

Una teoría de las antinomias constitucionales para uso de operadores jurídicos garantistas

*Pierluigi Chiassoni**

Resumen

En aras de proporcionar a los operadores jurídicos garantistas algunas herramientas útiles, el escrito se divide en tres partes. La primera parte proporciona una tipología de las antinomias constitucionales, destacando entre antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio y en sentido impropio, y tratando además de las diferentes variedades de antinomias constitucionales lógicas y ontológicas (§§ 1-2). La segunda parte introduce las nociones de código identificatorio y código resolutorio bien construido (§ 3). La tercera parte ofrece el diseño, mediante un experimento mental, de tres códigos bien construidos (uno identificatorio y dos resolutorios) para uso de operadores jurídicos garantistas (§§ 4-7).

Palabras clave: Antinomias constitucionales. Antinomias constitucionales en sentido propio. Antinomias constitucionalmente relevantes. Código identificatorio bien construido. Código resolutorio bien construido. Garantismo.

Abstract

Aiming at providing guarentist legal professionals with some useful instruments, the paper divides into three parts. The first part outlines a typology of constitutional antinomies, distinguishing between constitutional antinomies in a generic sense, in a proper sense, and in an improper sense, and dealing with several varieties of logical or ontological constitutional antinomies (§§ 1-2). The second part introduces

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126 Genova, Italia, pierluigi.chiassoni@unige.it. Texto revisado de la relación presentada en el Segundo Congreso Internacional Sílex, “Derechos, Poderes, Argumentos”, Ciudad de México, 29 de febrero - 2 de marzo de 2024.

This research is part of an Italian project of significant national interest conducted by the consortium of the Universities of Bologna, Genoa, and Palermo. The project is funded by the European Union - NextGenerationEU under the National Recovery and Resilience Plan (PNRR) – Mission 4 Education and Research – Component 2 From Research to Business - Investment 1.1, Notice Prin 2022 issued with DD N. 104 of 2/2/2022, titled “The Concept of the Rule of Law: Analytical and Empirical Research (CLEAR)”, proposal code 20225TJJSY - CUP D53D23007000006.

the notions of a well-ordered identification code and resolution code (§ 3). By way of a mental experiment, the third, and last, part provides the outline of three (one identification and two resolution) well-ordered codes for the use of guarantist legal professionals (§§ 4-7).

Keywords: Constitutional Antinomies. Constitutional Antinomies Proper. Constitutionally Relevant Antinomies. Well-Ordered Identification Code. Well-Ordered Resolution Code. Guarantism.

0. Premisa

En un ensayo publicado ya hace tiempo, *Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca*, Manuel Atienza, al enunciar el primer punto de su «decalogo», sostiene que toda filósofa y todo filósofo del derecho tiene el deber de contribuir a la mejora de la práctica jurídica en los estados constitucionales, haciéndose guiar en esto, no ya por el «afán de originalidad», sino por el intento de «participar cooperativamente con otros»¹.

Comparto el ideal de la filosofía del derecho como empresa cooperativa que contribuye – sin afán de originalidad, pero de una manera imaginativa – al desarrollo y a la preservación de una cultura de los derechos fundamentales a la vez realista y atenta al goce efectivo por todo ser humano.

Por estas razones, dedicaré el presente escrito a considerar brevemente siete herramientas que, tal vez, podrían tener cierta utilidad para toda jueza, jurista o abogada garantista. A saber:

- (1) la distinción entre antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio y en sentido impropio;
- (2) la distinción entre antinomias constitucionales lógicas y ontológicas;
- (3) la noción de código para la identificación de antinomias (código identificatorio) bien construido;
- (4) la noción de código para la resolución de antinomias (código resolutorio) bien construido;
- (5) el esbozo de un código garantista para la identificación de antinomias constitucionalmente relevantes;
- (6) el esbozo de un código garantista para la resolución de antinomias constitucionalmente relevantes;
- (7) el esbozo de un código garantista para la resolución de antinomias constitucionales en sentido propio.

Las herramientas atañen a dos problemas medulares para el control judicial de constitucionalidad en un estado constitucional: el problema de la identificación y

¹ Atienza 2016: 48-49.

el problema de la resolución de antinomias constitucionales. No se puede *identificar* antinomias constitucionales, sin disponer de una tipología de las antinomias y de un código identificatorio bien construido². Ni se puede *resolver* antinomias constitucionales, sin la ayuda un código resolutorio bien construido.

1. Antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio, en sentido impropio

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

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

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

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

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

Puede ocurrir – y ocurre a menudo – que una misma norma (formalmente) inferior (N1) sea, a la vez, incompatible con cierta norma constitucional (por ejemplo, N2) y compatible con otra norma constitucional (por ejemplo, N3). En estos casos,

² La tipología que voy a exponer a continuación se propone visitar algunas tipologías corrientes en la teoría del derecho contemporánea, presentando sus elementos en formas quizás un poco más precisas. A saber: la tipología arquetipo propuesta por Alf Ross, donde se destacan antinomias “totales”, “parciales unilaterales”, y “parciales bilaterales” (Ross 1958: cap. IV); la tipología de Riccardo Guastini, donde se destacan antinomias “en abstracto” y “en concreto” (Guastini, 2011: 291-294). Estoy también tomando la ocasión para visitar la tipología que yo mismo propuse en dos escritos anteriores: Chiassoni 1999: 274-283; Chiassoni 2011: cap. IV, §§ 6 e 7.

la resolución de la antinomia constitucionalmente relevante entre las normas N1 y N2 requiere la resolución previa de la antinomia constitucional en sentido propio entre las normas N2 y N3.

2. Antinomias constitucionales lógicas, antinomias constitucionales ontológicas

No toda incompatibilidad entre dos normas es una incompatibilidad lógica.

Por esta razón, hace falta que en la caja de las herramientas de todo operador jurídico garantista se encuentre no solo una tipología de las antinomias constitucionales lógicas, sino también una tipología de las antinomias constitucionales (que llamaré) ontológicas.

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

2.1. Antinomias constitucionales lógicas

Cabe destacar tipos diferentes de antinomia constitucional lógica.

Si nos preguntamos por los criterios que rigen tales distinciones, estos tienen que ver con tres aspectos de la *forma gramatical*³ de las normas:

- (a) los operadores deónticos (considerando por brevedad solo las normas prescriptivas);
- (b) el ámbito de aplicación expreso: la conducta-tipo – la clase de conductas o comportamientos – expresamente regulada (considerando las normas generales, por lo menos en relación con su objeto normativo⁴);
- (c) la estructura sintáctica.

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

2.1.1. Antinomias por contradicción, antinomias por contrariedad

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

³ A saber, de la forma enunciativa que un operador atribuye a una norma en aras de tratarla y utilizarla al interior de un razonamiento.

⁴ Cf. von Wright 1963: cap. I, § 11.

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

- (1) una conducta-tipo p (pasear por las calles de una ciudad; dictar disposiciones de ley en materia penal) es *permitida*, si, y solo si, se puede – deónticamente, normativamente – realizar p (**P** p);
- (2) una conducta-tipo p es *obligatoria* (**O** p), si, y solo si, no se permite la omisión de p ; si, y solo si, no está permitido (está no-permitido, está prohibido) no realizar p (**¬P****¬** p);
- (3) una conducta-tipo p está prohibida (**V** p), si, y solo si, no se permite la comisión de p ; si, y solo si, no está permitido (está no-permitido) realizar p (**¬P** p);
- (4) una conducta-tipo p es, finalmente, facultativa (**F** p), si, y solo si, se permite la omisión de p ; si, y solo si, se permite no realizar p (**P****¬** p).

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

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

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

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

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

buque mercante rescata a algunos naufragos, viola la norma de prohibición; si no los rescata, viola la norma de obligación.

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

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

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

Sin embargo, esto no siempre sucede. A veces, las dos normas antinómicas, según su forma gramatical, se refieren expresamente a conductas-tipo diferentes, pero tales que la conducta-tipo regulada por una de las dos normas resulta ser una especie, una subclase, totalmente incluida en el género, en la clase, correspondiente a la conducta-tipo regulada por la otra norma. Cuando esto ocurre, estamos frente a una *antinomia por inclusión*. Consideremos, por ejemplo, la norma N1 (“Los ciudadanos honestos pueden criticar al gobierno”; “Si ciudadano honesto, entonces permitido criticar al gobierno”; “Está permitido criticar al gobierno por los ciudadanos honestos”) y la norma N2 (“Los ciudadanos no pueden criticar al gobierno”; “Si ciudadano, entonces prohibido criticar al gobierno”; “Está prohibido criticar al gobierno por parte de los ciudadanos”). N1 regula una conducta-tipo (criticar al gobierno por parte de ciudadanos honestos) que identifica una subclase de la clase correspondiente a la conducta-tipo regulada por N2 (criticar al gobierno por parte de ciudadanos). Cualquier crítica al gobierno por parte de un ciudadano honesto es una crítica al gobierno por parte de un ciudadano; pero no vale el revés. Esto sugiere entender las antinomias por inclusión como antinomias *por superposición integral parcialmente no expresada*: como relaciones de incompatibilidad por superposición integral de los ámbitos de aplicación entre una *norma de especie* (especial) *expresa* (en nuestro ejemplo, N1: “Si ciudadano honesto, entonces permitido criticar el gobierno”) y una *norma de especie* (especial) *no expresada, derivada o implícita* (N2*: “Si ciudadano honesto, entonces prohibido criticar al gobierno”), que es consecuencia lógica – por medio de la regla de refuerzo del antecedente o de monotonicidad – de la *norma de género expresa* (en nuestro ejemplo, N2: “Si ciudadano,

entonces prohibido criticar al gobierno”).

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

2.1.3. Antinomias simples, antinomias complejas

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

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

Una forma gramatical es *compleja*, si, y sólo si, resulta apta para expresar, sintácticamente, dos o más normas conjuntamente⁵. Consistiendo, por ejemplo: en un enunciado categórico paratáctico (“Los ciudadanos tienen derecho a un sistema educativo y de protección de salud público y gratuito”); en un enunciado condicio-

⁵ Dejaré para otra ocasión considerar la complejidad de una norma por disyunción incluyente o excluyente.

nal dotado de un antecedente disyuntivo o de un consecuente conjuntivo (“Si ciudadano o apátrida, entonces derecho a la inviolabilidad del domicilio”; “Si ciudadano, entonces derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia”); en un enunciado bicondicional (“Si, y solo si, ciudadano, entonces derecho a la libertad de expresión”).

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

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

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

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

Una *antinomia por complejidad unilateral* es una incompatibilidad lógica entre dos normas, sólo una de las cuales es compleja. Una variedad (una subclase) de este tipo de antinomia consiste en las *antinomias por exclusividad unilateral*. Estas ocurren cuando una de las dos normas tiene la forma gramatical de un enunciado bicondicional y la otra la forma de un condicional simple. Consideremos, por ejemplo,

la norma N1 (“Si, y sólo si, ciudadano por nacimiento, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”) y la norma N3 (“Si ciudadano naturalizado, entonces permitido expresar libremente opiniones políticas”). En este caso, la antinomia consiste en la incompatibilidad lógica entre la norma N3, por un lado, y la norma N1.2*, derivada de la norma N1.2, por el otro.

Las tipologías de antinomias lógicas (por contradicción o por contrariedad; simples o complejas; simples por superposición integral expresa, por inclusión, por intersección; complejas bilaterales o unilaterales, etc.) son útiles para identificar antinomias constitucionales, sea en sentido propio (entre normas ambas constitucionales), sea en sentido impropio (constitucionalmente relevantes).

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

2.2. Antinomias constitucionales ontológicas

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

Las antinomias constitucionales no lógicas consisten en formas diferentes de incompatibilidad normativa.

Parece útil distinguir (por lo menos) cinco tipos: antinomias *de competencia*, *instrumentales absolutas*, *instrumentales relativas*, *teleológicas*, y *axiológicas*.

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

2.2.1. Antinomias de competencia

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

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

La co-vigencia de las normas N1 y N2 no da lugar a una antinomia lógica. Las

dos normas se refieren a conductas-tipo diferentes, por parte de sujetos diferentes. Sin embargo, nótese lo siguiente. La norma N1 expresa la preferencia del orden constitucional por un mundo jurídico en el que no haya lugar para la pena de muerte. En el que en ninguna circunstancia la comunidad, a través del aparato sancionador penal, puede privar de la vida a un ser humano. No obstante, la vigencia de la norma N2 crea un mundo jurídico en el que la imposición y la ejecución de la pena capital constituyen una posibilidad. La norma N1 requiere un mundo jurídico sin pena de muerte. La norma N2 realiza un mundo jurídico – altamente negativo y éticamente inaceptable desde el punto de vista de la norma N1 – entre cuyas sanciones penales figura dar la muerte a alguien.

2.2.2. Antinomias instrumentales absolutas

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

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

2.2.3. Antinomias instrumentales relativas

Una antinomia instrumental relativa es una incompatibilidad ontológica entre una norma final (que prescribe a una autoridad normativa perseguir un determina-

do objetivo) y una norma de conducta o constitutiva, la cual se produce cuando esta última norma prescribe conductas, o realiza estados de cosas, que resultan insuficientes para alcanzar el objetivo prescrito por la norma final.

Consideremos, por ejemplo, nuevamente la norma constitucional final N1 (“La República debe garantizar la salud de los ciudadanos”) y la norma legislativa de conducta N3 (“Las acerías podrán producir instalando cortinas aislantes de tipo K1 en los almacenes de carbón”). Supongamos que la instalación de cortinas aislantes de tipo K1 no baste para evitar una grave contaminación ambiental perjudicial para la salud de los ciudadanos que viven en las proximidades, reduciéndola sólo en la medida de un 10%, mientras que la instalación de cortinas aislantes de tipo K2 lograría una reducción del 95% de las emisiones nocivas. En tal caso, debe concluirse que la norma N3 permite un comportamiento que constituye una *condición insuficiente* con respecto a la consecución de la finalidad prescrita por la norma N1. Existe, por tanto, una *incompatibilidad instrumental relativa* entre la norma N3 y la norma N1. Esta incompatibilidad constituye a la vez una forma de incompatibilidad ontológica. La vigencia de la norma N3 favorece la realización de un estado de cosas, de un mundo jurídico, distópico en relación con el mundo jurídico propugnado por la norma N1: un mundo en que la salud de algunos ciudadanos, lejos de estar plenamente garantizada, así como sería técnicamente posible, está en cambio protegida en una medida casi del todo insignificante.

2.2.4. Antinomias teleológicas

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

Consideremos, por ejemplo, la norma constitucional N1 (“La República debe garantizar la salud de los ciudadanos”) y la norma constitucional N4 (“La República debe garantizar el equilibrio presupuestario”). Supongamos que nos encontramos ante una pandemia cuya gestión requiere inversiones (por ejemplo, la construcción de nuevos hospitales) necesarias para garantizar la salud de los ciudadanos, pero tales que suponen un grave déficit presupuestario. Desde el punto de vista de la norma N1, la construcción de nuevos hospitales es algo que debe considerarse obligatorio. Consideraciones instrumentales justifican derivar de la norma constitucional final N1 (“La República debe garantizar la salud de los ciudadanos”) la norma de conducta NC1 (“Si pandemia, entonces obligatorio construir nuevos hospitales”). Desde el punto de vista de la norma N4, en cambio, la construcción de nuevos hospitales es una conducta que debe considerarse prohibida. Consideraciones instrumentales justifican derivar de la norma constitucional final N4 (“La República debe garantizar el equilibrio presupuestario”) la norma de conducta NC4 (“Si pan-

demia, entonces prohibido construir nuevos hospitales”). Una antinomia teleológica presenta pues una estructura compleja. Entre las normas de conducta derivadas NC1 y NC4 existe una antinomia lógica por contrariedad, simple, por superposición integral expresa (*supra*, § 2.1). Entre la norma de conducta NC4 y la norma final N1 existe una antinomia ontológica de tipo instrumental absoluta. E igualmente entre la norma de conducta NC1 y la norma final N4. La adopción de la norma de conducta NC1 realiza un mundo jurídico distópico en comparación con el mundo jurídico propugnado por la norma final N4. La adopción de la norma de conducta NC4 realiza un mundo jurídico distópico en comparación con el mundo jurídico propugnado por la norma final N1. ¿Cuál de los dos mundos *prima facie* distópicos debe considerarse tal *considerándolo todo*? La solución dependerá de cuál de los dos mundos jurídicos se considere que corresponde a la forma constitucionalmente correcta de establecer una jerarquía axiológica entre N1 y N4 (*infra*, § 6).

2.2.5. Antinomias axiológicas

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

Consideremos, por ejemplo, una norma constitucional compromisoría N1 (“La República reconoce la libertad personal como bien supremo”)⁶, una norma penal N2 (“Quien prive a alguien de la libertad personal será castigado con cinco días de prisión”) y una norma penal N3 (“Quien destruya bienes muebles ajenos será castigado con diez años de prisión”). En su conjunto, las normas N2 y N3 son axiológicamente incompatibles con la norma N1. Si se mide el valor del bien jurídico protegido por ellas a la luz de la sanción penal establecida, el bien de la propiedad privada resulta ser objeto de una protección penal mucho más rigurosa que el bien de la libertad personal, aunque este sea el bien que la norma N1 reconoce como “supremo”. Las normas N2 y N3 sí serían axiológicamente congruentes, en cambio, respecto de otra norma superior compromisoría N4 (“La República reconoce la propiedad privada como bien supremo”); la cual, sin embargo, en hipótesis no forma parte del derecho constitucional vigente. Si se quiere restablecer la congruencia axiológica entre las dos normas penales y la norma constitucional, habrá pues que

⁶ Una norma constitucional es *compromisoria*, si, y solo si, a través de ella el Estado, la República, etc. toma posición a favor o en contra de ciertos valores, eventos, o estados de cosas. Por ejemplo, “reconociendo los derechos inviolables de todo ser humano”, “reconociendo el derecho a una retribución adecuada a conducir una vida libre y digna”, “rechazando la guerra como forma de resolución de las controversias internacionales”, etc.

modificar una o las dos normas N2 y N3, adaptándolas a la escala de valores correspondiente a N1⁷.

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

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

3. Código identificador y código resolutorio bien construido

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

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

Por el otro, en un estado constitucional, la presencia de antinomias ontológicas entre normas constitucionales y normas formalmente inferiores es índice de que la constitución ha sido violada (antinomias de competencia, instrumentales absolutas, teleológicas, axiológicas) o, en todo caso, no ha sido plenamente respetada (antinomias instrumentales relativas) por las autoridades normativas inferiores y, en particular, por el legislador ordinario.

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

Sin embargo, la resolución de una antinomia supone la identificación de la an-

⁷ Según sugiere la definición, puede pasar que la escala de valores sea establecida o presupuesta no ya por normas de nivel jerárquico formalmente superior, como en el ejemplo apenas proporcionado, sino por el mismo conjunto normativo (derivable de la misma ley o del mismo código) al cual pertenecen las dos normas axiológicamente incongruentes.

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

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

Un *código identificadorio* es un *conjunto finito* de reglas identificatorias, que un operador jurídico compone⁸ y utiliza, expresa o tácitamente, en aras de *establecer la presencia* de una antinomia constitucional.

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

Un código identificadorio bien construido se compone de *reglas identificatorias* de dos tipos: reglas identificatorias en sentido estricto (*reglas de identificación*) y reglas identificatorias metodológicas (*meta-reglas identificadorias*). Contiene, en particular:

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

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

⁸ Sobre la base del derecho vigente, de la cultura metodológica del tiempo, de su ideología del derecho, y de eventuales innovaciones metodológicas aportadas por él mismo. Son estas las *fuentes* de los códigos identificatorios, así como de los resolutorios.

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

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

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

(b) una *meta-regla selectiva*, la cual establece las reglas de prioridad de que el operador debe servirse, y puede ser *monista* (una sola regla de prioridad), *pluralista* (dos o más reglas de prioridad), o bien *holista* (todas las reglas de prioridad en hipótesis utilizables según la cultura jurídica del tiempo);

(c) una *meta-regla procedimental*, la cual establece *cómo* utilizar las reglas de prioridad seleccionadas (*si* conforme a un orden de precedencia, y *cuál*);

(d) una *meta-regla preferencial*, la cual establece *cuál* resultado resolutorio debe adoptarse como constitucionalmente correcto considerándolo todo, funcionando así de regla de clausura;

(e) una o más *reglas de prioridad*, según el contenido de la meta-regla selectiva, cada una de las cuales se corresponde a una instrucción sobre cómo establecer la prevalencia de una norma sobre otra, apuntando a ciertos *recursos resolutorios*.

Adoptando una definición un poco tosca, un operador jurídico es *garantista*, si, y solo si, concibe a la democracia constitucional como un mecanismo entregado a la protección de los derechos fundamentales de libertad y sociales de las personas humanas, rechazando a la vez cualquier concepción mínima, mayoritaria, populista, neocón o autoritaria. Si nos ponemos en la perspectiva de operadores jurídicos garantistas, podemos pensar, a modo de experimento mental, en tres códigos garantistas bien construidos⁹.

El primero concierne a la *identificación* de antinomias constitucionalmente relevantes entre normas constitucionales y normas inferiores del mismo orden jurídico (*infra*, § 4.).

El segundo concierne a la *resolución* de antinomias constitucionalmente relevantes entre normas constitucionales y normas inferiores del mismo orden jurídico (*infra*, § 5.).

El tercero concierne, en fin, a la *resolución* de antinomias constitucionales en sentido propio, a saber, entre normas constitucionales del mismo orden jurídico (*infra*, § 6.).

⁹ Dejaré a la imaginación de las lectoras el dibujo de un código identificatorio garantista relativo a las antinomias constitucionales en sentido propio.

4. Un código garantista ben construido para identificar antinomias constitucionalmente relevantes

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

- (1) La *meta-regla de propósito* establece un *propósito maximalista*: promover la máxima expansión posible del control (centralizado) de constitucionalidad. De forma que *se elimine*, en lo posible, *cualquier* norma y *cualquier* disposición inferior (de las clases relevantes) sospecha de inconstitucionalidad, rechazando toda actitud de *confianza* o *deferencia metódica* hacia las fuentes subordinadas, y contribuyendo así a garantizar la supremacía de la constitución.
- (2) La *meta-regla selectiva* tiene carácter de regla *pluralista*. A la luz de lo que pasa en las experiencias jurídicas actuales, podría apuntar, en particular, a cinco reglas de identificación de antinomias constitucionalmente relevantes:
 - (a) la regla de interpretación garantista;
 - (b) la regla de razonabilidad intrínseca;
 - (c) la regla de razonabilidad comparativa;
 - (d) la regla de ponderación;
 - (e) la regla de proporcionalidad.
- (3) La *meta-regla procedimental* se presenta como una de regla jerárquica de oro (*hierarchical rule of thumb*). Prescribe utilizar las reglas de identificación que, de vez en cuando, se revelen más adecuadas a las circunstancias, siempre bajo la guía del propósito maximalista que debe inspirar toda operación identificatoria, ascribiendo prioridad a las tres primeras reglas de identificación, y sugiriendo una actitud de sospecha frente a las dos demás.
- (4) La *meta-regla preferencial*, en fin, desempeña la función de *regla de clausura*. Estableciendo que si la utilización de las reglas de identificación conforme a la meta-regla procedimental lleva a un resultado dudoso (se puede razonablemente sostener que hay, como que no hay, antinomia), se debe optar por la tesis positiva (*in dubio pro constitutione*).

Pasamos a ver brevemente las cinco reglas de identificación.

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

Por un lado, le requiere interpretar las disposiciones constitucionales en manera tal que se amplíe al máximo el ámbito de aplicación de las normas constitucionales, tanto expresas como implícitas (“hiper” o “sobre” interpretación constitucional),

utilizando antes que nada las reglas de la interpretación sistemática y evolutiva¹⁰.

Por el otro, le requiere interpretar las disposiciones inferiores evitando, o limitando al máximo, el recurso a la interpretación conforme¹¹.

Todo ello, teniendo en cuenta que existen no sólo antinomias lógicas (*supra*, § 2.1), sino también, y predominantemente, antinomias ontológicas, que son más difíciles de identificar y, por lo tanto, más insidiosas (*supra*, § 2.2).

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

- (a) identificar las conductas-tipo (clases de conductas) que, respectivamente, resultan protegidas o no protegidas por la norma constitucional;
- (b) identificar las conductas-tipo disciplinadas por la norma inferior;
- (c) comparar el ámbito de aplicación de la norma constitucional con el ámbito de aplicación de la norma inferior¹².

De forma que hay antinomia, si, y solo si, la norma inferior prohíbe, sanciona o, en todo caso, afecta negativamente a una conducta-tipo protegida por la norma constitucional. En tal caso, en la fase subsecuente de la resolución, será menester aplicar la regla de superioridad formal (*infra*, § 5). Si, en cambio, el ámbito de aplicación de la norma inferior no se sobrepone al ámbito de las conductas-tipo protegidas por la norma constitucional, no hay antinomia. Por lo tanto, no hace falta pasar a la fase resolutoria, ni aplicar alguna regla de prioridad.

(2) *La regla de razonabilidad intrínseca* – la segunda regla de identificación – requiere evaluar si la norma inferior sea justificable desde el punto de vista de su *razonabilidad* o *racionalidad interna*, *intrínseca*, o *absoluta*, asumiendo como parámetro constitucional el proteiforme “principio de razonabilidad” o “principio” (o “canon”) “de racionalidad”, entendido de meta-norma de competencia que prohíbe al legislador ordinario dictar normas “internamente” irrazonables o irracionales¹³.

¹⁰ Sobre este último punto véase, por ejemplo, Ferrajoli 2012: 211 ss.; Ferrajoli 2013: 277 ss.

¹¹ La regla de propósito de un código identificador de corte mayoritario o populista, en cambio, prescribe típicamente que, al identificar antinomias entre normas constitucionales y normas de ley, siempre se tribute el máximo respeto al legislador democráticamente elegido, limitando al máximo las situaciones de incompatibilidad, presumiendo metódicamente la constitucionalidad de las leyes, y adoptando una política de interpretación minimalista e hiper-restrictiva del texto constitucional (de “hipo-interpretación” o “sub-interpretación” constitucional), combinada con una política de generosa interpretación conforme de las disposiciones de ley.

¹² Véase, por ejemplo, Ely 1975: 1482-1508, y las sentencias de la Corte Suprema de los EE. UU. en los casos *Brandenburg v. Ohio* (1969) y *Cohen v. California* (1971).

¹³ Véase, por ejemplo, Paladin 1984: 219 ss., y las sentencias de la Corte constitucional italiana nn. 91/1973, 98/1975, 151/1975, 215/1983, 300/1983.

Conforme a esta regla, hay antinomia, por ejemplo, si la norma inferior se sea revelada intrínsecamente irrazonable o internamente irracional:

- (a) por ser un medio instrumentalmente inadecuado para promover o realizar el fin en vista del cual ha sido dictada (*instrumento irracional*);
 - (b) por ser un medio instrumentalmente adecuado para promover o realizar un fin que, sin embargo, es fruto de una ponderación irracional de los intereses (*objetivo irracional*)¹⁴;
 - (c) por tener un contenido en sí mismo irracional (*contenido absurdo*)¹⁵.
- (3) La *regla de razonabilidad comparativa* – la tercera regla de identificación – requiere evaluar si la norma inferior sea justificable desde el punto de vista del principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, entendido de meta-norma de competencia que prohíbe dictar normas que introduzcan diferencias o equiparaciones irrazonables.

Conforme a esta regla, hay antinomia en situaciones de dos tipos:

- (a) si la norma inferior trata casos (conductas-tipo) similares de manera diferente – por ejemplo, en relación con la asistencia a los hijos menores, atribuyendo cierto derecho a las madres trabajadoras y a la vez negándolo a los padres trabajadores (*diferenciación irrazonable*);
 - (b) si la norma inferior trata casos (conductas-tipo) diferentes de la misma manera – por ejemplo, sancionando penalmente tanto la ayuda al suicidio no terapéutico, como la ayuda al suicidio terapéutico (*asimilación irrazonable*)¹⁶.
- (4) La *regla de ponderación* – la cuarta regla de identificación – requiere establecer la existencia de antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores aplicando un conjunto de criterios que involucra típicamente una cualquier forma de análisis coste-beneficio¹⁷.

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

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

¹⁴ Corte constitucional italiana, sentencia n. 300/1983.

¹⁵ En la sentencia n. 215/1983, la Corte constitucional italiana ha considerado “en absoluto irracional”, esto es, intrínsecamente absurda, una norma que imponía al juez disponer la *detención preventiva* para delitos sancionados solamente con penas de carácter pecuniario.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Paladín 1984: 219 ss., y las sentencias de la Corte constitucional italiana nn. 53/1958; 21/1961; 26/1979, 103/1982, 242/2019; Bin 2023: 323-334.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Ely 1975; Aleinikoff 1987: 943-1005, y las sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU. en los casos *United States v. O'Brien* (1968), *New York v. Ferber* (1982), *Tennessee v. Garner* (1985), *Mathews v. Eldridge* (1976); Bin 1992; Cohen-Eliya, Porat 2013; Bin 2022: 257-270.

- (c) si la limitación representa el medio mínimo necesario para promover o realizar el fin sustantivo y legítimo;
- (d) si los beneficios que se derivan de la limitación son presumible o acertadamente superiores a los costes para los intereses que la limitación penaliza¹⁸.
- (5) Finalmente, la *regla de proporcionalidad* – la quinta regla de identificación – requiere que la existencia de una antinomia se establezca valorando la *proporcionalidad* de la norma inferior frente a cierta norma constitucional que, *prima facie*, parece resultar negativamente afectada por la primera.

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

- (a) si el fin de (el interés protegido por) la norma inferior sea constitucionalmente legítimo (legitimidad del fin de la norma inferior);
- (b) si el fin legítimo de (el interés protegido por) la norma inferior sea sustantivo (importancia del fin de la norma inferior);
- (c) si el medio que la norma inferior prescribe sea constitucionalmente legítimo (legitimidad del medio adoptado por la norma inferior);
- (d) si el medio legítimo sea instrumentalmente adecuado al objetivo que la norma inferior se propone conseguir o promover (adecuación instrumental del medio adoptado por la norma inferior);
- (e) si el medio legítimo sea necesario, a saber, corresponda a la forma menos onerosa de promover o realizar el fin (necesidad del medio adoptado por la norma inferior);
- (f) si el medio sea, por último, proporcionado (no desproporcionado): a saber, si los costes de la interferencia negativa sobre el bien protegido por cierta norma constitucional sean inferiores a los beneficios que se consiguen al perseguir el fin de la norma inferior (proporcionalidad en sentido estricto del medio adoptado por la norma inferior)¹⁹.

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

En relación con la argumentación constitucional, los ambiguos e indeterminados rótulos “ponderación” y “proporcionalidad” se refieren (por lo menos) a dos conjuntos distintos de herramientas metodológicas.

Por un lado, ellos denominan reglas utilizables para la identificación de antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores (antinomias constitucionalmente relevantes).

¹⁸ Hay formas diferentes de entender los criterios de la regla de ponderación. La forma en el texto se corresponde a la empleada por la Corte Suprema de los EE. UU. en la sentencia *New York v. Ferber* (1982).

¹⁹ Véase, por ejemplo, Cohen-Eliya, Porat 2013; Heintzen 2015.

Por el otro, ellos denominan reglas o criterios utilizables para la resolución de antinomias entre normas constitucionales (antinomias constitucionales en sentido propio).

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

5. Un código garantista bien construido para resolver antinomias constitucionalmente relevantes

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

La *meta-regla de propósito* establece que, al resolver antinomias o proponer maneras de resolverlas, el operador jurídico debe perseguir el objetivo de asegurar la superioridad (soberanía, supremacía) efectiva de la constitución, y en particular de sus normas adscriptivas de derechos fundamentales de libertad y sociales, al respecto de toda norma inferior. Ya hemos visto, esbozando un código identificatorio garantista (*supra*, § 4), como este objetivo tenga que ser perseguido ya a la hora de *identificar* las antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores. Cómo, en otros términos, la actitud frente a la identificación de este tipo de antinomias juegue un papel medular.

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

6. Un código garantista bien construido para resolver antinomias entre normas constitucionales

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

En forma, nuevamente, de un somero experimento mental, podemos imaginar

que el código garantista, el código para uso de operadores garantistas, se componga de ocho reglas resolutorias: tres *meta-reglas* – respectivamente: *de propósito*, *selectiva pluralista* y *procedimental jerárquica* – y cinco reglas de prioridad.

- (1) La *meta-regla de propósito* prescribe que la resolución de las antinomias entre normas constitucionales debe garantizar, en todo caso, la primacía de los principios y valores “fundamentales”, así como se desprenden a partir de las disposiciones atributivas de libertades y derechos sociales, sobre las normas constitucionales cuyo contenido sea “menos fundamental” o “no fundamental”.
- (2) La *meta-regla selectiva* es de carácter *pluralista*. Apunta a cinco reglas de prioridad que el operador debe utilizar, conforme a la meta-regla procedimental, para resolver antinomias entre normas constitucionales. A saber:
 - (a) la regla de especialidad (*lex specialis*);
 - (b) la regla cronológica (*lex posterior*);
 - (c) la regla de superioridad sustantiva en abstracto (*lex superior substantialis in abstracto*);
 - (d) la regla de superioridad sustantiva en concreto (*lex superior substantialis in concreto*);
 - (e) la regla de conciliación.

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

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

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

La *regla de superioridad sustantiva en abstracto* (*lex superior substantialis in abstracto*) establece que, dada una antinomia (lógica u ontológica) entre dos normas constitucionales, la norma constitucional dotada de *mayor valor ético-normativo en*

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

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

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

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

(3) La *meta-regla procedimental jerárquica* establece un *orden de preferencia* en la aplicación de las cinco reglas de prioridad identificadas por la meta-regla selectiva. A grandes rasgos, el orden podría ser el siguiente.

(I) En primer lugar, hay que aplicar la regla de *superioridad sustantiva en abstracto*. Entre dos normas constitucionales antinómicas, la norma que vale éticamente más en abstracto debe ser preferida a la norma que vale éticamente menos en abstracto. Y eso, aunque esta última sea posterior, especial, podría valer más en concreto, o habría espacio para una solución conciliatoria. La regla de superioridad sustantiva en abstracto es, en suma, la regla de prioridad suprema en un código resolutorio

garantista: prioritaria en relación con todas las demás reglas de prioridad (cronológica, de especialidad, de superioridad sustantiva en concreto, de conciliación). Parece útil esclarecer un poco más su manera de funcionar.

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

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

Nótese que, en términos de los llamados “principio de proporcionalidad” y “análisis de proporcionalidad”²⁰, la aplicación de la regla de superioridad sustantiva en abstracto requiere considerar solo dos rasgos: la “idoneidad” (adecuación instrumental) y la “necesidad” (eficiencia) de la medida en cuestión (en el ejemplo: el plan de inversiones para modernizar el servicio sanitario nacional). En cambio, un tercer rasgo, el rasgo medular, la “proporcionalidad en sentido estricto”, no puede ser tomado en consideración. Desde una perspectiva garantista, esto puede admitirse, sí, y solo sí, las normas constitucionales antinómicas tienen en hipótesis el mismo valor ético-normativo abstracto (véase *infra*, punto (V)).

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

Supongamos que una industria adopte un nuevo proceso productivo el cual hace posible doblar la producción y, por efecto de eso, aumentar de una manera relevante las ganancias de los inversores y el salario de los empleados. Supongamos, sin embargo, que el nuevo proceso productivo cause sistemáticamente a todo empleado, cada año, una enfermedad consistente en una gripe, con fiebre de 38° durante una semana, sin otras consecuencias. Supongamos que la cuestión de si el nuevo proceso productivo sea constitucionalmente lícito llegue al tribunal constitucional, y que el tribunal opine que, en aras de decidir, hace falta resolver una antinomia (teleológica)

²⁰ Sobre estos temas, además de las obras citadas antes, en las notas 14 y 16, véase, por ejemplo, Morrone 2014; Alexy, 2021: Parte II.

entre el principio de tutela de la salud (P1: “La República debe garantizar la salud como derecho fundamental de toda persona”) y el principio de libertad de iniciativa económica privada (P3: “La República debe garantizar la libertad de iniciativa económica privada”). Ahora bien: si se estima que el principio P1 valga éticamente más en abstracto que el principio P2, y se aplica por ende la regla de superioridad sustantiva en abstracto, es menester decidir por el carácter constitucionalmente ilícito del nuevo proceso productivo. Sin embargo, un análisis costes-beneficios sugiere que una semana de gripe cada año para cada empleado vale económicamente mucho menos que las pérdidas económicas – para inversores, empleados, y la sociedad en su conjunto – de reducir la producción a la mitad. De forma que se puede sostener que el principio de libertad de iniciativa económica privada (P3), que vale éticamente menos en abstracto, valga éticamente más en concreto, siendo también esta última libertad algo de éticamente valioso para la constitución.

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

Puede imaginarse una respuesta articulada en dos puntos.

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

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

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

La réplica garantista sugiere un par de consideraciones que merece la pena expresar.

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

Ambas variantes de garantismo convergen en tomar en serio la idea de que hay derechos fundamentales dotados de primacía ético-normativa abstracta, y que estos exigen que su aplicación dependa de consideraciones que atañen a los mismos derechos de que se trate, y no a otros derechos o intereses éticamente menos valiosos. Ambas variantes rechazan así la idea, extendida en la “edad de la ponderación”, según la cual *cualquier* derecho fundamental es (“necesariamente”) apto para toda forma de compromiso, de negociación, de “balanceo”, de “ponderación”, y puede ser vencido por exigencias de menor valor constitucional.

Con esto, podemos seguir en la exposición de las otras articulaciones de la meta-regla procedimental.

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

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

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

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

Supongamos que es menester determinar el límite de velocidad constitucionalmente correcto en las carreteras urbanas, y que tal determinación requiera resolver una antinomia (teleológica) entre el principio de tutela de la salud (P1: “La Repú-

blica debe garantizar la salud como derecho fundamental de toda persona”) y el principio de tutela de la libertad personal (P4: “La República debe garantizar la libertad personal como derecho fundamental de toda persona”), asumiendo que los dos principios tengan el mismo valor ético-normativo abstracto y sean sincrónicos.

Supongamos, además, que el principio de tutela de la salud (P1) justifique como razonable (adecuado) el límite de velocidad de 30 km/h; mientras que el principio de tutela de la libertad personal (P4) justifique como razonable (adecuado) el límite de 50 km/h.

En esta situación, al principio P1 corresponde una disciplina que impone una velocidad máxima de 30 km/h. (R1: $\neg PV > 30 \text{ km/h.}$). Y al principio P4 corresponde, en cambio, una disciplina que impone una velocidad máxima de 50 km/h. (R4: $\neg PV > 50 \text{ km/h.}$). ¿Cuál es la disciplina constitucionalmente correcta, considerándolo todo?

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

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

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

En el primer caso, cualquier resolución de la antinomia, a favor bien de la una o bien de la otra de las normas en conflicto, es constitucionalmente correcta. En el segundo caso, es menester aplicar la última regla de prioridad que hemos encontrado listada en la meta-regla selectiva: la regla de conciliación

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

Supongamos nuevamente que es menester determinar el límite de velocidad constitucionalmente correcto en las carreteras urbanas y que tal determinación requiere resolver una antinomia (teleológica) entre el principio de tutela de la salud

(P1: “La República debe garantizar la salud como derecho fundamental de toda persona”) y el principio de tutela de la libertad personal (P4: “La República debe garantizar la libertad personal como derecho fundamental de toda persona”), asumiendo, como antes, que los dos principios tengan el mismo valor ético-normativo abstracto y sean sincrónicos.

Supongamos, además:

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

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

7. Regla de especificación, principio de ponderación por prevalencia, principio de ponderación por conciliación, principio de proporcionalidad

En la literatura corriente sobre antinomias, además de los “criterios (de resolución) tradicionales” (*lex superior, lex posterior, lex specialis*), es habitual tratar de reglas de prioridad como la regla de especificación (o “estrategia especificacionista”), el principio de ponderación (“la ponderación”), este último en las variantes de la ponderación por prevalencia y de la ponderación por conciliación, y el “principio de proporcionalidad” o “análisis de proporcionalidad”²¹.

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

La *regla de especificación* (la estrategia especificacionista o interpretativa) establece que, dada una antinomia lógica por superposición integral expresa, una antinomia lógica por intersección (*supra*, § 2.1.2.), o bien una antinomia teleológica (*supra*, § 2.2.4.) entre dos normas constitucionales de igual valor abstracto y sincrónicas, cada norma debe ser especificada (reinterpretada, reformulada, modificada) de forma que sus respectivos ámbitos de aplicación encajen perfectamente, sin su-

²¹ Sobre estos criterios o principios resolutorios, véase por ejemplo Chiassoni 2019: 165-231.

perponerse. La norma no indica los criterios en función de los cuales debe llevarse a cabo la especificación (reinterpretación). La apelación, a veces preconizada, a los casos paradigmáticos en relación con los cuales la especificación de una u otra regla sería evidentemente correcta, es una apelación a modos de especificación que se consideran correctos desde un punto de vista ético-normativo²². La regla de especificación (la estrategia especificacionista o interpretativa), por ende, parece coincidir con la regla de superioridad sustantiva en concreto, o ser en todo caso algo muy parecido o equivalente.

El *principio de ponderación por prevalencia*, en su formulación genérica, establece que, dadas dos normas constitucionales antinómicas, la norma que vale (éticamente) más (que “pesa” más) debe preferirse a la norma que vale (éticamente) menos (que “pesa” menos) – de forma que se debe aplicar la norma que vale (que “pesa”) más y no aplicar la norma que vale (que “pesa”) menos. El valor (el “peso”) de las normas a las que se refiere el principio no puede ser otra cosa sino su valor ético-normativo desde la constitución. Ahora bien, este valor se puede determinar *en abstracto* o *en concreto*. Si el valor de las dos normas se determina en abstracto, el principio de ponderación por prevalencia coincide con la regla de superioridad sustantiva en abstracto. Si, por el contrario, el valor se determina en concreto, en relación con clases de casos (con conductas-tipo), y esto ocurre cuando las normas antinómicas tienen el mismo valor abstracto, el principio de ponderación por prevalencia coincide con la regla de superioridad sustantiva en concreto.

El *principio de proporcionalidad o análisis de proporcionalidad* es una variante del principio de ponderación por prevalencia que se adopta para determinar la superioridad ético-normativa en concreto de normas constitucionales que pueden tener valor ético-normativo abstracto *diferente*. Trata-se en efecto del principio que informa la Formula del Peso de Alexy, y que Alexy, siguiendo a un uso extendido, suele llamar (principio de) “proporcionalidad en sentido estricto”²³. Desde una perspectiva garantista, esta regla de prioridad es incompatible con la idea de que hay, en las constituciones de las democracias constitucionales contemporáneas, normas atributivas de derechos fundamentales que tienen un valor ético-normativo abstracto superior al de otras normas y, por lo tanto, deben ser preferidas sin más. Cabe no olvidar, sin embargo, la manera en que el criterio de superioridad sustantiva en abstracto podría ser usado por garantistas menos intransigentes o más razonables (*supra*, § 6. I).

Finalmente, el *principio de ponderación por conciliación* establece que, dada una antinomia entre dos normas constitucionales, debe preferirse la solución que satis-

²² Propugnan una estrategia especificacionista o interpretativa José Juan Moreso y Juan Antonio García Amado: sobre tales posiciones, Chiassoni 2019.

²³ Véase, por ejemplo, Alexy 2021: Parte II; y los ensayos de M. Atienza dedicados a la ponderación en Atienza, García Amado 2012.

faga en la medida de lo posible las exigencias (intereses, derechos) protegidas *por ambas normas*.

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

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

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

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

Bibliografía

- Aleinikoff, A. (1987). *Constitutional Law in the Age of Balancing*, «The Yale Law Journal», 96: 943-1005.
- Alexy, R. (2021). *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press.
- Atienza, M. & García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra - Temis.
- Atienza, M. (2016). *Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca*, en Atienza (2017).
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.
- Bin, R. (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- Bin, R. (2022). *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in materia di licenziamento illegittimo)*, «Lo Stato», 18: 257-270.
- Bin, R. (2023) *Ragionevolezza, eguaglianza, analogia*, «Lo Stato», 20: 323-332.
- Chiassoni, P. (1999). *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2019). *La balanza inexistente*, «Análisi e Diritto 2019»: 165-231

- Cohen-Eliya, M., Porat, I. (2013). *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ely, J.H. (1975). *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, «Harvard Law Review», 88: 1482-1508.
- Ferrajoli, L. (2012). *El constitucionalismo entre reglas y principios*, en Ferrajoli, Ruiz Manero (2014).
- Ferrajoli, L. (2013). *Dos concepciones de los principios: una respuesta a Juan Ruiz Manero*, en Ferrajoli, Ruiz Manero (2014).
- Ferrajoli, L. & Ruiz Manero, J. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*, Edición de P. Grández Castro, Lima, Palestra.
- Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Heintzen, M. (2015). *Il principio di proporzionalità*, Modena, Mucchi.
- Morrone, A. (2014). *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli.
- Paladin, L. (1984). *Corte costituzionale e principio d'eguaglianza. Aprile 1979 – Dicembre 1983*, «Giurisprudenza costituzionale», I: 219 ss.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons.
- von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.