



Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de
Chile

Chile

ALVARADO MARAMBIO, JOSÉ TOMÁS
DERECHOS FUNDAMENTALES, INTERPRETACIÓN PROPORCIONALISTA Y
CONSECUENCIALISMO. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LAS TEORÍAS MORALES
FUNDAMENTALES

Estudios Constitucionales, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre, 2015, pp. 391-417

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82043968013>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHOS FUNDAMENTALES,
INTERPRETACIÓN PROPORCIONALISTA Y
CONSECUENCIALISMO. LA RELEVANCIA JURÍDICA
DE LAS TEORÍAS MORALES FUNDAMENTALES*
FUNDAMENTAL RIGHTS, PROPORTIONALIST
INTERPRETATION AND CONSEQUENTIALISM.
THE LEGAL RELEVANCE OF FUNDAMENTAL MORAL THEORIES

JOSÉ TOMÁS ALVARADO MARAMBIO¹
Instituto de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile
jose.tomas.alvarado@gmail.com

RESUMEN: La interpretación proporcionalista de los derechos constitucionales fundamentales y los derechos humanos es una concepción acerca de la naturaleza de las normas que otorgan esos derechos como ‘principios de maximización’, esto es, como principios que no tienen aplicación inmediata en los casos, sino solo luego de que han sido sometidos a un proceso de ‘ponderación’ con otros principios aplicables a la situación, así como a una evaluación de las posibilidades fácticas de aplicación. Se presupone aquí que cualquier principio puede ser comparado en su peso –tanto abstracto como concreto– con cualquier otro principio. Lo que se requiere de los jueces es que determinen la solución óptima para la satisfacción de todos los intereses envueltos en un caso. Se argumenta aquí que la justificación para tal concepción de los derechos fundamentales es consecuencialista. El consecuencialismo es, como mínimo, una teoría ética controvertida acerca de la evaluación de las acciones y los estados de cosas. No debe ser presumido sin argumentación ulterior y, especialmente, no debe presumirse como derecho vigente en nuestras constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

* Trabajo recibido el 22 de enero de 2015 y aprobado el 24 de junio de 2015.

Este trabajo ha sido redactado en ejecución del proyecto de investigación VRI-Pastoral 3210/DPCC2013 “Interpretación proporcionalista de las garantías fundamentales, teoría ética y dignidad humana”, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agradezco las observaciones y sugerencias de Gonzalo Candia, Ricardo Salas y de un par de evaluadores anónimos de esta revista.

¹ Abogado y licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra (España). Es profesor asistente del Instituto de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su trabajo de investigación ha estado concentrado en cuestiones de metafísica analítica, como también en epistemología y filosofía del lenguaje. Es autor de *Hilary Putnam: el argumento de teoría de modelos contra el realismo* (Pamplona: Eunsa, 2002) y de numerosos artículos en revistas especializadas. Ha sido investigador responsable de varios proyectos Fondecyt y visiting acholar en la Universidad de Glasgow y cuatro veces en la Universidad de Oxford.

ABSTRACT: The proportionalist interpretation of the fundamental constitutional rights and the human rights is a conception about the nature of the norms that grant those rights as ‘maximization principles’, that is, as principles that do not have immediate application in the cases, but only after they have been subjected to a process of ‘balancing’ with other principles applicable to the situation, as well as an evaluation of the factual possibilities of application. It is presupposed here that any principle can be compared in its weight –both in abstract as in concrete– with any other principle. What is required of the judges is that they come with the optimal solution for the satisfaction of all the interests involved in a case. It is argued here that the rationale for such a conception of the fundamental rights is consequentialist through and through. Consequentialism is, to say the least, a controversial ethical theory about the evaluation of actions and states of affairs. It should not be presumed without further argument and, especially, it should not be presumed as valid law in our constitutions and in the international instruments of human rights.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales; consecuencialismo; proporcionalismo.

KEY WORDS: Fundamental rights; consequentialism; proportionalism.

Se ha denominado como ‘interpretación proporcionalista de los derechos fundamentales’ a una corriente de interpretación de las garantías básicas como principios de maximización. Fue propuesta inicialmente por el Tribunal Federal Alemán y luego ha sido ampliamente recogida por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y por los órganos jurisdiccionales internacionales encargados de aplicar e interpretar instrumentos de derechos humanos (cf. para una historia de la recepción de la teoría, Barak (2012), pp. 175-210). En este trabajo se va a argumentar que la interpretación proporcionalista depende de una concepción consecuencialista para la evaluación de las acciones y los estados de cosas. Como el consecuencialismo es una posición altamente dudosa como teoría ética, entonces la interpretación proporcionalista es una forma de interpretación de las normas de garantías fundamentales que debe ser tratada con extremada cautela.

No es sencillo entregar una caracterización precisa de qué es un ‘derecho fundamental’ o una ‘garantía fundamental’, aunque hay intuiciones bastante compartidas acerca de una gama de instancias de un ‘derecho fundamental’. Corresponden a las garantías que forman el núcleo de los diferentes ordenamientos constitucionales, a veces unidas a acciones especiales de protección, a veces no. Tienen una jerarquía jurídica mayor que los actos legislativos ordinarios de los parlamentos y que los actos administrativos, obligando normalmente a la reforma de estos cuando hay casos de conflicto. Se encuentran también consignados en tratados internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana de

Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, entre otros. Desde la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 y el *Bill of Rights* –los primeros diez *amendments* a la Constitución norteamericana aprobadas en 1791– se han convertido en requerimientos básicos para cualquier sociedad civilizada. Incluyen el derecho a la vida, a la integridad física y síquica, a la libertad, a tener un debido proceso en caso de ser objeto de una acusación, a no recibir discriminaciones injustas, a la privacidad, a la libertad de pensamiento y religión, a la libertad de expresión, a la propiedad, etcétera. Normalmente, pueden ser identificadas formalmente por encontrarse en un mismo acápite de un texto constitucional –tal como sucede con el Capítulo III de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante ‘CPR’)², dedicado a los derechos y deberes constitucionales, y el artículo 19 dentro de este capítulo. No sería correcto estarse, sin embargo, a un criterio puramente formal pues también en un texto constitucional pueden encontrarse derechos fundamentales conferidos fuera del acápite preciso dedicado expresamente a los ‘derechos constitucionales’. Así, por ejemplo, cuando el artículo 5º inciso segundo de la CPR señala que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, está haciendo mención a ‘derechos esenciales’, lo que no es obviamente equivalente a los derechos conferidos en el artículo 19. Si algo cuenta como un ‘derecho esencial que emana de la naturaleza humana’, entonces los órganos del estado deben respetarlo como un ‘derecho fundamental’, aunque no esté consignado expresamente en el catálogo del artículo 19. El fundamento jurídico para esto estaría radicado directamente en el artículo 5º inciso segundo y no en el artículo 19. No se puede hacer aquí, naturalmente, un examen detallado de esta cuestión (cf. para una discusión general, Alexy (2007a), pp. 45-62). En lo que sigue, se va a descansar en nuestra comprensión intuitiva del concepto de ‘derecho fundamental’ o ‘garantía fundamental’. Se trata, sin embargo, de un problema importante para la concepción proporcionalista, pues aquí se sostiene –tal como se explicará más abajo– que las normas que confieren derechos fundamentales tienen una naturaleza diferente de las restantes normas. Los criterios por los que se seleccionan aquellas normas que deben ser interpretadas de un modo especial

² La discusión estará concentrada en las disposiciones de la Constitución Política de la República de Chile simplemente por comodidad. Lo mismo podría sostenerse de cualquier otro texto constitucional o de cualquier instrumento internacional de derechos humanos.

es, entonces, crucial. Con todo, como no es el objetivo de este trabajo defender la interpretación proporcionalista, no será esta una cuestión en lo que sigue.

Será conveniente hacer algunas precisiones conceptuales preliminares. Una ‘norma’ es el *contenido* de un enunciado normativo. Un enunciado normativo es un tipo de expresión lingüística. Diferentes tipos de enunciados lingüísticos pueden expresar la misma norma. Por ejemplo, el artículo 25 inciso cuarto de la CPR señala que “el Presidente de la República comunicará con la debida anticipación al Senado su decisión de ausentarse del territorio y los motivos que la justifican”. Se utiliza aquí un tiempo verbal futuro –“comunicará”– pero obviamente no se pretende estar haciendo una predicción acerca de cuál será –de hecho– la conducta futura de los presidentes de la República. Se trata de una obligación para quienquiera sea el titular de ese órgano de comunicar su decisión de ausentarse del territorio. Esta misma norma podría también haber sido formulada como “el Presidente de la República *debe* comunicar con la debida anticipación al Senado su decisión de ausentarse del territorio...” o como “el Presidente de la República *tiene la obligación* de comunicar con la debida anticipación al Senado su decisión de ausentarse del territorio...”. Estos diferentes enunciados normativos no hacen variar la norma, que es lo expresado por tales enunciados. Una norma es una proposición que contiene a lo menos un operador deóntrico, esto es, contiene a lo menos una ocurrencia de *es obligatorio que* o *está permitido que* u otros operadores definibles mediante estos. Al indicar que un sujeto –bajo ciertos supuestos– puede, no puede o debe realizar acciones de cierto tipo –también bajo ciertas circunstancias– una norma confiere *derechos* a tales sujetos en caso de que se encuentren en los supuestos contemplados en la norma. Un ‘derecho’, entonces, no es una norma ni es un enunciado normativo, sino el hecho de que hay una norma válida que confiere a alguien la permisión de realizar una acción, o impone a alguien la prohibición de realizar una acción –lo que trae consigo el beneficio de alguien a quien se ha concedido, correlativamente, una garantía– o confiere a alguien la obligación de dar una prestación a favor de otro –quien, correlativamente, está legitimado para exigirla³. ‘Derecho’ es, entonces, algo fundado en una norma válida, pero no idéntico a una norma válida. Se designará como “hecho normativo” el hecho de que alguien tenga o no tenga un derecho.

Es característico de la interpretación proporcionalista que las normas que confieren derechos fundamentales constituyen hechos normativos de un modo

³ Esta caracterización de un ‘derecho’ simplifica muchos aspectos discutidos en la teoría jurídica, pero no parece relevante complicar aquí el análisis para los propósitos de este trabajo. Para una caracterización más sofisticada y una presentación de conjunto de las discusiones más reciente, cf. WENAR (2011).

diferente al resto de las normas del ordenamiento jurídico. El artículo 76 inciso segundo de la CPR, por ejemplo, prohíbe a los tribunales de justicia excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión, si es que su intervención ha sido reclamada en forma legal y en negocios de su competencia. El hecho normativo que resulta consiste en que, si se ha reclamado en forma legal y en negocios de su competencia la intervención de un órgano jurisdiccional, no está permitido al órgano requerido excusarse de ejercer su autoridad, sea o no que existan leyes que resuelvan el asunto. Cualquier persona tiene, correlativamente, el derecho de exigir al órgano jurisdiccional tal ejercicio de sus funciones. Sin embargo, es propio de la interpretación proporcionalista que cuando, por ejemplo, el artículo 19 Nº 25 de la CPR señala que “la Constitución asegura a todas las personas la libertad de crear y difundir las artes”, esto no se manifiesta inmediatamente en el hecho normativo de que todas las personas tienen la permisión para crear y difundir las artes. Eventualmente la norma constituirá este hecho normativo, pero podría perfectamente no hacerlo. Esto no se debe a ningún defecto de validez de la norma, ni se debe al hecho de que hubiese sido derogada por una norma posterior de la misma jerarquía. Estaría inscrito en la naturaleza de estas normas específicas que su aplicación es ‘diferente’. Se va a sostener en este trabajo que esta concepción acerca de las normas de derechos fundamentales descansa en una teoría ética en el mejor de los casos altamente controvertida.

En lo que sigue, por lo tanto, se van a presentar los lineamientos centrales de la interpretación proporcionalista de las garantías fundamentales. Luego se explicará por qué la corrección de una interpretación de este tipo depende de una concepción consecuencialista para la evaluación de las acciones o de los estados de cosas. Finalmente, se harán algunas consideraciones de un carácter más general acerca de la cautela con que debe tratarse este mecanismo de interpretación.

1. LA INTERPRETACIÓN PROPORCIONALISTA

Aunque la interpretación proporcionalista ha surgido como una elaboración jurisprudencial, las formulaciones más precisas han sido desarrolladas por la doctrina. Entre estos desarrollos, la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy⁴ ha sido una formulación especialmente influyente. Para la exposición de los lineamientos centrales de la interpretación proporcionalista se la seguirá de

⁴ Cf. ALEXY (2007a), (2003).

modo estrecho⁵. En Chile la interpretación proporcionalista ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional desde 2006 y ha sido aducida en 128 casos⁶.

De acuerdo a Alexy, las normas pueden ser divididas entre ‘reglas’ y ‘principios’. Alexy propone esta distinción como una forma de hacer precisa una distinción ya utilizada pero de un modo mucho más vago. Se ha pensado, por ejemplo, que los principios son ‘más generales’ que las reglas o que son más ‘fundamentales’ para el ordenamiento jurídico que las reglas. Sin mayor claridad acerca de qué sea lo ‘fundamental’ o qué grado de generalidad autoriza a hablar de un ‘principio’ en vez de una ‘regla’, estas explicaciones no son muy iluminativas. Señala Alexy:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es 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 lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (Alexy (2007a), pp. 67-68).

Una regla –si es válida– funda un hecho normativo. Un principio, en cambio, aun cuando sea válido, no funda directamente un hecho normativo. Los hechos normativos fundados en un principio van a depender de qué otros principios se encuentren en juego en una situación y qué posibilidades existan de optimización del principio. Esta diferencia se manifiesta de manera especialmente clara cuando se consideran los casos de colisión de normas. Si dos reglas están asignando consecuencias jurídicas incompatibles al mismo supuesto de hecho, entonces una de ellas debe ser válida o aplicable al caso y la otra no. Hay mecanismos para

⁵ Una presentación global también puede verse en WEBBER (2009), pp. 55-86; CLÉRICO (2009); BARAK (2012). Muchos defensores de la interpretación proporcionalista de los derechos fundamentales difieren de la manera en que Alexy la entiende en varios puntos (cf., por ejemplo, BARAK (2012), pp. 5-6, 39-42). Para los propósitos de lo que se desarrolla aquí, sin embargo, estas diferencias no son realmente relevantes.

⁶ Un examen detallado de esta recepción puede consultarse en ARNOLD, MARTÍNEZ ESTAY Y ZÚÑIGA (2012); COVARRUBIAS (2014); ZÚÑIGA (2010); DÍAZ GARCÍA (2011).

resolver estos conflictos de manera que solo una regla sea válida o aplicable. Una regla de mayor jerarquía se impone a las reglas de menor jerarquía. Cuando se trata de reglas de la misma jerarquía, la regla posterior deroga a la anterior que sea incompatible. En otros casos, la regla más particular tiene prevalencia sobre la regla más general. Cuando se trata, en cambio, de la colisión de principios no hay uno solo que deba ser válido mientras que el otro no lo es. Si dos principios están asignando consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto de hecho lo que debe hacerse para resolver el conflicto es efectuar una *ponderación* del peso de tales principios en tal supuesto. El tribunal puede determinar que uno de los principios va a tomar precedencia en el caso, pero en circunstancias diferentes esto se podría revertir. Como explica Alexy:

“Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios –como quiera que solo pueden entrar en colisión principios válidos– tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso” (Alexy (2007a), p. 71).

El principio al que no se asigna precedencia en un caso sigue siendo válido. Los principios, entonces, solo son normas que fundan hechos normativos *prima facie*, esto es, en la medida en que no existan otros principios con los que deba ponderarse el peso relativo de cada uno de ellos. A veces puede suponerse que este carácter *prima facie* de un principio traslada la carga de la argumentación a quien pretenda limitar su aplicación. Es obvio, sin embargo, que esto no sucede en el caso de dos principios en colisión que imponen, del mismo modo, la carga de la argumentación a quien quiera limitar su aplicación. La ponderación que se requiere para que un principio pueda fundar hechos normativos consta de tres pasos, denominados como: (i) el examen de necesidad, (ii) el examen de idoneidad y (iii) la ponderación jurídica propiamente tal⁷. Los pasos (i) y (ii) constituyen el examen de las posibilidades fácticas de optimización del principio. El paso (iii) es el examen de las posibilidades jurídicas de optimización del principio⁸.

⁷ Hay aquí también variaciones en la forma en que estas etapas de examen son entendidas por varios defensores de la interpretación proporcional. Barak, por ejemplo, divide el examen de proporcionalidad en: (i) la evaluación del objetivo propio de la norma que está limitando un derecho fundamental; (ii) la evaluación de la conexión racional entre la limitación a un derecho fundamental y el objetivo buscado por la norma que lo limita (= (ii) arriba); (iii) la necesidad de la limitación al derecho fundamental (= (i) arriba); y (iv) el examen de proporcionalidad *strictu sensu* (cf. BARAK (2012), pp. 243-370). Estas diferencias no son relevantes para lo que se pretende desarrollar en este trabajo.

⁸ Cf. ALEXY (2007a), pp. 91-95, 523-546.

El examen de necesidad tiene que ver con la discriminación del medio que implique afectar menos un principio para la optimización de otro. Supóngase que el estado pretende conseguir el efecto *e* y que está justificado para hacerlo pues debe optimizar el principio P_1 . Al hacerlo, sin embargo, va a estar afectando la optimización del principio P_2 . Si hay dos medios igualmente eficientes para la realización de *e*, sean m_1 y m_2 , entonces debe preferirse aquel de estos medios que afecte en menor medida el interés recogido por P_2 . Como puede apreciarse, entonces, el principio P_1 no genera hechos normativos aquí sino una vez que se ha ponderado qué medio eficaz para la realización del interés recogido en el principio P_1 afecta menos a otros principios. Si, por ejemplo, m_1 implicase afectar en mayor medida que m_2 el principio P_2 , entonces no estaría justificado la adopción de m_1 pues no resulta *necesario* para optimizar P_1 .

El examen de idoneidad tiene que ver con la discriminación del medio que sea apto para la optimización de un principio. Si, por ejemplo, el medio m no es realmente eficaz para conseguir el efecto *de* que se encuentra justificado por el principio P , entonces no hay realmente justificación para adoptar m . Tanto en el examen de necesidad como en el examen de idoneidad no está en cuestión la precedencia de uno de los principios en conflicto respecto del otro. Se trata de armonizar los principios en conflicto considerando qué medios son efectivamente aptos para realizar o resguardar el interés recogido en un principio, o cuáles de entre los medios efectivamente aptos para esto son los que importan una lesión menor a otros intereses recogidos en otros principios.

Cuando se trata del principio de ponderación en sentido estricto, debe examinarse el peso relativo de dos –o más– principios en conflicto. Sean los principios P_1 y P_2 en colisión. Supóngase que no hay cuestión aquí acerca de la idoneidad y la necesidad de lo que se pretende establecer para satisfacer el principio P_1 . La satisfacción propuesta del principio P_1 , sin embargo, afecta o limita la satisfacción del principio P_2 . La ponderación va a consistir en: (a) establecer el grado de satisfacción del principio P_1 prevista; (b) establecer el grado de lesión o afectación de la satisfacción del principio P_2 que generaría la satisfacción prevista de P_1 , y (c) examinar si el peso de la satisfacción del principio P_1 justifica o no la lesión prevista del principio P_2 . Al considerar las circunstancias de la situación –los grados respectivos de satisfacción y afectación de los principios implicados– y el mérito intrínseco de los principios, se establece una *relación de precedencia* entre los principios. Sea la situación *s*. Entonces, un principio P_1 fundará un hecho normativo en *s* de acuerdo a⁹:

⁹ Cf. ALEXY (2007a), p. 75.

[*Precedencia*] Si en la situación *s* el principio P_1 tiene precedencia respecto al principio P_2 , entonces, si de P_1 en la situación *s* se sigue la consecuencia normativa *n*, entonces tiene validez la regla: si *s*, entonces *n*.

Un principio, entonces, puede implicar una regla válida que funda directamente hechos normativos. Esto, sin embargo, depende de la ponderación de precedencia entre los diferentes principios implicados.

Alexy sostiene que se puede formalizar –de algún modo– este mecanismo de ponderación con lo que él denomina “la fórmula del peso”¹⁰. Sean P_i y P_j dos principios en colisión. Sean *Neg* y *Pos* dos funciones que asignan a cada principio un grado de lesión o satisfacción, respectivamente en una situación *s* contemplada. Así $Neg(P_i, s)$ es la función que asigna al principio P_i en la situación *s* el grado de lesión que sufriría el interés representado por el principio P_i en tal situación contemplada. $Pos(P_j, s)$ es, por otra parte, la función que asigna al principio P_j en la situación *s* el grado de satisfacción del interés representado por el principio P_j en tal situación. Los grados de satisfacción o lesión son tres: leve, medio y grave. Pueden ser representados por los números naturales 1, 2 y 3. De este modo, $Neg(P_i, s) = 2$ expresa que el grado de lesión del interés representado por el principio P_i es medio¹¹. La fórmula del peso es la medida del peso relativo de un principio respecto de otro:

$$[\text{Peso}] \quad \text{Peso}(P_i, P_j, s) = Neg(P_i, s) - Pos(P_j, s)$$

El valor de la función *Peso* resulta de la diferencia entre los valores de las funciones *Neg* y *Pos*. Como el valor que tienen *Neg* y *Pos* son números naturales, el valor de *Peso* será un número entero entre -2 y 2. Si el valor es un número positivo (1 o 2), entonces no estará justificada la satisfacción de P_j pues genera una afectación más grave en P_i . Si el valor es un número negativo (-1 o -2), entonces estará justificada la satisfacción de P_j . En caso de que *Peso* tenga valor 0, no hay precedencia de un principio por sobre otro.

Una forma alternativa de fórmula del peso es asignarle a los valores de satisfacción o lesión leve, media y grave los valores 2^0 , 2^1 y 2^2 , respectivamente, esto

¹⁰ Cf. ALEXY (2007a), pp. 535-546; también (2003).

¹¹ La notación utilizada por Alexy es un poco diferente (cf. ALEXY (2007a), pp. 535-536). En vez de *Neg* y *Pos*, Alexy utiliza *I* y *W*. $Pos(P_j, s)$ es expresado por Alexy como “ WP_jC ”, donde *C* es una variable que designa el supuesto de hecho contemplado. $Neg(P_i, s)$ es expresado por Alexy como “ IP_iC ”. La notación utilizada aquí parece más perspicua para clarificar qué es función y qué es argumento.

es¹², los números naturales 1, 2 y 4. Esto permite definir una función *Peso** que sea el cociente entre el valor de las funciones *Neg* y *Pos*. Esto es:

$$[\text{Peso}^*] \quad \text{Peso}^*(P_i, P_j, s) = \frac{\text{Neg}(P_i, s)}{\text{Pos}(P_j, s)}$$

Aquí el valor de la función *Peso** varía entre 4 y 1/4. En los casos en que sea superior a 1 (4 y 2) no estará justificada la afectación del principio P_i , pues la lesión de este principio será más grave que la satisfacción contemplada del principio P_j . En caso de sea inferior a 1 (1/2 y 1/4), estará justificada la satisfacción del principio P_j pues la lesión prevista del principio P_i no es tan grave. En el caso de que sea 1, no podrá establecerse la precedencia de ninguno de los principios sobre el otro.

En estas fórmulas [*Peso*] y [*Peso**] solo se tiene en cuenta el valor relativo que tendría la aplicación de un principio en relación comparativo con otro en un supuesto de hecho concreto. Hay muchas probabilidades de que este examen –si uno va a seguir las suposiciones de Alexy– resulte en un empate. Se prevé también, sin embargo, que el valor ‘concreto’ de un principio en el supuesto de hecho contemplado sea ponderado por el valor ‘abstracto’ del principio. En el proceso de ponderación no solo ha de ser relevante la gravedad o levedad de la lesión o satisfacción de los principios en juego, sino también el valor de un principio considerado por sí mismo. Los principios pueden tener diferente peso en abstracto, con independencia de cuál sea la gravedad o importancia concreta de su afectación o satisfacción. Sea V una función que asigna a cada principio su valor abstracto. Alexy les asigna también un valor triádico: de importancia leve, de importancia media o de importancia grave. Estos valores pueden ser identificados, tal como arriba, con los números naturales 1, 2 y 3, respectivamente, o con los números naturales 2^0 , 2^1 y 2^2 . Se va a seguir la segunda asignación. Por ejemplo, si $V(P_i) = 2^1$, entonces se está representando que el principio P_i tiene en abstracto una importancia media. La fórmula del peso reformada resulta:

$$[\text{Peso}^{**}] \quad \text{Peso}^{**}(P_i, P_j, s) = \frac{\text{Neg}(P_i, s) \times V(P_i)}{\text{Pos}(P_j, s) \times V(P_j)}$$

Cada uno de los términos del cociente en que consiste el valor de *Peso*** varía entre 8 ($2^2 \times 2^2$) y 1 ($2^0 \times 2^0$). Nuevamente, si el valor de *Peso*** es 1 habrá empate

¹² Cf. ALEXY (2003), pp. 365-367.

entre los principios y no podrá establecerse la precedencia de uno en relación al otro. Si el valor es superior a 1, no estará justificada la satisfacción del principio P_j contemplada. Si el valor es inferior a 1, estará justificada la satisfacción del principio P_j contemplada. Alexy incluye también un tercer factor para incluir en cada uno de los términos de la función $Peso^{**}$ que representen el grado de confianza epistemológica que existe respecto de las asignaciones de valor y de afectación o satisfacción de cada uno de los principios. Se trata de valores triádicos también: cierto, probable, no claramente falso. La forma en que esta nueva asignación de modalidades epistémicas incide en la ponderación es la misma que la manera en que opera la función V , por lo que no se insistirá más en ello.

En estas fórmulas se ha presentado cómo podría adjudicarse la ponderación de dos principios en conflicto. ¿Qué sucede, sin embargo, cuando hay más de dos principios en juego en un supuesto de hecho contemplado? La fórmula del peso puede generalizarse para n principios que eventualmente serían afectados o lesionados y n principios que eventualmente se verían satisfechos¹³. La generalización de [$Peso^{**}$] sería:

$$[Peso^{***}] \text{ Peso}^{***}(P_1, \dots, P_n, P_{n+1}, \dots, P_{n+m}, s) = \\ \frac{(Neg(P_1, s) \times V(P_1)) + \dots + (Neg(P_n, s) \times V(P_n))}{(Pos(P_{n+1}, s) \times V(P_{n+1})) + \dots + (Pos(P_{n+m}, s) \times V(P_{n+m}))}$$

Cada uno de los términos del valor de $Peso^{***}$ resulta de la suma de los valores –concreto y abstracto– de los diferentes principios en juego en el supuesto de hecho contemplado. Como puede apreciarse, entonces, un principio podrá tener consecuencias jurídicas y fundar hechos normativos en la medida en que salga exitoso de los procesos de ponderación jurídica y fáctica. En estos procesos se supone que debe hacerse una evaluación de satisfacción o lesión concretas y del valor abstracto de los principios en juego. La evaluación parece muy sencilla, pues las funciones Neg , Pos y V arrojan uno entre tres valores posibles. Pareciera que no se está exigiendo ni de los jueces, ni de los órganos administrativos unas capacidades exorbitantes para ponderar principios en conflicto. En abstracto, además, estas funciones de evaluación podrían tener más valores, incluso un valor real entre 0 y 1, si es que la situación permitiese una ponderación más fina. Estas complicaciones adicionales no son relevantes aquí.

¹³ Cf. ALEXY (2003), pp. 372-374.

Como los principios no tienen directamente como consecuencia hechos normativos, lo que están representando son *intereses* o *valores*¹⁴, esto es, cosas o hechos que se estiman valiosas y cuya satisfacción se considera, en principio, mejor que su no satisfacción. Ningún interés, sin embargo, es por sí mismo un derecho. Los derechos se constituyen solo cuando este interés ha sido cribado por una ponderación fáctica y jurídica. Los catálogos constitucionales de garantías, así como los instrumentos internacionales de derechos humanos son, por lo tanto, simplemente ‘pretensiones’ a derechos, cuya legitimidad concreta no puede ser asegurada a priori. Hay razones que hacen atractivo el enfoque proporcionalista para la interpretación de las normas de derechos fundamentales. Las formulaciones de estas normas en los diferentes enunciados normativos pertinentes suelen ser muy vagas y dejar mucha incertidumbre acerca de qué hechos normativos fundan –si es que fundan alguno. Por ejemplo, el artículo 19 de la CPR establece en su número 25 que todas las personas tienen la libertad de crear y difundir las artes. El mismo artículo en el número 4 señala que la Constitución asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. ¿Qué sucede en el caso de que alguien cree y luego difunda una obra artística que sea injuriosa para la honra de una persona? Si uno toma la disposición del artículo 19 número 25 literalmente, si se trata de una obra artística, entonces el autor tiene derecho a crearla y a difundirla. Punto. Si uno toma la disposición, sin embargo, del número 4 del mismo artículo, toda persona tiene derecho a que se respete su honra. Entonces, el autor de la obra injuriosa no tiene derecho a darle difusión. Ambas disposiciones recogen ‘derechos fundamentales’ y son de la misma jerarquía. No tendría sentido sostener que una ha derogado a la otra. Tampoco tendría sentido sostener que una de ellas es más ‘especial’ que la otra. El arte y el honor son ambas dimensiones básicas de la vida humana en sociedad. ¿Qué puede hacer un tribunal sin declarar inválida una de esas disposiciones? La interpretación proporcionalista parece ofrecer una salida para este tipo de conflictos. El tribunal puede alegar que está aplicando los dos principios en el caso. Que ambos son igualmente válidos y de la máxima jerarquía. Sin embargo, estaría inscrito en la naturaleza de tales normas que no son simples asignaciones de hechos normativos sino ‘principios’. Su carácter obliga al tribunal a hacer una ponderación jurídica y fáctica para determinar qué peso tiene cada principio en el supuesto de hecho.

¹⁴ Cf. WEBBER (2009), pp. 66-68.

2. CONSECUENCIALISMO

Es un presupuesto de la interpretación proporcionalista que todo ‘principio’ puede ser puesto razonablemente en comparación con otro, tanto en concreto como en abstracto. La fórmula del peso precisamente hace eso: compara las lesiones al interés representado por un principio con la satisfacción del interés representado por otro. Compara también en abstracto el valor de un principio en relación con otro. No importa si se trata de la vida, del honor, del arte, de la libertad personal, de la libertad de religión, de expresión o la libertad para desarrollar actividades económicas. La vida, la religión, el arte y la libre circulación de las ideas, por ejemplo, deben ser commensurables entre sí. Cualquiera que esté suficientemente informado y que contemple las cosas humanas con imparcialidad puede dar con la fórmula óptima de realización de todos estos principios. Esto es lo que se espera que haga el juez al que corresponda adjudicar los conflictos de principios, y es también lo que se espera que hagan los órganos administrativos y el legislador. Uno puede aquí protestar que no hay forma de efectuar tal commensuración. No solo se trata de una tarea hercúlea para seres humanos con capacidades cognitivas finitas. Ni siquiera Dios podría hacerlo. También se ha criticado a la interpretación proporcionalista por otras razones¹⁵ como, por ejemplo, la incerteza en que deja a los agentes del tráfico jurídico, el poder que entrega a los jueces para intervenir hasta en las áreas más abstrusas de las diferentes políticas públicas o la limitación a los principios democráticos que implica el que los jueces estén corrigiendo a legisladores elegidos por sufragio popular. Aquí la atención estará puesta, sin embargo, en la conexión sistemática que tiene la teoría de la interpretación proporcionalista con teorías éticas de un carácter mucho más general.

¿Por qué debería ser relevante la teoría ética para la cuestión de cómo deban interpretarse ciertas normas jurídicas? Después de todo, alguien podría objetar, el ordenamiento jurídico no es un departamento de la moral. Los problemas sobre cómo deban interpretarse las normas de derechos fundamentales serían cuestiones técnicas que requieren un tratamiento específico –y autónomo– de la ‘ciencia jurídica’. Sin embargo, por más que los jueces no quieran ser otra cosa que la ‘boca que pronuncia las palabras de la ley’, no pueden limitarse a repetir los enunciados normativos para resolver los conflictos que se les presen-

¹⁵ Cf. BERNAL PULIDO (2007), pp. xxxviii-xlv; WEBBER (2009); BARAK (2012), pp. 481-492. En Chile la recepción de la interpretación proporcionalista también ha sido criticada por estos motivos. Cf. ARNOLD, MARTÍNEZ ESTAY Y ZÚÑIGA (2012); COVARRUBIAS (2012).

tan. Ciertamente, no pueden hacerlo cuando se trata de las normas de derechos fundamentales. Se ha debido apelar a la interpretación proporcionalista precisamente porque atenerse meramente a los enunciados normativos contenidos en las constituciones y en los instrumentos de derechos humanos no ha sido suficiente para resolver los casos que se les presentan para su resolución. Y la interpretación proporcionalista no está consignada en las constituciones o en esos instrumentos internacionales de derechos humanos. Al utilizarla, los jueces no están aplicando normas válidas del ordenamiento jurídico. ¿Por qué razón, entonces, podrían estar los jueces legitimados en interpretar las normas de derechos fundamentales tal como lo recomienda la interpretación proporcionalista? He aquí una explicación: porque creen que lo que justifica la lesión a ciertos intereses es la satisfacción de otros intereses con los que puedan ser compensados¹⁶. Porque creen que los intereses pueden ser ‘ponderados’ entre sí racionalmente. Un ‘interés’ es algo que alguien estima valioso o bueno. Si uno cree que la lesión a un interés puede ser compensada por la satisfacción de otro interés, entonces uno cree que ciertos bienes compensan la ausencia de otros. La ausencia de un bien es un mal. Luego, si uno cree que la lesión a un interés puede ser compensada por la satisfacción de otro interés, uno cree que los males pueden ser compensados por bienes. La ‘ponderación’ de principios en conflicto en un supuesto de hecho es la búsqueda del mayor bien para el mayor número de personas implicadas en tal supuesto de hecho. Por supuesto, los jueces podrían aceptar la interpretación por cualquier otro motivo o sin ningún motivo. Podrían ser completamente irracionales al aplicar el modelo de interpretación proporcionalista. Si se trata de buscar, sin embargo, una *justificación racional* de este modelo de interpretación, esta justificación debe consistir, al menos en parte, en el hecho de que los bienes o intereses en conflicto cuando se trata de aplicar las normas de derechos fundamentales pueden ser commensurados o comparados entre sí. Esto es, si está justificada la interpretación proporcionalista de los derechos fundamentales, entonces los bienes e intereses en juego en un caso de conflicto deben poder ser ‘ponderados entre sí’. Hay teorías éticas muy conocidas que precisamente descansan en supuestos como estos. La interpretación proporcionalista ofrece un caso del tipo de razonamiento que se ha recomendado muchas veces en estas posiciones.

¹⁶ Se han presentado una serie de justificaciones para la proporcionalidad que la integrarían como parte del sistema jurídico, pero no parecen sino asumir que la proporcionalidad estaría inscrita en el contenido de los principios (cf. BARAK (2012), pp. 211-241).

De un modo general, una teoría ética debe constar de una teoría del bien o de los bienes y una teoría de lo correcto. La teoría del bien es la identificación de aquellos estados de cosas, hechos o propiedades¹⁷ que son dignos de buscarse o conseguirse, o que son tales que es deseable querer participar de ellos. La teoría de lo correcto es la especificación de qué es lo que debe hacer un agente moral para actuar del modo debido en la consecución de tales bienes¹⁸. Una teoría ética es *consecuencialista* si satisface los siguientes requerimientos para la evaluación de la corrección moral de las acciones: (a) toda alternativa de acción abierta para un agente tiene como valor la instanciación de propiedades valiosas en el mundo posible¹⁹ que llegaría a ser efectivo en virtud de tal acción, y (b) el valor moral de una acción es solamente el valor del mundo posible que haría efectivo²⁰. Esto es, se trata de una concepción en donde el valor de una acción es únicamente el valor del conjunto de consecuencias que esa acción trae consigo, consideradas de un modo impersonal. Los mundos posibles que pueden resultar de las diferentes alternativas de acción tienen un valor intrínseco no-moral. El valor moral de una acción es su aptitud instrumental para la realización de esos mundos posibles. En primer lugar hay un *ranking* de mundos posibles de acuerdo a su valor intrínseco. En segundo lugar, la acción moralmente correcta es aquella eficiente para la realización del mundo posible que figure más alto en el *ranking*. Una acción podrá ser comparada moralmente con otra de acuerdo a los mundos posibles que esas acciones realicen, pues es moralmente mejor aquella acción que realiza el mundo posible con mejor *ranking*. La moralidad de una acción tiene que ver, entonces, solo con lo que arroje un cálculo estratégico de eficiencia.

Las teorías éticas consecuencialistas contrastan con las teorías denominadas usualmente ‘deontologistas’. Es deontologista toda teoría en donde la corrección

¹⁷ La instanciación de una propiedad es un hecho o estados de cosas. De un modo general, los estados de cosas o hechos tienen valor por las propiedades que instancian. No se presupone aquí ninguna concepción especial acerca de qué sea una ‘propiedad’ desde el punto de vista ontológico. Es el carácter de un objeto o de varios objetos –si es que se trata de una relación– en virtud del cual es verdadero predicar algo de tal objeto u objetos.

¹⁸ Cf. PETTIT (1991), pp. 95-97; RAWLS (1971), pp. 23-27.

¹⁹ Un ‘mundo posible’ es una forma en que podrían ser las cosas, aunque no sea la forma en que son de hecho las cosas. Cualquier acción genera consecuencias –es más, parece razonable sostener que actuar es generar consecuencias. Las consecuencias de una acción hacen que el mundo sea, aunque solo en una pequeña medida, diferente de cómo hubiese sido si la acción no se hubiese realizado. Hay una forma en que el mundo es si es que la acción que se realiza difiere de la forma en que el mundo sería si no se hubiese realizado. Tal forma en que un mundo podría ser es lo que se denomina aquí un ‘mundo posible’.

²⁰ Cf. PETTIT (1991), p. 98; (1993), p. xiii; SCHEFFLER (1988a), pp. 1-3; SCHEFFLER (1993), pp. 1-5; SINNOTT-ARMSTRONG (2011), § 2.

moral de una acción no dependa solamente de cuáles sean sus consecuencias. Interesa aquí también el *tipo* de acción que se realiza, pues hay restricciones ‘centradas en el agente’ (*agent-centred*) para los tipos de acción que pueden moralmente realizarse. Ciertas acciones por la especie de acción de que se trata están moralmente prohibidas sin importar las consecuencias que se quieran conseguir mediante ellas y que, además, sea presumible esperar que la acción realizará. Por ejemplo, un deontologista típicamente sostendrá que siempre es moralmente incorrecto matar a un inocente. Un consecuencialista puede considerar circunstancias en las que el curso de acción que asegure el mejor mundo posible sea precisamente matar a un inocente. Supóngase que hay una persona sana en un hospital y sus órganos son los únicos compatibles para salvar la vida de otras cuatro personas que requieren, de manera urgente, trasplantes de hígado, corazón, ambos riñones y pulmón, respectivamente. La muerte de la persona sana permite salvar cuatro vidas. Respetar, en cambio, la vida de la persona sana implica un resultado de cuatro muertes. Si se considera la cuestión desde una perspectiva impersonal, los mundos posibles con cuatro personas vivas están más arriba en el *ranking* que los mundos donde solo hay una persona viva. Entonces, aunque el consecuencialista puede admitir que, por lo general, la forma de lograr los mundos posibles con mejor *ranking* evaluativo será no matando inocentes, no puede suponerse que –de por sí– siempre el respeto de la vida del inocente sea la forma más eficiente de optimizar el valor. Es más, cualquiera sea la forma en que se evalúen los mundos posibles, para *todo* tipo de acción hay circunstancias posibles en que una de ese tipo es la acción moralmente correcta, por ser, en tales circunstancias, la acción más eficiente para optimizar el valor²¹.

La forma más conocida de consecuencialismo es el utilitarismo, que, en su forma clásica, fue propuesta por Bentham, Mill y Sidgwick. El bien se identifica con el placer y el mal con el dolor. La maximización del bien es la maximización del mayor placer y la minimización del dolor para el mayor número de personas²². Los placeres y dolores pueden ser ponderados entre sí por su inten-

²¹ Con la excepción de, tal vez, ciertas acciones descritas como ‘optimizar el valor’. Es obvio que nunca una acción de ‘optimizar el valor’ puede no optimizar el valor.

²² Señala Mill: “El credo que acepta como fundamento de la moral la ‘utilidad’ o el ‘principio de la mayor felicidad’ sostiene que las acciones son correctas en cuanto tienden a promover la felicidad, incorrectas en cuanto tienden a producir lo contrario de la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y por su ausencia el dolor [...] el placer y la liberación del dolor son las únicas cosas deseables como fines; y todas las cosas

sidad, su duración y por su ‘extensión’, esto es, por el número de personas que los poseen²³. Mill añade a esta idea matriz un *ranking* de placeres de diferente peso intrínseco. Uno puede asignarle un *ranking* más alto a los placeres del espíritu –como el arte y la amistad– que a formas de placer más bajas²⁴. Una acción es moralmente correcta si es que es eficiente para generar el mundo posible con mayor placer –medido en intensidad, duración y extensión– y menor dolor –medido también en intensidad, duración y extensión. Las teorías que se han inscrito después en la tradición del pensamiento utilitarista han relajado muchos aspectos de la teoría utilitarista clásica. En primer lugar, hay grandes diferencias entre las concepciones consecuencialistas acerca de qué deba contar como un bien o un mal que deba ser maximizado o minimizado. Si, tal como se ha indicado, en el utilitarismo clásico se ha pensado que las únicas dimensiones relevantes para el bien humano son el placer y el dolor, en las teorías posteriores este requerimiento se ha relajado para incluir todo aquello que se considere relevante para el florecimiento humano entendido de un modo más amplio. Las personas tienen ‘preferencias’ que quieren que sean satisfechas. Estas preferencias pueden tener que ver con experiencias subjetivas placenteras o con experiencias subjetivas dolorosas, pero pueden también no tener que ver con experiencias subjetivas de ningún tipo²⁵. Puede ser una preferencia ampliamente compartida en una sociedad, por ejemplo, que los niños tengan una buena educación, aunque esto no esté correlacionado con experiencias subjetivas de nadie. En economía se suele pensar en los agentes económicos como guiados por una ordenación

deseables (que son tan numerosas para el utilitario como en cualquier otra teoría) son deseables, ya sea por el placer inherente en ellas, o como medios para la promoción del placer y la prevención del dolor”. MILL (1863), p. 33.

²³ Cf. BENTHAM (1789), pp. 17-18.

²⁴ Cf. MILL (1863), pp. 50-56.

²⁵ Es más, hay muy buenos motivos para sostener que *nunca* es el placer lo buscado directamente por los agentes. Supóngase que se construyese una máquina de placer en la que, si uno se conecta, solo tendrá experiencias placenteras y ninguna experiencia dolorosa por el resto de la vida. Uno queda sumergido en una cubeta conectado a una super-computadora que genera señales electroquímicas indiscernibles de las que uno tendría si estuviese en vigilia consciente. Si uno quisiera ser un gran artista, uno tendrá la experiencia como si hubiese hecho una obra maestra. Si uno quisiera tener mucho poder, uno tendrá la experiencia como si uno gobernase el planeta completo. Supóngase que a uno le ofreciesen conectarse a la máquina por el resto de la vida. ¿Estaría uno dispuesto a hacerlo? (cf. NOZICK (1974), p. 43). La intuición general es que no. Pareciese que lo que uno quiere es *hacer* una obra de arte, no tener la experiencia como si uno hubiese hecho una gran obra de arte, o *tener* poder, no tener la experiencia como si uno tuviese mucho poder, etcétera.

de preferencias que explica su conducta. Matemáticamente, las preferencias se representan como un conjunto ordenado satisfaciendo ciertos requerimientos formales –y bastante idealizados– de, por ejemplo, completitud²⁶ y transitividad²⁷. Un consecuencialista suficientemente ilustrado sostendrá que lo que debe ser maximizado por la acción es la satisfacción de las funciones de preferencia del mayor número de personas. Algunos consecuencialistas sofisticados incluyen también entre los bienes que deben ser maximizados ‘capacidades’²⁸. Así, lo que debe ser maximizado no es solamente la obtención de ciertos bienes y evitar ciertos males, sino que también el hecho de que las personas tenga abierto un espacio de posibles satisfacciones de preferencias. Tal como se puede apreciar, entonces, la concepción estrecha del bien de los utilitaristas clásicos se ha modificado de manera considerable.

Las posiciones consecuencialistas también varían en relación a la localización de qué sea lo que debe tener la aptitud maximizadora del bien. En sus formulaciones tradicionales, lo que interesa es que la *acción* tenga la aptitud de generar el mayor bien para el mayor número. Hay versiones posteriores, sin embargo, donde se ha sostenido que no es necesario que cada acción en particular sea eficiente para maximizar el bien, pues bastaría que la acción sea efectuada en conformidad con una *regla* que sea eficiente para maximizar el bien²⁹. Otros, en cambio, han sostenido que lo relevante es que la acción sea realizada en virtud de *motivaciones* que sean eficientes para maximizar el bien³⁰. De este modo, una acción en particular podría no ser por ella misma eficiente, pero estará moralmente justificada en la medida en que las motivaciones que la explican sean de tal carácter que determinen habitualmente acciones que sí lo son. Hay muchas otras diferencias de detalle que no interesa discutir para los propósitos de este trabajo.

Son un rasgo común en todas estas diferentes posiciones las tesis centrales indicadas más arriba: hay una teoría acerca de qué es bueno o valioso. Los mun-

²⁶ Cf., por ejemplo, HARSANYI (1978). Sea la relación de preferencia ‘≤’. Entonces, el requerimiento de completitud consiste en que, para todo agente, si se le presentan dos opciones cualesquiera *a* y *b*, entonces o bien *a* ≤ *b*, o bien *b* ≤ *a*, o ambas (en cuyo caso el agente es ‘indiferente’ frente a *a* y *b*).

²⁷ Esto es, para todo agente, si se le presentan tres opciones cualesquiera *a*, *b* y *c*, vale que: si *a* ≤ *b* y *b* ≤ *c*, entonces *a* ≤ *c*.

²⁸ Cf. SEN (1982), pp. 199-203.

²⁹ Cf. BRANDT (1965).

³⁰ Cf. ADAMS (1976).

dos posibles –que son accesibles mediante el despliegue de nuestra actividad libre– son evaluados conforme a este patrón. Se conforma una ordenación de estos mundos de acuerdo a qué tanto valor realicen. Las acciones –o, eventualmente, las reglas o las motivaciones– serán moralmente evaluadas en cuanto sean eficientes para hacer que sean efectivos o actuales mundos posibles en una posición más alta en la ordenación³¹. No interesa qué tipo de acción se esté ejecutando. No importa qué tipo de resortes causales se pongan en ejecución, qué cosa sea lo que se ha hecho directamente y qué cosa sean consecuencias colaterales de la acción directamente intencionada. Todo lo que interesa son la totalidad de las consecuencias que tenga un acto –o una regla o una motivación– o, si se quiere, cuál sea la totalidad de consecuencias previstas de los actos. Es mejor acción la que tiene mejores consecuencias. Es peor acción la que tiene peores consecuencias.

En abstracto, uno podría concebir una forma de consecuencialismo formalmente coherente que aceptase las dos tesis centrales indicadas arriba –(a) los mundos posibles accesibles a la acción son valiosos por las propiedades que instancien y (b) las acciones son moralmente buenas si son eficientes para hacer efectivos mundos valiosos– sin admitir que los mundos posibles admitan ser ordenados de acuerdo a si son mejores o peores. Se trataría de una forma especialmente radical de pesimismo ético o de escepticismo ético. En una teoría de este tipo, la única forma de evaluar moralmente una acción es por su eficiencia para producir ciertas consecuencias, pero no hay cómo evaluar tales consecuencias, ya sea porque no tenemos cómo saber qué consecuencias son peores o mejores o ya sea porque no hay hechos acerca de qué mundos posibles son mejores o peores –por lo que, luego, no hay nada que pueda ser conocido acerca de tales hechos putativos–. Ningún consecuencialista estaría inclinado a defender una teoría de este estilo, sin embargo. El consecuencialismo se presenta como una teoría que ofrece soluciones a las cuestiones morales, no como una teoría que muestra cómo es que ningún problema moral tiene solución. En todas las posiciones consecuencialistas, por esto, se ha postulado que los bienes y los males –comoquiera que sean concebidos– pueden ser commensurados entre sí.

³¹ Una de las muchas cuestiones que han sido debatidas entre los consecuencialistas es si lo que se requiere de una acción –o una regla o una motivación– es que sea eficaz para generar el *mejor* de los mundos posibles de acuerdo al *ranking* o si basta con que sea eficiente para generar un mundo posible *suficientemente bueno* de acuerdo a este mismo *ranking*. No es necesario que sea el mundo ubicado en el primer lugar; basta con que se encuentre por encima de cierta cota mínima. Cf. SLOTE (1984).

La distribución de bienes y males en un mundo posible admite asignarle un valor global en donde bienes y males sean compensados³². Este ‘valor neto’ de un mundo admite luego ser comparado con el ‘valor neto’ de otros mundos que resultarán mejores o peores. La posibilidad de ponderación de los bienes y los males entre sí no es un requerimiento para la coherencia de una teoría consecuencialista, pero sí es un requerimiento para que se trate de una teoría *ética* de valor práctico, esto es, una teoría que pueda proponerse como ofreciendo los criterios para resolver los problemas éticos y políticos.

3. “PONDERACIÓN” DE DERECHOS

Tengo la esperanza de que en este punto las consideraciones que se han hecho en relación a las teorías éticas consecuencialistas hayan tornado más o menos evidente la conexión que existe con la interpretación proporcionalista de las normas de derechos fundamentales. Considérese nuevamente cómo se propone que deben resolverse las cuestiones que surgen a propósito de la aplicación de tales normas. Supóngase que un órgano del estado decide otorgar potestades a un servicio de inteligencia para que conduzca intervenciones masivas de comunicaciones y pueda practicar torturas para conseguir información útil. Al otorgar estas potestades, el órgano respectivo está pretendiendo resguardar ciertos bienes que se encuentran garantizados por normas de derechos fundamentales. Supóngase que hay un grupo terrorista que ataca de manera indiscriminada a personas inocentes. Al disponer estas medidas se está pretendiendo proteger la vida de estas personas. Todas estas personas tienen derecho a la vida –por ejemplo, tal como lo dispone el artículo 19 Nº 1 inciso primero de la CPR– y el estado está procurando resguardar este ‘interés’. También hay normas del mismo rango, sin embargo, que otorgan derecho a la privacidad, a la integridad física y psíquica y que prohíben la aplicación de ‘apremios ilegítimos’. El mismo artículo 19 Nº 1 inciso primero de la CPR dispone que todas las personas tienen derecho a la integridad física y psíquica, y en su inciso cuarto prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo. El artículo 19 Nº 5 garantiza la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Es efectivo que en este mismo numeral se dispone que los documentos y las comunicaciones privadas pueden interceptarse, abrirse o registrarse en casos

³² Hay posiciones consecuencialistas moderadas en las que se admite que hay casos en donde no se puede resolver un dilema moral simplemente por la ponderación del valor neto de las alternativas en liza. No se trata de casos, sin embargo, en donde no existan valores netos que admitan comparación, sino de que no es siempre realmente conveniente un examen detallado de los valores netos de tales alternativas. Cf. RAILTON (1984).

fijados por una ley, pero se supone que estas normas legales no pueden afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Esto, en efecto, es lo que dispone el artículo 19 Nº 26 de la CPR, cerrando la nómina de derechos fundamentales. También se podría sostener que lo prohibido por el artículo 19 Nº 1 inciso cuarto de la CPR es la aplicación de apremios ‘ilegítimos’, pero si un tipo de apremio es permitido por ley, entonces se trataría de una forma de apremio ‘legítimo’. Nuevamente, sin embargo, el Nº 26 del mismo artículo garantiza que los derechos no pueden ser afectados en su esencia ni impedir su libre ejercicio. La interpretación proporcionalista recomienda en una situación como esta que las diferentes normas en conflicto –o en aparente conflicto– sean ponderadas entre sí. El ‘derecho’ a la vida debe, entonces, ser ponderado en relación con el ‘derecho’ a la privacidad y el ‘derecho’ a no ser torturado. Cada una de las normas está recogiendo ciertos intereses que los jueces y los diferentes órganos estatales, en general, deben intentar maximizar. Debe procurarse el mayor resguardo posible de la vida para el mayor número, así como el mayor resguardo de la privacidad y el menor número de torturas que sea posible. La combinación más eficiente que debe buscarse es la que consiga el óptimo de mayor número personas vivas, mayor número de personas cuya privacidad no ha sido violada y menor número de torturas. En el caso de la vida no hay graduación posible en los resultados, pues uno o está vivo o no lo está, pero en el caso de la privacidad y la tortura sí se admiten –en abstracto– graduaciones entre mayor o menor privacidad o entre torturas más o menos severas. Lo óptimo es tener mayor privacidad y tener menos torturas o torturas más leves. Este óptimo se obtiene, si se sigue la fórmula del peso o algo semejante, mediante una valoración abstracta del peso relativo de cada principio y mediante la valoración de la gravedad de la satisfacción o la lesión a cada uno de los ‘intereses’ en juego.

Pues bien, por más importancia que se asigne en abstracto a uno de estos ‘intereses’, hay un grado crítico de satisfacción de cualquier otro interés recogido en otra norma de derechos fundamentales que hace justificada su lesión. O, al revés, para cualquier interés hay un grado crítico de satisfacción que hace justificada la lesión de cualquier otro interés recogido en otra norma de derechos fundamentales. Si se pondera la vida en relación a la privacidad, aunque en abstracto uno pudiese darle mayor valor abstracto a la vida, hay un grado crítico de satisfacción de la privacidad o de lesión de la privacidad que hace justificado producir que personas no vivan, es decir, matar personas. Del mismo modo, si se pondera la vida en relación a la tortura, hay un grado crítico de vidas humanas que hace justificado torturar personas. Si el procedimiento de ponderación tiene

algún sentido, debe valer para un número n determinado que la perspectiva de la muerte de n personas hace legítimo torturar. En el caso hipotético considerado de un servicio de inteligencia que debe combatir terroristas, una corte debería hallar algo así como que no será legítimo aplicar torturas para obtener información si es que se presume –con las cualificaciones que se quiera– que hay una amenaza para la vida de, por ejemplo, menos de cien personas. Si se presume que pueden morir cien o más personas, entonces es legítimo torturar.

Sucede, por lo tanto, que lo que recomienda la interpretación proporcionalista es tratar a las normas de derechos fundamentales no como prohibiendo cierto tipo de actos, sino como señalando ciertos valores que deben ser maximizados. No se trata, por ejemplo, de que esté prohibido matar a un inocente, sino que debe maximizarse el número de personas vivas y minimizarse las muertes. No se trata de la prohibición de la tortura, se trata de que deben minimizarse las torturas, ya sea en número o en ‘intensidad’. Lo que interesa son solamente las consecuencias de las acciones o decisiones objeto de consideración, esto es, cuántas muertes se han evitado, cuánta privacidad ha sido preservada de intromisiones, cuantas torturas han resultado y qué tan intensas. Las diferentes alternativas deben ser evaluadas globalmente de acuerdo al grado de realización de estos ‘valores’. Se trata, por lo tanto, de un esquema de racionalidad consecuencialista: (a) solo son valorados los mundos posibles que resultarían de las diferentes alternativas abiertas a la acción –aquí las ‘acciones’ pueden ser reglas administrativas, leyes o acciones de personas particulares–, por qué ‘intereses’ estén ahí realizados y en qué medida, y (b) el valor de las acciones es el valor de sus consecuencias y solamente el valor de sus consecuencias.

Si uno considera la cuestión formalmente y de un modo bastante abstracto, parecería compatible sostener que la interpretación de las normas de derechos fundamentales debe efectuarse tal como lo recomienda la teoría proporcionalista, pero sin aceptar de manera general el consecuencialismo como mecanismo de evaluación moral de toda acción o estado de cosas. En abstracto, uno podría sostener que el consecuencialismo se acepta de un modo solo local para los valores recogidos en estas normas, pero no en otras áreas del ordenamiento jurídico. Es difícil, sin embargo, hacer verosímil una limitación de este tipo cuando se trata de las normas de derechos fundamentales. La marcada coincidencia que se aprecia en estos catálogos de derechos en todas las jurisdicciones parece tener que ver con el hecho de que recogen aspectos que se consideran constituyentes básicos del bien humano. Parecen constituyentes de una vida humana lograda –por supuesto– la vida, la integridad física, la autonomía para poder desarrollar los propios proyectos en el trabajo y en iniciativas de servicio, el conocimiento de

la verdad y la apreciación de la belleza –lo que supone la libertad de expresar los propios pensamientos– y la religión –lo que supone la libertad para rendir culto público–, entre otras cosas. Las normas de derechos fundamentales parecen estar cautelando precisamente tales bienes básicos³³. Por supuesto, no es posible hacer aquí una defensa completa de esta perspectiva. La cuestión aquí, sin embargo, es que una interpretación proporcionalista de las normas de derechos fundamentales parece muy cercana a una teoría consecuencialista general del bien humano. Incluso si uno acepta la distinción de Alexy entre reglas y principios, si cualquier regla tiene alguna justificación ética y política, esta justificación tendría que ser consecuencialista. *Todas* las reglas del ordenamiento jurídico, entonces, tendrían que ser vistas como el resultado de un proceso de ponderación de intereses. Estas reglas estarán justificadas si han resultado de una ponderación correcta. En caso contrario, no lo estarán. Por lo demás, es difícil pensar en algún área donde una regla no tenga alguna incidencia, por pequeña que sea, en intereses que estarían recogidos por alguna norma de derechos fundamentales. Un reglamento para la tenencia responsable de mascotas, por considerar un ejemplo, tendrá que ver con la optimización de la vida y la integridad física de personas que podrían ser atacadas, la libertad personal y la propiedad, entre otros. La interpretación proporcionalista, entonces, no parece poder quedar contenida como una cuestión local acerca de cómo deban ser interpretadas unas cuantas normas del ordenamiento jurídico. El proporcionalismo infecta todas las áreas del ordenamiento y trae consigo una concepción consecuencialista generalizada para la evaluación jurídica de acciones y estados de cosas.

4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Hay muchos motivos para rechazar el consecuencialismo como teoría ética general. No es este el momento de hacer una presentación detallada de todos esos motivos. Choca frontalmente contra nuestras intuiciones morales de sentido común. El consecuencialismo parece una posición que asume conscientemente el punto de vista que ordinariamente se asocia con la *inmoralidad*: pensar que el fin justifica cualquier medio. Se supone que hay un grado óptimo de satisfacción de otros intereses que hubieran justificado el genocidio en Auschwitz. Hay mundos posibles donde Stalin y Hitler son dignos de alabanza por haber hecho lo que moralmente era requerido de acuerdo a algún cálculo consecuencialista.

³³ Cf. para este enfoque, FINNIS (2011), pp. 59-99, 198-230.

El consecuencialismo presupone, tal como se ha explicado, que todos los bienes y males pueden ser comparados y compensados entre sí. Todas estas comparaciones de valores o intereses tan disímiles entre sí son, por lo menos, extremadamente sospechosas. Si no hay realmente forma de ponderar entre sí estos intereses, entonces la interpretación proporcionalista, lejos de ser una receta para resolver los conflictos jurídicos de un modo racional, son una mascarada de irracionalidad. No es difícil imaginar que ponderaciones fantasiosas de derechos puedan convertirse rápidamente en imposturas para las agendas de la *Realpolitik*. Yo no tengo ninguna duda de que el consecuencialismo es sencillamente falso.

No se pueden explorar aquí todas estas cuestiones. Lo que sí debe hacerse notar en este punto es que no se puede simplemente suponer que la interpretación proporcionalista es *la forma* de interpretar las normas de derechos fundamentales. Si un juez pretende aplicar un mecanismo de ponderación de este tipo, debe dar razones acerca de por qué descansa en una forma de consecuencialismo acerca del bien humano. Y el consecuencialismo no está sancionado ni en la Constitución, ni en un tratado internacional. El consecuencialismo no es derecho vigente. Si hay razones para sostenerlo, no tienen que ver con una disquisición sistemática acerca del ordenamiento jurídico, sino que tendrán que ver con la misma naturaleza de las cosas, con lo que hace realmente una acción moralmente correcta o incorrecta, tendrán que ver con qué sea realmente el bien humano. No es motivo tampoco para adoptar una interpretación proporcionalista algún argumento de autoridad. En las prácticas de justificación y argumentación jurídicas es frecuente apelar a la autoridad de las normas o los precedentes. Esto hace que exista también una cierta tendencia a tratar la doctrina como si fuese una norma autoritativa. No lo es. Si uno está justificado en apelar a la doctrina de un tratadista, por prestigioso que sea, tendrá que ser porque hay razones para aceptar su punto de vista. Son estas razones las que podrán, eventualmente, ser una justificación razonable para la decisión adoptada y no el hecho de que tal opinión haya sido suscrita por alguien.

La interpretación de las normas de derechos fundamentales son una muestra de cómo la idea de un ordenamiento jurídico depende de una concepción mucho más general de la racionalidad práctica en donde puede tener sentido. La interpretación proporcionalista debe ser vista como un programa de interpretación jurídica fundada en una concepción general consecuencialista del bien humano. Sin una mayor claridad acerca de las cuestiones de teoría ética fundamental, tampoco será posible clarificar la pertinencia de la interpretación proporcionalista. Quien alegue su pertinencia debe justificar por qué debemos aceptar el consecuencialismo como criterio de evaluación moral.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADAMS, Robert M. (1976): “Motive Utilitarianism”, en *The Journal of Philosophy* 73, 467-481.
- ALEXY, Robert (2003): “La fórmula del peso”, en ALEXY (2007b), pp. 349-374. Publicado originalmente como “Die Gewichtsformel” en JICKELI, Joachim, et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (Berlín: De Gruyter), pp. 771-792.
- ALEXY, Robert (2007a): *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido de *Theorie der grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986 y del *postscript* a la traducción al inglés de 2002 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2007b): *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Carlos Bernal Pulido de *Theorie der juristischen argumentation. Die theorie des rationalen diskurs als theorie der juristischen begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1978 con un *addendum* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
- ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (10 Nº 1), pp. 65-116.
- BARAK, Aharon (2012): *Proportionality. Constitutional rights and their limitations* (Cambridge: Cambridge University Press).
- BENTHAM, Jeremy (1789): *Introduction to the principles of morals and legislation*, edited by J.H. Burns (Oxford: Clarendon Press), 1996. Selección reimpressa en DARWALL (2003), pp. 11-31. Se cita por esta última versión.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): “Estudio introductorio”, en Alexy (2007a), pp. xxv-lxxx.
- BRANDT, Richard (1965): “Toward a credible form of utilitarianism”, en CASTAÑEDA, Héctor-Neri y NAKHNIKIAN, George (eds.), *Morality and the language of conduct* (Detroit: Wayne State University Press), pp. 107-143. Reimpreso en DARWALL (2003), pp. 207-235. Se cita por esta última versión.
- CLÉRICO, Laura (2009): *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Eudeba).
- COVARRUBIAS, Ignacio (2012): “La desproporción del test de proporcionalidad. Aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho* (39 Nº 2), pp. 447-480.

- COVARRUBIAS, Ignacio (2014): “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?”, en *Estudios Constitucionales* (12 Nº 1), pp. 163-237.
- DARWALL, Stephen (ed.) (2003): *Consequentialism* (Oxford: Blackwell).
- DÍAZ GARCÍA, L. Iván (2011): “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (36 Nº 1), pp. 167-206.
- FINNIS, John (2011): *Natural law and natural rights* (Oxford: Oxford University Press).
- HARSANYI, John C. (1978): “Bayesian decision theory and utilitarian ethics”, en *The American Economic Review* (68), pp. 223-228. Reimpreso en DARWALL (2003), pp. 197-206. Se cita por esta última versión.
- MILL, John Stuart (1863): *Utilitarianism*, edited by George Sher (Indianapolis: Hackett), 1979. Selección reimpresa en DARWALL (2003), pp. 32-63. Se cita por esta última versión.
- NOZICK, Robert (1974): *Anarchy, state, and utopia* (Oxford: Blackwell).
- PETTIT, Philip (1991): “Consequentialism” en SINGER, Peter (ed.), *A companion to ethics* (Oxford: Blackwell), pp. 230-240. Reimpreso en DARWALL (2003), pp. 95-107. Se cita por esta última versión.
- PETTIT, Philip (1993): “Introduction”, en *Consequentialism* (Aldershot: Dartmouth), pp. xiii-xix.
- RAILTON, Peter (1984): “Alienation, consequentialism and the demands of morality”, en *Philosophy and Public Affairs* (13), pp. 134-171.
- RAWLS, John (1971): *A theory of justice*, Cambridge (Mass.: Harvard University Press).
- SCHEFFLER, Samuel (1988a): “Introduction”, en SCHEFFLER (1988b), pp. 1-13.
- SCHEFFLER, Samuel (ed.) (1988b): *Consequentialism and its critics* (Oxford: Oxford University Press).
- SCHEFFLER, Samuel (1993): *The rejection of consequentialism. a philosophical investigation of the considerations underlying rival moral conceptions* (Oxford: Clarendon Press).
- SEN, Amartya (1982): “Rights and agency”, en *Philosophy and Public Affairs* 11 Nº 1. Reimpreso en SCHEFFLER (1988), pp. 187-223. Se cita por esta última versión.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (2011): “Consequentialism”, en ZALTA, Ed (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. [Fecha de consulta: 26 de agosto de 2014] [Disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism>].

- SLOTE, Michael (1984): “Satisficing consequentialism”, en *Proceedings of the Aristotelian Society* (58), pp. 139-163.
- WEBBER, Gregoire (2009): *The negotiable Constitution. On the limitation of rights* (Cambridge: Cambridge University Press).
- WENAR, Leif (2011): “Rights”, en ZALTA, Ed (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. [Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2014] [Disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/rights>].
- ZÚÑIGA, Yanira (2010): “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Ius et Praxis* (16 Nº 2), pp. 249-272.