

# INCONMENSURABILIDAD DE LOS VALORES BÁSICOS Y PROPORCIONALISMO. PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE LA INTERPRETACIÓN PROPORCIONALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

## *INCOMMENSURABILITY OF BASIC VALUES AND PROPORTIONALISM. PHILOSOPHICAL PRESUPPOSITIONS OF THE PROPORTIONALIST INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

JOSÉ TOMÁS ALVARADO MARAMBIO\*

**RESUMEN:** La interpretación proporcional de los derechos fundamentales los comprende como principios de maximización. Ningún principio tiene consecuencias jurídicas directas. Las consecuencias jurídicas que se siguen de una norma de derecho fundamental dependen de los otros principios con los que pueda estar en conflicto. Es una presuposición de esta interpretación que el 'interés' o 'valor' representado por una norma debe ser conmensurable con cualquier otro valor. Se argumenta aquí que hay razones muy fuertes para dudar de que exista tal conmensuración. Incluso concediendo la conmensuración entre los valores básicos alegada por el defensor de la interpretación proporcional, hay modelos en los que esta conmensuración no tiene sentido. No hay razones, entonces, para aceptar la interpretación proporcionalista.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales, Proporcionalismo, Valores básicos, Inconmensurabilidad de los valores.

**ABSTRACT:** The proportional construction of fundamental rights understands them as principles of maximization. No principle has direct legal consequences. The legal consequences that follow from a norm of fundamental rights depend on the other principles with which it may be in conflict. It is a presupposition of this interpretation that the 'interest' or 'value' represented by a norm should be commensurable with any other value. It is argued here that there are very forceful reasons to doubt that there is such a commensuration. Even granting the commensuration between basic values alleged by the defender of the proportional interpretation, there are models in which this commensuration makes no sense. There are no reasons, then, to accept the proportional interpretation.

**Key words:** Fundamental rights, proportionalism, basic values, incommensurability of basic values.

---

\* Licenciado en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile). Doctor en Filosofía (Universidad de Navarra). Profesor Asistente, Instituto de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Vicuña Mackenna 4860, Macul, Santiago, 7820436. Correo electrónico: jose.tomas.alvarado@gmail.com.

Este trabajo ha sido redactado en ejecución del proyecto de investigación VRI-Pastoral 3210/DPCC2013 de la Vicerrectoría de Investigación de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agradezco los comentarios y sugerencias de Ricardo Salas y de los evaluadores anónimos de esta revista.

## INTRODUCCIÓN

La interpretación proporcionalista de los derechos fundamentales es una teoría acerca de la naturaleza de las normas que confieren tales derechos y qué efectos tienen estas normas en el ordenamiento jurídico como un todo<sup>1</sup>. En esta concepción las normas de derechos fundamentales deben entenderse como ‘principios de maximización’ que deben realizarse todo lo posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Ninguna norma de derechos fundamentales impone automáticamente derechos y obligaciones a las personas y a los órganos públicos. Lo que hacen tales normas es consignar ‘intereses’ o ‘valores’ que se deben tratar de maximizar. Esto va a depender de qué otros intereses estén en juego en la situación concreta y qué peso abstracto tengan los intereses involucrados. La tarea que se espera de los tribunales que deben examinar la constitucionalidad de una ley o un acto administrativo es ponderar el peso relativo –en abstracto y concreto– de los intereses en juego. Es un presupuesto de una concepción de este tipo que **hay** un peso relativo determinado, o suficientemente determinado, entre los intereses que son relevantes en una situación, y que los tribunales pueden conocer tal peso o, por lo menos, pueden llegar a poseer creencias justificadas acerca de tal peso.

Este trabajo tiene por objetivo examinar si tenemos motivos para aceptar estos supuestos. Se va a sostener que no hay ninguna razón para pensar que hay hechos determinados acerca del peso relativo entre valores básicos. Si la interpretación proporcionalista depende de este supuesto y no tenemos razones para aceptarlo, entonces se sigue que no hay razones para aceptar la interpretación proporcionalista. Por lo tanto, las normas de derechos fundamentales no pueden ser interpretadas como principios de maximización.

En la primera sección del trabajo se van a precisar algunos conceptos relevantes. En la segunda sección se va a explicar por qué la interpretación proporcionalista requiere la conmensuración entre los valores básicos. En la tercera sección se va a argumentar que hay motivos muy fuertes para dudar que los valores básicos sean conmensurables entre sí y que, lo que es más, aun aceptando que fuesen conmensurables entre sí, no habría motivos para pensar que esa conmensurabilidad tiene sentido para la interpretación proporcionalista.

### 1. PRECISIONES

La interpretación proporcionalista ha sido propuesta como una concepción general acerca de las normas de ‘derechos fundamentales’. ¿Qué son esas normas? Si, tal como proponen los defensores de la interpretación proporcionalista, las normas que consagran estos derechos tienen un carácter especial, muy diferente de las restantes normas del ordenamiento jurídico, entonces esta cuestión resulta crucial. No existe, sin embargo, una gran claridad acerca de cómo deba ser precisamente delimitada una norma de derecho fundamental y una que no lo es. El criterio más utilizado es simplemente formal. Se trata de las normas contenidas usualmente en un mismo acápite de una constitución, tal como

---

<sup>1</sup> Cf. para presentaciones de conjunto, ALEXY (2007); WEBBER (2009); BARAK, (2012); PRIETO SANCHÍS (2003); PRIETO SANCHÍS (2007); GARCÍA AMADO (2007).

los contenidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile –en adelante “CPR”– dentro del Capítulo III, “De los derechos y deberes constitucionales”. Todas las constituciones contemporáneas contienen tales catálogos. En lo sustantivo, el contenido de tales normas coincide con lo que se ha venido a conocer como ‘derechos humanos’, tal como vienen recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y en otros instrumentos internacionales, tales como 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. Coinciden también con el contenido de 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. La interpretación proporcional no solo ha sido adoptada por los tribunales constitucionales –o, en general, los órganos jurisdiccionales encargados de interpretar la Constitución y hacer el examen de constitucionalidad– sino que también por órganos internacionales encargados de aplicar instrumentos de derechos humanos tales como los indicados<sup>2</sup>. No se va a discutir aquí la cuestión acerca de cómo deberían venir delimitadas estas normas. Se va a suponer que hay una forma precisa de distinguir unas de otras de un modo no arbitrario<sup>3</sup>.

Se va a entender por ‘norma’ el contenido de un enunciado normativo. Un enunciado normativo es cualquier tipo de expresión lingüística que establece consecuencias jurídicas para un determinado supuesto de hecho. Muchos enunciados normativos pueden estar expresando la misma norma. Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 13 CPR establece que todas las personas tienen “derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”. La misma norma podría haberse expresado diciendo que “las personas tienen derecho a reunirse pacíficamente sin armas y sin permiso previo”, o diciendo “nadie impedirá que las personas se reúnan pacíficamente sin permiso previo y sin armas”. Es característico de una norma que contiene a lo menos un operador normativo del tipo ‘es obligatorio que’, ‘está prohibido que’ o ‘está permitido que’. Norma es, entonces y de manera general, una propo-

<sup>2</sup> Una revisión detallada de la recepción de la interpretación proporcionalista en las diferentes jurisdicciones puede consultarse en BARAK (2012) pp. 175-210. Se originó en el Tribunal Federal alemán en 1958 y de ahí pasó a la Corte Europea de Derechos Humanos en 1976. Está aceptada en prácticamente todos los países europeos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Israel, Turquía, Hong Kong, Corea del Sur e India. En América Latina se ha aceptado en Brasil, Colombia, México y Perú. En Chile se ha recogido en sentencias ya desde 2006. Para revisiones detalladas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en que acoge el principio, cfr. ZÚÑIGA (2010); DÍAZ GARCÍA (2011); ARNOLD, MARTÍNEZ ESTAY y ZÚÑIGA (2012); COVARRUBIAS (2012); COVARRUBIAS (2014).

<sup>3</sup> Pero se trata de un problema sustantivo. Por ejemplo, si uno aceptase la interpretación proporcional, se supone que las normas contenidas en el art. 19 CPR deberían ser principios de maximización. En el art. 19 N° 24 se establece que la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Este debería ser un ejemplo paradigmático de principio de maximización. Sucede, sin embargo, que en el inciso cuarto de este mismo numeral se establece que, a falta de acuerdo en el caso de una expropiación, “la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado”. ¿Este también debe ser considerado un principio de maximización? No podría uno sostener que se trata de una ‘limitación’ al derecho de propiedad, pues justamente se trata de una disposición cuya finalidad es cautelarlo, impidiendo expropiaciones en las que no se indemnice adecuadamente al propietario.

sición que establece una obligación o una permisión para alguien. Normalmente se supone que se atribuye una consecuencia normativa a un supuesto de hecho. La estructura lógica de toda norma jurídica se suele presentar como un condicional del tipo: ‘si  $p$  entonces (no) es obligatorio/(no) está permitido (no) hacer  $\varphi$ ’, donde ‘ $p$ ’ es una variable que tiene como rango proposiciones que describen el supuesto de hecho y ‘ $\varphi$ ’ es una variable que tiene como rango descripciones de tipos de acciones. Si una norma es válida, entonces se genera un ‘hecho normativo’ que es el hecho de estar alguien obligado a realizar un tipo de acción, o estar alguien obligado a no realizar un tipo de acción, o tener alguien la permisión de realizar un tipo de acción, o de no realizar un tipo de acción. Quien se encuentre beneficiado por la obligación de otro, o bien por la prohibición que pese sobre otro, o bien por la permisión que se le ha otorgado de realizar un tipo de acción, se dice que posee un ‘derecho’<sup>4</sup>.

Robert Alexy ha diferenciado entre ‘reglas’ y ‘principios’<sup>5</sup>. Una regla es simplemente una norma de la que se siguen directamente hechos normativos. Ha de suponerse que la gran mayoría de las normas de un ordenamiento jurídico son reglas en este sentido. Un principio, en cambio, no genera inmediatamente hechos normativos. Esto dependerá de qué otros principios se encuentren en cuestión en la situación particular de que se trate y qué posibilidades fácticas existan para la realización del interés contenido en el principio. La diferencia entre ‘reglas’ y ‘principios’ puede apreciarse mejor si se considera un conflicto de normas en un caso u otro<sup>6</sup>. Si dos reglas aparentemente están asignando consecuencias normativas incompatibles entre sí a un mismo supuesto de hecho, una de ellas debe ser válida y la otra no. Sencillamente no puede suceder que ambas normas sean válidas. Hay diversos mecanismos para resolver estos conflictos de reglas. Por ejemplo, se ha supuesto que la norma posterior deroga las normas anteriores que se encuentren en conflicto con ella. Se ha supuesto también que la norma que establece consecuencias jurídicas para supuestos de hecho más específicos deroga aquella otra que establece consecuencias jurídicas para supuestos de hecho más generales. Cuando se trata, en cambio, de principios el conflicto no afecta la validez de los principios que parecen estar asignando consecuencias jurídicas incompatibles para el mismo supuesto de hecho. Los principios serían normas que, por su naturaleza intrínseca, no estarían ‘pretendiendo’ determinar consecuencias jurídicas sino

<sup>4</sup> Esta caracterización de qué sea un ‘derecho’ no coincide con la muy conocida clasificación de Hohfeld (cfr. WENAR (2011) §2.1). Como se sabe, Hohfeld distingue entre ‘derechos *strictu sensu*’ (*claim-rights*), ‘libertades’ o ‘privilegios’, ‘poderes’ e ‘inmunidades’, de acuerdo a las siguientes definiciones:

$x$  tiene un derecho *strictu sensu* de que  $y$  haga  $\varphi$  =<sub>df</sub>  $y$  tiene el deber respecto de  $x$  de hacer  $\varphi$ .

$x$  tiene la libertad de hacer  $\varphi$  respecto de  $y$  =<sub>df</sub>  $y$  no tiene el derecho *strictu sensu* de que  $x$  no haga  $\varphi$ .

$x$  tiene el poder de hacer  $\varphi$  respecto de  $y$  =<sub>df</sub>  $y$  está sujeto a modificar su posición jurídica por el hecho de que  $x$  haga  $\varphi$ .

$x$  tiene una inmunidad respecto de que  $y$  haga  $\varphi$  =<sub>df</sub>  $y$  no tiene el poder de hacer  $\varphi$  respecto de  $x$ .

Cualquiera de estos será entendida aquí simplemente como un ‘hecho normativo’ y serán un ‘derecho’ para la parte beneficiada.

<sup>5</sup> Cfr. ALEXY (2007) pp. 67-68. La distinción que hace Alexy entre normas y principios difiere de otras formas de efectuar esta distinción. En principio, por ejemplo, no tiene que ver con la distinción entre normas que requieren ser complementados por razonamientos de teoría moral y las que no (cfr. DWORKIN (1977) pp. 72, 209-233). Algo que para Dworkin sería un ‘principio’ de contenido moral sustantivo podría –para Alexy– contar como una ‘norma’. Lo relevante tiene que ver con su modo de validez.

<sup>6</sup> Cfr. ALEXY (2007) p. 71.

por la mediación de un proceso de ponderación. Los principios son normas *prima facie* que determinan hechos normativos, pero solo si no hay otros principios con los que deban ser ponderados y a los que deba darse precedencia.

Cada principio debe suponerse que está reflejando jurídicamente un interés que conviene que sea resguardado y promovido. Supóngase que resguardar el interés representado por el principio  $P_1$  trae consigo una lesión en el interés representado por el principio  $P_2$  en una situación  $s$ . El proceso de ponderación es el examen de si está justificada la lesión en  $P_2$  por la satisfacción de  $P_1$ . No hay respuestas que puedan ser dadas *a priori* acerca de cuál principio debe tener precedencia. En el proceso de ponderación se han distinguido diferentes componentes<sup>7</sup>: (i) el examen de idoneidad, (ii) el examen de necesidad, y (iii) la ponderación jurídica propiamente tal<sup>8</sup>. Los componentes (i) y (ii) tienen que ver con las posibilidades fácticas de maximización de un principio. El examen de idoneidad (i) tiene que ver con la aptitud de un medio para satisfacer el interés representado por un principio. Supóngase que se propone en una situación  $s$  satisfacer el principio  $P_1$  mediante el medio  $m$  que lesiona el principio  $P_2$ . Pero  $m$  no es realmente adecuado para la satisfacción de  $P_1$ . Entonces, sin que sea requerido hacer ninguna consideración ulterior la ponderación puede terminar aquí. No es legítima la lesión del principio  $P_2$ . Lo relevante en este examen de idoneidad es simplemente la cuestión fáctica acerca de si es o no apto el medio elegido para satisfacer un principio, sin entrar todavía en la cuestión de si es legítimo satisfacerlo. El examen de necesidad (ii), por otro lado, también tiene que ver con las posibilidades fácticas de satisfacción de un principio, pero ahora considerando la aptitud comparativa de diversos medios igualmente eficaces para satisfacer un principio. Supóngase que en la situación  $s$  se pretende satisfacer el principio  $P_1$ , lesionando con ello el principio  $P_2$ . Para satisfacer  $P_1$  hay dos medios alternativos igualmente eficaces, sean  $m_1$  y  $m_2$ . Sucede, sin embargo, que  $m_1$  produce una lesión mayor en el principio  $P_2$  que la que genera  $m_2$ . Entonces,  $m_1$  no está justificado. No es necesario para la satisfacción de  $P_1$  imponer el grado de lesión que  $m_1$  implica para el principio  $P_2$ , pues los mismos objetivos pueden ser igualmente servidos mediante  $m_2$  y, con ello, con un grado de lesión menor para  $P_2$ .

La ponderación jurídica propiamente tal (iii) tiene que ver con el examen de la justificación que tenga la lesión de un principio debido a la satisfacción de otro. Esto depende, al menos, de dos factores. En primer lugar, tiene que ver con el grado de satisfacción o lesión que tenga cada uno de los principios en la situación de que se trate y, en segundo lugar, tiene que ver con el grado de importancia abstracta que tengan los principios implicados. Alexy ha propuesto una forma de representar este proceso de ponderación mediante una función, llamada 'fórmula del peso'<sup>9</sup>. Sea  $\mathbf{Pos}$  una función que asigna a cada principio en una situación determinada el grado de satisfacción que tendría en tal situación. Los valores de  $\mathbf{Pos}$  para estos argumentos son: leve, media y grave, los que son representados por

<sup>7</sup> Cfr. ALEXY (2007) pp. 91-95, 523-546; BARAK (2012) pp. 243-370.

<sup>8</sup> También se ha agregado el examen del objetivo apropiado (*proper purpose*) de la norma que entra en conflicto con el principio (cfr. BARAK (2012) pp. 245-302). Esto será omitido aquí, pues ha de suponerse de entrada que toda norma que deba ser ponderada contra un principio ha de estar fundada en la pretensión de satisfacer otro principio del mismo rango.

<sup>9</sup> Cfr. ALEXY (2007) pp. 535-546.

los números naturales  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$  –esto es, 1, 2 y 4–. La función **Neg**, por otro lado, asigna a cada principio en una situación determinada el grado de lesión que tendría ahí tal principio. También tiene tres valores: leve, media y grave, representados del mismo modo por  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , respectivamente. El peso relativo de dos principios  $P_i$  y  $P_j$  en la situación  $s$  puede ser representado por el cociente entre **Pos** y **Neg** del siguiente modo:

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

El valor de la función **Peso** variará entre  $\frac{1}{4}$  y  $4$ . Si el valor es mayor que 1, entonces la lesión del principio  $P_i$  no estará justificada por la satisfacción del principio  $P_j$  en la situación  $s$ , pues la lesión será mayor que la satisfacción. Si el valor es menor que 1, en cambio, la satisfacción de  $P_j$  estará justificada a pesar de traer consigo la lesión de  $P_i$ , pues será mayor que la lesión contemplada en la situación  $s$ . En caso de que el valor de **Peso** sea 1 ningún principio tendrá asignado más peso que el otro.

Lo que hacen las funciones **Pos** y **Neg** es asignar un valor a la satisfacción o a la lesión en concreto de un principio en una situación particular. Pero esto debe también ser ponderado por el valor abstracto de los principios. Debería dejarse espacio para principios de mayor valor que otros. Una forma de representar esto es definir una función **V** que asigna a cada principio su valor abstracto. Los valores para **V** son tres: bajo, medio y alto, representados, nuevamente por los números naturales  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ . La fórmula del peso, entonces, admite ser reformulada del siguiente modo:

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

Ahora el valor de la función **Peso\*** variará entre  $\frac{1}{16}$  y 16. Si es mayor que 1, no estará justificada la lesión del principio  $P_i$ . Si es menor que 1, estará justificada la satisfacción del principio  $P_j$ . Si es 1, a ningún principio se le podrá otorgar prelación respecto del otro. En **Peso\*** se toman en consideración no solo la lesión o satisfacción en la situación concreta de los principios involucrados –esto es lo que hacen las funciones **Neg** y **Pos**– sino que también el valor abstracto de tales principios, representado por la función **V**. Puede suceder ahora, por ejemplo, que la lesión leve en un principio muy importante no se encuentre justificada por la satisfacción media de un principio de poca importancia<sup>10</sup>.

Alexy ha utilizado aquí valores triádicos para las funciones relevantes, pero nada obstaría para que se asignarán más valores. En principio, se podría asignar, por ejemplo, un continuo de valores a las funciones fundamentales por las que viene dado **Peso\***. Hay varias

<sup>10</sup> En efecto, si  $\text{Neg}(P_i, s) = 2^0$  y  $\text{V}(P_i) = 2^2$ , el valor del numerador de  $\text{Peso}^*(P_i, P_j, s) = 4$ . En cambio,  $\text{Pos}(P_j, s) = 2^1$  y  $\text{V}(P_j) = 2^0$ , con lo que el valor del denominador es 2. **Peso\*** arroja un valor de 2, lo que hace que la lesión de  $P_i$  no esté justificada, a pesar de que la satisfacción de  $P_j$  es –en concreto– mayor que la lesión de  $P_i$  en la situación  $s$ . El valor de **Peso** con las mismas asignaciones a **Neg** y **Pos** es  $\frac{1}{2}$ , con lo que la lesión de  $P_i$  sí estaría justificada.

complicaciones adicionales a la fórmula del peso que no son relevantes para lo que sigue<sup>11</sup>. Aunque los jueces no hagan literalmente una asignación de valores triádicos, tal como lo propone Alexy para las funciones **Neg**, **Pos** y **V**, se supone que **Peso\*** representa bien el tipo de procesamiento cognitivo que debe realizarse al examinar la constitucionalidad de una norma que está limitando un derecho fundamental. La importancia abstracta de los principios en juego se pondera al compararlos y asignarles cierta jerarquía. La satisfacción de un principio y la lesión de otro también se ponderan al compararse entre sí y al asignarse cierta jerarquía entre ellos. La fórmula del peso precisamente representa esa ponderación de un modo más formalizado.

Cada norma de derecho fundamental debe verse como reflejando un valor. 'Valor' designa el carácter por el que algo es valioso o digno de ser conseguido, preservado o alcanzado<sup>12</sup>. "Bien" y "valor" se utilizarán aquí como sinónimos. Se supone que hay motivos razonables que se han tenido en vistas para instaurar como derechos fundamentales la vida, la igualdad ante la ley, el respeto a la vida privada, la honra, la libertad de conciencia, la libertad personal, la protección de la salud, la educación, la libertad de enseñanza, la libertad de emitir opinión e informar, la libertad de asociación, la libertad de trabajo, el derecho de propiedad, etcétera. Lo mínimo que puede suponerse es que si ha sido razonable proteger jurídicamente estos diferentes aspectos de la vida humana en sociedad es porque se los ha considerado valores que merece la pena cuidar, resguardar y promover. Se suele hacer la distinción entre valores intrínsecos y valores extrínsecos. Un valor intrínseco es un carácter por el que algo es valioso por sí mismo. Un valor extrínseco es un carácter por el que algo es valioso, al ser útil para llegar a constituir algo que tenga valor intrínseco. La evaluación de lo que posee valor extrínseco es dependiente del valor intrínseco de aquello para lo que sea instrumentalmente útil. En principio, no se puede suponer que todos los valores representados por las garantías fundamentales son valores intrínsecos. Puede suceder que alguno de los bienes que se han representado en las normas de derechos fundamentales sea simplemente un bien instrumental. Tradicionalmente, por ejemplo, se ha sostenido que la propiedad privada es mejor que la comunidad de los bienes porque asegura una mejor eficiencia en el uso de los recursos. La propiedad sería un bien extrínseco, entonces, cuyo valor sería aquello que se consigue mediante el uso adecuado para hacer fructificar aquello sobre lo

<sup>11</sup> Por ejemplo, Alexy propone una fórmula del peso modificada cuyo valor no es el cociente entre **Neg** y **Pos**, sino la diferencia entre ellas. La fórmula del peso con el cociente se presta, sin embargo, para añadir otros elementos en la ponderación. Alexy también agrega un tercer factor en la fórmula del peso representando el grado de firmeza epistemológica en las asignaciones de valores a las funciones **Neg**, **Pos** y **V**. Este factor también sería una función con valores triádicos. Por último, Alexy propone generalizar la fórmula para *n* principios mediante la función (cfr. ALEXY (2003) pp. 272-274):

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

<sup>12</sup> Se trata de una **propiedad**. Hay múltiples alternativas ontológicas para concebir la naturaleza de una 'propiedad' o de algo que pueda cumplir sus funciones teóricas. Aquí no se va a presuponer ninguna ontología específica para comprender la naturaleza de los valores. Pueden ser comprendidos como propiedades universales, numéricamente idénticas en todas sus instancias y diferentes de los objetos que las instancian. Los valores también pueden ser entendidos como tropos, esto es, como propiedades numéricamente diferentes de los objetos que las instancian, pero particulares y no universales. También podrían ser entendidos como clases de semejanza perfecta de objetos.

que se asigna. Parece mucho más difícil sostener, en cambio, que la vida, el arte, la libertad personal o la libertad de conciencia sean valores extrínsecos.

Aparte de estos casos, hay una correlación entre los derechos fundamentales y los que usualmente se han descrito como valores básicos o intrínsecos. Por supuesto, ha sido frecuente en posiciones utilitaristas o consecuencialistas sostener alguna forma de monismo acerca del valor, esto es, la tesis de que solo hay un único tipo de valor, tal como el placer, o la satisfacción de las preferencias. En concepciones no monistas, sin embargo, la descripción de los tipos de valores intrínsecos fundamentales tiende a ser aproximadamente la misma. Por ejemplo, se ha sostenido que son bienes intrínsecos básicos, constituyentes de una vida buena y floreciente: la vida, la amistad, el amor interpersonal, el conocimiento de la verdad, la experiencia de la belleza, el juego y la religión, entre otros<sup>13</sup>. No es difícil ver aquí que la protección de la vida, la integridad física y psíquica, el respeto y protección a la vida privada y a la honra, la inviolabilidad del hogar, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias, el derecho de educarse y la libertad de enseñar, la libertad de emitir opinión e informar, el derecho de asociarse sin permiso previo, la libertad de trabajar, la libertad de crear y difundir las artes, etcétera, tienen que ver con valores básicos intrínsecos tales como los indicados<sup>14</sup>.

Sucede, entonces, que la cuestión acerca de cómo deban ser interpretadas y aplicadas las normas de derechos fundamentales no puede dissociarse de la interpretación que se dé a los valores básicos. Aquello por lo que es razonable promulgar tales normas son los bienes que esas normas pretenden cautelar. Por supuesto, un tribunal podría decidir cualquier cosa, esto es, metafísicamente posible que llegue a interpretar o aplicar una norma de derecho fundamental de un modo aberrante, pero si su decisión es correcta desde un punto de vista práctico es porque habrá cautelado el bien o los bienes que son la motivación racional de la norma que están aplicando. Cuando los tribunales han aplicado la interpretación proporcional de las normas de derechos fundamentales lo han hecho bajo el supuesto de que se trata de una concepción adecuada de los valores involucrados en tales normas. De otra forma su actuar sería irracional. No pueden tampoco excusarse al aplicar la interpretación proporcional simplemente en normas válidas del ordenamiento jurídico. No hay normas que hagan imperativo interpretar las normas de derechos fundamentales de tal modo<sup>15</sup>. Tampoco **podría** haber tales

<sup>13</sup> Cfr. por ejemplo, FINNIS (2011) pp. 59-99; GRIFFIN (1986) pp. 64-68.

<sup>14</sup> Como señala Finnis, los catálogos de derechos fundamentales son simplemente “una forma de esquematizar los contornos del bien común, los diversos aspectos del bien individual en comunidad. Lo que contribuye la referencia a ‘derechos’ en este esquema es simplemente una expresión elocuente de lo que está implícito en el término ‘bien común’, esto es, que el bien de todos y cada uno, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en todo tiempo por aquellos responsables de coordinar la vida común”. (FINNIS (2011) p. 214).

<sup>15</sup> Se han presentado algunas justificaciones para sostener que la interpretación proporcional sería parte del ordenamiento jurídico (cfr. BARAK (2012) pp. 211-241): (i) se derivaría del concepto de ‘democracia’, (ii) se derivaría del concepto de ‘estado de derecho’, (iii) sería inherente a todo conflicto entre principios jurídicos, y (iv) sería el resultado de una interpretación armónica de una constitución como un todo. Las justificaciones (i) y (ii) sencillamente no son convincentes. No se puede hacer la “derivación” en cuestión sino suponiendo en algún punto que la interpretación proporcional sería el único modo de aplicar los derechos humanos. Esto sería, por supuesto, inaceptable para los críticos de la interpretación proporcional. La justificación (iii) es falsa. Hay otros mecanismos bien conocidos para tratar los conflictos de reglas. La justificación (iv) depende de que solo la in-

normas. Una norma que establezca cómo deben ser interpretadas otras normas debe ser de una jerarquía superior. Esto se explicará con más detenimiento en un apéndice. La única forma en que la interpretación proporcional pudiese estar recogida como una norma del sistema jurídico es si fuese una ‘supra-constitución’ o un ‘supra-*ius cogens*’.

## 2. CONMENSURACIÓN DE LOS VALORES BÁSICOS Y PROPORCIONALISMO

Un presupuesto de la interpretación proporcionalista es que los “intereses” representados por las normas de derechos fundamentales pueden ser comparados o conmensurados entre sí. Solo si puede hacerse esta comparación podría uno hallar que la lesión a un principio se ve compensada por la satisfacción de otro. Si lo que están cautelando las normas de derechos fundamentales son ciertos valores o bienes, entonces es un presupuesto de la interpretación proporcionalista que los valores pueden ser comparados o conmensurados entre sí. Es trivial que los valores extrínsecos pueden ser comparados entre sí, si es que su valor es ser instrumentales para la consecución del mismo bien intrínseco. El problema surge si se trata de comparar entre sí diferentes valores intrínsecos. Esto ha sido una cuestión filosóficamente controvertida. La conmensuración de los valores entre sí ha sido un presupuesto de teorías consecuencialistas. En este tipo de teorías –cuyo ejemplo más característico es el utilitarismo– una acción es moralmente correcta si y solo si es la acción que trae consigo la mejor suma neta de bienes (o males). Todo lo que interesa para la evaluación moral de una acción es qué consecuencias tenga. Hay múltiples refinamientos a esta idea general en la que no es necesario entrar aquí<sup>16</sup>. En las teorías consecuencialistas se ha sostenido o bien que solo hay un único tipo de valor intrínseco, tal como el placer o la satisfacción de preferencias, o bien que hay una pluralidad de valores, pero que son conmensurables entre sí. De otro modo, no tendría siquiera sentido sostener que hay un óptimo de realización de valores intrínsecos que debe ser el objeto de la elección racional. La interpretación proporcionalista parece compartir estos supuestos con el consecuencialismo<sup>17</sup>. Hay un óptimo de satisfacción de los intereses representados por las normas de derechos fundamentales –ponderado por la lesión de algunos de estos intereses– que puede ser descubierto por el juez.

También es común a la interpretación proporcionalista y a las diferentes formas de consecuencialismo que no hay acciones que sean malas por el tipo de acción en que con-

---

terpretación proporcional puede hacer coherente cualquier constitución como un todo. Pero esto, nuevamente, sería inaceptable para cualquier crítico de la interpretación proporcional. Si hay motivos para aceptar el proporcionalismo, deben tener que ver con la estructura de los valores envueltos en las normas a interpretar.

<sup>16</sup> Por ejemplo, se ha propuesto que una acción es correcta si es que se realiza de acuerdo a una **regla** que maximiza las buenas consecuencias, o una **motivación** que maximiza las buenas consecuencias. También se ha discutido acerca de si es necesario que una acción moralmente correcta sea la óptima para maximizar buenas consecuencias, o si basta con que sea suficientemente buena por sobre algún estándar definido (cfr. SINNOTT-ARMSTRONG (2011)).

<sup>17</sup> Ha hecho notar un evaluador anónimo que la teoría jurídica no es la única área en la que formas de razonamiento y evaluación moral consecuencialistas se han inficionado. En la teología moral católica se ha producido un fenómeno semejante motivado por consideraciones específicas a los principios de las llamadas “acciones de doble efecto”. Cfr. para la historia de esta evolución, KACZOR (2002), especialmente, pp. 9-44.

sisten. Considérese, por ejemplo el artículo 19 N° 1 CPR que establece que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. En la interpretación proporcionalista esta norma debe verse como un principio de maximización. No está simplemente enunciando que nadie puede matar a otra persona. Solo está enunciando que debe buscarse el resultado óptimo de personas vivas que sea concordante con la realización óptima de los restantes principios de maximización incluidos en el ordenamiento jurídico. El principio de respeto a la vida puede ponderarse respecto de cualquier otro interés. Así, por ejemplo, debe haber un monto crítico de satisfacción del interés representado por la garantía del derecho de propiedad que haga legítimo matar personas. Uno puede suponer –en abstracto– que la vida tiene mucho más valor que la propiedad, pero esto no importa. Hay un monto suficientemente alto –que puede ser muy alto– de satisfacción del valor de la propiedad que hace justificada la lesión del valor de la vida. No se puede, entonces, suponer que está sencillamente prohibido matar a un inocente. Hay circunstancias de satisfacción de otros intereses en los que matar a un inocente es legítimo.

## 2.1. CONCEPTOS DE COMPARABILIDAD Y CONMENSURABILIDAD

En la discusión filosófica acerca de la pluralidad de los valores intrínsecos se diferencia entre la comparabilidad y la conmensurabilidad de los valores<sup>18</sup>. Dos valores  $V_1$  y  $V_2$  son **comparables** entre sí si y solo si  $V_1$  es menos valioso o igual de valioso que  $V_2$ , o  $V_2$  es menos valioso o igual de valioso que  $V_1$ . En adelante, la relación ‘ser menos valioso o igual de valioso que’ se designará como ‘ $\leq$ ’. La aplicación de la relación ‘ $\leq$ ’ permite efectuar una ordenación entre los valores correlacionados pero no necesariamente permite establecer diferenciaciones respecto de **cuanto** más o menos valioso es un valor respecto de otro. Las comparaciones que permiten efectuar ordenaciones de este tipo se denominan **ordinales**. Dos valores son, en cambio, **conmensurables** entre sí cuando no solo se puede establecer una ordenación por la relación ‘ $\leq$ ’, sino que también es posible establecer cuánto más o menos valioso es un valor respecto de otro. Las comparaciones que permiten efectuar ordenaciones de este tipo se denominan **cardinales**. Un dominio sobre el que tiene su rango una ordenación cardinal es un dominio ‘mensurable’ o un dominio ‘con medida’. Las comparaciones de que se trata aquí deberían ser tanto en lo abstracto como en lo concreto. Esto es, se trata de comparar de manera general, por ejemplo, qué tan valiosa es la vida respecto de la propiedad, pero también de comparar en concreto qué tan valiosa es la satisfacción en una situación concreta de la vida de una o varias personas específicas respecto de la lesión también concreta de la propiedad de alguien. La comparación en lo concreto depende de la comparación abstracta previa.

Si son diferentes, en el sentido indicado, la comparabilidad y la conmensurabilidad de los valores, también son tesis diferentes la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los valores. A veces se ha planteado como ‘inconmensurabilidad’ diferentes falencias en la ordenación de valores<sup>19</sup>. Para los propósitos de este trabajo se van a diferenciar las siguientes tesis:

<sup>18</sup> Cfr. CHANG (1997); ZIMMERMAN (2001) pp. 170-180; HSIEH (2007).

<sup>19</sup> Cfr. por ejemplo, GRIFFIN (1986) pp. 75-92.

[**Comparabilidad**] Para todo valor  $V_1, V_2$ :  $V_1 \leq V_2$  ó  $V_2 \leq V_1$

[**Incomparabilidad débil**] Hay valores  $V_1, V_2$  tales que: ni  $V_1 \leq V_2$ , ni  $V_2 \leq V_1$

[**Incomparabilidad fuerte**] Para todo valor  $V_1, V_2$ : ni  $V_1 \leq V_2$ , ni  $V_2 \leq V_1$

La tesis de **Incomparabilidad débil** es estrictamente la contradictoria de la tesis de **Comparabilidad**. La **Incomparabilidad débil** se sigue de la **Incomparabilidad fuerte**, por lo que de la **Incomparabilidad fuerte** se sigue la falsedad de la **Comparabilidad**. La conmensurabilidad y tesis afines requieren precisiones ulteriores. La existencia de una **medida** para un dominio determinado exige ciertos requerimientos bastante más fuertes. Se requiere, por de pronto, una relación ‘ $\leq$ ’ que tenga como rango todo el dominio en el que se establece la medida. Esta relación debe ser reflexiva, transitiva y conectada. Como lo que interesa aquí tiene que ver con el dominio de los valores y los hechos evaluados, estos requisitos vienen a ser que: (i) para todo valor  $V$ ,  $V \leq V$  (reflexividad); (ii) para todo valor  $V_1, V_2, V_3$ : si  $V_1 \leq V_2$  y  $V_2 \leq V_3$ , entonces  $V_1 \leq V_3$  (transitividad); y (iii) para todo valor  $V_1, V_2$ :  $V_1 \leq V_2$  ó  $V_2 \leq V_1$  (conectividad). Los requerimientos (i) y (ii) parecen obvios, pero se notará que el requerimiento de conectividad es exactamente **Comparabilidad**. La conmensurabilidad de los valores –comoquiera que sea entendida– implica, por lo tanto, la comparabilidad de los valores.

Los siguientes requerimientos exigen introducir conceptos nuevos. Sea ‘**Fus**’ un operador diádico de ‘fusión’<sup>20</sup>. La expresión “**Fus**( $V_1, V_2$ )” designa la fusión de los valores  $V_1$  y  $V_2$ , ya sea en concreto o en abstracto, esto es, el estado de cosas de estar realizado el valor  $V_1$  y al mismo tiempo de estar realizado el valor  $V_2$ . Sea \$ una función que asigna a algo su valor. Parece redundante hablar del “valor de un valor” pero se hará necesario para fusiones de valores. Además, como interesa poder llegar a conmensurar los valores entre sí, lo que hace la función \$ es mapear cada valor en una ‘medida común’. Por ejemplo, se puede suponer que \$ tiene como recorrido el conjunto de los números reales. Entonces:

[**Aditividad**]

Para todo valor  $V_1, V_2, \dots, V_n$ :  $\$(\mathbf{Fus}(V_1, V_2, \dots, V_n)) = \$(V_1) + \$(V_2) + \dots + \$(V_n)$

El requerimiento de **Aditividad** es que el valor de una fusión debe ser la suma del valor de las partes de tal fusión<sup>21</sup>. Esto permite definir la suma de valores y, con ello, el producto de un valor. El siguiente requerimiento es de especial importancia:

<sup>20</sup> De un modo intuitivo, ‘**Fus**( $x, y$ )’ designa el todo cuyas únicas partes son  $x$  e  $y$ . Hay una teoría formalizada de partes y todos –la mereología– a la que no es necesario hacer mayor mención aquí. Basta simplemente suponer que, para todo objetos  $x, y$ , existe la fusión **Fus**( $x, y$ ).

<sup>21</sup> En la teoría matemática de la medida se formaliza este requerimiento –utilizando recursos de teoría de conjuntos– del siguiente modo: sean  $E_1, E_2, \dots, E_n$  un número finito de conjuntos disjuntos entre sí (esto es, cuya intersección es el conjunto vacío). Sea  $\mu$  una función que asigna a cada conjunto no vacío un número real diferente de 0, y al conjunto vacío 0 (informalmente,  $\mu$  es la medida). Entonces:

$$\mu(E_1 \cup E_2 \cup \dots \cup E_n) = \mu(E_1) + \mu(E_2) + \dots + \mu(E_n)$$

**[Propiedad arquimediana]**

Para todo valor  $V_1, V_2$  hay un número natural  $n$  y hay un valor complejo  $V_3$  tales que:  $\$(V_3) = n\$(V_1)$  y  $V_2 \leq V_3$ .

Esto es, hay un número natural  $n$ , tal que el valor de  $V_1$  multiplicado  $n$  veces es mayor o igual que el valor de  $V_2$ . Un ‘valor complejo’ es un valor que surge por la fusión de otros valores. La **Propiedad arquimediana** es crucial para que un dominio pueda ser considerado ‘conmensurable’. Supone que hay una ‘medida’ precisa por la que un valor pueda ser más (o menos) valioso que otro. Cuando no se cumple la propiedad arquimediana para un dominio se dice que hay elementos del dominio  $x, y$ , tales que  $x$  es **infinito** respecto de  $y$ . Esto es, no hay ningún número natural  $n$  tal que la medida de  $y$  multiplicada  $n$  veces va a resultar mayor que  $x$ . No importa lo que ‘crezca’ la medida de  $y$ , no puede ‘alcanzar’ a  $x$ . Al revés, se dice que  $y$  es **infinitesimal** respecto de  $x$  si no hay un número natural  $n$  tal que la medida de  $x$  dividida por  $n$  va a resultar menor que  $y$ . No importa lo que ‘decrezca’  $x$ , no puede llegar a ser ‘tan pequeño’ como  $y$ . Es indispensable para que pueda formularse la **Propiedad arquimediana** que tenga sentido la suma de la medida de ciertos valores. Solo así puede ser inteligible qué sería  $n$  veces el valor de  $V_1$ . Ahora estamos en condiciones de definir la tesis de conmensuración:

**[Conmensurabilidad]**

- (i) Para todo valor  $V_1, V_2$ :  $V_1 \leq V_2$  ó  $V_2 \leq V_1$ , y
- (ii) Para todo valor  $V_1, V_2$  hay un número natural  $n$  y hay un valor  $V_3$  tales que:  $\$(V_3) = n\$(V_1)$  y  $V_2 \leq V_3$ .

En otras palabras, los valores son conmensurables si y solo si (i) son comparables (requerimiento de conectividad de  $\leq$ ) y (ii) la relación  $\leq$  posee la propiedad arquimediana. Esto presupone que  $\leq$  también satisface **Aditividad**. Tal como sucede con la tesis de **Comparabilidad**, hay dos tesis de inconmensurabilidad que pueden ser formuladas:

**[Inconmensurabilidad débil]**

Hay valores  $V_1, V_2$  tales que:  $V_1$  y  $V_2$  son inconmensurables entre sí.

De acuerdo a la tesis de **Conmensurabilidad**, esto implica que hay valores tales que no es el caso que: sean comparables entre sí y exista un número natural  $n$  tal que el valor de uno de ellos multiplicado  $n$  veces tenga mayor valor que el otro. Esto implica que, en el sentido débil, hay inconmensurabilidad si es que hay valores que, o bien no son comparables, o bien uno de ellos es infinito o infinitesimal respecto del otro.

---

De aquí se sigue un principio de asociatividad, esto es:  $[\mu(E_1 \cup (E_2 \cup E_3)) = \mu((E_1 \cup E_2) \cup E_3)]$ . Otra consecuencia importante es la tesis:  $[E_1 \subseteq E_2, \text{ entonces } \mu(E_1) \leq \mu(E_2)]$ . Hay complicaciones aquí cuando se consideraran infinitos conjuntos que no son relevantes para este trabajo.

**[Incommensurabilidad fuerte]**

Para todo valor  $V_1, V_2$ :  $V_1$  y  $V_2$  son incommensurables entre sí.

La incommensurabilidad debe entenderse tal como para el caso de **Incommensurabilidad débil** como la negación de lo que exige **Commensurabilidad** para todos los valores: resulta de la incomparabilidad o de la falla en la propiedad arquimediana.

De este cuadro resultan varias relaciones sistemáticas interesantes. Como la **Commensurabilidad** implica la **Comparabilidad**, resulta que la **Incomparabilidad fuerte** o **débil** implica, por lo menos, la negación de **Commensurabilidad**. Recuérdese que la **Incomparabilidad fuerte** implica la **débil**, y la **Incomparabilidad débil** es la negación de **Comparabilidad**. La **Incomparabilidad débil** es suficiente para implicar el quiebre de la commensurabilidad para algunos valores, esto es **Incommensurabilidad débil**. La **Incomparabilidad fuerte**, por otro lado, es suficiente para implicar el quiebre de la commensurabilidad para todos los valores y, con ello, es suficiente para la **Incommensurabilidad fuerte**. Al revés, la **Incommensurabilidad débil** o **fuerte** no implican por sí mismas la **Incomparabilidad débil** o **fuerte**, respectivamente. El quiebre de la commensurabilidad puede deberse ya sea a una falla en la comparabilidad o una falla en la propiedad arquimediana. Una falla en la propiedad arquimediana sería compatible con la comparabilidad.

## 2.2. ¿SE REQUIERE LA COMPARABILIDAD O LA COMMENSURABILIDAD PARA EL PROPORCIONALISMO?

Consideradas estas diferentes tesis, ¿cuál es la que se requiere para hacer operativa la interpretación proporcionalista? Se ha visto más arriba cómo se ha pretendido formalizar el proceso cognitivo de una ponderación de diferentes normas de derechos fundamentales mediante la fórmula del peso, en donde se asignan valores a la satisfacción y la lesión de diferentes 'intereses' y se asignan valores a los 'intereses' en abstracto. ¿Se requiere la commensuración de los valores recogidos en estas normas o basta la comparabilidad entre estos valores? Dado que la commensurabilidad es mucho más exigente que la comparabilidad, esta es una cuestión crucial para la inteligibilidad de la interpretación proporcional.

En principio, uno podría estar inclinado a pensar que bastaría la comparabilidad entre los valores. Tal como Robert Alexy presenta la cuestión, el proceso cognitivo de ponderación requiere solamente asignar valores triádicos a las funciones **Neg**, **Pos** y **V**. Esto parece ser exactamente lo que hace la relación  $\leq$ . Si se comparan dos valores  $V_1, V_2$ , hay exactamente tres alternativas en que esos valores pueden estar entre sí: (i)  $V_1 \leq V_2$  y no es el caso que  $V_2 \leq V_1$ ; (ii)  $V_2 \leq V_1$  y no es el caso que  $V_1 \leq V_2$ ; y (iii)  $V_1 \leq V_2$  y  $V_2 \leq V_1$ . En el caso (i),  $V_2$  está por sobre  $V_1$ . En el caso (ii),  $V_1$  está por sobre  $V_2$ . En el caso (iii)  $V_1$  y  $V_2$  están en empate. Pero hay aquí diferencias importantes. Las funciones **Neg**, **Pos** y **V** no están relacionando valores –o 'intereses'– entre sí, sino que están correlacionando satisfacciones, lesiones e intereses con una escala triádica<sup>22</sup>. No se trata de establecer una ordenación entre los valores representados por las normas, sino de asignarle 'bajo', 'medio' o 'grave' a cada

<sup>22</sup> Como se sabe, una 'función' es una relación que mapea uno o más argumentos de un conjunto –el 'dominio' de la función– en un solo valor de otro conjunto –el 'recorrido' o 'dominio inverso' de la función. Toda función

uno de esos valores en abstracto, a cada satisfacción concreta de un valor y a cada lesión concreta de un valor. Lo que podría, tal vez, identificarse con una ordenación por una relación como  $\leq$  es lo que arroja la función **Peso\***. El resultado de las ponderaciones de la satisfacción de un principio por **Pos**, de la lesión de otro principio por **Neg**, y del valor abstracto de los principios implicados por **V** es uno de entre tres resultados: o bien la lesión de un principio está justificada por la satisfacción de otro, o bien la lesión no está justificada por la satisfacción respectiva, o bien hay empate. Esto sí parece correlacionarse con las tres alternativas en que pueden encontrarse dos valores entre sí por la ordenación que efectúa la relación  $\leq$ . Supóngase que  $V_1$  es el valor cautelado por el principio  $P_1$  y  $V_2$  es el valor cautelado por el principio  $P_2$ . De acuerdo a la fórmula del peso, el resultado de la ponderación relativa de los valores  $V_1$  y  $V_2$  debería ser  $\text{Peso}^*(P_1, P_2, s)$ , esto es el cociente de  $[\text{Neg}(P_1, s) \leq \text{V}(P_1)]$  por  $[\text{Pos}(P_2, s) \times \text{V}(P_2)]$ . El caso en que  $\text{Peso}^*(P_1, P_2, s) > 1$  es el caso en que  $V_2 \leq V_1$  y no es el caso que  $V_1 \leq V_2$ . El caso en que  $\text{Peso}^*(P_1, P_2, s) < 1$  es el caso en que  $V_1 \leq V_2$  y no es el caso que  $V_2 \leq V_1$ . El caso, en fin, en que  $\text{Peso}^*(P_1, P_2, s) = 1$  es el caso en que  $V_1 \leq V_2$  y  $V_2 \leq V_1$ .

Sucede, sin embargo, que resulta de la misma fórmula del peso que no solo hay tres alternativas en que pueden encontrarse dos valores o ‘intereses’ entre sí. Los valores que pueden resultar son 16, 8, 4, 2, 1,  $\frac{1}{2}$ ,  $\frac{1}{4}$ ,  $\frac{1}{8}$  y  $\frac{1}{16}$ . No se trata simplemente de tres valores posibles<sup>23</sup>, tal como se requiere para la comparabilidad. Hay 9 valores diferentes y se satisface ciertamente la propiedad arquimediana. No importa qué valor tenga asignado un principio, hay un número natural  $n$  preciso tal que si ese valor es multiplicado  $n$  veces, entonces deberá ser satisfecho. Para continuar con un ejemplo ya utilizado, supóngase una situación en donde está en conflicto la vida y la propiedad. Se utilizará ahora la función  $\$$  explicada arriba por ofrecer más flexibilidad para este tipo de casos. Supóngase que se asigna un valor mucho mayor a una lesión a la vida que una realización del valor de la propiedad. Esto es,  $\$(\text{Vida}) = 1000$  y  $\$(\text{Propiedad}) = 1$ . Entonces, si la lesión de una vida trajese consigo 1001 realizaciones del valor de la propiedad, resultaría que  $\text{Vida} \leq \text{Propiedad}$ <sup>24</sup>. La

---

es una relación, pero no toda relación es una función. Lo relevante aquí es que los *relata* de las funciones **Neg**, **Pos** y **V**, y de la relación  $\leq$  son diferentes.

<sup>23</sup> Los valores son muchos más si se considera un tercer componente de tipo epistémico en la fórmula del peso, tal como lo hace Alexy. Oscilarían entre 64 y  $\frac{1}{64}$ . Si se trata de la ponderación entre sí de más de dos principios, la situación se torna muchísimo más compleja.

<sup>24</sup> Utilizando la fórmula del peso la commensuración es menos perspicua. Supóngase que se asigna a la lesión de una vida el mayor valor. Esto es,  $\text{Neg}(\text{Vida}) = 2^2$  y  $\text{V}(\text{Vida}) = 2^2$ . La ponderación que resulta de una lesión a una vida es  $[\text{Neg}(\text{Vida}) \times \text{V}(\text{Vida})] = 16$ . Supóngase que una realización del bien de la propiedad tiene asignado el valor más bajo. Esto es,  $\text{Pos}(\text{Propiedad}) = 2^0$  y  $\text{V}(\text{Propiedad}) = 2^0$ . La ponderación que resulta de una realización de la propiedad es  $[\text{Pos}(\text{Propiedad}) \times \text{V}(\text{Propiedad})] = 1$ . La razón en que se encuentran una lesión de una vida respecto de una realización de la propiedad es de 16:1 –una razón muy poco verosímil, por lo demás, pero es lo máximo que permite la fórmula del peso de Alexy–. Cuando se trata de varios principios ponderados entre sí, el valor de la lesión o de la satisfacción compensatoria resultan de sumar cada uno de los valores de las satisfacciones o lesiones. Algo semejante debe hacerse si es que estamos en presencia de varias satisfacciones o lesiones concretas de un mismo tipo de valor. Por ejemplo, la realización de dos instancias de propiedad, el valor de esta realización global resultaría de  $[(\text{Pos}(\text{Propiedad}_1) \times \text{V}(\text{Propiedad})) + (\text{Pos}(\text{Propiedad}_2) \times \text{V}(\text{Propiedad}))]$ , en donde “Propiedad<sub>1</sub>” designa la primera realización concreta de la Propiedad y “Propiedad<sub>2</sub>” la segunda. Sucede, entonces, que al estar la Vida y la Propiedad en la razón 16:1, si se acumulan 17 realizaciones del valor de la Propiedad, estará justificada la lesión de una vida.

propiedad arquimediana es lo que garantiza que cualquier valor puede ser 'alcanzado' por cualquier otro. En esto consiste precisamente la conmensuración.

La tesis de **Conmensurabilidad** se encuentra inscrita, entonces, en la interpretación proporcionalista, al menos si se la formaliza de acuerdo a la fórmula del peso de Alexy. ¿Pero no será esta una consecuencia desafortunada de esa manera de formalizar el proceso cognitivo de ponderación? ¿No habrá maneras alternativas que puedan desligarse de los requerimientos más exigentes de la tesis de **Conmensurabilidad**? No parecen haberlas. Si se aceptase la comparabilidad, pero no la conmensurabilidad, debería suponerse que no vale la propiedad arquimediana. Habría, por lo tanto valores que resultarían infinitos respecto de otros, o valores que resultarían infinitesimales respecto de otros. Habría valores que, no importa qué otras lesiones puedan generarse en otros valores por su realización, siempre estaría justificada su satisfacción. Habría valores que, no importa qué otros valores sean realizados, su lesión nunca estará justificada. Es parte de la interpretación proporcional que todos los valores o 'intereses' **deben** poder ser compensados unos con otros. No importa si se formaliza de otro modo el proceso cognitivo de ponderación. La inteligibilidad de la ponderación exige que la ordenación de los valores o 'intereses' que deben ser ponderados entre sí satisfaga la propiedad arquimediana.

La situación que resulta, por lo tanto, es la siguiente. Basta para rechazar la interpretación proporcional mostrar la falsedad del principio de **Conmensuración**. Para esto bastará mostrar la **Inconmensurabilidad débil** o la **Incomparabilidad débil**. Con mayor razón, serían suficientes la **Incomparabilidad fuerte** o la **Inconmensurabilidad fuerte**. Todo lo que se requiere es mostrar **un** caso de valores incomparables entre sí o para los que no vale la propiedad arquimediana.

### 3. ¿CONMENSURABILIDAD?

Buena parte de las normas de derechos fundamentales parecen estar representando valores intrínsecos básicos diferentes. Un número importante de teóricos han sostenido que los valores básicos intrínsecos no son siquiera comparables entre sí<sup>25</sup>. Se han presentado una variedad de argumentos para sostener esto. Supóngase que hay dos valores  $V_1$ ,  $V_2$  que parecen equivalentes —esto es, un caso en que  $V_1 \leq V_2$  y  $V_2 \leq V_1$ . Un pequeño incremento o disminución en uno de ellos debería modificar esta situación. Sea que la preservación de la privacidad de 1.000 personas parece equivalente a no impedir la libertad de expresión de 1.000 personas. Esto es, según nuestro mejor juicio, lo más razonable parece ser que valen lo mismo la privacidad de 1.000 personas que la libertad de expresión de 1.000 personas. Si realmente esta fuese una situación de equivalencia, entonces un pequeño incremento en el valor de la privacidad, haría que la privacidad fuese más valiosa. La privacidad de 1.001 personas debería pesar más que la libertad de expresión de 1.000 personas<sup>26</sup>. Sucede,

<sup>25</sup> Cf. NAGEL (1977); WILLIAMS (1979); RAZ (1986), (1997); FINNIS (2011); FINNIS (1990); FINNIS (1997); STOCKER (1990); STOCKER (1997); TAYLOR (1997); entre otros.

<sup>26</sup> Esta diferencia puede hacerse tan pequeña como uno quiera. Uno puede considerar no solo personas completas cuya privacidad o libertad de expresión esté siendo considerada, sino que lapsos de tiempo de la vida de

sin embargo, que no parece haber una diferencia relevante entre la privacidad de 1.001 personas y la libertad de expresión de 1.000 personas. Por *modus tollens*, entonces, parece seguirse que tampoco es el caso que la privacidad de 1.000 sea equivalente a la libertad de expresión de 1.000. El problema que tiene esta línea de argumentación es que no parecen haber motivos muy fuertes para sostener la equivalencia de  $V_1$  y  $V_2$  en primer lugar. Se trata más bien de una situación en donde hay **ignorancia** respecto del valor relativo de  $V_1$  y  $V_2$  uno respecto del otro. El que no nos conste que  $V_1 \leq V_2$  ó  $V_2 \leq V_1$  no es todavía un motivo para la equivalencia de  $V_1$  y  $V_2$ . Al no haber evidencia firme acerca de la equivalencia de estos valores, tampoco debe sorprender que no parezca claro que una pequeña variación en uno de los valores haga variar su peso relativo.

Otro motivo que ha sido aducido para la incomparabilidad de los valores es que hay cierto tipo de instituciones en las que simplemente deliberar acerca de qué tipo de ‘compensación’ sería adecuada para aceptar una lesión en un valor muestra que uno no comprende su naturaleza<sup>27</sup>. Supóngase que a alguien se le ofrece una suma de dinero para engañar a su marido. Deliberar acerca de cuál es la suma crítica de dinero requerida para que esté justificada la lesión en el bien del amor conyugal es ya una falta moral al valor de la fidelidad, o es no haber entendido la misma naturaleza de este valor. Parece estar inscrito en la naturaleza del matrimonio que no se puede compensar el bien de la fidelidad por otros bienes. El problema que tiene este argumento es que uno podría aceptar que se encuentra inscrito en la naturaleza de una institución como el matrimonio que la corrección de las obligaciones que impone no está sujeta a compensaciones, aceptando también, sin embargo, que se puede conmensurar el valor de **entrar** en la institución. Hay un valor de entrar en una unión conyugal que sería conmensurable con otros valores. Parte del valor conmensurable del matrimonio estaría dado precisamente porque una vez que uno consiente en estar vinculado con alguien, ese vínculo no es objeto de ponderación. En un caso así, a pesar de las apariencias, no pareciese que hay un contra-ejemplo a la conmensuración de los valores.

También se han presentado casos en los que parece no haber motivos para preferir un valor respecto de otro. Supóngase que se están ahogando dos hermanos gemelos. El padre solo puede salvar a uno de ellos. ¿A cuál debe salvar? No parece haber ningún motivo para preferir un curso de acción respecto del otro. Si el padre decide finalmente salvar a uno de ellos, esto no parece una decisión irracional. Se trata simplemente de lo que se espera que haga una persona reflexiva y moralmente responsable en una situación de este tipo. Se ha replicado contra este tipo de casos, sin embargo, que el carácter **irreemplazable** de algo no debe tomarse como un caso de inconmensurabilidad<sup>28</sup>. Ese hijo no puede ser sustituido, lo que no implicaría que su valor no pueda ser conmensurado con otros. Hay varios

---

una persona. Se puede diferenciar, entonces, entre años de privacidad o libertad de expresión, meses, días, horas, etcétera.

<sup>27</sup> Cfr. RAZ (1986) p. 351.

<sup>28</sup> Cfr. GRIFFIN (1997) p. 37.

otros argumentos adicionales en la literatura que no serán discutidos aquí, pues parecen menos importantes<sup>29</sup>.

Hay intuiciones que parecen suficientemente fuertes acerca de esta cuestión. A mí me parece obvio que cualquier teoría que tenga la consecuencia de que hay un número crítico de satisfacción de, por ejemplo, el valor de la propiedad que haga justificado matar a un inocente, es una teoría falsa. Cualquiera que descansa en estas intuiciones para rechazar la interpretación proporcional actúa de un modo perfectamente justificado. Hay motivos adicionales, sin embargo, que pueden ser aquí presentados, además de estas intuiciones, y además de los argumentos recién presentados. Estos motivos tienen que ver con lo que se va a denominar 'la ponderación total'.

En las presentaciones de la interpretación proporcional siempre se ha concentrado la atención en las situaciones de conflicto entre principios que son las que deben fallar los tribunales. Se trata de situaciones en las que hay dos principios involucrados y la decisión a la que se llegue tiene que ver, a lo más, con los valores recogidos en esos dos principios. Sin embargo, si realmente los valores son conmensurables entre sí, entonces debería haber una 'ponderación total', esto es, el resultado de la ponderación correcta de **todos los principios** en normas de derechos fundamentales considerando la **totalidad de posibilidades fácticas**. Nunca un tribunal estará en la situación de tener que resolver cuál es tal ponderación total, pero debe actuar bajo el supuesto de que **existe** tal ponderación en la que todos los principios alcanzan su óptimo de realización. Podría uno también sostener que la complejidad de una sociedad hace epistemológicamente inaccesible para nosotros llegar a conocer cuál es tal ponderación óptima, pero la cuestión aquí no es qué conozcamos o no cuál es la ponderación total. La cuestión es si existe la ponderación total, la realización óptima de todos los valores recogidos en una constitución o en un instrumento de derechos humanos, con independencia de nuestro conocimiento o nuestras creencias justificadas<sup>30</sup>. En la ponderación total están fijados todos los hechos acerca de la conmensuración de un valor respecto de otros. Esta ponderación total debe ser **armónica**. Se va a designar como 'armónica' a una ponderación total en la que no se hacen dos o más asignaciones diferentes a un mismo valor de acuerdo a la función  $\$$ . Se supone que una ponderación que respeta los requerimientos de comparabilidad y de conmensuración debería resultar en un único 'peso' para cada valor objeto de comparación o conmensuración.

Pues bien, una ponderación total de valores básicos intrínsecos podría no ser armónica. Esto, por supuesto, no se hará patente si se consideran de manera aislada dos valores entre sí desatendiendo la realización global de todos los valores. Para facilitar el examen

<sup>29</sup> Se ha planteado, por ejemplo, que la incommensurabilidad de los valores básicos parece ser la forma más promisorio de explicar el problema de la *akrasia* o debilidad de la voluntad. Los problemas de *akrasia*, sin embargo, surgen no solo cuando hay bienes incommensurables que son objeto de deliberación, sino que también en los casos en que hay un conflicto entre la voluntad y lo que presenta una deliberación reflexiva (cfr. HSIEH (2007) §3).

<sup>30</sup> El supuesto de una ponderación total no depende tampoco de una concepción meta-ética realista acerca de los valores intrínsecos básicos. Podría uno sostener que la existencia de los valores depende de nuestras reacciones emocionales, por ejemplo, y esto no haría variar el supuesto de fondo. La variación en las reacciones emocionales hará variar qué valores básicos existan y, correlativamente, cuál sea su realización óptima y qué peso deban tener respecto de todos los restantes valores. Para cada uno de los patrones de reacción emocional, sin embargo, vendrá dada una ponderación total del peso de todos los valores.

de esta cuestión, se va a suponer un esquema de solo cuatro tipos de valores intrínsecos básicos:  $V_1$  a  $V_4$ . Se va a restringir el examen a la comparación abstracta de estos valores, sin tomar en consideración su satisfacción o lesión concretas. Tal como se ha indicado más arriba, la ponderación en lo concreto depende de la ponderación en abstracto, por lo que una falla en la ponderación abstracta afectará de manera inmediata la viabilidad de la ponderación concreta. Se puede suponer que hay hechos determinados acerca de qué relaciones  $\leq$  se dan entre estos valores y que hay hechos determinados acerca de su conmensuración mutua. Sean estos hechos los siguientes:  $V_1 \leq V_2$ ;  $V_2 \leq V_3$ ;  $V_3 \leq V_4$ ; y  $V_4 \leq V_1$ . Los hechos de conmensuración son los siguientes:  $\$(V_1):\$(V_2) = 1:2$ ;  $\$(V_2):\$(V_3) = 1:2$ ;  $\$(V_3):\$(V_4) = 1:2$ ; y  $\$(V_4):\$(V_1) = 1:2$ . El modelo puede hacerse más claro con el siguiente esquema:

$$\begin{array}{ccc} V_2 (\$(V_2) = 2\$(V_1)) & \rightarrow & V_3 (\$(V_3) = 2\$(V_2)) \\ \uparrow & & \downarrow \\ V_1 (\$(V_1) = 2\$(V_4)) & \leftarrow & V_4 (\$(V_4) = 2\$(V_3)) \end{array}$$

Aquí las flechas indican la dirección de la relación  $\leq$ . Se va a suponer arbitrariamente que  $\$(V_1) = 1$ . De acuerdo a las asignaciones anteriores, resultaría que:  $\$(V_2) = 2$ ;  $\$(V_3) = 4$  y  $\$(V_4) = 8$ . Sucede, sin embargo, que  $V_4 \leq V_1$  y  $\$(V_4):\$(V_1) = 1:2$ . Pero respetar tal conmensuración obliga a multiplicar el valor de  $\$(V_1)$ , o bien a reducir el valor de  $\$(V_4)$ . Bajo cualquiera de esas alternativas la función  $\$$  asignaría dos valores diferentes, ya sea a  $V_1$ , ya sea a  $V_4$ . En el primer caso,  $\$(V_1) = 16$  y  $\$(V_4) = 8$ . En el segundo caso,  $\$(V_1) = 1$  y  $\$(V_4) = \frac{1}{2}$ .

$$\begin{array}{ccc} V_2 (\$(V_2) = 2) & \rightarrow & V_3 (\$(V_3) = 4) \\ \uparrow & & \downarrow \\ V_1 (\$(V_1) = 1 \text{ y } 16) & \leftarrow & V_4 (\$(V_4) = \frac{1}{2} \text{ y } 8) \end{array}$$

La situación, sin embargo, es mucho peor. La relación  $\leq$  es transitiva. Entonces, si  $V_2 \leq V_3$  y  $V_3 \leq V_4$ , resulta que  $V_2 \leq V_4$ . Como  $V_1 \leq V_2$ , entonces también  $V_1 \leq V_4$ . Esto vale para cada uno de los valores en el esquema. Se sigue que todos los valores están en la relación  $\leq$  consigo mismos, pero esto no es ningún problema, pues de entrada se supone que  $\leq$  es una relación reflexiva. Se sigue que todos los valores están unos con otros en la relación  $\leq$ , pero esto no es problema, pues de entrada se supone que  $\leq$  es una relación que satisface conectividad. Cada uno de los valores se encuentra en una proporción precisa respecto de otros. Para cada uno de ellos, hay al menos un número natural  $n$  tal que están en la relación de  $1:n$  con cada uno de los otros valores. Se satisfacen, por lo tanto, todos los requerimientos para la conmensuración: hay comparabilidad y se satisface la propiedad arquimediana.

Sucede aquí, sin embargo, que esta cadena de relaciones  $\leq$  implica que todos los valores tendrán infinitos valores diferentes de  $\$$ . Si uno modifica, por ejemplo, el valor de

$\$(V_1)$  para que resulte estar en la razón 2:1 con  $\$(V_4) = 8$ , entonces va a ser necesario luego modificar  $\$(V_2)$ , luego  $\$(V_3)$ , y luego de nuevo  $\$(V_4)$ . Si, al revés, uno modifica el valor de  $\$(V_4)$  para que esté en la razón 1:2 respecto de  $\$(V_1) = 1$ , entonces luego tendrá que modificar el valor de  $\$(V_3)$ , luego  $\$(V_2)$ , y luego de nuevo  $\$(V_1)$ . Lo que resulta, entonces, es que o bien se genera una 'espiral descendente' en la que todos los valores asignados deberán ir descendiendo al infinito, o bien se genera una 'espiral ascendente' en la que todos los valores asignados deberán ir ascendiendo al infinito. En cualquier caso, en un modelo como el planteado todos los valores tienen infinitas asignaciones de la función  $\$$ , cuyo valor tiende a 0 o a infinito, según el caso. Y esto respetando todos los requerimientos para una ordenación conectada y que satisface la propiedad arquimediana.

Pues bien, en una situación en la que hay una multitud de diferentes valores reclamando por su mayor realización fáctica posible que se genere un modelo cíclico de este tipo es extremadamente fácil. Dado que la relación  $\leq$  es conectada, todos los valores deben tener relaciones de comparación con todos los restantes. Basta con que uno solo de estos valores esté en la relación  $\leq$  con algún valor que tiene tal relación con él para que se genere el ciclo que afectará luego el resultado de  $\$$  para todos los valores. La CPR contiene garantías en su artículo 19 para veinticinco derechos fundamentales. Basta con que uno de ellos genere un ciclo para que se produzca una ponderación total no armónica. ¿Hay motivos, sin embargo, para pensar que no hay un ciclo de este tipo? ¿Resulta tan obvio el peso relativo de cada valor respecto de los restantes que uno puede excluir esta posibilidad con suficiente confianza? Me parece obvio que no es así. Uno podría aducir algunas pocas intuiciones que parecen más firmes acerca de la comparación de ciertos valores, como que la vida pesa más que la propiedad, pero no hay ninguna idea acerca de cuál sería la razón en que se encuentran esos valores entre sí. Sin embargo, ¿qué peso abstracto tiene la libertad de expresión respecto de la protección de la salud? ¿En qué relación de conmensuración se encuentran el arte respecto de la libertad de conciencia? Cualquier respuesta a estas preguntas parece arbitraria. No se trata aquí simplemente de que no parece justificada una relación determinada de comparación o una razón determinada entre los resultados de la función  $\$$  asignados a los valores respectivos. Esto es suficiente problema, por supuesto. La cuestión es que, aún suponiendo que hubiese tales hechos de conmensuración entre esos valores, no tenemos ninguna garantía de que la ponderación total de esos valores no conforme un modelo cíclico en el que la alegada conmensuración resulte últimamente ininteligible. Aún concediendo al defensor de la interpretación proporcionalista hechos determinados de comparación y conmensuración entre los valores, no hay por qué suponer que esto deba implicar una conmensuración que tenga sentido para tal interpretación. En los modelos cíclicos cada valor está perfectamente conmensurado respecto de todos los restantes, pero la función  $\$$  arroja para cada argumento infinitos valores que tienden –por parejo– a 0 o a infinito. Si uno sostiene que la interpretación proporcional es la forma correcta de entender y aplicar las normas de derechos fundamentales, entonces la ponderación total de los valores recogidos en esos valores debe ser inteligible –i. e. debe ser armónica– pero no tenemos ninguna garantía de tal cosa. Entonces tampoco tenemos razón suficiente para aceptar la interpretación proporcional.

No serviría en este punto al defensor de la interpretación proporcionalista replicar que la ponderación total **debe** ser no cíclica. El único motivo para sostener tal cosa sería que resulta necesario excluir los modelos cíclicos para que la conmensuración tenga algún sentido para la interpretación proporcionalista. Entonces, el único motivo que existiría para excluir a priori la existencia de un modelo cíclico de la conmensuración de los valores sería la misma interpretación proporcionalista. Pero precisamente la conmensuración –armónica– de los valores entre sí es un requerimiento para la inteligibilidad de la interpretación proporcionalista. Entonces, resulta que se estaría alegando la interpretación proporcionalista para hacer inteligible la interpretación proporcionalista, lo que es una patente *petitio principii*.

## CONCLUSIONES

En este trabajo se ha hecho una discusión de los presupuestos filosóficos de la interpretación proporcionalista de las normas de derechos fundamentales. En esta teoría se supone que estas normas son principios de maximización que no fundan directamente hechos normativos sino bajo el tamiz de una ponderación de las posibilidades fácticas y jurídicas. La ponderación jurídica propiamente tal debe considerar el peso relativo de cada uno de los valores recogidos en esas normas en relación con otros valores recogidos en otras normas con las que pueda estar en conflicto. No se puede determinar *a priori*, por lo tanto, qué es lo que establece o prohíbe una norma de derecho fundamental. Cada una de estas normas refleja ciertos intereses que deben compensarse con otros.

La interpretación proporcionalista de las normas de derechos fundamentales depende, por lo tanto, de la conmensuración mutua de los valores básicos intrínsecos representados por tales normas. Supone, también, que para cada uno de estos valores hay un número crítico de satisfacción de otros valores que hacen justificada su lesión. Tal como sucede en las teorías éticas consecuencialistas, no hay acciones prohibidas *per se*, por el tipo de acción de que se trata.

Dado que la interpretación proporcionalista exige la conmensuración mutua de los valores básicos intrínsecos, se precisa en qué consiste esta tesis. Se define, en primer lugar, la ‘comparabilidad’ de los valores como la tesis de que todos los valores están entre sí en la relación de ‘ser menos valioso o igual de valioso que’ o ‘ser más valioso o igual de valioso que’. La conmensuración requiere de la comparabilidad, pero exige además la existencia de una medida común. Esto se consigue con la llamada ‘propiedad arquimediana’. Esto es, para todos los valores hay un número natural  $n$  tal que el primer valor multiplicado  $n$  veces supera al segundo valor. La interpretación proporcionalista requiere de manera precisa la comparabilidad entre los diferentes valores y la validez de la propiedad arquimediana entre ellos.

Hay muchos motivos para dudar de que exista conmensurabilidad entre los valores básicos. Estos motivos no solo tienen que ver con una serie de argumentos que han sido presentados en la literatura y con algunas de nuestras intuiciones morales más fundamentales. En efecto, cualquier teoría de la que se siga que, por ejemplo, hay un número crítico de satisfacción del valor de la propiedad que hace justificado matar a un inocente, parece sencillamente falsa. También se ha visto que hay modelos en los que se satisface la conmen-

surabilidad, pero en donde cada ítem tiene asignados infinitos valores diferentes. La condición para generar tales modelos es que se genere algún ciclo en las relaciones de 'ser menos valioso o tan valioso como'. Por todo lo que sabemos, no hay ninguna garantía de que no existan tales ciclos. Aun admitiendo la conmensurabilidad de los valores entre sí, no hay ninguna garantía de que esto tenga sentido para los propósitos de la interpretación proporcionalista. No hay razones, entonces, para aceptar la interpretación proporcionalista.

## APÉNDICE: LAS NORMAS INTERPRETATIVAS DEBEN SER DE JERARQUÍA SUPERIOR

Cualquier ordenamiento jurídico moderno posee una estructura jerárquica en donde hay normas que otorgan poderes para dictar otras normas. Las normas de jerarquía superior sirven para determinar la validez de las normas inferiores. En muchos ordenamientos hay normas que especifican cómo deben ser interpretadas las normas del ordenamiento completo, de un conjunto normativo, o de una institución. Un ejemplo característico entre nosotros son los artículos 19 a 24 del Código Civil chileno. Ha sido costumbre aplicar estas normas no solo para interpretar el Código Civil, sino que también cualquier otra norma del ordenamiento. Uno aquí podría sostener que la práctica constante en la aplicación de estos principios realizada con la convicción de estar obedeciendo un imperativo jurídico bien podría hacer que el contenido de estos principios pueda admitirse como parte integrante del ordenamiento por ser una costumbre. No podría ser, sin embargo, que estas normas interpretativas fuesen obligatorias por estar contenidas en el Código Civil. Toda norma interpretativa que dispone cómo deban ser interpretadas normas de una jerarquía *j* debe tener una jerarquía superior a *j*.

En primer lugar, ninguna norma interpretativa puede disponer cómo deba interpretarse ella misma<sup>31</sup>. Supóngase una norma interpretativa 'universal', esto es, una norma que establece cómo debe interpretarse cualquier norma, incluyéndose a sí misma. Esto es:

[**Norma universal**] Toda norma debe interpretarse del modo *m*.

¿Cuál es el contenido de esta norma? Por hipótesis, para determinar su contenido debe aplicarse la **Norma universal**. Pero solo puede aplicarse la **Norma universal** si es que uno comprende cuál es su contenido. Entonces, uno solo puede llegar a comprender el contenido de la **Norma universal** si es que uno previamente la ha comprendido. Pero esto es precisamente lo que está en cuestión. Entonces, nadie podría llegar a comprender el contenido de la **Norma universal**. Es obvio que nadie podría tampoco aplicar una norma que

<sup>31</sup> En realidad, el problema es mucho más profundo. Una **norma** ha de ser interpretada. Cualquier 'norma interpretativa' ha de ser también interpretada en la medida en que se trate también de una **norma**. Cualquier norma interpretativa ulterior que pretenda reglar cómo debe interpretarse la norma interpretativa, tendrá el mismo problema. Pretender reglar mediante normas cómo haya de ser interpretada una norma conduce a un regreso al infinito vicioso. Precisamente el momento de la interpretación es el momento que excede la norma y tiene que ver con su conexión con aquello a lo que esa norma refiere.

uno no comprende. Una norma interpretativa que regula cómo se interpreta ella misma es, entonces, absurda.

Uno podría aquí suponer, en segundo lugar, que podría darse una norma interpretativa  $n$  que regula cómo deben interpretarse las restantes normas de la misma jerarquía diferentes de  $n$ . Pero esto no puede suceder respecto de las normas posteriores a  $n$ . La interpretación de una norma es la dilucidación de su contenido<sup>32</sup>. Pero una norma –recuérdese que es el contenido de un enunciado normativo– es su contenido. Luego, una norma promulgada con posterioridad a  $n$  que sea incompatible con  $n$  estaría sencillamente derogándola. En efecto, Supóngase que se dicta un enunciado normativo  $s$  con posterioridad a  $n$ . La aplicación de  $n$  haría que  $s$  deba interpretarse como enunciando la norma  $p$ . Pero la norma enunciada por  $s$  es  $p'$  en vez de  $p$ . Esto contraviene a  $n$ , pero no tiene importancia, pues en lo que sea incompatible  $p'$  con  $n$ ,  $p'$  habrá derogado a  $n$ . Por ejemplo, el Código Civil chileno establece en su artículo 23 que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”. Nadie ha visto un impedimento, sin embargo, para que las normas laborales sean interpretadas a favor del trabajador, lo que infringe abiertamente el artículo 23. Esas normas han derogado el artículo 23 en lo que son incompatibles con él.

Pero ninguna norma interpretativa  $n$  puede regular cómo se interpretan las normas anteriores o simultáneas a  $n$  de la misma jerarquía. Supóngase que un enunciado normativo  $s$  interpretado como la norma  $n$  establece que un enunciado normativo anterior o simultáneo a la dictación de  $s$ , sea  $s'$ , deba interpretarse como estableciendo la norma  $p$ . Sin embargo, la norma enunciada por  $s'$  es  $p'$ . Esto es incompatible con  $n$ , pero nada impide que  $s$  sea interpretada como estableciendo otra norma  $n'$ , compatible con  $p'$ . La norma  $n$  no puede interpretarse a sí misma. Nada obsta para que  $s$  se interprete como enunciando  $n'$  en vez de  $n$ . Entonces, ninguna norma interpretativa puede regular cómo se interpretan normas de la misma jerarquía anteriores o simultáneas. Dados los resultados anteriores, por lo tanto, ninguna norma interpretativa puede regular cómo se interpretan normas de la misma jerarquía.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2003): “La fórmula del peso” en ALEXY, Robert (2007): *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), pp. 349-374. Publicado originalmente como “Die Gewichtsformel” en Joachim Jickeli *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (Berlín, De Gruyter), pp. 771-792.

<sup>32</sup> El ‘contenido’ de una norma puede ser entendido como el conjunto de mundos posibles en que se esa norma se satisface. La conjunción de dos normas es la intersección de los conjuntos de los mundos posibles correlacionados con cada una de las normas unidas conjuntamente. La disyunción de dos normas es la unión de los conjuntos de los mundos posibles correlacionados con cada una de las normas unidas disyuntivamente. La negación de una norma es el complemento del conjunto de mundos posibles correlacionado con la norma negada. Etcétera.

- ALEXY, Robert (2007): *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).
- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, N° 1: pp. 65-116.
- BARAK, Aharon (2012): *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): “Estudio introductorio”, en ALEXY, Robert (2007): *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), pp. xxv-lxxx.
- CHANG, Ruth (1997): “Introduction”, en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, Mass., Harvard University Press), pp. 1-34.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2012): “La desproporción del test de proporcionalidad. Aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 2: pp. 447-480.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2014): “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?”, *Estudios constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 163-237.
- 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”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, N° 1: pp. 163-206.
- DWORKIN, Ronald (1977): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
- FINNIS, John (1990): “Legal Reasoning as Practical Reasoning” en Finnis, John (2011): *Reason in Action* (Oxford, Oxford University Press), pp. 212-230. Impreso originalmente como “Natural Law and Legal Reasoning” en (1992): Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Oxford University Press), pp. 134-157, y en (1990): *Cleveland State Law Review*, vol. 38: pp. 1-13.
- FINNIS, John (1997): “Commensuration and Public Reason”, en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, Mass., Harvard University Press), pp. 215-234. Reimpreso en FINNIS, John (2011): *Reason in Action* (Oxford, Oxford University Press), pp. 233-255.
- FINNIS, John (2011): *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007): “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta), pp. 237-264.
- GRIFFIN, James (1986): *Well-Being: Its Meaning, Measurement, and Importance* (Oxford, Clarendon Press).
- GRIFFIN, James (1997): “Incommensurability: What’s the Problem?” en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, Mass., Harvard University Press), pp. 35-51.

- HSIEH, Nien-hê (2007): “Incommensurable Values”, en ZALTA, Ed. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/value-incommensurable>. Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2014.
- KACZOR, Christopher (2002): *Proportionalism and the Natural Law Tradition* (Washington, The Catholic University of America Press).
- NAGEL, Thomas (1977): “The Fragmentation of Value”, en ENGELHARDT JR., H. Tristram y CALLAHAN, Daniel (eds.), *Knowledge, Value, and Belief* (Hastings, Institute of Society, Ethics and Life Sciences). Reimpreso en (1979): *Mortal Questions* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 128-141. Se cita por esta última versión.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta), pp. 99-121.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007): “El constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta), pp. 213-235.
- RAZ, Joseph (1986): *The Morality of Freedom* (Oxford, Clarendon Press).
- RAZ, Joseph (1997): “Incommensurability and Agency”, en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, Mass., Harvard University Press), pp. 110-128.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (2011): “Consequentialism”, en ZALTA, Ed (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism>. Fecha de consulta: 26 de agosto de 2014.
- STOCKER, Michael (1990): *Plural and Conflicting Values* (Oxford, Clarendon Press).
- STOCKER, Michael (1997): “Abstract and Concrete Value: Plurality, Conflict and Maximization”, en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, Mass., Harvard University Press), pp. 196-214.
- TAYLOR, Charles (1997): “Leading a Life”, en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, Mass., Harvard University Press), pp. 170-183.
- 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*, <http://plato.stanford.edu/entries/rights>. Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2014.
- ZIMMERMAN, Michael J. (2001): *The Nature of Intrinsic Value* (Cumnor Hill, Rowman & Littlefield Publishers).
- WILLIAMS, Bernard (1979): “Conflicts of Values”, en RYAN, Alan (ed.), *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin* (Oxford, Oxford University Press). Reimpreso en (1981): *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 71-82. Se cita por esta última versión.
- ZÚÑIGA, Yanira (2010): “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2: pp. 249-272.