

FRAGMENTOS DE UNA TEORÍA DE LAS ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES PARA USO DE OPERADORES JURÍDICOS GARANTISTAS

A Few Fragments of a Theory of Constitutional Antinomies for the Use of Guarantorist Legal Operators

Dr. Pierluigi CHIASSONI

Profesor Ordinario de Filosofía del Derecho
Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto
Università di Genova (Italia)
pierluigi.chiassoni@unige.it

Resumen

El escrito se propone proporcionar siete fragmentos de una teoría de las antinomias constitucionales para uso de operadores jurídicos garantistas. A saber: (1) la distinción entre antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio y en sentido impropio; (2) la distinción entre antinomias constitucionales lógicas y ontológicas; (3) la noción de código para la identificación de antinomias (código identificatorio) bien construido; (4) la noción de código para la resolución de antinomias (código resolutorio) bien construido; (5) el esbozo de un código garantista para la identificación de antinomias constitucionalmente relevantes; (6) el esbozo de un código garantista para la resolución de antinomias constitucionalmente relevantes; (7) el esbozo de un código garantista para la resolución de antinomias constitucionales en sentido propio.

Palabras claves: antinomias constitucionales; antinomias constitucionales en sentido propio; antinomias constitucionalmente relevantes; código identificatorio; código resolutorio; código identificatorio garantista bien construido; código resolutorio garantista bien construido.

Abstract

The paper aims to provide seven fragments of a theory of constitutional antinomies for use by guarantorist legal operators. Namely: (1) the distinction between constitutional antinomies in the generic sense, in the proper

sense, and in the improper sense; (2) the distinction between logical and ontological constitutional antinomies; (3) the notion of a well-constructed code for the identification of antinomies (identifying code); (4) the notion of a well-constructed code for the resolution of antinomies (resolutive code); (5) the outline of a guarantorist code for the identification of constitutionally relevant antinomies; (6) the outline of a guarantorist code for the resolution of constitutionally relevant antinomies; (7) the outline of a guarantorist code for the resolution of constitutional antinomies in the proper sense.

Key words: constitutional antinomies; constitutional antinomies in the proper sense; constitutionally relevant antinomies; identifying code; resolutive code; well-constructed guarantorist identifying code; well-constructed guarantorist resolutive code.

Sumario

1. Antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio, en sentido impropio. 2. Antinomias constitucionales lógicas, antinomias constitucionales ontológicas. 2.1. Antinomias constitucionales lógicas. 2.1.1. Antinomias por contradicción, antinomias por contrariedad. 2.1.2. Antinomias por superposición integral expresa, por inclusión, por intersección. 2.1.3. Antinomias simples, antinomias complejas. 2.2. Antinomias constitucionales ontológicas. 2.2.1. Antinomias de competencia. 2.2.2. Antinomias instrumentales absolutas. 2.2.3. Antinomias instrumentales relativas. 2.2.4. Antinomias teleológicas. 2.2.5. Antinomias axiológicas. 3. Código identificatorio y código resolutorio bien construido. 4. Un código garantista bien construido para identificar antinomias constitucionalmente relevantes. 5. Un código garantista bien construido para resolver antinomias constitucionalmente relevantes. 6. Un código garantista bien construido para resolver antinomias entre normas constitucionales. 7. Regla de especificación, principio de ponderación por prevalencia, principio de ponderación por conciliación, principio de proporcionalidad. **Referencias bibliográficas.**

0. PREMISA

En este escrito me propongo proporcionar siete fragmentos de una teoría de las antinomias constitucionales para uso de operadores jurídicos garantistas. A saber:

1. la distinción entre antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio y en sentido impropio;
2. la distinción entre antinomias constitucionales lógicas y ontológicas;

3. la noción de código para la identificación de antinomias (código identificatorio) bien construido;
4. la noción de código para la resolución de antinomias (código resolutorio) bien construido;
5. el esbozo de un código garantista para la identificación de antinomias constitucionalmente relevantes;
6. el esbozo de un código garantista para la resolución de antinomias constitucionalmente relevantes;
7. el esbozo de un código garantista para la resolución de antinomias constitucionales en sentido propio.

Los fragmentos atañen a dos problemas medulares para el control judicial de constitucionalidad en un Estado constitucional: el problema de la identificación y el problema de la resolución de antinomias constitucionales. No se puede *identificar* antinomias constitucionales, sin disponer de una tipología de las antinomias y de un código identificatorio bien construido;¹ ni se puede *resolver* antinomias constitucionales, sin la ayuda de un código resolutorio bien construido.

1. ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES EN SENTIDO GENÉRICO, EN SENTIDO PROPIO, EN SENTIDO IMPROPIO

Una antinomia es una relación de incompatibilidad (una situación de “conflicto” o “concurso”) entre dos normas simultáneamente aplicables en –simultáneamente vigentes para– un mismo orden jurídico.

¹ La tipología que voy a exponer a continuación se propone visitar algunas tipologías corrientes en la teoría del Derecho contemporánea, presentando sus elementos en formas quizás un poco más precisas. A saber: la tipología arquetipo propuesta por Alf Ross, donde se destacan antinomias “totales”, “parciales unilaterales”, y “parciales bilaterales” (Ross, A., *On Law and Justice*, capítulo IV); la tipología de Riccardo GUASTINI, donde se destacan antinomias “en abstracto” y “en concreto” (GUASTINI, R., *La sintassi del diritto*, pp. 291-294). También he aprovechado la ocasión para visitar la tipología que propuse en dos escritos anteriores: CHIASSONI, P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, capítulo IV, pp. 274-283; CHIASSONI, P., *Técnica da interpretação jurídica. Breviário para juristas*, §§ 6 y 7.

La definición sugiere destacar tres tipos de antinomias constitucionales: antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio y en sentido impropio.

Una incompatibilidad entre dos normas es una *antinomia constitucional en sentido genérico*, si, y sólo si, por lo menos una de las dos normas es una norma constitucional de cierto orden jurídico –al ser bien una norma de la Constitución, bien una norma derivable de leyes de revisión constitucional o de otras leyes constitucionales–.

Una incompatibilidad entre dos normas es una *antinomia constitucional en sentido propio*, si, y sólo si, ambas normas son *normas constitucionales* de cierto orden jurídico –al ser normas de la Constitución o normas derivables de leyes constitucionales–.

Por último, una incompatibilidad entre dos normas es una *antinomia constitucional en sentido impropio*, si, y sólo si, una de las dos normas es una norma constitucional de cierto orden jurídico, mientras que la otra norma es bien una *norma formalmente inferior* del mismo orden jurídico, o bien una *norma de otro orden jurídico positivo* o de *otro orden normativo*. Piensen en una norma de otro orden estatal, del Derecho internacional, o de un orden normativo no jurídico positivo que el operador jurídico considere relevante, tal como cierto Derecho natural o las normas de cierta moral crítica o social. Con respecto a las antinomias constitucionales en sentido impropio, se podría también hablar de *antinomias constitucionalmente relevantes*.

Puede ocurrir –y ocurre a menudo– que una misma norma (formalmente) inferior (N1) sea, a la vez, incompatible con cierta norma constitucional (por ejemplo, N2) y compatible con otra norma constitucional (por ejemplo, N3). En estos casos, la resolución de la antinomia constitucionalmente relevante entre las normas N1 y N2 requiere la resolución previa de la antinomia constitucional en sentido propio entre las normas N2 y N3.

2. ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES LÓGICAS, ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES ONTOLÓGICAS

No toda incompatibilidad entre dos normas es una incompatibilidad lógica.

Por esta razón hace falta que en la caja de las herramientas de todo operador jurídico garantista se encuentre no sólo una tipología de las antinomias

constitucionales lógicas, sino también una tipología de las antinomias constitucionales (que llamaré) ontológicas.

En su conjunto, las dos tipologías se proponen proporcionar una red conceptual apta para capturar las formas (más relevantes) de antinomia constitucional.

2.1. ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES LÓGICAS

Cabe destacar tipos diferentes de antinomia constitucional lógica.

Si nos preguntamos por los criterios que rigen las distinciones, estos tienen que ver con tres aspectos de la *forma gramatical*² de las normas:

- a) los operadores deónticos (considerando por brevedad sólo las normas prescriptivas);
- b) el ámbito de aplicación expreso: la conducta-tipo –la clase de conductas o comportamientos– expresamente regulada (considerando las normas generales, por lo menos en relación con su objeto normativo³);
- c) la estructura sintáctica.

Desde el punto de vista de los *operadores deónticos*, cabe destacar antinomias por contradicción y antinomias por contrariedad. Desde el punto de vista de los *ámbitos de aplicación expresos*, es dable destacar antinomias por superposición integral expresa, por inclusión y por intersección. Desde el punto de vista de las estructuras sintácticas, finalmente, se puede destacar antinomias simples y antinomias complejas.

2.1.1. Antinomias por contradicción, antinomias por contrariedad

Consideramos los cuatro operadores deónticos obligatorio (**O**), prohibido (**V**), permitido (**P**) y facultativo (**F**).

² A saber, de la forma enunciativa que un operador atribuye a una norma en aras de tratarla y utilizarla al interior de un razonamiento.

³ Cfr. VON WRIGHT, G. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, cap. I, § 11, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

Mediante el uso de la negación (“no”, “¬”), los cuatro operadores resultan interdefinibles (e intercambiables). Utilizando el operador permitido (**P**) como término primitivo:

- 1) una conducta-tipo p (pasear por las calles de una ciudad; dictar disposiciones de ley en materia penal) es permitida, si, y sólo si, se puede –deónticamente, normativamente– realizar p (Pp);
- 2) una conducta-tipo p es obligatoria (Op), si, y sólo si, no se permite la omisión de p ; si, y sólo si, no está permitido (está no-permitido, está prohibido) no realizar p ($\neg P\neg p$);
- 3) una conducta-tipo p está prohibida (Vp), si, y sólo si, no se permite la comisión de p ; si, y sólo si, no está permitido (está no-permitido) realizar p ($\neg Pp$);
- 4) una conducta-tipo p es, finalmente, facultativa (Fp), si, y sólo si, se permite la omisión de p ; si, y sólo si, se permite no realizar p ($P\neg p$).

Las relaciones conceptuales entre operadores deónticos ofrecen la base para distinguir las antinomias lógicas en antinomias por contradicción y antinomias por contrariedad.

Una *antinomia lógica por contradicción* es una incompatibilidad entre dos normas, relativas a la misma conducta-tipo, de las cuales una es *imperativa* y la otra es, según sea el caso, *permisiva* o *facultativa*. Por ejemplo, la conducta-tipo p está prohibida por la norma $N1$ ($\neg Pp$) y permitida por la norma $N2$ (Pp); es obligatoria según la norma $N3$ ($\neg P\neg p$) y facultativa según la norma $N4$ ($P\neg p$). Los dos pares de operadores deónticos corresponden a dos pares de normas, en cada una de las cuales cada norma representa la negación deóntica de la otra. Desde un punto de vista práctico, del *quid agere*, el destinatario de dos normas contradictorias se encuentra en una situación problemática, pero no dilemática, tal que:

- i) no le es posible ajustar su comportamiento al mismo tiempo a las dos normas –las dos normas no pueden ser simultáneamente eficaces–;
- ii) si elige ajustar su conducta a la norma imperativa, no incurre en ninguna violación de norma, ya que las normas permisivas o facultativas son, como se suele decir, inviolables.

Una *antinomía lógica por contrariedad* es una incompatibilidad entre dos normas, ambas imperativas, concernientes a la misma conducta-tipo, de las cuales una es un *imperativo positivo*, la otra un *imperativo negativo*. Por ejemplo, la conducta-tipo p es obligatoria según la norma $N1$ ($\neg P \neg p$) y prohibida según la norma $N2$ ($\neg P p$). Desde un punto de vista práctico, el destinatario de dos normas contrarias se encuentra en una situación dilemática:

- i) no le es posible ajustar su comportamiento al mismo tiempo a las dos normas –las dos normas no pueden ser simultáneamente eficaces–;
- ii) cualquier conducta que elija realizar constituirá una violación de una de las dos normas. Supongamos que el rescate marítimo esté, al mismo tiempo, prohibido y obligatorio para cualquier tripulación de buque mercante. Si una tripulación de un buque mercante rescata a algunos naufragos, viola la norma de prohibición; si no los rescata, viola la norma de obligación.

2.1.2. Antinomias por superposición integral expresa, por inclusión, por intersección

Una antinomía lógica es una incompatibilidad entre dos normas que vierten sobre la misma conducta-tipo (*supra*, § 2.1.1).

A veces, las dos normas, según su forma gramatical, se refieren ambas, expresa y exactamente, a una misma conducta-tipo; a veces, ellas tienen el mismo ámbito de aplicación expreso. Cuando esto sucede, estamos frente a una *antinomía por superposición integral expresa*. Piensen, por ejemplo, en la norma $N1$ (“Los ciudadanos pueden criticar al gobierno”; “Si ciudadano, entonces permitido criticar al gobierno”; “Está permitido criticar al gobierno por parte de los ciudadanos”) y en la norma $N2$ (“Los ciudadanos no pueden criticar al gobierno”; “Si ciudadano, entonces prohibido criticar al gobierno”; “Está prohibido criticar al gobierno por parte de los ciudadanos”).

Sin embargo, esto no siempre sucede. A veces, las dos normas antinómicas, según su forma gramatical, se refieren expresamente a conductas-tipo diferentes, pero tales que la conducta-tipo regulada por una de las dos normas resulta ser una especie, una subclase, totalmente incluida en el género, en la clase, correspondiente a la conducta-tipo regulada por la otra norma. Cuando esto ocurre, estamos frente a una *antinomía por inclusión*. Consideremos, por ejemplo, la norma $N1$ (“Los ciudadanos honestos pueden criticar al gobierno”; “Si ciudadano honesto, entonces permitido criticar al gobierno”; “Está permitido criticar al gobierno por los ciudadanos honestos”) y la norma $N2$

(“Los ciudadanos no pueden criticar al gobierno”; “Si ciudadano, entonces prohibido criticar al gobierno”; “Está prohibido criticar al gobierno por parte de los ciudadanos”). N1 regula una conducta-tipo (criticar al gobierno por parte de ciudadanos honestos) que identifica una subclase de la clase correspondiente a la conducta-tipo regulada por N2 (criticar al gobierno por parte de ciudadanos). Cualquier crítica al gobierno por parte de un ciudadano honesto es una crítica al gobierno por parte de un ciudadano; pero no al revés. Esto sugiere entender las antinomias por inclusión como antinomias *por superposición integral parcialmente no expresada*: como relaciones de incompatibilidad por superposición integral de los ámbitos de aplicación entre una *norma de especie* (especial) *expresa* (en nuestro ejemplo, N1: “Si ciudadano honesto, entonces permitido criticar el gobierno”) y una *norma de especie* (especial) *no expresada, derivada o implícita* (N2*: “Si ciudadano honesto, entonces prohibido criticar al gobierno”), que es consecuencia lógica –por medio de la regla de refuerzo del antecedente o de monotonicidad– de la *norma de género expresa* (en nuestro ejemplo, N2: “Si ciudadano, entonces prohibido criticar al gobierno”).

Finalmente, también puede suceder que las dos normas antinómicas, según su forma gramatical, se refieran expresamente a conductas-tipo *diferentes*, a las que corresponden clases que *no están en relación de inclusión*, *no son complementarias*, son conceptualmente *no relacionadas*, y resultan identificadas por *propiedades lógicamente compatibles* (cuya conjunción identifica clases lógicamente posibles). Cuando esto ocurre, estamos frente a una *antinomia por intersección*. Consideremos, por ejemplo, la norma N1 (“Los ciudadanos pueden criticar al gobierno”; “Si ciudadano, entonces permitido criticar al gobierno”; “Está permitido criticar al gobierno por parte de los ciudadanos”) y la norma N2 (“Los agricultores autónomos no pueden criticar al gobierno”; “Si agricultor autónomo, entonces prohibido criticar al gobierno”; “Está prohibido criticar al gobierno por parte de los agricultores autónomos”). La norma N1 (“Si ciudadano, entonces permitido criticar al gobierno”) implica, por refuerzo del antecedente, la norma N1* (“Si ciudadano y agricultor autónomo, entonces permitido criticar al gobierno”). La norma N2 (“Si agricultor autónomo, entonces prohibido criticar al gobierno”) implica, por refuerzo del antecedente, la norma N2* (“Si agricultor autónomo y ciudadano, entonces prohibido criticar al gobierno”). La clase de los ciudadanos y agricultores autónomos, la clase regulada por las dos normas implícitas N1* y N2*, representa la intersección entre las dos clases iniciales. Quien pertenece a la clase de intersección, quien es simultáneamente ciudadano y agricultor autónomo, *puede* criticar al gobierno, según la norma N1*, y *no puede* criticar al gobierno, según la norma N2*. Este elemento estructural sugiere que las antinomias por intersección también

pueden entenderse como antinomias *por superposición integral totalmente no expresada*.

2.1.3. Antinomias simples, antinomias complejas

Un tercer, y último, aspecto que parece apropiado considerar al diseñar tipos de antinomias lógicas útiles para la práctica argumentativa en un Estado constitucional es la *estructura sintáctica* de la forma gramatical de las normas antinómicas.

Una forma gramatical es *simple*, si, y sólo si, resulta apta para expresar, sintácticamente, una y sólo una norma (“Los ciudadanos tienen derecho a la inviolabilidad del domicilio”; “Si ciudadano, entonces derecho a la inviolabilidad del domicilio”).

Una forma gramatical es *compleja*, si, y sólo si, resulta apta para expresar, sintácticamente, dos o más normas conjuntamente.⁴ Consistiendo, por ejemplo: en un enunciado categórico paratáctico (“Los ciudadanos tienen derecho a un sistema educativo y de protección de salud público y gratuito”); en un enunciado condicional dotado de un antecedente disyuntivo o de un consecuente conjuntivo (“Si ciudadano o apátrida, entonces derecho a la inviolabilidad del domicilio”; “Si ciudadano, entonces derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia”); en un enunciado bicondicional (“Si, y sólo si, ciudadano, entonces derecho a la libertad de expresión”).

Podemos llamar *antinomias simples* a las incompatibilidades lógicas entre dos normas, ambas dotadas de una forma gramatical simple. Y *antinomias complejas* a las incompatibilidades lógicas entre dos normas, por lo menos una de las cuales dotada de una forma gramatical compleja.

Las antinomias consideradas en el apartado anterior (*supra*, § 2.1.2) –antinomias por superposición integral expresa, por inclusión, por intersección– son antinomias simples.

En lo que respecta a las antinomias complejas, cabe distinguir las antinomias *por complejidad bilateral* y las antinomias *por complejidad unilateral*.

⁴ Dejaré para otra ocasión considerar la complejidad de una norma por disyunción incluyente o excluyente.

Una *antinomia por complejidad bilateral* es una incompatibilidad lógica entre dos normas, ambas complejas. Una variedad (una subclase) de este tipo de antinomia consiste en las *antinomias por exclusividad bilateral*. Estas ocurren cuando ambas normas tienen la forma gramatical de un enunciado bicondicional. Consideremos, por ejemplo, la norma N1 (“Si, y sólo si, ciudadano por nacimiento, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”) y la norma N2 (“Si, y sólo si, ciudadano naturalizado, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”). La norma N1 consiste en la conjunción de dos normas: N1.1 (“Si ciudadano por nacimiento, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”) y N1.2 (“Si no ciudadano por nacimiento, entonces no permitido expresar libremente opiniones políticas”). De manera similar, la norma N2 consiste en la conjunción de dos normas: N2.1 (“Si ciudadano naturalizado, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”) y N2.2 (“Si ciudadano no naturalizado, entonces no permitido expresar libremente opiniones políticas”). La estructura de una antinomia por exclusividad bilateral consiste pues, mirándolo bien, en la conjunción de dos antinomias simples: la antinomia simple entre la norma N1.2* (“Si ciudadano naturalizado, entonces no permitido expresar libremente opiniones políticas”), derivada de la norma N1.2, y la norma N2.1 (“Si ciudadano naturalizado, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”); la antinomia simple entre la norma N1.1 (“Si ciudadano por nacimiento, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”) y la norma N2.2* (“Si ciudadano por nacimiento, entonces no permitido expresar libremente opiniones políticas”), derivada de la norma N2.2.

Una *antinomia por complejidad unilateral* es una incompatibilidad lógica entre dos normas, sólo una de las cuales es compleja. Una variedad (una subclase) de este tipo de antinomia consiste en las *antinomias por exclusividad unilateral*. Estas ocurren cuando una de las dos normas tiene la forma gramatical de un enunciado bicondicional y la otra la forma de un condicional simple. Consideremos, por ejemplo, la norma N1 (“Si, y sólo si, ciudadano por nacimiento, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”) y la norma N3 (“Si ciudadano naturalizado, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”). En este caso, la antinomia consiste en la incompatibilidad lógica entre la norma N3, por un lado, y la norma N1.2*, derivada de la norma N1.2, por el otro.

Las tipologías de antinomias lógicas (por contradicción o contrariedad; simples o complejas; simples por superposición integral expresa, por inclusión, por intersección; complejas bilaterales o unilaterales, etc.) son útiles para identificar

antinomias constitucionales, sea en sentido propio (entre normas ambas constitucionales), sea en sentido impropio (constitucionalmente relevantes).

En los sistemas constitucionales vigentes, sin embargo, las antinomias lógicas son bastante raras. Las formas más comunes de antinomia constitucional, en sentido propio o impropio, consisten en antinomias no lógicas u ontológicas.

2.2. ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES ONTOLÓGICAS

En las antinomias constitucionales lógicas, dos normas regulan la misma conducta-tipo de manera deónticamente contraria o contradictoria (*supra*, § 2.1.1.).

Las antinomias constitucionales no lógicas consisten en formas diferentes de incompatibilidad normativa. Parece útil distinguir (por lo menos) cinco tipos: antinomias *de competencia*, *instrumentales absolutas*, *instrumentales relativas*, *teleológicas*, y *axiológicas*.

En su conjunto, estos cinco tipos corresponden a otras tantas variedades de antinomias ontológicas. Las llamaré así porque, como veremos, corresponden a situaciones de incompatibilidad en las que la vigencia (actual o potencial) de una de las dos normas constituye o favorece un estado de cosas, un mundo jurídico, el cual es distópico con respecto al estado de cosas, al mundo jurídico, propugnado por la otra norma.

2.2.1. Antinomias de competencia

Una antinomia de competencia es una incompatibilidad ontológica entre una (meta)norma de competencia, por un lado, y una norma producida en violación de la norma de competencia, por el otro.

Piensen, por ejemplo, en la metanorma constitucional de competencia N1 (“Está prohibido dictar leyes penales que establezcan la pena de muerte para un cualquier delito”) y en la norma de ley penal N2 (“Quien prive a alguno de la libertad personal puede ser castigado con la muerte”).

La covigencia de las normas N1 y N2 no da lugar a una antinomia lógica. Las dos normas se refieren a conductas-tipo diferentes, por parte de sujetos diferentes. Sin embargo, nótese lo siguiente. La norma N1 expresa la preferencia del orden constitucional por un mundo jurídico en el que no haya lugar para la pena de muerte; en el que en ninguna circunstancia la comunidad, a través

del aparato sancionador penal, puede privar de la vida a un ser humano. No obstante, la vigencia de la norma N2 crea un mundo jurídico en el que la imposición y la ejecución de la pena capital constituyen una posibilidad. La norma N1 requiere un mundo jurídico sin pena de muerte. La norma N2 realiza un mundo jurídico –altamente negativo y éticamente inaceptable desde el punto de vista de la norma N1–, entre cuyas sanciones penales figura la muerte.

2.2.2. Antinomias instrumentales absolutas

Una antinomia instrumental absoluta es una incompatibilidad ontológica entre una norma final (que prescribe a una autoridad normativa perseguir un determinado objetivo) y una norma de conducta o constitutiva, la cual se produce cuando esta última norma prescribe conductas, o realiza estados de cosas, que impiden alcanzar el objetivo prescrito por la norma final.

Consideremos, por ejemplo, la norma constitucional final N1 (“La República debe garantizar la salud de los ciudadanos”) y la norma legislativa de conducta N2 (“Las acerías podrán producir sin instalar cortinas aislantes sobre los almacenes de carbón”). Las dos normas se refieren a conductas-tipo diferentes, por parte de sujetos diferentes. No son lógicamente incompatibles. Supongamos, sin embargo, que la no instalación de cortinas aislantes provoque una contaminación ambiental gravemente perjudicial para la salud de los ciudadanos que viven en las proximidades. En tal caso, habría que concluir que la norma N2 permite conductas que obstaculizan, que son condiciones *impeditivas* u *obstructivas* para alcanzar la finalidad prescrita por la norma N1. Existe, por tanto, una incompatibilidad instrumental absoluta entre la norma N2 y la norma N1. Esta incompatibilidad constituye, a la vez, una forma de incompatibilidad ontológica. La vigencia de la norma N2 favorece la realización de un estado de cosas, de un mundo jurídico, distópico con respecto al mundo jurídico propugnado por la norma N1: un mundo en que la salud de determinados ciudadanos, lejos de estar garantizada, se ve seriamente comprometida por la realización de determinadas actividades industriales.

2.2.3. Antinomias instrumentales relativas

Una antinomia instrumental relativa es una incompatibilidad ontológica entre una norma final (que prescribe a una autoridad normativa perseguir un determinado objetivo) y una norma de conducta o constitutiva, la cual se produce cuando esta última norma prescribe conductas, o realiza estados de cosas, que resultan insuficientes para alcanzar el objetivo prescrito por la norma final.

Consideremos nuevamente, por ejemplo, la norma constitucional final N1 (“La República debe garantizar la salud de los ciudadanos”) y la norma legislativa de conducta N2 (“Las aceras podrán producir instalando cortinas aislantes de tipo K en los almacenes de carbón”). Supongamos que la instalación de cortinas aislantes de tipo K no baste para evitar una grave contaminación ambiental, perjudicial para la salud de los ciudadanos que viven en las proximidades, reduciéndola sólo en la medida de un 10 %, mientras que la instalación de cortinas aislantes de tipo Q lograría una reducción del 95 % de las emisiones nocivas. En tal caso, debe concluirse que la norma N2 permite un comportamiento que constituye una *condición insuficiente* con respecto a la consecución de la finalidad prescrita por la norma N1. Existe, por tanto, una *incompatibilidad instrumental relativa* entre la norma N2 y la norma N1. Esta incompatibilidad constituye a la vez una forma de incompatibilidad ontológica. La vigencia de la norma N2 favorece la realización de un estado de cosas, de un mundo jurídico, distópico en relación con el mundo jurídico propugnado por la norma N1: un mundo en que la salud de algunos ciudadanos, lejos de estar plenamente garantizada, así como sería técnicamente posible, está en cambio protegida en una medida casi del todo insignificante.

2.2.4. Antinomias teleológicas

Una antinomia teleológica es una incompatibilidad ontológica entre dos normas finales, que se produce cuando, en relación con una conducta a regular, los objetivos que ambas normas exigen que se realicen no pueden realizarse al mismo tiempo.

Consideremos, por ejemplo, la norma constitucional N1 (“La República debe garantizar la salud de los ciudadanos”) y la norma constitucional N2 (“La República debe garantizar el equilibrio presupuestario”). Supongamos que nos encontramos ante una pandemia, cuya gestión requiere inversiones (por ejemplo, la construcción de nuevos hospitales) necesarias para garantizar la salud de los ciudadanos, pero tales que suponen un grave déficit presupuestario. Desde el punto de vista de la norma N1, la construcción de nuevos hospitales es algo que debe considerarse obligatorio. Consideraciones instrumentales justifican derivar de la norma constitucional final N1 (“La República debe garantizar la salud de los ciudadanos”) la norma de conducta NC1 (“Si pandemia, entonces obligatorio construir nuevos hospitales”). Desde el punto de vista de la norma N2, en cambio, la construcción de nuevos hospitales es una conducta que debe considerarse prohibida. Consideraciones instrumentales justifican derivar de la norma constitucional final N2 (“La República debe garantizar el equilibrio

presupuestario”) la norma de conducta NC2 (“Si pandemia, entonces prohibido construir nuevos hospitales”). Una antinomia teleológica presenta, pues, una estructura compleja. Entre las normas de conducta derivadas NC1 y NC2 existe una antinomia lógica por contrariedad, simple, por superposición integral expresa (*supra*, § 2.1). Entre la norma de conducta NC2 y la norma final N1 existe una antinomia ontológica de tipo instrumental absoluta. E igualmente entre la norma de conducta NC1 y la norma final N2. La adopción de la norma de conducta NC1 realiza un mundo jurídico distópico en comparación con el mundo jurídico propugnado por la norma final N2. La adopción de la norma de conducta NC2 realiza un mundo jurídico distópico en comparación con el mundo jurídico propugnado por la norma final N1. ¿Cuál de los dos mundos *prima facie* distópicos debe considerarse tal considerándolo todo? La solución dependerá de cuál de los dos mundos jurídicos se considere que corresponde a la forma constitucionalmente correcta de establecer una jerarquía axiológica entre N1 y N2 (*infra*, § 6).

2.2.5. Antinomias axiológicas

Una antinomia axiológica, finalmente, es una incompatibilidad ontológica que se produce cuando algunas normas resultan en su conjunto incongruentes con la escala de valores presupuesta por las normas mismas, o bien establecida o presupuesta por otra norma o conjunto de normas.

Consideremos, por ejemplo, una norma constitucional compromisoria N1 (“La República reconoce la libertad personal como bien supremo”),⁵ una norma penal N2 (“Quien prive a alguien de la libertad personal será castigado con cinco días de prisión”) y una norma penal N3 (“Quien destruya bienes muebles ajenos será castigado con diez años de prisión”). En su conjunto, las normas N2 y N3 son axiológicamente incompatibles con la norma N1. Si se mide el valor del bien jurídico protegido por ellas a la luz de la sanción penal establecida, el bien de la propiedad privada resulta ser objeto de una protección penal mucho más rigurosa que el bien de la libertad personal, aunque este sea el bien que la norma N1 reconoce como “supremo”. Las normas N2 y N3 sí serían axiológicamente congruentes, en cambio, respecto de otra norma superior compromisoria N4 (“La República reconoce la propiedad privada como bien supremo”); la cual, sin embargo, no forma parte del Derecho constitucional vigente. Si se

⁵ Una norma constitucional es *compromisoria*, si, y solo si, a través de ella el Estado, la República, etc., toma posición a favor o en contra de ciertos valores, eventos, o estados de cosas. Por ejemplo, “reconociendo los derechos inviolables de todo ser humano”, “reconociendo el derecho a una retribución adecuada a conducir una vida libre y digna”, “rechazando la guerra como forma de resolución de las controversias internacionales”, etcétera.

quiere restablecer la congruencia axiológica entre las dos normas penales y la norma constitucional, habrá pues que modificar una o las dos normas N2 y N3, adaptándolas a la escala de valores correspondiente a N1.⁶

Una antinomia axiológica puede considerarse un caso especial de antinomia ontológica. Como sugiere el ejemplo, la vigencia sincrónica de *dos* normas, N2 y N3, realiza un estado de cosas, un mundo jurídico, que es distópico comparado con el mundo correspondiente a la norma N1.

Si de la norma compromisoria N1 se deriva una norma final, si se transforma N1 (“La República reconoce la libertad personal como bien supremo”) en una norma prescriptiva final N1* (“La República debe garantizar la libertad personal como bien supremo”), la antinomia axiológica se transforma en una antinomia instrumental absoluta; donde la vigencia sincrónica de las normas N2 y N3 es condición obstructiva para la realización de un mundo en que la libertad personal es tratada de bien supremo.

3. CÓDIGO IDENTIFICATORIO Y CÓDIGO RESOLUTORIO BIEN CONSTRUIDO

La existencia de antinomias socava el buen funcionamiento (la racionalidad) de un orden jurídico en términos de coherencia interna y capacidad regulatoria, comprometiendo su valor ético-normativo.

Por un lado, la incompatibilidad lógica entre normas de conducta perjudica la idoneidad del orden jurídico para regular los comportamientos socialmente relevantes de los seres humanos (personas, ciudadanos) de una manera que sea –por lo menos formalmente– respetuosa de su dignidad y autonomía de agentes morales.

Por el otro, en un Estado constitucional, la presencia de antinomias ontológicas entre normas constitucionales y normas formalmente inferiores es índice de que la Constitución ha sido violada (antinomias de competencia, instrumentales absolutas, teleológicas, axiológicas) o, en todo caso, no ha

⁶ Según sugiere la definición, puede pasar que la escala de valores sea establecida o presupuesta no ya por normas de nivel jerárquico formalmente superior, como en el ejemplo apenas proporcionado, sino por el mismo conjunto normativo (derivable de la misma ley o del mismo código) al cual pertenecen las dos normas axiológicamente incongruentes.

sido plenamente respetada (antinomias instrumentales relativas) por las autoridades normativas inferiores y, en particular, por el legislador ordinario.

Por estas razones, se suele pensar en las antinomias como defectos de un orden jurídico que deben ser eliminados. Por estas razones, los ordenamientos jurídicos positivos contienen reglas, expresas o implícitas, que funcionan de "criterios" para la resolución de las antinomias: prescripciones, cuyo desarrollo y precisión competen normalmente a la cultura jurídica, que establecen *cuál* entre dos normas incompatibles *debe preferirse*, y *cómo* (en qué manera o con qué efectos) *debe preferirse*.

Sin embargo, la resolución de una antinomia supone la identificación de la antinomia. El fenómeno de las antinomias se presenta pues a todo operador jurídico como doblemente problemático. Lidar con las antinomias, y en particular con las antinomias constitucionales (en sentido propio o impropio), requiere saber *cómo identificarlas* y, una vez identificadas, *cómo resolverlas*.

Si nos preguntamos por las herramientas de las cuales un operador jurídico garantista podría servirse para llevar a cabo ambas operaciones, podemos pensar en cierto *código identificatorio* (para la identificación de antinomias constitucionales) y en cierto *código resolutorio* (para la resolución de antinomias constitucionales).

Un código identificatorio es un *conjunto finito* de reglas identificatorias, que un operador jurídico compone⁷ y utiliza, expresa o tácitamente, en aras de *establecer la presencia* de una antinomia constitucional.

Un código identificatorio es *bien construido*, si, y sólo si, consiste en un conjunto coherente y completo de instrucciones identificatorias. De manera que, al utilizarlo, el operador jurídico siempre llegará a una, y una sola, tesis identificatoria: según las circunstancias, positiva (si hay antinomia constitucional) o negativa (si no hay antinomia constitucional).

Un código identificatorio bien construido se compone de *reglas identificatorias* de dos tipos: reglas identificatorias en sentido estricto (*reglas de identificación*)

⁷ Sobre la base del Derecho vigente, de la cultura metodológica del tiempo, de su ideología del Derecho, y de eventuales innovaciones metodológicas aportadas por él mismo. Son estas las *fuentes* de los códigos identificatorios, así como de los resolutorios.

y reglas identificatorias metodológicas (*meta-reglas identificatoria*). Contiene, en particular:

- a) una *metarregla de propósito*, la cual establece el fin u objetivo que el operador jurídico debe perseguir al identificar antinomias constitucionales;
- b) una *metarregla selectiva*, que establece las reglas de identificación de las cuales el operador debe servirse, y puede ser *monista* (una sola regla de identificación), *pluralista* (dos o más reglas de identificación), u *holista* (todas las reglas de identificación en hipótesis utilizables según la cultura jurídica del tiempo);
- c) una *metarregla procedimental*, la cual establece *cómo* utilizar las reglas de identificación seleccionadas (*si* de conformidad con un orden de precedencia, y *cuál*);
- d) una *metarregla preferencial*, la cual establece *cuál* resultado identificatorio debe adoptarse como constitucionalmente correcto considerándolo todo, funcionando así de regla de clausura;
- e) una o más *reglas de identificación*, según el contenido de la metarregla selectiva, cada una de las cuales se corresponde con una instrucción sobre cómo establecer la presencia de una antinomia, apuntando a ciertos *recursos identificatorios*.

En cambio, un *código resolutorio* es un *conjunto finito* de reglas resolutorias, que un operador jurídico compone y utiliza, expresa o tácitamente, en aras de *resolver* un problema de incompatibilidad normativa (si es un juez), o bien de *formular una propuesta de resolución* (si es una jurista o un abogado).

Un *código resolutorio* es *bien construido*, si, y sólo si, consiste en un conjunto coherente y completo de instrucciones resolutorias. De manera que, al utilizarlo, el operador jurídico siempre llegará a una (y una sola) tesis resolutoria: a una, y una sola, forma de resolución de la antinomia de que se ocupe.

Un código resolutorio bien construido se compone de *reglas resolutorias* de dos tipos: reglas resolutorias en sentido estricto (*reglas de prioridad*) y reglas resolutorias metodológicas (*metarreglas resolutorias*). Al igual que su homólogo identificatorio, contiene, en particular:

- a) una *metarregla de propósito*, la cual establece el fin u objetivo que el operador jurídico debe perseguir al resolver antinomias constitucionales;

- b) una *metarregla selectiva*, que establece las reglas de prioridad de las cuales el operador debe servirse, y puede ser *monista* (una sola regla de prioridad), *pluralista* (dos o más reglas de prioridad), u *holista* (todas las reglas de prioridad en hipótesis utilizables según la cultura jurídica del tiempo);
- c) una *metarregla procedimental*, la cual establece *cómo* utilizar las reglas de prioridad seleccionadas (*si* de conformidad con un orden de precedencia, y *cuál*);
- d) una *metarregla preferencial*, la cual establece *cuál* resultado resolutorio debe adoptarse como constitucionalmente correcto considerándolo todo, funcionando así de regla de clausura;
- e) una o más *reglas de prioridad*, según el contenido de la metarregla selectiva, cada una de las cuales se corresponde a una instrucción sobre cómo establecer la prevalencia de una norma sobre otra, apuntando a ciertos *recursos resolutorios*.

Si nos ponemos en la perspectiva de operadores jurídicos garantistas –a saber, de operadores que conciben a la democracia constitucional como un mecanismo entregado a la protección de derechos fundamentales de libertad y sociales, rechazando a la vez cualquier concepción mínima, mayoritaria, populista, neocón, o autoritaria– podemos pensar, a modo de experimento mental, en tres códigos garantistas bien contruidos: El primero concierne a la *identificación* de antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores del mismo orden jurídico (*infra*, § 4.); el segundo concierne a la *resolución* de antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores del mismo orden jurídico (*infra*, § 5.); el tercero concierne, en fin, a la *resolución* de antinomias entre normas constitucionales (*infra*, § 6.).

4. UN CÓDIGO GARANTISTA BIEN CONSTRUIDO PARA IDENTIFICAR ANTINOMIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Si, por vía de un somero experimento mental, pensamos en un código garantista bien construido para identificar antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores (a continuación: antinomias constitucionalmente relevantes), podríamos imaginar un código compuesto de nueve reglas identificatorias: cuatro metarreglas (respectivamente: de propósito, selectiva, procedimental, preferencial) y cinco reglas de identificación.

1) La *meta-regla de propósito* establece un *propósito maximalista*: promover la máxima expansión posible del control (centralizado) de constitucionalidad, de forma que se elimine, en lo posible, *cualquier* norma y *cualquier* disposición inferior (de las clases relevantes) que se sospecha afectada por inconstitucionalidad, rechazando toda actitud de *confianza* o *deferencia metódica* hacia las fuentes subordinadas, y contribuyendo así a garantizar la supremacía de la Constitución.

2) La *metarregla selectiva* tiene carácter de regla *pluralista*. Apunta, en particular, a cinco reglas de identificación de antinomias constitucionalmente relevantes:

- a) la regla de interpretación garantista;
- b) la regla de razonabilidad intrínseca;
- c) la regla de razonabilidad comparativa;
- d) la regla de ponderación;
- e) la regla de proporcionalidad.

3) La *metarregla procedimental* se presenta como una de regla de oro. Prescribe utilizar las reglas de identificación que, de vez en cuando, se revelen más adecuadas a las circunstancias, siempre bajo la guía del propósito maximalista que debe inspirar toda operación identificatoria.

4) La *metarregla preferencial*, en fin, desempeña la función de *regla de clausura*. Establece que si la utilización de las reglas de identificación de conformidad con la metarregla procedimental lleva a un resultado dudoso (se puede razonablemente sostener que hay, como que no hay, antinomia), se debe optar por la tesis positiva (*in dubio pro constitutione*).

Pasamos a ver brevemente las cinco reglas de identificación.

5) La primera regla de identificación –la *regla de interpretación garantista*– impone al operador un doble esfuerzo interpretativo.

Por un lado, le requiere interpretar las disposiciones constitucionales de manera tal que se amplíe al máximo el ámbito de aplicación de las normas constitucionales

expresas e implícitas (“híper” o “sobre” interpretación constitucional), utilizando antes que nada las reglas de la interpretación sistemática y evolutiva.⁸ Por el otro, le requiere interpretar las disposiciones inferiores evitando o limitando al máximo el recurso a la interpretación conforme.⁹ Todo ello teniendo en cuenta que existen no sólo antinomias lógicas (*supra*, § 2.1), sino también, y predominantemente, antinomias ontológicas, que son más difíciles de identificar y, por lo tanto, más insidiosas (*supra*, § 2.2).

Al utilizar la regla de interpretación garantista, el operador jurídico debe llevar a cabo una *estrategia especificacionista*, atenta a identificar de una forma precisa el ámbito de aplicación de la norma constitucional en relación con el ámbito de aplicación de la norma inferior. Adoptando esta estrategia –optando por un enfoque categorial– el intérprete garantista debe:

- a) identificar las conductas-tipo (clases de conductas) que, respectivamente, resultan protegidas o no protegidas por la norma constitucional;
- b) identificar las conductas-tipo disciplinadas por la norma inferior;
- c) comparar el ámbito de aplicación de la norma constitucional con el ámbito de aplicación de la norma inferior.¹⁰

De forma que hay antinomia, si, y sólo si, la norma inferior prohíbe, sanciona o, en todo caso, afecta negativamente a una conducta-tipo protegida por la norma constitucional. En tal caso, en la fase subsecuente de la resolución, será menester aplicar la regla de superioridad formal (*infra*, § 5). Si, en cambio, el

⁸ Sobre este último punto véase, por ejemplo, FERRAJOLI, L., “El constitucionalismo entre reglas y principios”, 2012, p. 211 y ss., FERRAJOLI, L., “Dos concepciones de los principios: una respuesta a Juan Ruiz Manero”, 2013, p. 277 y ss., ambos en L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales*, edición de P. Grández Castro, Palestra, Lima, 2014.

⁹ La regla de propósito de un código identificatorio de corte mayoritario o populista, en cambio, prescribe típicamente que al identificar antinomias entre normas constitucionales y normas de ley, siempre se tribute el máximo respeto al legislador democráticamente elegido, limitando al máximo las situaciones de incompatibilidad, presumiendo metódicamente la constitucionalidad de las leyes, y adoptando una política de interpretación minimalista e híper restrictiva del texto constitucional (de “hipointerpretación” o “subinterpretación” constitucional), combinada con una política de generosa interpretación de conformidad con las disposiciones de ley.

¹⁰ Véase, por ejemplo, ELY, J. H., “Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis”, *Harvard Law Review*, No. 88, 1975, pp. 1482-1508, y las sentencias de la Corte Suprema de EE.UU. en los casos “Brandenburg vs. Ohio” (1969) y “Cohen vs. California” (1971).

ámbito de aplicación de la norma inferior no se sobrepone al ámbito de las conductas-tipo protegidas por la norma constitucional, no hay antinomia. Por lo tanto, no hace falta pasar a la fase resolutoria, ni aplicar alguna regla de prioridad.

6) La segunda regla de identificación –la *regla de razonabilidad intrínseca*– requiere evaluar si la norma inferior sea justificable desde el punto de vista de su *razonabilidad* o *racionalidad interna, intrínseca, o absoluta*, asumiendo como parámetro constitucional el proteiforme “principio de razonabilidad” o “principio” (o “canon”) “de racionalidad”, entendido como metanorma de competencia que prohíbe al legislador ordinario dictar normas “internamente” irrazonables o irracionales.¹¹

De conformidad con esta regla, hay antinomia, por ejemplo, si la norma inferior sea revelada intrínsecamente irrazonable o internamente irracional:

- a) por ser un medio instrumentalmente inadecuado para promover o realizar el fin en vista del cual ha sido dictada (instrumento irracional);
- b) por ser un medio instrumentalmente adecuado para promover o realizar un fin que, sin embargo, es fruto de una ponderación irracional de los intereses (objetivo irracional);¹²
- c) por tener un contenido en sí mismo irracional (contenido absurdo).¹³

7) La tercera regla de identificación –la *regla de razonabilidad comparativa*– requiere evaluar si la norma inferior sea justificable desde el punto de vista del principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, entendido como metanorma de competencia que prohíbe dictar normas que introduzcan diferencias o equiparaciones irrazonables.

¹¹ Véase, por ejemplo, PALADIN, L., “Corte costituzionale e principio d’eguaglianza. Aprile 1979 - Dicembre 1983”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 219 ss., y las Sentencias de la Corte constitucional italiana Nos. 91/1973, 98/1975, 151/1975, 215/1983, 300/1983.

¹² Corte constitucional italiana, sentencia No. 300/1983.

¹³ En la Sentencia No. 215/1983, la Corte constitucional italiana ha considerado “en absoluto irracional”, esto es, intrínsecamente absurda, una norma que imponía al juez disponer la *detención preventiva* para delitos sancionados solamente con penas de carácter pecuniario.

De acuerdo con esta regla, hay antinomia en situaciones de dos tipos:

- a) si la norma inferior trata casos (conductas-tipo) similares de manera diferente –por ejemplo, en relación con la asistencia a los hijos menores, atribuyendo cierto derecho a las madres trabajadoras y a la vez negándolo a los padres trabajadores (irrazonable diferenciación);
- b) si la norma inferior trata casos (conductas-tipo) diferentes de la misma manera –por ejemplo, sancionando penalmente tanto la ayuda al suicidio no terapéutico, como la ayuda al suicidio terapéutico (irrazonable asimilación).¹⁴

8) La cuarta regla de identificación –la *regla de ponderación*– requiere establecer la existencia de antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores, aplicando un conjunto de criterios que involucra típicamente cualquier forma de análisis coste-beneficio.¹⁵

Por ejemplo, según una cierta manera de concebir la regla de ponderación, en aras de establecer si hay antinomia, o no, entre cierto Derecho constitucional y una norma inferior que introduce cierta limitación a cierta conducta-tipo (por ejemplo, prohibiéndola y sancionándola penalmente), es menester considerar, en secuencia:

- a) si la limitación sirva para promover o realizar un fin (un interés) constitucionalmente legítimo;
- b) si la limitación sirva para promover o realizar un fin (un interés) sustantivo (imperioso, notable, de importancia sobresaliente);

¹⁴ Véase, por ejemplo, PALADIN, L., “Corte costituzionale e principio d’eguaglianza...”, *cit.*, p. 219 ss., y las sentencias de la Corte costituzionale italiana Nos. 53/1958; 21/1961; 26/1979, 103/1982; BIN, M., “Ragionevolezza, eguaglianza, analogia”, *Lo Stato*, No. 20, 2023, pp. 323-334.

¹⁵ Véase, por ejemplo, ELY, J. H., “Flag Desecration...”, *cit.*; ALEINIKOFF, A., “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, No. 96, 1987, pp. 943-1005, y las sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU. en los casos “United States vs. O’Brien” (1968), “New York vs. Ferber” (1982), “Tennessee vs. Garner” (1985), “Mathews vs. Eldridge” (1976); BIN, M., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*; COHEN-ELIYA, M. & I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*; BIN, M., “Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in materia di licenziamento illegittimo)”, *Lo Stato*, No. 18, 2022, pp. 257-270.

- c) si la limitación represente el medio mínimo necesario para promover o realizar el fin sustantivo y legítimo;
- d) si los beneficios que se derivan de la limitación sean presumible o acertadamente superiores a los costes para los intereses que la limitación penaliza.¹⁶

9) Finalmente, la quinta regla de identificación –la *regla de proporcionalidad*– requiere que la existencia de una antinomia se establezca valorando la *proporcionalidad* de la norma inferior frente a cierta norma constitucional que, *prima facie*, parece resultar negativamente afectada por la primera.

En su variante más amplia, la regla se articula en seis requerimientos, imponiendo considerar, en secuencia:

- a) si el fin de (el interés protegido por) la norma inferior sea constitucionalmente legítimo (legitimidad del fin de la norma inferior);
- b) si el fin legítimo de (el interés protegido por) la norma inferior sea sustantivo (importancia del fin de la norma inferior);
- c) si el medio que la norma inferior prescribe sea constitucionalmente legítimo (legitimidad del medio adoptado por la norma inferior);
- d) si el medio legítimo sea instrumentalmente adecuado al objetivo que la norma inferior se propone conseguir o promover (adecuación instrumental del medio adoptado por la norma inferior);
- e) si el medio legítimo sea necesario, a saber, corresponda a la forma menos onerosa de promover o realizar el fin (necesidad del medio adoptado por la norma inferior);
- f) si el medio sea, por último, proporcionado (no desproporcionado): a saber, si los costes de la interferencia negativa sobre el bien protegido por cierta norma constitucional sean inferiores a los beneficios que se consiguen al

¹⁶ Hay formas diferentes de entender los criterios de la regla de ponderación. La forma en el texto se corresponde con la empleada por la Corte Suprema de los EE.UU. en la Sentencia “New York vs. Ferber” (1982).

perseguir el fin de la norma inferior (proporcionalidad en sentido estricto del medio adoptado por la norma inferior).¹⁷

Se habrá notado que he situado entre las reglas de *identificación* de las antinomias constitucionalmente relevantes, algunas reglas (criterios, principios, técnicas) que se suele concebir como aptas, más bien, para la *resolución* de antinomias. Pienso, en particular, en la regla de ponderación y en la regla de proporcionalidad. Mi explicación –bastante simple– es la siguiente:

En relación con la argumentación constitucional, los ambiguos e indeterminados rótulos “ponderación” y “proporcionalidad” se refieren (por lo menos) a dos conjuntos distintos de herramientas metodológicas. Por un lado, ellos denominan reglas para la identificación de antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores (antinomias constitucionalmente relevantes). Por el otro, ellos denominan reglas o criterios para la resolución de antinomias entre normas constitucionales (antinomias constitucionales en sentido propio).

Por esta razón, al esbozar un código resolutorio garantista para antinomias entre normas constitucionales, propondré prescindir de tales términos (*infra*, §§ 6 y 7).

5. UN CÓDIGO GARANTISTA BEN CONSTRUIDO PARA RESOLVER ANTINOMIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Un código garantista bien construido para resolver antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores es bastante simple. En forma de un *some-ro* experimento mental, puede imaginarse como compuesto por tres reglas resolutorias: una *metarregla de propósito*, una *metarregla selectiva* y una *regla de prioridad*.

La *metarregla de propósito* establece que al resolver antinomias o proponer maneras de resolverlas, el operador jurídico debe perseguir el objetivo de asegurar la superioridad (soberanía, supremacía) efectiva de la Constitución, y en particular de sus normas adscriptivas de derechos fundamentales de libertad y sociales, al respecto de toda norma inferior. Ya hemos visto, esbozando un código identificatorio garantista (*supra*, § 4), cómo este objetivo tenga que ser perseguido, ya a la hora de identificar las antinomias entre normas constitu-

¹⁷ Véase, por ejemplo, COHEN-ELIYA, M. & I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture...*, *cit.*; HEINTZEN, M., *Il principio di proporzionalità*.

cionales y normas inferiores. Cómo, en otros términos, la actitud frente a la identificación de este tipo de antinomias juegue un papel medular.

La *metarregla resolutoria selectiva* es de carácter *monista*. Identifica una, y sólo una, regla de prioridad, un, y un sólo, criterio resolutorio, que el operador debe utilizar en vista del objetivo enunciado por la metarregla de propósito. Trátase de la *regla de superioridad formal* (*lex superior formalis* o, simplemente, *lex superior*): la norma de nivel formalmente superior –la norma de mayor valor institucional formal, la que vale institucionalmente más por razones genealógicas y topográficas– debe ser preferida a la norma de nivel formalmente inferior: a la norma que, por razones genealógicas y topográficas, vale institucionalmente menos. Cualquier norma constitucional, explícita o implícita, debe ser preferida, en caso de incompatibilidad, a cualquier norma inferior. Las consecuencias de la preferencia quedan establecidas por las normas positivas que regulan los efectos de las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad.

6. UN CÓDIGO GARANTISTA BIEN CONSTRUIDO PARA RESOLVER ANTINOMIAS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES

Un código garantista bien construido para resolver antinomias entre normas constitucionales tiene un contenido bastante amplio y articulado.

En forma, nuevamente, de un somero experimento mental, podemos imaginar que el código garantista, el código para uso de operadores garantistas, se componga de ocho reglas resolutorias: tres *metarreglas* –respectivamente: *de propósito*, *selectiva pluralista* y *procedimental jerárquica*– y cinco reglas de prioridad.

1) La *metarregla de propósito* prescribe que la resolución de las antinomias entre normas constitucionales debe garantizar, en todo caso, la primacía de los principios y valores “fundamentales”, así como se desprenden a partir de las disposiciones atributivas de libertades y derechos sociales, sobre las normas constitucionales cuyo contenido sea “menos fundamental” o “no fundamental”.

2) La *metarregla selectiva* es de carácter *pluralista*. Apunta a cinco reglas de prioridad que el operador debe utilizar, de conformidad con la metarregla procedimental, para resolver antinomias entre normas constitucionales. A saber:

a) la regla de especialidad (*lex specialis*);

- b) la regla cronológica (*lex posterior*);
- c) la regla de superioridad sustantiva en abstracto (*lex superior substantialis in abstracto*);
- d) la regla de superioridad sustantiva en concreto (*lex superior substantialis in concreto*);
- e) la regla de conciliación.

Las primeras dos reglas son bien conocidas, pues se encuentran canonizadas en la tradición metodológica desde siglos. Para las demás, estoy utilizando (y proponiendo utilizar) una denominación diferente, y quizás un poco más transparente, de la denominación con la cual se suele tratarlas (o tratar algo parecido). Aludo al rótulo metafórico y oscuro de “ponderación” (“balance”, “equilibrio”).

La *regla de especialidad (lex specialis)* establece que, dada una antinomia lógica por inclusión entre dos normas constitucionales, la norma constitucional de especie (especial) debe ser preferida a la norma constitucional de género (general) (*supra*, § 2.2). El resultado de la resolución de la antinomia suele consistir en una modificación de la forma gramatical original de la norma constitucional de género. La modificación consiste, en particular, en una *especificación*. La norma de género se reformula en manera de circunscribir su ámbito de aplicación a la *conducta-tipo complementaria* respecto de la conducta-tipo regulada por la norma de especie. De este modo se garantiza la coexistencia no conflictiva de las dos normas, cuyos respectivos ámbitos de aplicación encajan ahora perfectamente, dejando de superponerse.

La *regla cronológica (lex posterior)* establece que, dada una antinomia (lógica u ontológica) entre dos normas constitucionales promulgadas en épocas diferentes, la norma constitucional más reciente debe preferirse a la norma más antigua. El resultado de la resolución de la antinomia suele consistir en la derogación total o parcial de la norma constitucional más antigua.

La *regla de superioridad sustantiva en abstracto (lex superior substantialis in abstracto)* establece que, dada una antinomia (lógica u ontológica) entre dos normas constitucionales, la norma constitucional con *mayor valor ético-normativo en abstracto* (la norma constitucional cuyo contenido, en sí considerado, vale éticamente más “desde la Constitución”) debe ser preferida a la norma constitucional con

menor valor ético-normativo en abstracto (cuyo contenido, en sí considerado, vale éticamente menos “desde la Constitución”). El uso de la regla de superioridad sustantiva en abstracto requiere suponer la existencia de una jerarquía axiológica fija entre normas constitucionales. Que, por ejemplo, sea correcto sostener, a la luz de la Constitución, que los principios de seguridad, libertad y dignidad humana tienen en sí mismos mayor valor ético-normativo que el principio de libre iniciativa económica privada. El resultado de la resolución de la antinomia suele consistir, a la vez, en el uso (aplicación) de la norma predominante y en el no uso (no-aplicación) de la norma vencida.

La *regla de superioridad sustantiva en concreto* (*lex superior substantialis in concreto*) establece que, dada una antinomia (lógica u ontológica) entre dos normas constitucionales, la norma constitucional dotada de *mayor valor ético-normativo en concreto* debe ser preferida a la norma constitucional dotada de *menor valor ético-normativo en concreto*. El valor ético-normativo en concreto de las dos normas es el valor que se les puede atribuir considerando, no ya su valor ético-normativo abstracto (que depende, como hemos visto, de su contenido en sí considerado), sino del valor ético-normativo de la disciplina de una cierta conducta-tipo que ellas, respectivamente, serían aptas para justificar. Es esta regla de prioridad la que se utiliza, aparentemente, cuando se afirma, por ejemplo, que el derecho al honor debe ser preferido al derecho a la libertad de prensa, *si* la conducta-tipo de quien pretenda ejercer este último derecho consiste en difundir noticias falsas o culpablemente no verificadas, o bien carentes de interés público, o bien con modos de expresión incontinentes.

Por último, la *regla de conciliación* establece que delante de una antinomia (lógica u ontológica) entre dos normas constitucionales, se debe adoptar la solución que, en lo posible, satisfaga a la vez las exigencias protegidas por cada una de ellas.

La metarregla selectiva, como sabemos, sólo establece *cuáles* reglas de prioridad deben utilizarse. No dice nada, empero, acerca del *cómo*: de la manera, y eventualmente de la secuencia, en que utilizarlas. En un código resolutorio garantista bien construido, de este problema se encarga una metarregla procedimental jerárquica.

3) La *metarregla procedimental jerárquica* establece un *orden de preferencia* en la aplicación de las cinco reglas de prioridad identificadas por la metarregla selectiva. A grandes rasgos, el orden resulta de la sucesión de seis instrucciones aplicativas.

l) Antes que nada, se debe aplicar la regla de *superioridad sustantiva en abstracto*. Entre dos normas constitucionales antinómicas, la norma que vale éticamente más en abstracto debe ser preferida a la norma que vale éticamente menos en abstracto. Y eso, aunque esta última sea posterior, especial, podría valer más en concreto, o habría espacio para una solución conciliatoria. La regla de superioridad sustantiva en abstracto es, en suma, la regla de prioridad suprema en un código resolutorio garantista: prioritaria en relación con todas las demás reglas de prioridad (cronológica, de especialidad, de superioridad sustantiva en concreto, de conciliación).

Parece útil esclarecer un poco más su manera de funcionar.

Supongamos que, en relación con un plan de inversiones necesarias (instrumentalmente adecuadas) y no derrochadoras (eficientes) para la modernización del servicio sanitario nacional, sea menester resolver una antinomia entre el principio de tutela de la salud (P1: “La República debe garantizar la salud como derecho fundamental de toda persona”), por un lado, y el principio de equilibrio presupuestario (P2: “La República debe garantizar el equilibrio presupuestario”), por el otro.

Si el valor ético-normativo abstracto del principio de tutela de la salud es superior al valor ético-normativo abstracto del principio de equilibrio presupuestario, si el principio P1 vale éticamente más, en sí mismo, que el principio P2, entonces, de conformidad con la regla de superioridad sustantiva en abstracto, se debe, a la vez, aplicar P1 y no-aplicar P2, considerando las inversiones como constitucionalmente permitidas o incluso obligatorias.

Nótese que, en términos de los llamados “principio de proporcionalidad” y “análisis de proporcionalidad”,¹⁸ la aplicación de la regla de superioridad sustantiva en abstracto requiere considerar sólo dos rasgos: la “idoneidad” (adecuación instrumental) y la “necesidad” (eficiencia) de la medida en cuestión (en el ejemplo: el plan de inversiones para modernizar el servicio sanitario nacional). En cambio, un tercer rasgo, el rasgo medular, la “proporcionalidad en sentido estricto”, no puede ser tomado en consideración. Desde una perspectiva garantista, esto puede admitirse, si, y sólo si, las normas constitucionales antinómicas tienen en hipótesis el mismo valor ético-normativo abstracto (véase *infra*, punto V).

¹⁸ Sobre estos temas, además de las obras citadas antes, en las notas 14 y 16, véase, por ejemplo, MORRONE, A., *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*; ALEXY, R., *Law's Ideal Dimension*, Parte II.

A este respecto, un partidario del análisis de proporcionalidad (un “proporcionalista”) podría objetar que la precedencia en todo caso de la regla de superioridad sustantiva en abstracto es irrazonable. Que implica rehusar considerar la posibilidad de que una misma norma constitucional valga, a la vez, éticamente más en abstracto y éticamente menos en concreto que otra norma constitucional. Piénsese en el caso siguiente.

Supongamos que una industria adopte un nuevo proceso productivo el cual hace posible doblar la producción y, por efecto de eso, aumentar de una manera relevante las ganancias de los inversores y el salario de los empleados. Supongamos, sin embargo, que el nuevo proceso productivo cause sistemáticamente a todo empleado, cada año, una enfermedad consistente en una gripe, con fiebre de 38° durante una semana, sin otras consecuencias. Supongamos que la cuestión de si el nuevo proceso productivo sea constitucionalmente lícito llegue al tribunal constitucional, y que el tribunal opine que, en aras de decidir, hace falta resolver una antinomia (teleológica) entre el principio de tutela de la salud (P1: “La República debe garantizar la salud como derecho fundamental de toda persona”) y el principio de libertad de iniciativa económica privada (P3: “La República debe garantizar la libertad de iniciativa económica privada”). Ahora bien: si se estima que el principio P1 valga éticamente más en abstracto que el principio P2, y se aplica por ende la regla de superioridad sustantiva en abstracto, es menester decidir por el carácter constitucionalmente ilícito del nuevo proceso productivo. Sin embargo, un análisis costes-beneficios sugiere que una semana de gripe cada año para cada empleado vale económicamente mucho menos que las pérdidas económicas –para inversores, empleados, y la sociedad en su conjunto – de reducir la producción a la mitad. De forma que se puede sostener que el principio de libertad de iniciativa económica privada (P3), que vale éticamente menos en abstracto, valga éticamente más en concreto, siendo también esta última libertad algo éticamente valioso para la Constitución.

El argumento del proporcionalista, nótese, sugiere abandonar la regla de superioridad sustantiva en abstracto y adoptar, en cambio, como regla de prioridad principal, el principio de proporcionalidad o la regla de ponderación. ¿Qué podría replicar un operador jurídico garantista?

Puede imaginarse una respuesta articulada en dos puntos:

En primer lugar, según sostiene el garantista, hace falta considerar si la tutela constitucional de la salud *requiera* prohibir el empleo del nuevo proceso productivo.

Hace falta considerar, en otros términos, la idoneidad (adecuación instrumental) de la prohibición en relación con la tutela constitucional de la salud. Por un lado, se podría sostener que sí, que sea idónea: eliminar la causa de una gripe que afecta a centenares de empleados es tutelar la salud de las personas. Por el otro, sin embargo, se podría sostener que no, que no sea idónea: pues la tutela constitucional de la salud, aun entendiéndola de una manera garantista, *no* abarca la protección de las personas contra una gripe leve, temporánea y sin efectos.

Si se opta por la segunda alternativa, se respeta la primacía ética abstracta del principio de tutela de la salud, concluyendo que el principio, considerándolo en sí mismo (aunque a la luz de las circunstancias), no exige prohibir el nuevo proceso productivo, sino que justifica su permisión.

Si se opta por la primera alternativa, en cambio, hace falta considerar si la prohibición, además de idónea, sea también necesaria (eficiente). Aquí caben dudas. Quizás hay maneras menos costosas de prevenir la gripe. Si las hay, hace falta permitir el empleo del nuevo proceso productivo, condicionándolo a la adopción de ciertas medidas de prevención. Si no las hay, si no hay otro remedio para garantizar la salud de los empleados, entonces sí, cabe concluir que la prohibición del nuevo proceso sea constitucionalmente justificada. La decisión, aunque pueda parecer absurda, sería la única compatible con la superioridad sustantiva abstracta del principio de tutela de la salud. La única compatible con la idea, propia del garantismo, de la supremacía de los derechos fundamentales de libertad y sociales.

La réplica garantista sugiere un par de consideraciones.

Hay por lo menos dos maneras diferentes de ser garantistas. Una manera menos intransigente, más razonable, y una manera más intransigente, menos razonable. El garantismo más razonable coincide, en el ejemplo, con la postura que excluye la relevancia constitucional de la gripe leve, temporánea y sin efectos. La distinción, más allá del ejemplo, resalta que el garantismo no es una postura monolítica. Y que un punto crucial al respecto se encuentra en la manera de entender, precisar y desarrollar el alcance de los derechos fundamentales éticamente supremos.

Ambas variantes de garantismo convergen en tomar en serio la idea de que hay derechos fundamentales dotados de primacía ético-normativa abstracta, y que estos exigen que su aplicación dependa de consideraciones que atañen

a los mismos derechos de que se trate, y no a otros derechos o intereses éticamente menos valiosos. Ambas variantes rechazan así la idea, extendida en la “edad de la ponderación”, según la cual *cualquier* derecho fundamental es (“necesariamente”) apto para toda forma de compromiso, de negociación, de “balanceo”, de “ponderación”, y puede ser vencido por exigencias de menor valor constitucional.

Con esto, podemos seguir en la exposición de las otras instrucciones en que se articula la metarregla procedimental.

II) Si dos normas constitucionales antinómicas tienen el mismo valor ético-normativo abstracto y no son sincrónicas, debe aplicarse la *regla cronológica*: la norma constitucional posterior debe preferirse a la norma constitucional anterior.

III) Si, dadas dos normas constitucionales antinómicas de *igual valor ético-normativo abstracto* y *no sincrónicas*, la norma constitucional *anterior* es una *norma de especie* y la norma constitucional *posterior* es una *norma de género*, se aplicará aquella norma, entre las dos, cuyo uso promueva o favorezca mejor la garantía global de los principios y valores fundamentales.

IV) Si dos normas constitucionales antinómicas tienen el *mismo valor ético-normativo abstracto*, son *sincrónicas*, y están en una *relación de especie a género*, debe aplicarse la *regla de especialidad*: la norma constitucional especial (de especie) debe preferirse a la norma constitucional general (de género).

V) Si dos normas constitucionales antinómicas tienen el *mismo valor ético-normativo abstracto*, son *sincrónicas* y *no* están en una *relación de especie a género*, debe aplicarse la *regla de superioridad sustantiva en concreto*: la norma constitucional que, en relación con cierta conducta-tipo, justifica la disciplina de mayor valor ético-normativo (desde la Constitución) debe ser preferida a la norma constitucional que, en relación con la misma conducta-tipo, justifica una disciplina de menor valor ético-normativo (desde la Constitución).

Supongamos que es menester determinar el límite de velocidad constitucionalmente correcto en las carreteras urbanas y que tal determinación requiere resolver una antinomia (teleológica) entre el principio de tutela de la salud (P1: “La República debe garantizar la salud como derecho fundamental de toda persona”) y el principio de tutela de la libertad personal (P4: “La República

debe garantizar la libertad personal como derecho fundamental de toda persona”), asumiendo que los dos principios tengan el mismo valor ético-normativo abstracto y sean sincrónicos.

Supongamos, además, que el principio de tutela de la salud (P1) justifique como razonable (adecuado) el límite de velocidad de 40 km/h; mientras que el principio de tutela de la libertad personal (P4) justifique como razonable (adecuado) el límite de 50 km/h.

En esta situación, al principio P1 corresponde una disciplina que impone una velocidad máxima de 40 km/h. (R1: “Si carretera urbana, entonces prohibido viajar a una velocidad superior a 40km/h.”; CU $\rightarrow \neg PV > 40\text{km/h.}$); y al principio P4 corresponde, en cambio, una disciplina que impone una velocidad máxima de 50 km/h. (R4: “Si carretera urbana, entonces prohibido viajar a una velocidad superior a 50km/h.”; CU $\rightarrow \neg PV > 50\text{km/h.}$). ¿Cuál es la disciplina constitucionalmente correcta, considerándolo todo?

Como los dos principios tienen en hipótesis el mismo valor ético-normativo abstracto, la solución pasa por medir su respectivo valor ético-normativo en concreto. Esto requiere calcular los costes y los beneficios de cada una de las dos reglas alternativas desde el punto de vista de cada principio en conflicto; en términos, por ejemplo: de la reducción del número y de la gravedad de los accidentes automovilísticos; de la fluidez de la circulación y la reducción del tiempo de las transferencias urbanas; del nivel de contaminación ambiental correspondiente a los diferentes límites; de la intensidad del ruido en las carreteras públicas; etcétera.

Supongamos que la adopción de la regla R1 aparezca en el conjunto más ventajosa que la adopción de la regla R4. En tal caso, cabe concluir que el principio P1 vale éticamente más en concreto que el principio P4. Por lo tanto, P1 debe ser preferido a P4: se debe aplicar P1 y no aplicar P4. Lo que involucra adoptar la regla R1 y rechazar la regla R4.

¿Qué hacer si, al aplicar la regla de superioridad sustantiva en concreto, ocurre que las normas constitucionales antinómicas tienen el mismo valor ético-normativo concreto? ¿Qué hacer, además, si tal valor queda indeterminado o dudoso?

En el primer caso, un caso de empate en concreto, cualquier resolución de la antinomia, a favor bien de una o bien de la otra de las normas en conflicto,

es constitucionalmente correcta. En el segundo caso, es menester aplicar la última regla de prioridad que hemos encontrado listada en la metarregla selectiva: la regla de conciliación

VI) Si dos normas constitucionales antinómicas tienen el mismo valor ético-normativo abstracto, son sincrónicas, no están en una relación de especie a género, y tienen un valor ético-normativo concreto indeterminado o dudoso, debe aplicarse la regla de conciliación: se debe adoptar la solución que, en lo posible, satisfaga a la vez las exigencias protegidas por cada una de las dos normas en conflicto.

Supongamos nuevamente que es menester determinar el límite de velocidad constitucionalmente correcto en las carreteras urbanas y que tal determinación requiere resolver una antinomia (teleológica) entre el principio de tutela de la salud (P1: “La República debe garantizar la salud como derecho fundamental de toda persona”) y el principio de tutela de la libertad personal (P4: “La República debe garantizar la libertad personal como derecho fundamental de toda persona”), asumiendo, como antes, que los dos principios tengan el mismo valor ético-normativo abstracto y sean sincrónicos.

Supongamos, además:

- a) que el principio P1 justifique como razonable (adecuado) todo límite de velocidad comprendido entre 30 y 50 km/h;
- b) que el principio P4 justifique como razonable (adecuado) todo límite de velocidad comprendido entre 40 y 60 km/h;
- c) que P1 y P4 converjan en justificar un límite de velocidad comprendido entre 40 y 50 km/h.;
- d) que el valor ético-normativo concreto de P1 y P4 queda indeterminado o de toda forma dudoso.

En tal situación, cabe aplicar la regla de conciliación. Conforme con ella, podría adoptarse el límite de velocidad de 45 km/h. Este representa en efecto el *valor intermedio* entre el límite compartido más favorable para el principio de tutela de la salud (40 km/h.) y el límite compartido más favorable para el principio de tutela de la libertad personal (50 km/h.)

7. REGLA DE ESPECIFICACIÓN, PRINCIPIO DE PONDERACIÓN POR PREVALENCIA, PRINCIPIO DE PONDERACIÓN POR CONCILIACIÓN, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En la literatura corriente sobre antinomias, además de los “criterios (de resolución) tradicionales” (*lex superior, lex posterior, lex specialis*), es habitual tratar de reglas de prioridad como la regla de especificación (o “estrategia especificacionista”), el principio de ponderación (“la ponderación”), este último las variantes de la ponderación por prevalencia y de la ponderación por conciliación, y el “principio de proporcionalidad” o “análisis de proporcionalidad”.¹⁹

¿Qué pasa con estas reglas de prioridad en el código de resolución garantista que acabo de esbozar? ¿Hay algún espacio para ellas, o no? Y si no, ¿por qué no? Vamos a ver.

La *regla de especificación* (la estrategia especificacionista o interpretativa) establece que, dada una antinomia lógica por superposición integral expresa, una antinomia lógica por intersección (*supra*, § 2.1.2.), o bien una antinomia teleológica (*supra*, § 2.2.4.) entre dos normas constitucionales de igual valor abstracto y sincrónicas, cada norma debe ser especificada (reinterpretada, reformulada, modificada) de forma que sus respectivos ámbitos de aplicación encajen perfectamente, sin superponerse. La norma no indica los criterios en función de los cuales debe llevarse a cabo la especificación (reinterpretación). La apelación, a veces preconizada, a los casos paradigmáticos en relación con los cuales la especificación de una u otra regla sería evidentemente correcta, es una apelación a modos de especificación que se consideran correctos desde un punto de vista ético-normativo.²⁰ La regla de especificación (la estrategia especificacionista o interpretativa), por ende, parece coincidir con la regla de superioridad sustantiva en concreto, o ser en todo caso algo muy parecido.

El *principio de ponderación por prevalencia*, en su formulación genérica, establece que, dadas dos normas constitucionales antinómicas, la norma que vale (éticamente) más (que “pesa” más) debe preferirse a la norma que vale (éticamente) menos (que “pesa” menos) –de forma que se debe aplicar la norma que vale (que “pesa”) más y no aplicar la norma que vale (que “pesa”) menos–. El valor

¹⁹ Sobre estos criterios o principios resolutorios, véase por ejemplo, CHIASSONI, P., “La balanza inexistente”, *Analisi e Diritto*, 2019, pp. 165-231.

²⁰ Propugnan una estrategia especificacionista o interpretativa José Juan MORESO y Juan Antonio GARCÍA AMADO: sobre tales posiciones, CHIASSONI, P., “La balanza inexistente”, *cit.*

(el “peso”) de las normas a las que se refiere el principio no puede ser otra cosa que su valor ético-normativo desde la Constitución. Ahora bien, este valor se puede determinar *en abstracto* o *en concreto*. Si el valor de las dos normas se determina en abstracto, el principio de ponderación por prevalencia coincide con la regla de superioridad sustantiva en abstracto. Si, por el contrario, el valor se determina en concreto, en relación con clases de casos (con conductas-tipo), y esto ocurre cuando las normas antinómicas tienen el mismo valor abstracto, el principio de ponderación por prevalencia coincide con la regla de superioridad sustantiva en concreto.

El *principio de proporcionalidad* o *análisis de proporcionalidad* es una variante del principio de ponderación por prevalencia que se adopta para determinar la superioridad ético-normativa en concreto de normas constitucionales que pueden tener valor ético-normativo abstracto *diferente*. Se trata, en efecto, del principio que informa la Fórmula del Peso de ALEXY, y que ALEXY, siguiendo a un uso extendido, suele llamar (principio de) “proporcionalidad en sentido estricto”.²¹ Desde una perspectiva garantista, esta regla de prioridad es incompatible con la idea de que hay, en las constituciones de las democracias constitucionales contemporáneas, normas atributivas de derechos fundamentales que tienen un valor ético-normativo abstracto superior al de otras normas y, por lo tanto, deben ser preferidas sin más. Por supuesto, con las precisiones relativas a diferentes formas de garantismo que hemos visto tratando de la primera instrucción procedimental (*supra*, § 6, punto I)).

Finalmente, el *principio de ponderación por conciliación* establece que, dada una antinomia entre dos normas constitucionales, debe preferirse la solución que satisfaga en la medida de lo posible las exigencias (intereses, derechos) protegidas *por ambas normas*.

La conciliación de exigencias conflictivas puede entenderse de dos maneras diferentes: como *conciliación sincrónica*, o bien como *conciliación diacrónica*.

La conciliación es *sincrónica* cuando se realiza al interior de cada decisión resolutoria individual. La conciliación es, en cambio, *diacrónica* si se realiza en relación con una secuencia de decisiones resolutorias, a lo largo de un cierto marco temporal, y en relación con diferentes clases de casos (diferentes conductas-tipo). De forma que, en el conjunto, ninguna de las dos exigencias

²¹ Véase, por ejemplo, ALEXY, R., *Law's Ideal Dimension*, Parte II, *cit.*; y los ensayos de M. ATIENZA dedicados a la ponderación en M. Atienza y J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*.

siempre gana o siempre pierde, sino que algunas veces gana, y otras veces pierde, en una manera generalmente equilibrada.

Ahora bien: si la conciliación se entiende de manera diacrónica, el principio de ponderación por conciliación viene aparentemente a coincidir con la regla de superioridad sustantiva en concreto, o con algo muy similar.

Si la conciliación se entiende, en cambio, de manera sincrónica, el principio de ponderación por conciliación viene aparentemente a coincidir con la regla de conciliación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEINIKOFF, A., "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, No. 96, 1987, pp. 943-1005.
- ALEXY, R., *Law's Ideal Dimension*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- ATIENZA, M. y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra / Temis, Lima-Bogotá, 2012.
- BIN, M., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- BIN, M., "Ragionevolezza, eguaglianza, analogia", *Lo Stato*, No. 20, 2023, pp. 323-334.
- BIN, M., "Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in materia di licenziamento illegittimo)", *Lo Stato*, No. 18, 2022, pp. 257-270.
- CHIASSONI, P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, capitolo IV, Giuffrè, Milano, 1999.
- CHIASSONI, P., "La balanza inexistente", *Analisi e Diritto*, 2019, pp. 165-231.
- CHIASSONI, P., *Técnica da interpretação jurídica. Breviário para juristas*, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020.
- COHEN-ELIYA, M. & I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- ELY, J. H., "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis", *Harvard Law Review*, No. 88, 1975, pp. 1482-1508.
- FERRAJOLI, L., "El constitucionalismo entre reglas y principios", 2012, p. 211 y ss., en L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales*, edición de P. Grández Castro, Palestra, Lima, 2014.

FERRAJOLI, L., "Dos concepciones de los principios: una respuesta a Juan Ruiz Manero", 2013, p. 277 y ss., en L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales*, edición de P. Grández Castro, Palestra, Lima, 2014.

GUASTINI, R., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

HEINTZEN, M., *Il principio di proporzionalità*, Mucchi, Modena, 2015.

MORRONE, A., *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014.

PALADIN, L., "Corte costituzionale e principio d'eguaglianza. Aprile 1979 - Dicembre 1983", *Giurisprudenza costituzionale*, 1984.

ROSS, A., *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958.

VON WRIGHT, G. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

Recibido: 27/10/2023
Aprobado: 19/11/2023