguen los juegos cooperativos de los juegos no-cooperativos.<sup>18</sup> Los juegos cooperativos son situaciones de interrelación en las que para obtener un objetivo (para ‘ganar’ el juego) es necesario realizar alianzas, conformar coaliciones, bloques, etc. Aquí el número de jugadores incide en la determinación del resultado del juego. En el caso de los juegos no-cooperativos, las alianzas y coaliciones están, en línea de principio, excluidas. Cada jugador debe adoptar su estrategia con independencia de los demás jugadores. La suma de jugadores aquí puede o no incidir en el resultado.

Pues bien, creo que, en este sentido, en la construcción del derecho (y en la determinación de los derechos) pueden identificarse diversos tipos de juegos cooperativos y no-cooperativos. Bien sea que hablemos, por ejemplo, de grupos de legisladores debatiendo sobre la inclusión o no, en una constitución, de los derechos sociales (o de cualquier otro derecho o grupo de derechos); de las partes procesales que, en sede jurisdiccional, buscan la satisfacción de sus pretensiones; de los jueces constitucionales que deben decidir, en cuanto jueces de cierre, determinados casos; estamos frente a diferentes tipos de interacciones, algunas cooperativas, algunas no-cooperativas (Maldonado

Muñoz, 2021; 2022, pp. 62-67). Por supuesto, todo conflicto entre jugadores envuelve un ‘objeto’. En el caso de los derechos, se trata normalmente de la determinación de un derecho reconocido o de un derecho tutelado o garantizado, de modo que los conflictos se presentan en contextos de reivindicaciones frente al legislador (de *lege ferenda*) o frente a los jueces (de *sententia ferenda*). El conflicto puede existir (o no) dependiendo de qué derechos reivindicados, reconocidos y garantizados estemos hablando.<sup>19</sup>

Por lo demás, la existencia o no de un conflicto depende –según creo– de las propiedades intensionales que atribuyamos a un determinado conjunto normativo (de derechos). Si el derecho es entendido, a estos efectos, como un ‘conjunto estructurado de normas’ (según la expresión bobbiana),<sup>20</sup> los derechos fundamentales forman un subconjunto integrado, a su vez, por subconjuntos normativos agrupados bajo las etiquetas de los así llamados principios, que serían otros subconjuntos que contienen otras normas (que determinan, por hipótesis, ciertas posiciones jurídicas subjetivas concretizadas de ventaja: o sea derechos concretos, simples).<sup>21</sup> Me parece que la razón que lleva a sostener que se dan determinados conflictos entre principios (derechos abstractos, derechos-razones) pasa por la postulación de propiedades que deben cumplir los elementos de un conjunto normativo dado (los derechos [concretizados] amparados por los principios de igualdad, privacidad, libertad, honor, seguridad, salud, etc.) para poder ser parte de ese conjunto. Pero estas propiedades –con frecuencia vaga o ambiguamente estructuradas– admiten diferentes concretizaciones conflictivas dependiendo de las propiedades en cuestión. El conflicto se puede generar (o no) según las propiedades postuladas en la identificación intensional de un elemento normativo, que es, entonces, el producto de dicha formulación de propiedades dada a un conjunto de derechos (Maldonado Muñoz, 2021, cap. XI).

Desde el punto de vista *intrasistemático*, los conflictos normativos son casos de incompatibilidad normativa que se dan en un sistema de normas determinado. Estos pueden ser clasificados de diversas formas. Si simplificamos un poco la cuestión, podemos decir que estos consisten en antinomias lógicas o en antinomias teleológicas.<sup>22</sup> Los conflictos entre derechos fundamentales (entendidos como principios, derechos abstractos, derechos-razones) son de este último tipo. Aunque, concretamente, siempre sean reconducibles a, o reconstruibles como, conflictos del primer tipo. Desde un punto de vista ‘extrasistemático’, comúnmente hablamos de la existencia de, al menos, dos enfoques: uno que tiene que ver con los conflictos prácticos, otro que tiene que ver con los dilemas morales. A veces, cuando se habla de los conflictos entre derechos, se está pensando en estos ámbitos. Aunque, naturalmente, son cosas independientes. Que los

conflictos entre derechos (fundamentales), los conflictos prácticos y los dilemas morales coincidan es del todo contingente. Por supuesto, podría decirse que para admitir esto habría que estar de acuerdo también con la tesis positivista de la separación (o al menos de la separabilidad) entre el derecho y la moral. Pero creo que, al menos entre nosotros, esa no es una tesis demasiado controvertida. Los conflictos que puedan serlo desde el punto de vista extrasistemático, no lo serán necesariamente desde el punto de vista intrasistemático.<sup>23</sup>

*Grosso modo*, son estos últimos párrafos que he escrito los que quizás añaden algo a la historia, los metafóricos capítulos olvidados *à la* Montalvo, pero aplicados a este punto de la obra de Jorge Luis Rodríguez. En todo caso, nótese bien que la aproximación realizada hasta ahora no dice nada sobre el problema específico de la resolución de los conflictos, normalmente asociado a la ponderación (y/o la armonización) de principios en juego, como en la aproximación de Aleinikoff (1987, pp. 943-1005). El problema de la ponderación, en palabras de Celano:

...no se refiere en absoluto a un método específico para la resolución de conflictos o dilemas prácticos. Designa, por el contrario, un vacío: un espacio que debería ser ocupado por un concepto y en el cual se erige, en cambio, una metáfora (la metáfora del ‘peso’ de las razones en conflicto, y de su ‘balanceo’). Queda indeterminado el instrumento, y el modo, que cumple la misma función que, en la imagen, desempeña la balanza, y en qué consiste, más allá de la metáfora, el (mayor o menor) ‘peso’ de una razón. (2009, pp. 289).

Y aunque Alexy (2003) estaría de acuerdo con el contenido solamente metafórico del peso; él afronta el problema en términos bastante más sofisticados. Hablo, naturalmente, de la celeberrima ‘fórmula del peso’. Sin embargo, debo decir que a mí siempre me ha resultado sorprendente el éxito que en esta parte ha tenido dicha ‘fórmula’. Se puede echar mano de distintas fuentes para atacarla (Guibourg, 2010, *inter alia*), pero seguramente el capítulo que Rodríguez (2021, pp. 413 y ss.) le dedica sea uno de tantos de los que merecen un ejercicio de paráfrasis o repetición.<sup>24</sup> La fórmula del peso sale, por así decirlo, hecha pedazos. Siguiendo principalmente a Lindahl (2009), Rodríguez muestra de una manera muy convincente que ‘ninguna de las variables que intervienen en la fórmula del peso de Alexy admite ser medida ni mediante escalas de razón ni mediante escalas de intervalo’, además de que los números de la fórmula de Alexy no tienen su significado matemático (si una interferencia intensa es mayor que una media, y una media es mayor que una leve, eso no significa que ‘una interferencia intensa sea el doble que una media y una media el doble que una leve’), de modo que las operaciones aritméticas de multiplicación y división carecen de significado en cuanto a la ‘fórmula’. Alexy (2003, pp. 433-449) objeta que estos números solo “representan a los juicios” del caso,

pero como dice Rodríguez– “un número escogido arbitrariamente y que torna asignificativos los enunciados que los contienen no tiene ninguna aptitud representativa” (Rodríguez, 2021, pp. 413 y ss.). Por lo demás, el enfoque de lógica de las preferencias que Rodríguez (ya desde 2002) utiliza también para analizar el problema ameritaría asimismo ser reproducido (creo yo, sin beneficio de inventario) y usado más extendidamente. Hasta aquí las repeticiones en lo que a este trabajo respecta

### **III. De Borges a Montalvo**

Frente a una obra como la de Rodríguez, toparse con un título como el que he escogido para este texto puede ser sorprendente: “Capítulos que se le olvidaron...”. Sin embargo, tiene aquí el mismo tipo de significado que el ‘peso’ de los derechos, o sea un significado puramente metafórico. Al leer algunas partes del libro de Jorge Rodríguez, como había dicho desde el inicio, pensé en Borges y Menard. Al recibir una invitación para comentarlo, solo se me ocurrió –para no caer en la tentación borgeana– pensar en Montalvo, quien hizo algo completamente distinto a Menard: tratar de añadir (y osar ‘corregir los caminos’) de una obra de valor altísimo. Por supuesto, en un trabajo de este tipo, uno no puede limitarse a repetir –palabra por palabra y línea por línea– aunque lo quisiera porque la obra de la que se habla es altamente sofisticada. Más aún, si ese hubiese sido el enfoque, la alternativa de darle un título del estilo “Maldonado Muñoz, autor de la teoría analítica...” habría sido francamente ridícula, aunque uno tuviese la tentación, frente a estas obras, de hacer las de Pierre Menard y no las de (un modesto) Montalvo.

### **Referencias bibliográficas**

- Aleinikoff, T. Alexander, 1987: “Constitutional Law in the Age of Balancing”. *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 5, pp. 943-1005.
- Alexy, Robert, 2003: “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”. *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, pp. 433-449.
- Barberis, Mauro, 2006: *Ética per giuristi*. Roma, Laterza.
- Binmore, Ken, 2007: *La teoría de juegos*. Madrid, Alianza.
- Bobbio, Norberto, 1958: *Teoría della norma giuridica*. Torino, Giappichelli; y, Bobbio Norberto, 1960: *Teoría dell’ordinamento giuridico*. Giappichelli, Torino. Citados por la traducción castellana de Guerrero R., Jorge: *Teoría general del derecho*. Bogotá, Temis, 2019.

- \_\_\_\_\_, 2012: *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli.
- \_\_\_\_\_, 1990: *L'età dei diritti*. Torino, Einaudi. Citado por la traducción castellana de Asís Roig, Rafael: *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1991.
- Borges, Jorge Luis, 1974: *Cuentos completos*. Buenos Aires, Emecé editores.
- Botterell, Andrew, 2008: "In defense of infringement". *Law and Philosophy*, vol. 27, núm. 3, pp. 269-292.
- Celano, Bruno, 2019: "Distinguendo troppo (R. Guastini)", en Maldonado, Mauricio, y Luque, Pau (eds.): *Discussendo con Bruno Celano*, vol. II. *Col senno di poi. Perplexità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*. Madrid, Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_, 2017: *Due problemi aperti dell'interpretazione giuridica*. Modena, Mucchi.
- \_\_\_\_\_, 2009: *Derecho, justicia, razones: ensayos 2000-2007*. Traducción castellana de Greppi, Andrea, y Laporta, Francisco. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- \_\_\_\_\_, 2002: "Giustizia procedurale pura e teoria del diritto", en Basciu, M. (ed.): "Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale. Atti del XXII Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e política". *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 3, Giuffrè.
- Chiassoni, Pierluigi, 2007: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna, Il Mulino. Citado de la traducción castellana de Luque, Pau y Narváez Mora, Maribel: *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Cianciardo, Juan, 2007: *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Comanducci, Paolo, 1998: "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho". *Doxa*, vol. 21, núm. 2, pp. 89-104.
- Conee, Earl, 1982: "Against Moral Dilemmas". *The Philosophical Review*, vol. 91, núm. 1, pp. 87-97.
- Eco, Umberto, 1990: *I limiti dell'interpretazione*. Milano, Bompiani. Citado por la traducción castellana de Lozano, Helena: *Los límites de la interpretación*. Barcelona, Lumen, 1992.

- Feinberg, Joel, 1978: "Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life". *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, núm. 2, pp. 93-123.
- Ferrajoli, Luigi, 2013: *Dei diritti e delle garanzie: Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna, Il Mulino.
- Guastini, Riccardo, 2004: "Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi". *Analisi e Diritto*, pp. 103-117.
- \_\_\_\_\_, 1999: *Distinguiendo*. Barcelona, Gedisa.
- Guibourg, Ricardo, 2010: "On Alexy's weighing formula". *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 124, pp. 145-159.
- Hesse, Konrad, 2011: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid, Coloquio Jurídico Europeo.
- Hohfeld, Wesley, 1919: *Fundamental Legal Conceptions*. New Haven, Yale University Press.
- Jori, Mario, 2010: *Del diritto inesistente: Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Pisa, Edizioni ETS.
- Kant, Immanuel, 1907 [1797]. *Metaphysik der Sitten*. Leipzig, Durr'schen Buchhandlung. Citado de la versión inglesa de Gregor, Mary: *The Metaphysics of Morals*. New York, Cambridge University Press, 2007.
- Kelsen, Hans, 1960: *Théorie pure du droit*. Neuchatel, Baconnière. Citado de la traducción castellana de Nilve, Moisés.: *La teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- Lindahl, Lars, 2009: "On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing", en Silva Dias, Augusto (ed.): *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Lisboa, Almedina.
- Maldonado Muñoz, Mauricio, 2022: "Conflicts (Between Rights) in Environmental Contexts". *E-Publica. Public Law Journal*, vol. 9, núm. 3, pp. 55-77 y pp. 62-67.
- \_\_\_\_\_, 2021: *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons.
- Martínez Zorrilla, David, 2008: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Marcial Pons.

- Moreso, José Juan, 2009: "Conflictos entre principios constitucionales", en Carbonell, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta.
- Myerson, Roger B., 1991: *Game Theory: Analysis of Conflict*. Cambridge, Harvard University Press.
- Nash, John, 1951: "Non-cooperative games". *Annals of Mathematics*, vol. 54, núm. 2, pp. 286-295.
- Oberdiek, John, 2004: "Lost in Moral Space: on the infringing/violating distinction and its place in the theory of rights". *Law and Philosophy*, vol. 23, núm. 4, pp. 325-346.
- Ratti, Giovanni Battista, 2013: *El gobierno de las normas*. Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez, Jorge Luis, 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- \_\_\_\_\_, 2021: *Teoría analítica del derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- Richardson, Henry S., 1990: "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems". *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19, núm. 4, pp. 279-310.
- Serna, Pedro y Toller, Fernando, 2000: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires, La Ley.
- Shafer-Landau, Russ, 1995: "Specifying Absolute Rights". *Arizona Law Review*, vol. 37, pp. 209-224.
- Steiner, Hillel, 1994: *An Essay on Rights*. Oxford, Blackwell.
- \_\_\_\_\_, 1977: "The Structure of a Set of Compossible Rights". *The Journal of Philosophy*, vol. 74, núm. 12, pp. 767-775.
- Thomson, Judith Jarvis, 1977: "Some Ruminations on Rights". *Arizona Law Review*, vol. 19, pp. 46-60.
- Von Neumann, John y Morgenstern, Oskar, 1944: *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton, Princeton University Press.
- Waldron, Jeremy, 1989: "Rights in Conflict". *Ethics*, vol. 99, núm. 3, pp. 503-519.
- Wallinga, Tammo, 2012: "La interpretación de las antinomias del 'Corpus Iuris Civilis' en la Edad Media", en Resina Sola, Pedro (ed.): *Fvndamenta Ivris: terminología, principios e <<interpretatio>>*. Almería, Universidad de Almería, p. 695-706.

Webber, Grégoire C., 2009: *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge, Cambridge University Press.

Wellman, Christopher H., 1995: "On Conflicts Between Rights". *Law and Philosophy*, vol. 14, núms. 3-4, pp. 271-295.

Zagrebelsky, Gustavo, 1993. *Il diritto mite*. Torino, Einaudi. Citado de la traducción castellana de Gascón, Marina: *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 2011.

## Notas

- 1 Lo dice el propio Rodríguez –siguiendo a Ferreres Comella– en la nota 267.
- 2 Véase, *inter alia*, Ratti, 2013, cap. VII; Comanducci, 1998.
- 3 Por hipótesis, esto depende del contenido de las normas que reconocen derechos (fundamentales): algunas podrían ser contradictorias, otras no. Esto dependerá del sistema de referencia.
- 4 Por ejemplo, en el debate entre el especificacionismo (Specificationism) y el infraccionismo (Infringment Theory), que ha oscilado entre la moral y el derecho: véase, v.gr., Thomson, 1977; Feinberg, 1978; Oberdiek, 2004, pp. 325-346; Botterell, 2008, 269-292; Wellman, C.H., 1995, pp. 271-295; Webber, 2009; Richardson, 1990, pp. 279-310; Steiner, 1994; Shafer-Landau, 1995, pp. 209-224.; Moreso, 2009. En torno a la bibliografía relevante sobre los demás debates, véase, Maldonado Muñoz, 2021.
- 5 Por ejemplo, Ferrajoli, 2013.
- 6 Se puede (consistentemente) sostener algunas tesis que en el debate se presentan como antitéticas –en tanto sirven para abrazar la visión conflictivista o la anticonflictivista– pero que en realidad son ‘componibles’ en modos diversos. Por ejemplo, los defensores de la teoría de los límites internos no niegan que en el proceso de delimitación de los derechos puedan actuar las autoridades legítimas (por ende, no niegan esta obviedad de la que parte la teoría de los límites externos), solo afirman que es posible que esas autoridades ‘acierten’ en un determinado contenido que ya viene preformado (o ‘correctamente’ formado). En ese sentido, un partidario de la teoría de los límites internos podría ser infraccionista o especificacionista más o menos indistintamente, siempre que asuma que los límites internos están dados, bien por las cláusulas exceptivas, bien por las condiciones de infracción. Esta segunda opción parecería ser inconsistente con el infraccionismo, pero incluso en ese caso un partidario de la teoría de los límites internos, no tendría por qué verse constreñido a ser especificacionista, en la medida en que un especificacionista no diría necesariamente que los derechos ya vienen predeterminados o con fronteras inmanentes, menos aún que son necesariamente el resultado de un tal o cual derecho natural (lo que, en cambio, es defendido por una de las versiones de la teoría de los límites internos). Un partidario de la teoría de los límites internos, por otro lado, no tiene por qué ser

necesariamente monista en ética. Bien puede decir que existe una pluralidad armónica de valores, o incluso –nada impide la hipótesis– una pluralidad conflictiva de valores con límites internos (y entonces conflictiva, pero prácticamente coherente): podría sostener que si bien es cierto que los valores son muchos y que están en contradicción, no impiden su recomposición más o menos homogénea a través del uso de unos instrumentos adecuados. Aunque siendo esto así, como es obvio, un pluralista no tiene por qué ser partidario necesariamente de la teoría de los límites internos. Por otra parte, se podría decir también –siempre por hipótesis– que tampoco un monista en ética debería ser necesariamente partidario de la teoría de los límites internos, puesto que, aunque es verdad que un monista reconoce un único valor último (‘armonizador’), ello no excluye determinados conflictos prácticos irresolubles moralmente a través del mismo valor. Piénsese, por ejemplo, en un monismo *à la* Hobbes –como cree Barberis (2006) que se lo puede considerar– en donde el valor último es la autoconservación. Pues bien, en una hipótesis de este tipo, la autoconservación se podría reconducir al derecho a la vida. Si aceptamos esta hipótesis, y planteamos un caso en que exista solamente una medicina para salvar la vida de dos personas afectadas por el mismo mal, se vuelve perentorio que decidamos fatalmente a quién dársela. Aunque se convenga en un valor supremo y último (vida, autoconservación), no se podría decir que no hay entre estas opciones un conflicto de cierto tipo. Ciertamente, no se podría decir que el valor último está en conflicto consigo mismo (esta sería una hipótesis antimonista), pero se puede aceptar que ciertos conflictos prácticos y ciertos dilemas morales, como también algunos jurídicos, no se disuelven o resuelven por la aplicación del valor mayor. En este caso, no habría un ‘conflicto’ entre dos principios diversos, sino dentro de un mismo principio. No sería, según la terminología más difundida, un conflicto *inter-rights*, sino *intra-rights*; es decir, un conflicto (moral, práctico, jurídico) que se produce sin necesidad de que se presenten a su vez otros principios en ‘competición’ con aquel. Esto quizás muestre que el conflicto entre principios es siempre reconstruible como o reconducible a una especie de antinomia entre normas concretizadas a partir de los principios, por decirlo de algún modo. En cuanto a la tesis coherentista, en su relación con la teoría de los límites internos, hay que considerar lo siguiente: si bien un partidario de la teoría de los límites internos será tendencialmente coherentista, estas dos tesis también pueden separarse y componerse en modo diferente. Una cosa es la coherencia interna y formal (lógica), y otra es la coherencia externa y práctica (material). La coherencia formal supone abrazar la teoría de los límites internos, pero no vale lo mismo para la coherencia material: una postura ‘armonizadora’ de la interpretación de los derechos, que los haga prácticamente ‘componibles’ *à la* Steiner (1977, pp. 767-775), no tiene por qué presuponer su coherencia formal. Hay partidarios de los límites internos que son coherentistas incluso en el sentido formal (como Serna *et al.* [2000]), pero una teoría coherentista puede bien reducirse solo a la coherencia práctica (como en el caso de Hesse [2011] o Zagrebelsky [2011]). De esa manera –cito a modo de ejemplo– mientras que para Toller el derecho “no se opone a sí mismo” y no puede, por ello, producir soluciones incompatibles para los casos iusfundamentales (en cuyo caso el coherentismo es un punto

de partida); para Moreso (2009) y otros, en cambio, el sistema conflictivo se presenta solo a nivel intuitivo, ya que reformulado en el nivel crítico aparece como coherente (en cuyo caso el coherentismo es un punto de llegada). Coherentismo y teoría de los límites internos, aunque suelen concebirse como si correspondieran a un solo modo de pensar, pueden en todo caso separarse. Y los ejemplos pueden multiplicarse, naturalmente.

- 7 Se ha realizado ya una crítica a tal aproximación en Maldonado Muñoz, 2021.
- 8 El propio Rodríguez (2021, p. 448) dice que son cosas distintas, aunque una sería una categoría más amplia que la otra.
- 9 Por supuesto, llamar la atención sobre este punto no es criticar a Rodríguez, sino a Guastini. Después de todo, es fácil mostrar que, en la práctica, hay ponderaciones estables que permiten prever, por ejemplo, como fallará (probablemente) una corte frente a un conflicto entre la libertad de expresión y el honor si se trata de un caso en que se reivindica la libertad de expresión de un ciudadano y el honor de un político o funcionario público. La línea jurisprudencial, *grosso modo*, de Kimel v. Argentina, solo para poner un ejemplo.
- 10 Se me ocurre, en todo caso, que un problema general que llama la atención en torno a varios de estos aspectos está dado por lo que Celano llama 'la paradoja de la nomodinámica' (en ciernes ya desde Celano, 2002). En sustancia, el derecho sería una institución que tiende a transformar problemas sustanciales en problemas formales. Para preguntas sustanciales del tipo '¿qué se debe hacer en el caso X?', el derecho ofrece respuestas formales del tipo '¿quién es competente y bajo qué procedimientos para decidir qué hacer en el caso X?', lo que redundante en el problema del desplazamiento –y quizás la posible irrelevancia práctica– del problema de la corrección a manos del problema de la definitividad de las decisiones. Como Rodríguez (2021, pp. 467-468), Celano acepta que la decisión de un juez de cierre no puede considerarse infalible, aunque tal cosa no tenga, después de todo, gran relevancia: "In generale, ogni qual volta si ponga il problema della conformità di un X (comportamento, decisione, norma, o altro) a una norma giuridica (o un insieme di norme giuridiche) N, sia essa sostanziale o procedurale, il diritto tende indefinitamente a trasformare una questione di questo tipo in una questione di carattere procedurale, nel senso precisato: 'chi è competente a decidere, e in che modo, se X sia o no conforme a N?'. Questa tendenza non può mai essere compiutamente realizzata [...], perché il problema sostanziale si riproduce sempre: ciò che l'organo competente deve stabilire è, per l'appunto, quale sia la risposta a quest'ultimo ('X è conforme a N, o no?'). Resta comunque aperta la possibilità, se N non è del tutto indeterminata, che un privato risponda sensatamente a questa domanda in modo opposto rispetto all'organo competente, e che la sua sia la risposta giusta [...] Le decisioni giuridicamente riconosciute –anche se, nel merito, sbagliate (stiamo assumendo, si ricordi, che il contenuto delle norme rilevanti non sia del tutto indeterminato)– avranno effetti giuridici. Anche la loro invalidazione, di regola, richiederà un organo competente, e l'esecuzione della procedura appropriata. Se vi siano o no criteri sostanziali di correttezza di una decisione diventa tendenzialmente (mai del

tutto, come si è detto: il problema sostanziale si ripropone sempre) irrilevante. Il diritto, in altri termini, ha un aspetto nomodinamico: che cosa sia diritto dipende, in parte, da norme –esse stesse norme giuridiche– che attribuiscono poteri, che istituiscono autorità: poteri normativi, ossia poteri conferiti e disciplinati da norme di produzione o applicazione di norme (...) Da ciò, ho sostenuto, una conseguenza paradossale (possiamo chiamarlo ‘il paradosso della nomodinamica’): il diritto genera e autorizza giudizi di validità (legittimità, liceità, o comunque si voglia dire) contraddittori. Ad esempio, ‘la norma N1 è valida (legittima, o comunque si voglia designare la conformità di una norma a una norma di livello superiore)’ e ‘la norma N1 (la stessa norma, cioè) non è valida (legittima, eccetera). Un’ulteriore implicazione: la soglia oltrepassata la quale qualcosa –una norma, un atto, una decisione, un trattamento, una vicenda– assume carattere giuridico (diventa, cioè, giuridicamente rilevante) non è definita dal diritto stesso. Quale sia questa soglia dipende piuttosto, sostengo (...), da assunti, presupposti, credenze tacite, disposizioni, abilità, stati e processi mentali, che costituiscono lo sfondo sul quale si staglia la forma ‘sistema giuridico’” (Celano, 2019, pp. 68-70). Siendo esto así, quizás no podamos elegir siquiera entre orden jurídico depurado y no depurado. Dejo este punto sin ulteriores comentarios.

- 11 Véase el artículo 425, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador.
- 12 Como ha hecho notar uno de los pares revisores, ello requeriría al menos un libro. He intentado hacer tal cosa en Maldonado Muñoz, 2021.
- 13 Sobre la distinción, véase Bobbio, 1991, Introducción.
- 14 Se trata, en términos de Barberis (2006), de una clasificación que se desarrolla ad initium sobre huellas hohfeldianas. Los derechos simples (micro-derechos) son las posiciones jurídicas de Hohfeld (1919), los derechos complejos (macro-derechos) son agregaciones o conjuntos de posiciones simples identificables en una misma formulación jurídicas, los derechos abstractos (derechos-razones, principios) son el fundamento de otras posiciones jurídicas. Todos estos están en contacto y son parte de un enfoque dinámico, no estático, sobre los derechos. Véase también Celano, 2017.
- 15 Las expresiones son de Jori, 2010.
- 16 Véase Waldron, 1989, pp. 503-519 (sobre Nozick y sobre la *Interest Theory*).
- 17 En general, véase Myerson, 1991; Binmore, 2007. Es importante señalar que, en todo caso, los términos ‘juego’ y ‘conflicto’ no coinciden necesariamente en el uso ordinario.
- 18 Aquí hablo en términos específicos de la teoría de juegos. Véanse Celano, 2017, 2019; Maldonado Muñoz, 2021.
- 19 En general, Maldonado Muñoz, 2021, cap. XI.
- 20 Al respecto, véase Guastini, 2004, cuyo título es homónimo de la definición bobbiana.
- 21 Véase, ante todo, Barberis, 2006.

- 22 Con variaciones, véase Chiassoni, 2011.
- 23 Como he sugerido también en Maldonado Muñoz, 2021.
- 24 Por supuesto, también Rodríguez echa mano de otros críticos de Alexy (especialmente, Lindahl, 2009).

**Recepción: 05 diciembre 2022**

**Revisión: 16 agosto 2023**

**Aceptación: 27 septiembre 2023**