



## ¿PELIGROS DE LA PONDERACIÓN? LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### DANGERS OF WEIGHTS? RATIONALITY OF THE WEIGHTS IN THE INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Jorge Alexander Portocarrero Quispe*

jorgeportocarrero1@gmail.com

Doctor en Derecho por la Universidad Alemana

Christian Albrechts - Universitat Zü Kiel

Recibido: 21 de noviembre de 2015

Aceptado: 9 de diciembre de 2015

#### SUMARIO

- La ponderación y la teoría de los principios
- Peligros de la ponderación
- Resultado

#### RESUMEN

El objetivo del presente artículo gira en torno a la identificación de los supuestos peligros que el procedimiento de ponderación acarrearía y si en efecto dichos peligros se deben a la propia ponderación o si por el contrario se derivan de las intenciones del operador jurídico. Esta problemática refleja la pregunta central del presente artículo: ¿son los peligros de la ponderación internos a su estructura o más bien externos a ella? La tesis que será desarrollada en lo subsiguiente consiste en que los peligros de la ponderación son externos a ella y dependen de la subjetividad del operador jurídico que, en algunos casos, no busca necesariamente orientar su argumentación hacia una corrección de justicia, sino a intereses o circunstancias personales. El artículo abordará, por tanto, las principales críticas dirigidas contra la ponderación como procedimiento racional de interpretación de normas con carácter de principios, es decir, derechos fundamentales y bienes colectivos. En la medida que se aborden los planteamientos críticos, se irá proporcionando una respuesta a los mismos a fin de valorar si en efecto aciertan en cuestionar la racionalidad de la ponderación como procedimiento racional de aplicación de normas.

#### PALABRAS CLAVES

Ponderación; interpretación de los derechos fundamentales; racionalidad.

#### ABSTRACT

The aim of this article revolves around the identification of the alleged dangers that the weighting procedure would entail and if indeed these hazards are due to weighting own or if instead derived from the intentions of the legal operator. This problem reflects the central question of this article: are the dangers of internal weighting structure or rather external to it? The thesis will be developed in subsequent is that the dangers of weighting are external to it and depend on the subjectivity of the legal operator, in some cases, not looking necessarily direct their argument towards a correction of justice, but interests or personal circumstances. The article will address therefore the main criticisms of the weighting procedure as rational interpretation of rules as a matter of principle, that is, fundamental rights and collective goods. To the extent that critical approaches are addressed, it will provide an answer to them to assess whether indeed it right in questioning the rationality of the weighting procedure as rational application of standards.

#### KEYWORDS

Weighing; interpretation of fundamental rights; rationality.

## INTRODUCCIÓN

Contrariamente a lo que los escépticos de la ponderación afirman, la ponderación no es un procedimiento material para la fundamentación de respuestas únicas y justas. Es un procedimiento metodológico que busca garantizar la racionalidad del resultado en el marco de un procedimiento de interpretación en materia de derechos fundamentales. En ese sentido, la ponderación busca fundamentar la corrección del razonamiento basada en principios, siempre en el marco de un caso concreto. Ella se basa en la idea de que en el derecho no existen respuestas únicas y que la justicia es un ideal regulativo cuya realización debe buscarse alcanzar en la mayor medida posible en función de la corrección del razonamiento empleado para ello.

Debido a estas características, en la práctica la ponderación ha sido materia de malas interpretaciones e incluso utilizada como justificación de decisiones arbitrarias. En efecto, la gran mayoría de críticas que se dirigen al procedimiento ponderativo la acusan de ser subjetiva, arbitraria y de servir de manto metodológico para cubrir decisiones parcializadas o que carecen de solidez argumentativa (Portocarrero, 2014, pp. 102 y ss.).<sup>1</sup> Estas críticas concluyen que la ponderación traería consigo “ciertos peligros” y que serían negativos para la seguridad jurídica y para el Estado democrático de derecho.

El objetivo del presente artículo gira en torno a la identificación de los supuestos peligros que el procedimiento de ponderación acarrearía y si en efecto dichos peligros se deben a la propia ponderación o si por el contrario se derivan de las intenciones del operador jurídico. Esta problemática refleja la pregunta central del presente artículo: ¿son los peligros de la ponderación internos a su estructura o más bien externos a ella? La tesis que será desarrollada en lo subsiguiente consiste en que los peligros de la ponderación son externos a ella y dependen de la subjetividad del operador jurídico que, en algunos casos, no busca necesariamente orientar su argumentación hacia una corrección de justicia, sino a intereses o circunstancias personales.

El artículo abordará, por tanto, las principales críticas dirigidas contra la ponderación como procedimiento racional de interpretación de

normas con carácter de principios, es decir, derechos fundamentales y bienes colectivos. En la medida que se aborden los planteamientos críticos, se irá proporcionando una respuesta a los mismos a fin de valorar si en efecto aciertan en cuestionar la racionalidad de la ponderación como procedimiento racional de aplicación de normas.

## LA PONDERACIÓN Y LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

La base teórica de la ponderación la constituye la denominada teoría de los principios. El principal postulado de esta teoría plantea la existencia de dos tipos de normas: las reglas y los principios. Tanto reglas como principios contienen un deber ser y están premunidos de coerción. La diferencia entre ambos estándares jurídicos radica en el ámbito de su cumplimiento. Mientras que las reglas contienen un deber ser definitivo, los principios contienen un deber ser *prima facie* o de cumplimiento gradual. A nivel metodológico, esta distinción tiene consecuencias importantes: mientras que el método para aplicar reglas es la subsunción, el método para aplicar principios es la ponderación. Por esta razón, entre ponderación y teoría de los principios existe una conexión intrínseca. Ahora bien, mientras que las reglas conforman la gran mayoría de normas en el ordenamiento jurídico, los principios solo abarcan un grupo determinado de normas que por sus características internas (normas de contenido determinable, categóricas, universales y de la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico) se diferencian de las demás normas: derechos fundamentales y bienes colectivos.

Por tanto, la ponderación es el método que permite aplicar normas con carácter de principio (deber ser *prima facie*) y por ende está enmarcada dentro de la teoría de los principios.

## PELIGROS DE LA PONDERACIÓN

### El peligro de la irracionalidad

La objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación. Esta objeción sirve a su vez de fundamento para las demás críticas que acusan a la ponderación de ser un procedimiento subjetivo, una figura retórica que enmascara decisiones arbitrarias e incluso de ser un procedimiento a través del cual se comparan magnitudes inconmensurables.

1. Para un análisis de las principales críticas a la ponderación, cfr. Portocarrero (2014).

Por ello, en la medida que se pueda responder satisfactoriamente la objeción de irracionalidad, se podrá demostrar la debilidad de las críticas derivadas de ella. “La racionalidad de la ponderación no es condición suficiente para la refutación de las otras objeciones; pero ella es, en todo caso, una condición necesaria para esto” (Alexi, 2010, p. 28).

Asimismo, las consecuencias de la irracionalidad de la ponderación serían devastadoras para la teoría de los principios. En efecto, si la ponderación se demostrara como irracional, la teoría de los principios que define los derechos fundamentales como mandatos de optimización, entraría en crisis y con ella la máxima o test de proporcionalidad que por definición se deriva de la definición de principio.

#### *Los principios como valores y la irracionalidad de la ponderación: la crítica de Jürgen Habermas*

Jürgen Habermas dirige su crítica no solamente contra la ponderación como procedimiento racional de aplicación de normas con carácter de principio, sino también contra la teoría que sirve de fundamento a la ponderación, es decir, a la propia teoría de los principios. En su crítica, Habermas diserta sobre la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán. Habermas, a diferencia de lo que afirma Böckenförde<sup>2</sup>, sostiene que el peligro para la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán no se encuentra en el cambio de paradigma<sup>3</sup>, sino más bien ella se ve amenazada por la aparición de nuevos criterios metodológicos. Este nuevo criterio metodológico que pone en grave riesgo la legitimidad de las decisiones de la jurisdicción constitucional lo constituye la teoría de los valores que es la base, según Habermas, para la

2. Según Böckenförde, el modelo de los principios representa un cambio de paradigma en el Estado constitucional moderno dado que el legislador perdería su autonomía al meramente operar con aquello que ya está definido en la Constitución. Los derechos fundamentales como principios dotan al Tribunal Constitucional de poder decidir por encima del Parlamento, lo cual afectaría al proceso político democrático. En conclusión, según Böckenförde, la teoría de los principios provoca un tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional, el Estado de la jurisdicción constitucional. Cfr. Böckenförde (s.f.) y (1991, pp. 159-199, 185).

3. “Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas”. Cfr. Habermas (2008, p. 264). El paradigma jurídico indica entonces cómo, en el marco de tal modelo, pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho.

reconstrucción de los derechos fundamentales como principios pasibles de ser ponderados.

La objeción de Habermas se deja sistematizar en dos aspectos: de un lado la distinción entre normas principio y principios-valor, y por el otro la racionalidad de la ponderación.

#### *La positividad de las normas y la debilidad de los valores*

Habermas entiende los principios como valores, valores que se identifican con los preceptos éticos desarrollados por Max Scheller y Nicolai Hartmann. Dichos preceptos éticos son pasibles de ser ordenados en una escala de importancia, ellos constituyen por ende un orden concreto de valores. Los derechos fundamentales (principios) al ser valores justifican decisiones valorativas. Dichas decisiones valorativas se orientan hacia una “ponderación de bienes”.

Los derechos fundamentales como valores suponen que cada uno debe ser concretizado de la mejor manera posible. Sin embargo, los grados en que dicha optimización deberá ser cumplida no se encuentran en la norma-valor-principio en sí, sino se hayan por fuera de ella. Esto significa que la ponderación de bienes jurídicos (valores-principios) tendría una naturaleza teleológica, es decir, se trata de una ponderación orientada a fines. Todo esto apunta, según Habermas, a una concretización de valores en un caso específico.

Con ello se hace clara la postura de Habermas. La teoría de los principios reconstruye los principios jurídicos (derechos fundamentales) como valores. Esto trae consigo que la interpretación de los derechos fundamentales se oriente a fines externos a ellos. Las normas de derecho fundamental, reconstruidas como principios-valores, pierden su carácter deontológico para asumir un carácter teleológico. “Las normas válidas obligan a sus destinatarios, sin excepción y por igual, a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas” (Habermas, 2008, pág. 328). Los valores suponen una jerarquización de preferencias en el marco de un grupo humano determinado. Con ello, los valores y su grado de importancia dependen del contexto social en el que sean reconocidos. Por otro lado, las normas solo pueden ser entendidas en un sentido binario: “válido-Inválido”. Las normas, a diferencia de los valores, no pueden

ser relativizadas en función a preferencias, es decir, ellas valen o no valen. “Los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos considera grados” (ibídem, p. 328). Si bien los valores, debido a su naturaleza teleológica, pueden entrar en colisión, y de hecho esa es su naturaleza en una sociedad plural, las normas no deben entrar en contradicción, ellas deben mantener una relación coherente entre sí.

Las diferencias entre normas y valores se reflejan a su vez en la forma en que estas se aplican. La determinación de la corrección de una conducta específica es definida de manera distinta por los valores que por las normas. Dicha divergencia se debe a que los valores determinan qué es lo bueno para mí o para el grupo de personas que comparte mi estructura valorativa; las normas, por el contrario, determinan qué es lo bueno para todos en el marco de un sistema jurídico vigente, independientemente de que yo o el grupo de personas al que pertenezco compartamos la idea de “lo bueno” instituido por la norma. Esta es la esencia del derecho positivo según Habermas<sup>4</sup>.

En tanto y en cuanto la jurisdicción constitucional asuma la idea de que los derechos fundamentales se pueden reconstruir como principios (valores), ella se transforma en una instancia autoritaria. La reconstrucción de los derechos fundamentales como principios-valor les quita su carácter deontológico. Al perder su carácter deontológico, pierden fuerza vinculante, por lo que la aplicación de principios está sujeta a la escala de valores que el aplicador del derecho tenga a bien aplicar en su interpretación. “Pues si en caso de colisión todas las razones pueden cobrar carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos contrafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico” (ibídem, p. 332). Con ello los derechos fundamentales como principios se

4. Se podría objetar a esto que a la distinción de Habermas le hace falta un elemento que Kelsen consideraba como trascendental en la definición de norma jurídica y que los tratadistas contemporáneos consideran aún parte necesaria, pero no suficiente para definir el derecho. Este elemento es el de la coerción. No basta que las normas tengan la característica de determinar el tipo de “idea de lo bueno” a todos los integrantes de la sociedad, además, y sobre todo, debe tener la capacidad de ser impuesta. Por el contrario, las normas morales carecen del elemento de la coerción. La definición de Habermas en este punto es incompleta o por lo menos no es clara, ya que para que un sistema normativo tenga vigencia debe tener validez y si tiene validez, las normas que lo conforman tienen la posibilidad de ser impuestas (Kelsen, 1960, p. 22 y ss.).

debilitan y pasan a convertirse en juicios sobre valores sujetos a la subjetividad del operador jurídico.

#### *La irracionalidad de la ponderación*

El segundo aspecto de la crítica de Habermas a la reconstrucción de los principios jurídicos como mandatos de optimización pasibles de ser ponderados se dirige a la metodología de su aplicación. Una vez los derechos fundamentales sean entendidos como principios-valor, la determinación de qué principio tendrá prioridad en el caso concreto, se da a través de un procedimiento subjetivo e irracional.

Las normas de derecho fundamental poseen un carácter deontológico y, por lo tanto, no pueden ser aplicadas a través de una ponderación. Esto debido a que dichas normas tienen una estructura de validez binaria y no pueden ser relativizadas en función de preferencias derivadas del caso concreto. Los derechos fundamentales, como normas, tienen una validez general, no una validez caso por caso. “Los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitorio con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado” (ibídem, p. 332).

Por estas razones, Habermas sostiene que la reconstrucción de los derechos fundamentales como valores-principio y su posterior aplicación a través de la ponderación, lleva necesariamente a la jurisdicción constitucional a tomar decisiones irracionales en función a fines y no en función a argumentos normativos.

En palabras de Alexy (2007a), los dos aspectos de la crítica de Habermas a la ponderación se sintetizan en el siguiente argumento: “Los derechos fundamentales primero se debilitan al transformarse en mandatos de optimización y luego amenazan con desaparecer en la vorágine de la ponderación irracional” (p. 512).

#### *Racionalidad a través de graduación. Una respuesta a Jürgen Habermas*

Toda la crítica de Habermas a los principios como mandatos de optimización y a la ponderación de los mismos se basa en la equiparación de los principios con los valores.

En ese sentido, la crítica de Habermas al Tribunal Constitucional alemán se orienta hacia la teoría de los valores que dicho tribunal estaría asumiendo para emitir sus fallos. Sin embargo, dicha crítica es anacrónica (Afonso da Silva, 2003), ya que el Tribunal Constitucional alemán había renunciado al concepto de orden de valores desde los años setenta (Schlink, 1996).

La identificación que realiza Habermas a los principios como mandatos de optimización con la ética de valores de Scheller y Hartmann tiene la intención de fundamentar la subjetividad valorativa que afecta a todo intento de preferir un principio frente a otro en un caso concreto. En efecto, la ética de valores elaborada por Max Scheller y Nicolai Hartmann buscaba establecer una jerarquía de valores cerrada. Habermas cree ver la misma estructura detrás de los principios como mandatos de optimización y la ponderación. Ciertamente la crítica de Habermas, en lo que respecta a la teoría de los valores de Scheller y Hartman es acertada, es decir, si los principios como mandatos de optimización tuviesen una estructura de valor, entonces Habermas está en lo correcto. Sin embargo, basándonos en la distinción entre reglas y principios, se observa que los principios son un tipo de norma y como tales tienen un carácter deontológico. Habermas tendría que demostrar que los principios no se pueden distinguir de las reglas jurídicas y que por ello los principios son simplemente valores. Por lo tanto, la crítica de Habermas, en este sentido, es insuficiente y débil.

En lo que respecta a la pérdida de vinculatoriedad de los derechos fundamentales reconstruidos como principios, se tiene que dejar constancia que dicha tesis se corresponde con una concepción positivista del derecho. Habermas entiende, en consecuencia, el sistema jurídico como un sistema compuesto exclusivamente de reglas. Ello significaría que las normas no podrían ser cumplidas en grados distintos y que solo podrían ser aplicadas a través de un procedimiento subsuntivo. Se tendrían que saber de antemano todas las posibles antinomias que las reglas puedan tener y

proveerlas introduciéndolas en el supuesto de hecho de las mismas a través de cláusulas de excepción. En caso de conflicto, solo los criterios de resolución de conflictos entre reglas serían válidos: *lex posterior derogat*

*legi priori, lex specialis derogat legi generalis y lex superior derogat legi inferiori*. Sin embargo, en la praxis jurídica, son frecuentes los casos que no se pueden resolver a través de estos criterios<sup>5</sup>.

La parte más interesante de la crítica de Habermas se refiere a la inexistencia de estándares para ponderar. Esto supone que es imposible establecer racionalmente grados de cumplimiento o de afectación en principios. En contra de esta crítica, se puede argumentar que los principios o derechos fundamentales sí son pasibles de ser cumplidos o afectados en distintos grados. Para ello se hace uso de la escala triádica<sup>6</sup>. Con ella se hace posible comparar las intensidades de intervención con los grados de satisfacción o cumplimiento. La racionalidad de la ponderación reside entonces en la capacidad de fundamentar racionalmente los distintos grados en que un principio (derecho fundamental) puede ser satisfecho o afectado. “Más bien vale la justificabilidad —a pesar del hecho de que no se la pueda equiparar a la demostrabilidad (*Beweisbarkeit*) — implica racionalidad y con esto objetividad, que está ubicada entre seguridad y arbitrariedad” (Alexi, 2010, p. 37).

En conclusión, la racionalidad de la ponderación reside en su estructura. Es decir, la racionalidad de la ponderación se deriva de la ley de ponderación, de la fórmula del peso y de la ley de colisión.

#### El peligro del decisionismo subjetivo

La objeción de subjetividad puede ser deducida a su vez de la objeción de irracionalidad. En puridad ambas sostienen lo mismo. No existen criterios o parámetros racionales para realizar una ponderación. Los criterios que emplean los operadores jurídicos provienen de sus prejuicios y concepciones personales. Por ello, la ponderación es necesariamente irracional, ya que sirve simplemente para comparar juicios subjetivos sobre bienes colectivos o individuales que en el caso concreto le parezcan al juzgador como dignos de protección o como pasibles de ser limitados. Todo ello hace a la ponderación peligrosa y por lo tanto prescindible.

5. Digamos el conflicto entre dos normas de la misma jerarquía, la misma fecha de promulgación y el mismo grado de generalidad. Este sería, por ejemplo, un conflicto entre derechos fundamentales.

6. Para una exposición detallada de la escala triádica en la ponderación cfr. Alexy (2007b).

*La prescindibilidad del principio de proporcionalidad en sentido estricto. La crítica de Bernhard Schlink*

Schlink, al igual que Habermas, sostiene que la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto es un procedimiento irracional. Schlink ve en la ponderación un recurso innecesario y peligroso para la fundamentación de límites a los derechos fundamentales. Es peligroso porque permite un alto grado de subjetividad al juez constitucional, quien podría introducir juicios y prejuicios personales para la fundamentación de la intensidad de intervención o para la importancia de satisfacción de dos derechos fundamentales. “En el test de proporcionalidad en sentido estricto es solo la subjetividad del aplicador la que puede, al final, ser efectiva. Las operaciones de evaluación y ponderación requeridas por el test de proporcionalidad en sentido estricto pueden ser logradas, solamente en forma decisionista” (Schlink, 1984, p. 462) (ibídem, 2001, pp. 460 y ss.). De otro lado, la ponderación sería prescindible porque el examen de proporcionalidad entre medios restrictivos y fines constitucionales deseados se resuelve a través de los subprincipios de adecuación y de necesidad. Por ello, la máxima o test de proporcionalidad solo estaría constituida por la razonabilidad del medio para alcanzar el fin deseado, así como los subprincipios de adecuación y de necesidad.

Para fundamentar dicha tesis, Schlink recurre a la distinción entre juicios de pronóstico y juicios de valoración. Los juicios de pronóstico son enunciados que expresan una realidad futura, dichos juicios se comprobarán como verdaderos o falsos en el futuro. Los juicios valorativos son decisiones en las cuales se favorece a una magnitud frente a otra. Las valoraciones nunca podrán demostrarse como verdaderas o falsas. Tanto los juicios de pronóstico, como los juicios de valoración pueden ser optimizados. A través de evaluaciones empíricas respecto de lo ocurrido en el presente y en el pasado, se pueden elaborar predicciones acertadas para el futuro. A través del conocimiento de las consecuencias de las valoraciones y su relación con otras valoraciones, se incrementa la posibilidad de que las valoraciones se comprueben como acertadas. Sin embargo, los juicios de pronóstico, al basarse en comprobaciones empíricas sobre la realidad presente y pasada son objetivos; mientras que los juicios de valoración, al basarse en su aceptación, son subjetivos. “Los pronósticos se

comprueban o no se comprueban como acertados si son acertados o no, depende de la realidad. Las valoraciones se demuestran o no se demuestran en tanto ellas sean aceptadas o rechazadas, dicha aceptación o rechazo significa que otro también las acepte o desestime” (Schlink, 2001, pp. 445-465, 455) (ibídem, p. 462).

Para Schlink el principio de proporcionalidad está constituido únicamente por juicios de pronóstico que se comprueban en la realidad. Solamente los subprincipios de adecuación y necesidad se dejan reconstruir como juicios de pronóstico. La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto tiene una naturaleza de juicio valorativo y por lo tanto necesariamente subjetivo. Por ello el principio de proporcionalidad debe limitarse estrictamente al juicio de adecuación y necesidad, dicho principio no necesita de valoraciones ni de ponderaciones adicionales, ya que con ellos pierde objetividad (ibídem). Asimismo, sostiene que si bien el test de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación juega un rol importante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán a nivel teórico, a nivel práctico dicho test es irrelevante (Pieroth y Schlink, 2010).

Para Schlink, el factor decisionista y subjetivo de la ponderación entraña un peligro adicional. La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto supondría la asunción por parte de la jurisdicción constitucional de tareas y prerrogativas propias de la legislación. Pues el Tribunal Constitucional no solamente sería un órgano de valoración de la proporcionalidad de la relación medio-fin, sino que también lo sería de las propias valoraciones que llevaron al legislador a dictar la medida restrictiva. Así el Tribunal Constitucional sería juez y parte en el control de la constitucionalidad de las leyes (Schlink, 2001, p. 462). Por ello, la ponderación debe ser separada de la estructura del test de proporcionalidad y ser dejada a la política. “La jurisdicción constitucional no es una parte constitutiva de la política, sino su contraparte dotada de legitimación y racionalidad propias” (ibídem). Dotar de racionalidad política a la jurisdicción constitucional significaría concederle una facultad que no le corresponde.

En conclusión, Schlink excluye la ponderación de la máxima o test de proporcionalidad por su alto grado de subjetividad e irrelevancia al momento de evaluar la proporcionalidad de una afectación a derechos fundamentales.

Según Schlink, los argumentos empleados para determinar dicha proporcionalidad en sentido estricto no son hallados por el juez, sino antes bien inventados, siendo subjetivos en lugar de ser objetivos (ibídem, 1976).

La alternativa planteada por Schlink de reducir el principio de proporcionalidad a solo dos subprincipios no es del todo acertada. El modelo de este autor no sería aplicable a supuestos de casos en los que el juicio de adecuación y necesidad no sean suficientes para determinar la prioridad de un derecho frente a otro en un caso determinado. Este sería el caso de los denominados “casos difíciles”<sup>7</sup>. En estos casos Schlink (1976) plantea que se debe de garantizar la existencia de una posición mínima (ibídem, p. 93). Así por ejemplo en intervenciones al derecho a la libertad de expresión que no se puedan resolver a través de los juicios de adecuación y de necesidad, se debe de buscar establecer como tercer paso la garantía de una posición mínima de dicho derecho fundamental y del derecho fundamental que justifica la intervención. El establecimiento de la posición mínima se realiza en cada uno de ellos, sin establecer una relación entre los mismos. La garantía de una posición mínima en los derechos fundamentales se condice con la teoría absoluta del contenido esencial (Stern, 1980, pp.) (Stelzer, 1991). En dicha teoría, los derechos fundamentales cuentan con un contenido predeterminado e inafectable que les confiere sentido; si se afectase dicho contenido o núcleo, el derecho fundamental perdería su naturaleza. Schlink, al sostener que se debe de garantizar una posición mínima de los derechos fundamentales en colisión, apunta en este sentido. Sin embargo, “parece difícil determinar la posición mínima el contenido esencial absoluto de un derecho sin realizar una ponderación” (Afonso da Silva, 2003, p. 132). En efecto, Schlink busca evitar una ponderación al argumentar que en los casos en que no sea posible determinar cuál de los dos derechos debe tener prevalencia en el caso concreto, se debe recurrir a la determinación de sus contenidos absolutos para luego volver al subprincipio de necesidad y evaluar cuál de los dos contenidos es el necesario

7. Los denominados casos difíciles presuponen una problemática jurídica que no puede ser resuelta recurriendo meramente a las normas previstas en el ordenamiento positivo. En ese sentido el resultado de un caso difícil no es necesario o imposible, sino meramente posible. En dichos casos es necesario recurrir al discurso práctico general y a la interpretación normativa más allá de lo expresamente dicho o querido por el legislador. Para una exposición teórica sobre los casos difíciles cfr. Dworkin (1984).

para resolver el conflicto. Con ello lo que en realidad ocurre en el modelo de Schlink (1976) es un desplazamiento de la ponderación hacia el subprincipio de necesidad (ibídem). Por lo que el juicio de necesidad no sería exclusivamente un juicio de pronóstico, sino también, en los casos difíciles, un juicio de valoración de contenidos esenciales absolutos, lo cual encierra una contradicción en la argumentación de Schlink.

En lo que concierne a la irracionalidad de la ponderación, vale remitirse a los argumentos planteados para responder la objeción de Habermas, ya que en realidad los argumentos esgrimidos por Schlink se refieren a la inexistencia de criterios o parámetros racionales para ponderar, lo cual significaría que la ponderación es un procedimiento decisionista y arbitrario. “Si no fuera posible realizar juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de la interferencia, segundo, el grado de importancia, y, tercero, la relación existente entre uno y otro principio, las objeciones elevadas por Habermas y Schlink estarían justificadas” (Alexi, 2010, p. 28). Como se argumentó líneas arriba, la racionalidad de la ponderación se deriva de su estructura. Schlink tendría que demostrar al igual que Habermas, que la estructura de la ponderación no permite elaborar juicios racionales respecto a las intensidades de intervención y la importancia de satisfacción del principio que justifica la intervención. Tanto Schlink como Habermas no se han referido a este punto.

*El decisionismo ponderativo y su escasa relevancia. La crítica de Juan A. García Amado*

Las objeciones realizadas por el profesor García Amado al procedimiento ponderativo se avocan esencialmente a la irracionalidad del mismo, así como su irrelevancia para la interpretación de normas de derecho fundamental. Para fundamentar esta posición, el profesor García elabora las siguientes tesis:

- En el modelo de la ponderación, tras de toda regla existe siempre un principio, por lo que todos los conflictos entre reglas son, de acuerdo con la reconstrucción de García, conflictos entre principios y por ende ponderables.
- La ponderación es un método carente de autonomía debido a que su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso.

- La ponderación no es más que un recurso argumentativo empleado por los tribunales cuando desean fundamentar sus decisiones subjetivas y arbitrarias, con un “menor rigor argumentativo”.
- La ponderación es un método de interpretación jurídica fútil y prescindible, dado que en realidad lo que cuenta es la interpretación de los preceptos normativos en función de las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica.
- En conclusión, el único método válido para la aplicación de normas de derechos fundamentales es el tradicional método subsuntivo (García, 2006) (ibídem, 2007).

De la totalidad de estas tesis se puede colegir que la crítica del profesor García Amado apunta a la racionalidad de la ponderación en su variante de subjetividad, así como a la reconstrucción de las normas de derecho fundamental como principios y las implicancias que tiene esta reconstrucción.

En general, la reconstrucción que García Amado hace de la ponderación y la teoría de los principios, se corresponde con el denominado modelo puro de principios. En el modelo puro de principios existen dos tipos de normas: reglas y principios. Las reglas serían el resultado de la ponderación de los principios. Las garantías directamente estatuidas por las disposiciones de derecho fundamental son concebidas como principios. Las reglas vendrían a ser el resultado de la ponderación de las mismas, estableciendo las condiciones de precedencia, por lo tanto en este modelo las reglas dependen de los principios. Este es el concepto de normas de derecho fundamental que García Amado presupone para realizar su crítica. De otro lado el modelo que el autor asume para refutar la teoría de los principios y la ponderación se corresponde con el denominado modelo puro de reglas. En el modelo puro de reglas, se busca defender la tesis de que a través de la eliminación de los principios y de la ponderación, se gana en vinculatoriedad al texto constitucional, en seguridad jurídica y en previsibilidad. Para el modelo puro de reglas, las normas de derecho constitucional solo pueden ser complementadas y nunca ponderadas.

Únicamente la subsunción vendría a ser el método de aplicación de normas de derecho fundamental entendidas como reglas.

Si la teoría de los principios entendiera las normas de derecho fundamental únicamente como

principios y las reglas como normas adscritas dependientes de la ponderación de los mismos, entonces la crítica de García Amado sería correcta. Sin embargo, la teoría de los principios sostiene que ni el modelo puro de principios ni el modelo puro de reglas son los adecuados, sino que más bien el modelo a seguir es un modelo combinado. Este modelo reconoce la existencia de reglas dentro de las normas de derechos fundamentales. Incluso sostiene que las determinaciones hechas a nivel de las reglas preceden a las determinaciones a nivel de principios. Es decir la prioridad de las reglas sobre los principios, en el modelo combinado, es una prioridad *prima facie*. “Por tanto entre los dos niveles no existe una relación estricta de precedencia. Más bien tiene validez la regla de precedencia según la cual, el nivel de las reglas tiene precedencia frente al nivel de los principios, a menos que las razones a favor de otras determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la vinculación al texto de la Constitución” (Alexi, 2007c, p. 114).

En lo que atañe a la primera objeción de García Amado, es decir, que detrás de toda regla existe un principio (Prieto, 1998) (ibídem, 2009), se puede contraponer el siguiente argumento: detrás de esta afirmación “late” la objeción de la ilimitada discrecionalidad del juez, del activismo judicial y de la puesta en peligro de la seguridad jurídica a través de normas con carácter de principios. Si analizamos aisladamente los derechos fundamentales como principios, a primera vista esto parece ser cierto. Un juez que reduce todo a principios para aplicar ponderaciones irracionales parece ser un efecto inevitable que los principios traen consigo<sup>8</sup>. Sin embargo, si se analiza más de cerca esta problemática, la objeción demuestra estar errada. En efecto, la labor del juez (ordinario o constitucional) no está librada a su albedrío e irracionalidad decisionista. El juez tiene dos límites a su accionar: el límite de la racionalidad del discurso y el límite de los principios formales. El límite de la racionalidad del discurso consiste en una exigencia de fundamentación de sus decisiones en función de premisas racionales. Si el juez introduce premisas irracionales en su argumentación, es precisamente la ponderación la que, a través

8. Esta objeción no es nueva, ya en los años cincuenta Ernst Forsthoff acusaba a la jurisdicción constitucional alemana de que a través de su jurisprudencia reducía todo a valores o principios constitucionales, desde el código penal hasta la ley de fabricación de termómetros, Forsthoff denominaba a esto: la Constitución como huevo jurídico originario. Cfr. Forsthoff (1975).

de la ley del peso, pondrá de manifiesto la irracionalidad de las mismas, haciéndolas reconocibles a quien revise la argumentación empleada. Se podría objetar que si bien esto es un buen deseo, los jueces no solamente argumentan, sino que sus decisiones, bien o mal argumentadas son vinculantes y aunque la argumentación pueda ser manifiestamente irracional, tendrá efectos jurídicos. En contra de esta actividad del juez, existen remedios procesales como el prevaricato que podría ser además un límite institucional para el juez que argumente irracionalmente.

El segundo límite para la labor del juez lo constituyen los principios formales. Los principios formales son argumentos para competencia, ellos determinan quién es competente para decidir y exigen que esa decisión sea respetada. El principio formal exige que las decisiones autoritativas sean acatadas en la mayor medida posible, en función de las posibilidades jurídicas y fácticas relativas al caso. Con ello es un mandato de optimización y posee una validez *prima facie*. Los principios formales son argumentos para el respeto de la discrecionalidad legislativa y un límite al activismo judicial. Ellos garantizan la seguridad jurídica al introducir una carga de argumentación a favor de la autoridad legislativa, brindando de esta manera estabilidad al sistema jurídico, pues el juez no podrá decidir arbitrariamente si ante él tiene la carga no solamente de argumentar y vencer no solo la regla que se le opone, sino también el principio formal que dice que debe de respetar en la mayor medida posible las decisiones del legislador elegido democráticamente. Por eso detrás de cada regla no late un principio, en el sentido de derecho fundamental, sino que late un principio formal.

Por estas razones, no existe solamente un principio material (derecho fundamental) detrás de las reglas; por ejemplo del derecho civil, sino también una decisión autoritativa fortalecida por un principio formal. Los principios formales constituyen la garantía que ofrece la teoría de los principios a la discrecionalidad legislativa y por ende al Estado democrático. Asimismo, los principios formales constituyen el segundo límite a la discrecionalidad del juez, ya que no solamente deberá alegar razones suficientes para desplazar a la regla o al principio material en el que se basa la misma, sino que además deberá proporcionar razones suficientes para desplazar el principio formal que exige que

la decisión del legislador sea respetada en la mayor medida posible<sup>9</sup>.

Respecto de la segunda tesis del profesor García Amado, en el sentido de que la ponderación es un procedimiento sin autonomía porque depende de la interpretación de las normas que vengán al caso, cabe acotar lo siguiente: toda ponderación se inicia con dos subsunciones y termina con una. En efecto, para llegar al nivel de la ponderación primeramente se deberá determinar cuáles son los derechos fundamentales que entran en conflicto. Es decir, se tendrán que subsumir los hechos a las *fattispecie* correspondientes para luego ser estas materia del test de proporcionalidad. Una vez que se haya determinado que la medida restrictiva es adecuada y necesaria, recién se llegará al nivel de la ponderación. Luego, a través de la ley de colisión, se establecerá el resultado de la ponderación como regla aplicable al caso bajo la cual se tendrá que subsumir el mismo. Por ello, la ponderación no excluye la subsunción, sino que la presupone.

La tercera objeción de García Amado apunta precisamente a la tesis que se busca defender en el presente trabajo. Que los tribunales busquen introducir premisas irracionales en la ponderación para justificar sus intereses subjetivos, no es un problema atribuible a la ponderación, sino que el mismo es externo a ella. En efecto, la subsunción también puede ser llevada a cabo con premisas irracionales y subjetivas, y no por ello se la va a calificar como irracional<sup>10</sup>. El argumento de García Amado intenta atribuir a la ponderación problemas externos a ella. Asimismo, la ponderación no implica un déficit de argumentación, todo lo contrario, ella es una estructura argumentativa que permite ordenar racionalmente los argumentos empleados para la toma de una decisión jurídica. Ella funciona de la misma manera que la subsunción, si la ponderación no puede llevarnos a juicios racionales de deber ser, la subsunción tampoco garantizaría racionalidad, ya que tanto a la subsunción

9. Para un estudio sobre el rol de los principios formales en la teoría de los principios y la interpretación constitucional cfr., Portocarrero Quispe, Jorge Alexander. *Der authoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*, Nomos, Baden-Baden 2014. *Id.*, "El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad", en: *Revista de Derecho de Estado* 27 (2011), págs. 75-102. *Id.*, "Zu Begriff der formellen Prinzipien", en: *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Matthias Klatt (ed.), Mohr-Siebeck, Tübingen 2013, págs. 200-235.

10. Una opinión similar en Bernal (2006).

como a la ponderación pueden ser introducidas premisas irracionales.

En consecuencia, y en relación con la cuarta tesis de García Amado, la ponderación no es un procedimiento prescindible y fútil, ya que ella constituye el método de aplicación de los derechos fundamentales con carácter de principio. Prescindir de la ponderación implicaría asumir necesariamente que el sistema jurídico está constituido únicamente por reglas aplicables únicamente a través de la subsunción. Esta peculiar concepción no es defendida incluso por ningún positivista contemporáneo.

### El peligro de la retoricidad

El peligro de la retoricidad está conectado intrínsecamente con la objeción de irracionalidad. En efecto, se argumenta que la ponderación no es más que una fórmula vacía (De Lora, 2000) (García Amado, 1996-1997), empleada por los jueces para encubrir sus decisiones arbitrarias, es decir, la ponderación sería simplemente una técnica de justificación de las valoraciones personales con las que el operador jurídico resuelve un caso. Siendo esto así, la ponderación deviene en una mera retórica ya que “encubre ralmente una decisión, sobre la que su autor retórico quiere ahorrarse el esfuerzo de fundamentar” (Gast, 2006, p. 382). La determinación, sopesamiento, comparación y realización de los derechos, bienes e intereses se dan en función a criterios de plausibilidad, primando la valoración del actor de la ponderación. Con ello todo el procedimiento ponderativo y su reputada racionalidad devienen nada más que en una metáfora (ibídem).

Los efectos retóricos de la ponderación no se limitarían únicamente al encubrimiento de fundamentaciones defectuosas, sino que además entraña el peligro de la justificación del poder político de la burocracia. “En el lugar de las grandes políticas partidarias entra, de la mano de la ponderación y del principio de proporcionalidad, una política partidaria fina y disimulada; en dicha política el funcionario público y el juez reemplazan a los parlamentarios y gobernantes [...], (por lo que) el juez tiene que pensar leyes y en la ponderación el razonamiento del juez no es más

que política” (Leisner, 1997a, p. 172). Con ello el procedimiento ponderativo sería una técnica

del poder, debido a que tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad, a nivel de las altas instancias, no pueden ser controlados. De esta manera, el Estado de derecho pasaría pronto a llamarse “Estado ponderativo”<sup>11</sup> (ibídem, 1997a, pp. 170 y ss.) (ibídem, 1997b, 636-639, 639).

En conclusión, la objeción de retoricidad identifica en la ponderación una especie de “fórmula mágica” (*Zauber Formel*) que carece de fundamentación racional y pone en peligro la seguridad jurídica y el Estado democrático de derecho (Ossenbrühl, 1991).

La ponderación es un método de interpretación jurídica orientado a la construcción de un supuesto de hecho en el que se subsumirá el caso concreto dado que no existen normas positivas con las cuales se pueda resolver el caso. La ponderación posee una estructura interna que le aporta racionalidad. Dicha estructura interna es la fórmula del peso. En ella se comparan premisas cuyo grado de afectación o de importancia será fundamentado a través de una argumentación. La objeción de retoricidad falla precisamente en la determinación del objeto de su crítica. En efecto, el ámbito de justificación interna de la ponderación, es decir, la fórmula del peso, no es irracional en sí misma. Esto se demostró cuando se respondieron las objeciones planteadas por Habermas. La ponderación no es una fórmula retórica, es una estructura de argumentación basada en una estructura formal. La objeción de retoricidad debería estar orientada a la forma de fundamentar las premisas con las que se desarrollará una ponderación y no a su estructura. En ese sentido, la objeción de retoricidad apunta a la ponderación, cuando en realidad su objeto es la forma en que las premisas a ser ponderadas son fundamentadas, es decir, se orienta hacia la justificación externa de la ponderación. Asimismo, el carácter retórico que se atribuye a la ponderación también puede ser atribuido a la subsunción, ya que ambos métodos de aplicación de normas se basan en premisas. En el caso de la subsunción, estas premisas son reglas a cuyos supuestos de hecho se subsumen conductas, en la ponderación son principios a los que también se subsumen conductas. El cómo se identifiquen qué conductas deben ser subsumidas o los supuestos de hecho en

11. La expresión *Estado ponderativo* pertenece a Leisner. Cfr. Leisner (1997a) (1997b).

la subsunción, también puede ser irracional o retórico, ya que dicha atribución de significado se basa en una adecuación de la conducta al supuesto de hecho descrito en la regla. Dicha adecuación puede estar amenazada de irracionalidad y con ello la subsunción solamente sería un instrumento para justificar valoraciones personales del operador jurídico. Asimismo, la interpretación de las reglas no está exenta de inseguridades propias de los leguajes naturales tales como su textura abierta, su vaguedad, su imprecisión y su ambigüedad (Alchourrón y Bulygin, 1975) (Hart, 1994) (Koch y Rüßmann, 1982) (Moreso, 1997).

La ponderación es un procedimiento de aplicación de normas tal y como lo es la subsunción, no una técnica de justificación del poder. De ser cierta esta objeción, también la subsunción, con su impecable estructura silogística también serviría para justificar el poder de quien subsume. En consecuencia, toda forma de interpretación del derecho devendría en amenaza a la seguridad jurídica y al Estado democrático de derecho. En realidad, la problemática a la que se refieren los críticos de la ponderación en cuanto a su supuesta naturaleza de técnica de justificación del poder, no es otra que la clásica tensión entre Derecho y democracia. La solución de dicha tensión y la de sus implicancias está por fuera de los objetivos del presente trabajo.

Finalmente, es válida la afirmación de que los críticos de la ponderación esperan mucho de ella y precisamente ahí es donde radica su error, ya que la ponderación no tiene carácter material, sino simplemente es una forma de argumentación, una estructura que ha de ser llenada con premisas normativas. Las premisas a ser introducidas en la ponderación a su vez tienen que ser fundamentadas, dicha fundamentación se da a través de la argumentación o contexto de justificación. Por lo tanto, si el proceso de justificación producido en la justificación externa es irracional, la ponderación será irracional y retórica, tal como la subsunción deviene en irracional y retórica si el supuesto de hecho ha sido arbitrariamente atribuido a una conducta que no se encuadra en él.

Esto demuestra que la tesis de que los peligros de la ponderación no se encuentran en su estructura interna ni están relacionados con la racionalidad de su estructura, sino que se encuentran por fuera de la ponderación y se

deben a la irracionalidad de los argumentos esgrimidos. La clave para fundamentar racionalmente dichas premisas son las reglas del discurso jurídico y la tesis del caso especial (Alexy, 1999).

Particularismo e inconmensurabilidad.  
La crítica de José Juan Moreso

La crítica del profesor José Juan Moreso a la estructura de la ponderación se constituye de tres objeciones centrales: la objeción de jerarquización abstracta, la objeción de objetividad de la escala triádica y la objeción del particularismo ponderativo. Las dos primeras objeciones están referidas a la inconmensurabilidad de los principios a ponderar en la fórmula del peso, mientras que la tercera se vincula con la estrategia con que la ponderación resuelve los conflictos entre principios jurídicos actuales y futuros. Sin embargo, las tres objeciones están relacionadas, en lo que se refiere a la idea central de la crítica de Moreso, con la imposibilidad de formar juicios relativos a un caso concreto que sean a su vez válidos para resolver casos futuros. Es decir, al no existir parámetros objetivos como el “test del rayado de minerales” en la ponderación de principios en un caso concreto, no se podrán generar argumentos jurídicos que sirvan para resolver casos futuros. La pregunta que plantea el profesor Moreso respecto de los argumentos de Alexy en el caso Titanic es esclarecedora: “¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro? ¿Puede alguien decirlo con seguridad?” (Moreso, 2009d, p. 315).

La primera objeción formulada por Moreso se refiere a la jerarquización abstracta exigida por la ponderación. Según él, la ponderación exige una escala de ordenación abstracta de los derechos. Dicha escala se deriva de la necesidad de ponderar derechos como la vida, la dignidad o la libertad. El problema, según este autor, consiste en que una escala de tal tipo no es posible, pues no existen criterios que permitan determinar si el derecho a la vida es más importante que el derecho a la libertad o si el derecho a la salud es más importante que el derecho al trabajo, etc. “Dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho

constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos” (ibídem, p. 312). La inexistencia de una escala de ordenación de los derechos fundamentales plantearía en cada caso futuro la interrogante del peso abstracto de los principios en liza.

Ahora bien, la afirmación de Moreso es acertada en lo que respecta que no existen escalas abstractas que impliquen la prevalencia de un determinado derecho ante otro en todos los casos. La existencia de tal escala implicaría que unos derechos sean de categoría superior a otros, generando algo así como derechos de primera categoría y derechos de segunda categoría. La ponderación, en este supuesto, consistiría únicamente en determinar si el derecho de mayor categoría puede ser derrotado en vista a las circunstancias especiales del caso concreto.

Dicho supuesto no se corresponde con la ponderación. En efecto, la ponderación es un procedimiento de aplicación de normas con carácter de principio que establece una relación de prioridad condicionada entre los mismos en función de las circunstancias del caso. La ponderación supone la inexistencia de jerarquizaciones abstractas. Cuando la ponderación menciona pesos abstractos, lo hace en referencia a una variable distinta al grado de intervención en el derecho fundamental afectado o al grado de importancia de satisfacción del derecho fundamental que juega en sentido contrario. Los pesos abstractos a que se refiere la ponderación son variables introducidas en la fórmula del peso. Los pesos abstractos a ser introducidos en la fórmula del peso se derivan del modelo de Estado al que pertenezcan los principios en liza. Así por ejemplo el peso abstracto del derecho a la vida tendrá un valor distinto en un Estado constitucional de derecho que en uno de corte teológico o de corte comunista. El derecho a la propiedad privada será considerado de importancia central en un estado liberal de derecho que en uno socialista<sup>12</sup>. No obstante, la ponderación menciona los pesos abstractos con el fin de complementar la relación comparativa entre los derechos fundamentales o bienes colectivos que se estén ponderando. Por lo general, los pesos abstractos son iguales, por lo que su importancia en la ponderación y en la fórmula del peso es irrelevante. “Como consecuencia,

la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones. [...] Si los pesos abstractos son iguales, entonces se neutralizan mutuamente” (Alexi, 2007b, p. 358 y ss.). Con ello la objeción de jerarquización abstracta planteada por Moreso es errada en lo que respecta a la ponderación, ya que la misma presupone realizar la determinación del peso de los principios en liza siempre en el caso concreto, dejando los pesos abstractos de lado porque siempre tienen la misma importancia y se anulan mutuamente.

La segunda objeción de Moreso, referida a la falta de objetividad de la escala triádica, tiene implicancias directamente sobre la racionalidad de la ponderación. Precisamente en la escala triádica y la posibilidad de su fundamentación racional descansa la racionalidad de todo el procedimiento ponderativo. Si la escala triádica no pudiese ser fundamentada racionalmente, la ponderación sería necesariamente irracional. Moreso argumenta que una escala como la escala triádica debería tener una estructura similar a la del test del rayado de los minerales, a través del cual estos se clasifican en función a su dureza que se determina en función a la capacidad de que un mineral raye a otro. “La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal. No veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave”. (Moreso, 2009d, p. 307).

La escala triádica está referida a la intensidad de la intervención del principio intervenido y al grado de importancia del principio que juega en sentido contrario. Los valores de la misma se derivan de las circunstancias del caso concreto. La fundamentación de la intensidad de una intervención, digamos en el derecho al honor, se deriva del contexto en que dicha intervención se produjo. En efecto, en el caso *Titanic* (BverfGE 86, 1 [11]), se determinó que la intervención al derecho al honor del soldado en lo que respecta al epíteto “asesino nato” fue leve debido al contexto satírico en que se produjo y a la praxis repetida de la revista *Titanic* de nombrar a las personas objeto de comentario con el epíteto “nato”. No obstante, se podría

12. De la misma opinión Bernal (2006), p. 71.

preguntar de dónde surgen estos argumentos. La respuesta a esta pregunta se encuentra en la denominada justificación externa de la ponderación. La justificación externa de la ponderación viene a ser el discurso jurídico. El discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general a través de tres elementos: la ley, los precedentes y a la dogmática jurídica (Alexi, 1999). La fundamentación del grado de intervención o de importancia de satisfacción se realiza en función a argumentos prácticos. Estos argumentos se encuentran muchas veces por fuera del discurso jurídico. Por ello, para justificar la expresión “asesino nato” como de intensidad media o moderada, se recurrirá al discurso práctico general. Esto quiere decir que la tesis del caso especial es el puente entre el discurso jurídico y el discurso práctico general, y la racionalidad de la escala triádica de la ponderación radica en la posibilidad de efectuar juicios racionales sobre determinados acontecimientos en el discurso práctico general. Quien quiera negar la racionalidad de la escala triádica y de la ponderación deberá entonces negar la racionalidad del discurso práctico general. Es decir, quien niegue la racionalidad de la ponderación, deberá negar también la posibilidad de elaborar juicios racionales.

La tercera objeción de Moreso no se refiere a la estructura de la ponderación, sino a su forma de resolver los conflictos entre principios, basándose en la distinción entre principios morales de carácter particularista y principios morales de carácter universalista. Moreso deduce de esta distinción que la técnica para resolver los conflictos entre principios planteada por la ponderación implica necesariamente una estrategia particularista. Por particularismo en el razonamiento jurídico, Moreso entiende una concepción dependiente de las circunstancias particulares de un caso concreto para la resolución de los conflictos entre principios. Asimismo, la solución alcanzada a través de la estrategia particularista serviría únicamente para el caso concreto y no para los demás casos en los que principios similares y en similares circunstancias entren en conflicto. “Según dichas concepciones, el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia” (Moreso, 2009a, p. 54). La contraparte de una concepción particularista la constituye una concepción universalista, que, según Moreso, está representada en el

razonamiento jurídico por la subsunción. La reconstrucción de la subsunción efectuada por el autor la describe como un procedimiento interpretativo por el cual un caso particular es subsumido a un caso general. Precisamente esta característica es la que, según el autor, diferencia al modelo particularista-ponderativo del universalista-subsuntivo. “Lo que la concepción particularista rechaza de la subsuntiva puede ser resumido del siguiente modo: el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia” (ibídem, 2009b, p. 298). Entre estas dos opciones, que Moreso considera insatisfactorias, existe la denominada concepción especificacionista. “En realidad, tanto el enfoque subsuntivo como el enfoque particularista constituyen dos extremos, que iluminan algunos aspectos de la cuestión a costa de distorsionar de manera excesiva otros aspectos. Entre estos dos extremos, cabe un espectro de posiciones intermedias” (ibídem, 2009a, p. 55).

La concepción especificacionista planteada por Moreso pretende ser un punto intermedio entre los extremos particularistas y universalistas. Una concepción especificacionista permitiría fundamentar que la ponderación constituye un paso previo a la subsunción. Asimismo, el supuesto de hecho de dicha subsunción estaría constituido por lo que Moreso denomina “casos paradigmáticos”. Los casos paradigmáticos tendrían su origen en el “universo del discurso” y estarían constituidos por las circunstancias que hacen reconocible cuando un principio vence a otro. Es decir, serían una suerte de *topoi* que nos dice cuando un principio constitucional puede desplazar a otro. “Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: solo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyan los casos paradigmáticos adecuadamente. Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar” (ibídem, 2009b, p. 303). En función a una concepción particularista de la interpretación jurídica, el empleo de casos paradigmáticos como supuestos de hecho para la solución de las tensiones entre principios de derecho fundamental, Moreso llega a la conclusión de que la ponderación debe fungir como paso previo a la subsunción.

El punto decisivo para responder la objeción planteada por el profesor Moreso gira en torno a la afirmación de que el procedimiento ponderativo se corresponde con lo que el profesor denomina concepción particularista. En efecto, según el autor, la ponderación al ser particularista solamente proporciona una solución dependiente de las circunstancias del caso y solo aplicable al mismo. Con ello el resultado de la ponderación no serviría como pauta para resolver casos futuros. Dicha afirmación no se condice con la estructura de la ponderación. La ponderación se constituye por la ley de la ponderación, la fórmula del peso, la ley de colisión y las cargas de argumentación. La ley de colisión, como el propio Moreso reconoce, establece una relación

de precedencia condicionada (ibídem, 2009c). Dicha relación de precedencia condicionada no solamente es válida para el caso del que se

genera, sino que sirve de pauta resolutoria para casos futuros idénticos o análogos. “La regla que establece una relación de precedencia condicionada debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos” (Bernal, 2003, p. 789). Es decir, la carga de argumentación exige que si el operador jurídico pretende

apartarse de las condiciones que generaron la relación de prioridad condicionada aplicable al caso, deberá de argumentar suficientemente el porqué de esa necesidad. Esto vendría a ser lo que en la jurisprudencia anglosajona se conoce como *distinguish*. Por lo tanto, no puede argumentarse que la ponderación solo es aplicable a un caso concreto y que las relaciones de prioridad condicionada resultantes de ella no podrán ser aplicadas en casos futuros. En consecuencia, la ponderación no se condice con lo que Moreso denomina particularismo. Que la ponderación tenga una estrategia de particularismo para resolver los casos en que es aplicada no significa que la ponderación no tenga características propias que la diferencien del modelo de particularismo moral que Moreso cree identificar en ella. Esta característica diferenciadora es la carga de argumentación a favor de la decisión tomada por el juez. Por lo tanto, una estrategia particularista no es lo mismo que una lógica particularista.

Un segundo aspecto de esta crítica es la

subsunción. En este extremo, la observación del profesor es acertada, ya que la ponderación es un procedimiento que presupone a la subsunción, por lo que es válida la afirmación de que la ponderación comienza con dos subsunciones y termina con una subsunción. Sin embargo, esta afirmación es propia de la teoría de los principios, por lo que Moreso no está diciendo nada que la teoría de los principios no haya dicho antes. Ahora bien, lo que Moreso denomina “casos paradigmáticos” no son otra cosa que las características, hechos o circunstancias que fundamentan la relación de prioridad condicionada resultante de la ponderación. Se podría reconstruir esto de la siguiente manera:

$$(4) (P_i P_i)C \rightarrow R$$

$$(4') C = \sum \{M_1 + M_2 + M_3 + \dots + M_n\}$$

$$(4'') R = O(P_i P_i) (4), (4')$$

En donde (4) es la relación de prioridad condicionada resultante de la ponderación; C es la sumatoria de las circunstancias del caso concreto  $M_1 + M_2 + M_3 + \dots + M_n$  que fundamentan la relación de prioridad

supuesta solución especificacionista presentada por Moreso, la cual consiste en concebir la ponderación como un paso previo a la

condicionada expresada en (4) y finalmente R

es la regla adscrita aplicable al caso concreto resultante de (4) y (4'), y, de no mediar argumentos suficientes que justifiquen lo contrario, a casos futuros idénticos o análogos.<sup>13</sup> Si una de las circunstancias M no se da en el caso concreto, el operador jurídico sigue obligado a fundamentar el porqué si *mutatis mutandis* desea apartarse de esta relación de prioridad condicionada.

Por lo que la observación de Moreso no es otra cosa que una confirmación de lo que la ponderación a través de la ley de colisión y de las cargas de argumentación

en realidad hace. En conclusión, las objeciones al particularismo de la ponderación y su consiguiente reducción de la fuerza de los principios jurídicos no dan en el blanco. La ponderación se demuestra como un procedimiento racional y de estrategia particularista (mas no particularista en el sentido plateado por Moreso) de aplicación

---

13. Un ejemplo jurisprudencial para este esquema se haya en el famoso caso Lebach (BverfGE 35, 202), en el que se da prioridad al derecho al honor frente al derecho a la libertad de expresión (p), bajo los supuestos de que la información que se pretenda propalar gire en torno a un delito grave (M<sub>1</sub>), la información no sea de interés actual (M<sub>2</sub>), que sea una información repetida (M<sub>3</sub>) y que la propalación de la información ponga en peligro la resocialización del afectado (M<sub>4</sub>). Ello daría como resultado la siguiente estructura: C =  $\sum \{M_1 + M_2 + M_3 + M_4\}$ ; C → R = O → p.

1 2 3 4

de normas jurídicas con carácter de principio. Asimismo, la posición especificacionista de Moreso no hace más que redundar en lo que la ponderación en efecto hace<sup>14</sup>.

## RESULTADO

La ponderación, como se anotó líneas arriba, es una forma de argumentación. Toda forma de argumentación se encuentra bajo el peligro de ser empleada de manera irracional.

¿Debemos deducir de ello que argumentar es necesariamente irracional? La respuesta a mi parecer tiene que ser negativa. Así como una hermosa botella de fino vino puede ser llenada con veneno, así también pueden ser llenadas tanto la ponderación como la subsunción con argumentos irracionales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Afonso da Silva, Virgilio (2003) *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos pág. 132.
- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, p. 61.
- Alexy, Robert (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 28.
- Alexy, Robert (1999). “La tesis del caso especial”. En: *Revista de Filosofía Moral y Política* (Madrid), pp. 23-36, 24.
- Alexy, Robert (2007a). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. En: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed. Madrid: CEPC, p. 512.
- Alexy, Robert (2007b). La fórmula del peso. En *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: CEPC, pp. 349-374, 356 y ss.
- Alexy, Robert (2007c). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed. Madrid: CEPC, p. 114.
- Atienza, Manuel (2010). “A vueltas con la ponderación”. En: *La Razón del Derecho. Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas* 1, p. 8
- Bernal, Carlos (2006). “La racionalidad de la ponderación”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* 77, pp. 51-75, 55.
- Bernal, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, p. 789.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991). *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp. Frankfurt a. M., pp. 159-199, 185.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”. En: *Id., Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 159-199, 185.
- Dworkin, Ronald (1984). “Los casos difíciles”. En: *Los derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, pp. 146-208.
- Forsthoff, Ernst (1975). *El Estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 242.
- García Amado, Juan A. (2007). “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007”, de 25 de abril de 2007. En: *Palestra del Tribunal Constitucional* 8, pp. 629-627, 623 y ss.
- García Amado, Juan A. (2006) “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”. En *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el estado contemporáneo*, Ricardo Sanin Restrepo (ed.). Bogotá: Legis, pp. 120-163.
- García Amado, Juan A. (1996-1997). “¿Ductibilidad del derecho o exaltación del Juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho* 13-14, pp. 65-86, 71.
- Gast, Wolfgang (2006). *Juristische Rhetorik*, 4ta. ed. Heidelberg: CF Müller, p. 382 (Rn. 1077).
- Habermas, Jürgen (2008). *Facticidad y validez*, 5. ed., Madrid: Trotta.

14. Para una opinión similar cfr. Atienza, Manuel (2010). “Moreso defiende una estrategia especificacionista para la ponderación, que sería capaz de superar el particularismo. Sin embargo, de lo que no parece darse cuenta Moreso es de que, en realidad, él está diciendo lo mismo que Alexy; o, si se quiere, Moreso está olvidando lo que antes señalaba: que la ponderación genera una regla general y abstracta y, por eso, no es *ad hoc*, en el sentido en el que él usa esta expresión”.

- Hart (1994). *The concept of law*, 2da. ed., Oxford: Oxford University Press, p. 120 y ss.
- Kelsen, Hans (1960). *Reine Rechtslehre*, 2da. ed., Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, p. 22 y ss.
- Koch, Hans-Joachim y Rüßmann, Helmut (1982). *Juristische Begründungslehre*. München: C. H. Beck, p. 188 y ss.
- Leisner, Walter (1997a). *Der Abwägungsstaat*. Berlín Duncker & Humblot, p. 172.
- Leisner, Walter (1997b). “Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat”. En: *NJW* 10, pp. 636-639, 639.
- Moreso, José J. (2009a). “Esbozo de preliminares a una teoría de la Constitución”. En: *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, p. 54.
- Moreso, José J. (2009b). “Dos concepciones en la aplicación de normas”. En: *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, p. 298.
- Moreso, José J. (2009c). “Conflictos entre derechos fundamentales”. En: *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, p. 279.
- Moreso, José J. (1997). *Indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: CEPC, p. 87.
- Moreso, José J. (2009d). “La aritmética de la ponderación”. En: *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, p. 315.
- Nino, Carlos S. (1982). *Introducción al estudio del derecho*. Buenos Aires: Astrea, p. 268.
- Ossenbrühl, Fritz (1995). “Abwägung im Verfassungsrecht”. En: *DVBl*, pp. 904-912, 905.
- Pablo de Lora (2000). “Tras el rastro de la ponderación”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* 60, pp. 359-369, 263 y ss.
- Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard (2010). *Staatsrecht II*, 26ª. Heidelberg: ed., C. F. Müller, p. 70 (Rn. 304).
- Portocarrero Quispe Jorge Alexander (2014). *Der authoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*. Baden-Baden: Nomos.
- Portocarrero Quispe Jorge Alexander (2013). “Zu Begriff der formellen Prinzipien”, en: *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Matthias Klatt (ed.), Mohr-Siebeck, Tübingen, pp. 200-235.
- Portocarrero Quispe, Jorge Alexander (2011). “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad”. En: *Revista de Derecho de Estado* 27, pp. 75-102.
- Prieto Sanchís, Luis (2009). “El juicio reponderación”. En: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, p. 215.
- Prieto Sanchís, Luis (1998). “Diez argumentos a propósito de los principios”. En: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, pp. 64 y ss.
- Schlink, Bernhard (2001). “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”. En: *Festschrift 50 Jahre des BverfG*, T. 2, Peter Badura/Horst Dreier (ed.). Tübingen: Mohr-Siebeck, pp. 445-465, 455.
- Schlink, Bernhard (1996). “The Dynamics of Constitutional Adjudication”. En: *Cardozo Law Review* 17, pp. 1234 y ss.
- Schlink, Bernhard (1984). “Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”. En: *EuGRZ* 11, p. 462, Cfr. además *Id.*, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, pp. 460 y ss.
- Schlink, Bernhard (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlín: Duncker & Humblot, p. 144.
- Stelzer, Manfred (1991). *Das Wesensgehaltsargument und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Springer: Wien, pp. 49 y ss.
- Stern, Klaus (1980). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. 2, H.C. München: Beck, pp. 865 y ss.