

Proporcionalidad constitucional y el teorema Alchourrón-Makinson

Constitutional Proportionality and the Alchourrón-Makinson Theorem

Horacio Spector

Autor:

Horacio Spector
Universidad Torcuato Di Tella, Argentina
hspector@utdt.edu
<https://orcid.org/0000-0002-6024-9401>

Recibido: 3/11/2021

Aceptado: 10/2/2022

Citar como:

Spector, Horacio (2023). Proporcionalidad constitucional y el teorema Alchourrón-Makinson. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 383-402. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.14>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Horacio Spector

Resumen

El trabajo estudia los conflictos constitucionales como una especie de teoría moral deontológica pluralista moderada, por lo que se centra en los principios constitucionales, la proporcionalidad y la función de los tribunales constitucionales. A raíz de un análisis de las estructuras morales deontológicas (cuantitativas y no cuantitativas) y de un repaso por los conceptos de derogación, laguna normativa y jerarquía normativa, se analiza el teorema Alchourrón-Makinson. Se concluye, en base al teorema, que la proporcionalidad constitucional es una modalidad de cambio normativo. Según esto, los tribunales constitucionales actuarían como órganos de revisión constitucional que derogan algunas consecuencias normativas.

Palabras clave: Ponderación; proporcionalidad constitucional; deontología; derogación; sistema normativo; jerarquía normativa; laguna constitucional; Alchourrón; Makinson; Alexy.

Abstract

The paper studies constitutional conflicts as a kind of moderate pluralistic deontological moral theory, focusing on constitutional principles, proportionality and the role of constitutional courts. After an analysis of deontological moral structures (quantitative and non-quantitative) and a review of the concepts of derogation, normative gap and hierarchy of regulations, the Alchourrón-Makinson theorem is analyzed. It is concluded, on the basis of the theorem, that constitutional proportionality is a modality of normative change. According to this, constitutional courts would act as constitutional review bodies that derogate some normative consequences.

Keywords: Balancing; constitutional proportionality; deontology; derogation; normative system; hierarchy of regulations; constitutional gap; Alchourrón; Makinson; Alexy.

En los últimos años los iusfilósofos han discutido dos métodos diferentes de resolución de controversias constitucionales, que llaman *ponderación de principios y subsunción bajo reglas o normas*.¹ En tanto que la resolución de controversias civiles generalmente opera mediante la subsunción bajo reglas (codificadas en la tradición continental), se dice que los tribunales constitucionales que interpretan y aplican constituciones redactadas luego de la Segunda Guerra Mundial (como las de Italia y Alemania) utilizan un razonamiento de tipo ponderativo, que consiste en sopesar principios en conflicto y aplicar la solución que resulte justificada en atención a las circunstancias o propiedades del caso concreto. A veces se denomina a esta forma de constitucionalismo *neoconstitucionalismo*. También se sugiere que la subsunción es un método deductivo que solo requiere tomar a las normas positivas como premisas normativas, en tanto que la ponderación parte de principios normativos (a veces no codificados) y aplica un método de priorización de principios y maximización de valores que es más propio de la moral.

Aun cuando hay consenso en que la ponderación o proporcionalidad es una forma de argumentación moral, no se ha estudiado en profundidad qué tipo de teoría moral subyace a este método de resolución constitucional. Como es sabido, las teorías morales se clasifican en teorías *deontológicas* y *consecuencialistas*. Pero la distinción es difícil de formular, y quizás en el fondo insostenible, porque todas las teorías morales adjudican importancia a las consecuencias de las acciones para determinar su estatus moral. Entonces, en un cierto sentido, todas las teorías morales son «consecuencialistas».² Pero la diferencia entre ambos tipos de teorías estriba en el hecho de que, si bien todas las teorías morales consideran que las consecuencias de la acción son relevantes, las teorías deontológicas evalúan las consecuencias de una manera diferente que las consecuencialistas. Entonces, en este trabajo asumiré que existe tal distinción y me abocaré a estudiar la proporcionalidad como una teoría moral. Con este supuesto, podemos decir que la proporcionalidad, como una cuestión clasificatoria, podría ser o bien una teoría deon-

1. Por ejemplo, véanse las siguientes obras: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Robert Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison,» *Ratio Juris* 16 (2003); «The Weight Formula,» in Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, and Wojciech Załuski, *Studies in the Philosophy of Law, Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow, Jagiellonian University Press, 2007; Josep Aguiló Regla y Pedro P. Grández Castro (comps.), *Sobre el razonamiento judicial, Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017, y José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, ensayos 16 y 18.

2. Defendí esta tesis hace muchos años: Horacio Spector, *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 1992, 67-74; «Los derechos liberales clásicos y el deontologismo moral», en Oscar Cornblit (comp.) *Libertad y Mercado*, Buenos Aires, Macchi, 1992, 115-121.

tológica o bien una teoría consecuencialista. Para dilucidar cuál de estas opciones es la correcta, tenemos que repasar qué se entiende por deontologismo y consecuencialismo.

Hay diversas formas de caracterizar el deontologismo moral. Una que me resulta útil es la brindada por Prichard. Él dice que «la corrección de una acción consiste en el hecho de que origine algo de una cierta clase A en una situación de una cierta clase, una situación consistente en una cierta relación B del agente con otros o con su propia naturaleza.»³ Un corolario de esta definición es que una teoría moral deontológica puede prohibir una acción óptima (es decir, conductas que maximizan la utilidad general) si esa acción no origina algo de una cierta clase (por ejemplo, respetar un derecho constitucional). En cambio, una teoría moral consecuencialista exige producir resultados óptimos (excepto que sea una teoría satisfaccionista). Sostengo que la doctrina de la proporcionalidad es una *especie* de teoría moral deontológica. Se demuestra esta conclusión advirtiendo que, en algunos casos, la proporcionalidad le prohíbe al Gobierno adoptar medidas que, aunque son óptimas en el sentido de que maximizan un estado de cosas valioso, no moral, tienen como contrapartida el problema de que lesionan derechos constitucionales.

En un trabajo reciente, publicado en una revista inglesa, defendí la tesis de que la ponderación o proporcionalidad es una especie de *teoría moral deontológica*.⁴ Así, criticando su interpretación como una teoría consecuencialista, sostuve que la doctrina de la proporcionalidad tiene una estructura deontológica. En el mismo trabajo analicé y comparé las diferentes estructuras deontológicas que subyacen a la doctrina de la proporcionalidad constitucional. En el presente ensayo, voy a presentar mi tesis sobre las estructuras deontológicas subyacentes a la proporcionalidad de una manera que espero sea más clara y directa.

Vale la pena recordar qué es la doctrina de la proporcionalidad constitucional. Por empezar, contiene cuatro principios fundamentales. Estos principios constituyen una *prueba cuatripartita* a ser aplicada por un Tribunal Constitucional con el fin de verificar si una acción llevada a cabo por el Gobierno respeta adecuadamente los principios constitucionales. Según esta prueba, el Tribunal debe establecer que se cumplan los siguientes extremos: (1) la acción adoptada por el gobierno persigue un interés público adecuado (*adecuación*), (2) existe una conexión racional entre la acción gubernamental y el interés público (*efectividad*), (3) no es posible utilizar una medida menos restrictiva que proteja el interés público tan efectivamente como la acción tomada por el gobierno (*necesidad*), y (4) existe una relación de proporcionalidad entre el interés público que persigue el Gobierno y la lesión que causa al derecho constitucional en conflicto (proporcionalidad *stricto sensu* o *balancing*). De estos cuatro puntos, el cuarto

3. H. A. Prichard, *Moral Obligation, Essays and Lectures*, Oxford Clarendon Press, 1949, 7.

4. Horacio Spector, «Constitutional Proportionality and Moral Deontology,» *Jurisprudence*, Volume 12 (3) (2021).

es el que me interesa considerar. Así, mi plan en este ensayo es argumentar a favor de las siguientes tesis:

- 1) Los principios constitucionales solo maximizan u optimizan en un sentido trivial (en una estructura deontológica no absolutista).
- 2) El «peso» o «valor» moral que un tribunal adscribe a un principio, en un caso concreto, denota su posición en una jerarquía normativa, o indica, en forma equivalente, el subconjunto de consecuencias que el tribunal «deroga» o remueve del sistema normativo que fundamenta las decisiones judiciales.
- 3) Al resolver controversias constitucionales apelando a doctrinas tales como la proporcionalidad, los tribunales constitucionales constituyen, en realidad, órganos de revisión del sistema normativo constitucional.

1. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SUS DOS FORMAS DE MAXIMIZACIÓN

Robert Alexy defiende en su *Teoría de los derechos fundamentales* una Ley de Colisión según la cual, si el principio P1 bajo las circunstancias *C* precede al principio P2, y si de P1 bajo las circunstancias *C* se sigue la consecuencia *R*, entonces vale una regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica: $C \Rightarrow R$.⁵

Asimismo, Alexy dice que «los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.» Por ello, define a los principios como *mandatos de optimización*.⁶ Esta expresión pone de manifiesto que el concepto de maximización es central en la definición de los principios de Alexy. Sin embargo, la definición es ambigua porque el concepto de maximización puede referirse a cosas diferentes.

En primer lugar, en las teorías morales consecuencialistas, lo que se maximiza es un estado de cosas que o bien es de hecho ampliamente deseado o bien es reputado valioso o deseable en términos no morales. Una característica de estas teorías es que la corrección moral depende de la producción de algo valioso en un sentido no moral. Algunos ejemplos servirán para ilustrar la idea de un juicio axiológico «no moral». Por ejemplo, el utilitarismo prescribe producir la mayor cantidad posible de utilidad o felicidad general. La utilidad general es algo valioso sin perjuicio de que sea originado por un agente en forma consciente; así, es algo valioso en un sentido general, o «no moral» específicamente. Otros ejemplos de valores no morales son la belleza, el conocimiento y la igualdad. Estos estados de cosas son valiosos en un sentido «no moral».

Según la doctrina normativa denominada «economía del bienestar», el Estado debe maximizar el bienestar social. La teoría económica normativa reconoce diversas

5. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 94.

6. *Ibid.*, 86.

variantes. Así, en el análisis económico del derecho, el valor social a maximizar es la eficiencia en alguna de sus concepciones, tal como la eficiencia de Pareto. En estas teorías, lo que las políticas sociales han de maximizar es un estado de cosas valioso o deseable en un sentido no moral. Este concepto de maximización también es usado en el derecho constitucional comparado. Por ejemplo, en los *tests* de *balancing*, que utilizan los tribunales federales norteamericanos, la magnitud a maximizar son los intereses sociales protegidos por los derechos y principios constitucionales. Una prueba típica de *balancing* se basa en la magnitud del interés protegido por el derecho, la importancia del interés social que va a ser promovido por la acción gubernamental que vulnera un derecho constitucional y la probabilidad de que la intervención del Gobierno vaya a proteger ese interés. Así, por ejemplo, el juez de Cámara Learned Hand propuso una prueba multifactorial para balancear intereses sociales en conflicto: en cada caso, los tribunales deben preguntar si la gravedad del mal descontado por su improbabilidad justifica la invasión a la libertad de expresión que sea necesaria para evitar el peligro.⁷ En una interpretación, el *balancing* busca la maximización del bienestar social definido en términos de los intereses sociales que el Estado busca promover. Esta interpretación es plausible si consideramos que en los Estados Unidos hay una correlación entre el realismo jurídico, centrado en las consecuencias sociales, y el auge del *balancing* como método de resolución de disputas constitucionales.

En tanto el *balancing* es una teoría jurídica que maximiza algo no moral, a saber, un conjunto de intereses sociales, se parece al utilitarismo. La conclusión que podemos extraer es que, en el consecuencialismo, la maximización se aplica a estados de cosas valiosos en un sentido no moral. Es justamente el hecho de que una decisión judicial maximiza los intereses sociales lo que determina que sea moralmente correcta. El hecho de que la acción judicial pertenezca a una cierta clase de acción, en una cierta situación, no es moralmente determinante para el consecuencialismo, como sí lo es para el deontologismo moral.

En rigor de verdad, la pregunta acerca de si las teorías deontológicas pueden contener prescripciones maximizadoras merece respuestas diferentes según se la formule para teorías *monistas* o *pluralistas*. En una teoría deontológica monista, que contiene un solo imperativo o principio, el concepto de maximización no tiene cabida. La obligación moral es simplemente cumplir con el único imperativo o principio. Efectivamente, si una teoría moral tiene un solo imperativo o principio, el razonamiento es meramente deductivo y no tiene sentido hablar de valores ordinales o cardinales. Por ejemplo, la ética kantiana contiene un solo imperativo, a saber, el imperativo categórico (en sus diversas fórmulas). Los agentes morales que actúan de conformidad con la ética kantiana no tienen necesidad de mensurar, comparar o medir. Frente a cualquier decisión moral, lo que deben hacer es seguir u obedecer el imperativo categórico.

7. United States v. Dennis et al, 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950).

El concepto de maximización puede tener sentido en el caso de teorías deontológicas pluralistas, es decir, teorías que incluyen dos o más imperativos. Por ejemplo, la ética que propuso David Ross en *The Right and the Good* es un ejemplo de deontologismo pluralista. Ross afirma que hay varios deberes morales *prima facie* que pueden entrar en conflicto en algún caso particular. Una persona debe tomar una decisión moral en estos casos a través de una ponderación intuicionista de los deberes *prima facie* en conflicto. Ross dice que el agente moral debe considerar todas las características y aspectos de una situación concreta a fin de ponderar la fuerza o el peso moral de los deberes en conflicto y llegar a una respuesta acerca de cuál es el deber moral *proprio* o *todas las cosas consideradas*.⁸ Por el hecho de que Ross asigna un papel fundamental a la intuición, se suele llamar a esta forma de teoría pluralista *intuicionismo moral*.

El intuicionismo moral cayó en descrédito, especialmente luego de la crítica que le formulara John Rawls en *A Theory of Justice*. Rawls discute un enfoque intuicionista de los principios de justicia. Según este enfoque, un gobierno comprometido con la justicia social debe ponderar la fuerza o el peso de una pluralidad de principios de justicia aplicables en cada caso concreto y llegar a una solución acerca de su deber moral «todas las cosas consideradas» mediante el ejercicio de la intuición moral.

Sin embargo, aun en una teoría deontológica pluralista, el concepto de maximización no tiene sentido si se aplica a principios o deberes *absolutos*, es decir, principios o deberes que tienen prioridad sobre cualquier otro en casos de conflicto. Si un derecho o deber es absoluto, no hace falta ponderarlo, es decir, determinar su fuerza o peso moral en un caso concreto, porque de antemano la teoría establece que predomina sobre cualquier otra consideración moral en conflicto. Los principios o derechos absolutos no son ponderables porque su peso o fuerza moral es infinito, por así decirlo. Esto significa que no hay ningún otro principio, deber o derecho que pueda alcanzar un peso o fuerza moral comparable o equivalente. Un corolario de la definición de derechos absolutos es que, si un derecho es absoluto, no hay consideraciones o principios que puedan justificar su quebrantamiento o violación. Sin embargo, es improbable que una teoría pluralista pueda contener *varios* principios o deberes absolutos, porque la posibilidad de un conflicto entre ellos no puede ser descartada.

En contraste, tiene perfecto sentido calificar a los principios o deberes como consideraciones normativas que tienen fuerza o peso moral variable (no infinito) si tales deberes o principios son no absolutos. Puesto que en tal caso la fuerza o peso moral de un principio o deber solo puede determinarse apelando a consideraciones morales, esta magnitud no es empíricamente determinable o verificable. Como es obvio, a diferencia del peso o fuerza de la mecánica, el peso o fuerza de un principio o deber moral no es una característica susceptible de determinación o medición a través de instrumentos físicos. La posibilidad de un pluralismo de principios constitucionales no absolutos le

8. W.D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford: Clarendon Press, 1930, 18-19.

otorga sentido al discurso sobre la maximización del *valor moral* en casos de conflictos de derechos constitucionales.

La teoría de la proporcionalidad afirma que existe una pluralidad de principios constitucionales no absolutos. No obstante, un objetor podría sugerir que algunos derechos son absolutos y que, por lo tanto, escapan a la doctrina de la proporcionalidad. A veces se cita el derecho a la dignidad humana como un ejemplo de derecho absoluto. Así, el artículo 1, apartado 1, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece que este derecho es *inviolable*. El Tribunal Constitucional Federal interpretó que esta cláusula protege el derecho a la vida como un derecho absoluto. Por esta razón, ese tribunal sostuvo que la Ley de Seguridad Aérea es inconstitucional en tanto autoriza al ministro de Defensa a ordenar el derribo de aviones civiles como forma de evitar que se pueda materializar una amenaza terrorista.⁹ Sin embargo, es cuestionable que el Tribunal Constitucional Federal haya pretendido disponer que el derecho a la dignidad o a la vida es absoluto *en todo contexto*. Por ejemplo, en el derecho internacional humanitario se admite que una nación pueda usar la fuerza contra otros Estados ejerciendo su derecho de defensa, siempre que cumpla con las leyes de la guerra. Así, el derecho internacional le permitiría a Alemania causar la muerte de civiles inocentes como un aspecto incidental o efecto colateral de tal ejercicio (y es inconcebible que el derecho doméstico alemán contraríe esta conclusión). Por consiguiente, el derecho a la dignidad humana no puede ser considerado absoluto en el contexto de un enfrentamiento militar con un Estado agresor.

Frente a otros pretendidos ejemplos de derechos absolutos, podrían ensayarse réplicas similares. Pero es posible que sí haya algunos derechos absolutos. Por ejemplo, se menciona como ejemplo de derecho absoluto el derecho a no ser torturado, tal como está establecido en la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Así, el artículo 2, apartado 2, de la Convención dice: «En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.» Esta norma sugiere que el derecho contra la tortura es absoluto. Sin embargo, desde un punto de vista moral es discutible que haya derechos o deberes absolutos. Uno puede imaginar situaciones en las cuales torturar a un miembro de una organización terrorista es la única forma de evitar que explote una bomba atómica en una gran ciudad.¹⁰ En este ejemplo hipotético, sería posible pensar que las autoridades tienen una justificación para utilizar métodos «ampliados» [*enhanced*] de interrogación si éstos son los únicos posibles para obtener la información

9. BVerfGE 115, 118. Sin embargo, Alexy interpreta el artículo 1(1) tanto como un principio y como una regla: Robert Alexy, «Human Dignity and Proportionality Analysis», *Joaçaba* vol. 16, no. 3 (2015), 91-92.

10. David Luban, «Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb», *Virginia Law Review*, vol 91 (2005), pp. 1425-1461.

necesaria que permita evitar la explosión, incluso si esos métodos contasen como torturas o tratos crueles en cualquier otro contexto.

La pregunta de si existen algunos derechos absolutos excede el propósito de este ensayo. Para simplificar, voy a asumir que en los conflictos constitucionales compiten dos o más principios no absolutos. Parece ser una nota definitoria de una teoría moral deontológica pluralista que un agente moral debe maximizar u optimizar la fuerza de los principios morales en conflicto. Es decir, parece que el deontologismo moral moderado *por definición* exige optimizar el valor moral en casos de conflictos morales. Sin embargo, esta conclusión tiende a generar equívocos, que debemos evitar. El origen de estos equívocos es que se mezcla la noción de maximización consecuencialista con la noción de «maximización» en el marco de una teoría deontológica. A diferencia del consecuencialismo, el deontologismo moral no exige ni permite la *maximización intertemporal e interpersonal*. Voy a explicar ahora estos puntos.

En tanto el utilitarismo y el *balancing* constitucional norteamericano exigen siempre realizar la acción óptima, la doctrina de la proporcionalidad a veces requiere *acciones subóptimas*. De hecho, *prohíbe* acciones óptimas que infrinjan derechos siempre que el bien que producen tales acciones sea mayor, aunque no proporcionalmente mayor, que el mal que causan. Si se consideran las acciones a lo largo de una curva de valor moral, entonces es trivialmente verdadero que la proporcionalidad es una forma de optimización. Pero, en este sentido, *toda* teoría moral pluralista es tautológicamente una forma de optimización del valor moral. En efecto, a lo largo de la curva de valor moral, la solución moralmente correcta en cada caso concreto es aquella que nos lleva al punto o valor más alto. En cambio, si lo que se mide es un estado de cosas empírico, valioso en un sentido no moral (como la utilidad, el bienestar o la cantidad de vidas que el agente puede salvar o rescatar), no es cierto que una teoría moral deontológica siempre exija la maximización de ese estado de cosas. En efecto, el deontologismo muchas veces prohíbe conductas que maximizan u optimizan la utilidad general. Por ejemplo, la condena de un hombre afroamericano acusado de violar a una mujer blanca es el ejemplo típico de conducta moralmente inaceptable para un juez comprometido con los principios morales deontológicos. Los deontologistas sostienen que un juez no debe condenar a un acusado inocente aun si esa es la única forma de evitar una ola de violencia racial en su comunidad.

El principio de proporcionalidad *stricto sensu* es un ejemplo de teoría moral deontológica. En efecto el principio no le exige al Tribunal Constitucional maximizar u optimizar la utilidad general o cualquier otro estado de cosas empírico. En muchas ocasiones, el principio de proporcionalidad *stricto sensu* requiere que el Tribunal priorice un principio constitucional por sobre la maximización de la utilidad general. En otras palabras, la proporcionalidad a veces le dice al Tribunal que exija del Gobierno la ejecución de *acciones subóptimas*. De hecho, la proporcionalidad prohíbe cualesquiera acciones óptimas que infrinjan derechos siempre que el bien que producen tales acciones sea mayor, *aunque no proporcionalmente mayor*, que el mal que causan.

Según dije recién, si se consideran las acciones del Gobierno a lo largo de una curva de *valor moral*, es trivialmente verdadero que la proporcionalidad es una forma de maximización del valor moral. Pero, en este sentido, toda teoría deontológica pluralista es por definición una forma de optimización del valor moral. Sin embargo, la maximización del valor moral es diferente, por dos razones, de la maximización pregonada por los consecuencialistas. Primero, la maximización del valor moral no es *interpersonal*. Así, el deontologismo no permite lesionar los derechos de otras personas para evitar que un tercero lesione los derechos de un número mayor de otras personas, o los derechos de mayor importancia del mismo número de otras personas. Segundo, la maximización del valor moral no es *intertemporal*. Por ejemplo, no es permisible ni obligatorio que Alicia lesione los derechos de otros para evitar que ella misma (Alicia) lesione los derechos de un número mayor de otras personas en el futuro, o los derechos más fuertes del mismo número de otras personas. O sea que en cada elección el agente debe maximizar la fuerza o peso moral de las razones o principios pertinentes para esa elección, sin considerar las elecciones de otras personas, o las elecciones que uno mismo vaya a realizar en el futuro.

Entonces, la maximización consecuencialista se aplica a cosas empíricas que poseen un valor no moral, en tanto que la «maximización» deontologista –si se puede llamar así– se aplica a la fuerza o peso de las consideraciones morales en conflicto en *cada* elección de *un* agente. Las dos formas de maximización son funciones distintas y separadas. Así, si se consideran las acciones del Gobierno a lo largo de dos curvas (una que representa la función de utilidad general y otra que expresa la «función de valor moral»), las dos funciones son diferentes, aunque en algunos casos sus valores puedan coincidir en forma contingente. La coincidencia de valores entre estas dos funciones solo existe respecto a las teorías consecuencialistas. En tales teorías, la única consideración moral es la que dicta maximizar la utilidad general. En cambio, las teorías morales deontológicas diferencian la función de valor moral de la función de utilidad general. En efecto, muchas veces el incremento de la utilidad general no produce un aumento correlativo del valor moral debido a la intervención de otras consideraciones morales. Incluso, puede ocurrir que el aumento de la utilidad general se correlacione con una disminución del valor moral. Esto es lo que ocurre en el ejemplo de un juez que procura maximizar el bien no moral condenando a un afroamericano inocente por el delito de violar a una mujer blanca.

La conclusión de esta sección es que la doctrina de la proporcionalidad constitucional solo es maximizadora en un sentido trivial. Es decir, lo que dice es que en caso de conflicto el tribunal debe asignar preeminencia al derecho o principio que tiene mayor fuerza o peso moral. Esto es tanto como pronunciar la tautología de que el criterio de ordenación moral es el peso o fuerza de los principios o derechos morales en conflicto. Sin embargo, en un sentido sustantivo, cuando dejamos a un lado la función de valor moral y nos centramos en la función de utilidad general (o en otra función relativa a un valor no moral), la doctrina de la proporcionalidad *no es* maximizadora. Prueba de ello

es que la doctrina de la proporcionalidad prohíbe al Gobierno maximizar u optimizar la utilidad general (o cualquier otro valor definido en términos no morales) siempre que la utilidad agregada que se pueda obtener *no sea proporcionalmente mayor* que el mal social o no moral producido por la violación de un principio constitucional. Esta conclusión es antitética con la idea de maximización u optimización de un valor no moral.

2. ESTRUCTURAS MORALES DEONTOLÓGICAS

Todos los principios constitucionales en conflicto están sujetos a ponderación en el caso concreto. En este sentido, la doctrina de la proporcionalidad es una especie de teoría deontológica pluralista moderada. Si bien los principios constitucionales están formulados canónicamente en un texto, este texto no establece el valor, peso o fuerza de cada principio y entonces el tribunal tiene que ponderar esos principios en casos de conflicto siguiendo los procedimientos habituales de deliberación moral.

Desde el punto de vista de la teoría moral, un juez o tribunal constitucional es un agente moral que debe tomar decisiones sobre la base de principios morales o constitucionales. En la medida que la ponderación constitucional que defienden los teóricos de la proporcionalidad se ajuste a los cánones de la teoría moral *deontológica*, el razonamiento de un tribunal podría tipificar una o más de las estructuras morales indicadas en la Tabla 1.

Estructuras morales deontológicas (Tabla 1)

<i>Estructuras cuantitativas:</i> Deontología de balance Deontología de umbral
<i>Estructuras no cuantitativas:</i> Deontología de derogación Deontología de jerarquía (u ordenación)

a. Estructuras cuantitativas

El grupo de estructuras cuantitativas incluye doctrinas que utilizan escalas cardinales para establecer la solución moral en un caso de conflicto de principios o normas morales. La deontología de balance le permite o exige a un agente moral respetar los deberes o derechos morales excepto en situaciones en las cuales pueda obtener una cantidad de utilidad u otro valor no moral que proporcionalmente justifique la violación. Por ejemplo, la doctrina del doble efecto permite que un agente moral infrinja un principio moral si con la infracción puede producir una cantidad de bien no moral que sea proporcionalmente mayor que el mal no moral producido por la violación, con tal que su intención no se dirija a la violación ni como fin ni como medio.

La deontología de umbral le permite a un agente moral el incumplimiento de un deber moral si con esa conducta puede salvar un umbral o mínimo de vidas o alcanzar un umbral de otras unidades de bien no moral. El umbral puede ser conceptualizado de forma *aditiva* o *multiplicativa*. Es *aditivo* cuando alcanzado el número mínimo de vidas salvadas para justificar quitar una vida, el agente tiene justificado quitar una vida adicional siempre y cuando sume una vida al número de personas a salvar. Por ejemplo, si el umbral es 100 vidas, salvando 101 vidas el agente puede tomar dos vidas (por ejemplo, matándolas o dejándolas morir). En cambio, el umbral es *multiplicativo* si para cada n víctimas adicionales el agente moral tiene que multiplicar por n el umbral de vidas a salvar. Por ejemplo, si se exige que un agente salve a 100 personas para justificar su acción de causar la muerte de una sola persona, se le exigiría que salve a 200 personas si el número de víctimas trepa a dos, y a 300 personas si el número de víctimas llega a 3.¹¹

Tanto la deontología de balance como la deontología de umbral adhieren tautológicamente al principio de maximizar el valor moral en casos de conflicto. Según estas estructuras, la infracción a un derecho es permisible si y sólo si el peso moral de la acción de producir la utilidad U es igual o superior al peso moral de infringir ese derecho lesionando así los intereses I protegidos por ese derecho. Como señalé antes, en términos de valor moral una teoría deontológica pluralista es por definición maximizadora del valor moral. Los conceptos cuantitativos de «balance» o «umbral» no tienen sentido si nos circunscribimos al principio de optimización o maximización del valor moral. En cambio, esos conceptos escalares cobran sentido si pasamos a hablar de la optimización o maximización de la utilidad general u otro valor no moral. En otras palabras, el concepto de maximización adquiere un significado distintivo, no tautológico, si relativizamos la noción de maximización a una función de valor no moral (ignorando así la función de valor moral y la noción tautológica de maximización del valor moral).

Dicho en términos gráficos, podemos usar conceptos escalares tales como el concepto de maximización si trazamos una recta o curva que exprese la función de utilidad general (u otro valor no moral como vidas salvadas). En tal caso, la deontología de balance puede presentarse como una teoría que permite la violación de un derecho si y sólo si el cociente entre la utilidad general producida (U) y la frustración de los intereses protegidos por ese derecho (I) es igual o mayor que una determinada ratio o proporción geométrica (K):

$$(1) U / I \geq K$$

La fórmula (1) expresa la idea de que la transgresión de derechos es permisible siempre y cuando la utilidad general producida supere por una cierta razón o proporción la pérdida de intereses protegidos por tales derechos. Podemos también prescindir de la noción de balance o proporción y utilizar la noción de umbral. Así, el cociente (1),

11. Larry Alexander, «Deontology at the Threshold,» 37 *San Diego Law Review*, 2000, 898-899.

que representa la idea de proporcionalidad, podría reformularse en base a la noción de umbral o mínimo. Esto nos daría la siguiente fórmula:

$$(2) U \geq I \times K$$

Como se muestra en (2), en la deontología de umbral multiplicativo la infracción a un derecho es permisible si y sólo si la utilidad general producida U es igual o mayor que el nivel ponderado de la afectación de intereses ($I \times K$) protegidos por el derecho. Un umbral multiplicativo es matemáticamente equivalente a una razón o proporción. Así, la deontología de umbral multiplicativo tiene la misma estructura que la deontología de balance. La demostración puede hacerse con álgebra básico. En efecto, la deontología de umbral multiplicativo y la deontología de balance son matemáticamente equivalentes porque las expresiones (1) y (2) son algebraicamente equivalentes.

Las estructuras cuantitativas (deontología de balance y deontología de umbral) sugieren que un agente moral (el juez o tribunal) tiene la capacidad para intuir o estimar el peso o fuerza de diversas consideraciones morales. Esta sugerencia intuicionista es controvertible. Para evaluarla, debemos advertir qué significa que el juez tenga la capacidad de estimar el valor o peso moral del derecho cuya infracción se justifica. En las estructuras cuantitativas el valor o peso moral de un principio o derecho constitucional está representado por el valor de K . Cuanto más alto sea el valor K , mayor será el valor o peso moral del derecho. A la inversa, cuanto más bajo sea ese valor, menor será el valor o peso moral del derecho. En el límite, cuando K llega a 1, el derecho carece de valor moral independiente y todo su valor dependerá de la intensidad de los intereses que protege. Determinar cuáles son las capacidades intuitivas o ponderativas de una persona (un juez) no es una cuestión exclusivamente científica. Ante todo, debemos establecer qué significa «intuir» o «ponderar» en este ámbito. Por un lado, cabe advertir que los principios constitucionales no tienen un valor o peso establecido en el texto constitucional. Entonces, podría conjeturarse que el juez debe adjudicar a un principio constitucional el peso o valor que tiene un principio moral de igual o similar contenido. Sin embargo, esta alternativa no está abierta, porque en este sentido los principios morales no se diferencian sustancialmente de los principios constitucionales. La realidad es que los principios morales tampoco poseen un peso o valor predeterminado. Puesto que los principios no tienen un valor numérico predeterminado ni en la moral ni en el derecho constitucional, la resolución de un conflicto de principios debe ser provista por el agente moral (por ejemplo, el tribunal). Al ejecutar esta tarea, el agente moral puede apelar a sus «intuiciones» o «corazonadas», es decir, a la *heurística moral* como conjunto de reglas de buen cubero. Pero el hecho de que pueda existir una heurística de este tipo no significa que los principios tengan un peso en un sentido objetivo. Las metáforas mecánicas tienen implicaciones metafísicas y epistémicas muy discutibles.

En realidad, las metáforas asociadas a las estructuras cuantitativas omiten poner el foco en el *carácter dinámico* de los sistemas jurídicos. Los sistemas jurídicos son dinámicos en el sentido de que sus normas generales pueden cambiar en el tiempo.

Estos cambios son introducidos por autoridades u órganos facultados por normas de segundo orden que Hart llamó «reglas de cambio».¹² Una de las conclusiones que aspiro a alcanzar en este ensayo es que la proporcionalidad constitucional es una modalidad de cambio normativo. Para ilustrar la importancia de la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos para una cabal comprensión de la resolución judicial de conflictos constitucionales, imaginemos un sistema estático, es decir, uno en el que ningún órgano tiene la potestad de introducir cambios normativos. En un sistema tal, la idea de ponderar principios no tendría sentido. Dicho más precisamente, si el sistema no asigna un valor numérico (peso o umbral) a los principios, y ningún órgano está autorizado para hacerlo (esto, por su carácter estático), un conflicto de principios en un caso concreto se transforma en un problema sin solución. Básicamente, un sistema tal no tiene una autoridad que pueda colmar la laguna de segundo orden o metalaguna constituida por la ausencia de una metanorma que permita resolver el conflicto.¹³ Esta metanorma sería, por ejemplo, una regla que jerarquice los principios en conflicto. Es solo en el contexto de un sistema normativo dinámico que cobra sentido la idea de que la resolución del conflicto pasa por un «ponderación» judicial de los principios. Como veremos más adelante, la mentada «ponderación» es una revisión del sistema normativo ejecutada por el tribunal constitucional en uso de sus prerrogativas de revisión normativa. Estas prerrogativas son inseparables de la obligación de resolver las causas constitucionales que las Constituciones típicamente atribuyen al órgano judicial.

b. Estructuras no cuantitativas

Las estructuras no cuantitativas usan escalas meramente ordinales. A diferencia de las estructuras cuantitativas, estas estructuras no sugieren que la resolución de conflictos se hace de manera intuicionista. Las estructuras no cuantitativas tienen una explicación diferente del concepto de laguna constitucional y del procedimiento para resolver lagunas constitucionales. Estas estructuras sugieren que la llamada ponderación moral o constitucional no es el ejercicio de la intuición sino la revisión de un sistema normativo moral o jurídico. En lugar de conflictos entre principios, las estructuras no cuantitativas llevan a pensar que la llamada ponderación es una forma de colmar lagunas constitucionales. Estas lagunas se parecen a las *lagunas axiológicas* teorizadas por Alchourrón y Bulygin.¹⁴ En efecto, los arreglos constitucionales deben proveer una forma de remover

12. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edn (Clarendon Press, 1994), 95-96.

13. Estudié los conceptos de «metanorma» y «metalaguna» en otro ensayo: Horacio Spector, «Metanormas y metalagunas», en Jorge L. Rodríguez, José Juan Moreso, Jordi Ferrer, Cristina Redondo, Giovanni Ratti and Pablo E. Navarro (comps.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2022.

14. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, 154.

estas lagunas porque ellas generan contradicciones en el *sistema normativo-fáctico* que sirve de base para la resolución judicial de conflictos.

Llamo «sistema normativo-fáctico» a la unión del conjunto normativo y el conjunto de enunciados fácticos que son probados en una cierta causa. Los conflictos de principios o derechos son contradicciones en la unión del conjunto normativo A y el conjunto de enunciados fácticos F probados en un cierto caso, como sostuvo Carlos Alchourrón.¹⁵ Así, dos o más principios contrapuestos pueden generar una contradicción lógica cuando son combinados con un conjunto de enunciados fácticos. Si la unión del conjunto normativo y el conjunto fáctico contiene una contradicción, ésta puede originarse en una contradicción en el conjunto normativo o en una contradicción en el conjunto fáctico o en una contradicción producida por la interacción de ambos conjuntos. Para coherentizar la unión de conjuntos el agente moral (el tribunal) tienen que derogar algunas consecuencias normativas o, alternativamente, introducir alguna regla ordenadora o jerarquizadora. Muchas veces, la revisión de un sistema normativo dinámico tiene por objeto remover este tipo de contradicciones en el sistema normativo-fáctico.

Justamente podemos concebir la tarea de un tribunal constitucional como una de revisión en este sentido. Pero este tipo de revisión no da lugar a la introducción de consecuencias normativas o a la creación de reglas de primer orden, como sugiere Alexy con su Ley de Colisión. La razón es que las consecuencias normativas contenidas en la pretendidamente nueva regla ya se podían deducir de los principios en conflicto por aplicación del *principio de refuerzo del antecedente*. Una vez que las condiciones de aplicación C implícitas en los principios constitucionales en conflicto, $P1$ y $P2$, son explicitadas en dos normas condicionales, las dos consecuencias normativas contradictorias se siguen del conjunto normativo. Así, la regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica, es decir, $C \Rightarrow R$, es simplemente una de las consecuencias normativas que se deducen por *modus ponens* del conjunto normativo A . Pero la existencia de un conflicto entre $P1$ y $P2$ implica que también se sigue la consecuencia $C \Rightarrow no-R$ del conjunto normativo A , que incluye a $P1$ y $P2$. En efecto, sólo hay un conflicto entre $P1$ y $P2$ (un conflicto que requiera ordenación o priorización) si del conjunto de normas constitucionales A en unión con el conjunto de enunciados fácticos F se deducen consecuencias contradictorias, tales como R y $no-R$.

Es cierto que la revisión judicial puede conceptualizarse como una ordenación de normas de primer orden, pero la ordenación tiene por efecto «derogar» algunas consecuencias normativas. Así, propongo reconceptualizar la resolución judicial de conflictos constitucionales como la revisión de un sistema normativo dinámico y a ésta, como una manera de remover una contradicción en el sistema normativo-fáctico (la unión del

15. Carlos E. Alchourrón, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», in Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 299-301.

conjunto normativo A y el conjunto fáctico F). Entonces, un conflicto de principios o derechos siempre se debe a una laguna en el sistema constitucional. Como se indica en la tabla 2, una laguna constitucional puede representarse de dos maneras diferentes. En primer lugar, puede representarse como la ausencia de una norma de primer orden que deroga algunas consecuencias normativas que originan la contradicción. Pero una laguna constitucional también puede representarse como la ausencia de una norma de segundo orden que establezca una jerarquía en el conjunto normativo.

Dos representaciones de lagunas constitucionales (Tabla 2)

Lagunas de primer orden	Lagunas derogatorias
Lagunas de segundo orden	Lagunas de ordenación o jerarquía

Tenemos una laguna de ordenación cuando el sistema de normas constitucionales no provee una jerarquía y esta tiene que ser suministrada dinámicamente por un tribunal constitucional. Una jerarquía en un conjunto normativo determina cuáles son las consecuencias normativas que pueden deducirse del conjunto. Carlos Alchourrón y David Makinson analizaron el concepto de jerarquía normativa en un trabajo publicado en 1981.¹⁶ Este trabajo es fundamental para entender el problema de la proporcionalidad constitucional como un problema de ordenación. En primer término, el trabajo ofrece un análisis del concepto de jerarquía que es útil para representar las lagunas constitucionales como lagunas de ordenación. El análisis de las jerarquías normativas es bastante simple. Sea A un conjunto de normas constitucionales. Una relación \leq en ese conjunto A es un orden parcial si es:

Reflexiva: $\forall a, a \leq a$,

Transitiva: $\forall a, b, c, (a \leq b \wedge b \leq c \Rightarrow a \leq c)$ y

Antisimétrica: $\forall a, b, (a \leq b \wedge b \leq a \Rightarrow a = b)$

Una jerarquía de normas es un conjunto de normas A ordenadas por \leq , y C_n es una función que determina las consecuencias normativas de A . Para estos autores una jerarquía debe satisfacer la siguiente condición: todo conjunto B tal que $B \subseteq A$, determina una proposición normativa x si y sólo si para toda $C \subseteq A$, si C determina no- x , entonces $B > C$.

En el mismo trabajo Alchourrón y Makinson demuestran un teorema. Este teorema es importante para entender que la resolución de conflictos constitucionales mediante la ordenación de principios es una forma de revisión normativa. En particular,

16. Carlos E. Alchourrón and David Makinson, «Hierarchies of Regulations and their Logic», in Risto Hilpinen (ed.) *New Studies in Deontic Logic, Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, Dordrecht (Holland), D. Reidel, 1981.

la resolución de un conflicto es siempre una forma de derogación, antes que una forma de introducir o agregar consecuencias normativas (como sugiere Alexy). La idea central del teorema Alchourrón-Makinson puede ser explicada brevemente. El teorema dice que una jerarquía (A, \leq) es formalmente equivalente a la derogación o eliminación de consecuencias normativas de A vía la función C_n . Entonces, la deontología de ordenación, es decir, la resolución de conflictos vía la jerarquización de los principios conflictivos es equivalente a la eliminación de consecuencias normativas en el sistema jurídico. A todo tribunal constitucional al que se le encarga la resolución de este tipo de conflictos se le confiere automáticamente la potestad de derogar consecuencias normativas. En tanto que el Congreso o una Convención Constitucional pueden *agregar y quitar* normas de la Constitución, y, por ende, agregar y quitar consecuencias normativas del sistema normativo-fáctico, un tribunal constitucional tiene la facultad de *quitar* consecuencias normativas del sistema normativo-fáctico. Por lo tanto, la administración de justicia en el ámbito constitucional es siempre el ejercicio de potestades revisoras y, especialmente, derogatorias.

Ahora podemos capitalizar algunas conclusiones para simplificar las tesis defendidas. Por un lado, he mostrado que la deontología de umbral multiplicativo es equivalente a la deontología de balance. Por otro lado, el teorema Alchourrón-Makinson demuestra que la deontología de derogación es equivalente a la deontología de jerarquía. Por lo tanto, tenemos ahora sólo dos estructuras deontológicas subyacentes a la resolución de disputas constitucionales: la estructura de balance/umbral y la estructura de jerarquía/derogación. Pero ¿cuál es la relación entre ambas estructuras? ¿Tenemos realmente dos estructuras diferentes?

Mi sugerencia es que las estructuras cuantitativas encubren la naturaleza real de la resolución judicial de conflictos constitucionales. Ellas sugieren que esta resolución no es en realidad el ejercicio de funciones derogatorias u ordenadoras sino el descubrimiento o determinación de magnitudes que están ahí, en la metafísica moral. Pero las estructuras cuantitativas no se apoyan en una metafísica moral cuantitativa. Son, a todos los efectos prácticos, representaciones metafóricas de las estructuras no cuantitativas. Es decir, la deontología de balance/umbral representa metafóricamente la deontología de jerarquía/derogación. A su vez, la deontología de jerarquía expresa menos nítidamente que la deontología de derogación la naturaleza de la resolución judicial de conflictos constitucionales. Cuando traducimos, primero, las metáforas cardinales al lenguaje ordinal de las jerarquías normativas, y, luego, identificamos la noción de jerarquía normativa con la noción de derogación de consecuencias normativas, vía el teorema Alchourrón-Makinson, nos damos cuenta de que las estructuras deontológicas aplicables a los casos de conflictos son, en el fondo, estructuras de revisión normativa. La deontología de derogación tiene la virtud de dejar al descubierto la verdadera naturaleza de la tarea de resolución de conflictos entre principios.

Por un lado, las metáforas mecánicas que se valen de valores cardinales representan metafóricamente la introducción de una jerarquía en un conjunto normativo

constitucional. Esta representación metafórica no llega, sin embargo, a configurar una *identidad*. Esto es así porque la deontología de balance/umbral retiene una nota distintiva, que no acompaña necesariamente a la deontología de jerarquía/derogación. La deontología de balance/umbral subraya que los tribunales utilizan una modalidad específica para ordenar principios constitucionales (o, lo que es lo mismo, revisar sus consecuencias normativas). Esta modalidad pasa por la consideración de la importancia relativa que tienen diversas maneras de producir diferentes niveles de utilidad general. Matemáticamente, los tribunales realizan esta tarea adscribiendo un valor, o un rango de valores, a K . En tanto que un tribunal puede ordenar normas o derogar consecuencias normativas de diferentes formas, la modalidad específica que siguen los tribunales que aplican la proporcionalidad constitucional es juzgar qué niveles de utilidad general vale la pena perder en tales y cuales casos con el fin de respetar o defender un derecho constitucional. Poniéndole un «precio» a cada derecho constitucional (con la adscripción de un valor a K), los tribunales ordenan las normas constitucionales (o, dicho de otra forma, revisan las consecuencias normativas del sistema fáctico-normativo).

Por otro lado, la idea de un orden o jerarquía encubre el procedimiento de introducción de una norma derogatoria en el sistema normativo. Esto es así porque, dejando a salvo diferencias estilísticas, el procedimiento de jerarquización es equivalente al procedimiento de derogación de consecuencias normativas. Prueba de ello es que tanto la introducción de una jerarquía como la remoción de consecuencias normativas coherentizan el sistema normativo-fáctico (es decir, la unión del conjunto normativo A y el conjunto de enunciados fácticos F). Por ejemplo, supongamos que un grupo de estudiantes quieren publicar artículos sobre divorcios de padres y adolescentes embarazadas en la revista de su escuela secundaria. Imaginemos también que las autoridades de la escuela quieren evitar la publicación porque consideran que los contenidos de las notas son inapropiados para sus alumnos. ¿Tiene los estudiantes un derecho a la libertad de expresión que protege la publicación de esas notas o tiene la escuela la facultad de dirigir la política editorial de la revista estudiantil?¹⁷ Aplicando la deontología de jerarquización, el tribunal podría sostener que el derecho de la escuela a dirigir las actividades educativas de sus estudiantes prevalece sobre el derecho a la libertad de expresión de los estudiantes. Por aplicación del teorema Alchourrón–Makinson, esta decisión del tribunal es equivalente a una derogación o eliminación de consecuencias normativas. Podemos interpretar que el Tribunal deroga la siguiente consecuencia normativa: «Una revista estudiantil es un foro público en el que los estudiantes tienen garantizada la libertad de expresión.» Con la derogación de esta consecuencia, desaparece también la incoherencia entre las consecuencias normativas del sistema normativo-fáctico («los estudiantes tienen derecho...» y «los estudiantes no tienen derecho...»). Puesto que el conflicto entre los dos derechos constitucionales es reducible a esa incoherencia, la derogación también resuelve el conflicto.

17. Este ejemplo está inspirado en: *Hazelwood School District v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988).

Análogamente, una laguna derogatoria, entendida como la ausencia de una norma derogatoria, es equivalente a una laguna de ordenación, entendida como la ausencia de una regla de prioridad. Este tipo de laguna se parece a una laguna axiológica porque un sistema constitucional *debería* tener una norma de primer orden o de segundo orden que resuelva las lagunas constitucionales. Estas lagunas expresan el hecho de que el conjunto normativo omite proveer una solución, o, lo que es lo mismo, omite derogar consecuencias normativas dando así lugar a contradicciones en el sistema normativo-fáctico (la unión de *A* y *F*). Estas contradicciones implican que el sistema normativo-fáctico no puede servir de base para el razonamiento judicial, ya que es bien sabido que un sistema incoherente permite al tribunal justificar cualquier decisión posible.

El enfoque propuesto para reconceptualizar las lagunas constitucionales y explicar el razonamiento ponderativo tiene semejanzas y diferencias con el enfoque sugerido por Alexy. La similitud entre el enfoque de Alexy y el enfoque de la revisión, aquí propuesto, es que ambos enfoques dicen que la ordenación de principios constitucionales agrega una jerarquía normativa, es decir, una norma de segundo orden. Sin embargo, el enfoque de la revisión *no* dice que la ordenación produzca o genere una norma de primer orden. A diferencia de lo que sostiene Alexy, planteo que la jerarquización de principios *deroga* consecuencias normativas *de primer orden*. Esta conclusión está en línea con el teorema Alchourrón-Makinson, porque la jerarquía es equivalente a una forma de derogación. La resolución del conflicto no pasa por la creación de normas de primer orden sino por su eliminación o derogación.

Una vez que el tribunal deroga las consecuencias normativas que generan la contradicción o jerarquiza las normas de primer orden en conflicto, el sistema así revisado sí puede constituir un sistema de precedentes vinculantes. Entonces, la derogación o regla ordenadora a lo largo del tiempo se va a transformar en la revisión autoritativa del sistema constitucional. Con el tiempo, la regla derogatoria o la regla ordenadora equivalente va a poder servir de fundamento para decisiones basadas en reglas. De esta forma, el tribunal constitucional revisor puede compatibilizar su tarea de resolver las contiendas constitucionales con el apego al ideal del gobierno de las leyes, que reclama la toma de decisiones judiciales sobre la base de reglas antes que sobre la base de las intuiciones de los hombres y mujeres que integran el tribunal. Entonces, el mérito de esta política de justicia constitucional –que es la única posible una vez que se acepta que, en el fondo, no hay ponderación sino revisión dinámica– es que permite implementar a largo plazo el ideal del Estado de derecho en la resolución de casos constitucionales.

3. CONCLUSIONES

Algunas normas jurídicas están formuladas vagamente. Ora poseen términos fácticos imprecisos ora poseen términos valorativos o evaluativos controvertibles. Es frecuente que estas normas muy generales colisionen en muchos casos concretos. Entre estas

normas, están aquellas que establecen derechos constitucionales. La aplicación de estas normas o principios a casos concretos requiere del tribunal o bien una interpretación semántica o bien una valoración o juicio axiológico que determine el contenido de los términos evaluativos aplicables al caso.

La colisión o conflicto de principios puede conceptualizarse, como se dijo, como una contradicción lógica en la unión entre el conjunto normativo *A* (que, por ejemplo, incluye un derecho fundamental y la permisión de producir una cierta utilidad social) y el conjunto de enunciados fácticos *F*. Para remover la contradicción lógica en la unión del conjunto normativo y el conjunto fáctico hace falta extraer o contraer, no agregar. Entonces, la idea de Alexy de que la ordenación *genera* una regla de primer orden es incorrecta. Así como rechazo la idea de que la ordenación de principios constitucionales introduce o genera nuevas normas de primer orden, rechazo también la tesis de que la producción de normas de primer orden es el mecanismo que permite solucionar el conflicto de derechos constitucionales.

A mi juicio, el intuicionismo constitucional no tiene mayor sentido. Porque no existe algo así como el peso o fuerza de un principio –como cosa diferente de la revisión derogatoria u ordenadora. Lo que sostengo es que pesar o ponderar es revisar dinámicamente, y, más precisamente, derogar. Es decir, ponderar es la forma metafórica de nombrar la revisión de un sistema normativo cuando hay una contradicción.

Entonces, si esto es así, la única estrategia que realmente queda para un tribunal que está obligado a resolver los conflictos de principios constitucionales es adoptar una regla derogatoria –con el estilo que sea– o una regla ordenadora –es decir, introducir una jerarquía normativa– que coherente o complete el sistema normativo. Es decir, el tribunal tiene que completar la laguna derogatoria de primer orden o completar la laguna ordenadora de segundo orden, que son las dos formas de conceptualizar una laguna constitucional.

Dicho sucintamente, el concepto central en el tema de la proporcionalidad no es el de ponderación o peso de los principios, sino el de revisión normativa dinámica. Yo veo de esta forma el procedimiento de resolución judicial de disputas constitucionales basado en doctrinas como la proporcionalidad. Los tribunales constitucionales no crean normas de primer orden, sino que derogan consecuencias normativas. Y le rindo un homenaje al profesor Carlos Alchourrón porque fue él quien me enseñó que, además de sistematizar normas al estilo de *Normative Systems*, lo que hacen los juristas es proponer revisiones del sistema jurídico. Y es inspirado por esta enseñanza que veo que lo que hacen los jueces cuando aplican doctrinas como la proporcionalidad es revisar el conjunto normativo constitucional, ordenando normas conflictivas o derogando algunas de las consecuencias normativas del conjunto normativo cuando éste es combinado con el conjunto de enunciados fácticos comprobados en el caso. Por supuesto, hay diferentes formas de revisión, y sugiero que la revisión por balance se centra en la determinación del «precio» de los derechos en términos de utilidad general. Pero este punto es secundario. Lo que considero muy importante es advertir que los tribunales constitucionales

son órganos de revisión constitucional dinámica. Cuanto más transparente y explícita sea su tarea, mejor podrán cumplir con los mandatos del Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J. y GRÁNDEZ CASTRO, P.P. (eds.), 2017: *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra.
- ALCHOURRÓN, C. E., 1991: «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 154.
- ALCHOURRÓN, C. E. y MAKINSON, D., 1981: «Hierarchies of Regulations and their Logic», en Risto Hilpinen (ed.): *New Studies in Deontic Logic, Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*. Dordrecht: D. Reidel. https://doi.org/10.1007/978-94-009-8484-4_5
- ALEXANDER, L., 2000: «Deontology at the Threshold», *San Diego Law Review*, vol. 37, issue 4, 898-899. <https://doi.org/10.2139/ssrn.253676>
- ALEXY, R., 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R., 2003: «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, 16. <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>
- ALEXY, R., 2007: «The Weight Formula», en Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek y Wojciech Załuski (eds.): *Studies in the Philosophy of Law, Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow: Jagiellonian University Press.
- ALEXY, R., 2015: «Human Dignity and Proportionality Analysis», *Joaçaba*, vol. 16, no. 3, 91-92. <https://doi.org/10.18593/ejil.v16i3.9763>
- HART, H. L. A., 1994: *The Concept of Law*. 2.^a edición. Oxford: Clarendon Press, 95-96.
- LUBAN, D., 2005: «Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb», *Virginia Law Review*, vol 91, 1425-1461. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511511110.003>
- MORESO, J. J., 2009: *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, ensayos 16 y 18.
- PRICHARD, H. A., 1949: *Moral Obligation, Essays and Lectures*. Oxford: Clarendon Press, 7.
- ROSS, W. D., 1930: *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press, 18-19.
- SPECTOR, H., 1992a: *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*. Oxford: Oxford University Press, 67-74.
- SPECTOR, H., 1992b: «Los derechos liberales clásicos y el deontologismo moral», en Oscar Cornblit (comp.): *Libertad y Mercado*. Buenos Aires, Macchi, 115-121.
- SPECTOR, H., 2021: «Constitutional Proportionality and Moral Deontology», *Jurisprudence*, Vol. 12 (3). <https://doi.org/10.1080/20403313.2021.1949851>
- SPECTOR, H., 2022: «Metanormas y metalagunas», en Jorge L. Rodríguez, José Juan Moreso, Jordi Ferrer, Cristina Redondo, Giovanni Ratti y Pablo E. Navarro (comps.): *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Vol. I, Madrid: Marcial Pons. <https://doi.org/10.2307/j.ctv37xg1g3.5>

