

CAPÍTULO OCTAVO

PROPORCIONALIDAD EN LA LEY Y RAZONABILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY: ENTRE LA ARMONÍA Y LA TENSIÓN

I. PLANTEAMIENTO³⁰⁶

El Estado constitucional de derecho entendido como Estado en el que la acción gubernamental está sujeta a límites formales y materiales se enfrentó desde sus inicios a una paradoja que provino de la siguiente secuencia. Esos límites son los derechos humanos, y los derechos humanos están reconocidos en normas que tienen una estructura amplia, flexible, fuertemente indeterminada. Por eso, junto con los principios se previó siempre su reglamentación (artículos 14, 20 y 28 de la Constitución argentina), su limitación (artículo 19 de la Ley Fundamental) o su regulación (artículo 53 de la Constitución Española). Esa actividad se encargó al Poder Legislativo, que pasó a ser, simultáneamente, uno de los destinatarios de los límites que se pretendía generar y quien está encargado de su vigencia plena (este es el sentido del principio de legalidad constitucional). ¿Cómo evitar que el legislador bajo el pretexto de reglamentar, limitar o regular los derechos en realidad no los viole? ¿Cómo inmunizarse frente al peligro de la extralimitación? Esta es la paradoja de la sujeción.³⁰⁷

El intento de responder esta pregunta abrió nuevos problemas o interrogantes. Un primer problema fue el de establecer si hay alguien a quien acudir cuando una violación de este tipo se produce. La Corte Suprema estadounidense, en la que probablemente es su decisión más trascendente, se

³⁰⁶ Doy las gracias al magistrado Maximiliano Romero (Universidad de Buenos Aires) por su ayuda con la selección y análisis de una parte de la jurisprudencia que se emplea en este capítulo. Quiero dejar constancia de mi gratitud, asimismo, con la profesora Pilar Zambrano, y con Julio Pohl y José Julián Rodríguez, de la Universidad de Navarra, por sus críticas y observaciones. Una versión anterior fue publicada en *Estudios de Deusto* 66-2, 2018: 47-70.

³⁰⁷ O una de las “ironías” a las que se refiere Rivas, 2005.

auto-atribuyó la tarea mediante la *judicial review*.³⁰⁸ Esta solución tuvo un éxito rotundo por la extensión que alcanzó en el mundo occidental. Otra cosa es que no haya dado lugar y siga dando lugar a discusiones, tanto respecto al mejor diseño institucional (control concentrado, control difuso) como a su legitimidad (hasta dónde llega el poder de unos pocos que no han sido elegidos por la ciudadanía para fulminar como inválido lo hecho por muchos que sí han sido elegidos).

Un segundo problema consistió en dar con alguna herramienta que permitiera distinguir entre las reglamentaciones, limitaciones y regulaciones que respetan al derecho fundamental al que se refieren y aquellas otras que no lo hacen, que no son más que un pretexto para el pillaje y el abuso de poder. La tarea no era sencilla porque en los casos constitucionales las violaciones groseras, la prepotencia extrema, el patoterismo del que gobierna, aunque existen, son más bien excepcionales. Lo más habitual es el surgimiento de casos grises, cuya constitucionalidad es dudosa, e incluso en alguna medida sobreviniente, puesto que surge cuando la norma cuestionada debe ser aplicada a supuestos que no habían sido previstos por el legislador exactamente como se dan.

El Estado convencional de derecho ha producido dos instrumentos enderezados a ese fin: la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad.³⁰⁹ El contenido esencial ha tenido un desarrollo jurisprudencial no desdeñable, aunque menor que el del principio de proporcionalidad, en buena medida debido al hecho de que una parte significativa de la doctrina lo ha reducido a él. La proporcionalidad, en cambio, ha tenido un éxito sin precedentes en el que han influido de modo significativo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, publicada por primera vez en 1985.³¹⁰ Los estudios dedicados son numerosísimos y han continuado extendiéndose incluso luego de la publicación de trabajos que parecían, por su extensión y profundidad, definitivos, como son los casos de la tesis doctoral de Carlos Bernal Pulido,³¹¹ o el conocido libro de Aharon Barak.³¹²

Por otro lado, más allá de la paradoja de la sujeción y de las respuestas que se le han dado (o paralelamente a ellas), es un dato difícilmente refu-

³⁰⁸ *Cfr. Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³⁰⁹ Sobre “Estado convencional de derecho”, *cfr.* Cianciardo y Zambrano, 2015, <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

³¹⁰ Alexy, 1989.

³¹¹ Bernal-Pulido, 2014.

³¹² Barak, 2017.

table que el Estado convencional ha tendido a colonizar con los derechos fundamentales cada uno de los subsistemas que componen el sistema jurídico.³¹³ Lo ha hecho sin prisa y sin pausa, con una prolijidad minuciosa, hasta que el derecho privado ha rendido la plaza. Esto ha hecho de cada funcionario judicial intérprete de la Constitución y de las convenciones sobre derechos humanos, ha producido cambios en la enseñanza del derecho,³¹⁴ y ha generado tensiones en varias direcciones: entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los Estados, entre los tribunales nacionales con jurisdicción constitucional y los tribunales ordinarios, y entre los tribunales con jurisdicción constitucional y el poder político (Ejecutivo o Legislativo). En este último caso, es indudable que en el constitucionalismo se ha judicializado el proceso político y se ha politizado el proceso judicial.³¹⁵ Todas estas tensiones han sido administradas por los jueces constitucionales e internacionales valiéndose de varios principios. Enre ellos el que probablemente tenga el rol más destacado es un principio que fue concebido como la contracara de la interdicción de arbitrariedad: la razonabilidad constitucional.

Situados en este contexto, el propósito de las páginas siguientes consiste en examinar las conexiones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad. Propondré, concretamente, tres relaciones que intentaré presentar a través de tres tesis centrales, en torno a las cuales agruparé un puñado de argumentos. La primera tesis se refiere al funcionamiento de los dos principios. La llamaré tesis de la subsidiariedad. La segunda tesis es acerca de las condiciones implícitas para el funcionamiento de una y otra herramienta. La llamaré la tesis de la conexión entre proporcionalidad, razonabilidad y doctrina del doble efecto. La tercera tesis se refiere al fundamento de uno y otro principio. Propondré la existencia de un fundamento común. Antes de empezar haremos un pequeño rodeo, destinado a clarificar el contenido y alcance del principio de razonabilidad. Al principio de proporcionalidad, por estar, como se dijo, más difundido, lo trataremos de modo sintético.

³¹³ Las polémicas a las que el proceso ha dado lugar son bien conocidas. *Cfr.*, por ejemplo, una crítica a Alexy en Pozzolo, 2017, o, en el otro extremo, la respuesta de A. García Figueroa a posiciones como la de Pozzolo: García Figueroa, 2017. La posición de Alexy sobre la naturaleza “institucional” o “ideal” de los principios, en Alexy, 2017: 314-341.

³¹⁴ Aunque es una opinión bastante extendida que aún hay que dar pasos hacia una reforma más profunda, especialmente en el ámbito de la pedagogía. *Cfr.*, por ejemplo, Toller, 2007: 21-65, y Laise, 2018.

³¹⁵ *Cfr.* Santiago, 2008: 131-155.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ANÁLISIS SUBSIDIARIO DE LA RAZONABILIDAD

1. *Una interpretación razonable*

Las leyes que regulan derechos fundamentales deben ser proporcionadas, y la interpretación que se hace de esas leyes debe ser razonable.³¹⁶ Una y otra exigencia (proporcionalidad y razonabilidad) fueron creaciones jurisprudenciales ancladas en normas constitucionales que las preveían de modo más o menos directo, según los casos. Tomando, por caso, el derecho constitucional argentino, lo primero es exigido por el artículo 28 de la Constitución de ese país, según la interpretación que ha hecho de él su Corte Suprema. La exigencia de razonabilidad en la interpretación proviene, en cambio, del desarrollo jurisprudencial de normas constitucionales referidas a la interdicción de arbitrariedad, el debido proceso, o la tutela judicial efectiva.³¹⁷

Como se dijo precedentemente, el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios, de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se encuentra ampliamente difundido (más allá de las múltiples dudas que plantea su aplicación). Esto justifica que apenas nos dediquemos en esta parte a él, y que profundicemos, en cambio, en el análisis del concepto de razonabilidad, para pasar a estudiar más adelante, en este mismo epígrafe segundo, la relación entre el funcionamiento de uno y otro principio.

2. *Las dimensiones de la razonabilidad*

A. *El intérprete frente a la necesidad de elegir*

El principio de razonabilidad en la interpretación de la ley es la herramienta con la que se evalúa la constitucionalidad de una serie de elecciones que los operadores jurídicos llevan a cabo a la hora de resolver un caso.³¹⁸

³¹⁶ Los aspectos mencionados sintetizan, en mi opinión, las dimensiones fundamentales de la razonabilidad como género que incluye la proporcionalidad o razonabilidad de la ley y la razonabilidad en la interpretación, aunque podrían introducirse matices y distinciones aún más precisas. *Cfr.*, al respecto, Ávila, 2004: 408-420.

³¹⁷ *Cfr.* un listado de casos y algunos comentarios en Cianciardo, 2013: 133-156.

³¹⁸ En el caso del sistema jurídico argentino, por ejemplo, su Corte Suprema ha dicho, de un lado, que “[c]onstituye misión específica de los jueces interpretar las normas legales con el

En caso de que a favor de cualquiera de esas elecciones no existan razones plausibles, o existan razones cuyo peso es inferior al de razones contrarias, la consecuencia es la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación, por violación del debido proceso o del derecho a la tutela judicial efectiva.³¹⁹ Veremos a continuación cuáles son, concretamente, esas elecciones o dimensiones del principio.

B. Dimensiones de la razonabilidad de la interpretación

a. La elección de los hechos relevantes del caso

No todos los hechos relacionados con el problema que se debate en el caso son esenciales o claves para su correcta resolución. Abogados y jueces seleccionan los hechos relevantes y los distinguen de los no relevantes (aunque puedan estar conectados con los relevantes), dependiendo de las circunstancias. Por ejemplo, el color de pelo del actor no es generalmente un dato importante, pero puede serlo en algún caso concreto (cuando la víctima de un delito identificó al delincuente por esa característica).³²⁰ Una parte del debate que entablan los abogados respecto de los hechos gira pre-

objeto de la determinación de su exacto sentido jurídico” (CSJN, Fallos, 254:315 y 300:291) y, de otro lado, que el resultado de la actividad judicial debe —como todo acto estatal— ser razonable y proporcionada (CSJN, Fallos, 333:1023 [2010], cons. 9o. de la mayoría y cons. 10o. del voto concurrente del juez Petracchi). En el caso que registra la colección oficial de Fallos, 137:47 [1922], se declaró que “...el artículo 1o. de la ley 11.157, de la manera que ha sido aplicado por la sentencia apelada es inconciliable con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, se revoca dicha sentencia...” (*Horta c/ Harguindéguay*, del 21/8/1922).

³¹⁹ Continuando con el caso argentino, la Corte Suprema exige como condición de validez de las sentencias judiciales que constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas del proceso (*cfr.* CSJN, Fallos, 288:373; 298:218; 291:382; 292:254; 301:108; 311:948, 2314 y 2547; 312:2507; 330:2826; 331:1090; 333:1273 y 334:1882, entre otros). En conexión con lo anterior, el mismo tribunal tiene expresado que el resultado de la actividad judicial debe —como todo acto estatal— ser razonable y proporcionado (CSJN, Fallos, 333:1023 [2010], cons. 9o. de la mayoría y cons. 10o. del voto concurrente del juez Petracchi).

³²⁰ Tampoco sería en principio pertinente para dirimir la responsabilidad en un accidente de tránsito determinar cuál era el número de ocupantes del rodado embistente, pero sí lo podría ser cuando el reclamante fuera uno de los transportados y se adujera que en el vehículo viajaba un número mayor que el permitido por la normativa reglamentaria. Cabría señalar, asimismo, la distinta relevancia que asume el conocimiento o la ignorancia de la cesación del mandato en la relación entre mandante, mandatarios y terceros para determinar las consecuencias establecidas por la ley.

cisamente en torno a qué hechos son relevantes. Una mala selección de los hechos relevantes puede conducir a una sentencia desfavorable.³²¹

*b. La elección de los medios de prueba adecuados
para la prueba de los hechos considerados relevantes*

No alcanza con una correcta selección de los hechos relevantes. Las partes deben también elegir los medios conducentes para la prueba de los hechos así considerados. Hay una multiplicidad de medios de prueba, y no todos son pertinentes. La pertinencia depende de las circunstancias del caso, y de la relación existente entre un medio y otro.³²² La selección de un medio

³²¹ Por ejemplo, en ocasión de juzgar acerca de un accidente ferroviario, la Corte Suprema argentina sostuvo que el tribunal anterior “...no ponderó la circunstancia de que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente, toda vez que el personal de aquélla no adoptó las diligencias del caso, tales como controlar que no existiesen pasajeros ubicados en lugares peligrosos o que las puertas estuviesen cerradas antes de que el tren se pusiera en marcha, omisión que viola lo dispuesto por el art. 11 de la ley 2873 que establece la obligación de la empresa de proveer a sus empleados de las instrucciones y medios necesarios a fin de que el servicio se haga con regularidad, sin tropiezos ni peligro de accidentes...”. En tales condiciones, se consideró que “...la decisión de la alzada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso...” (CSJN, Fallos, 317:768 [1994]).

³²² En torno a la validez de la extracción compulsiva de una muestra de sangre, se dijo en un caso argentino, concretamente en el voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, que “...no se han agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima, por lo cual resultaría violado el criterio de menor ofensividad antes señalado...” (CSJN, Fallos, 332:1835 [2009], “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años —causa núm. 46/85 A—”, considerandos 27o. y 28o.). En cambio, la jueza Highton, al fundar su postura contraria, manifestó que “...la extracción compulsiva de sangre —en las condiciones en que se ha planteado en el presente proceso— no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que existen indicios suficientes que avalan la adopción de la medida cuestionada, ella guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resulta propia del proceso de investigación penal e idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, se traduce en una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima, deberá realizarse con intervención de personal médico, en condiciones de asepsia e higiene, y su efectiva concreción quedará subordada a la inexistencia de eventuales razones de salud que, debido a su gravedad, pudieran obstaculizar momentáneamente su producción” (voto disidente de la doctora Highton, considerando 19o.). En el mismo caso, el juez Maqueda formuló las siguientes apreciaciones en torno a la razonabilidad de la medida de prueba en juego: “...la pericia propuesta resulta adecuada a los fines indicados en la resolución apelada, ya que favorece de un modo decisivo a la obtención del resultado pretendido, cual es demostrar la supuesta relación biológica existente entre las personas designadas por la querella y el apelante y de éste con los imputados” (considerando 19o.).

de prueba puede tornar superflua la de otro (por ejemplo, en determinados contextos la aportación de prueba documental exime o torna superflua la prueba de testigos respecto de los hechos a los que la prueba documental se refiere). Incluso puede ocurrir que la pertinencia de los medios de prueba varíe con el transcurso del tiempo. Un ejemplo es la pericia psicológica, que con el transcurso del tiempo creció en importancia —sobre todo en casos que involucren a menores—.

- c. Una vez producida la prueba, la selección de las pruebas convincentes y su discriminación respecto de las no convincentes o menos convincentes

Con mucha frecuencia los medios de prueba conducen a resultados contradictorios o sólo parcialmente coincidentes.³²³ Por ejemplo, respecto de la velocidad con la que un automóvil chocó a otro, un testigo puede afirmar que era muy baja (prueba A), la pericia mecánica que era alta (prueba B), y un testigo que era altísima (prueba C). “A” es contradictoria con “B” y con “C”; “B” es no coincidente (aunque no contradictoria) con “C”.³²⁴

³²³ Otro ejemplo argentino: se invalidó una sentencia de la Cámara de Apelaciones que, al revocar el pronunciamiento de la instancia anterior, desestimó el reclamo indemnizatorio producto de una colisión de automotores. Al respecto, se indicó que se “...omitió considerar: el peritaje mecánico...; el croquis confeccionado por el accionado, ...; y en este marco el acuerdo... mediante el cual el accionado celebró un convenio de pago con el testigo benévolo, acompañante del actor, el día del siniestro. En igual sentido, tampoco se tuvo en consideración el informe pericial médico y psicológico de fojas 161/166 y 176/177, que determinaron el nexo causal entre los daños físicos y psíquicos que padeció, y padece el actor, con el accidente objeto de la litis”. En virtud de estos extremos, se sostuvo que “...el defecto en la consideración de extremos eventualmente conducentes, y la mera inclinación dogmática hacia lo que presuntamente se desprendería de la causa, no configura el cumplimiento de la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial, y obligaba, por tanto a los jueces de la causa, a buscar en los demás elementos probatorios el mayor grado de verosimilitud de los hechos ocurridos...” (del dictamen del Proc. Gral. al que se remitió la CSJN, Fallos, 326:2205 [2003]).

³²⁴ En el caso argentino “Carrera”, en el voto concurrente del juez Zaffaroni pueden leerse los siguientes extractos sobre el tema: “...en lo referente al nivel de consciencia del imputado en el comienzo de la sucesión de los acontecimientos que configuran los hechos 3 y 4, el voto que lidera el acuerdo y al que adhieren los otros dos jueces, avala la versión acusatoria sin tomar en cuenta toda la prueba producida y confrontada con los peritajes médicos, dado que plantea una opción rotunda entre inconsciencia total y consciencia plena, que *prima facie* al menos no pareciera estar avalada por los peritajes...” (considerando 8o.). Asimismo, “...si bien estos [los peritajes] disienten, no se intenta compatibilizarlos en alguna medida, lo que podría llevar a conclusiones diferentes...” (considerando 9o.).

El juez se enfrenta a dos alternativas: *a)* considerar que ninguna de las pruebas es suficientemente sólida, y por tanto no tener esos hechos por probados; *b)* asignar a alguna de las pruebas mayor poder de convicción que a las otras. Esto explica que se haya previsto en el Código Procesal Civil y Comercial argentino la evaluación de la prueba según la “sana crítica”:³²⁵ el juez debe procurar alcanzar una visión de los hechos que cuente con un respaldo probatorio suficiente.³²⁶ Ese respaldo proviene de un examen holístico de las diferentes pruebas producidas; de una consideración de conjunto que hace que unas pruebas se apoyen en otras en una circularidad no necesariamente viciosa.³²⁷

d. La elección de las normas relevantes

Antonio Pérez Luño sintetizó una de las características de los sistemas jurídicos contemporáneos con la expresión “desbordamiento de las fuentes

³²⁵ Este aspecto del razonamiento judicial ha sido objeto de expresa y profunda atención por parte de la CSJN al tener que expedirse acerca de los alcances que cabía atribuir al recurso de casación que consagra el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación. En el antecedente que la colección oficial de jurisprudencia de dicho tribunal registra en Fallos, 328:3399 [2005], se reconoció no sólo que “...una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración...” (considerando 26o. del voto de la mayoría). En el caso, se trataba de revisar si se había probado la utilización de un arma, de lo que dependía la concurrencia de un agravante de la conducta.

³²⁶ La Corte Suprema argentina ha dicho que “...no resulta óbice para abrir el recurso (extraordinario), cuando la resolución se funda en afirmaciones dogmáticas, sin sustento en las constancias de la causa, habiendo establecido, además, que, si los argumentos expuestos por la Cámara han franqueado el límite de razonabilidad al que está subordinada la valoración de la prueba, el pronunciamiento no constituye un acto judicial válido..., situación que, a mi modo de ver, se configura en el *sub lite*. En efecto, las consideraciones que realiza el juzgador acerca de la prueba rendida, para concluir que la publicación permitió identificar a la actora, carecen, a mi ver, del debido rigor de fundamentación, desde que, de un lado, la vocal preopinante, aparte de su convicción personal..., menciona las constancias del informe pericial psiquiátrico, que sólo indican la intensificación de los síntomas y la aparición de signos en la persona de la actora, que «pueden relacionarse con el motivo de estos autos»..., pero que de ningún modo autorizan a concluir que fueran consecuencia directa de que, a raíz de la noticia, se hubiera producido la identificación de la víctima y el conocimiento del hecho por parte de personas que lo ignoraban. Y de otro, considera a los testimonios de..., como corroboradores de la postura de la actora, sin otra explicación que la advertencia de que sus apreciaciones, son contrarias a las vertidas por el juez de Primera Instancia” (CSJN, Fallos, 326:4165 [2003], dictamen del Proc. Gral. al que se remitió la CSJN, por mayoría [el resaltado no se encuentra en el original]).

³²⁷ *Cfr.*, al respecto, Amaya, 2013, esp. 35 y 36.

del Derecho”.³²⁸ Aludió con ella al hecho de que en nuestra época los casos oscuros o lagunosos se deben no a la ausencia de una regulación normativa, sino al entrecruzamiento de múltiples normas *prima facie* aplicables, producto de la hiperkinesia de los legisladores y de la superposición de competencias legisferantes entre poderes locales, estatales y estatales —que, curiosamente, unos y otros pretenden resolver no pocas veces a golpe de normas, sin advertir que de esa manera el problema sólo se multiplica—, a los que se ha unido el sistema internacional de reconocimiento, promoción y tutela de los derechos humanos —con todo lo que tiene de positivo—. Dicho en pocas palabras: hay pluralidad de normas puesto que: *a)* hay múltiples órganos con competencias legislativas; *b)* cada uno de esos órganos dicta a su vez muchas normas (muchas veces como consecuencia de la creación de agencias locales, provinciales o estatales).

Por eso, quien se enfrenta a la necesidad de resolver un conflicto de intereses tiene un grave problema si pretende hacerlo acudiendo de modo exclusivo a la fuente típica de los sistemas regidos por el *Civil Law*: la ley. Hay muchas leyes —en sentido amplio: resoluciones, decretos, decisiones administrativas, leyes formales, tratados internacionales— que se relacionan de algún modo, más o menos remoto, más o menos directo, con el caso. Es verdad que hay una primera criba que el intérprete lleva a cabo de la mano de los conceptos jurídicos (uno de los “preceptos” a los que se refirió acertadamente Roscoe Pound):³²⁹ se trata de categorías elaboradas por la doctrina que conectan una determinada situación fáctica con un conjunto de principios y reglas. Pero con ello no basta, porque como consecuencia de esa primera criba queda aún una selva espesa de legislación a primera vista aplicable. De allí que el intérprete, partiendo de los conceptos jurídicos, deba seleccionar la norma o las normas más relevantes —es decir, aquellas que se conectan de un modo más directo con el caso—, con toda la carga valorativa que ello lleva necesariamente consigo.

e. La elección de los métodos de interpretación aplicados a las normas aplicables

Esta última tarea es interpretativa, puesto que para seleccionar la norma relevante o conectada y descartar la (o las) menos relevante(s) y la (o las) irrelevante(s) habrá que interpretarlas. Y aquí se presentan nuevos pro-

³²⁸ Cfr. Pérez Luño, 2011, *passim*. Cfr., asimismo, del mismo autor, 2007: 91-94.

³²⁹ Cfr. Pound, 1954: 115-120, y 1923: 940 y ss. Cfr., sobre las ideas de Pound, el excelente estudio de García Ruiz, 2002, *passim*.

blemas: la pluralidad de métodos de interpretación, la multiplicidad de resultados posibles a que esa pluralidad conduce, y la imposibilidad de una metodología de métodos. Veamos:

- 1) Hay muchos métodos de interpretación, incluso de interpretación constitucional.
- 2) Según se aplique un método (o una combinación de métodos) u otro (u otra combinación de métodos) se llegará a uno u otro resultado (o proposición normativa aplicable al caso para su resolución); es decir, según el método, la conducta probada será o no un tipo de conducta prevista en la norma.³³⁰
- 3) La teoría del derecho no proporciona al intérprete ninguna jerarquía entre los métodos. Los intentos que ha habido en este sentido no han conducido más que al surgimiento de un nuevo método (es decir, la propuesta acerca de cómo relacionar distintos métodos entre sí no es más que otro método al que atender), agravando el problema.

Como conclusión de lo anterior, surge la necesidad de elegir un método de interpretación (o una combinación de métodos) y descartar otros.

3. *Razonabilidad de las elecciones interpretativas: la tesis de la subsidiariedad*

En suma, cada vez que un operador jurídico se enfrenta a un caso debe elegir, al menos, lo siguiente: *a)* los hechos relevantes; *b)* los medios de prueba que permitirán acreditar esos hechos; *c)* producida la prueba, aquellos medios que cuenten a su favor con mayor fuerza de convicción; *d)* las normas conectadas de modo directo con el caso; *e)* los métodos de interpretación a la luz de los cuales se pasará de lo establecido en las normas a las proposiciones normativas que basarán la resolución del caso.³³¹

¿Es el intérprete enteramente libre para elegir una u otra de las alternativas a las que se enfrenta en cada una de esas encrucijadas? No,

³³⁰ Cfr. Zambrano, 2016: 73-87.

³³¹ Sobre las proyecciones de las herramientas hermenéuticas en los casos concretos, la Corte Suprema de la Argentina ha tenido oportunidad de expresar que "...queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar..." (CSJN, Fallos, 328:2870 [2005]).

no lo es, al menos según la práctica constitucional a la que nos venimos refiriendo en estas páginas. El principio de razonabilidad en la interpretación apunta precisamente a eso: a exigir que el operador jurídico dé cuenta de las razones que lo condujeron a decidir como decidió en cada uno de los momentos en los que tuvo que hacerlo (al menos, los reseñados en el epígrafe anterior). De allí que una interpretación pueda ser irrazonable o arbitraria porque o bien esas razones no existen o bien existen pero hay otras razones de mayor peso que deberían haber desplazado a las razones alegadas por el intérprete.

Centrándonos en la irrazonabilidad o razonabilidad de las normas, resulta necesario a partir de aquí hacer una distinción según que el derecho afectado por la norma en cuestión sea o no un derecho fundamental. En los casos de legalidad ordinaria, en los que el derecho en cuestión no es un derecho fundamental, la jurisdicción constitucional se conforma con la existencia de razones a favor de la selección normativa y de la interpretación que se ha propuesto en la jurisdicción ordinaria. No se exige que esas razones sean aquellas que el juez de la Constitución considera mejores. La exigencia de respeto del principio de razonabilidad no excluye aquí el reconocimiento de un amplio margen de deferencia. En el caso español, el respeto de ese margen es exigido por el artículo 123 de su Constitución, que establece que “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Normas similares se encuentran en el derecho constitucional de la práctica totalidad de los países que cuentan con una jurisdicción constitucional. Cuando el margen es traspasado, el caso se transforma en “caso constitucional”, puesto que esa inexistencia de razones o la existencia de razones manifiestamente débiles, como se ha dicho, entrañan la violación de un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuando lo que está en juego es, en cambio, la selección y la interpretación de normas que afectan a un derecho fundamental, entonces el juez constitucional exige más. No alcanza con que el juez ordinario cuente con razones a favor de esa selección y/o interpretación. Razonabilidad, aquí, equivale a proporcionalidad —o, dicho con otras palabras, la proporcionalidad es la única expresión posible de la razonabilidad—, puesto que a la hora de justificar la restricción de un derecho fundamental no habrá otras razones definitivas que el respeto de los tres subprincipios del principio de proporcionalidad.

Esto nos conduce a lo que al comienzo denominé tesis de la subsidiariedad: como surge de lo dicho precedentemente, el principio de proporcionalidad funciona de modo directo en el análisis de las especificaciones de los derechos fundamentales, y de modo subsidiario en el análisis de las cuestiones de legalidad ordinaria. Mientras que la contracara de la proporcionalidad es la inconstitucionalidad de una norma por violación directa de un principio constitucional en el que se reconoce un derecho constitucional o fundamental, la contracara de la razonabilidad es la arbitrariedad que se produce como consecuencia de la interpretación caprichosa de los hechos o las normas aplicables, a raíz de la cual se afecta de manera desproporcionada el derecho a una tutela judicial efectiva.³³²

Del juego o interacción entre razonabilidad y proporcionalidad dependen el funcionamiento de los derechos fundamentales, la relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, y la de esta última y el poder político. Es, por eso, una de las claves de bóveda para distinguir la actividad o el funcionamiento correcto, auto-restringido, de la jurisdicción constitucional del llamado “activismo”.³³³ En los casos referentes a la legali-

³³² Por ejemplo, en la STC 39-2016, del 8 de abril, al evaluar la supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y a la protección de datos a raíz de un despido basado en las imágenes captadas por una cámara de video-vigilancia instalada sin comunicación previa a la trabajadora, el TC sostuvo que: “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (FJ 5o.).

Aplicando esto al caso, el Tribunal sostuvo que: “Del razonamiento contenido en las Sentencias recurridas se desprende que, en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE” (FJ 5o.).

³³³ *Cfr.* García Figueroa, 2017: 9-32.

dad ordinaria, cuanto más se exija a la razonabilidad, es decir, cuanto más exigente sea el examen del peso de las razones dadas por el intérprete para seleccionar e interpretar las normas como lo ha hecho, menor será el ámbito de lo que corresponde a la legalidad ordinaria y mayor el que corresponde a la Constitución. Y mayor será, también, el riesgo de conflicto entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, y entre el tribunal constitucional y el poder político. Se incrementará, asimismo, la carga de trabajo del tribunal constitucional. Crecerán, también, los riesgos de que sus resoluciones sean poco efectivas (sobre esto no abundaremos aquí).

Hay pocas dudas de que la jurisdicción constitucional ha empleado al principio de razonabilidad como instrumento para expandir el ámbito de su competencia, y tampoco hay demasiadas dudas acerca de que los riesgos mencionados más arriba se hicieron muchas veces realidad. Frente a esto último, esa misma jurisdicción buscó la auto-restricción valiéndose de herramientas como el *writ of certiorari* de la Corte Suprema estadounidense. En el caso español (y en el de otros países, como Argentina),³³⁴ se lo ha hecho incorporando el requisito de la trascendencia, que tiene una dimensión negativa, dirigida al rechazo discrecional de casos que reúnen *prima facie* las condiciones que formalmente se exigen para su admisibilidad y, con muchas limitaciones, otra positiva, que permite la admisión de casos que no reúnen los requisitos formales ya aludidos, pero son, sin embargo, tratados por su trascendencia.³³⁵

Llegados hasta aquí corresponde, de acuerdo con el plan trazado al comienzo, plantearnos dos preguntas: a) ¿cuál es el fundamento de la proporcionalidad y de la razonabilidad?, ¿es un único fundamento o tienen fundamentos independientes?, ¿si hay derechos fundamentales hay proporcionalidad y razonabilidad?, ¿o si hay derecho hay proporcionalidad y razonabilidad?; b) ¿cuándo proporcionalidad y cuándo razonabilidad?

³³⁴ En el caso español, la Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo, modificó la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, e incorporó como requisito para la admisibilidad del amparo su “especial trascendencia constitucional”. Cfr. González Beilfuss, 2016, *passim*.

La norma que rige este tema en Argentina fue incorporada al Código Civil y Procesal de la Nación en 1990, y establece, en lo pertinente, que “Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia” (artículo 280).

³³⁵ El primer caso en el que se aceptó esta dimensión fue CSJN, *Serra, Fernando Horacio y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos: 316:2454 (1993). Cfr. Legarre, 1994.

III. LAS PRETENSIONES IMPLÍCITAS EN LOS JUICIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD. LA NECESIDAD Y FECUNDIDAD DE ACUDIR A LA DOCTRINA DEL DOBLE EFECTO

Aquí se sostendrá la existencia de una relación entre la doctrina del doble efecto, la teoría de los principios, y el fundamento del principio de proporcionalidad. Nos plantearemos a continuación, sucesivamente, qué es el doble efecto, cómo se relaciona con la teoría de los principios y, finalmente, cómo una y otra cosa se relacionan con el principio de proporcionalidad.³³⁶

1. *La doctrina del “doble efecto”*

La llamada “doctrina del doble efecto” o “del voluntario indirecto” surge en el siguiente contexto. Todos los actos humanos provocan varios efectos, y es inevitable que al menos uno de ellos sea malo. Alimentarse, por ejemplo, implica habitualmente la muerte de al menos un ser vivo. No hay actos humanos que no tengan efectos malos. No todos los efectos malos, sin embargo, tornan ilícita la acción moral que los produce. No es ilícito producir efectos malos que consistan en un daño a la propiedad o, como en el ejemplo anterior, a realidades sub-humanas. Alcanza, en estos casos, con que el efecto bueno que persigue la acción sea proporcionado (que exista una razón de peso) para que se justifique el efecto malo y la acción sea, por eso, lícita. Hasta aquí las teorías morales principales coinciden. A partir de aquí se abren dos caminos fundamentales: *a)* para un conjunto de teorías morales la proporcionalidad (en el sentido mencionado, es decir, la existencia de una razón cuyo peso alcance para desplazar el peso contrario del efecto malo) es el único criterio para juzgar la moralidad de un acto, y por tanto no existen efectos malos que nunca puedan moralmente intentarse (es decir, quererse como medios o como fines). A este conjunto de teorías morales se las suele llamar, por su coincidencia en este punto, como “proporcionalistas”; *b)* para otras teorías morales, nacidas en la tradición del pensamiento clásico,³³⁷ en cambio, existen efectos malos que nunca pueden lícitamente intentarse, o, dicho con otras palabras, existen efectos malos cuya intención (como medio

³³⁶ En la exposición no se agotará el análisis de los implícitos a los que aquí se alude. *Cfr.*, al respecto, Zambrano, 2014: 423-445.

³³⁷ *Cfr.* Boyle, 1980: 527-538.

o como fin) determina la ilicitud de la acción, con independencia de qué tan importantes sean los efectos buenos.³³⁸ Esos efectos malos que nunca deben intentarse son los denominados “absolutos morales”.³³⁹

Para esta última posición, sin embargo, no se violan esos absolutos morales cuando su afectación no es “intentada” por el agente moral.³⁴⁰ Dicho con otras palabras, cuando ese tipo de efecto malo no es querido por el agente, el acto del que se deriva no necesariamente —es decir, si se dan ciertas condiciones— es ilícito. La doctrina del doble efecto busca, dentro de este contexto, establecer cuáles son, de modo preciso, las condiciones para que esto último ocurra.

Estos requisitos son, muy sintéticamente, dos. En primer lugar, el agente moral no debe intentar el efecto malo sino meramente tolerarlo (el efecto malo es un efecto colateral no directamente querido, es “indirectamente” voluntario). En segundo lugar, debe existir proporción entre el efecto bueno intentado y el efecto malo tolerado. Si una y otra condición se cumplen, la producción del efecto malo (o efecto colateral) no violaría los absolutos morales y no sería, por tanto, ilícita.

2. *La doctrina del doble efecto y los principios constitucionales*

Alejandro Miranda ha sugerido una posible vinculación entre los principios constitucionales y la doctrina del doble efecto. Según este autor,

...en las modernas constituciones y declaraciones de derechos, los preceptos que establecen derechos humanos inviolables están formulados de un modo semejante al de las prohibiciones morales absolutas de la tradición clásica. Esto ha favorecido que, en tiempos más recientes, se haya hecho un uso importante del principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales. Se trata aquí de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de la leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales.

¿Por qué se produce esta “aplicación extensiva”?

³³⁸ Cfr. Cavanaugh, 2006.

³³⁹ Según el Catecismo de la Iglesia católica, por ejemplo, “Hay actos que, por sí y en sí mismos, independientemente de las circunstancias y de las intenciones, son siempre gravemente ilícitos por razón de su objeto; por ejemplo, la blasfemia y el perjurio, el homicidio y el adulterio. No está permitido hacer el mal para obtener un bien” (nro. 1756).

³⁴⁰ Cfr. Masek, 2010: 567-585.

Porque puede suceder que una ley, al propender a la consecución de bienes legítimos, afecte, no obstante, el ejercicio de prácticas que *prima facie* pudieran considerarse amparadas por un derecho protegido, con lo que surge una situación de doble efecto. En este contexto, los jueces han razonado recurriendo a las mismas categorías recogidas en el principio tradicional: es jurídicamente relevante distinguir entre la intención de la ley y los efectos colaterales que ella pueda provocar. En otros términos, el principio ha servido aquí para distinguir entre leyes que directamente atentan contra el derecho protegido por la norma constitucional y leyes que pueden limitar o restringir ese derecho como efecto colateral de la prosecución de otros fines lícitos. Las leyes del primer tipo son siempre inconstitucionales, mientras que las del segundo no lo son cuando el legislador persigue con ellas un bien suficientemente importante.³⁴¹

3. *Doctrina del doble efecto, principios y principio de proporcionalidad*

Y es aquí donde la doctrina del doble efecto conecta con el principio de proporcionalidad, porque la evaluación de la constitucionalidad de la regulación (o limitación o reglamentación) de un derecho (efecto *prima facie* ilícito o malo) con vistas a la consecución de un efecto lícito se ha venido haciendo mediante el principio de proporcionalidad. Dicho con otras palabras, la evaluación de si es o no constitucional la regulación de un derecho se ha hecho depender de que esa regulación sea: *a)* adecuada para el logro de un fin cuya persecución esté permitida por la Constitución y sea socialmente relevante; *b)* eficiente, es decir, la menos restrictiva de los derechos en juego de entre todas aquellas igualmente eficaces para el logro del fin, y *c)* proporcionada en sentido estricto, es decir, un balance proporcionado entre los costos (la regulación del derecho) y el fin.

En mi opinión, un estudio detenido de la conexión a la que vengo haciendo referencia permitiría aportar elementos para: *a)* una mejor fundamentación del principio de proporcionalidad, y *b)* una definición algo más precisa del tercer subprincipio, en especial cuando lo que está en juego es la interpretación de derechos absolutos —es decir, la interpretación de derechos reconocidos por principios que prohíben una conducta cualquiera sea el fin que se persiga con ella o las circunstancias que la rodeen—.

Una y otra ventaja provienen, en realidad, de un único argumento. Como se sostuvo precedentemente, la finalidad de la doctrina del doble efecto es la de garantizar la tutela de los absolutos morales o, lo que es lo

³⁴¹ Miranda, 2008: 485-519, 513.

mismo, asegurar el cumplimiento de las normas morales inexcusables. La teoría general de los derechos fundamentales tiene una finalidad similar: garantizar la tutela de los derechos humanos o, lo que es lo mismo, asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales. Partiendo de allí, es posible extraer dos conclusiones. La primera es que esa finalidad opera en uno y otro caso como fundamento de la doctrina y de la teoría, por un lado, y —correlativamente— de los tres subprincipios que componen la doctrina y el principio de proporcionalidad, por otro. La segunda es que el subprincipio de proporcionalidad, tal como es habitualmente entendido, no permite que el principio en su conjunto cumpla acabadamente con el fin que lo fundamenta, puesto que pueden darse casos en los que el balance entre costos y beneficios dé como resultado la justificación de un costo que consista en la violación de un derecho. En este tipo de supuestos resulta necesario completar la evaluación acerca de la justificación con otra que apunte a la no alteración del derecho (al examen de si se ha violado o no su contenido esencial).³⁴² Sólo con este complemento el principio podrá alcanzar el fin para el que fue pensado.³⁴³

IV. NECESIDAD DE UNA JUSTIFICACIÓN ONTOLÓGICA: LA DINÁMICA DE LAS RELACIONES HUMANAS COMO SUSTENTO DE LA RAZONABILIDAD Y DE LA PROPORCIONALIDAD

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se abren respecto de la vigencia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad dos alternativas radicales: si se los entiende conectados con una ponderación consecuencialista, tal como propone por ejemplo Alexy, difícilmente alcanzarán el fin para el que fueron pensados. Si, en cambio, se reemplaza el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto tal como es entendido por Alexy (y por la mayoría de la doctrina) y el análisis de argumentos y razones por una evaluación cualitativa que apunte a la especificación de los derechos en juego en un conflicto (es decir, al establecimiento de su esfera de funcionamiento razonable), uno y otro principio podrán cumplir con su fin. Veamos por qué. Evaluemos, dicho con otras palabras, en qué medida los dos principios son exigidos por los

³⁴² Toda intervención en materia de derechos fundamentales debe ser justificada, lo que equivale a la existencia y presentación de las razones que la orientan y las convierten en aceptables. *Cfr.* la enunciación y una aplicación de esta idea en Seoane Rodríguez, 33-89, A Coruña, Fundación Paideia, 64-80. Sin embargo, si la justificación se reduce a un “balance entre costos y beneficios” no se alcanzará a satisfacer lo que los derechos pretenden.

³⁴³ *Cfr.*, sobre este punto, Cianciardo, 2010: 177-186.

principios iusfundamentales y los derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, el reconocimiento de derechos constitucionales los implica por lo siguiente:

- 1) Los principios iusfundamentales en los que los derechos constitucionales son reconocidos requieren determinación. Requieren, como se dijo precedentemente, especificación. Son sólo puntos de partida del razonamiento jurídico.
- 2) El principio de proporcionalidad permite evaluar qué tan razonable es la determinación que el legislador (mediante reglas establecidas en leyes) o el juez (mediante reglas establecidas en sentencias) han hecho de un determinado principio iusfundamental.
- 3) La evaluación de la razonabilidad de una determinación (de cualquier determinación jurídica, no únicamente de la que hacen las reglas respecto de los principios iusfundamentales) no sólo es posible, sino que es también una exigencia del derecho. Es decir, que el derecho exige distinguir entre arbitrariedad y determinación. Esto último conecta la fundamentación de la proporcionalidad con la fundamentación de la razonabilidad.³⁴⁴

Una ley será conforme con la Constitución o su interpretación será constitucionalmente aceptable en la medida en que sean razonables. La evaluación de la razonabilidad es, desde esta perspectiva, clasificante:³⁴⁵ la norma irrazonable o la interpretación irrazonable no son normas ni interpretaciones jurídicas. El problema del fundamento de la exigencia de razonabilidad es reconducible, desde esta perspectiva, a la pregunta por el fundamento del derecho. Dicho con otras palabras, de un modo más genérico: determinar por qué se exige de la ley y de su interpretación que sean razonables se vincula con la idea misma de derecho, con la pregunta por su contextura y su fenomenología, y, más allá de ello, con una comprensión del fenómeno jurídico que dé respuesta a la pregunta fundamental: ¿por qué el derecho y no más bien la violencia?³⁴⁶ La respuesta antijuridicista, que no se

³⁴⁴ Implica también, aunque no podamos abundar aquí sobre esto, que: a) el juez es capaz de vincular a las reglas con los principios constitucionales y a los principios constitucionales con los principios morales; b) el sentido de cada una de estas normas no es determinado definitivamente por su uso (es decir, que desde el punto de vista semántico la referencia prima sobre el significado). *Cfr.* Zambrano, 2012: 135-157.

³⁴⁵ *Cfr.*, al respecto, Alexy, 1997: 32. *Cfr.*, asimismo, sobre este último trabajo, Cianciardo, 2001: 105-138.

³⁴⁶ *Cfr.* Serna, 1997: 113-117.

limita a señalar la insuficiencia del orden jurídico para la efectiva plenitud de la vida humana, o criticar la imperfección de este o aquel instrumento jurídico, sino que pretende anular completamente toda actividad jurídica, es profundamente contra-fáctica, por un lado, e inhumana, por otro.³⁴⁷ Una respuesta satisfactoria debe descansar, en cambio, sobre una filosofía filosófico-jurídica, sobre una filosofía de la persona humana.³⁴⁸ “La referencia a la persona no sólo permite fundar el elemento ideal del derecho, sino que también da razón de sus estructuras formales, al menos parcialmente, y del derecho como totalidad”.³⁴⁹

Desde un planteamiento así, “el respeto y la protección de la persona pasan a ser un elemento estructural de lo jurídico, y no meramente el contenido o fin de las normas” (Serna, 2002: 353). La vía jurídica no es una alternativa indiferente para el sujeto, e incluso más: es obligatoria, porque es la única que trata al otro como fin, y no como medio, porque sólo ella, en definitiva, respeta su dignidad. En efecto,

...la expresión “dignidad” alude a la eminencia del ser humano, a su grandeza, y su traducción inmediata ha sido históricamente una exigencia de respeto incondicionado, como fin en sí mismo, según la expresión kantiana. Si el respeto no es incondicionado, no se hablará de dignidad, sino de valor (relativo). La dignidad supone, pues, un valor absoluto, no sometido a condición.³⁵⁰

Negar la pretensión del otro, no tenerla en cuenta, significa no respetarlo, o, lo que es lo mismo, sujetar el respeto del otro al albur de una adhesión voluntaria de su parte al criterio propio.

La única alternativa humana, entonces, es la jurídica, que trata al otro y al propio sujeto como un fin, no meramente como un medio, y permite al individuo hacer de su pretensión un bien que le proporcione un aumento en su ser.

Por otro lado, las relaciones con los otros son sólo aparentemente conflictivas. En efecto, si bien el enfrentamiento con el otro es también un enfrentamiento con su pretensión, que *prima facie* puede interferir, converger u oponerse con la propia, consideradas todas las circunstancias, y *a posteriori* del conflicto de pretensiones, no habrá más que convergencia o complementariedad en la relación inicialmente divergente, como han mostrado

³⁴⁷ Para una crítica puntillosa, *cfr.* Cotta, 1987: 38.

³⁴⁸ *Cfr.* Serna, *op. cit.*, 352, quien señala que han seguido esta orientación, Cotta, 1987; Ballesteros, 1984, *passim*; Romano, 1986-87: 121-152, y Romano, 1988: 143-192.

³⁴⁹ *Ibidem*, 352 y 353.

³⁵⁰ Serna, 1998: 63 y 64.

Serna y Toller.³⁵¹ De allí que el tratamiento violento del otro, además de consistir en una negación del propio carácter personal, destruye la posibilidad de transformar una pretensión que es sentida como verdadera en una verdad objetiva, adecuada al propio sujeto, con consecuencias frustrantes.

Al enfrentarse con la pretensión del otro, aparece como insuficiente el inmediato sentimiento subjetivo de verdad, y por tanto, de legitimidad de la propia pretensión. Comprendemos que ésta no puede tener el carácter de imperativa para el otro, sino de comunicable, de manera que pueda acercarse a la del otro y pueda ser aceptada por éste, ya porque no es opuesta a mi pretensión, ya porque es coincidente; esto es, que mi pretensión resulte compatible con la del otro.³⁵²

La insuficiencia del sentimiento subjetivo de verdad conduce a la admisión de una verdad objetiva, comunicable.

Esto último se relaciona con el carácter material de la vía jurídica. Como se ha visto, dicho camino parte del reconocimiento mutuo. Dicho reconocimiento no lo es sólo respecto del carácter digno del otro, sino que se extiende también al carácter intangible de algunos bienes, merecedores de un respeto absoluto. Estos bienes intangibles que surgen del reconocimiento constituyen, junto con otros que son creados mediante un acuerdo, el contenido de la alternativa jurídica. El acuerdo debe establecerse respecto de todo lo demás en lo que haya oposición.

Cada solución de una oposición de pretensiones supondrá, por tanto, además del reconocimiento de la igual capacidad de pretensión del otro, la aceptación del carácter cognoscible o racional de determinados bienes y la capacidad de llegar a los acuerdos necesarios respecto de todas las pretensiones restantes en las que haya oposición o colisión.

De lo dicho se desprende el carácter razonable de cada una de las soluciones concretas de los enfrentamientos entre pretensiones divergentes. Se trata, en definitiva, de soluciones razonables, porque serán soluciones en la medida en que puedan darse razones que las sostengan, razones que residirán, en última instancia, en determinados valores intangibles o en acuerdos. Esas soluciones razonables no sirven sólo para la resolución de un conflicto puntual, sino que se plasman en materiales normativos que sirven como puntos de partida para la resolución de múltiples conflictos de pretensiones sustanciales en lo similar, es decir, análogos.

³⁵¹ Cfr. Serna y Toller, 2000: 91-98 y *passim*.

³⁵² Cotta, 1987: 47.

La vía jurídica viene impuesta, por tanto, por la propia dinámica de las acciones humanas, en la que el hombre, además, comparece como un fin en sí mismo que posee una naturaleza racional. Frente a cualquier conflicto, la solución será verdaderamente tal si es razonable; a partir de allí, cabe erigirla como norma de conducta conforme a la cual se arreglarán conflictos similares al resuelto. Cuando esto último tenga lugar, la norma en cuestión deberá ser interpretada en alguno de sus múltiples sentidos razonables. Una interpretación irrazonable de la norma en sí misma razonable supondría un retroceso a la violencia, y en esa medida una violación de la dignidad humana. O, dicho con otras palabras, la interpretación irrazonable de los hechos que dan lugar a las pretensiones, o de las normas que sirven como punto de partida para la solución de la colisión, conducen inevitablemente a la frustración de la vía jurídica.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Llegados a este punto corresponde regresar nuevamente al comienzo. A lo largo de esta exposición se pretendió llevar a cabo un análisis de las relaciones y tensiones entre el principio de razonabilidad. El intento se ha plasmado en la formulación de una serie de preguntas que dieron lugar a tres tesis:

- 1) La tesis de la subsidiariedad, referida al funcionamiento de los principios. Según esta tesis, el principio de proporcionalidad es aplicado sólo cuando: *a)* las normas aplicables al caso regulan derechos fundamentales y no pueden ser interpretadas conforme con la Constitución o con las normas internacionales sobre derechos aplicando cualquiera de los métodos de interpretación existentes, o *b)* cuando la interpretación de las normas ordinarias ha sido caprichosa, tirana, arbitraria, y la consecuente violación del principio de razonabilidad produce una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva. El principio de proporcionalidad es así una *ultima ratio* que procede cuando no hay alternativa razonable a la vista.
- 2) La segunda tesis es acerca de las condiciones implícitas para el funcionamiento de una y otra herramienta. La llamaré la tesis de la conexión entre proporcionalidad, razonabilidad y doctrina del doble efecto. Según esta tesis, el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad formulan implícitamente una doble pretensión: la pretensión de objetividad moral y la de la cognoscibilidad de un puñado

de verdades morales fundamentales, que reclaman, a su vez, respeto incondicionado.

- 3) La tercera tesis se refiere al fundamento de uno y otro principio, y se relaciona con la doble pretensión recién mencionada. Se ha propuesto que el reconocimiento de respeto incondicionado o absoluto de los derechos sólo puede hacerse efectivo si los derechos son anclados en un fundamento que posea esas cualidades, y que eso debería conducir al reconocimiento universal de la dignidad de todo ser humano.