

DELIBERACIÓN LEGISLATIVA Y CORRECCIÓN:
*UN ENSAYO SOBRE LA LEGISLACIÓN IUSFUNDAMENTAL COMO
UN QUEHACER REGIDO POR NORMAS JURÍDICAS SUSTANTIVAS*

LEGISLATIVE DELIBERATION AND CORRECTION:
*AN ESSAY ON FUNDAMENTAL RIGHTS LEGISLATION
AS A TASK RULED BY SUBSTANTIVES NORMS*

ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO)

Leiva Rabael, Antonio. "Deliberación legislativa y corrección: Un ensayo sobre la legislación iusfundamental como un quehacer regido por normas jurídicas sustantivas". *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 2 (2018).
doi: 10.7764/rda.0.2.103

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC

Número 2
Diciembre 2018
ISSN: 2452-4344

Recepción: 25 de julio, 2018
Aceptación: 22 de noviembre, 2018

Resumen

Este trabajo presenta la deliberación parlamentaria en materia de derechos fundamentales como un asunto de significación también jurídica sustantiva, entendiendo por tal un quehacer regulado por normas jurídicas sobre derechos fundamentales, y no sólo una faena regida por normas morales y políticas. Adicionalmente, aquí se explica la existencia de un cierto contenido sustantivo mínimo para esas normas, constituido por la Ponderación como limitación jurídica a la deliberación parlamentaria.

Palabras clave: deliberación legislativa, normas sobre derechos fundamentales, ponderación, principios y reglas

Abstract

This article introduces human rights parliamentary deliberation as a substantive rule signification issue, meaning that it is a task ruled by human rights regulations instead of an activity simply governed by moral and political rules. Furthermore, this article explains the existence of a certain minimal substantive content to those rules, established by the balancing test as a limitation to parliamentary deliberation.

Keywords: parliamentary deliberation, human rights regulations, balancing, principles and rules

Antonio Leiva Rabael

Universidad Mayor
Santiago, Chile
ableiva@uc.cl

Antonio Esteban Leiva Rabael estudió Derecho en la Universidad Diego Portales. Ejerce el derecho a partir del año 2006 especializándose en Derecho Constitucional y Administrativo, trabajando para diversas instituciones gubernamentales. Obtiene el grado de magíster en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica y ejerce labores docentes en la Universidad Mayor. Es autor del libro *Proporcionalidad y Justicia Constitucional* (Libromar, 2018) y de artículos publicados en revistas nacionales e internacionales.

Universidad Mayor
Santiago, Chile
ableiva@uc.cl

Antonio Esteban Leiva Rabael is a lawyer from Diego Portales University, practicing the Law since 2006 and focusing on Constitutional and Administrative Law while working for various government institutions. He obtained his masters degree in Constitutional Law from P. Universidad Católica de Chile, and is currently a lecturer at Universidad Mayor. He is the author of *Proporcionalidad y Justicia Constitucional* (Libromar, 2018) and of a number of articles published in national and international journals.

Jeremy Waldron, en su conocida obra *Derecho y Desacuerdos*¹ hace presente que una sección de los filósofos del derecho contemporáneos —los positivistas jurídicos específicamente— albergan la creencia de que la estructura y el perfil de un parlamento no presentan ningún interés genuino para la filosofía jurídica. Lo anterior, debido a que se les considera cuestiones prejurídicas (Joseph Raz) y asuntos sin interés para la teoría del derecho. Para el positivismo jurídico, es bien sabido, lo relevante en punto a las normas jurídicas está en el origen de ellas —en el sentido de fuente—, por lo que cualquier otro asunto distinto de ése les parece periférico y comparativamente insignificante, propone Waldron como explicación de aquel fenómeno. Algo similar ocurre, según Atienza, en el seno de la *argumentación jurídica*, específicamente respecto de lo que aquí importa, es decir de la *argumentación en el campo de la producción o establecimiento normativo*, donde no se dispone de teorías que se ocupen de las argumentaciones en fase pre-legislativa y legislativa propiamente dicha².

Esta falta de atención iusfilosófica a la labor deliberativa, explica que el esmero para el positivismo jurídico contemporáneo se dirija al producto de la acción legislativa y que ella rápidamente se traslade hasta el Juez, pero que su interés no se pose en las cuestiones jurídicas sustantivas que limitan la libertad de configuración del Congreso.

¿Estas observaciones son, al menos en principio, descriptivas de la realidad? No. A la cuestión parlamentaria como quehacer jurídico, el iuspositivismo lo ha preterido, pero no la teoría de los derechos fundamentales; ella le ha prestado la atención que merece.

Sobran buenas razones para que la deliberación parlamentaria sea atendida por la ciencia política y la filosofía política, es decir, que sea tratada como un asunto político y moral. Ciertamente se trata de una labor política y moral, para lo cual basta revisar las observaciones que hace Soto Velasco al describir uno de los factores que hace importante el proceso legislativo, es decir, que «malas leyes son productos de procesos fallidos y, en cambio, leyes políticas bien pensadas y estructuradas tienen su origen en un procedimiento adecuado y razonable»³. Sin embargo, sostener que la deliberación parlamentaria trata

¹ Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 56.

² Manuel Atienza, *Las Razones del Derecho* (Lima: Palestra, 2016), 28.

³ Sebastián Soto, *Congreso Nacional y Proceso Legislativo, teoría y práctica* (Santiago: Thomson Reuters-Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015), 9.

exclusivamente de un proceso político y/o moral, pero no jurídico sustantivo —como se ilustrará— no es posible en Chile: en la tradición chilena, la deliberación parlamentaria es una materia incuestionablemente regulada por reglas de tipo moral y político. Pero al son del ordenamiento constitucional chileno es —y ésta es la cuestión central del presente trabajo— también un asunto jurídico y por lo tanto, una cuestión de competencia de la filosofía jurídica que merece toda la atención disponible.

Pues bien, la referida tendencia iuspositivista de preterir iusfilosóficamente la cuestión parlamentaria no tiene correlato en el iusnaturalismo racionalista, y más específicamente en el no-positivismo de Robert Alexy⁴. En su obra, por el contrario, a la deliberación parlamentaria se le presta una atención a la altura de su complejidad y peso, iusfundamentalmente hablando.

Vale la pena precisar que de la autoría de Robert Alexy es la tesis del caso especial, consistente en que la argumentación jurídica es un caso particular de la argumentación práctica general (moral)⁵, queriendo significar con ello que ambos discursos, el moral y el jurídico, tratan de la corrección de enunciados normativos⁶. Como derivación de esta tesis, Alexy sostiene sobre el concepto y la validez del Derecho, que éste está constituido por la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, a la que se le suma la corrección material⁷; es decir que se estará ante una norma jurídica en la medida que la norma que se analice haya sido promulgada en conformidad con el procedimiento previsto para ello por el ordenamiento jurídico; que ella sea mínimamente aplicada en el ordenamiento y/o que su inobservancia reciba una sanción; y que contenga una pretensión de corrección. Esta pretensión, en su turno respectivo, consiste en que las normas formulen necesariamente una pretensión de ser mínimamente justas⁸.

⁴ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, (Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, 2011).

⁵ *Ibid.*, 34.

⁶ *Ibid.*, 35.

⁷ Robert Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), 123.

⁸ *Ibid.*, 41.

En este trabajo se sostiene que de acuerdo a la Constitución Política de la República de Chile (CPR), la deliberación parlamentaria es un proceso jurídicamente regulado por normas sustantivas iusfundamentales, además de procedimentales o formales. De esa constatación, por tratarse de un fenómeno regulado por normas jurídicas sustantivas, sobre él pesa la naturaleza binaria del Derecho, como es la real —o material— de la legalidad y de la eficacia, y la ideal —o crítica— de la corrección⁹. Dicho lo anterior de otra manera, a las acciones que componen la deliberación parlamentaria le son aplicables los componentes materiales del Derecho como, asimismo, el elemento crítico o ideal de la corrección.

I. Las Normas Sustantivas como *Normas Regulatorias de la Legislatura*.

Para los efectos de este trabajo, es crucial establecer una primera escisión técnica, tal como la diferenciación entre normas formales y sustantivas *regulatorias de la deliberación parlamentaria*. Por normas *formales*, que no serán objeto de análisis, ha de entenderse aquella regulación constitucional orgánica o procedimental que reglamenta la legislatura, como son, entre varias otras, las que establecen la elección de los parlamentarios, sus funciones y atribuciones, pero sobre todo, las normas regulatorias de la tramitación y aprobación de los proyectos de ley. En otras palabras, se trata de la regulación del *proceso de formación de la ley*¹⁰. Como contrapartida de las normas formales, las normas *sustantivas* regulatorias de la deliberación parlamentaria son las reglas o principios que reglamentan, en el sentido de límite de contenido, el fondo del producto de la función legislativa y definen ontológicamente este quehacer. En este trabajo se sostiene la existencia de dos tipos de normas sustantivas regulatorias de la legislatura: aquellas que son directamente estatuidas por la Constitución y aquellas que son indirectamente establecidas en ella¹¹.

⁹ La denominación de *dimensión ideal y dimensión crítica* pertenece a Bernal Pulido. Carlos Bernal Pulido, *La Doble Dimensión del Derecho* (Lima: Palestra, 2011), 18.

¹⁰ Ver *supra* nota 3, 8.

¹¹ El origen de la diferencia entre normas directamente estatuidas por la Constitución y las normas adscritas pertenece a Robert Alexy. 2012. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 49.

1.1 Normas Sustantivas Directamente Constitucionales Regulatorias de la Legislatura.

Bajo esta denominación, se encuentran todas las normas sustantivas contenidas en los enunciados expresamente previstos en el texto de la Constitución que aluden al contenido de la actividad legislativa iusfundamental.

1.1.1 *Normas Sustantivas Directamente Constitucionales.*

A la luz de la definición que se propuso previamente, en la CPR es posible encontrar un grupo de preceptos sustantivos regulatorios de la deliberación parlamentaria de al menos dos clases. La primera se trata de las normas sustantivas *institucionales*. Éstas son normas que, estando establecidas en general para regular toda la institucionalidad estatal, reglamentan, por lo tanto, también la deliberación parlamentaria, habida cuenta de que ella forma también parte de aquélla

Esta clase de normas prolifera en el Capítulo I de la CPR. Vale la pena mencionar entre ellas las más vinculadas con este trabajo, como son las disposiciones que prescriben el ejercicio de la soberanía a través de las autoridades que establece la CPR; aquéllas en que la soberanía está limitada por el respeto por los derechos fundamentales; aquéllas en que se constata que es deber del Estado respetarlos y promoverlos, y; —entre varias otras— aquéllas en que se constata que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución.

Esas normas contienen disposiciones que deben guiar la actividad de todo Órgano del Estado, y pesan sobre ellos —también respecto del Parlamento— sin consideración de que se apliquen antes o ya luego de finalizado el proceso formativo de la ley. Dicho de otro modo, sin importar la denominación o forma del producto del trabajo del Órgano de que se trató, ese fruto, para ser válido, habrá de ser armónico con las normas sustantivas institucionales. Esta cuestión es relevante —aun cuando no es propósito de este trabajo— respecto del control de constitucionalidad como actividad, debido a que esta tesis importa que el incumplimiento de la normativa sustantiva, en este caso en la etapa formativa de la ley, o meramente deliberativa del quehacer parlamentario general, es el fundamento primero para sancionar dicho vicio una vez que entre en vigor la norma en que esa regulación no fue observada.

1.1.2 *Normas Iusfundamentales como Normas Directamente Constitucionales.*

Las normas de derecho fundamental, por el origen y procedimiento para su establecimiento, pero sobre todo por su contenido, son un caso o tipo especial de norma sustantiva, y por su continente, a saber, la propia Constitución, —algunas de ellas— también son normas

directamente constitucionales. Como toda norma, está ontológicamente relacionada con las modalidades deónticas, pero también con las disposiciones de derecho fundamental.

Robert Alexy define las «normas de derecho fundamental como las normas directamente expresadas por los enunciados normativos»¹². Bernal Pulido, en esa línea conceptual, señala que lo que instituye las normas de derecho fundamental son los significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental ¹³ expresados deónticamente. Así, en la norma de derecho fundamental se plasma lo que está iusfundamentalmente ordenado, prohibido o permitido respecto de un derecho fundamental. Estas normas tienen el carácter de regulatorias de la legislatura debido a que su contenido es un límite jurídico a las posibilidades de la deliberación. Se explicará más adelante que respecto de estas normas el Parlamento no tiene discrecionalidad.

Como ejemplo de estas normas encontramos las contenidas en el Capítulo III de la CPR. Vale la pena destacar entre ellas las que presentan un contenido prescriptivo más preciso, como son la prohibición de aplicar cualquier apremio ilegítimo o ser privado de la libertad personal ni ésta ser restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, por ejemplo.

Entonces, ¿sólo son normas de derecho fundamental las normas directamente constitucionales? Como se verá, no. Mientras las normas directamente establecidas, es decir, aquello que está expresamente prohibido, permitido u ordenado en un enunciado constitucional, presentan normalmente un alto grado de abstracción y generalidad, los problemas en la realidad son concretos y complejos, tanto como para desbordar por mucho los contornos del texto normativo ¹⁴. Dicho de otra forma, es normal que las normas constitucionales, por las mismas características anotadas, no permitan inmediatamente la subsunción del material autoritativo al caso del que se trate. Es por ello que entender que sólo las normas directamente estatuidas son las que deben y pueden resolver las cuestiones jurídicas iusfundamentales, supone obviar las dificultades que impone el alto grado de indeterminación que dichas normas presentan. Eso sería un error. Por varias razones, entre las que se anotan la vaguedad del lenguaje jurídico o la generalidad de dichas normas que demandan una mayor especificidad para ser subsumidas, las normas directamente estatuidas no suelen bastar para resolver jurídicamente un conflicto de derechos fundamentales o un caso de significación iusfundamental.

¹² Ibid., 48.

¹³ Carlos Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad en los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, 2007), 83.

¹⁴ Ibid., 116.

Es por ello que la respuesta a la última de las preguntas precedentes es que junto con las normas estatuidas directamente por la Constitución se encuentran las normas adscritas de derecho fundamental, las que, bajo ciertas condiciones, están dotadas de la misma validez que ellas.

1.1.3 *Las Normas Competenciales de DD.FF. como Normas Sustantivas Regulatorias de la Legislatura.*

Para Robert Alexy ¹⁵, los derechos y las libertades constituyen sólo un segmento de las posiciones llamadas *derechos* en sentido estricto. Un grupo no menos importante está constituido por las posiciones que pueden ser designadas con expresiones tales como *poder* o *poder jurídico*, *competencia*, *autorización*, *facultad*, *derecho de configuración* y *capacidad jurídica*. Las posiciones que pertenecen a este grupo serán llamadas genéricamente *competencias*.

En medio del tema en comento se encuentra la cuestión de la discrecionalidad legislativa¹⁶. Para Alexy, la discrecionalidad legislativa es de dos tipos: sustantiva y epistémica. La discrecionalidad *sustancial*, o estructural, del poder legislativo consiste en todo aquello que las normas constitucionales ni ordenan ni prohíben. Dicho lo anterior de otra forma, consiste en la libertad de dictar normas en las zonas no saturadas constitucionalmente. La discrecionalidad *epistémica* en tanto consiste en la competencia del poder legislativo para determinar, en casos de incertidumbre, lo que ordenan o prohíben las normas constitucionales, y lo que dejan libre¹⁷. En síntesis, la discrecionalidad sustancial permite al Parlamento llenar el espacio semánticamente abierto en las normas directamente estatuidas en la Constitución, mientras que la discrecionalidad semántica es la que permite determinar cuándo se está o no frente a tal espacio semánticamente abierto y el procedimiento para colmarlo.

¹⁵ Ver *supra* nota II, 201.

¹⁶ Robert Alexy, *Los Derechos Sociales y su Ponderación* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 79.

¹⁷ Para Alexy, la discrecionalidad sustancial es mucho menos problemática que la epistémica. Que el poder legislativo goce de libertad allí donde la constitución no contemple obligaciones relevantes no precisa justificación alguna. Por el contrario, el que disponga de competencia de decisión cuando se plantee si goza o no de libertad ya no es tan evidente.

En el tema que nos ocupa, lo central estará dado por la discrecionalidad sustancial. Ésta es de tres tipos: discrecionalidad para la fijación de fines, discrecionalidad para la selección de medios (para el logro de esos fines) y discrecionalidad para la ponderación¹⁸.

De esta apreciación, es importante destacar que las competencias son parte conceptual de lo que llamamos *derechos fundamentales*, por lo que no se trata de cuestiones meramente orgánicas (formales). Esto pone de relieve aquello que se juegan, por una parte, los órganos jurisdiccionales como los tribunales y también, por otra, los reguladores en materia de derechos subjetivos, como es el Parlamento: mediante las prescripciones que emanan de las competencias, los órganos públicos modifican la situación jurídica de los individuos¹⁹. Es decir, cuando una autoridad —el Parlamento, en el caso en comento— ejerce su función, las acciones que emprende son de connotación iusfundamental y no sólo orgánica y/o procedimental. Esto es lo que se denomina acciones institucionales²⁰.

1.2 Normas Sustantivas Indirectamente Constitucionales como Normas Regulatorias de la Legislatura.

Las normas iusfundamentales *indirectamente* constitucionales son las *normas adscritas* de derecho fundamental. Son enunciados normativos que especifican las normas directamente estatuidas, encontrándose lógica y semánticamente inscritas y/o adheridas a ellas. Se construyen intelectualmente a partir de las mismas, siempre que, para su adscripción, como lo señala Alexy²¹, sea posible una fundamentación iusfundamentalmente correcta, es decir, una argumentación que cumpla el principio de proporcionalidad o Ponderación, esto es, que satisfaga la referida pretensión de corrección.

¹⁸ Ver *supra* nota II, 521.

¹⁹ Ver *supra* nota II, 205.

²⁰ Son distintas, desde luego, las normas competenciales y las normas de conducta, es decir, aquellas que normalmente componen el ordenamiento iusfundamental. Al decir de Alexy, las normas de competencia crean la posibilidad de actos jurídicos y con ello la capacidad de modificar posiciones jurídicas, mientras que las normas de comportamiento califican acciones al estatuir obligaciones, derechos a algo y libertades. La distinción entre normas de comportamiento y normas de competencia se percibe con especial claridad en el caso de su incumplimiento. El incumplimiento de una norma de competencia no conduce a la ilicitud, como en el caso de las normas de conducta, sino a la nulidad o a la deficiencia del acto. Ver *supra* nota II, 206.

²¹ Ver *supra* nota II, 53.

El uso de la expresión *construcción intelectual* como antecedente de las normas adscritas, podría hacer creer que el proceso de especificación de las normas directamente constitucionales, para extraer de ellas otras más específicas y aptas para la subsunción, es de naturaleza interpretativa. Aunque la interpretación juega un papel importante, tal proceso no es interpretativo sino centralmente argumentativo, en dos sentidos. En el primero, se concibe la argumentación como un quehacer orientado *pragmáticamente*, esto es, dirigido a la obtención de adhesión²² respecto de una afirmación o proposición de un enunciado, en este caso de la institución a la que está dirigida. En el segundo, se concibe la argumentación en un sentido *material*, es decir orientada a la corrección²³.

Lo que aquí ocurre es que para obtener el material autoritativo necesario para la subsunción, en primer lugar se hace necesaria la proposición de un enunciado normativo vinculado semántica y lógicamente a la norma directamente estatuida, luego, una argumentación iusfundamentalmente correcta mediante el proceso de Ponderación que permita afirmar que esa norma adscrita es compatible con la norma directamente estatuida y finalmente, dotar de validez definitiva a ese enunciado adscrito mediante un acto institucional. Pues bien, el primer paso de este proceso es el que se juega en los dominios de la interpretación. Es mediante ella, como expediente eminentemente racional, que, como se verá seguidamente, se endereza o construye intelectualmente el enunciado normativo que contiene la norma propuesta. La afirmación de que un enunciado se encuentra vinculado semántica y lógicamente, es decir, inscrito o adherido a la norma directamente estatuida, es un proceso centralmente interpretativo.

Lo dicho anteriormente tampoco debe ser inteligido en el sentido de que las normas adscritas tienen solo entidad interpretativa. Muy por el contrario, si bien en tal condición —es decir, en una primera etapa— carecen de validez definitiva, siguiendo a Bernal Pulido²⁴ debe afirmarse que las normas que nos ocupan están dotadas de una validez *prima facie* que emana de la Constitución, debido a que forman parte del campo semántico y/o normativo de las disposiciones iusfundamentales allí contenidas. El carácter *prima facie* de una norma adscrita expresa que ella tendrá validez definitiva, a menos que exista una razón de mayor peso que la que le otorgue validez definitiva a la norma contraria²⁵, una vez que ello sea así sancionado institucionalmente.

²² Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación* (Madrid: Gredos, 2015), 54.

²³ Ver *supra* nota 2, 15.

²⁴ Ver *supra* nota 13, 119.

²⁵ *Ibid.*, 645.

Para ejemplificar este fenómeno, piénsese en el inciso segundo del número 2 del artículo 19 de la CPR. Allí se encuentra una norma directamente estatuida (A) que reza: «[N]i la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias». A esta norma es posible adscribirle, bajo ciertos supuestos, una (B) de este tenor: *está prohibido constitucionalmente que los abogados sean obligados a defender gratuitamente a personas con privilegio de pobreza*. Como se advierte, el trayecto final entre la norma A y B no se recorre determinando el sentido y alcance de A, pues en ella no existe seña que permita algo parecido, debido a que, en rigor, el único material autoritativo con el que se cuenta es el enunciado normativo A. Cosa distinta —como ocurre aquí—, en primer lugar, el modelamiento del enunciado de la norma adscrita se realiza interpretativamente, siendo eso lo que significa proponer un cierto enunciado normativo (B). Esa proposición es realizada por los intervinientes en la deliberación o argumentación jurídica; una parte en juicio, el juez, etc. En la medida que dicho enunciado esté efectivamente vinculado lógicamente y semánticamente con la norma directamente estatuida en la Constitución (A)²⁶ —lo que depende de una deliberación hecha al son de la lógica, dando razones ponderadas, recurriendo al conocimiento científico aceptado, etc.—, gozará de validez *prima facie*, de manera que podrá afirmarse que B pertenece a A, o lo que es lo mismo, que B importa un aumento del capital semántico de A. Que en definitiva B termine perteneciendo a A, en el sentido de que logre tener validez definitiva, ya no depende del proceso interpretativo sino de la Ponderación como argumentación iusfundamentalmente correcta, pero sobre todo del acto institucional que lo sancione de esa manera.

Pues bien, estas normas que argumentativamente se adhieren o inscriben en las normas directamente estatuidas, lo hacen con una pretensión de validez, como se dijo, *prima facie*, pero siempre orientada a que tal validez sobrevenga en *definitiva*. Siguiendo a Bernal Pulido²⁷, la validez *prima facie* de las normas adscritas deviene en *definitiva* por dos vías:

²⁶ Esta interpretación puede generarse no sólo al son de los cánones tradicionales de interpretación, con preeminencia de la regla semántica y la regla histórica (Alexy 2014, 239), sino que conforme a la producción iusfundamental institucional previa, como las posiciones iusfundamentales reconocidas en otras normas iusfundamentales, en el precedente del Tribunal Constitucional. Es indiscutible la pertinencia de acceder a la doctrina como fuente de normas adscritas, habida cuenta de la pertenencia sistémica a un mismo ordenamiento y que ella suele nutrir a los tribunales y/o a la administración; pero tampoco está en discusión que el producto de la labor iusfundamental institucional se presenta con razones de mayor peso en esta materia.

²⁷ Ver *supra* nota 13, 120.

la concreción²⁸ o la actualización, siendo esta última la que ahora interesa. Aquí habría que agregar, a título de énfasis, que ambas son *vías institucionales*, queriendo significar con ello que tal proceso demanda *bis a bis* una sanción por parte de una autoridad competente. No se vislumbran razones para sostener que lo anterior importa que la adscripción sólo corresponde a los órganos competentes. Cosa distinta, cualquier interviniente en la deliberación puede proponer una norma adscrita, pero sólo los órganos dotados de autoridad por el ordenamiento para afinar esos procesos, mediante los procedimientos e instrumentos previstos, pueden dar validez definitiva a esas propuestas.

El proceso que se viene describiendo cuando es desarrollada en sede parlamentaria se denominará aquí *actualización*²⁹. La Constitución ha investido al Parlamento de varias y muy importantes competencias de intervención en los derechos fundamentales en las *zonas de indeterminación semánticas de las normas directamente estatuidas*, sobre todo la facultad legislativa de imponer —crear— normas de contenido iusfundamental, incluida la *intervención legislativa en un derecho fundamental*, que se explicará dentro de poco. Dicho de otra forma, en la actualización el Parlamento pasa de ser un articulador de los intereses sociales que yacen en el fondo de la decisión política —proceso desarrollado con

²⁸ Bernal Pulido, *ibid.*, define la *concreción* de una norma adscrita como el acto jurídico mediante el cual el Tribunal Constitucional asevera —habría que agregar “argumentativamente”— que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de indeterminación de una disposición de derecho fundamental. Este acto institucional es, en el sentido de Alexy (2012, 52), una afirmación sobre la existencia de una norma de derecho fundamental. Por lo señalado, carece de fundamento y, por ello, es errónea la idea que la concreción de una norma adscrita importa la creación de una norma nueva e independiente de la directamente estatuida. A la base de ese error pareciera encontrarse una confusión, es decir, la aseveración de constituir una misma cosa, entre la adscripción y la concreción. La primera es un proceso de índole intelectual consistente en proponer que en el campo semántico de una norma directamente estatuida ya se encuentra incluida una determinada hipótesis más específica. Mientras tanto, la concreción debe ser entendida como la acción general consistente en afirmar institucionalmente la validez definitiva de una hipótesis normativa. Así las cosas, en el marco de la adscripción, el que propone la existencia de una norma adscrita de derecho fundamental nada crea, sino que se limita a proponer intelectualmente que cuando la constitución estatuye una hipótesis normativa, al mismo tiempo prevé la existencia de otras que también le pertenecen a dicha regulación. Mientras tanto, por el concurso de la concreción la hipótesis propuesta en la adscripción no es traída al campo semántico de la norma directamente estatuida, sino que mediante un acto institucional que la concretiza, se le dota del valor definitivo de una norma que ya pertenecía al acervo constitucional. Así queda de manifiesto que el Tribunal Constitucional no estará creando derecho al darle validez definitiva a una norma adscrita, sino sólo concretando el ya existente.

²⁹ El uso de la expresión *actualización* para identificar el proceso de dotación de validez definitiva de una norma adscrita en sede parlamentaria, se extiende con esa misma denominación al proceso que se realiza en los tratados internacionales sobre derechos humanos, a los reglamentos y demás actos administrativos y a las decisiones judiciales. Ver *supra* nota 13, 121.

observancia de normas políticas y/o morales— a transformarse, dentro de los espacios semánticos no saturados por los enunciados constitucionales, en una fuente directa de derechos fundamentales³⁰, mediante el ejercicio de *potestades normativas*, en el sentido de MacCormick, es decir, actuando investido de la capacidad de tomar decisiones que cambian lo que una persona debe o no debe hacer, o es o no capaz de hacer, dentro del marco del ordenamiento jurídico³¹.

Para explicar funcionalmente este proceso, deben diferenciarse dos clases de normas adscritas: las de adscripción *posible* y las de adscripción *necesaria*. Las primeras tienen su espacio en la mencionada zona de indeterminación semántica de las normas directamente estatuidas, donde la Constitución deja abierto un espacio de acción denominado *libertad de configuración* del Parlamento, para escoger, entre otras cosas, la estrategia de intervención en el derecho fundamental que considere más conveniente³². La actualización hecha de este modo suma contenido semántico al derecho fundamental, de manera tal que, salvo para el Parlamento, la infracción de la *norma de adscripción posible* deviene en una vulneración administrativa o judicial del derecho fundamental.

El Parlamento, no goza de tal competencia —ni ningún otro órgano que actualice normas adscritas— respecto de las *normas de adscripción necesaria*. Esta clase de adscripción se observa en el espacio constitucional *saturado semánticamente* por sus enunciados normativos, donde la Constitución ha reservado para sí la regulación iusfundamental, razón por la cual las posibilidades jurídicas de esta actualización se circunscriben a la radical compatibilidad con dicha regulación constitucional.

¿Qué tienen que ver las normas adscritas y su deber de fundamentación correcta —que se viene explicando— con el principio de proporcionalidad? Bernal Pulido, respecto de la fundamentación correcta de las normas adscritas, sostiene que el principio de proporcionalidad debe aplicarse para concretar, o en este caso, actualizar, una norma adscrita, siendo éste el criterio estructural más adecuado para determinar el contenido de los derechos fundamentales y el más apropiado para fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que interviene en dichos derechos³³. La dimensión funcional de la Ponderación se abordará a continuación.

³⁰ Ver *supra* nota 13, 122.

³¹ Neil MacCormick, *Instituciones del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 198.

³² *Ibid.*

³³ Ver *supra* nota 13, 133.

II. La Ponderación como Principio Regulatorio de la Legislatura.

En esta sección del trabajo se explicará el estatus que tiene la Ponderación en el quehacer legislativo, específicamente el rol que juega en el proceso de actualización. Lo que se sostendrá aquí es que la Ponderación es un estándar jurídico que en materia de actualización resulta obligatoria de observar por el Parlamento debido a la naturaleza de los derechos fundamentales, es decir, su carácter de principios. Esto conecta tales derechos forzosamente con la Ponderación. Al mismo tiempo, se expondrán los elementos centrales e imprescindibles de la Ponderación como procedimiento.

2.1 Corrección, Justicia y Proporcionalidad.

En la sección 2.2. se analizarán los dos tipos de normas iusfundamentales que se consultan en la teoría de los derechos fundamentales de que trata este trabajo: las reglas y los principios. Esa es una cuestión técnica, por las razones que allí se observan, de máxima importancia. Sin embargo, hay un asunto iusfilosófico que precede intelectualmente a dicha clasificación, cual es, primero, en qué consiste la tesis de la corrección y su relación con la justicia, y luego, con la proporcionalidad. Es este trayecto el que debe recorrerse para demostrar la relación entre la corrección y la ponderación, y más específicamente los fundamentos de que la proporcionalidad se yerga como un criterio argumental obligatorio en la deliberación parlamentaria.

2.1.1. La Justicia como Corrección.

Con el argumento de la corrección se afirma que las normas, las decisiones judiciales y los sistemas jurídicos, en el sentido de ordenamientos, formulan necesariamente una pretensión de corrección o, lo que es lo mismo, quien afirma un juicio de valor o de deber pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente³⁴. Es decir, quien fundamenta aspira a que su fundamentación sea acertada y, de ese modo, su afirmación correcta³⁵.

Mutatis mutandi lo anterior es lo que Habermas denomina pretensión de legitimidad, dicho en punto al desafío de la teoría filosófica de la justicia, cual es contactar la idea con la realidad, es decir resolver la tensión entre la necesidad de que las decisiones sean consistentes con el ordenamiento y la exigencia de que las decisiones estén fundamentadas racionalmente para que sean aceptadas por los miembros de la comunidad jurídica

³⁴ Ver *supra* nota 4, 133.

³⁵ Ver *supra* nota 4, 208.

como decisiones racionales³⁶. Una idea del género —es decir, una respuesta de este estilo a la tensión entre la normatividad y la fundamentación racional— se encuentra también en Raz, específicamente en la teoría de la justificación normal y de la independencia, allí donde esas condiciones explican la autoridad como servicio, de manera tal que los imperados por las directivas autoritativas estarían, primero, más satisfechos si intentan ser guiados por ellas que si no lo hacen. Éstos, a su vez, quedarían más conformes con la razón que se encuentra a su base que decidiéndolo por sí mismos y sin ayuda de la autoridad³⁷, respectivamente. En ambos casos, se advierte una cierta vinculación entre el derecho y la corrección, más intensa que una conexión meramente contingente, pero más débil que una unión necesaria.

Volviendo a la tesis de la corrección, puede afirmarse que la falta de formulación de dicha pretensión o la insatisfacción de la misma tiene relevancia clasificante (define si es o no derecho) o cualificante (define si el derecho es o no deficiente), dependiendo de si tal omisión se produce respecto del sistema jurídico o de una norma aislada: clasificante en la falta de formulación en el caso de un ordenamiento en su conjunto, o cualificante ante la insatisfacción de esa pretensión por parte del sistema jurídico y/o de una norma individual³⁸.

De este modo, la norma que no satisface la pretensión de corrección no deja de ser derecho por su deficiencia, incorrección o injusticia, sino hasta que se atraviesa el límite insoportable de la incorrección, con lo que esa norma deja entonces de ser derecho³⁹. Esto mismo es lo que Radbruch denomina como la otra línea divisoria entre la injusticia legal y las leyes válidas: «donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no es solo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica»⁴⁰.

³⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez* (Madrid: Trotta, 2010), 267 *et seq.*

³⁷ Joseph Raz, *Entre la Autoridad y la Interpretación* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 147.

³⁸ Ver *supra* nota 7, 36.

³⁹ Antonio Leiva, *Proporcionalidad y Justicia Constitucional* (Santiago: Libromar, 2018), 8.

⁴⁰ Robert Alexy, "Una defensa de la Fórmula de Radbruch", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 5 (2001): 77.

Es por ello que Alexy señala que «la justicia es corrección en relación con la distribución y la compensación»⁴¹. Aquel utiliza la justicia material como un límite al derecho, el que se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos⁴². Descrito de otra forma, se sostiene que Alexy entiende la justicia como el trato a las personas de acuerdo a sus derechos⁴³. Dicho en clave dworkiniana, se trata de una concepción de la justicia como derechos⁴⁴.

Pues bien, la manera en que se comprueba la relación esencial entre la corrección y el carácter jurídico de las normas es a través del concepto de *contradicción performativa*⁴⁵. Se entenderá por tal la disparidad entre una aserción explícita y una aserción implícita, donde esta última se acepta como presupuesto necesario al llevar a cabo el acto que contiene la aserción explícita⁴⁶. Una norma que siquiera formula una pretensión de ser mínimamente justa —como una norma que disponía la privación de la nacionalidad a los judíos alemanes que escaparan de ese país durante el III Reich—, contiene una falla evidente, pero que no es de carácter exclusivamente moral, convencional, técnica o política, sino que además jurídica, es decir que lo absurdo emana de la contradicción con una noción elemental de justicia implícita en toda norma; tan implícita que se suele soslayar.

2.1.2. *El Argumento de la Injusticia.*

En virtud del argumento de la injusticia⁴⁷ se sostiene que cuando respecto de una norma, en lo que nos ocupa, se traspasa el umbral de la injusticia extrema —donde la justicia se entiende como se señaló recién, es decir como la afectación iusfundamental de cierta envergadura— ella pierde el carácter de derecho.

El argumento de la injusticia conecta con la manera en la que se hace efectivo el argumento de la corrección. Dicho lo anterior de otra forma, el argumento de la injusticia como

⁴¹ Robert Alexy, *La Institucionalización de la Justicia* (Granada: Comares, 2010), 51.

⁴² *Ibid.*, 21.

⁴³ Antonio Leiva, “Corrección y Facticidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay* 18 (2018): 116.

⁴⁴ Tom Campbell, *La Justicia* (Barcelona: Gedisa, 2002), 80.

⁴⁵ Ver *supra* nota 7, 44.

⁴⁶ Robert Alexy, *El Concepto y la Naturaleza del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 65.

⁴⁷ Ver *supra* nota 7, 45.

demostración de la tesis de corrección, tiene su manifestación en la forma en la que se verifica. Concretamente, ello depende de la elección positiva directa que cada ordenamiento haga a este respecto, o del espacio que las instituciones generales vinculadas con la validez de las normas admitan. Respecto del tema que nos ocupa, es decir la deliberación legislativa, Chile se encuentra en el segundo caso. Con rango constitucional, la acción de inaplicabilidad por inconstitucional ha servido para restarle validez a las normas legales vigentes cuando afectan desproporcionadamente, es decir injustamente, los derechos fundamentales⁴⁸ en casos particulares. En el mismo ámbito chileno es posible también encontrar al menos otros dos medios para restarle validez a las normas que afecten injustamente a los derechos fundamentales, cuales son el control previo de constitucionalidad —cuando la norma controlada es restrictiva iusfundamentalmente hablando— y la acción de inconstitucionalidad.

2.1.3. *El Argumento de los Principios.*

El argumento de los principios postula que en tanto el derecho posee una textura abierta, en especial por la vaguedad del lenguaje en el que se expresa en las normas, es posible y necesario que se recurra a principios de índole moral para superar las lagunas, las indeterminaciones normativas, las contradicciones normativas o las consecuencias notoriamente injustas⁴⁹.

El argumento de los principios provoca la pregunta de cómo se produce esa argumentación. La función del principio o máxima de la proporcionalidad es realizar esa tarea que las indeterminaciones normativas, las contradicciones normativas o las consecuencias notoriamente injustas no permiten concluir, mediante un expediente racional, escrutable argumentativa e intersubjetivamente y con altos niveles de objetividad. Es el recurso a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto —en el sentido del mecanismo para aplicar los principios—, el expediente en que deben apoyarse los que crean o simplemente aplican el derecho, si pretenden que este satisfaga la pretensión de corrección y sea de esa manera válido⁵⁰.

⁴⁸ Ver *supra* nota 43, 171–177.

⁴⁹ Agustín Squella, *Filosofía del Derecho* (Santiago: Editorial Jurídica, 2003), 401.

⁵⁰ Ver *supra* nota 39, 20.

2.1.4. *Los Principios y la Proporcionalidad.*

Hay una importante razón para detenerse a mirar la clasificación entre reglas y principios como normas de derecho fundamental. Esta clasificación es la relación que existe entre los principios y la máxima de la proporcionalidad. Al decir de Robert Alexy, existe una poderosa conexión entre ambos, como lo es que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica –a su turno– su naturaleza de principio. Que el carácter de principio implique la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad se infiere lógicamente del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

Se verá seguidamente que el carácter de principio de una norma iusfundamental está dado por la realización de la prescripción de la norma, es decir, de la obligación, permisión o prohibición, en la medida de lo jurídicamente posible, además de lo fáctico y lo epistemológico. Se mencionará además que dicha posibilidad jurídica está dada por la realización del principio contrario, en el sentido de que ambos son un límite del otro. Pues bien, cuando debe elucidarse la posibilidad jurídica para la realización de un principio, existiendo otro con el que se encuentra o se podría encontrar en conflicto, lo que se está diciendo es, al mismo tiempo, que para resolver este conflicto entre derechos fundamentales, es obligatorio —y en ese sentido jurídico— ponderar, pues sin la ponderación no es posible aplicar ninguno de los principios en conflicto.

Teniendo presente lo anterior, Alexy sostiene que, siendo obligatoria la aplicación de al menos un principio, y siendo siempre necesario el concurso de la Ponderación para tal fin si dicho principio entra en colisión con otro, del carácter de principio de las normas de derecho fundamental se deduce la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁵¹. En suma, lo que Alexy propone es que la máxima de la proporcionalidad se deduce del carácter de principio de los derechos fundamentales, pues sin ella los principios no podrían aplicarse.

Aparentemente, Alexy presume la ocurrencia de una ponderación cada vez que se constate la aplicación de un principio, es decir, que si un principio recibió aplicación en un caso determinado, es debido a que aquél fue objeto de dicho procedimiento. De lo contrario no se concibe la posibilidad de una vinculación así de intensa. Si es efectiva dicha presunción, la pertinencia de ella dependerá de que la interpretación, es decir, el otro método

⁵¹ Ver *supra* nota II, 92.

de obtención de material autoritativo apropiado para la subsunción, sea inadecuada para dicho propósito⁵². La respuesta de Alexy a esta cuestión brota de la constatación de la incertidumbre que la interpretación como quehacer o procedimiento trae aparejada, es decir, los impedimentos de la interpretación de cara a saturar⁵³ la argumentación.

2.2 Distinción de las Normas de Derecho Fundamental en Reglas y Principios.

Para los efectos de este trabajo, explicar la diferencia entre los principios y las reglas no tiene sólo un valor meramente enciclopédico o dogmático, sino, como se vio, conceptual y estratégico, debido a la muy peculiar relación entre los principios y la Ponderación.

Como se dijo, para Robert Alexy⁵⁴ la distinción entre las reglas y los principios es una distinción entre dos tipos de normas, pues ambos dicen lo que debe ser, es decir, ambos se formulan con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición⁵⁵.

Para el profesor de la Universidad de Kiel, la tesis correcta para diferenciar los principios de las reglas⁵⁶ es la que entiende que la diferencia entre ellos es cualitativa o de grado. Por una parte, los *principios* son normas que ordenan que algo se realice,

⁵² Ver *supra* nota 39, 77.

⁵³ Ver *supra* nota 4, 229.

⁵⁴ Para este autor (Alexy 2012, 81), la distinción entre reglas y principios es la más importante distinción teórica y estructural en materia iusfundamental, por lo que se constituye en el pilar esencial de la teoría de los derechos fundamentales. Sin esta distinción, sostiene Alexy, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión, ni tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Con su ayuda, es posible hacer más transparentes problemas tales como el efecto respecto de terceros y la división de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento.

⁵⁵ Ver *supra* nota 11, 83.

⁵⁶ Sobre otros criterios de distinción entre reglas y principios, ver Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (Barcelona: Ariel, 2012): 72–80; Carsten Bäcker, “Reglas, Principios y Derrotabilidad”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 37 (2014): 31–44.

fáctica y jurídicamente⁵⁷, en la medida de lo posible, es decir, que su cumplimiento pueda medirse en magnitudes; un principio puede estar cumplido intensamente —como cuando un grupo importante de hipótesis de aplicación queda satisfecho, permaneciendo otras hipótesis insatisfechas— o menos intensamente. Por eso Alexy también los llama mandatos de optimización.

A las posibilidades jurídicas y fácticas de los principios para su realización —ahora siguiendo a Bernal Pulido⁵⁸—, deben agregarse las condiciones epistémicas, es decir, lo que es posible teniendo en consideración los fundamentos, procedimientos y métodos, en este caso, para la actualización de una norma iusfundamental, con el objeto de garantizar el respeto de los márgenes de configuración del legislador y de acción de la justicia ordinaria.

Mientras tanto, las *reglas* son normas que, podría decirse, tienen una estructura binaria, esto es, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas⁵⁹ del todo, conteniendo mandatos definitivos de validez, en contraposición a los mandatos de optimización.

Lo que explica concretamente que una norma sea un principio o una regla es que, mirada como un todo, contenga o no una pluralidad de hipótesis que den por satisfecha la modalidad deóntica que contiene. Usando un ejemplo anterior, debe sostenerse que la norma (A) que reza «ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias», es un principio debido que diversas hipótesis —una pluralidad de enunciados normativos— pueden serle adscritos satisfaciendo, en este caso, la prohibición que prescribe. Entre esa pluralidad de enunciados se encuentra la norma (B) que prescribe que «está prohibido constitucionalmente que los abogados sean obligados a defender gratuitamente a personas con privilegio de pobreza», la que debe ser reconocida como una regla debido a que, a diferencia de la anterior, no tiene otras hipótesis que se le puedan adscribir, por lo que sólo se le puede cumplir o infringir.

⁵⁷ Como se explicará seguidamente, las *posibilidades materiales* o meramente fácticas de la realización de los principios depende o están expresadas, si se quiere, en los subprincipios de idoneidad y necesidad, mientras que las posibilidades jurídicas lo están del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Respecto de esto último, cuando Alexy usa la expresión *jurídicamente posible*, se refiere a lo que puede realizarse teniendo a la vista lo que es permitido por el principio contrario, es decir, por el principio cuya realización se vería impedida por la materialización del primero. Piénsese en un binomio de normal conflicto como libertad de expresión-derecho a la honra. Lo que es jurídicamente posible de desarrollar en ejercicio de la libertad de expresión está limitado por aquella dimensión del derecho a la honra que no esté *prima facie* protegido.

⁵⁸ Carlos Bernal Pulido, *Estudio Introductorio a la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy* (Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, 2012), LIII.

⁵⁹ Ver *supra* nota 11, 87.

Esta distinción, como se viene desarrollando, es central para este trabajo, también pues la tesis central consiste en que allí donde haya normas iusfundamentales que presenten el carácter de principios, habrá por fuerza lugar a la ponderación cada vez que se quiera especificar legalmente —en lo que aquí incumbe— las prescripciones constitucionales sobre derechos fundamentales.

Lo que ahora corresponde es presentar una síntesis de la Ponderación como procedimiento, con el propósito de ilustrar la mecánica en cuya virtud se produce específicamente la atribución institucional de validez definitiva de una hipótesis adscrita a una norma iusfundamental directamente estatuida.

2.3 Rasgos Funcionales de la Ponderación. Síntesis de la Proporcionalidad General como Procedimiento.

La Ponderación puede ser sistémicamente entendida en varios sentidos. Puede serlo como mecanismo para dotar de contenido a los derechos fundamentales —como ocurre con las normas adscritas de derecho fundamental—, como medio estructurador de la argumentación institucional de los órganos llamados a concretar o actualizar normas adscritas (cuando se desarrolla el análisis de los tres subprincipios del test) y como mecanismo de control de constitucionalidad de las restricciones iusfundamentales, en la dimensión en que ella es el rasero que deben satisfacer las afectaciones para ser constitucionales. La última acepción da cuenta de la proporcionalidad como atributo interno de las restricciones iusfundamentales correctas. En ese sentido, una restricción es justa y soportable si es proporcional.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que aquí interesa es una dimensión o perspectiva común a los diferentes sentidos recién mencionados, como es simplemente responder las preguntas de qué es y cómo funciona. En ese orden de cosas, la Ponderación es la síntesis de tres subprincipios que lo componen, los cuales son: el de idoneidad, el de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

2.3.1 Subprincipio de Idoneidad.

En virtud de este sub-principio, toda intervención en los derechos fundamentales —o como se ha dicho aquí, toda actualización legislativa como afectación iusfundamental— debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Por causa de lo anterior, este sub-principio es conceptualmente complejo, pues su aplicación importa revisar a la vez dos cuestiones diferentes, las cuales son: la legitimidad del fin y la adecuación técnica⁶⁰.

2.3.1.1 Legitimidad del Fin.

Aquí de lo que se trata es que el propósito o el motivo de la limitación posean un atributo especial, como es la legitimidad como licitud en clave constitucional. En ese orden de cosas, Barak se refiere al fin adecuado (idóneo) como aquel que se adapta a los valores de la sociedad en una democracia constitucional, siendo la Constitución la fuente —explícita o implícita— de dicho fin⁶¹.

Así las cosas, el Congreso tiene la libertad de fijarse objetivos tan extensos como la Constitución lo permita, o lo que es lo mismo que la Carta Fundamental *no prohíba*⁶², caso en el cual habrá de entenderlo dentro de la discrecionalidad legislativa sustantiva. Si hubiera duda sobre la circunstancia de estar o no prohibido constitucionalmente el fin de que se trate, buenas razones militan —entre ellas, la presunción de constitucionalidad de las leyes— a favor de considerarla *prima facie* como legítima, reservando las dudas, si las hubiera, para ser zanjadas mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto⁶³.

2.3.1.2 La Adecuación Técnica.

De acuerdo a lo que indica Laura Clérico, el *mandato de adecuación técnica* exige la implementación de un medio cuyos efectos contribuyan al fomento del fin perseguido; se examina si el medio escogido es capaz de fomentar el fin buscado, en una relación fáctica medio-fin⁶⁴. En ese mismo orden, Barak⁶⁵ sostiene que aquí —en lo que él denomina

⁶⁰ Ver *supra* nota 13.

⁶¹ Aharon Barak, *Proporcionalidad* (Lima: Palestra, 2017), 278.

⁶² Ver *supra* nota 13, 699; ver además Laura Clérico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009), 85; e *Ibid.*, 283.

⁶³ Ver *supra* nota 13, 704.

⁶⁴ Laura Clérico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009), 43.

⁶⁵ Ver *supra* nota 61, 337.

conexión racional- se requiere que los medios escogidos sean pertinentes para la realización del fin que subyace a la medida de que se trate, en el sentido que la medida restrictiva incremente la probabilidad de realización.

Lo central es preguntarse qué es lo que fomenta el fin legítimo. Al decir de la profesora Clérico, el examen de la adecuación técnica comprende indagaciones sobre la relación positiva entre el medio y el fin, en punto a si el primero fomenta o contribuye al segundo⁶⁶. Como se observará, lo que se busca aquí es imponer la interdicción de aplicar afectaciones inútiles o estériles a un derecho fundamental, es decir, que no produzcan resultado.

2.3.2 *El Subprincipio de Necesidad.*

A la base del subprincipio de necesidad se encuentra la prohibición de imponer afectaciones exorbitantes a los derechos fundamentales. Este subprincipio demanda que las afectaciones iusfundamentales sean lo menos dañosas posibles, es decir, que no haya disponibilidad de medios que impongan una restricción de menor envergadura a los derechos fundamentales, de manera que si, habiéndose dado normativamente ciertas pérdidas iusfundamentales, ellas no hubieran podido evitarse con la implementación de otros medios. Es por ello que este subprincipio podría denominarse perfectamente como de lesividad. Así las cosas, una afectación a un derecho fundamental es necesaria en la medida que la restricción establecida en la ley, al compararla con otra tan adecuada técnicamente como ella, afecte menos el derecho restringido⁶⁷.

Como señala Laura Clérico, al igual que en el subprincipio de idoneidad, el examen de necesidad supone una relación medio-fin⁶⁸. Aquí el legislador eligió un medio para fomentar el fin legítimo identificado por él y no prohibido por la Constitución. Pero además, este examen presupone la existencia de otro medio idóneo en sentido estricto, con el que debe compararse el que fue establecido por ley y que se examina. Ambos medios —el examinado y uno hipotético— se confrontan para resolver si ese otro medio es o no menos gravoso para el derecho afectado. Si el medio alternativo no fomenta el fin tan adecuadamente como el establecido legalmente, este último debe tenerse como necesario. Si ambos son igualmente adecuados para fomentar el fin, debe compararse la onerosidad iusfundamental de ambos.

⁶⁶ Ver *supra* nota 64, 53.

⁶⁷ *Ibid.*, 114.

⁶⁸ *Ibid.*, 102.

2.3.3 *El Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.*

En virtud de este subprincipio, para que una afectación a un derecho fundamental sea proporcional, las ventajas que se consiguen con la intervención en él por la medida legal deben compensar los sacrificios que ella irroga a su titular⁶⁹. Aquí se usa el término “ponderación” en el sentido que Robert Alexy le da a la «ley de ponderación»⁷⁰, es decir, que la posibilidad de admitir una restricción depende del grado de insatisfacción del otro. Lo que se quiere significar con lo anterior es que la afectación de un derecho fundamental se justifica, y por lo tanto debe tolerarse, en la medida de la importancia del fin que se persigue con dicha intervención. Ambos, el *fin* que persigue la medida legal y la *afectación* del derecho fundamental, se *pesan* con miras a establecer bajo qué condiciones uno precede o posterga al otro. Dado esto, se mirará el fin legítimo y se medirá cuánta satisfacción se logra con la afectación, es decir su grado de realización. Al otro lado del examen se deberá determinar la intensidad de la afectación del derecho fundamental por la medida legislativa, es decir su grado de restricción.

Luego de la aplicación de los test de idoneidad y de necesidad, se determinó, entre otras varias cosas, la identidad del fin legítimo que una medida legal de afectación persigue, así como la identidad del derecho o posición iusfundamental sobre la que recaen los efectos restrictivos de dicha medida. En esta etapa de examen se obtiene la *magnitud* en que el fin legítimo de que se trate se ve satisfecho por la medida *sub lite*, y la *extensión* en que se afecta la posición iusfundamental. Como lo advierte Clérico⁷¹, tanto el fin legítimo como el derecho fundamental pueden verse respectivamente realizados y restringidos en tres magnitudes: baja, media o alta. Resulta forzoso agregar que el encasillamiento de dicha magnitud obedecerá necesariamente al resultado de un proceso argumentativo, es decir —como se viene diciendo— a la proposición de razones ponderadas esgrimidas para obtener la adhesión de la institución a la que esos argumentos van dirigidos. Así las cosas, una vez que se hayan determinado la intensidad de la realización del fin legítimo que motiva la medida legislativa, y el rigor de la intervención del derecho que se restringe con ella, se procederá a la ponderación propiamente dicha o en sentido estricto⁷².

⁶⁹ Ver *supra* nota 13, 764.

⁷⁰ Ver *supra* nota 11, 138.

⁷¹ Ver *supra* nota 64, 227.

⁷² Ver *supra* nota 13, 786.

De lo que se trata, es de hacer una comparación entre el grado de satisfacción del fin que motiva una medida legal y la magnitud de la restricción del derecho sobre el que dicha medida produce sus efectos. Para Alexy, una afectación muy intensa sólo puede estar justificada por un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio contrario⁷³, o dicho de otra forma, como lo señala Bernal Pulido⁷⁴, una realización leve o media del fin legítimo de la medida legal no puede justificar una intervención intensa en el derecho fundamental.

2.3.4 *Una Nota Aclaratoria sobre la Ponderación.*

Pues bien, cuando previamente se usó la expresión “ventaja” podría pensarse que en el examen de proporcionalidad en sentido estricto lo que se examina son los costos y los beneficios de la afectación de un derecho fundamental. De esa manera, tal restricción debería soportarse a la luz del coste de esa limitación iusfundamental, de cara a si resulta ser igual o menor al beneficio que conlleva la satisfacción al fin legítimo que la fundamenta. Esa forma de concebir a la Ponderación nada tiene que ver con lo que de veras ocurre al son de su procedimiento.

La Ponderación no se cimienta en un análisis económico ni en otra cosa del género, sino que se endereza como un mecanismo argumentativo —en el sentido ya anotado— para determinar cuándo y bajo qué condiciones la restricción a un derecho está justificada y por lo tanto debe tolerarse. Ello no ocurrirá en virtud de la utilidad sino en punto del *peso*, de la medida establecida y del derecho sobre la que ella recae. Lo anterior se establece con el propósito de poner fin a un conflicto inicial determinando la precedencia condicionada, es decir, definir argumentativamente las condiciones en que uno de ellos, fin legítimo o derecho restringido, debe ceder ante el otro.

A la base del proceso general de la Ponderación se encuentra la constatación, descrita con maestría por Raz, de que «a menudo, en lugar de seguir una regla en lugar de la otra, los conflictos prácticos deben resolverse encontrando la opción que satisface a las reglas en conflicto en el mayor grado posible»⁷⁵. Así las cosas, el análisis de los derechos fundamentales es un tanto más profundo y complejo que el de los costos y los beneficios.

⁷³ Ver *supra* nota 13.

⁷⁴ Ver *supra* nota 13, 788.

⁷⁵ Ver *supra* nota 37, 157.

Conclusiones.

Desde el punto de vista interno, la actualización, en el sentido aquí utilizado, se da tanto en la mera creación de normas iusfundamentales como para los casos de intervención legislativa. Para estos efectos, debe entenderse por *intervención legislativa* toda ley —lo que aquí se afirma incluye la deliberación parlamentaria sobre ella— que afecte a un derecho fundamental de manera negativa o desventajosa⁷⁶. Se estará frente a una *afectación negativa* o *desventaja* cuando una norma legal suprima, elimine, impida o dificulte el ejercicio de las posiciones iusfundamentales *prima facie*⁷⁷.

En ese orden de cosas, la actualización de una norma adscrita de derecho fundamental preservará su validez definitiva —con la que, dicho sea de paso, es concebida— si la aprobación de la ley estuvo precedida de una deliberación parlamentaria realizada al son de la Ponderación. Como se mencionó previamente, esto último ocurre así debido a la relación que se observa entre las normas iusfundamentales con carácter de principio y la ponderación, es decir que una se deduce de la otra; donde hay principios hay ponderación. En caso de que ello no hubiera ocurrido, es decir, si esa actualización se realizó sin ponderación alguna, esa norma sólo tendrá validez *prima facie* y en caso de resultar vencida por una proposición normativa contraria, lo que institucionalmente ocurrirá de ordinario en el seno del Tribunal Constitucional, resultará inconstitucional y perderá dicha validez. Por lo tanto, la falta de ponderación por parte del legislador sólo le impedirá a la norma que se trate tener desde su aprobación validez definitiva. Ella, desde luego, podría lograrse después de la aprobación, pero ahora con el concurso institucional del Tribunal Constitucional. Esto muestra el interés que asiste al Legislativo en aplicar la ponderación para especificar legislativamente una norma constitucional iusfundamental, pues si lo hiciera el Tribunal Constitucional, ya no tendría jurisdicción para revisar la constitucionalidad de la norma de que se trate, habida cuenta que su competencia comienza donde acaba la del legislador. ■

⁷⁶ Ver *supra* nota 13, 668.

⁷⁷ *Ibid.*

- Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ————. “Una defensa de la Fórmula de Radbruch”. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 5 (2001): 75–95.
- ————. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ————. *Los Derechos Sociales y su Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ————. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2010.
- ————. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ————. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, 2014.
- Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho*. Lima: Palestra, 2016.
- Bäcker, Carsten. “Reglas, Principios y Derrotabilidad”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 37 (2014): 31–44.
- Barak, Aharon. *Proporcionalidad*. Lima: Palestra, 2017.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad en los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, 2007.
- ————. *La Doble Dimensión del Derecho*. Lima: Palestra, 2011.
- ————. *Estudio Introductorio a la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, 2012.
- Campbell, Tom. *La Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- Clérico, Laura. *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.

- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 2012.
- Leiva Rabael, Antonio. *Proporcionalidad y Justicia Constitucional*. Santiago: Libromar, 2018a.
- ————. “Corrección y Facticidad”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay* 18 (2018b): 139–164.
- McCormick, Neil. *Instituciones del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Perelman, Chaim y Lucie Olbrechts-Tyteca. *Tratado de la Argumentación*. Madrid: Gredos, 2015.
- Raz, Joseph. *Entre la Autoridad y la Interpretación*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Squella, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica, 2003.
- Soto, Sebastián. *Congreso Nacional y Proceso Legislativo, teoría y práctica*. Santiago: Thomson Reuters-Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015.
- Waldron, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.