

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO. UNA PROPUESTA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY
AND THE PRINCIPLE OF DOUBLE EFFECT.
A PROPOSAL BASED ON THE
PHILOSOPHY OF LAW

PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE E
PRINCÍPIO DE DUPLO EFEITO. UMA PROPOSTA
A PARTIR DA FILOSOFIA DO DIREITO

CRISTÓBAL ORREGO-SÁNCHEZ**

- * Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación Fondecyt 1130409 sobre responsabilidad jurídica por daños colaterales o efectos secundarios (es decir, el principio de doble efecto llevado al ámbito jurídico). Una versión previa fue presentada en el Seminario "Interpretación proporcionalista de las garantías fundamentales. Teoría ética y dignidad humana" (Santiago de Chile, 16 de enero de 2015, Proyecto DPCC 3210/2013). Algunas de las ideas expuestas se han beneficiado de sendas ponencias o intervenciones —no publicadas todavía—, en esa y otras reuniones científicas, especialmente de los profesores Marisol Peña, Francisco Zúñiga, Gonzalo Candia, Fernando Toller y Juan Cianciardo, y del ayudante René Tapia. Agradezco, asimismo, la colaboración material en la preparación del manuscrito a mis ayudantes de investigación Reiner Baack, Emiliano García, Juan Leonardo Lagos y René Tapia. Por último, vaya también un especial reconocimiento a los dos árbitros anónimos cuyas correcciones permitieron mejorar la última versión de este artículo.
- ** Profesor de Filosofía del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago (Chile). corregos@uc.cl.

RECIBIDO: 13 DE MARZO DE 2014. ENVÍO A PARES: 25 DE MAYO DE 2014
APROBADO POR PARES: 25 DE AGOSTO DE 2014. ACEPTADO: 2 DE SEPTIEMBRE DE 2014

DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.6

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
ORREGO SÁNCHEZ, CRISTÓBAL, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE DOBLE
EFECTO. UNA PROPUESTA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO, EN DIKAION, 24-1 (2015),
117-143. DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.6

RESUMEN

El artículo propone, desde la perspectiva de la filosofía del derecho, un complemento del principio de proporcionalidad, acogido por una parte de la dogmática constitucional y de los tribunales constitucionales o internacionales que adjudican sobre derechos humanos, mediante el principio de doble efecto, clásico en la filosofía moral. Primero, plantea el problema de los análisis de proporcionalidad para la filosofía del derecho, en su aspecto fundamentalmente crítico y ético-político. Después, presenta el principio de doble efecto, de acuerdo con las investigaciones más recientes. Enseguida, sintetiza el principio de proporcionalidad, acudiendo también a algunas obras representativas de la dogmática constitucional. Finalmente, sugiere algunas comparaciones y formas de retener el principio, no obstante sus límites, mejorando su uso mediante la incorporación expresa del principio de doble efecto en la adjudicación constitucional sobre la protección de derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Proporcionalidad; doble efecto; principios; filosofía del derecho; derecho constitucional; derechos fundamentales.

ABSTRACT

The principle of double effect, a classic in moral philosophy, is suggested in this article as a complement to the principle of proportionality, based on the philosophy of law. The principle of double effect is accepted by the dogmatic constitution, on the one hand, and by the constitutional or international courts that adjudicate on human rights. The article begins by posing the problem of proportionality analysis for the philosophy of law, in its fundamentally critical and ethical-political aspect. Then, it introduces the principle of double effect, pursuant to the latest research, followed by a summary of the principle of proportionality, with reference to several works that are representative of the dogmatic constitution. Finally, several comparisons and ways to retain the principle are suggested, despite its limitations. The idea is to improve its use by expressly incorporating the principle of double effect into constitutional adjudication on the protection of fundamental rights.

KEYWORDS

Proportionality; double effect; principles; philosophy of law; constitutional law; fundamental rights.

RESUMO

Este artigo propõe, a partir da perspectiva da Filosofia do Direito, um complemento do princípio de proporcionalidade, acolhido por uma parte da dogmática constitucional e dos tribunais constitucionais ou internacionais que adjudicam sobre direitos humanos mediante o princípio de duplo efeito, clássico na filosofia moral. Primeiro, apresenta o problema das análises de proporcionalidade para a Filosofia do Direito em seu aspecto fundamentalmente crítico e ético-político. Em seguida, apresenta o princípio do duplo efeito, de acordo com as pesquisas mais recentes. Logo, sintetiza o princípio de proporcionalidade recorrendo também a algumas obras representativas da dogmática constitucional. Finalmente, sugere algumas comparações e formas de reter o princípio, muito embora com seus limites, melhorando seu uso por meio da incorporação expressa do princípio de duplo efeito da adjudicação constitucional sobre a proteção de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Proporcionalidade; duplo efeito; princípios; filosofia do direito; direito constitucional; direitos fundamentais.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ANTE UN PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE ACTUALIDAD; 2. EL PRINCIPIO O RAZONAMIENTO DE DOBLE EFECTO; 3. PROPORCIONALIDAD EN DERECHO CONSTITUCIONAL: ¿UN ATISBO DEL PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO?; 4. PROPORCIONALIDAD: LA NECESIDAD DE COMPLEMENTARLA CON EL PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO; 5. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los principios de proporcionalidad y de doble efecto (o razonamiento de doble efecto) han sido profusamente estudiados durante las últimas décadas, aquel en el ámbito del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos —especialmente con ocasión de revisar la constitucionalidad de las leyes y de las actuaciones de la Administración— y este en la filosofía moral de tradición escolástica —de donde procede— y en la ética filosófica de tradición analítica, adonde arribó probablemente de la mano de Elizabeth Anscombe. Ha habido algunos intentos de relacionar esos dos ámbitos de estudio, a los que remitimos más adelante. En este trabajo pretendemos aportar, apoyándonos en estudios recientes de gran calidad sobre los dos principios, una reflexión personal en la línea de proponer el complemento de la proporcionalidad por el análisis de doble efecto o algunos de sus elementos.

El esquema de nuestra exposición pretende mostrar, primero, que efectivamente hay algunos problemas con el principio de proporcionalidad, visto desde la filosofía de derecho. Las dificultades son advertidas tanto por moralistas como por cultivadores de la ciencia jurídica: riesgos de consecuencialismo, percepción de arbitrariedad en el balance, posibilidad de activismo judicial bajo pretexto de sopesar la proporcionalidad, etc. En segundo lugar, ofrecemos una exposición actualizada del principio de doble efecto, dirigida sobre todo a los juristas del ámbito constitucional. Nos apoyamos en la más completa monografía disponible, de Alejandro Miranda. Al exponer esta doctrina pensamos, sobre todo, en la comparación que vendrá después. Luego ofrecemos una síntesis —lo más conciliadora posible y pasando por encima de detalles debatidos entre juristas— del principio de proporcionalidad. Tenemos a la vista, sobre todo, que los filósofos del derecho puedan advertir, además de sus riesgos, como ya sucede, los elementos de una ética de sentido común desarrollada por los jueces, con notables limitaciones.

El apartado final, antes de las conclusiones, se apoya en los anteriores para ofrecer un conjunto de breves reflexiones, que podrían ayudar a incorporar más expresamente el principio ético del doble efecto a una ulterior elaboración del principio de proporcionalidad. Esperamos ayudar, de esta manera, a evitar las confusiones actuales y, sobre todo, el peligro más temido: la introducción en el ámbito jurídico de una forma de razonamiento práctico arbitraria —el proporcionalismo o el consecuencialismo éticos—, pues el ámbito jurídico ha estado tradicionalmente acotado por reglas precisas que estabilizan las expectativas y mantienen un orden que aspira a ser justo.

1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ANTE UN PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE ACTUALIDAD

La filosofía del derecho enfoca los asuntos jurídicos desde una perspectiva de gran abstracción y, también, de valoración crítica de acuerdo con una concepción de la justicia.¹ De esta manera, es posible ofrecer sugerencias argumentadas que vengan, por así decirlo, desde fuera de las disciplinas jurídicas especiales, pero con alguna posibilidad de ser acogidas mediante cierta adaptación a los principios, conceptos, reglas y técnicas propias de esas áreas del derecho positivo. La teoría general del derecho constituye una disciplina intermedia entre la filosofía y las ciencias jurídicas especiales, de acuerdo con la distinción entre *teoría general* y *filosofía del derecho*, desarrollada desde el siglo XIX, y todavía vigente entre algunos autores.² En cuanto tal, la teoría general del derecho puede contribuir a recibir, en cada “núcleo dogmático” —según la expresión de Alejandro Vergara Blanco—,³ un principio nuevo, todavía no suficientemente desarrollado por el derecho positivo, o no suficientemente explicitado, aunque esté implícito en su lenguaje. Sin embargo, para conseguirlo, es necesario que los juristas del área respectiva adviertan antes la razonabilidad y la utilidad del nuevo principio para el razonamiento práctico jurídico sobre problemas particularmente difíciles. Ahora bien, la tradicional exclusión, por la teoría general del derecho de matriz decimonónica, de las cuestiones valorativas y críticas, y de las preferencias de política jurídica, nos lleva a pensar que son los juristas de la dogmática constitucional, más allá de cualquier teoría general del derecho, los llamados a una reflexión sobre la sugerencia, que aquí hacemos, de apoyarse en un principio clásico de la ética filosófica y de la filosofía jurídica para solucionar un problema actual.

Que se trate de una *sugerencia desde la filosofía del derecho* significa dos cosas. En primer lugar, que *no vale dogmáticamente*, sino solo en la medida en que sus argumentos logren convencer a los juristas. Los juristas dogmáticos deberán ver en qué medida pueden incorporar o no nuestras razones a sus técnicas actualmente en uso. Sin embargo, tratándose de una propuesta filosófica tampoco es de recibo rechazarla fundándose en que todavía no coincide con lo hasta ahora elaborado por la ciencia jurídica particular. No cabe oponerle una *respuesta meramente dogmática y no argumentada*.

En segundo lugar, nuestro enfoque iusfilosófico posee, entre otras, las siguientes tres características: i) se nutre de la filosofía general y, especialmente, de la

-
- 1 Cfr. Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., trad. L. Villar y A. M. Montoya, 1999, pp. 39-43; 48-57. Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 25-28; 140-174; 177-183; 203-241. Generalmente, la distinción no ha sido adoptada de manera rígida en el ámbito anglosajón, ni siquiera en la *analytical jurisprudence* después de Hart. Véanse, entre otros muchos lugares de sus obras: Ronald Dworkin, *Law's empire*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University, 1986, pp. 176-275; 410-413; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 1-17; 151-207; y John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 2011, 2ª ed., pp. 3-22; 111-125; 210-226.
 - 2 Cfr. Alejandro Vergara Blanco, “Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los ‘núcleos dogmáticos’”, en *Revista Chilena de Derecho*, 41 (3) (2014), pp. 957-991.
 - 3 *Idem*.

antropología filosófica, la ética racional y la filosofía política; ii) no pretende reflejar los detalles técnicos de la dogmática constitucional sobre el principio de proporcionalidad, ni la jurisprudencia actual, sino desafiar críticamente los actuales presupuestos del uso de la proporcionalidad y proponer algunas formas de mejorar ese aspecto de la dogmática y de la práctica constitucional; y iii) pretende algún grado de universalidad de sus razones, es decir, va más allá de la dogmática constitucional de un país —de Chile o Colombia, por ejemplo— y se considera relevante para cualquier jurisdicción en la que se esté haciendo uso práctico del principio de proporcionalidad o de algo similar.

El problema al que nos referimos es el uso del denominado “principio de proporcionalidad” junto con alguna forma de *balancing test* para resolver casos constitucionales o de derecho internacional de protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución o por algún tratado internacional, especialmente en los casos de conflictos entre pretensiones de derechos fundamentales.⁴

Las sentencias judiciales, en estos casos, pueden dejar sin efecto una norma jurídica hasta entonces vigente o en etapa de preparación —un proyecto de ley, en el caso del control preventivo de constitucionalidad— o prohibir un acto del Estado o de los particulares por estimarse que conculca, perturba o amenaza, de alguna manera, el respectivo derecho fundamental. Si se tratara de leyes o de actos públicos o privados que tuvieran como *objeto directo e inmediato* conculcar un derecho fundamental, la solución nos puede parecer fácil: simplemente echar abajo la norma o prohibir el acto. Por ejemplo, si una norma les ordena o les permite a los funcionarios apoderarse de bienes privados sin previa expropiación e indemnización, el Tribunal Constitucional lo declarará prohibido por inconstitucional, sin más. Así también sucedería en el caso burdo de que una norma general o la actuación ilegal de un funcionario pretendiera autorizar a otros a tratar, a determinados detenidos, de manera cruel, inhumana o degradante, etc., sin ninguna aparente justificación en la utilidad general (v. gr., la lucha contra el terrorismo). En cambio, no es un caso fácil —como muestra la historia reciente del debate sobre la tortura en la era de la guerra contra el terrorismo—⁵ definir qué actuaciones, consideradas según su descripción material, constituyen un trato cruel, inhumano o degradante, o un apremio *ilegítimo*,⁶ cuando se pondera o balancea

4 Carlos Bernal Pulido explica que diversos autores han considerado el análisis de proporcionalidad como sinónimo del de ponderación, o como alternativos entre sí, o, finalmente, como el mismo, entienden que la ponderación o *balancing* equivale a la proporcionalidad estricta o tercer requisito del test de proporcionalidad en sentido amplio. Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 569-574. Aquí no nos pronunciamos por estas diferencias, ya que, en definitiva, en todas las versiones se da, en algún momento, la necesidad de sopesar bienes y males y el riesgo de consecuencialismo, que es lo que el principio del doble efecto procura sortear.

5 Waldron y Luban, entre otros, reflejan el estado actual del debate e intentan mantener la prohibición absoluta de la tortura. Cfr. Jeremy Waldron, *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, Oxford, Oxford University Press, 2012, y David Luban, *Torture, Power, and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

6 El intento más serio, que es bastante *restrictivo* en su definición de tortura, parece ser el de Patrick Lee, “Interrogational Torture”, en *American Journal of Jurisprudence*, 51 (2006), pp. 131-147.

esa afectación de un derecho a ser tratado bien o dignamente con la protección del derecho de los otros a su seguridad personal en una convivencia democrática.

Los *casos difíciles* son precisamente aquellos en que se pretende, mediante la ley y de manera abierta, que a muchos parecerá razonable, alcanzar determinados objetivos de política pública (v. gr., seguridad interna, salud pública, orden económico, mejoramiento de la satisfacción de otros derechos fundamentales, etc.) mediante actos o regulaciones que, al parecer de otras muchas personas igualmente razonables, de alguna manera conculcan, menoscaban, amenazan, impiden o afectan negativamente el ejercicio de un derecho fundamental. Así, por ejemplo, sucede con los que privan de *habeas corpus* a los detenidos en Guantánamo; los que prohíben diseñar el orden interno de una organización intermedia, como una escuela; los que permiten un nivel de contaminación que menoscaba el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación; aquellos que establecen niveles de responsabilidad periodística por la veracidad de los hechos informados —o por herir sentimientos religiosos o el sentido de la dignidad personal— que pueden paralizar el ejercicio del libre derecho a informar o a expresarse; etc.

En estos casos difíciles, los tribunales han ido desarrollando paulatinamente el principio de proporcionalidad. Este principio, como veremos enseguida, supuestas determinadas condiciones, permite balancear unos derechos con otros en aparente conflicto⁷ y también ponderar si alguna afectación real de un derecho mediante una ley es “proporcionada”, y entonces permitirla, apoyando la ley objetada, o en realidad es “desproporcionada”, y entonces prohibirla, rechazando la ley objetada mediante la declaración de inconstitucionalidad u otra sanción jurídica equivalente, que la deje sin efecto.

Se trata de un verdadero problema jurídico práctico, por diversas razones. En primer lugar, porque su mismo uso como principio justificador de las sentencias es debatido entre los constitucionalistas.⁸ Estos pueden esgrimir objeciones generales contra su uso como, por ejemplo, la imposibilidad de conmensurar⁹ o la inconveniencia o ilegitimidad democrática de transferir a algún tribunal un excesivo poder constitucional de legislar, como el que está implícito en la facultad de echar abajo cualquier legislación para proteger un derecho fundamental contra cierto impreciso nivel de perjuicio.¹⁰ Estas y otras críticas, y las supuestas alter-

7 En otro lugar, me he sumado a la crítica del *conflictivismo* en materia de derechos fundamentales y he propuesto una alternativa de razonamiento práctico en términos de *especies de acciones morales y jurídicas*. Véase Cristóbal Orrego, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, en *Revista Chilena de Derecho*, 37 (2) (2010), pp. 311-342.

8 Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 163-254; y Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 55-115.

9 Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 182-184; y Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution*, op. cit., pp. 87-100.

10 Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 199-213.

nativas a la proporcionalidad, han sido suficientemente explicadas y valoradas por Carlos Bernal Pulido¹¹ y por Aharon Barak.¹²

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad es desafiado desde fuera de la dogmática constitucional, por la filosofía del derecho y por la ética filosófica, que advierten el riesgo de autorizar alguna forma de proporcionalismo o de consecuencialismo ético.¹³ No intentamos abordar en este artículo la complejidad del debate sobre el consecuencialismo; pero, asumiendo el temor de muchos a su entrada en el orden jurídico positivo, reflexionaremos sobre la alternativa intermedia que es el principio del doble efecto.

En efecto, una cosa es que la discusión política prelegislativa entretenga la argumentación consecuencialista en algunos casos, como, por ejemplo, que se usen argumentos utilitaristas para aprobar una ley porque con ella se maximizará el producto interno bruto. Entonces será finalmente derecho solo el contenido específico de esa ley, pero no el principio de utilidad que según algunos exigía su dictación. Otra cosa muy distinta, en cambio, es introducir en el derecho y en la práctica judicial el principio de que los conflictos deben resolverse no ya de acuerdo con los derechos y las normas existentes, sino de acuerdo con la solución que permita maximizar en cada caso las consecuencias buenas por sobre las malas. Por eso, frente a un consecuencialismo maximizador de cuño utilitarista, por una parte, y a un posible deontologismo extremo que no permita dañar ningún bien particular de ninguna manera, por exigencia del bien común, este artículo sugiere introducir expresamente, en el análisis de proporcionalidad, algunos elementos tomados del clásico principio del doble efecto.

Finalmente, el principio de proporcionalidad constituye un problema también para quienes lo admiten y aun lo usan cuando actúan como jueces constitucionales o similares. Estos, en efecto, aun cuando hagan suya una doctrina aplicada desde el siglo XIX,¹⁴ con frecuencia advierten la dificultad de juzgar sobre la proporcionalidad (o la desproporción) entre el logro de un objetivo legítimo y beneficioso, que puede ser incluso la protección de otro derecho fundamental en los casos típicos de aparentes conflictos de derechos, y la afectación de un derecho fundamental cualquiera. Las discrepancias entre los mismos jueces constitucionales alimentan una percepción de subjetividad y aun de arbitrariedad. No debería ser así, porque de la discrepancia entre opiniones en ningún terreno se sigue el escepticismo de manera lógica; pero es preciso reconocer que es un error corriente pasar de la dificultad de los problemas y de la diversidad de opiniones morales a una sensación subjetiva de escepticismo o de relativismo. En el tema que nos ocupa, este

11 *Ibid.*, pp. 163-492.

12 Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 2012, pp. 481-527.

13 Cfr., entre diversas exposiciones de conjunto y críticas, John Finnis, *Absolutos morales*, Barcelona, Eiuinsa, trad. de Juan José García, 1992, y Alejandra Carrasco, *Consecuencialismo. Por qué no*, Pamplona, Eunsa, 1999.

14 Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 44-57; y Aharon Barak, *Proportionality*, op. cit., pp. 178 y ss.

inconveniente podría ser minimizado si los criterios de proporcionalidad fueran, a su vez, más objetivos, más variados y mejor fundados en sus principios filosóficos subyacentes. Pensamos que la filosofía del derecho puede ofrecer al menos materia de reflexión mediante la referencia al razonamiento de doble efecto.

2. EL PRINCIPIO O RAZONAMIENTO DE DOBLE EFECTO

La filosofía moral —primero, dentro de la escolástica, y, desde el siglo XX, en la ética filosófica analítica— ha desarrollado trabajosamente, de manera progresiva, a lo largo de al menos 700 años, un principio práctico que permite justificar un acto humano deliberado que posee dos o más efectos, uno de los cuales, al menos, es malo. Los actos intrínsecamente malos quedan absolutamente prohibidos, por lo que se los denomina “absolutos morales”, como las prohibiciones de *matar directamente al inocente* o de *mentir*.¹⁵ No obstante, cabe elegir y realizar acciones que no consisten, en esencia, en la acción prohibida, aunque de manera indirecta causen el mismo resultado, es decir, un efecto malo que, de haber sido directamente intentado, sería absolutamente ilícito. Son ejemplos clásicos, entre otros, el de un acto en sí mismo lícito en la guerra, que, al bombardear un objetivo militar, colateralmente mata a algunos civiles inocentes; y el de un modo de hablar ambiguo, por parte de quien debe preservar un secreto profesional, que resulta en que el oyente se engañe.

La cuestión es clave porque las alternativas existentes son o *demasiado estrictas* o *demasiado laxas* en la prohibición o en la permisión, respectivamente, de causar el mal en el mundo. Las alternativas laxas son las más extendidas en la ética contemporánea. Las así llamadas “éticas teleológicas”¹⁶ determinan la licitud o la obligatoriedad de hacer o de no hacer algo mediante el balance de las consecuencias buenas y malas futuras de *cualquier acción*, sin la restricción de acciones que en sí mismas sean intrínsecamente malas. Ellas pueden llegar a justificar —aunque siempre se añade que *solo en casos extremos*— la tortura o el homicidio de inocentes (con mayor razón otras conductas menos chocantes: la mentira, la traición a la patria, el adulterio, etc.). Las alternativas estrictas podrían, en teoría, *prohibir causar* cualquier efecto malo: la muerte de personas, el engaño del prójimo, etc. Los moralistas antiguos advirtieron que tanta exigencia impediría prácticamente la vida social, porque las actividades buenas conllevan en ocasiones alguna consecuencia mala, aunque sea en el largo plazo. Además, en

15 Cfr. John Finnis, *Absolutos morales*, *op. cit.*, pp. 15-18; 39-56.

16 La expresión “éticas teleológicas” ha sido usada en la ética filosófica contemporánea para resaltar que la finalidad de maximizar el bien y minimizar el mal en sentido premoral funda el criterio de la moralidad de los actos, a diferencia de las llamadas “éticas deontológicas” que se basan en el deber establecido por la norma moral. Sin embargo, la ética clásica premoderna no admite esta clasificación, porque contiene deberes y normas independientes de una finalidad premoral de maximización y, a la vez, funda sus normas en una orientación hacia fines naturales y hacia un fin último perfectivo de la vida humana que no es reducible a una suma de bienes en sentido premoral. Las éticas de la virtud y eudemonistas también son teleológicas, pero no en relación con una finalidad susceptible de cálculo de optimización de bienes premorales. Como observa Michael Slote, bajo la misma expresión caben sistemas éticos muy distintos. Cfr. Michael Slote, *Essays on the History of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 35-37.

muchos casos la omisión de una acción que indirectamente causaría un daño no intentado puede significar no impedir la causación de otro daño por parte de un tercero o de una causa natural. Así, por ejemplo, un policía no podría defender a la víctima de un delito flagrante porque podría dañar al agresor al defender a la víctima; pero, si no la defendiera, su inacción también podría considerarse como causa omisiva del daño padecido por la víctima.

Este tipo de consideraciones son frecuentes en la ética y en la filosofía del derecho, y, naturalmente, en las disciplinas jurídicas que se ocupan de los efectos malos de las acciones humanas, como el derecho penal y el derecho de la responsabilidad por daños. De hecho, en ninguno de estos ámbitos se articulan posiciones semejantes a las de una *exigencia absoluta* de evitar todo tipo de efectos malos, sin importar cuán indirectos, no intencionales o remotos puedan ser. El derecho positivo coincide, en este punto como en otros, con la ética del sentido común,¹⁷ y por eso normalmente encuentra alguna forma de limitar la responsabilidad, criminal o civil, por los malos efectos de las acciones que no sea exigible evitar. El derecho positivo, sin embargo, nunca ha dado —en ninguna jurisdicción— una autorización amplia para provocar *intencionalmente* daños que pudieran justificarse mediante un *cálculo de todas las consecuencias futuras*, buenas y malas. La permisión del cómputo de consecuencias es siempre, como en la ética clásica, estrictamente limitada a un contexto que ya *excluye totalmente* la comisión de actos intrínsecamente malos.¹⁸ Por eso, pueden justificarse los daños intencionales de bienes no amparados por prohibiciones absolutas, como la propiedad, o pueden excusarse o no pensarse por razones muy diversas —como la cuantía del daño y otras consideraciones propias del principio de tolerancia del mal, etc.— algunas acciones intencionales malas que, sin embargo, el derecho no justifica. Cosa distinta, en la que no entramos ahora, es que haya reglas injustas de derecho positivo que, lamentablemente, no han considerado como dignos de protección algunos bienes humanos básicos (v. gr., las leyes que convierten en derechos legales algunas elecciones directas contra la vida humana en sus estados más débiles). Nuestro punto es que, incluso en estas situaciones de graves injusticias del derecho positivo, las reglas no han admitido un *cálculo ilimitado* de consecuencias, ni siquiera en las formulaciones más ambiguas de la justificación o de la exculpación basadas en el estado de necesidad.

Sin entrar ahora en esas áreas del derecho, podemos afirmar que, en el ámbito de la ética filosófica, el razonamiento de doble efecto ha sido el modo de hallar el camino medio entre la laxitud proporcionalista y el rigor paralizante. De ahí que las formulaciones del principio del doble efecto puedan echar luz sobre ese ámbito de la ciencia jurídica, la dogmática constitucional, donde recientemente se ha alzado el espectro del proporcionalismo o del consecuencialismo éticos.

17 Alvaro d'Ors, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 1995.

18 Cfr. John Finnis, *Absolutos morales*, op. cit., pp. 39-56. Véase también John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 118-125 y 223-226.

Entre varias formulaciones más o menos equivalentes, las siguientes, de Alejandro Miranda, contienen las condiciones tradicionales.

Es lícito realizar un acto del cual se siguen dos efectos, uno bueno y otro malo, con tal de que se cumplan cuatro condiciones simultáneamente: 1.^a, que el acto no sea en sí mismo malo; 2.^a, que el fin del agente sea bueno; 3.^a, que el efecto malo no sea un medio para alcanzar el efecto bueno; y 4.^a, que exista una razón proporcionalmente grave para realizar el acto a pesar del efecto malo.¹⁹

Esta formulación contiene muy resumidamente las clásicas *cuatro condiciones del principio del doble efecto*, que Miranda analiza con más detalle más adelante. Cuando el autor termina de estudiar las exigencias de cada requisito, nos ofrece una formulación más compleja, que describe la *situación de acción y cinco requisitos*. En atención a su interés y novedad, la transcribimos textual:

Si de un acto humano se siguen dos efectos, uno bueno y uno malo, y este último es de aquellos que no es lícito intentar, tal acto sólo se justifica cuando se cumplen simultáneamente los siguientes requisitos: 1.º, que el acto, si se considera con independencia del efecto malo, sea lícito; 2.º, que sólo el efecto bueno sea fin del acto; 3.º, que el efecto malo no se elija como medio para conseguir el bueno; 4.º, que no exista una manera menos perjudicial de alcanzar el efecto bueno; y 5.º, que el agente no esté más obligado a evitar el efecto malo que a conseguir el efecto bueno.²⁰

Coincidimos con Miranda en que “el principio del doble efecto se puede enunciar, sin alterar su sentido tradicional, con diverso número de requisitos”,²¹ siempre que se preserve el sentido originario de que hay actos intrínsecamente malos, que nunca es lícito elegir y realizar, y de que los efectos malos secundarios (indirectos, colaterales) de un acto bueno deben ser tolerables (o incluso se puede imponer a alguien la carga de soportarlos) por razones proporcionalmente importantes. Cualquier formulación, en consecuencia, “debe contener *a lo menos* dos exigencias generales que se deben cumplir simultáneamente: i) que cualquier efecto malo (del tipo relevante) que el agente cause sólo sea indirectamente voluntario o *praeter intentionem*, y ii) que exista una razón proporcionalmente grave para realizar el acto”.²²

Sin embargo, la consideración detallada de los cuatro requisitos tradicionales —o de los cinco propuestos por Miranda— y la atención a los criterios filosóficos clásicos para objetivar un poco mejor, de alguna manera, más allá de intuiciones de apariencia subjetiva, el último de ellos, es decir, la exigencia de una *razón proporcionalmente grave* para tolerar el efecto malo (requisito tradicional 4.^o o requisitos 4.^o y 5.^o en la propuesta de Miranda), nos parecen dos ejercicios intelectuales *prácticos* en la medida en que ellos guardan cierta relación con el uso

19 Alejandro Miranda, *El principio del doble efecto*, Hildesheim, Georg Olms, 2014, pp. 19 y 182 (la misma formulación tradicional).

20 *Ibid.*, p. 202.

21 *Ibid.*, p. 185.

22 *Idem.*

del principio de proporcionalidad en derecho constitucional y pueden contribuir a su desarrollo más armonioso por parte de los juristas y jueces que acojan esta sugerencia o parte de ella. Sobre esto volveremos en la sección 4.

3. PROPORCIONALIDAD EN DERECHO CONSTITUCIONAL:

¿UN ATISBO DEL PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO?

Probablemente, un constitucionalista, un jurista especializado en la dogmática y la jurisprudencia constitucional de los países donde se ha usado el principio de proporcionalidad —cuya expansión hacia diversas jurisdicciones describe Barak—,²³ habrá podido detectar, en el apartado precedente, algunos puntos de contacto con la ética filosófica que ha elaborado el principio del doble efecto. Ahora me propongo sintetizar ese principio del derecho constitucional contemporáneo, de una manera *suficiente* para los cultivadores de la filosofía del derecho, y *no necesaria* o quizás simplemente *superflua* para los constitucionalistas. Así espero mostrar, a la otra mitad de los interesados —los filósofos—, que el principio constitucional de proporcionalidad contiene un núcleo de razonabilidad, a pesar de los peligros que han sido señalados por sus críticos.

Recordemos, pues, algunas formulaciones elementales y actualizadas del principio de proporcionalidad.

Carlos Bernal Pulido, en la extensa y detallada monografía ya referida,²⁴ afirma que en la jurisprudencia más representativa, “el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”.²⁵ Hay coincidencia en que esta formulación procede de la jurisprudencia alemana.²⁶

Según el primer subprincipio, el de *idoneidad*, “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser *adecuada* para contribuir a la obtención de un *fin constitucionalmente legítimo*”.²⁷

El segundo subprincipio, denominado de *necesidad*, exige que “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad

23 Cfr. Aharon Barak, *Proportionality, op. cit.*, pp. 178-210.

24 Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit.* De entre los iusfilósofos alemanes, el más influyente ha sido Robert Alexy, a cuyas obras se remiten los autores que aquí citamos, especialmente Barak, como veremos enseguida.

25 *Ibid.*, p. 41.

26 *Idem.* Véase también Aharon Barak, *Proportionality, op. cit.*, p. 178. Otra monografía que sintetiza los puntos fundamentales y ofrece una comparación entre la proporcionalidad europea y la razonabilidad estadounidense es la de Mariano Sapag, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Dikaion*, 17 (2008), pp. 157-198.

27 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 42 (énfasis agregado).

para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”.²⁸ Los tribunales suelen aplicar los subprincipios de manera escalonada,²⁹ de manera que, si no se cumplen las exigencias de los primeros, no se llega al análisis más difícil, que es el del tercer subprincipio. Según este, en el *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, “las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general”.³⁰

Juan Cianciardo estima, además, que la afectación del *núcleo esencial* de un derecho fundamental nunca puede ser razonable, por lo que nunca podría calificarse de proporcionada en sentido estricto.³¹ Por eso, sostiene que el tercer subprincipio “permite controlar que el legislador haya hecho un balance adecuado de los beneficios y los costos de la norma, y se abre y requiere, además, un análisis acerca de si *se ha respetado el contenido esencial* del derecho afectado por la regulación”.³²

La consecuencia jurídica de un juicio negativo al aplicar este principio es que “si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional”.³³

El tratado de Aharon Barak es uno de los más recientes sobre el principio de proporcionalidad. Es también muy completo, quizás el más acabado disponible en la actualidad sobre sus orígenes, fundamentos, formulaciones, su comparación con alternativas y procedimientos más o menos cercanos (v. gr., el test de *razonabilidad* usado en EE.UU.) y sus aplicaciones jurisprudenciales. Además, ofrece una teoría original. Entre otras cosas, Barak analiza *cuatro elementos*, en lugar de los tres ya expuestos, que son los más tradicionales en la jurisprudencia y sobre los que gira la teoría de Robert Alexy. Barak está influido por Alexy, pero en algunos puntos relevantes se aparta de él.³⁴ Para lo que a nuestro estudio interesa, basta con señalar estos cuatro elementos de la proporcionalidad según la sistematización de Barak:

1. *Propósito adecuado o finalidad legítima*. La ley ha de proponerse alguno de aquellos fines cuya consecución autoriza a limitar derechos fundamentales y que sea suficientemente urgente conseguir, como, por ejemplo, la protección de derechos fundamentales y el bien público.³⁵

28 *Idem*.

29 *Ibid.*, p. 43.

30 *Ibid.*, p. 42.

31 Cfr. Juan Cianciardo, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en Juan Cianciardo (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p. 22.

32 *Idem* (énfasis agregado).

33 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 43.

34 El contraste entre los dos está claramente expuesto en Aharon Barak, *Proportionality*, op. cit., pp. 5-6, 38-42, 234-238, 286, 363-365.

35 *Ibid.*, pp. 245-302.

2. *Conexión racional o adecuación.* Los medios establecidos por la ley bajo examen de proporcionalidad han de ser adecuados o aptos para conseguir el fin legítimo propuesto, con independencia de si son o no los más adecuados, o los más eficientes de todos los posibles.³⁶
3. *Necesidad o uso de los medios menos restrictivos.* Los medios examinados por la ley han de ser, de entre todos los posibles y adecuados (n. 2) para el fin legítimo de la ley (n. 1), los que *menos restrinjan* o limiten el derecho fundamental afectado, lo cual implica que no haya otros medios a la vez posibles, racionalmente adecuados y menos restrictivos que los que la ley examinada establece.³⁷
4. *Proporcionalidad stricto sensu (balancing).* Se trata de un test que compara en una balanza o sopesa los beneficios y los daños.³⁸ En efecto,

para justificar la limitación a un derecho constitucional, ha de existir una relación adecuada ("proporcional" en el sentido estricto del término) entre los beneficios obtenidos por cumplir el propósito y el daño causado al derecho constitucional por realizar tal propósito. Este test exige sopesar los beneficios obtenidos por el público y el daño causado al derecho constitucional a través del uso de los medios seleccionados por la ley para alcanzar dicho propósito.³⁹

Como resulta fácil advertir, se trata de los mismos requisitos de la formulación tradicional, pues esta incluye en el primero (i.e., en la exigencia de *idoneidad*) tanto la *finalidad legítima* de la ley como la *adecuación de los medios* elegidos por la misma ley a esa finalidad.

Ahora podemos afirmar que los filósofos y los juristas familiarizados con la doctrina de doble efecto seguramente han advertido algunas analogías con el principio de proporcionalidad.

De hecho, Aharon Barak advierte que hay trazos de la idea de proporcionalidad en la filosofía griega, la Biblia, el derecho romano, Tomás de Aquino y la doctrina de la guerra justa.⁴⁰ Y resulta que exactamente esos son los lugares filosóficos o fuentes de donde emergen los elementos esenciales de la doctrina del doble efecto: i) la intencionalidad de la acción humana, que permite distinguir entre efectos que forman parte de la acción y otros que son sus consecuencias preterintencionales (sean buenas o malas); y ii) la noción de proporcionalidad: la proporcionalidad de los daños tolerables, del castigo impuesto, del bien conseguido mediante una rebelión o una guerra en comparación con el mal o el desorden inevitables y con las probabilidades de éxito, etc. De hecho, Barak se remite al artículo 7 de la cuestión 64 de la II-II de la *Suma Teológica* de santo Tomás, es decir, al tratamiento de la

36 *Ibid.*, pp. 303-316.

37 *Ibid.*, pp. 317-339.

38 *Ibid.*, pp. 340-370.

39 *Ibid.*, p. 340.

40 *Ibid.*, pp. 175-176.

legítima defensa, que dio origen a la elaboración escolástica posterior del principio del doble efecto.⁴¹

Sin embargo, el principio de proporcionalidad se desarrolló después en el marco de otras filosofías, desde la Ilustración en adelante, que, al parecer, ya no reconocían todos los elementos del principio del doble efecto. Y Barak apenas lo roza, sin ser, en apariencia, consciente de su existencia.⁴²

4. PROPORCIONALIDAD: LA NECESIDAD DE COMPLEMENTARLA CON EL PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO

Los cultivadores de la ética filosófica y de la filosofía del derecho temen, a veces, que se introduzca el proporcionalismo ético en la doctrina jurídica, con toda la arbitrariedad que ha traído consigo en el mundo del debate ético general.⁴³ Incluso, algunos cultivadores de la dogmática constitucional han advertido el riesgo y han propuesto alguna forma de razonamiento práctico jurídico no consecuencialista para precaverlo.⁴⁴

Ignacio Covarrubias ha criticado, yendo más allá de las prevenciones tradicionales o profundizando en ellas, lo que denomina *la desproporción del test de proporcionalidad*. Tras describir el test de proporcionalidad en los términos ya consolidados,⁴⁵ sostiene que se da la paradoja de que “parece concebido para hacer prevalecer el fin regulatorio por sobre la protección al derecho fundamental”.⁴⁶ En cambio, me permito observar que los tribunales constitucionales echan ocasionalmente abajo la legislación (o actuaciones de menor jerarquía, con mayor razón) para proteger los derechos fundamentales, aplicando la proporcionalidad, y en tal caso se les reprocha su *activismo judicial*. Es verdad que una interpretación proporcionalista o consecuencialista del test —que es la que con razón teme el autor— puede resultar en que “una medida proporcionada puede hacer sucumbir los derechos fundamentales”.⁴⁷ Además, Covarrubias cuestiona “su pretendida universalidad” como una “ilusión”.⁴⁸ Sobre todo, teme que el “entramado consecuencialista” sea una amenaza por desconocer “la existencia de derechos fundamentales inviolables”.⁴⁹

41 *Ibid.*, p. 176, nota 11, que se remite al pasaje de *Summa Theologiae*, II-II, q. 64, art. 7. Ver Alejandro Miranda, *El principio del doble efecto*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

42 Cfr. Aharon Barak, *Proportionality*, *op. cit.*, pp. 176 y ss.

43 Cfr. John Finnis, *Absolutos morales*, *op. cit.*, pp. 52-55.

44 Cfr. Ignacio Covarrubias, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2) (2012), pp. 447-480.

45 *Ibid.*, pp. 447-453.

46 *Ibid.*, pp. 453-460.

47 *Idem.*

48 *Ibid.*, pp. 470-474.

49 *Ibid.*, pp. 466-470.

No obstante esta amenaza del consecuencialismo ético a los derechos humanos,⁵⁰ pienso que una cuidadosa atención a las fórmulas actuales del principio de proporcionalidad sugiere que, aunque el peligro es real, se podría precaver si la dogmática constitucional usara el principio del doble efecto o las distinciones conceptuales y las herramientas heurísticas que lo sustentan para perfeccionar su comprensión del principio de proporcionalidad, de una manera compatible tanto con la técnica jurídica de la dogmática constitucional como con las exigencias de la justicia.

Dos de esas exigencias de justicia son las siguientes: i) por una parte, se debe aliviar la responsabilidad por el mal en el mundo. No es lícito cargar a los agentes morales —entre los cuales, el legislador— con requerimientos excesivos de evitar daños, porque no somos responsables de lograr el máximo bien posible del universo; ii) por otra parte, se debe exigir la responsabilidad por los actos intrínsecamente malos de cada agente y por la no evitación de los daños, aun colaterales, que debían haberse evitado de acuerdo con responsabilidades éticas y jurídicas precisas.

Esta tarea es necesaria —quizás urgente—, como puede advertirse si se tiene en cuenta que los estudiosos del principio de proporcionalidad son los primeros en advertir sus deficiencias.

Entre muchas otras expresiones críticas, aparte de las ya señaladas, en el caso de Chile, por ejemplo, cabe compartir el diagnóstico de Yanira Zúñiga tras revisar la primera jurisprudencia que comenzó a apelar a ese principio.⁵¹ Su revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno la lleva a “sostener que este órgano no ha sido capaz de construir una dogmática en materia de proporcionalidad que satisfaga los requisitos de estabilidad, coherencia y refinamiento conceptual exigibles a un intérprete privilegiado de la Constitución”.⁵² Ella advierte, además, “la falta de acuerdo doctrinal sobre el contenido y alcance de este principio”,⁵³ “problemas de seguridad jurídica y de legitimidad de la jurisdicción constitucional”,⁵⁴ y, como resultado de todo aquello, “un déficit de racionalidad del sistema en su conjunto puesto que compromete los delicados equilibrios que derivan de la concepción de los derechos como límites al poder estatal”.⁵⁵ En fin, la autora resalta “la necesidad de levantar criterios dogmáticos operativos para garantizar la racionalidad decisoria o legislativa durante el proceso de generación de la norma que complementen aquellos asociados al control de constitucionalidad por parte de los tribunales constitucionales”.⁵⁶

50 Cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 111-125; 223-226; y Cristóbal Orrego, “La amenaza del consecuencialismo ético a los derechos humanos absolutos”, en *Cuadernos de la Escuela de Derecho. Universidad Católica del Norte*, Antofagasta, 2003, pp. 249-270.

51 Cfr. Yanira Zúñiga, “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”, en *Ius et Praxis*, año 16 (2) (2010), pp. 249-272. Veremos enseguida que esa jurisprudencia es mínima.

52 *Ibid.*, p. 270.

53 *Idem.*

54 *Idem.*

55 *Idem.*

56 *Ibid.*, p. 271.

Más recientemente, Ignacio Covarrubias ofrece un estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno desde que, en 2006, hiciera aplicación por primera vez del principio de proporcionalidad.⁵⁷ Covarrubias mantiene su crítica a la concepción *optimizadora* de Alexy, al parecer la más difundida en Alemania, y da preferencia a la concepción *garantista* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Cámara de los Lores del Reino Unido (desde 2009, su Corte Suprema). Lo que nos resulta más novedoso es que Covarrubias demuestra *estadísticamente* que, en realidad, el Tribunal Constitucional chileno *prácticamente no acude al test de proporcionalidad*, y, además, prueba *cuantitativamente* que, cuando el Tribunal acude a la proporcionalidad, recurre desigualmente a sus diversos elementos y sigue el modelo *garantista*. El Tribunal rechaza la ponderación consecuencialista, pues exige el respeto al *contenido esencial* de los derechos y que la carga impuesta a los afectados en sus derechos *no sea intolerable*.⁵⁸

Estas perspectivas, parcialmente críticas y problematizadoras por parte de dos juristas en Chile —mencionados a título ejemplar, pues el desconcierto es extendido—, hallan eco en el mismo *reconocimiento del problema* por parte de un experto de reconocida fama internacional, el ya citado Aharon Barak, defensor de una versión del principio de proporcionalidad. Barak estima que este principio tiene sus limitaciones, pero que es *el menos limitado* de los procedimientos para resolver estos problemas de afectación justificada de derechos fundamentales. Barak prefiere el principio de proporcionalidad porque, a diferencia de Covarrubias, lo encuentra *el más proporcionado*.⁵⁹

Barak cree que el uso de la proporcionalidad introduce una forma de consecuencialismo, incompatible con la ética deontológica estricta.⁶⁰ Sin embargo, un examen más riguroso nos permite discrepar de la interpretación que él ofrece del conse-

57 Cfr. Eduardo Aldunate, *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008, p. 267, donde se remite a la sentencia rol 519-2006. Aldunate sintetiza la concepción recibida de “los elementos del principio de proporcionalidad”, que, en cuanto a la *idoneidad o adecuación* y a la *necesidad* (los dos primeros elementos), “no son otra cosa sino aspectos concretos de un examen de racionalidad del respectivo acto legislativo”, mientras que el examen de proporcionalidad estricta “comparte la estructura de un criterio de prudencia que, en una medida importante, se construye sobre apreciaciones de mérito u oportunidad”.

58 Ignacio Covarrubias, “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, 1 (2014), pp. 163-237, especialmente pp. 198-216. Aunque no me detengo en los detalles, cabe observar que el Tribunal Constitucional alemán sí que ha adoptado prohibiciones absolutas y quizás incluso la teoría de Alexy admite una interpretación en la que se podría concluir, contra su aparente consecuencialismo, que determinadas conductas están dentro de lo *discursivamente imposible* o de lo *jurídicamente imposible*, y, por ende, que son absolutamente prohibidas, más allá de toda ponderación o de exigencias de maximización. Por vía ejemplar, sobre la jurisprudencia alemana, véase el caso de los aviones alemanes y la prohibición absoluta de echarlos abajo articulada por el Tribunal Constitucional (algo que resulta excesivo según el principio del doble efecto), analizado en Joaquín García-Huidobro y Alejandro Miranda, “¿Cabe destruir una nave agresora en la que viajan pasajeros inocentes? Los autores del Siglo de Oro ante una cuestión actual”, en J. Cruz (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Pamplona, Eunsa, 2010, pp. 125-137. Véase también Alejandro Miranda, *El principio del doble efecto*, op. cit., pp. 242-243 y bibliografía ahí citada.

59 Cfr. Aharon Barak, *Proportionality*, op. cit., pp. 457-458, y, más en general, pp. 457-480.

60 *Ibid.*, pp. 470-472.

cuencialismo. En efecto, el mismo Barak reconoce el carácter *no excepcional* de unos pocos derechos —él cita la prohibición total de la tortura por el artículo 3 del Convenio Europeo—,⁶¹ lo cual es incompatible con el consecuencialismo. En realidad, lo que él tiene en mente es que un *deontologismo puro*, que nunca considere las consecuencias, no es compatible con un sistema de derechos constitucionales limitados. La ética clásica o de sentido común afirma lo mismo, porque, como hemos visto, con solo unas pocas prohibiciones deontológicas absolutas, es compatible con tal sistema de derechos fundamentales, adecuadamente delimitados e interpretados en términos de tipos de actos debidos o prohibidos.⁶² John Finnis articula esta intuición del sentido común —que el juez Barak asume implícitamente— en su defensa de unos “pocos pero estratégicos” absolutos morales,⁶³ y en dos de sus exigencias de razonabilidad práctica contrarias al consecuencialismo: que las consecuencias *son relevantes, pero dentro de ciertos límites*,⁶⁴ y que *nunca* es lícito atentar *directamente* contra un bien humano básico.⁶⁵

A la vista de cuanto precede, y aun estimando que cualquiera puede hacer una *comparación elemental* entre los dos principios con que hemos lidiado —proporcionalidad y doble efecto—, desarrollados en aparente aislamiento recíproco por diversas orientaciones de la filosofía y de la doctrina jurídica, propongo, para terminar, una explícita relación entre los dos, aunque sea imperfecta. Se deja abierto así el camino para ulteriores profundizaciones, en lo que podría ser un trasplante más neto de un principio ético fecundo al ámbito de la ciencia jurídica, sin perjuicio de que el principio ya está presente implícitamente en diversos aspectos del derecho vigente y de la dogmática.⁶⁶

Las principales consideraciones iusfilosóficas sobre el complemento del principio de proporcionalidad por el de doble efecto, que proponemos a la dogmática constitucional, son las siguientes:

61 *Ibid.*, p. 28 y pp. 27-32.

62 Cfr. Cristóbal Orrego, “La amenaza del consecuencialismo ético a los derechos humanos absolutos”, *op. cit.*

63 Cfr. John Finnis, *Absolutos morales*, *op. cit.*, pp. 15-18.

64 Cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 111-118.

65 Cfr. *ibid.*, pp. 118-125. Véase también John Finnis, *Aquinas*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 163-170.

66 John Finnis ya ha mostrado cómo las distinciones que subyacen al principio de doble efecto están implícitas y se han usado, aunque imperfectamente, en el ámbito jurídico. Véase John Finnis, “Intention and Side Effects”, en R. G. Frey y Christopher W. Morris (eds.), *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 32-64; ahora en John Finnis, *Intention and Identity. Collected Essays*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 173 y ss.; y, del mismo autor, “Intention in Tort Law”, en David Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 229-247; ahora en John Finnis, *Intention and Identity. Collected Essays*, *op. cit.*, pp. 198 y ss. Miranda también indica algunas aplicaciones en Alejandro Miranda, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (3) (2008), pp. 507-514. Cfr. también Alejandro Miranda, *El principio del doble efecto*, *op. cit.*, pp. 28-31.

- 1.^a El principio de proporcionalidad parece responder al diagnóstico de Alasdair MacIntyre sobre el carácter fragmentado e incoherente de la ética contemporánea.⁶⁷ En efecto, el estudio de sus rasgos fundamentales revela, a la vez, algunos fragmentos del principio del doble efecto y varias formas incoherentes de concatenarlos en la doctrina jurídica. La discusión ética contemporánea también encuentra esas dificultades, incluso cuando acepta el principio. Sin embargo, los casos difíciles en la tradición clásica son mucho menos numerosos que los que emergen de un debate consecuencialista abierto. Por eso, cabe sugerir que la dogmática jurídica y especialmente el esfuerzo jurisprudencial consideren la totalidad de los elementos del principio del doble efecto. Puede ser de ayuda exponer algunas de las coincidencias más notables y preguntarse si acaso no tendrán un origen común en un pensamiento ético-filosófico olvidado a fines del siglo XVII.
- 2.^a El principio de doble efecto incluye tres exigencias que, en realidad, son una explicitación de la prohibición de elegir y realizar actos intrínsecamente malos: la primera lo afirma derechamente (i.e., el acto, según su tipo o especie abstracta, debe ser lícito: no de una clase intrínsecamente mala); la segunda lo afirma respecto del *efecto malo considerado como fin* del agente (i.e., el agente debe excluir de su finalidad, de su intención principal y también de sus fines secundarios, la realización del efecto malo); y, en fin, la tercera lo reitera respecto del *efecto malo considerado como medio* (i.e. como fin próximo de la elección) para un fin ulterior bueno (i.e., el agente debe elegir un acto que de suyo *no tienda* a producir el efecto malo, como es claro en los casos [aunque no son los únicos] donde el medio elegido sería igualmente querido si no existiera el efecto malo colateral asociado). Ahora bien, el ordenamiento jurídico y la ciencia jurídica que lo estudia recogen estas exigencias cuando: a) definen tipos de actos que el ordenamiento nunca considera legítimos, como matar directamente inocentes o torturar; y b) definen algunos *derechos absolutos* que corresponden exactamente a los actos prohibidos. Si así se hiciere, como de hecho sucede hasta donde sabemos, las leyes parten de una base de limitación no susceptible de ponderaciones: su finalidad debe ser legítima y los medios elegidos deben ordenarse a esa finalidad. Como hemos afirmado más arriba, esto es así incluso en los casos en que algunas acciones moralmente injustas son consideradas justas —y aun protegidas por derechos legales— por un ordenamiento jurídico, porque en estos casos no se está permitiendo que se justifiquen por un cálculo *ad hoc* de consecuencias futuras, sino que, lamentablemente, se comete un error sobre la moralidad de la especie de acto legalizado.
- 3.^a Para el resto de los derechos, i.e. aquellos que no corresponden a absolutos morales, que no son concreciones en lenguaje de derechos de una prohibición que no admite excepciones, ya no estamos ante casos donde se aplica el principio del doble efecto en su significado principal, porque ya se trata de bienes —debidos como derechos en línea de principio— que la ética *autoriza a sacrificar directamente* por una necesidad proporcionada. En consecuencia, el

67 Cfr. Alasdair MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 3.^a ed., Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007, pp. 1-35.

orden jurídico autoriza a la judicatura protectora de los derechos fundamentales a determinar un *núcleo esencial* de esos derechos limitables, que exigen ulterior especificación.

4.^a La exigencia de razón proporcionalmente grave para tolerar el sacrificio de un bien (cuarta exigencia del principio de doble efecto), se puede aplicar, pues, tanto a los bienes que forman parte del contenido de derechos absolutos como a bienes que están protegidos por derechos relativos (sujetos a cláusulas generales de limitación), pero de diferente manera. En efecto:

a) Si se trata de derechos absolutos, se debe constatar que la ley (o el acto concreto, por ejemplo, de la Administración, la policía, etc.) no se propone dañar ese bien, porque eso sería *eo ipso* violar el derecho absoluto; sino que *se propone hacer otra cosa*, de la que resulta *per accidens* (colateralmente) el daño a ese bien. La dogmática jurídica ha de aceptar que es posible —y, en realidad, *debido*— examinar los verdaderos propósitos de las leyes y de las actuaciones públicas, porque solamente cabe entrar en ponderación o análisis de proporcionalidad una vez que se han excluido los propósitos directos de dañar un bien absolutamente protegido mediante una prohibición que, cuando se la formula de manera completa y precisa, no admite excepciones. Si el daño al bien objeto de un derecho fundamental es en efecto colateral, entonces no cabe hablar de violación de un derecho, salvo que ese daño no esté justificado por el principio del doble efecto por falta de proporcionalidad.

b) Si se trata de derechos relativos, que es necesario especificar mediante la aplicación de las clásicas limitaciones generales de derechos (v. gr., el orden público), parece evidente que una ley (o acto) que efectivamente —no solo declarativamente— no se propone ni como fin ni como medio un acto que viola un derecho absoluto (letra a, precedente) se propone, entonces, como fin o como medio, un acto que podría ser lícito ponderadas prudencialmente todas las circunstancias.

5.^a En los dos casos precedentes (a y b), ya sea que se trate de un daño preterintencional de un bien objeto de un derecho absoluto (literal a), o un daño o sacrificio, directo o indirecto, de cualquier modo, de un bien objeto de un derecho relativo (literal b), es necesario aplicar la cuarta exigencia del principio de doble efecto: la existencia de una razón proporcionada para tolerar el mal. La única diferencia es que la razón proporcionada autoriza solamente el *daño colateral* de los bienes que correspondan al objeto de un acto intrínsecamente malo (v. gr., la vida del inocente), mientras que también autoriza el *daño directo* de otros bienes. Y, entre estos otros bienes (v. gr., libertad de movimientos o de traslación, propiedad privada, etc.), también habrá algunos más importantes que otros, tanto si se valora el bien que constituye el núcleo del derecho como si se realiza una ponderación sobre el grado de afectación. Por eso, sin necesidad de admitir una jerarquía rígida de derechos fundamentales, ni la posibilidad de conmensurar bienes humanos

básicos, parece correcta la sugerencia de Barak de considerar las *diferencias de valor* entre diversos *derechos* tal como están garantizados por la Constitución y los tratados internacionales.⁶⁸ No es necesario afirmar una posibilidad absoluta de conmensurar bienes humanos básicos —o de reducirlos a una unidad de medida uniforme como la *utilidad*— para reconocer, como hace el sentido común generalizado, que los derechos ya estructurados jurídicamente admiten grados de importancia: entre vivir y disfrutar de vacaciones con sueldo hay una distancia.

6.^a La exigencia de razón proporcionadamente grave en el principio de doble efecto nunca es una llamada a *sopesar bienes en sentido premoral*, que es lo esencial del proporcionalismo y del consecuencialismo éticos. Con otras palabras, no se trata de conmensurar bienes materialmente considerados, sino de *ponderar prudencialmente diversas relaciones morales y jurídicas en relación con esos bienes y con las personas que son el fin último de la protección de bienes y derechos*. Por eso, el cuarto requisito del principio del doble efecto puede comprender todas las exigencias del principio de proporcionalidad, excepto la primera parte de la primera exigencia (finalidad legítima), y a ellas añadir algunas. En efecto:

a) La primera parte de la primera exigencia del principio de proporcionalidad (i.e., de la *idoneidad*), que es la *finalidad legítima* de la ley, es la otra cara mínima de la prohibición de un acto intrínsecamente malo (primer requisito del principio de doble efecto) y de que la ley tenga intención honesta; i.e., que *no se proponga un fin malo*, sino que, a lo más, tolere un efecto malo colateral —en el caso de los derechos absolutos—, o que autorice un medio dañino si es un daño directo proporcionado al fin honesto propuesto —en el caso de los derechos relativos—. Con otras palabras, es irrelevante si se trata de derechos absolutos o relativos cuando se habla de la finalidad de una ley: siempre debe ser legítima.

b) Todas las demás exigencias del principio de proporcionalidad, es decir, la segunda parte del subprincipio de *idoneidad*, el subprincipio de necesidad y el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*, nos parecen *remanentes históricos desarticulados del principio de doble efecto*, que pueden ser complementadas por las demás exigencias de la cuarta condición del principio de doble efecto.

7.^a La segunda parte del subprincipio de *idoneidad*, es decir, la adecuación estricta del medio al fin (o *principio de conexión racional*, de Barak), es la consecuencia lógica de que no es tolerable un daño —colateral o directo— si la acción elegida *ni siquiera es apta para conseguir el bien que se propone*. Por lo tanto, no puede haber razón proporcionadamente grave para elegir ese medio, si es desproporcionado en la más elemental relación medio-fin.

68 Cfr. Aharon Barak, *Proportionality, op. cit.*, pp. 6, 284-285, 349 y ss.

- 8.^a El principio de *necesidad*, a su vez, también es una exigencia de prudencia en la elección de los medios, una prudencia que cabe exigirle al legislador (y también a la Administración, y a todos) si mediante sus disposiciones va a dañar —reitero: directa o indirectamente— algún bien humano. Por eso, una de las reglas de prudencia de la moral clásica sobre el principio de doble efecto, al tratar de la proporcionalidad, era que una acción elegida como medio con un efecto especificador bueno, pero con efectos colaterales malos, era tanto más tolerable o permisible o justificable cuanto el actuar fuese *más necesario en sentido moral o jurídico* —más derecho o deber se tuviera de actuar— para obtener un bien proporcionalmente importante.⁶⁹ Y eso implica también un juicio de hecho, porque, si hay medios alternativos *menos gravosos*, prima lógicamente *el deber de evitar el mal*.⁷⁰ En consecuencia, si no concurre el requisito de necesidad, entonces no se aplica el principio del doble efecto como una justificación, ni cabe tampoco dañar directamente aquellos bienes que, como los bienes corporales externos, están a disposición también para ser sacrificados directamente en caso de necesidad.
- 9.^a Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto recoge algunos criterios clásicos del principio de doble efecto, pero *cabe hacer más*.

Por una parte, quienes incluyen aquí la prohibición de afectar el *núcleo esencial* de los derechos relativos o de afectar los derechos absolutos (i.e., violarlos: en un derecho absoluto, de formulación estricta, todo es *contenido esencial* del derecho), explicitan, en realidad, el primer requisito del principio de doble efecto adaptado al ámbito jurídico: aquello que se excluye, de entrada, de todo cálculo de consecuencias, es decir, lo intrínsecamente malo (cabe pensar en un *intrínseco malum* jurídico: un *malum prohibitum*, que no es intrínsecamente malo para el orden moral, pero respecto del cual el derecho, por las razones que sea, no admite excepciones, como suele ser el caso de la evasión de impuestos).

Por otra parte, el resto del subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* termina siendo como un cajón de sastre en el que caben todas las ponderaciones de bienes: de unos derechos fundamentales *versus* otros (v. gr., honra *vs.* libertad de expresión); del bien público o el orden público o la seguridad pública (o cualquier otra cláusula general de limitación) *versus* los derechos fundamentales; etc. Se valoran las ventajas y los perjuicios de unos y otros, para llegar a un resultado de proporcionalidad o desproporción. El cálculo parece proporcionalista o consecuencialista; pero, en realidad, ya se ha acotado la posibilidad de calcular a un contexto bien limitado. Es una ponderación lícita, y una consideración necesaria de la relevancia (limitada) de las consecuencias.

Sin embargo, esta no es una manera completa de ponderar la proporcionalidad. Es necesario considerar los elementos jurídicos y las posiciones relativas de las

69 Miranda recoge brevemente estos criterios en Alejandro Miranda, *El principio del doble efecto*, op. cit., pp. 375 y ss.

70 *Ibid.*, pp. 191-194, 278-284 y 377-385.

partes (legisladores, administradores, jueces, particulares, etc.). Así, por ejemplo, la misma acción dañina autorizada a un policía entrenado, que tiene el deber de intervenir para evitar males o proteger a la población, puede ser proporcionada, mientras que sería desproporcionada si fuese autorizada *ceteris paribus* a un simple particular, que no tiene esa misión. Sin embargo, incluso en este último caso podría hacerse proporcionada si se aumenta alguno de los otros elementos relevantes, como la urgencia de obrar en una emergencia.

De ahí que, para terminar, nos permitimos sugerir que se abra una vía de investigación en dos sentidos: i) investigar los orígenes comunes de los dos principios, y ii) desde ya incorporar los varios criterios de proporcionalidad del cuarto requisito del doble efecto, estudiados con detalle por la filosofía escolástica. Alejandro Miranda resume los criterios clásicos así:

La sistematización común que, en lo sucesivo, los moralistas de la tradición del doble efecto hacen de estos criterios dice lo siguiente: la causa o razón justificante (i. e., el efecto bueno que se intenta) debe ser tanto mayor o más grave cuanto: (i) más grave es el efecto malo; (ii) más próximo es el efecto malo; (iii) más seguro es que se seguirá el efecto malo; (iv) más necesaria es la acción para que el efecto malo tenga lugar, es decir, más seguro es que si el agente omite el acto el efecto malo no se producirá; (v) mayor es la obligación, en virtud del estado u oficio del agente, de impedir el efecto malo; y (vi) menos derecho se tiene a realizar la acción.⁷¹

Miranda elabora luego estos criterios y los discute en un contexto contemporáneo.⁷² Pensamos que tanto las fórmulas clásicas como la reducción a *cuatro fundamentales* que ofrece Miranda pueden servir para mejorar el uso del principio de proporcionalidad que se ha asentado en una parte de la jurisprudencia y de la dogmática jurídica sobre derechos fundamentales.

5. CONCLUSIONES

En este artículo hemos emprendido un intento de sugerencia interdisciplinaria desde la filosofía de derecho hacia la dogmática constitucional. Ya se ha hecho antes, por constitucionalistas más versados que yo en su área;⁷³ pero ahora, apoyado en la más reciente investigación de Alejandro Miranda, he querido ofrecer mis propias reflexiones. Ellas pueden sintetizarse en estas conclusiones:

1. El principio de proporcionalidad en derecho constitucional y en derecho internacional de los derechos humanos ha presentado, desde su expansión a partir de la doctrina alemana, serios problemas de coherencia interna y de riesgo de consecuencialismo moral y de arbitrariedad judicial.

71 *Ibid.*, p. 380.

72 Cfr. *ibid.*, pp. 375-398.

73 He asistido a una ponencia de Fernando Toller y tengo referencia de dos de Juan Cianciardo. Al momento de enviar la última versión de este artículo solamente he tenido acceso al manuscrito que el profesor Cianciardo gentilmente me ha enviado. Mi aporte es como un desarrollo de lo que Cianciardo comienza a tratar hacia el final de su artículo: Juan Cianciardo, "Argumentación jurídica y principio de proporcionalidad" (2014), *pro manuscripto* (en prensa).

2. Desde la filosofía del derecho, además de constatar esos problemas —también señalados por muchos constitucionalistas—, se puede aportar la revitalización del principio del doble efecto, que procede de la escolástica y que se ha incorporado a la ética filosófica a partir de su discusión contemporánea en el ámbito analítico.
3. Los elementos del principio de proporcionalidad —tres o cuatro, según como se desglosen: finalidad legítima, medio adecuado, necesidad del medio y proporcionalidad estricta— admiten paralelismos con el principio del doble efecto, y hasta parecen fragmentos suyos.
4. La proporcionalidad estricta puede ser útil y evitar el consecuencialismo, como exigen los defensores de derechos humanos absolutos (pocos, formulados muy estrictamente, pero esenciales) y de un núcleo esencial indisponible incluso de los derechos limitables o relativos, si se rescatan las muchas reglas de prudencia que a lo largo de siglos alimentaron la reflexión filosófica sobre la exigencia de proporcionalidad —de razón proporcionalmente grave para obrar— que ha llegado hasta nosotros como el cuarto requisito de principio de doble efecto.
5. Se puede continuar la indagación en dos líneas fundamentales: explorar la hipótesis del origen común de los dos principios —o del de proporcionalidad como fragmento del de doble efecto— y analizar en qué medida la doctrina jurídica y la jurisprudencia ya se apoyan, implícitamente, en diversos aspectos o elementos conceptuales y reglas de prudencia que subyacen al principio del doble efecto, especialmente en cuanto a las distinciones entre intencionalidad / preterintencionalidad, la especificación de tipos de acciones —sobre todo, de las siempre prohibidas por absolutos morales— y algunas de las reglas para juzgar el cuarto requisito del principio de doble efecto (la razón proporcionalmente grave).
6. Cabe sugerir o aconsejar que al análisis de proporcionalidad se incorporen expresamente —en la medida de su utilidad en el ámbito jurídico— las demás reglas de prudencia clásicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate, E., *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal publishing, 2008.
- Barak, A., *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007.
- Cianciardo, J., “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

- Cianciardo, J., “Argumentación jurídica y principio de proporcionalidad” (2014), *pro manuscripto* (en prensa).
- Carrasco, A., *Consecuencialismo. Por qué no*, Pamplona, Eunsa, 1999.
- Covarrubias, I., “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2) (2012).
- Covarrubias, I., “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, 1 (2014), pp. 163-237, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca.
- d’Ors, A., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 1995.
- Dworkin, R., *Law’s empire*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University, 1986.
- Finnis, J., *Absolutos morales*, Barcelona, Eiuinsa, trad. de Juan José García, 1992.
- Finnis, J., *Aquinas*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 2011.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MacIntyre, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 3.^a ed., Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007.
- Kaufmann, A., *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. L. Villar y A. M. Montoya, 1999.
- Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.
- Lee, P., “Interrogational Torture”, en *American Journal of Jurisprudence*, 51 (2006), pp. 131-147.
- Luban, D., *Torture, Power, and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Miranda, A., “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (3) (2008), pp. 507-514.
- Miranda, A., *El principio del doble efecto*, Hildesheim, Georg Olms, 2014.
- Orrego, C., “La amenaza del consecuencialismo ético a los derechos humanos absolutos”, en *Cuadernos de la Escuela de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 2003, pp. 249-270.
- Orrego, C., “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, en *Revista Chilena de Derecho*, 37 (2) (2010), pp. 311-342.
- Sapag, M., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Dikaion*, 17 (2008), pp. 157-198.

- Slote, M., *Essays on the History of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Vergara Blanco, A., "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los 'núcleos dogmáticos'", en *Revista Chilena de Derecho*, 41 (3) (2014), pp. 957-991.
- Waldron, J., *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Webber, G., *The negotiable Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Zúñiga, Y., "El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno", en *Revista Ius et Praxis*, 16 (2) (2010), pp. 249-272.