



# Analisi e diritto

1/2019

[riviste.edizioniets.com/aed](http://riviste.edizioniets.com/aed)

## *Direzione esecutiva*

Paolo Comanducci  
Riccardo Guastini

## *Redazione*

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)  
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rábanos,  
Natalia Scavuzzo, Adriano Zambon.

## *Comitato scientifico*

Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena,  
María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis,  
Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet,  
Eugenio Bulygin, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale,  
Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano, Jorge Cerdio,  
Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele,  
David Duarte, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti,  
Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido,  
Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi,  
Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,  
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,  
Tecla Mazzarese, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno,  
José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez,  
Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé,  
Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto,  
Alberto Puppo, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez,  
Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel,  
Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello,  
Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet,  
Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

## *Contatti*

[analisiediritto@istitutotarello.org](mailto:analisiediritto@istitutotarello.org)

## *Realizzazione editoriale*

Edizioni ETS - Pisa  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

# Analisi e diritto

1/2019



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

*Direttore responsabile*

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

*Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.*

*Analisi e diritto* è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Università degli Studi di Milano

Université Paris Nanterre

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

*print, individual:* Italy € 60,00 / Abroad € 70,00

*print, institutional:* Italy € 80,00 / Abroad € 90,00

*PDF\*:* individual € 50,00 / institutional € 60,00

\* Sconti / *Discounts:* Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2018

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

*Distribuzione*

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675583-4

ISSN 1126-5779

# Indice

## Riconoscimento e autorizzazione

- R. Guastini  
*Riconoscimento* (Recognition) 9
- S.L. Paulson  
Empowerment: *Hans Kelsen e la teoria radicale delle norme giuridiche*  
(Empowerment: Hans Kelsen and the Radical Theory of Legal Norms) 21

## Justificación jurídica, permisos y discreción judicial

- J.L. Rodríguez  
*Dos observaciones sobre la justificación jurídica*  
(Two Remarks on Legal Justification) 69
- P.E. Navarro  
*Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia entre Bulygin y Ruiz Manero* (Varieties of Permission and Judicial Discretion. An Analysis of the Bulygin-Ruiz Manero Debate) 89

## Saggi

- G. Maniaci  
*Contra Raz su autorità, autonomia e razionalità*  
(Against Raz on Authority, Autonomy, and Rationality) 115
- M. Ubertone  
*La deferenza semantica nel processo* (The Semantic Deference in Trial) 139
- P. Chiassoni  
*La bilancia inesistente* (The Nonexistent Scale) 165



# Saggi



# La balanza inexistente

*Pierluigi Chiassoni\**

## **Resumen**

El escrito se propone proporcionar un análisis de algunas hojas en la presente “edad de la ponderación”. La primera parte dibuja un aparato terminológico y conceptual para acercarse al fenómeno ponderación manteniendo la oportuna distancia reflexiva. La segunda parte utiliza el aparato para desarrollar una reconstrucción crítica de tres episodios: la “doctrina Aleinikoff”, quizás el primer constitucionalista a oponerse al ponderacionismo; la propuesta especificacionista de J.J. Moreso; el debate entre Manolo Atienza, defensor estrenuo de un ponderacionismo de corte alexyano, por un lado, y Juan Antonio García Amado, sostenedor de un radical interpretacionismo anti-ponderativo, por el otro.

**Palabras clave:** Ponderación. Principio axiológico. Ponderacionismo. Especificacionismo. Interpretacionismo no-ponderativo.

## **Abstract**

The paper purports to provide a detached analysis of a few pages in the history of the present “age of balancing”. The first part, devoted to the conceptual problem, provides the outline of a terminological and conceptual apparatus concerning the balancing phenomenon. The second part puts that apparatus to work in view of carrying out a critical presentation of three episodes: the “Aleinikoff doctrine”, perhaps one of the first examples of vigorous reaction against balancing theories; the balancing-as-specification theory advocated by J. J. Moreso; the debate between Manuel Atienza, a staunch balancing theorist, on the one hand, and Juan Antonio García Amado, supporting a no-balancing, interpretivist approach, on the other hand.

---

\* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, [pierluigi.chiassoni@unige.it](mailto:pierluigi.chiassoni@unige.it). Versión revisada de la ponencia presentada para el seminario “Problemas de interpretación de normas sobre derechos humanos”, Corte Suprema de la Nación, Ciudad de México, 9 de septiembre de 2016.

**Keywords:** Balancing. Axiological principle. Balancing theories. Specification theories. Non-balancing interpretivism.

«We are balancing and compromising and adjusting every moment that we judge»

B. N. Cardozo<sup>1</sup>

## 1. Algunos problemas para una teoría de la ponderación judicial

Sola, o en relación con el principio de proporcionalidad, la ponderación es hoy en día un componente sobresaliente en las prácticas decisionales, sea de los jueces constitucionales que operan en los estados de derecho contemporáneos, sea de los jueces de tribunales supranacionales (como, por ejemplo, la Corte europea de derechos humanos, la Corte interamericana de derechos humanos, la Corte de la Unión europea). Constituye además un tema que juristas y filósofos del derecho consideran menester tratar, al punto que se ha formado, particularmente al interior del movimiento (neo)constitucionalista, una literatura ya virtualmente inagotable, y, cabe notar, todavía en una fase de plena e incesante producción.

Manuel Atienza identifica tres problemas que, en su opinión, serían ineludibles para cualquier teoría valiosa de la ponderación. Estos son: el problema de la “estructura” (¿Cómo ponderar?), el problema de las “ocasiones” (¿Cuándo ponderar?), y, no último, el problema de la “racionalidad” (si ponderar sea “algo de razón” – *aliquid rationis*, como habría dicho nuestro viejo amigo Tomás)<sup>2</sup>.

Trata-se de problemas – o, mejor dicho, de conjuntos de problemas<sup>3</sup> – que sin duda poseen una importancia capital. Sin embargo, antes de acercarme a ellos asumiendo un punto de vista meta-teórico y meta-metodológico (de meta-metodología descriptiva y analítica), me parece no ocioso afrontar, aunque de una manera provisional, otro problema: el problema (que llamo) conceptual. Este problema requiere reflexionar sobre el actual aparato de términos y conceptos relativo al fenómeno de la ponderación, en aras de articular, posiblemente, un aparato mejor: es decir, más claro y más fino.

El escrito contiene dos partes. La primera parte, de carácter introductorio, será dedicada al problema conceptual (§ 2). En ella intentaré ofrecer algunas clarifica-

<sup>1</sup> Cardozo 1928: 75, citado en Aleinikoff 1987: 959, nota 93.

<sup>2</sup> Atienza 2012a; Atienza 2014; sobre la teoría de la ponderación de Atienza volveré en el apartado 5.

<sup>3</sup> “El” problema de las ocasiones es, en particular, un conjunto de problemas heterogéneos. Abarca sea problemas genuinamente teóricos (“¿Cuándo es inevitable ponderar – si acaso lo es?”), sea problemas prácticos o normativos (¿Cuándo se puede / se debe ponderar?). Estos últimos conciernen a la legitimidad o justificación de la ponderación.

ciones preliminares, útiles para construir un trasfondo a la luz del cual leer – según espero, más detenidamente – las teorías de que me ocuparé en la segunda parte. En la segunda parte, me propongo analizar tres episodios en la historia de la reflexión contemporánea sobre la ponderación: la “doctrina” Aleinikoff (§ 3), la propuesta “especificacionista” de José Juan Moreso (§ 4), y, en fin, el debate entre Atienza y Juan Antonio García Amado acerca de la alternativa ponderación *versus* interpretacionismo (§ 5). Como veremos, estos episodios proporcionan, en su conjunto, una muestra bastante comprensiva y articulada de algunos de los problemas, ya sea teóricos, ya sea prácticos, que la ponderación conlleva.

## 2. El problema conceptual

En los discursos de jueces, juristas y filósofos del derecho, la “ponderación” (*Abwägung*, *balancing*, *bilanciamento*, *ponderação*, *ponderation*, *ponderazione*, *weighing*, etc.) posee, para decir así, muchas identidades. Según el contexto, ella es calificada de “concepto”, “principio”, “método”, “instrumento metodológico”, “(método de) razonamiento”, “método de interpretación y aplicación del derecho”, “criterio”, “criterio esencial para la aplicación” de las disposiciones constitucionales (como, por ejemplo, las enmiendas de la constitución de los Estados Unidos), “técnica”, etc.

A la luz de estas caracterizaciones de sentido común, cuatro nociones merecen ser destacadas, quizás, como las más relevantes en aras de una reconstrucción conceptual esclarecedora. Estas son: *ponderación-técnica* (P-técnica), *ponderación-principio* (P-principio), *ponderación-actividad* (P-actividad), y, en fin, *ponderación-producto* (P-producto).

### 2.1. Ponderación-técnica

La palabra “ponderación” puede ser entendida, antes que todo, como denominación de una *técnica* o *método jurídico*. En tal caso, ella es el nombre de una manera no casual de resolver problemas jurídicos, que consiste en utilizar un *principio de ponderación* para realizar una *actividad ponderativa* (*ponderación-actividad*) que lleva a un *resultado ponderativo* (*ponderación-resultado*).

Así definida, la noción de ponderación-técnica es conceptualmente parasitaria. Su contenido depende del contenido de otras nociones; depende, en particular, de la noción que en el aparato juega un papel central, es decir, la noción de principio de ponderación.

## 2.2. Ponderación-principio

La palabra “ponderación” puede ser entendida también, como dije, como denominación de un principio: el principio de ponderación. Cabe advertir, sin embargo, que en la literatura se encuentran (por lo menos) dos principios de ponderación diferentes: el principio de ponderación por superación y el principio de ponderación por reconciliación<sup>4</sup>.

En la formulación quizás más amplia y genérica, el principio de ponderación por superación (*PPS*) suena más o menos así:

(*PPS*) Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que pesa más debe ser preferida a las soluciones que pesan menos.

El principio de ponderación *PPS* indica cómo se debe proceder, como se debe decidir, cuando, en hipótesis, para una misma cuestión de derecho, hay dos o más soluciones alternativas posibles: es decir, que pueden razonablemente ser adoptadas. La condición para aplicar el principio de ponderación *PPS* es, por ende, una situación de pluralismo argumentativo, en la cual las razones jurídicas utilizables sub-determinan la solución. Llamaré este principio *principio genérico de ponderación por superación (PGPS)*.

El principio genérico de ponderación por superación – cabe notar – está estrictamente relacionado con otro principio que, aparentemente, juega un papel muy importante en el razonamiento jurídico, aunque a menudo no sea mencionado, permaneciendo en el trasfondo de las argumentaciones. Me refiero al *principio axiológico*. El principio axiológico, en una posible formulación, establece que:

(*PA*) Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que vale más debe ser preferida a las soluciones que valen menos.

Ahora bien: el principio genérico de ponderación por superación (*PGPS*) puede ser entendido en dos maneras diferentes en lo que concierne a sus relaciones con el principio axiológico. O bien, lisa y llanamente, como nada más sino una (*re*)formu-

---

<sup>4</sup> Aleinikoff 1987: 943-1005 distingue por ejemplo entre el *overwhelming balancing* y el *striking-a-balance balancing*. Sobre la distinción volveré en el § 3. En una formulación genérica, el principio de ponderación por reconciliación (*PPR*) suena más o menos así: si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, se debe preferir la solución que proporcione la mejor reconciliación entre las soluciones alternativas suponiibles. A continuación me ocuparé solamente del principio de ponderación por superación. Sin embargo, todo lo que diré de la ponderación desde la perspectiva del principio de ponderación por superación vale, *mutatis mutandis*, también desde la perspectiva del principio de ponderación por reconciliación.

*lación metafórica* del principio axiológico; o bien como una *especificación metafórica* del principio axiológico.

En el primer caso, el principio genérico de ponderación por superación puede ser reformulado, pues, en una forma quizás más precisa, de la siguiente manera:

(PPS/PA) Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que pesa/que vale más debe ser preferida a las soluciones que pesan/que valen menos.

Para las entidades materiales, “peso” y “valor” son nociones conceptualmente diferentes. El “peso” – en gramos – de una pepita de oro es algo diferente del “valor” (científico, cultural, artístico, monetario, etc.) de aquella pepita, aunque los dos pueden ser, y son a menudo, estrictamente conectados. En cambio, para las entidades inmateriales (ideas, ideales, principios, derechos, soluciones a cuestiones jurídicas, etc.) las palabras “peso” y “valor” pueden ser utilizadas de manera intercambiable, para referirse a la misma cosa. En el discurso de los juristas, esto ocurre a menudo, hablándose indiferenciadamente de lo que “vale o pesa más”. En efecto, en relación a las entidades inmateriales, la palabra “peso” no puede ocurrir sino en usos metafóricos. La metáfora es evidente: cualquier cosa se entienda, pongamos, por “soluciones alternativas” a un problema jurídico, estas son entidades que poseen un “peso” sólo metafóricamente, sólo por vía de una asimilación imaginaria a los objetos materiales, sólo para sugerir, quizás como estratagema retórico, que una decisión acerca de ellas va a ser tomada sobre la base de consideraciones “objetivas” y datos “objetivos”<sup>5</sup>.

En el segundo caso, en cambio, el principio genérico de ponderación por superación merece conservar su formulación estándar:

(PPS) Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que pesa más debe ser preferida a las soluciones que pesan menos.

En esta interpretación, el principio genérico de ponderación (PGPS) representa pues, como dije, una *especificación metafórica* del principio axiológico. En este sentido: en aras de aplicar el principio axiológico a los casos concretos, el principio de ponderación específica el criterio del “mayor valor” en términos de “mayor peso”, es decir, instituyendo una correlación entre el valor y el peso de las soluciones jurídicas alternativas, de forma que la solución que pesa más, vale más, y la que pesa menos, vale menos.

---

<sup>5</sup> Considero el principio de ponderación como (re)formulación metafórica del principio axiológico, y por lo tanto semánticamente equivalente a ello, en Chiassoni 2018: 20-22.

En ambos casos, cabe notar, siendo la (re)formulación o bien la especificación del principio axiológico metafóricas, el principio de ponderación no puede ser utilizado sino previa disipación de la metáfora (*infra*, § 2.5).

El principio genérico de ponderación por superación está, a su vez, detrás de algunas variantes más específicas (menos genéricas) que también se encuentran en los discursos de los jueces y juristas.

Es menester mencionar, sin pretensión de completitud, tres principios (más) específicos de ponderación por superación: el principio de ponderación por superación en cuanto principio (o “criterio”) para la resolución de las antinomias (*PPSA*), el principio de ponderación por superación en cuanto principio interpretativo, o para la resolución de dudas interpretativos (*PPSI*), y, en fin, el principio de ponderación por superación en cuanto principio para la integración de las lagunas (*PPSL*).

El principio de ponderación por superación, en cuanto principio o criterio para la resolución de las antinomias (*PPSA*), prescribe que:

(*PPSA*) Si hay una incompatibilidad (conflicto, colisión) entre dos normas (principios, derechos, intereses), la norma (principio, derecho, interés) que pesa más debe ser preferida a la norma (principio, derecho, interés) que pesa menos.

El principio de ponderación por superación, en cuanto principio interpretativo (*PPSI*), prescribe que:

(*PPSI*) Si hay una disposición para la cual se pueden suponer (proponer, argumentar) interpretaciones alternativas, la interpretación que pesa más debe ser preferida a las interpretaciones que pesan menos.

En fin, el principio de ponderación por superación, en cuanto principio para la integración de las lagunas normativas (*PPSL*), prescribe que:

(*PPSL*) Si hay una laguna normativa para la cual se pueden suponer (proponer, argumentar) formas de integración alternativas, la forma de integración que pesa más debe ser preferida a las formas de integración que pesan menos.

A la luz de las breves aclaraciones que preceden, y, en particular, a la luz de los tres principios específicos de ponderación por superación ahora considerados, se comprende porqué la “ponderación” sea calificada de “criterio esencial para la aplicación” de las disposiciones constitucionales, o bien de “instrumento metodológico”, o bien forme la base de un “método de razonamiento” y, más precisamente de un “método de interpretación y aplicación del derecho”. Se comprende también porqué la “ponderación” en cuanto principio específico concerniente a las antinomias sea calificado de “criterio”, y más precisamente, de criterio para la resolución de conflictos o colisiones entre principios, derechos o intereses de rango constitu-

cional<sup>6</sup>. Se comprende, en fin, porqué la “ponderación”, en cuanto principio interpretativo o de integración, sea calificada de “método de razonamiento” y de “método de interpretación y aplicación del derecho”, en la medida en que interviene ya sea en la identificación, selección, y justificación de la interpretación jurídicamente correcta de una disposición, ya sea en la identificación de la integración jurídicamente correcta de una laguna.

### 2.3. Ponderación-actividad

Los usos que juristas y filósofos del derecho hacen del término “ponderación”, en cuanto denominación de una actividad (operación, procedimiento, manera de proceder), sugieren que es menester destacar dos sentidos de “ponderación-actividad”: la ponderación-actividad en sentido impropio y la ponderación-actividad en sentido propio.

La *P-actividad en sentido impropio* consiste en la actividad (operación, procedimiento) de carácter intelectual que se pone en marcha en aras de resolver una antinomia entre principios (derechos, intereses) constitucionales, *cual que sea* la herramienta empleada<sup>7</sup>. De forma que una actividad de “ponderación” en este sentido impropio puede ser llevada a cabo también sin emplear algún principio de ponderación.

En cambio, la *P-actividad en sentido propio* consiste en la actividad (operación, procedimiento) de carácter intelectual que involucra la utilización de un principio de ponderación, ya sea por superación, ya sea por reconciliación.

La *P-actividad en sentido propio* es, más precisamente, una actividad de razonamiento, mediante la cual el operador jurídico “calcula” (establece) el peso respectivo de alternativas previamente identificadas. Por supuesto, tratándose de un cálculo metafórico con pesos imaginarios, hay muchas maneras diferentes de calcular el peso de las soluciones alternativas para una misma cuestión jurídica, según las diferentes propuestas y posturas ético-normativas de los juristas y filósofos del derecho. Sobre este punto, que concierne a la disolución de la metáfora de la “ponderación”, diré algo más al final del presente apartado (*infra*, § 2.5).

---

<sup>6</sup> Para una presentación ya clásica de los criterios tradicionales de resolución de las antinomias (jerárquico, cronológico, y de especialidad), véase Bobbio 1964: 79-99. Bobbio considera como, en el caso «extremo» de conflicto entre dichos criterios, no haya otra alternativa sino aplicar el criterio residual de justicia: «entre las dos normas incompatibles, debe prevalecer la más justa» (99). El criterio residual de justicia puede ser entendido, se note, como una especificación del principio de ponderación por superación *PPSA*, o bien como una especificación del principio axiológico, donde el peso o valor de las normas incompatibles se mide en términos de justicia: la norma más justa es la norma que pesa, y que vale, más.

<sup>7</sup> Aleinikoff 1987: 945.

## 2.4. Ponderación-producto

Pasando, en fin, a la “ponderación” en cuanto ponderación-producto (*P-producto*), y tomando en consideración sólo los productos de actividades de ponderación en sentido propio (*supra*, § 2.3), parece útil destacar dos formas, que corresponden a otros tantos sentidos de “ponderación-producto”: la P-producto en sentido estricto y la P-producto en sentido amplio.

La *P-producto en sentido estricto* consiste en una oración que expresa un juicio ponderativo o juicio de ponderación. Podemos hablar de *oración ponderativa*.

La *P-producto en sentido amplio*, en cambio, consiste en un discurso articulado en una pluralidad de oraciones, que contiene típicamente cuatro ingredientes:

- (1) un *principio de ponderación*;
- (2) una *oración ponderativa*;
- (3) una *argumentación ponderativa*, o sea, un conjunto de oraciones formuladas para justificar (“externamente”) la oración ponderativa, es decir, para presentar un cierto juicio de ponderación como (el sólo) jurídicamente correcto; y, en fin,
- (4) una *conclusión ponderativa*, que deriva lógicamente de la combinación del principio de ponderación y de la oración ponderativa.

La *P-producto en sentido amplio* consiste, por lo tanto, en un razonamiento ponderativo-producto. Su estructura lógica estándar se compone de dos premisas y una conclusión.

En relación al principio genérico de ponderación por superación, la estructura lógica del razonamiento ponderativo es la siguiente:

1. Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que pesa más debe ser preferida a las soluciones que pesan menos (*PGPS - principio genérico de ponderación por superación*).
2. En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución R<sub>i</sub> pesa más que las soluciones alternativas R<sub>j</sub> ... R<sub>n</sub> (*oración ponderativa*).
3. En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución R<sub>i</sub> debe ser preferida a las soluciones alternativas R<sub>j</sub> ... R<sub>n</sub> (*conclusión ponderativa*)<sup>8</sup>.

En relación al principio de ponderación por superación en cuanto principio para la resolución de las antinomias (*PPSA*), cabe destacar tres variantes, que corresponden a tres formas diferentes de concebir la manera de determinar el peso de las normas (principio, derecho, interés) en conflicto.

<sup>8</sup> En la simbología de la lógica de los predicados, siendo “CJ” el símbolo de un “problema jurídico con más soluciones alternativas”, “PM” el símbolo de la relación “pesar más”, “O” el símbolo de la calificación deontica “Obligatorio” / “Se debe”, y “PR” el símbolo de la relación “ser preferido a”, el razonamiento puede traducirse en un *modus ponens* de la siguiente forma: 1. (x) (y) (z) (CJx & PMyz → OPRyzx); 2. CJa; 3. PMbc; 4. CJa & PMbc; 5. OPRbca.

La primera variante es *particularista*. El peso de las dos normas debe ser medido en relación al caso individual que se trata de decidir *en sí considerado*: es decir, considerado teniendo en cuenta su peculiar e irrepetible unicidad, de forma que se tiende a excluir que la oración ponderativa y la conectada conclusión ponderativa puedan asumir valor de precedente.

El principio de ponderación asume la formulación siguiente:

(PPSAP) Si hay una incompatibilidad (conflicto, colisión) entre dos normas (principios, derechos, intereses), la norma (principio, derecho, interés) que pesa más *en relación al caso individual que se trata de decidir* debe ser preferida a la norma (principio, derecho, interés) que pesa menos.

En el razonamiento ponderativo, al principio particularista se acompaña una *oración ponderativa particularista*, la cual suena, por ejemplo, así:

(OPP) La norma N1 pesa más que la norma N2 en relación al caso individual  $CI_1$ <sup>9</sup>.

La segunda variante es *universalista*. El peso de las dos normas tiene que ser medido en relación a la *clase de casos* a la cual el caso individual que se trata de decidir pertenece. El principio de ponderación asume la formulación siguiente:

(PPSAU) Si hay una incompatibilidad (conflicto, colisión) entre dos normas (principios, derechos, intereses), la norma (principio, derecho, interés) que pesa más *en relación a la clase de casos a la cual el caso individual que se trata de decidir pertenece* debe ser preferida a la norma (principio, derecho, interés) que pesa menos.

En el razonamiento ponderativo, al principio universalista se acompaña una *oración ponderativa universalista*. Por ejemplo:

(OPU) La norma N1 pesa más que la norma N2 en relación a la clase de casos  $CG_1$ <sup>10</sup>.

En las variantes particularista y universalista, el principio de ponderación establece relaciones de prioridad relativa entre normas (principios, derechos, intereses) incompatibles. En la tercera variante, en cambio, la prioridad se vuelve *absoluta*. El *principio de ponderación absolutista* suena así:

<sup>9</sup> En la simbología de la lógica de los predicados: puesto que el caso individual es  $d$ , la oración ponderativa sostiene que  $PMbc$ , sobre el presupuesto, que se sitúa en su justificación externa, de que si  $d$  entonces  $PMbc$  ( $d \rightarrow PMbc$ ).

<sup>10</sup> En la simbología de la lógica de los predicados: puesto que el caso individual es  $d$ , y que  $d$  pertenece a la clase de casos  $D$  ( $Dd$ ), la oración ponderativa sostiene que  $PMbc$ , sobre el presupuesto, que se sitúa en su justificación externa, de que si algo es  $D$  ( $Dx$ ) entonces  $Pbc$ : ( $x$ ) ( $Dx \rightarrow PMbc$ ).

(PPSAA) Si hay una incompatibilidad (conflicto, colisión) entre dos normas (principios, derechos, intereses), la norma (principio, derecho, interés) que *en absoluto* pesa más debe ser preferida a la norma (principio, derecho, interés) que *en absoluto* pesa menos.

En el razonamiento ponderativo, al principio de ponderación absolutista se acompaña una *oración ponderativa absolutista*, que establece una relación de prioridad en hipótesis no revisable, constante, y estable entre dos normas (principios, derechos, intereses) incompatibles. Por ejemplo:

(OPA) En todo caso de incompatibilidad (conflicto, colisión), la norma N1 pesa *en absoluto* más que la norma N2<sup>11</sup>.

Consideraciones análogas pueden hacerse sea en relación a las oraciones de interpretación ponderada, sea en relación a las oraciones de integración ponderada.

Podemos en efecto destacar oraciones de interpretación ponderada de tipo particularista, de tipo universalista, o, en fin, de tipo absolutista:

- (1) La interpretación producto IP1 pesa más que la interpretación producto IP2 en relación al caso individual  $CI_i$
- (2) La interpretación producto IP1 pesa más que la interpretación producto IP2 en relación a la clase de casos  $CG_i$ .
- (3) En todo caso, la interpretación producto IP1 pesa en absoluto más que la interpretación producto IP2.

Las oraciones del primer tipo reflexionan un enfoque de “metodología de los resultados”: es decir, el interprete actúa sobre el supuesto de que sea lícito (y quizás necesario) proceder “caso por caso”, sin alguna generalización y vínculo de coherencia. Las oraciones del segundo tipo reflexionan un enfoque que puede depender de la adopción de una “metodología del método”, la cual, sin embargo, justifica resultados interpretativos diferentes para diferentes clases de casos. En fin, las oraciones del tercer tipo reflexionan una “metodología del método” que, en hipótesis, justifica resultados estables para cualquier caso o clase de casos<sup>12</sup>.

De forma similar, podemos destacar oraciones ponderativas de integración de tipo particularista, de tipo universalista, o bien de tipo absolutista:

- (1) La integración producto AP1 pesa más que la integración producto AP2 en relación al caso individual  $CI_i$

<sup>11</sup> En la simbología de la lógica de los predicados:  $T \rightarrow PMbc$ , donde T representa cualquier situación en la cual cabe establecer una relación de mayor peso entre las normas (principios, derechos, intereses) en conflicto representados por *a* y *b*.

<sup>12</sup> Destaca entre “metodología de los métodos” y “metodología de los resultados”, Lombardi Vallauri 2012: 79-83.

- (2) La integración producto AP1 pesa más que la integración producto AP2 en relación a la clase de casos CG<sub>i</sub>
- (3) En todo caso, la integración producto AP1 pesa en absoluto más que la integración producto AP2.

## 2.5. Disipaciones de la metáfora

Los principios de ponderación, como hemos visto, representan otras tantas instancias, o bien de (re)formulación metafórica, o bien de especificación metafórica, del principio axiológico: el principio vacío que, según el hipótesis que subyace a la presente reconstrucción, captura la idea normativa que forma la base sustantiva última, aunque casi siempre tácita, de toda justificación jurídica (*supra*, § 2.2).

Las normas, los principios, los derechos, los intereses, y, en general, las soluciones a cuestiones jurídicas no tienen peso, sino en virtud de un acto de imaginación: es decir, sino en fuerza de un “hacer como si”. No hay, pues, la balanza que pueda pesar lo que no tiene peso.

Esta constatación es trivial, y, como todas cosas triviales, se encuentra a menudo en la literatura especializada. Tiene, no obstante, su mordiente. Si la ponderación es metáfora, si las normas (principios, derechos, intereses) no tienen, como no tienen, peso, las teorías normativas de la ponderación, si quieren ser discursos no ociosos, tienen que proporcionar maneras aceptables de disolver la metáfora: es decir, es menester que ellas ofrezcan formas aceptables de traducir la figura del “peso” en términos no metafóricos.

¿Cómo se ha traducido la metáfora del “peso” en las teorías normativas de la ponderación de los juristas y filósofos del derecho contemporáneos?

A una consideración superficial, podemos destacar no menos de seis concepciones diferentes de la ponderación, que corresponden a otras tantas maneras distintas de disipar la metáfora. Estas son: la concepción intuicionista, la concepción pragmatista, la concepción economicista, la concepción sociológica, la concepción especificacionista, y, en fin (de este inventario incompleto), la concepción racionalista argumentativa.

La *concepción intuicionista* de la ponderación concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *valor práctico* (ético, moral) *intrínseco*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ<sub>i</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A pesa más que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ<sub>i</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpre-

tación-producto, integración-producto) A *tiene un valor moral intrínseco superior* al de la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

o bien

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, el *valor moral intrínseco* de la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A es *superior* al *valor moral intrínseco* de la solución (principio, interpretación, integración de laguna) B<sup>13</sup>.

La *concepción pragmatista* de la ponderación concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *adecuación instrumental hacia una vida mejor*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A pesa más que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *produce (es muy probablemente susceptible de producir) un conjunto de consecuencias más favorable a una vida mejor* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La *concepción economicista* de la ponderación concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *costes y beneficios*, de *eficiencia*, o bien de *maximización de la riqueza*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A pesa más que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

---

<sup>13</sup> Trata-se, por supuesto, de una concepción muy controvertida. Que fue objeto por ejemplo, ya hace años, de la crítica de Roscoe Pound: «Philosophical jurists have devoted much attention to deducing of some method of getting at the *intrinsic importance* of various interests so that *an absolute formula* may be reached in accordance with which it may be assured that the *intrinsically weightier interests* shall prevail. If this were possible it would greatly simplify the task of legislators, judges, administrative officials and jurists and would conduce to greater stability, uniformity and certainty in the administration of justice. [...] But [...] philosophers and jurists to seek such a method, we have come to think today that the quest is futile. Probably the jurist can do no more than recognize the problem and perceive that it is put to him as a practical one of securing the whole scheme of social interests so far as he may; of maintaining a balance or a harmony or adjustment among them compatible with recognition of all of them» (citado por Aleinikoff 1987: 973-974, cursivos añadidos).

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *produce (es muy probablemente susceptible de producir) más beneficios y menores costes, en términos de recursos individuales y sociales*, que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *es más eficiente, en términos de recursos individuales y sociales*, que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *produce más riqueza* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La *concepción sociológica* de la ponderación concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *valoraciones sociales efectivas*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *pesa más* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *tiene un valor social superior (es decir, es valorada por la sociedad más)* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La *concepción especificacionista* concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *conformidad a los casos paradigmáticos y al trasfondo de intuiciones normativas compartidas*, aunque inarticuladas, que dichos casos reflexionan. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ<sub>j</sub>, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *pesa más* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico  $CJ_j$ , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A, en virtud de las propiedades  $P_1 \dots P_n$ , es más conforme con *los casos paradigmáticos y el trasfondo de intuiciones normativas compartidas* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La concepción especificacionista de la ponderación se puede considerar, por lo tanto, como una forma específica de concepción sociológica, que hace referencia, y respeta, a las valoraciones sociales detrás de los casos paradigmáticos.

En fin, la *concepción racionalista argumentativa* de la ponderación concibe – y disipa – el “peso” en términos de *justificación racional*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico  $CJ_j$ , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A pesa más que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico  $CJ_j$ , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *es sostenida por una justificación racional (es decir, es apoyada por un conjunto de argumentos racionales) más fuerte* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La justificación racional, como se sabe y como veremos, es concebida como una combinación de argumentos eclécticos, que, en el juicio de proporcionalidad, trae a colación exigencias (pragmatistas) de eficacia instrumental (bajo el rótulo del “test de adecuación”), exigencias (economicistas) de eficiencia (bajo el rótulo del “test de necesidad”), y exigencias deontológicas de racionalidad sustancial (bajo el rótulo del “test de proporcionalidad en sentido estricto”).

De las concepciones especificacionista (en la forma propuesta por Moreso) y racionalista argumentativa (en las variantes elaboradas por Robert Alexy y Manuel Atienza) de la ponderación me ocuparé, un poco más detenidamente, tratando del segundo y del tercer episodios que mencioné al comienzo. Pero, antes que todo, merece la pena considerar brevemente la posición fuertemente crítica de Aleinikoff: su “doctrina” vehementemente anti-ponderacionista. Otra posición crítica, la de García Amado, la consideraré mientras que daré cuenta de la posición ponderacionista de Atienza.

### 3. La doctrina Aleinikoff

En un ensayo ya clásico de finales de los años ochenta, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Alexander Aleinikoff propone un análisis de la ponderación, caracterizándola como el «método de interpretación constitucional», en la cultura jurídica americana de la segunda mitad del siglo XX, que consiste en justificar las interpretaciones, y las decisiones que siguen, mediante operaciones de «identificación, valoración y comparación de intereses contrarios»<sup>14</sup>. De forma que una “motivación ponderativa” (*balancing opinion*), según este sentido central de “ponderación”, es una motivación:

«que analiza una cuestión constitucional identificando los intereses implicados en el caso y llega a una decisión o construye una norma de derecho constitucional al asignar – explícita o implícitamente – valores a los intereses identificados»<sup>15</sup>.

Aleinikoff parte de la constatación de que la ponderación es devenida una forma de argumentar las decisiones constitucionales a tal punto natural, que los juristas ya no se dan cuenta ni de los «serios problemas» que hay en su estructura («mecánica»), ni de como ella «ha transformado la jurisdicción y el derecho constitucional»<sup>16</sup>. Se propone por lo tanto de despertar la consciencia metodológica de los juristas americanos, poniendo en tela de juicio a la ponderación: sea desde el punto de vista de su estructura, o en cuanto herramienta del método jurídico (“crítica interna”), sea desde el punto de vista de su legitimidad constitucional (“crítica externa”), configurando la posibilidad de un «mundo sin ponderación», donde se utilizan formas alternativas de interpretación y razonamiento constitucional.

A continuación, analizaré cuatro aspectos de la teoría de la ponderación de Aleinikoff, poniendo particular atención a la manera en que él resuelve el problema conceptual, a la crítica interna y externa de la ponderación constitucional, y, en fin, a la propuesta de alternativas. Formularé, mientras tanto, algunas consideraciones meta-metodológicas.

#### 3.1. El problema conceptual

En lo que concierne a la ponderación, el problema conceptual, como hemos apenas visto (*supra*, § 2), consiste en dotarse de un aparato de términos, y de conceptos claros y distintos correspondientes, que sea adecuado para capturar los rasgos estadísticamente más significativos del “fenómeno de la ponderación” en una o más

<sup>14</sup> Aleinikoff 1987: 943.

<sup>15</sup> Aleinikoff 1987: 943.

<sup>16</sup> Aleinikoff 1987: 943-944.

experiencias jurídicas. En la resolución del problema conceptual – siempre provisional – es menester partir del aparato de términos y conceptos ya existente, y luego considerar si, y en que medida, dicho aparato sea adecuado frente al fenómeno que pretende capturar; procediendo, si necesario, a revisiones, nuevas articulaciones, y esclarecimientos de lo mismo.

Ahora bien, en su análisis del problema conceptual, Aleinikoff procede precisamente en esta manera. Los resultados su reflexión pueden recapitularse así.

1. “*Ponderación en sentido propio y “ponderación en sentido impropio.* Hay dos maneras principales de utilizar “ponderación”. A veces, se la utiliza para referirse al método de resolución de conflictos entre intereses que consiste en pesar (en asignar valores a) los intereses, asumiendo que «cada interés busca su propio reconocimiento y obliga a que se haga una comparación de los intereses implicados»<sup>17</sup>. Otra veces, se la utiliza para denotar «cualquier método de resolución de conflictos entre valores». Hace falta, por ende, destacar un sentido propio de “ponderación” (el primero) y un sentido impropio (el segundo)<sup>18</sup>.

2. *Ponderación v. Subsunción.* La ponderación (en sentido propio) debe ser cuidadosamente destacada de los métodos que resuelven los conflictos de intereses mediante un enfoque «conceptual» o categorial, aunque se puedan tomar en consideración «todas las circunstancias» del caso, o se apliquen criterios de calificación articulados en una pluralidad de condiciones (como ocurre con los llamados “criterios de valoración articulados” o «multi-pronged tests»). En estos últimos casos, en efecto, un cierto interés recibe protección jurídica no ya porque, en las circunstancias del caso, pese más que los intereses contrarios; sino porque la conducta llevada a cabo en aras de realizarlo puede ser subsumida en un cierto concepto jurídico previamente definido (“confesión voluntaria”, “expropiación por pública utilidad”, “ejercicio del poder de policía”, etc.).

3. *Ponderación por preponderancia v. ponderación por equilibrio.* Hay en realidad dos formas bastante diferentes de ponderación (en sentido propio). Algunas ponderaciones resultan, pues, en establecer la *superación* o *prevalencia incondicionada* (la terminología es mía) de un interés sobre otro contrario («outweighing balancing»). Esto ocurre por ejemplo, según afirma Aleinikoff, en la sentencia *New York v. Ferber*, donde el interés a la protección de los menores prevalece sin más sobre el interés a la libertad de expresión de los editores de publicaciones pedo-pornográficas. Otras ponderaciones, sin embargo, resultan en establecer la *superación* o *prevalencia condicionada* de un interés sobre otro contrario: o sea, si se quiere, tienen por resultado un régimen en el cual un cierto interés prevalece, *si* se dan ciertas circunstancias, y el otro prevalece *si* se dan otras («striking a balance” balancing»). Esto

<sup>17</sup> Aleinikoff 1987: 944.

<sup>18</sup> Aleinikoff 1987: 943.

ocurre, por ejemplo, en la sentencia *Tennessee v. Garner*. En ella, la Corte Suprema de los EE.UU. subordina la posibilidad de emplear armas da fuego para prevenir la huida de personas sospechosas a algunas condiciones, así garantizando, al mismo tiempo, el interés de estos últimos a la protección de su vida e incolumidad física. Lo que, según Aleinikoff, justifica hablar de “ponderación” en ambos tipos de operaciones es que ellas comparten, sea «la concepción del derecho constitucional como un campo de batalla de intereses en competencia», sea la pretensión de ser capaces de «identificar y atribuir un valor a dichos intereses»<sup>19</sup>.

4. *Objetos de ponderación.* Según una manera común de pensar, la ponderación puede atañer a conflictos entre intereses individuales e intereses públicos (gubernamentales, sociales), a conflictos entre intereses individuales diferentes (piense-se a una ponderación donde el derecho a la intimidad de la vida privada de alguien choca con la libertad de expresión de otro) o en cabo a diferentes titulares privados (piense-se a la ponderación en materia de derecho a la vida de sujetos diferentes), o también a conflictos entre intereses públicos diferentes (como, por ejemplo, en los casos que caen bajo la llamada “cláusula de comercio” de la constitución federal americana). Aleinikoff, sin embargo, como veremos tratando de la crítica interna a la ponderación, piensa que estas distinciones conceptuales, aunque corrientes, sean censurables en la medida en que sugieren que, para decir así, la frontera entre intereses individuales e intereses públicos sea tajante, mientras que un mismo estados de cosas puede ser considerado a menudo sea de interés individual, sea de interés público, según el punto de vista que se adopte.

5. *Ponderación ad hoc y ponderación definitiva.* En la teoría constitucional, en fin, se suele destacar la ponderación “*ad hoc*” de la llamada ponderación “definitoria”.

La ponderación *ad hoc* agota su alcance en la decisión del caso individual (en las palabras un poco obscuras de Aleinikoff, trata-se de «balancing that itself is the constitutional principle»). En la ponderación *ad hoc*, pues, el juez se limita a aplicar el método (y principio) de la ponderación, sin pretensión alguna de crear una nueva regla para una cierta clase de casos, ni, quizás, de crear un precedente a favor del uso de la ponderación en relación a un cierto tipo de casos. Esto ocurre típicamente en los casos en materia de debido proceso procedural (“procedural due process”), como por ejemplo, precisa Aleinikoff, en la sentencia *Mathews v. Eldridge*<sup>20</sup>.

Aleinikoff, además, sugiere destacar dos formas de ponderación definitiva, que podríamos llamar *ponderación definitiva generalista* y *ponderación definitiva particularista*.

<sup>19</sup> Aleinikoff 1987: 946

<sup>20</sup> Aleinikoff 1987: 948.

La ponderación generalista lleva a establecer un «principio constitucional de aplicación general»<sup>21</sup>. Esto ocurre, por ejemplo, en la ya citada sentencia *New York v. Ferber*.

La ponderación particularista, en cambio, lleva a establecer un principio constitucional que *prescribe* de ponderar *ad hoc* en todos los casos de un cierto tipo. Esto ocurre, por ejemplo, en la sentencia *Lassiter v. Department of Social Services*<sup>22</sup>.

Dejando de lado que la distinción entre ponderación *ad hoc* y ponderación definitoria particularista no queda del todo clara (en la ponderación *ad hoc* los jueces emplean el principio de ponderación, como principio general para resolver los conflictos de intereses en ciertos tipos de casos), cabe notar que, según Aleinikoff la distinción entre ponderación *ad hoc* y ponderación definitoria (generalista) es – yo diría: justamente – sospechosa. Como veremos ahora tratando de la llamada “crítica interna” a la ponderación.

### 3.2. La crítica interna

La «crítica interna» de la ponderación consiste en un poner el luz algunos aspectos problemáticos de la ponderación, desde un punto de vista exquisitamente metodológico. Consiste pues en un conjunto de críticas técnicas, y, más precisamente, estructurales: que atañen a la bondad técnica de la ponderación, apuntando a «difíciles problemas analíticos y operacionales»<sup>23</sup>.

Ahora bien, Aleinikoff identifica cinco defectos estructurales de la ponderación, los cuales, en su conjunto, sugieren tratarse de una metodología mucho menos racional y científica, de lo que sus partidarios parecen asumir, y sugerir a los demás. Estos defectos – en una terminología no estrictamente alenikoffiana – consisten: (1) en la carencia de objetividad, (2) en la incompletud, (3) en la sub-representación, (4) en la derrotabilidad, y (5) en la relatividad categorial.

(1) *Carencia de objetividad*. La carencia de objetividad atañe a los criterios que los jueces emplean, y pueden emplear, para pesar los intereses en conflicto. Según Aleinikoff, cabe notar, no es que no haya criterios para pesar de una manera comparativa intereses en conflicto. Porque sí los hay; y nosotros, en nuestras ponderaciones cotidianas, los utilizamos a menudo. El problema, pues, no es la “inconmensurabilidad” de los objetos de ponderación. El verdadero problema es el carácter fatalmente subjetivo, y discrecional, de los criterios de ponderación. Los jueces, y algunos juristas (los que, en mí terminología, sostienen concepciones sociológicas de la ponderación: *supra*, § 2.5.), pretenden encontrar criterios de ponderación objetivos en la realidad social: en las valoraciones compartidas al interior de la sociedad.

<sup>21</sup> Aleinikoff 1987: 948.

<sup>22</sup> Aleinikoff 1987: 948, nota 31.

<sup>23</sup> Aleinikoff 1987: 972-983.

Pero, según Aleinikoff, raramente la sociedad proporciona escalas de valor precisas. De forma que, generalmente, el apelo a las valoraciones sociales es una movida retórica que esconde largas dosis de discrecionalidad judicial.

(2) *Incompletud*. La incompletud atañe a los intereses tomados – y que se pueden tomar – en consideración al ponderar. Según Aleinikoff, los tribunales – y, en particular, la Corte Suprema federal – nunca tienen en consideración todos los intereses afectados por sus decisiones; ni podrían hacerlo: «Tomar en serio la ponderación parecería demandar el tipo de investigación del mundo que las cortes no pueden o no quieren emprender»<sup>24</sup>.

(3) *Sub-representación*. La ponderación definitoria, como hemos visto, pretende establecer reglas generales: es decir, reglas que valen para la clase de casos en la cual se puede subsumir el caso individual que se trata de decidir. Sin embargo, estas reglas, sostiene Aleinikoff (aunque no en los términos que voy a emplear), sufren típicamente de sub-representación particularista: es decir, la (pretendida) regla general creada por la Corte no es otra cosa sino la generalización lisa y llana de las propiedades peculiares que la Corte ha identificado en el caso concreto. Por ejemplo, en la sentencia *Youngberg v. Romeo*, «Romeo representó a todos los pacientes [de instituciones de salud mental] y Penshurst State Hospital a todas las instituciones»; aunque, en la realidad de pacientes e instituciones, hay también otras propiedades que, queriendo llevar a cabo una ponderación seria, podrían y deberían ser tomadas como relevantes en aras de establecer una regla general<sup>25</sup>.

(4) *Derrotabilidad*. La ponderación definitoria tiene, como sabemos, la pretensión de llevar a la creación de una regla para una clase de casos. Ya hemos vistos que estas reglas gozan de una generalidad dudosa, pues son construidas estrictamente sobre las propiedades (seleccionadas por los jueces fatalmente según sus preferencias ético-normativas) de los casos concretos (sub-representación). El defecto de sub-representación sin embargo conlleva otro: el fatal particularismo de las reglas generales así creadas frente a nuevos casos. Es decir, dichas reglas generales dejan siempre abierta la posibilidad de nuevas ponderaciones en nuevos casos; son, pues, (aunque Aleinikoff no utilice esta expresión) reglas *ceteris paribus*, derrotables; a menos que los jueces, abandonando la metodología ponderativa, no decidan tratar-las de definitivas<sup>26</sup>.

(5) *Relatividad categorial*. Un último defecto técnico consiste, según Aleinikoff, en la engañosa “dicotomía” (contraposición) entre intereses gubernamentales e intereses individuales. Los jueces tratan los intereses que ponderan como si fuesen,

<sup>24</sup> Aleinikoff 1987: 978.

<sup>25</sup> Aleinikoff 1987: 978.

<sup>26</sup> Aleinikoff 1987: 980-981.

algunos, intrínsecamente gubernamentales, y otros intrínsecamente individuales. Pero la historia es otra. Los mismos intereses pueden ser concebidos, según conveniencia, ahora como individuales, ahora como gubernamentales, sobre la base de opciones discrecionales, si no arbitrarias, de los jueces mismos<sup>27</sup>.

Los defectos apenas mencionados llevan Aleinikoff a algunas conclusiones sombrías, donde la ponderación aparece al mismo tiempo en la luz poco envidiable del fracaso y de la fraude. Según Aleinikoff, el proceso de ponderación, así como llevado a cabo por los jueces constitucionales, es «rudimentario», totalmente asistemático («ningún sistema de identificación, evaluación y comparación de intereses ha sido desarrollado»), limitado típicamente sólo a algunos tipos de conflictos (los entre intereses individuales y estatales), donde los pesos son asignados de manera arbitraria («son aseverados, no argumentados»), de forma que, paradójicamente, un método pensado para «limitar la subjetividad en la interpretación constitucional» se ha vuelto en herramienta que favorece toda manipulación<sup>28</sup>. Como pone en luz la motivación mayoritaria en el ya citado caso *Lassiter*, la ponderación se ha vuelto en un mero juego de palabras: “ponderar” ya quiere decir utilizar un cierto conjunto de palabras apropiadas, aunque si no hay algún efectivo esfuerzo para ponderar los intereses contrarios, ni alguna convicción, ni creencia, en la corrección (*justness*) de la decisión que se toma: «La ponderación se ha vuelto jurisprudencia mecánica. Ha perdido su habilidad para persuadir»<sup>29</sup>.

### 3.3. La crítica externa

La crítica externa consiste en sostener que hay buenas razones para abandonar, o limitar fuertemente, el recurso a la ponderación: no sólo de orden metodológico, como sugiere la crítica interna, sino también de orden cultural e institucional. Estas razones consisten, en particular, en sostener: en primer lugar, que la ponderación, a pesar de las pretensiones de sus partidarios, está lejos de ser justificada en un estado constitucional de derecho; en segundo lugar, que la ponderación lleva a la destrucción del derecho constitucional y de la misma constitución en cuanto conjuntos de normas jurídicas supremas.

*La ponderación es instrumentalmente injustificada.* A favor de la ponderación, y, más precisamente, en aras de presentarla como herramienta necesaria al buen funcionamiento de un estado constitucional, sus partidarios aducen que ella permite realizar un “doble control” sobre la resolución de los conflictos de intereses, complementando la tarea del legislador, favorece la representación de grupos so-

<sup>27</sup> Aleinikoff 1987: 981-982.

<sup>28</sup> Aleinikoff 1987: 982-983.

<sup>29</sup> Aleinikoff 1987: 983.

ciales no adecuadamente representados por el legislador, favorece la protección de derechos e intereses olvidados por la “política”, y, antes que todo, promueve la búsqueda de una interpretación constitucional que «armonice las normas y valores constitucionales con los intereses gubernamentales importantes» expresados por las leyes<sup>30</sup>.

Según Aleinikoff, sin embargo, de todos estos argumentos sólo el último – el argumento de la armonización – parece *prima facie* adecuado. Se trata, empero, de una apariencia. El argumento supone, pues, que hay una manera constitucionalmente objetiva de valorar los actos e intereses legislativos; pero una tal posibilidad no existe; de forma que la pretensión que la ponderación sea al servicio, al mismo tiempo, de la constitución y de la legislación parece ser nada más que un truco retórico<sup>31</sup>.

*La ponderación lleva a la destrucción del derecho constitucional y de la misma constitución en cuanto conjuntos de normas jurídicas supremas.* La ponderación lleva a la destrucción del derecho constitucional, en cuanto objeto de un estudio doctrinal metódico y autorizado, y de la misma constitución, en cuanto conjunto de normas positivas soberanas. Esto ocurre, sostiene Aleinikoff, porque la ponderación favorece una manera de concebir al derecho constitucional que presenta los siguientes rasgos fundamentales:

1. la mejor manera de identificar el contenido y el alcance de los principios constitucionales es la que resulta de la ponderación de los intereses que chocan en los casos que se trate de decidir, sean ellos constitucionales o bien sub-constitucionales
2. los derechos individuales son, básicamente, intereses que suelen entrar en colisión y deben ser ponderados en relación a los casos;
3. la tarea de los juristas constitucionalistas es no ya la de interpretar la constitución, sino de desarrollar un «discurso general sobre la razonabilidad de la acción del gobierno»;
4. los métodos tradicionales de la interpretación constitucional – texto, precedentes judiciales, historia constitucional, intención del legislador, consecuencias, creencias morales – deben ser complementados por un método dotado de valor preponderante y definitivo: el método ponderativo, el cual identifica la interpretación correcta en la que pesa más en relación a los intereses en conflicto («el peso de los intereses en conflicto»: *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*)<sup>32</sup>.

Ahora bien, según Aleinikoff, estas maneras de pensar tienen algunos efectos desastrosos.

---

<sup>30</sup> Aleinikoff 1987: 984-985.

<sup>31</sup> Aleinikoff 1987: 984-986.

<sup>32</sup> Aleinikoff 1987: 987.

En primer lugar, en cuanto lleva a descuidar los textos, la historia, el precedente y hasta, quizás, la misma «tradición ética», la ponderación se revela ser una posición de radical «no-interpretacionismo», que favorece la proliferación de una actitud de «“nihilismo doctrinalmente destructivo”» (en las palabras del juez Brennan<sup>33</sup>) y propicia una «revuelta contra la teoría»<sup>34</sup>, o bien su «devastación», pues hace «desaparecer el análisis constitucional»<sup>35</sup>.

En segundo lugar, en cuanto dirige la atención de los jueces, cuando hay conflictos que involucran intereses no-constitucionales (es decir, que no son derechos individuales, sino intereses estatales), a concentrarse en los intereses estatales, favorece el desarrollo de un derecho que no es propiamente constitucional, sino «cerca de la constitución»<sup>36</sup>.

En tercer lugar, y en fin, en cuanto lleva a considerar las disposiciones constitucionales como materiales que funcionan de «invitación para una discusión de buena política social», la ponderación «socava la función de control y validación del derecho constitucional», y destruye la supremacía de la constitución<sup>37</sup>.

### 3.4. Para un mundo sin ponderación

La parte final de la doctrina Aleinikoff está dedicada a sostener que se puede, y se debe, vivir en un mundo constitucional sin ponderación.

La argumentación de Aleinikoff se articula en tres pasos. En el primer paso, Aleinikoff sostiene que la ponderación, contrariamente a lo que afirman sus partidarios, no es inevitable. En el segundo paso, sostiene que hay formas razonables de argumentación que no son ponderación (no-ponderar es razonable). En el tercer, y último, paso, sostiene que ya estamos en un mundo jurídico parcial, aunque marginalmente sin ponderación, de forma que se trata ahora de tomar la vía de una nueva época en el derecho constitucional americano. Una época en la cual la metáfora ya vieja y peligrosa de la ponderación sea remplazada por metáforas «nuevas y emancipadoras»<sup>38</sup>.

La “doctrina Aleinikoff” representa, quizás, uno de los primeros ejemplos de crítica radical de la ponderación en cuanto “método de interpretación constitucional”. Según el análisis de Aleinikoff, un análisis que tiene homólogos prestigiados en el mundo “de derecho civil”<sup>39</sup>, la ponderación es, básicamente, una fraude desde

<sup>33</sup> Aleinikoff 1987: 989.

<sup>34</sup> Aleinikoff 1987: 989.

<sup>35</sup> Aleinikoff 1987: 989-990, donde el autor cita el ejemplo de la sentencia *Tennessee v. Garner*.

<sup>36</sup> Aleinikoff 1987: 989: «constitutional law goes on next to the constitution».

<sup>37</sup> Aleinikoff 1987: 991.

<sup>38</sup> Aleinikoff 1987: 1005.

<sup>39</sup> Me refiero, en particular, a las posturas anti-ponderacionistas de Luigi Ferrajoli (véase por ejemplo los ensayos recogidos en Ferrajoli, Ruiz Manero 2014) y de Juan Antonio García Amado, sobre la cual diré algo infra, § 4.

el punto de vista metodológico: una máquina teatral-retórica, que oculta el arbitrio decisonal de los jueces bajo una apariencia engañosa de objetividad, racionalidad, y cientificidad. Trata-se, además, de una fraude peligrosa, pues amenaza el orden constitucional (la supremacía de la constitución) y la cultura jurídica, llevando a la destrucción de la ciencia del derecho constitucional.

Pasando del mundo anglosajón a la cultura “de derecho civil”, como veremos ahora, la ponderación permanece el objeto de críticas agudas. Sin embargo, la voz de los críticos tiene que competir con los argumentos de partidarios voluntariosos, empeñados a reivindicar sea la racionalidad, sea la legitimidad y la utilidad práctica de la ponderación en los estados constitucionales contemporáneos.

#### 4. La teoría especificacionista

En diversos ensayos publicados a partir del año 2002, ahora reunidos en *La constitución. Modelo para armar*, José Juan Moreso se propone construir una teoría generalista y subsuntiva de la ponderación, que él mismo llama de “especificacionista”<sup>40</sup>.

La teoría representa uno de los intentos más originales de concebir la ponderación como actividad de resolución de los conflictos entre principios constitucionales racionalmente controlable, cuyo productos son normas generales, relativamente estables y aplicables a los casos individuales mediante subsunción. Además, lo que acrece su interés teórico y práctico, la teoría de Moreso es desarrollada en vista de dos blancos. Por un lado, se contrapone a las teorías que rechazan cualquier forma de ponderación, considerándola necesariamente incompatible con la racionalidad en la aplicación del derecho<sup>41</sup>. Por el otro, se contrapone – con más detenimiento – a dos concepciones influyentes que, según Moreso, presentarían la ponderación como una operación irracional, caracterizada por una forma innecesariamente “radical” de “particularismo jurídico”. Trata-se, como veremos, de la concepción “de la jerarquía axiológica móvil” de Riccardo Guastini<sup>42</sup> y de la concepción “proporcionalista” de Robert Alexy<sup>43</sup>.

Cabe dudar – como veremos – de que la teoría de Moreso sea plenamente exitosa en su propósito de derrotar el particularismo y celebrar el triunfo de un raciona-

---

<sup>40</sup> Moreso 2009a donde se encuentran: Moreso 2002a: 201-221; Moreso 2002b: 241-248; Moreso 2004: 293-307; Moreso 2007: 223-248; Moreso 2009b: 51-66. Ver también, Moreso 2012: 31-46. La denominación de “especificacionista” es un invento del mismo Moreso, a partir de una sugerencia de Dancy, el cual denomina de “expansionistas” a las teorías que, para solucionar los conflictos entre principios morales, eligen la vía de la “reducción” del “alcance” de los principios, y descartan la vía de la “reducción” de su “fuerza” (Moreso 2009b: 55-56).

<sup>41</sup> Moreso 2004: 295-298, 302.

<sup>42</sup> Moreso 2002a: 202-206, 220.

<sup>43</sup> Moreso 2009: 223-235.

lismo robusto en la ponderación<sup>44</sup>. Sin embargo, ella representa una reflexión que merece atención. Antes de analizarla, y de poner en luz porqué puede sostenerse que no haya logrado plenamente su objetivo, es menester formular tres advertencias.

(1) Cabe destacar *dos fases* en el desarrollo de la teoría especificacionista. La primera fase, menos recién, se caracteriza por (lo que podemos llamar) un *modelo simple* de ponderación, articulado en tres etapas<sup>45</sup>. La segunda fase, más recién, representa un afinamiento de la primera y se caracteriza, en cambio, por (lo que podemos llamar) un *modelo complejo* de ponderación, articulado en cinco etapas<sup>46</sup>.

(2) La teoría especificacionista es *una teoría de la ponderación en sentido impropio*, no ya en sentido propio. Como señala Aleinikoff, y hemos visto tratando de la P-actividad (*supra*, § 2.3), a veces los juristas y teóricos del derecho utilizan “ponderación” en un sentido genérico e impropio, para referirse a «cualquier método de resolución de conflictos» normativos<sup>47</sup>. En tales casos, puede pasar que un método de “ponderación” (en el sentido genérico e impropio de la expresión) no contemple la aplicación de algún principio de ponderación: no sea, en otros términos, un método de “ponderación” también en sentido propio. Ahora bien, en su teoría Moreso recomienda utilizar no ya un cualquier principio de ponderación, sino, como veremos, una particular técnica que, a la luz de la caja de las herramientas tradicionales de los juristas, consiste, en la fase del modelo simple (*infra*, § 3.1), en llevar a cabo una *re-interpretación restrictiva*, en la fase del modelo complejo (*infra*, § 3.2), en llevar a cabo una *concretización restrictiva*, de los principios en conflicto. La teoría especificacionista de Moreso es pues, en este sentido, una teoría de la ponderación *sin* ponderación.

(3) La teoría especificacionista es una *teoría normativa* de la ponderación (en el sentido genérico e impropio de “ponderación”). Se trata, en efecto, de un discurso que ni describe lo que los jueces en efecto hacen cuando “ponderan” principios constitucionales en conflicto, ni se limita a una operación de reconstrucción conceptual en relación al fenómeno “ponderación”, sino que elabora un “modelo” (pretendidamente) generalista (no-particularista) y racionalista de ponderación, y recomienda su adopción por parte de los jueces en alternativa al “modelo propor-

<sup>44</sup> Celano 2002; Celano 2005: 274-275; Clérico 2011; Cabra Apalategui 2014. El mismo Moreso parece admitir un éxito sólo parcial para su teoría: «Alguien puede considerar, con razón, que esta defensa del universalismo concede demasiado al particularismo, dado que sólo tenemos principios morales si los concebimos como incorporando conceptos evaluativos y en el razonamiento práctico el juego de estos principios está delimitado por el contexto del universo del discurso seleccionado y de los principios morales que consideramos aplicables. Sin embargo, aún con estos límites, la imagen del razonamiento práctico que obtenemos permite la subsunción de casos individuales en pautas generales y deja un razonable espacio para la articulación y la consistencia de las decisiones» (Moreso 2009b: 65; véase también Moreso 2007: 246-248).

<sup>45</sup> Moreso 2002a.

<sup>46</sup> Moreso 2004; Moreso 2007; Moreso 2009a.

<sup>47</sup> Aleinikoff 1987: 943.

cionalista” de Alexy. Además, en cuanto teoría normativa, la teoría de Moreso se diferencia también de la teoría de Guastini. En este caso, cabe notar, no ya porque Guastini proponga a su vez otro modelo normativo que Moreso rechaza (aunque, por supuesto, alguien podría utilizar la teoría de Guastini como base para un modelo normativo), sino porque la teoría de Guastini pertenece al rumbo de las teorías descriptivas y analíticas de la ponderación: no se propone prescribir cómo se debe ponderar, sino explicar en qué consiste típicamente, aquí y ahora, la operación de ponderación de principios llevada a cabo a menudo por los jueces constitucionales en los estados de derecho contemporáneos.

Mi análisis de la teoría especificacionista de la ponderación de Moreso procederá en cuatro pasos. En el primer paso, analizaré la teoría en la fase del modelo simple. En el segundo paso, la analizaré en la fase del modelo complejo. En el tercer paso, intentaré una defensa de la concepción alexyana de la ponderación, sosteniendo que ella se caracteriza por una posición de particularismo moderado, la cual se presenta, paradójicamente, como muy parecida al generalismo limitado abogado por Moreso. En el cuarto, y último, paso consideraré, si, y en que medida, la teoría de Moreso sea en efecto exenta de particularismo e irracionalismo, aprovechando de algunas críticas formuladas por Bruno Celano. Formularé pues algunas consideraciones conclusivas.

#### 4.1. La ponderación (impropia) en la fase del modelo simple

El punto de partida para la elaboración del modelo simple de ponderación es representado por la teoría de la ponderación de Guastini. Según la correcta reconstrucción de Moreso, la teoría de Guastini se caracterizaría por las ideas siguientes:

1. En el razonamiento judicial, la ponderación interviene típicamente cual forma residual, o *by default*, de solucionar los conflictos entre principios constitucionales. En tales situaciones, en efecto, no es posible aplicar los tradicionales criterios de resolución de las antinomias (*lex superior*, *lex posterior*, y *lex specialis*), siendo los principios constitucionales, al mismo tiempo, de igual nivel jerárquico (formal), coevos, y tales que disciplinan clases de casos que se solapan sólo en parte, o sea que, en la conocida terminología de Alf Ross, dan lugar a antinomias parciales-parciales.

2. La ponderación consiste, típicamente, en establecer una *jerarquía axiológica* y *móvil* entre los principios en conflicto. La jerarquía es *axiológica* porque es construida por el mismo juez interprete (no es, pues, algo que pueda ser objeto de un cualquier “descubrimiento”), y sobre la base de juicios de valor necesariamente subjetivos (no hay valores “objetivos”, según la tesis del no-cognoscitivismo ético que Guastini abarca), de manera que jueces diferentes pueden razonablemente establecer jerarquías diferentes entre los mismos principios en casos del mismo tipo. La jerarquía es, además, *móvil*: viene establecida *para un determinado caso concreto*, y

nada asegura que otro conflicto entre los dos mismos principios en relación a casos similares será resuelto de la misma forma en el futuro.

3. No obstante lo que parece ocurrir a menudo en la práctica judicial, las antinomias entre principios constitucionales no tienen necesariamente que ser resueltas mediante ponderación. En efecto, desde un punto de vista estrictamente metodológico, se las podría resolver también aplicando el criterio de la *lex specialis* (pero, sea dicho de paso, sería más exacto hablar del criterio de la *lex exceptionalis*): es decir, «reformulando en sede de interpretación uno de los dos principios, y precisamente introduciendo en él una clausula de excepción o de exclusión»<sup>48</sup>.

La teoría de Guastini, en suma, pondría en luz que la ponderación, así como es típicamente llevada a cabo por los jueces en los estados constitucionales, consiste en una operación eminentemente (“radicalmente”) subjetiva, particularista (es decir, cuya relevancia es estructuralmente limitada al caso individual que se trata de decidir), y, por tanto, no racionalmente controlable.

Moreso se pregunta si no sea posible concebir la ponderación de una forma diferente: y, más precisamente, de una forma tal que pueda ser, en cambio, una operación objetiva, no-particularista (es decir, cuya relevancia no sea estructuralmente limitada al caso individual) y, por tanto, racionalmente controlable. La solución que propone a este problema de ingeniería doctrinal en la primera fase de su reflexión consiste, como dije, en dibujar un modelo simple de ponderación (en sentido impropio), alrededor de las ideas siguientes.

(1) En el derecho, así como en la moral, hay *casos paradigmáticos*. Hay, en otras palabras, casos para los cuales existen soluciones normativas comúnmente consideradas «obvias», y esto sobre la base de sólidas intuiciones normativas, aunque a menudo no articuladas. Por ejemplo:

«Publicar una noticia falsa, sin alguna prueba de su verdad, relativa a la vida privada de una persona y lesiva de su honor (por ejemplo que un obispo, o un ministro del gobierno, o un profesor universitario es miembro de un grupo que se dedica a la explotación sexual de menores) es un caso donde la libertad de información debe ceder el paso frente al derecho al honor. Publicar la noticia verdadera que un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de dólares de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista es un caso donde la libertad de información es más importante del derecho al honor»<sup>49</sup>.

(2) Los casos paradigmáticos funcionan de *límites objetivos* a los juicios de valor subjetivos de los interpretes. Ponen en tela de juicio a la tesis de la necesaria subjetividad radical de los juicios de valor, pues delimitan el área de las soluciones, y de las teorías, *admisibles*. En efecto, sostiene Moreso, las teorías de los derechos – por

<sup>48</sup> Guastini 1996: 144, citado por Moreso 2002a: 204, nota 8.

<sup>49</sup> Moreso 2002a: 206-207; Moreso 2009a: 61.

ejemplo, del derecho a la libertad de expresión y del derecho al honor – , que «no den cuenta de» las sólidas intuiciones normativas reflexionadas por los casos paradigmáticos, «no pueden considerarse admisibles»<sup>50</sup>.

(3) En vía de estipulación teóricamente acertada, los conflictos entre principios (derechos) constitucionales pueden concebirse como conflictos entre «oraciones que establecen deberes o derechos no condicionales y *prima facie*». Los principios serían pues, más precisamente, normas «incondicionales derrotables» de la forma:

$$fT \rightarrow OB$$

es decir, normas cuyo antecedente contiene una condición tautológica (T), acompañada por un operador de revisión (*f*) que señala como la condición tautológica no sea condición suficiente de la consecuencia normativa (OB), sino sólo una condición contribuyente, junto con una o más condiciones de revisión<sup>51</sup>. De manera que, quizás, la forma lógica de los principios constitucionales, según esta concepción, podría también articularse así:

$$T \ \& \ \neg (E_1 \vee E_2 \vee \dots \vee E_n) \rightarrow OB$$

donde el antecedente contiene la condición tautológica más un conjunto de condiciones negativas disyuntivas<sup>52</sup>.

(4) Si los conflictos entre principios (derechos) constitucionales son conflictos entre normas derrotables, la «cuestión» que una teoría racionalista de la ponderación tiene que resolver, si quiere ser exitosa, es la siguiente: «cómo debemos hacer para explicitar» *todas* «las condiciones de aplicabilidad» de cada principio, en relación a otro con el cual está en conflicto, de manera tal «que el conflicto pueda ser evitado»<sup>53</sup>. Esto es así porque:

«Si somos capaces de mostrar cómo esta operación deba ser llevada a cabo, la ponderación puede ser reducida a un tipo de subsunción, y el decisor que ha de aplicar principios podrá motivar racionalmente su decisión. Si, por el contrario, tal operación no puede ser llevada a cabo, la crítica particularista recuperará su fuerza y la motivación justificada no será posible»<sup>54</sup>.

(5) En la filosofía jurídica contemporánea, la teoría de la ponderación de Alexy representa el intento más importante de concebir la ponderación como operación susceptible de control racional.

Alexy sostiene que para solucionar racionalmente un conflicto entre principios constitucionales es menester establecer el *peso* de cada principio en relación al caso

<sup>50</sup> Moreso 2002a: 207.

<sup>51</sup> Moreso 2002a: 208-213.

<sup>52</sup> He empleado esta forma en Chiassoni 2012: 310-312.

<sup>53</sup> Moreso 2002a: 213.

<sup>54</sup> Moreso 2002a: 213.

concreto en que el conflicto se ha producido. Este puede llevarnos a concluir, por ejemplo, que el derecho al honor pesa más de, y por lo tanto precede al, principio de libertad de expresión en las circunstancias C1 [(**DH P LE**) C1], pero pesa menos de, y por lo tanto no precede a, dicho principio en las circunstancias C2 [(**LE P DH**) C2]. A su vez, esta relación de «precedencia condicionada» nos permite «obtener una regla para resolver el caso» en fuerza de la «ley de colisión», según la cual:

«Si el principio **P1**, bajo las circunstancias C, precede al principio **P2** [(**P1 P P2**) C], y si de **P1** en las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C → R»<sup>55</sup>.

Alexy piensa, además, que esta forma de concebir la ponderación realice una conciliación entre «la ponderación en el caso particular y la universalidad»<sup>56</sup>. Esto sería así porque cada oración de precedencia ponderada puede ser concebida como una oración que atañe a *clases de circunstancias*, instanciadas por las circunstancias en el caso particular, de modo que la ponderación se revela ser una operación sujeta al control de la razón.

(6) Sin embargo, según sostiene Moreso, Alexy fracasa en su intento de establecer la racionalidad de la ponderación mediante la idea del peso y la ley de colisión. Por dos razones.

En primer lugar, la teoría de Alexy no proporciona alguna solución para el conflicto entre dos principios, **P1** y **P2**, cuando se den simultáneamente sea las circunstancias C1 (en las cuales, en hipótesis, **P1 P P2**), sea las circunstancias C2 (en las cuales, en hipótesis, **P2 P P1**). Para solucionar un tal conflicto, se requiere necesariamente considerar otras circunstancias, también presentes (por ejemplo, C3), cuya presencia otorga más peso, pongamos, a **P1** que a **P2**. Pero nada impide que si están presentes C1 y C2 y C4, **P2** tenga mayor peso que **P1**, y así en adelante «hasta el infinito», dado que, como argumentaría «un particularista», las «circunstancias están descritas mediante propiedades, y las propiedades de los casos individuales son potencialmente infinitas»<sup>57</sup>.

En segundo lugar, tampoco sirve concebir cada principio como una norma que vale, a menos que no colisione con otro principio que, «en las circunstancias del caso», pesa más, porque esta manera de proceder pone simplemente en luz que los principios son normas derrotables (*prima facie, ceteris paribus*), sin indicar alguna manera racional de proceder para establecer cuando el otro principio en colisión pese más<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Moreso 2002a: 214.

<sup>56</sup> Moreso 2002a: 215.

<sup>57</sup> Moreso 2002a: 215.

<sup>58</sup> Moreso 2002a: 215.

(7) Hay en efecto una «única forma de huir del particularismo». Esta forma consiste en «concebir una reformulación *ideal* de los principios [en conflicto, ndr] que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes»<sup>59</sup>. En la práctica, esto puede lograrse sólo gradualmente: por vía de acercamientos sucesivos hacia la meta final de la reformulación ideal. Puede pasar por ejemplo que, en los conflictos entre libertad de expresión y derecho al honor, se empiece considerando relevantes las propiedades verdad y relevancia pública de la noticia. Y que, después, se presente un conflicto en el cual la noticia, verdadera y dotada de relevancia pública, fue comunicada de una forma (innecesariamente) injuriosa. En tal caso, también la propiedad forma (innecesariamente) injuriosa de la noticia puede ser añadida al conjunto de las propiedades relevantes – típicamente, mediante la técnica del *distinguishing* – y llevar a una conclusión normativa diferente<sup>60</sup>.

En términos de Alchourrón y Bulygin, un poco revisados en aras de presentar la posición de Moreso en la forma más clara, el proceso de reformulación ideal de dos principios en conflicto parte de una tesis de relevancia de carácter provisional, construida a partir de los casos paradigmáticos del tiempo, y procede mediante enriquecimientos progresivos, a la luz de la experiencia y de intuiciones normativas sucesivas, hacia el punto final de la completa reformulación ideal.

En términos de Hare, que Moreso también utiliza, el proceso de reformulación ideal de principios constitucionales en conflicto tiene como punto de partida la *constitución* (que podríamos llamar) *intuitiva* y como punto de llegada la *constitución* (que podríamos llamar) *crítica*. Parte de un texto constitucional y de un conjunto de principios *prima facie*, que pueden colisionar y se «presentan en el trasfondo de un contexto inarticulado» (equivalente al “Master Book” de Alchourrón), e intenta llegar a un conjunto de «principios articulados en un esquema general que proporciona una respuesta unívoca para cada caso, porque cada caso individual representa una instancia de un caso genérico que pone el caso en relación con una solución normativa, haciendo posible la subsunción»<sup>61</sup>.

Estamos así en condición de formular el *modelo simple* de ponderación, en tres etapas, que caracteriza la primera fase de la reflexión de Moreso.

En la *primera etapa*, el interprete debe identificar los principios que forman la *constitución intuitiva*, en relación a un cierto universo de discurso (por ejemplo, en relación a la difusión de noticias sobre hechos personales por medios de comunicación), concibiéndolos como normas derrotables (normas *prima facie*).

En la *segunda etapa*, el interprete debe identificar los principios *inderrotables* que forman la *constitución crítica*. Esto requiere revisar los principios *prima facie* que componen la constitución intuitiva, y volverlos en principios inderrotables, uti-

<sup>59</sup> Moreso 2002a: 215.

<sup>60</sup> Moreso 2002a: 215-217.

<sup>61</sup> Moreso 2002a: 218.

lizando los casos paradigmáticos como base objetiva de la operación. La revisión consiste, en particular, en especificar las condiciones de aplicación de cada principio *prima facie*, cumpliendo una operación de re-interpretación restrictiva de dichos principios, que tenga como resultado un conjunto de principios especificados en manera tal que disciplinen en forma exhaustiva y consistente todos los casos del universo de discurso considerado.

En la *tercera*, y última, *etapa*, el interprete debe aplicar los principios especificados e inderrotables de la constitución crítica a los casos individuales, mediante subsunción.

(8) La concepción especificacionista de la ponderación sería, en suma, una concepción genuinamente racionalista, que escapa al particularismo. Por las siguientes razones:

Primero, rechaza el subjetivismo radical, asumiendo que ninguna teoría de la ponderación sea admisible si no respeta el dato objetivo representado por los casos paradigmáticos;

Segundo, limita la “movilidad” de las revisiones de los principios *prima facie*, porque estas siempre deben tener en cuenta los casos paradigmáticos;

Tercero, admite que la misma constitución intuitiva haga posible diferentes idealizaciones, es decir, que hay diferentes formas de identificar la constitución crítica, pero sostiene que es «muy probable» que las diferentes idealizaciones se solapen en parte, es decir, determinen de una misma manera ciertos casos;

Cuarto, empuja la indeterminación al margen: allí donde las diferentes idealizaciones, las diferentes formas de identificar la constitución crítica, no se solapan, sino proporcionan soluciones diferentes y alternativas para los mismos casos;

Quinto, pone la ponderación al servicio de la subsunción, aunque el objetivo del juez constitucional que se limite a subsumir los casos en principios revisados e inderrotables sea un *objetivo ideal*:

«*idealmente* el juez constitucional que aplica principios constitucionales opera con un conjunto delimitado de propiedades relevantes que permiten correlacionar de una manera unívoca determinados casos genéricos con sus soluciones normativas. La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos»<sup>62</sup>.

#### 4.2. La ponderación (impropia) en la fase del modelo complejo

En la segunda fase de su desarrollo, la teoría especificacionista de Moreso se presenta como tercera vía en el marco de las concepciones de la racionalidad prác-

<sup>62</sup> Moreso 2002a: 220.

tica: la vía de la concepción ponderativa-subsuntiva (generalista ponderativa), cual alternativa intermedia entre los extremos representados, respetivamente, por la concepción subsuntiva (universalista subsuntiva) y por la concepción particularista (particularista ponderativa)<sup>63</sup>.

La *concepción universalista subsuntiva* hace depender la racionalidad en las cuestiones prácticas de la certeza. Un sistema normativo es racional si, y sólo si, garantiza la certeza. La certeza sólo puede realizarse si cualquier caso individual que se presente puede ser subsumido en una, y una sola, pauta universal; o bien, dicho de otra forma, si todos los casos individuales resultan regulados por un conjunto completo y consistente de pautas universales<sup>64</sup>. Esto requiere, a su vez, que cada pauta sea formulada de manera tal que contenga la especificación de *todas* sus condiciones, positivas y negativas, de aplicación, y, además, que ella encaje perfectamente con las demás pautas del sistema. Esto, cabe notar, supone la posibilidad de resolver el problema del conde Windischgräff al cual alude Kant en *La paz perpetua*<sup>65</sup>. Trata-se del problema, que ya hemos encontrado, de identificar la *formulación ideal, completa en sus especificaciones*, de las pautas en conflicto; o bien, como veremos (*infra*, § 3.4.), del problema de identificar la “tesis de relevancia última” del sistema normativo. Aplicada al derecho de un estado constitucional, la concepción universalista subsuntiva requiere:

«realizar una interpretación de todas las normas que establecen derechos fundamentales de modo que [no haya comportamiento no regulado y] los comportamientos por ellas regulados encajen perfectamente entre sí»<sup>66</sup>.

La *concepción particularista ponderativa*, en cambio, asume la imposibilidad de resolver el problema del conde Windischgräff y condiciona la racionalidad en las cuestiones prácticas a la corrección sustantiva: la decisión de una cuestión práctica es racional si, y sólo si, realiza la corrección en el caso concreto. Esto no excluye que las decisiones puedan ser justificadas, o sea, no hace imposible proporcionar razones a favor de ellas; pero estas razones no necesariamente valen en casos futuros *prima facie* del mismo tipo, porque pueden darse circunstancias diferentemente «moldeadas», que requieren una decisión correcta diferente:

«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»<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Moreso 2004: 293-307.

<sup>64</sup> Moreso 2004: 295-296.

<sup>65</sup> Moreso 2004: 296.

<sup>66</sup> Moreso 2004: 298.

<sup>67</sup> Moreso 2004: 298.

Dichos en otros términos, la racionalidad particularista requiere considerar las normas que justifican las decisiones individuales como normas siempre derrotables en relación a las circunstancias de cada caso individual.

Según Moreso, en la teoría del derecho contemporánea, la teoría de la ponderación de Alexy sería un ejemplo paradigmático de «estrategia particularista», en la cual la ponderación es concebida como «dependiente del contexto»<sup>68</sup>. Por las siguientes razones.

(1) La ponderación, según Alexy, debe operarse mediante la llamada fórmula del peso y aplicando la “ley del balance”, conforme a la cual: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>69</sup>.

En su forma más simple, la fórmula compara el peso de dos principios en conflicto ( $P_i, P_j$ ), en relación a un caso concreto  $C$ , estimando el peso de la interferencia de  $P_j$  sobre  $P_i$  (el grado de no satisfacción o de lesión de  $P_i$  en el caso en que se adopte un cierto curso de acción,  $A$ , que favorece  $P_j$ ) y el peso de la interferencia de  $P_i$  sobre  $P_j$  (el grado de no satisfacción o de lesión de  $P_j$  en el caso en que no se adopte el curso de acción  $A$ , que lo favorece):

$$W_{i,j} = I_i / I_j$$

En una forma más compleja, la fórmula del peso compara el peso de dos principios en conflicto ( $P_i, P_j$ ), en relación a un caso concreto  $C$ , no sólo en relación al grado de las interferencias recíprocas, sino también en relación al peso abstracto de cada principio ( $W_i, W_j$ ):

$$W_{i,j} = W_i \cdot I_i / W_j \cdot I_j$$

En una forma aún más compleja, en fin, hace falta considerar también el grado de seguridad epistémica (*reliability*) de los valores atribuidos a las variables  $W_i, W_j$  y  $I_i$  y  $I_j$  ( $S_i, S_j$ ):

$$W_{i,j} = W_i \cdot I_i \cdot S_i / W_j \cdot I_j \cdot S_j$$

En vía de estipulación, Alexy establece que las variables  $W$  e  $I$  pueden valer 1 ( $2^0$ ), 2 ( $2^1$ ), o bien 4 ( $2^2$ ). En relación a la variable  $I$ , estos valores corresponden a una interferencia leve, media o grave. En relación a la variable  $W$ , ellos corresponden a un peso abstracto leve, medio o máximo. En cambio, la variable  $S$  puede valer 1 (certeza), 1/2 (plausibilidad), o 1/4 (no evidente falsedad).

Una vez que se sea atribuido un valor numérico a las variables, si el cociente que se obtiene es mayor de 1, el principio pesado al numerador ( $P_i$ ) pesa más del, y por ende prevalece sobre el, principio pesado al denominador ( $P_j$ ). En cambio, si el cociente que se obtiene es menor de 1, el principio pesado al denominador ( $P_j$ ) pesa

<sup>68</sup> Moreso 2004: 299-301.

<sup>69</sup> Moreso 2007: 227; Moreso 2009a: 310.

más del, y por ende prevalece sobre el, principio pesado al numerador ( $P_1$ ). En fin, si el cociente que se obtiene es 1, los dos principios tienen el mismo peso, en relación al caso C, y por ende cualquier decisión, a favor de uno o de otro, está justificada. Si el empate se produce al nivel de la adopción de una medida legislativa, el legislador goza entonces de discreción «para afectar uno u otro derecho»<sup>70</sup>.

(2) Desafortunadamente, la operación de ponderación, así como concebida por Alexy, se muestra gravemente viciada de particularismo: no es sujeta, ni sujetable, a control racional. Por tres razones, que se añaden a, y complementan, las críticas que Moreso formula en contra de la concepción de Alexy en la fase del modelo simple de su teoría (*supra*, § 3.1.).

En primer lugar, la determinación del peso abstracto de los principios, si se quiere evitar que sea totalmente arbitraria, requiere elaborar una teoría de los principios (y derechos) constitucionales que proporcione una escala de valor adecuadamente justificada. Sin embargo, Alexy no proporciona una tal teoría, y, lo que es más, cabe dudar que ella sea alcanzable. Esto sugiere que la variable del peso abstracto abre la puerta a la indeterminación y a la arbitrariedad: a una discreción incontrolable de los decisores.

En segundo lugar, en lo que concierne a la determinación del grado de las interferencias recíprocas, Alexy tampoco proporciona criterios que trasciendan el caso particular: la evaluación del grado de intensidad de una interferencia depende de propiedades específicas del caso, cuyo valor en casos sucesivos no puede predecirse.

En tercer lugar, y en fin, el mismo Alexy insiste «en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual»<sup>71</sup>. Se trata, pues, de una ponderación *ad hoc*, que abandona el «modelo generalista de toma de decisiones», basado en pautas generales (aunque derrotables), a favor de un modelo «particularista», para el cual «una sola propiedad diferente [...] puede comportar una solución diversa para el caso»<sup>72</sup>.

En consideración de los vicios sea de la concepción universalista subsuntiva, por un lado, sea de la concepción particularista de la racionalidad práctica (en particular, en su variante jurídica representada por la teoría de la ponderación de Alexy), por el otro, Moreso sostiene que la única alternativa practicable sea una concepción ponderativa-subsuntiva. Esta concepción entiende la ponderación de una manera no particularista – es decir, no dependiente del contexto identificado por cada caso individual de conflicto –, y más precisamente como la operación que:

«permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios – pautas con las condiciones de aplicación abiertas –, a

<sup>70</sup> Moreso 2007: 228; Moreso 2009a: 311.

<sup>71</sup> Moreso 2007: 233; Moreso 2009a: 313.

<sup>72</sup> Moreso 2007: 233-234; Moreso 2009a: 313-314.

reglas – pautas con las condiciones de aplicación clausuradas –, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema determinado»<sup>73</sup>.

La actividad de ponderación, así entendida, debe ser desarrollada en cinco etapas. Tenemos aquí, finalmente, el *modelo complejo* de ponderación:

- (1) delimitación del ámbito comportamental del problema normativo;
- (2) identificación de las pautas *prima facie* aplicables;
- (3) identificación de los casos paradigmáticos;
- (4) identificación de las propiedades relevantes;
- (5) formulación de las reglas.

La *primera etapa* es dedicada a la *delimitación del ámbito comportamental del problema normativo*. Se trata, más precisamente, de seleccionar un determinado universo de conductas (en la terminología de Alchourrón y Bulygin: el universo del discurso) en relación al cual se pone un problema de regulación jurídica. Este universo de conductas representa un subconjunto, bastante reducido, del conjunto de todas las acciones humanas posibles. Puede ser, por ejemplo, el universo de «las acciones y omisiones de aquellos que están en posición de garante en relación con los tratamientos médicos necesarios para salvar la vida [...] de una persona» (evocado por los hechos en el caso del “niño Marco”)<sup>74</sup>; o bien el universo de las «acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas» (evocado por los hechos en el caso *Titanic*)<sup>75</sup>.

La *segunda etapa* concierne a la *identificación de las pautas prima facie aplicables*. La segunda etapa requiere conocer el derecho vigente en un determinado estado constitucional. Lleva, típicamente, a identificar algún subconjunto de principios (derechos) constitucionales, los cuales deben ser entendidos, programáticamente, como normas derrotables (normas con condiciones de aplicación abiertas)<sup>76</sup>. Por ejemplo: en relación al primer problema normativo, relevan los derechos constitucionales a la vida y a la libertad religiosa, y las normas penales en tema de homicidio, incluidas las causas de justificación; en relación al segundo problema normativo, relevan en cambio los principios constitucionales de libertad de expresión y del derecho al honor.

<sup>73</sup> Moreso 2004: 302.

<sup>74</sup> Moreso 2004: 303. En el caso del niño Marco, los padres permitieron al hijo, menor de trece años y como ellos testigo de Jehová, de rechazar una transfusión de sangre, con consiguiente deceso del niño por hemorragia cerebral. El Tribunal constitucional español (STC 154/2002) consideró la conducta de los padres legítima, por ser ejercicio del derecho a la libertad religiosa en un contexto en el cual, frente a la decidida oposición del menor, todo intento de persuasión parecía condenado al fracaso.

<sup>75</sup> Moreso 2007: 238-239. En el caso *Titanic*, uno de los ejemplos predilectos de Alexy, la Corte constitucional alemana consideró llamar a un oficial de la reserva parapléjico “asesino nato” un caso de legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de un periódico satírico, mientras que consideró ilegítimo, por violación de su derecho al honor, apostrofar al mismo oficial de “tullido”.

<sup>76</sup> Moreso 2004: 303; Moreso 2007: 239-240.

La *tercera etapa* concierne a la *identificación* (“consideración”) de los casos *paradigmáticos* en relación al problema normativo previamente seleccionado. Los casos paradigmáticos, como hemos visto (*supra*, § 3.1.), son casos, reales o hipotéticos, para los cuales hay una solución que, en hipótesis, es «obvia», pues (se asume que) “todos”, en la cultura jurídica, la juzgan jurídicamente correcta. Constituyen el «trasfondo», «a menudo inarticulado», en el cual «el razonamiento práctico tiene lugar»<sup>77</sup>. Proporcionan, en fin, el criterio objetivo para evaluar la admisibilidad de las reinterpretaciones y especificaciones (Moreso las llama «reconstrucciones») de las pautas *prima facie* relevantes identificadas en la segunda etapa, pues, como hemos visto, las reconstrucciones que no den cuenta «adecuadamente» de dichos casos deben considerarse inadmisibles<sup>78</sup>. Por ejemplo, en relación al primer problema normativo, son casos paradigmáticos: el caso de los padres que, frente a la necesidad de tratamientos médicos vitales para un hijo menor, considerando dichos tratamientos en violación de sus preceptos religiosos, mantienen el niño en la casa, sin llamar algún médico, hasta la muerte, en el cual los padres tenían pacíficamente el deber de procurar al hijo menor el tratamiento médico necesario y por lo tanto son culpables de homicidio; el caso del mayor de edad que conscientemente rechaza una transfusión de sangre, a coste de la vida, en conformidad a sus creencias religiosas, en el cual el sujeto tiene pacíficamente el derecho de rechazar el tratamiento sanitario y sus padres, en hipótesis de la misma fe, no tienen algún deber de convencerlo de lo contrario<sup>79</sup>.

La *cuarta etapa* concierne a la *identificación de las propiedades relevantes* del universo de discurso que forma el ámbito comportamental del problema normativo. Son relevantes las propiedades cuya presencia o ausencia determina una diferente solución para el problema normativo. La identificación de las propiedades relevantes se hace, antes que todo, a partir de los casos paradigmáticos. Esta operación lleva – en una terminología que Moreso no utiliza, pero que me parece esclarecedora – a la identificación del *conjunto originario* de propiedades relevantes. Este conjunto puede cambiar en presencia de casos a la luz de los cuales otras propiedades también deben ser consideradas relevantes, en un proceso tendencialmente inagotable. Cuando Moreso, en relación al primer problema normativo, afirma ser:

«claramente relevantes las siguientes propiedades: la mayoría de edad de la persona en peligro de muerte, su consentimiento serio, libre y consciente, las convicciones religiosas de la persona en peligro y de las personas en la situación de garantes, la adecuación de los comportamientos omitidos para la salvación de la vida en peligro»<sup>80</sup>,

<sup>77</sup> Moreso 2004: 303; Moreso 2007: 239.

<sup>78</sup> Moreso 2004: 303; Moreso 2007: 239.

<sup>79</sup> Moreso 2004: 303-304; son casos paradigmáticos en relación al segundo problema, como hemos visto antes (§ 3.1.), el caso del obispo de Barcelona y el caso de ministro del gobierno. Los casos son mencionados también en Moreso 2007: 240.

<sup>80</sup> Moreso 2004: 304.

llega a identificarlas precisamente sobre la base de los casos paradigmáticos existentes y de los conjeturables a la luz de los casos reales y de las pautas que ejemplifican.

La quinta, y última, etapa concierne a la formulación de un conjunto de reglas exhaustivas, «que resuelvan de modo unívoco todos los casos del universo del discurso», identificados combinando las propiedades relevantes<sup>81</sup>. Por ejemplo, en relación al primer problema normativo, sería antes que todo posible identificar dos reglas:

R1: Si el enfermo es mayor de edad (M) y éste rechaza conscientemente y libremente un tratamiento sanitario vital (RC), es obligatorio omitir el tratamiento sanitario (O-T) [es decir: para el caso 1)  $M \ \& \ RC$ , vale la regla:  $M \ \& \ RC \rightarrow O-T$ ]

R2: Si el enfermo es menor de edad ( $\neg M$ ) y no es capaz de prestar su consentimiento libremente ( $\neg RC$ ), es obligatorio que los en posición de garantía realicen todas las acciones a su alcance tendientes a proporcionar tratamiento médico adecuado (OFT) [es decir: para el caso 2)  $\neg M \ \& \ \neg RC$ , vale la regla:  $\neg M \ \& \ \neg RC \rightarrow OFT$ , donde “FT” está por “realizar todas las acciones a su alcance tendientes a proporcionar tratamiento médico adecuado”].

El universo de casos que podemos identificar a la luz de dichas propiedades relevantes, sin embargo, incluye dos otros casos más:

- 3)  $M \ \& \ \neg RC$
- 4)  $\neg M \ \& \ RC$ .

Estos también tienen que ser conectados a soluciones normativas unívocas. Por ejemplo, estableciendo dos reglas más:

- R3:  $M \ \& \ \neg RC \rightarrow OFT$
- R4:  $\neg M \ \& \ RC \rightarrow O-T \ \& \ \neg OFT$

donde la regla R4, sea dicho de paso, corresponde a la regla dictada por el Tribunal constitucional español en el caso del niño Marcos<sup>82</sup>.

Al margen de la exposición de su modelo especificacionista de ponderación en cinco etapas, Moreso sostiene haber logrado el objetivo de sujetar la ponderación al control de la razón, huyendo de los vicios sea del universalismo subsuntivo, sea del particularismo ponderativo. Y esto gracias a:

«un modo de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la

<sup>81</sup> Moreso 2004: 304; Moreso 2007: 241-242.

<sup>82</sup> He proporcionado una reconstrucción algo más esquemática de la quinta etapa de la ponderación según el modelo propuesto por Moreso. Los lectores filológicos pueden ver Moreso 2004: 304; Moreso 2007: 241-242, en lo que atañe al segundo problema normativo, ejemplificado por el caso *Titanic*.

propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de [un cierto] ámbito normativo resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción [ya] llevada a cabo o [bien] debe mostrar una propiedad relevante, *no apreciada previamente*, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso. Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho»<sup>83</sup>.

He citado este paso porque, con un candor adamantino, sugiere que la conclusión de Moreso (haber logrado el objetivo de una concepción racionalista de la ponderación, exenta de los vicios propios del universalismo y del particularismo – que podemos resumir, respetivamente, en un optimismo y pesimismo de la razón injustificados) depende aparentemente de una doble exageración. Por un lado, Moreso exagera el particularismo de la concepción alexyana de la ponderación, presentándola, para decir así, como más particularista de lo que en efecto es. Por otro lado, Moreso exagera el no-particularismo de su propia concepción especificacionista de la ponderación, presentándola como menos particularista de lo que en efecto es.

Me ocuparé brevemente de la primera exageración a continuación, intentando una defensa de la racionalidad (moderada, realista) del modelo alexyano de ponderación (§ 4.3.). Trataré después de la segunda exageración: en primer lugar, sobre la base de un argumento “desde abajo”, a partir del análisis de un caso judicial (§ 4.4.); en segundo lugar, analizando el debate entre Celano y Moreso (§ 4.5.).

### 4.3. Una defensa del modelo alexyano de ponderación

Moreso, como hemos visto, sostiene que la ponderación, así como la concibe Alexy, es una operación viciada de particularismo, y, por lo tanto, no sujeta a control racional. Mientras que su concepción, la concepción especificacionista, sería en cambio: (1) «generalista», (2) dependiente del contexto delimitado «por el universo del discurso escogido y por los principios considerados», y no ya por «las circunstancias» de los casos concretos aisladamente considerados, (3) donde hay espacio para la indeterminación (sea por efecto de la vaguedad de los términos de clase presentes en las pautas, sea por efecto de la sub-determinación de los principios *prima facie*, que permite reconstrucciones admisibles alternativas entre sí: véase § 3.1. en fin), y en fin, (4) que considera «una reconstrucción completa y consistente del universo definido por los derechos fundamentales» como un «ideal regulativo» inalcanzable por los seres humanos<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> Moreso 2004: 305, cursivos míos; Moreso 2007: 242-243.

<sup>84</sup> Moreso 2007: 246-248; Moreso 2004: 305, donde, como se ha visto, se habla de una «limitada generalidad».

Ahora bien: la crítica de Moreso no parece acertada. Dejando de lado la caracterización de la posición especificacionista ahora considerada, de la cual me ocuparé a continuación, cabe notar que Moreso parece identificar sin más la concepción alexyana de la ponderación con la formula del peso y la ley del balance. Pero, haciendo así, él considera sólo un lado, aunque por supuesto el más específico, de la ponderación alexyana. Cabe notar, en efecto, que la formula del peso, la ley del balance y las estipulaciones acerca de las variables y de su peso numérico juegan el mismo papel, en relación a la ponderación, de las reglas y formas de la justificación interna en relación a la aplicación judicial del derecho mediante subsunción. El *modus ponens* – en la forma más simple o más general –, junto a las cinco reglas de la justificación interna, proporciona un modelo de estructura lógica del razonamiento subsuntivo. Análogamente, la formula del peso, junto a la ley de ponderación y a las estipulaciones sobre variables y pesos numéricos, proporciona un modelo de estructura lógica del razonamiento ponderativo. Esto quiere decir que la formula del peso, en relación a un cualquier caso concreto de conflicto entre principios constitucionales resuelto por un órgano jurisdiccional, sólo proporciona una representación sinóptica (una “herramienta de presentación”) de las asunciones de las cuales depende la resolución del conflicto. Pero estas asunciones – por ejemplo, que el peso abstracto del principio P1 es 4, que el grado de interferencia en el principio P1 es 2, etc. – deben a su vez ser justificadas: es decir, es menester que el juez proporcione argumentos adecuados para presentar cada asunción como jurídicamente correcta. ¿Cómo se puede llevar a cabo una tal tarea?

Moreso sostiene que Alexy no proporciona ni una teoría de los pesos abstractos de los principios constitucionales, ni criterios para establecer de una forma objetiva el grado de las interferencias reciprocas. Esto es verdad. Se trata, empero, de una verdad parcial. Alexy, en efecto, proporciona una teoría de la argumentación jurídica, en cuanto “caso especial” de justificación práctica racional, y sugiere que la justificación de cualquier operación de ponderación, si quiere ser racional, debe ser conforme sea a las reglas y argumentos de la justificación jurídica, sea, en forma residual, a las reglas y formas del discurso práctico racional. Esta consideración nos lleva a una conclusión: la operación de ponderación, según la concepción de Alexy, no tiene, ni puede tener, el grado extremo de particularismo que Moreso le atribuye. Las reglas de la argumentación racional requieren, entre otras cosas: que los jueces nunca procedan de manera arbitraria; que sus asunciones siempre tengan una dimensión universal, que les hace relevantes, en línea de principio, para clases de casos; que los casos nuevos sean calificados a la luz de los casos ya decididos, según analogías y diferencias justificables como relevantes; que los precedentes judiciales sean tenidos en cuenta. Todo esto lleva, programáticamente (*by design*), a que la ponderación en relación a cada caso concreto adquiera una dimensión general, que lo trasciende. El juicio individual de prevalencia del principio P1 sobre el principio P2 en relación al caso individual C asume valor de precedente, y por lo tanto de

instancia de un juicio general de prevalencia de P1 sobre P2 en todos los casos que sean, jurídicamente, como C. Y valor de precedente asumen también los juicios parciales de los cuales el juicio ponderativo depende: en particular, los juicios acerca del peso abstracto de los principios en conflicto y los juicios acerca del grado de las interferencias recíprocas. Por supuesto, nada asegura que estos juicios generales no se revelen inadecuados frente a un caso concreto que posee propiedades “nuevas” (nunca consideradas relevantes por el pasado), las cuales pueden razonablemente ser consideradas relevantes y llevar a conclusiones diferentes. Pero: ¿no pasa acaso *exactamente lo mismo* en la concepción generalista de Moreso? ¿No admite Moreso, pacíficamente, que un nuevo caso individual pueda presentar una propiedad relevante, *no apreciada previamente*, que permite resolverlo de un modo diverso?<sup>85</sup>

En suma, cualquier diferenciación tajante entre la teoría de la Alexy y la teoría de Moreso, bajo el perfil del grado de particularismo, parece ilusoria. Es el fruto, como dije antes, de una exageración.

#### 4.4. La concepción especificacionista en la tela del caso *Ser.com*

Moreso, como dije, parece haber exagerado no sólo el particularismo de la concepción alexyana de la ponderación, sino también, y especularmente, el no-particularismo de su propia concepción especificacionista.

En soporte de esta segunda crítica, antes de considerar el debate Celano - Moreso, voy a utilizar un argumento “desde abajo”: es decir, a partir del análisis de sentencias judiciales. A tal fin, la sentencia en el caso español *Ser.com* parece muy sugerente<sup>86</sup>. Por dos razones. Por un lado, como veremos, muestra cuán fácil pueda ser derrotar a los “casos paradigmáticos”, así poniendo en tela de juicio su capacidad de funcionar de criterios efectivos de control racional sobre la ponderación. Por el otro, sugiere, a la luz de un simple experimento mental, la equivalencia funcional entre el modelo de ponderación especificacionista y el modelo de ponderación proporcionalista.

En la sentencia *Ser.com*, de finales de diciembre de 2009, dos periodistas son condenados por el delito de “revelación de secretos”, por haber publicado en la página web de la emisora radiofónica *Ser* una lista de militantes de un partido político español, el Partido Popular, que se habían afiliado irregularmente, en el contexto de luchas internas al mismo partido.

La condena sigue de un razonamiento en el cual el juez, después de haber subsumido la conducta de los periodistas en una norma penal sancionatoria (derivada del art. 197 ap. 2 y 7 del Código penal español), excluye que ellos puedan valerse de la

<sup>85</sup> Moreso 2004: 305.

<sup>86</sup> El caso es analizado en Atienza 2012a: 10-12, 20. Su análisis y sus comentarios forman la base de las presentes consideraciones.

eximente del ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y esto por «tres razones»: primero, «internet no es un “medio de comunicación social, sino universal”»; segundo, «revelar la afiliación a un determinado partido político afecta a la intimidad más estricta de toda persona, al tratarse de un dato de “absoluta privacidad”»; tercero, «la información facilitada (la lista de nombres) pudo ser necesaria para la confección de la noticia, pero lo que no era necesario era difundirla»<sup>87</sup>.

La sentencia fue duramente criticada. Se ha sostenido: en primer lugar, que «el juez no había tenido en cuenta la prevalencia constitucional del derecho a informar» sobre el derecho de protección de la vida privada, cuando se trata de noticias relevantes y de interés general»; en segundo lugar, que el juez había «pasado por alto también la veracidad de la noticia y la profesionalidad con la que había sido elaborada»; en tercer, y último, lugar, que «calificar a internet de medio de comunicación no social, sino universal, era un puro despropósito»<sup>88</sup>.

Ahora bien, si leemos la motivación de la sentencia en el caso *Ser.com* con las gafas de la teoría especificacionista de Moreso, esta se muestra altamente instructiva. Nos proporciona, pues, un ejemplo tajante del fracaso de la (presumida) capacidad de los casos paradigmáticos de funcionar de herramientas eficaces de control racional sobre las decisiones judiciales.

Las críticas llevadas en contra de la decisión se fundan, precisamente, sobre el carácter paradigmático del caso, aunque no utilicen tal terminología. Nos dicen, pues, que estamos en una situación de conflicto entre dos derechos constitucionales, el derecho a informar y el derecho de privacidad, donde la noticia revelada era, al mismo tiempo, verdadera (V) y dotada de una indudable relevancia pública (RP); de modo que la solución correcta no podía ser sino la solución obvia que adscribe prevalencia al derecho a informar sobre el derecho de privacidad.

También la decisión del juez, sin embargo, puede explicarse en términos de la teoría especificacionista. ¿Qué hizo, en efecto, el juez? El juez, lejos de “pasar por alto” la verdad y la relevancia pública de la noticia, como sostienen los críticos de la sentencia mencionados arriba, ha considerado dichas propiedades como *no suficientes* para justificar la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho de privacidad; ha considerado que, en el caso individual, el conjunto de las propiedades relevantes tenía que ser modificado (revisado, ulteriormente especificado), *considerando relevantes nuevas propiedades* hasta aquel momento no consideradas tales, y precisamente: el carácter universal, y no simplemente social, del medio de comunicación (U), la elevada intensidad de la lesión del derecho de privacidad (EL), y, en fin, lo que podríamos llamar el exceso de información (EI), consistente en proporcionar una información sin duda dotada de relevancia pública, pero demasiado detallada en relación al fin de información perseguido. De forma que, en el fallo

<sup>87</sup> Atienza 2012a: 11.

<sup>88</sup> Atienza 2012a: 11-12.

*Ser.com*, el principio de libertad de información resulta especificado de la manera siguiente:

$$V \ \& \ RP \ \& \ \neg U \ \& \ \neg EL \ \& \ \neg EI \ \rightarrow \ PD$$

que se lee: si una noticia es verdadera (V), dotada de relevancia pública (RP), no comunicada a través de un medio de comunicación universal ( $\neg U$ ), no tal de comportar una elevada lesión de la privacidad ( $\neg EL$ ), y no tal de realizar un exceso de información ( $\neg EI$ ), es permitida su difusión.

El caso, como dije, es sugerente también por otra razón. Atienza, en comentarlo, observa que no resulta difícil reconstruir argumentaciones originalmente formuladas en términos, para decir así, no-alexyanos, reformulándolas en términos alexyanos:

«por ejemplo, en el caso de los periodistas de la cadena Ser, cabría decir que el juez entendió que la afectación a la intimidad había sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho a informar, simplemente media (pues podía haberse logrado sin lesionar – o sin lesionar tanto – a la intimidad)»<sup>89</sup>.

El comentario de Atienza sugiere (lo que podría llamarse) la *equivalencia funcional* entre ponderación especificacionista (que, como se recordará, es “ponderación” en sentido impropio) y ponderación proporcionalista (que en cambio es “ponderación” en sentido propio). La equivalencia consiste en el hecho de que una argumentación llevada a cabo según el modelo especificacionista puede ser traducida, puede ser convertida, en una argumentación conforme al modelo proporcionalista, sin comprometer la posibilidad de lograr los mismos resultados prácticos. La conversión desde una forma hacia otra forma funciona aparentemente así: las propiedades relevantes del modelo especificacionista, en la medida en que atañen a conductas que interfieren con un cierto derecho fundamental, sirven para establecer formas de interferencia intensa y acrecer el peso en concreto del derecho interferido. En el caso *Ser.com*, por ejemplo, las propiedades medio universal (U), elevada lesión de la privacidad (EL), y exceso de información (EI), todas conspiran para hacer considerar la interferencia en el derecho de privacidad, correspondiente al permiso de publicar la noticia así como fue publicada, como una interferencia grave (de valor 4); además, y en cambio, la propiedad EI sirve también para hacer considerar la interferencia en el derecho a informar, correspondiente a la prohibición de publicar la noticia así como fue publicada, como una interferencia media (de valor 2).

La equivalencia funcional entre modelo especificacionista y modelo proporcionalista sugiere la siguiente conclusión. La diferencia entre los dos modelos es, quizás, más notacional que sustantiva. En ambos casos, lo que interesa es justificar la relevancia atribuida a ciertas propiedades. Sea que se trate de propiedades que

<sup>89</sup> Atienza 2012a: 20.

especifican el antecedente de una regla de conducta general “concretizadora” de un principio, como pasa en el modelo especificacionista. Sea que se trate de las propiedades que: (a) componen el antecedente de la “regla de prioridad” que resulta de un juicio de ponderación, pues influyeron sobre la determinación del valor numérico de las variables “I” de la formula del peso (por ejemplo: “si **A & B**, entonces **P1 P P2**”); y además, en fuerza de la ley de colisión, (b) componen también el antecedente de la regla “subordinada” o “derivada” del principio que pesa más (en nuestro ejemplo: **P1**) y por ende prevalece en el conflicto (por ejemplo: “si **A & B**, entonces **OF**”). La equivalencia funcional se revela, en suma, otra razón más para considerar como no tajante, o más bien, no tan tajante como Moreso la presenta, la diferencia entre el modelo especificacionista y el modelo proporcionalista de ponderación<sup>90</sup>.

#### 4.5. El moderado particularismo del modelo especificacionista

Según Moreso, como hemos visto, el particularismo es una propiedad indeseable de la ponderación: sea que se trate de una propiedad que las teorías simplemente descubren cuando describen ciertas prácticas actuales de ponderación; sea que se trate de una propiedad artificial, que las teorías mismas adoptan, aunque de manera inconsciente. Esto es así porque el particularismo, ya sea espontáneo, ya sea *by design*, vuelve la ponderación en una operación irracional.

Cabe notar, sin embargo, que Moreso, tratando del particularismo, emplea a veces el calificativo “radical”; se refiere, en algunos pasos, al «particularismo más radical»<sup>91</sup>. Esto sugiere que su teoría presuponga, aparentemente, una distinción entre dos formas de particularismo: el particularismo (más) radical, por un lado, y el particularismo (que, en oposición al primero, podríamos llamar) moderado, por el otro.

Moreso no define de una forma tajante en que consista el particularismo (más) radical. Sin embargo, en vía de reconstrucción caritativa, dicha posición se caracteriza aparentemente por dos tesis básicas: la tesis del *rechazo de la racionalidad subsuntiva* y, además, la tesis de la *imprevisibilidad radical*<sup>92</sup>. Estas tesis emergen de un razonamiento más o menos del siguiente tenor:

1. cada caso individual es caracterizado por innumerables propiedades (que pueden considerarse) relevantes;
2. en consecuencia de este hecho, cada caso individual que se trate de decidir puede ser entendido por el decisor como un nuevo desafío a su razón práctica, en

<sup>90</sup> Sobre la cercanía entre el modelo de Moreso y el modelo de Alexy, véase también Clérico 2012: 135-144.

<sup>91</sup> Moreso 2002a: 207: «L'idea che non tutte le ricostruzioni dei principi in conflitto, non tutte le gerarchie possibili, sono ammissibili, non ci dice ancora nulla su come dobbiamo procedere per articolare tali gerarchie. È ancora compatibile con la posizione particolarista più radicale».

<sup>92</sup> Moreso 2002a: 205-206.

el cual las razones (pautas, criterios, principios, reglas) empleadas por el pasado no proporcionan necesariamente una solución sustantivamente correcta (no “guían” hasta una solución correcta), pues la corrección (medida en términos de sólidas intuiciones de justicia) puede necesitar que el alcance de las razones empleadas por el pasado sea revisado en aras de tener en cuenta, o bien de propiedades hasta ahora no consideradas relevantes que no obstante son (y deben ser) relevantes, o bien de la peculiar manera en que propiedades (ya consideradas) relevantes se combinan en el caso individual;

3. la posibilidad de revisión continua de las razones hace que las decisiones no sean racionalmente controlables: esto ocurre porque no es posible prever si, y cuáles, razones, ya empleadas para justificar las decisiones pasadas, serán empleadas también en los nuevos casos, aunque estos sean similares a los casos pasados (es decir, compartan con ellos por lo menos algunas propiedades);

4. la posibilidad, siempre presente, de revisar las razones pasadas tiene, por ende, dos consecuencias indeseables. Primero, lleva al rechazo de la racionalidad subsuntiva a favor de la racionalidad narrativa; segundo, hace que las decisiones de los casos futuros sean radicalmente imprevisibles<sup>93</sup>:

«Una posición particularista supone el rechazo, en la esfera de la razón práctica, de la racionalidad *subsuntiva*, y su sustitución con una diferente racionalidad llamada *narrativa*, la cual es atenta a como los rasgos *sobresalientes* de determinadas circunstancias adquieren una *textura* determinada que hace que, en estas circunstancias concretas, sea correcto realizar determinado comportamiento; nada, sin embargo, se puede obtener para otros casos de la generalización o universalización de las propiedades presentes en aquellas circunstancias»<sup>94</sup>.

Moreso utiliza Jonathan Dancy como autoridad en materia de particularismo. Cabe notar sin embargo que, según Dancy, el particularismo es una posición no ya totalmente irracionalista, sino que aboga por un racionalismo realista (con los pies sobre tierra) en el campo de la moral. En aras del presente análisis, parece razonable caracterizar el particularismo racionalista y realista, lo que llamaré particularismo moderado, mediante cuatro tesis: (1) la tesis de la *doble racionalidad de la ponderación*, (2) la tesis del *rechazo racional de los principios duros*, (3) la tesis de la *racionalidad de los principios blandos*, y, en fin, (4) la tesis de la *moderada imprevisibilidad de las decisiones futuras*.

*Doble racionalidad de la ponderación.* En lo que concierne a la ponderación, no hace falta rechazar, o substituir, la racionalidad subsuntiva *sin más*; es suficiente considerar que ella no puede agotar el espacio de la razón en este rincón del discur-

<sup>93</sup> Esta idea se encuentra en la cita de Jonathan Dancy que Moreso (2002: 205) utiliza: «The leading thought behind particularism is the insight the behaviour of a reason (or of a consideration that serves as a reason) in a new case cannot be predicted from its behaviour elsewhere».

<sup>94</sup> Moreso 2002a: 205.

so ético normativo. La ponderación no excluye la subsunción, pero tampoco puede ser reducida a ella, pues requiere, al lado de la racionalidad subsuntiva, la racionalidad discursiva o argumentativa.

*Rechazo racional de los principios duros.* Hace falta admitir la doble racionalidad en la ponderación, porque las normas morales universales no funcionan en efecto – y sería además malo que funcionasen – de principios duros (“hard-edged”, inde-rrrotables), sino que funcionan – y es bien que funcionen – de principios blandos (“open-ended”, *ceteris paribus*, derrotables), dotados de “clausulas estafa” (“fudge-clauses”)<sup>95</sup>.

*Racionalidad de los principios blandos.* Los principios blandos son pautas que, en el juego de la argumentación práctica racional, limitan – y, en este sentido, “controlan racionalmente” – la actividad decisional futura. Esto ocurre en virtud de dos principios básicos del discurso práctico racional: el principio de la carga de argumentación y el principio de coherencia. Los dos reflexionan a su vez los principios de razón suficiente (*nihil sine ratione*) y de no contradicción, que constituyen los pilares de la racionalidad. Según el principio de la carga de argumentación, o bien los decisores se conforman a los principios empleados por el pasado, y en tal caso deben proporcionar argumentos para su decisión conformista, o bien los decisores se destacan de ellos, revisándolos, y en tal caso deben proporcionar argumentos para su decisión no conformista. Según el principio de coherencia, en sus decisiones, en las cuales aplican principios blandos, los decisores deben ser coherentes: no pueden adoptar decisiones contradictorias en los mismos tipos de casos; la coherencia impone atribuir siempre a la argumentación en el caso individual una dimensión universal que lo trasciende.

*Moderada imprevisibilidad.* Las decisiones aplicativas de principios blandos no pueden ser objeto de previsiones siempre y perfectamente acertadas; sin embargo, tampoco hacen cualquier previsión totalmente imposible.

El particularismo moderado representa, en suma, una posición que intenta conciliar dos exigencias. Por un lado, la exigencia de preservar la racionalidad argumentativa en las cuestiones prácticas (morales y jurídicas); por le otro, la exigencia de la justicia para los casos concretos, que requiere considerar las normas (morales y jurídicas), en línea de principio, como “open-ended”, *ceteris paribus*, derrotables. Claro está que la racionalidad de las decisiones prácticas no consiste, aquí, en ser deducidas de premisas establecidas una vez por siempre; no requiere que las premisas normativas generales sean fijadas sin posibilidad de revisión; sino consiste, más bien, en argumentar, a partir de los casos ya decididos, básicamente según consi-

---

<sup>95</sup> Dancy 1993: 82-86, 112-114. Considérense estos dos ejemplos de principios blandos: “Other things being equal, it is better not to lie”; “If an action sufficiently resembles this wrong action, it will be wrong too” (Dancy 1993: 82).

deraciones comparativas, que hacen apelo a similitudes y diferencias relevantes que justifican tomar en consideración otras propiedades y otros principios. Según el particularismo moderado, en conclusión, la alternativa al razonamiento subsuntivo no es (necesariamente) la ausencia de cualquier justificación racional, sino, como hemos visto, un razonamiento informado por los principios de la carga de argumentación y de la coherencia<sup>96</sup>. Si bien a algunos (absolutistas decepcionados) esto puede parecer demasiado poco, trata-se, a bien ver, de lo máximo que se puede realísticamente esperar.

Con estas precisiones, volvemos a reflexionar sobre la teoría especificacionista (y generalista) de Moreso. Como dije, Moreso parece exagerar no sólo el grado de particularismo de la teoría de Alexy (*supra*, § 3.3.), sino también el grado de no-particularismo de su propia teoría. Esta idea está a la base, según me parece, de algunas críticas levantadas por Bruno Celano. Celano sostiene que el propósito de Moreso – proporcionar un modelo de ponderación no viciado de particularismo – fracasa<sup>97</sup>. Por tres razones.

1. El mismo Moreso admite que la posibilidad de evitar el particularismo depende de la posibilidad de llegar a una *revisión ideal* de los principios en conflicto: es decir, de alcanzar una revisión tal que, en hipótesis, tenga en cuenta *todas* las propiedades relevantes y, por ende, atañe a *todos* los casos relevantes<sup>98</sup>. Lo que, en la terminología de Celano, equivale a identificar la “tesis de relevancia última”, la cual hace posible la “revisión estable”, es decir, no ulteriormente revisable, de los principios en conflicto.

Sin embargo – sostiene Celano – Moreso no ha proporcionado algún argumento que muestre que la tesis de relevancia última sea en efecto alcanzable. Es más, el mismo Moreso admite que los principios (ya) revisados (en la terminología de Celano: los “deberes revisados”) sean a su vez abiertos a ulteriores revisiones: típicamente, en la forma del *distinguishing* judicial. Lo que, según Celano, equivale a abrir la puerta al particularismo, permitiendo modificar los principios frente a nuevos casos individuales y volviendo así las decisiones futuras en totalmente imprevisibles.

2. Moreso pretende limitar la subjetividad (y el particularismo) de la ponderación imponiendo a los decisores el respeto para los casos paradigmáticos. En efecto, como hemos visto (*supra*, §§ 3.1., 3.2.), según Moreso la identificación de las propiedades relevantes, las revisiones de los principios en conflicto o bien su concreción mediante reglas con condiciones de aplicación clausuradas siempre deben respetar los casos paradigmáticos.

<sup>96</sup> Dancy 1993: 82: «Rationality requires consistency in judgment and practice».

<sup>97</sup> Celano 2002: 223-239.

<sup>98</sup> Moreso 2002a: 215: «La única manera de huir del particularismo consiste en concebir una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes».

Sin embargo – sostiene Celano – los casos paradigmáticos son, a su vez, casos *ceteris paribus*: es decir, casos en los cuales las condiciones de aplicación de una cierta consecuencia normativa no pueden considerarse, sin más, como condiciones suficientes de dicha consecuencia. Por lo tanto, los casos paradigmáticos no poseen la capacidad de vincular la reconstrucción de las pautas aplicables a un cierto universo de discurso, y por ende las decisiones futuras, que Moreso les adscribe.

3. En fin, Moreso intenta salvar la idea de revisión ideal presentándola como un ideal regulativo: como un objetivo al cual toda ponderación (puede y) debe acercarse lo más que sea posible.

Sin embargo – sostiene Celano – el intento fracasa, porque Moreso no proporciona algún criterio para establecer si una decisión ponderativa (se recuerde, en el sentido *impropio* de la estrategia especificacionista de Moreso) sea una genuina revisión, es decir, un paso más en adelante hacia la revisión estable de los principios en conflicto, o no sea, más bien, una decisión que depende de una modificación de «nuestras convicciones normativas sustanciales»<sup>99</sup>.

Moreso proporciona una respuesta puntual a las críticas de Celano<sup>100</sup>.

En primer lugar, Moreso contesta que la revisión ideal de principios en conflicto *es* en efecto alcanzable, aunque mediante un acercamiento gradual. Esto sería así porque no se trata de identificar la tesis de relevancia última del macro-sistema jurídico, es decir, relativamente a todos los principios fundamentales en conflicto de un determinado ordenamiento jurídico, sino que se trata de identificar la tesis de relevancia última en relación a micro-sistemas jurídicos, compuestos por un número limitado de principios. Por ejemplo, se trata de alcanzar la tesis de relevancia última (la revisión ideal) en relación al universo de discurso transmisión de informaciones personales por medios de comunicación, y en relación a los principios de libertad de expresión y del derecho al honor<sup>101</sup>.

En segundo lugar, Moreso contesta que los casos paradigmáticos, sean ellos reales (por ejemplo, la muerte del personaje ilustre Lady Diana en París) o hipotéticos (por ejemplo, la publicación por un periódico de la falsa noticia según la cual el arzobispo de Barcelona es involucrado en reciclaje de dinero del narcotráfico), siendo casos individuales, no son sujetos a la clausula *ceteris paribus*, que sólo puede valer para los casos genéricos<sup>102</sup>.

En tercer lugar, y en fin, Moreso contesta que su teoría de la ponderación, con-

<sup>99</sup> Celano 2002: 238, donde se lee también que: «Quien está llevando a cabo una Moreso-ponderación no dispone de algún criterio que le permita de echar la posibilidad que la idea de una revisión estable sea solo una quimera, de la cual estamos, como que vayan las cosas [...], siempre a la misma distancia. Para un Moreso-ponderador, en suma, la (pretendida) idea-límite de una revisión estable, dotada de función regulativa, no hace alguna diferencia».

<sup>100</sup> Moreso 2002b: 241-248.

<sup>101</sup> Moreso 2002b: 242-245.

<sup>102</sup> Moreso 2002b: 245-247.

trariamente a lo que sostiene Celano, sí proporciona un criterio que permite considerar la búsqueda de la revisión ideal de principios en conflicto como un genuino ideal regulativo, y no ya como una simple «representación consolatoria». Se trata del criterio de admisibilidad, que condiciona la revisión de los principios en conflicto al respeto para los casos paradigmáticos, exigiendo que «nuestro esquema [de principios revisados, ndr] capture nuestras intuiciones [morales, ndr] más sólidas»<sup>103</sup>.

Las críticas de Celano, cabe advertir, no destacan entre particularismo radical y particularismo moderado. Esta distinción, sin embargo, se revela importante en aras de una comprensión quizás más exacta del rumbo de la teoría de Moreso. Para enterarse de eso, es suficiente detenerse brevemente a considerar las réplicas de Moreso a los argumentos de Celano.

La entera estrategia defensiva de Moreso se basa, aparentemente, sobre la idea según la cual los casos paradigmáticos son casos individuales, y, por lo tanto, no pueden ser descritos añadiendo la clausula *ceteris paribus*, que sólo conviene a los casos genéricos. Esto, a su vez, permite presentar la revisión ideal de los principios en conflicto como un genuino ideal regulativo, definido por un criterio de admisibilidad que cierra la puerta al particularismo, y es en buena medida alcanzable.

Ahora bien, cabe notar que la auto-apología de Moreso adolece de una evidente *ignoratio elenchi*. Los “casos paradigmáticos” son instancias de ponderación de principios que, según Moreso, reflexionan nuestras intuiciones morales más sólidas. En el razonamiento moral, sin embargo, los casos paradigmáticos son relevantes no ya en sí mismos, sino en relación a la norma general de la cual representan una instancia de aplicación. Por ejemplo, el caso hipotético del arzobispo de Barcelona es paradigmático porque es un caso incontrovertido, correspondiente a “nuestras sólidas intuiciones morales”, de prevalencia del derecho al honor sobre la libertad de información, y ejemplifica la pauta según la cual, cuando una información sobre hechos concernientes a una personalidad pública es falsa, el derecho al honor debe prevalecer sobre la libertad de expresión, y, por lo tanto, el periódico que difunde la información comete un ilícito y debe ser condenado a resarcir los daños. Ahora bien, cuando nos preguntamos si los casos paradigmáticos sean, o no sean, sujetos a la clausula *ceteris paribus*, nos preguntamos, más exactamente, si las pautas (que se asume sean estadas) aplicadas en los casos paradigmáticos sean, o no, sujetas a la clausula *ceteris paribus*. Por supuesto, una tal pregunta no posee una respuesta objetivamente correcta *out there*. Se trata de tomar posición; y la toma de posición corresponde a una toma de posición de carácter ético normativo. Ahora bien, ¿cuál es la posición de Moreso?

Aparentemente, como hemos visto (antes, §§ 3.1.-3.2.), Moreso considera que también las pautas aplicadas en los casos paradigmáticos sean sujetas a la clausula *ceteris paribus*. Por ejemplo, sostiene que la ponderación de los principios de libertad de expresión y del derecho al honor operada en relación a los casos para-

<sup>103</sup> Moreso 2002b: 246.

digmáticos caracterizados por las propiedades de la verdad y relevancia pública de la noticia, pueda (y deba) ser revisada en aras de tener en cuenta también de otra propiedad relevante a la luz de nuestras intuiciones: la propiedad “forma injuriosa de la expresión de la noticia”. Esto nos lleva a una conclusión ruinoso para el diseño anti-particularista de Moreso: si los casos paradigmáticos también se corresponden a principios blandos, la pretensión de que ellos harían posible un control racional sobre la ponderación, más fuerte de lo admitido por el particularismo, se revela ilusoria. A una mirada poco menos que superficial, el modelo especificacionista de Moreso, lejos de representar una alternativa al particularismo, *es* un modelo particularista. Con una precisión importante: trata-se de un modelo particularista en el sentido del particularismo moderado (y racionalista), no ya en el sentido del particularismo radical (que, sea dicho de paso, parece una posición ficticia, una cabeza de turco sospechosa).

## 5. Esplendores y miserias de la ponderación

En la reflexión recién sobre la ponderación, otro episodio que merece atención por su elevado valor ejemplar es el debate entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado<sup>104</sup>.

Por un lado, Atienza, el cual adopta una concepción principialista (y “anti-positivista”) del derecho de los estados constitucionales, defiende la ponderación proponiendo una variante alexyana “sin algoritmos”, y presentándola como técnica argumentativa racional, pues satisfaría los criterios de la racionalidad práctica.

Por el otro lado, García Amado, el cual adopta en cambio una concepción anti-principialista (“positivista”) del derecho de los estados constitucionales, lleva un ataque radical a la ponderación, sosteniendo, en la *pars destruens* de su argumentación, que se trate, considerado todo, de una peligrosa trampa retórica, y, en la *pars construens*, que deba ser rechazada a favor de un enfoque (que podría llamarse) de interpretacionismo no ponderativo.

Mi análisis se desarrollará en tres pasos. En el primer paso, daré cuenta de la teoría de la ponderación de Atienza. En el segundo paso, daré cuenta de la teoría eliminacionista de García Amado. En el tercer paso, y en fin, consideraré algunas réplicas y contrarréplicas y sacaré algunas conclusiones meta-metodológicas.

### 5.1. Esplendores de la ponderación

Ya he mencionado el marco teórico en qué se sitúa la teoría de la ponderación de Atienza: esto es, una teoría principialista del derecho de los estados constitucio-

---

<sup>104</sup> Atienza, García Amado 2012.

nales, según la cual, (1) «el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios», y (2) los principios son normas cuya aplicación a los casos requiere “ponderación” (en sentido propio)<sup>105</sup>. De forma que, en dicho marco, una teoría de la ponderación representa un componente necesario, *sine quo non*, de la teoría del derecho.

Otro marco que es menester mencionar, aunque sea de paso, es el marco meta-teórico: de la metafilosofía del derecho de Atienza. Aquí, si no me equivoco, encontramos principios como el principio de *modestia teórica* («en no pocas ocasiones, la mejor teoría es la que no se nota»<sup>106</sup>), el principio de la *investigación desde abajo* (la mejor teoría es la que se elabora “desde abajo”, es decir, a partir de la experiencia jurídica<sup>107</sup>), el principio de *simplificación* («El mejor teórico del Derecho es el que hace fácil lo difícil y no difícil lo fácil»<sup>108</sup>), el principio, que es un corolario del precedente, del *rechazo del afán sistematizador* (la mejor teoría evita los excesos en la articulación y ordenación de las tesis defendidas<sup>109</sup>), el principio de *economía argumentativa* (la argumentación que se desarrolla, sea en el nivel de las teorías y filosofías del derecho, sea en el nivel de la práctica jurídica, debe consistir en lo esencial<sup>110</sup>), el principio de *reivindicación del sentido común* (que sugiere hacer apelo al sentido común como antídoto a los excesos argumentativos y a los afanes sistematizadores<sup>111</sup>), el principio del *pragmatismo* (que sugiere siempre evaluar las ideas acerca del derecho desde su efectiva utilidad teórica, y, sobre todo, práctica, en vista de un derecho mejor<sup>112</sup>) y, en fin, el principio del *oportunismo*, el cual sugiere aprovechar de las ideas brillantes que circulan en la cultura jurídica de la manera más conveniente a elaborar teorías siempre mejores, en línea con los demás principios: es decir, teorías modestas, (más) simplificadoras, no viciadas por el afán sistematizador, no viciadas por excesos argumentativos, respetuosas del sentido común, y, sobre todo, útiles a la práctica del derecho, en una visión que concibe a los progresos teóricos y normativos en el campo del derecho y de la moral como resultantes, necesariamente, del obrar colectivo de los especialistas.

Aplicando estos principios meta-filosóficos, Atienza desarrolla su teoría apolo-gética de la ponderación en forma de respuesta a tres (conjuntos de) problemas: problemas estructurales, problemas de las ocasiones, y problemas de racionalidad.

---

<sup>105</sup> Atienza 2012a: 9, 32.

<sup>106</sup> Atienza 2012a: 23.

<sup>107</sup> Atienza 2012a: 10.

<sup>108</sup> Atienza 2012a: 23.

<sup>109</sup> Atienza 2012a: 22.

<sup>110</sup> Atienza 2012a: 22-23.

<sup>111</sup> Atienza 2012a: 22-23.

<sup>112</sup> Atienza 2012a: 22.

### 5.1.1. *Problemas estructurales (¿Qué es ponderar?)*

Los *problemas* (que llamo) *estructurales* atañen a establecer qué es, y cómo es, la ponderación. Según Atienza, se trata en particular de poner a la luz en qué consista «realmente» la ponderación, cuáles sean sus «características esenciales», y de qué manera se diferencie, si es que se diferencia, de la subsunción<sup>113</sup>.

La solución para dichos problemas Atienza la encuentra en la idea de que la ponderación sea una «técnica argumentativa» para resolver conflictos entre principios, y que la «clave» para entenderla adecuadamente sea:

«verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero – la ponderación en sentido estricto – se pasa del nivel de los principios al nivel de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver»<sup>114</sup>.

Cabe notar que, aunque Atienza formule los problemas estructurales en términos descriptivos (es decir, como problemas que requieren proporcionar una descripción acertada de la ponderación cuál en efecto es), y aunque él tome como punto de partida de sus reflexiones las operaciones de “ponderación” así como llevadas a cabo a menudo por los jueces en sus sentencias, lo que Atienza nos proporciona es un modelo (en sus palabras: «un esquema») normativo de ponderación: es decir, un modelo del bien ponderar, en el sentido técnico de “bien ponderar”. Cabe notar además que, en la teoría de Atienza, a la utilización de la técnica de la ponderación se corresponde una de las tres formas específicas de razonamiento jurídico: el razonamiento ponderativo, que Atienza destaca, sea del razonamiento subsuntivo, que tiene lugar en la aplicación de reglas de conducta, sea del razonamiento teleológico, que tiene lugar en la aplicación de normas finales. En consecuencia, el esquema de la ponderación que Atienza nos propone es, más precisamente, un esquema o modelo normativo de razonamiento ponderativo. Con estas advertencias, vamos a exponerlo brevemente.

El primer paso del razonamiento ponderativo es, como hemos visto, el paso donde se realiza la ponderación en sentido estricto o propio. Ahora bien, este paso, en el esquema de Atienza, consiste a su vez en una secuencia de tres operaciones. La primera concierne a la identificación de un conflicto entre principios; la segunda concierne a la resolución del conflicto mediante ponderación alexyana; la tercera concierne, en fin, a la formulación de la regla general para el caso individual. Veámoslas con un poco más de detalle.

1. *Identificación de un conflicto entre principios.* La primera operación concierne a la identificación de una situación de conflicto entre principios en relación a un

<sup>113</sup> Atienza 2012a: 10, 22.

<sup>114</sup> Atienza 2012a: 26, 31.

cierto caso. El resultado de esta primera operación es «la *primera premisa* del razonamiento ponderativo»<sup>115</sup>. Complementando, con afán sistematizador, la exposición de Atienza, se podría quizás precisar que esta premisa consiste en una *oración identificadora de una antinomia*, de la siguiente forma estándar:

En relación al caso individual C<sub>i</sub>, existen dos principios aplicables, P1 y P2, cada uno de los cuales justifica una conclusión (solución) incompatible con la del otro.

Atienza expone su esquema utilizando como ejemplo un caso muy conocido en la jurisprudencia española recién. Trata-se del caso Gürtel, donde: un juez (Baltazar Garzón) autorizó la escucha de las conversaciones entre algunos imputados detenidos en una cárcel y sus abogados, aunque no se tratara de investigar supuestos de terrorismo; la mayoría de los jueces del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló «las escuchas por considerarlas ilícitas»<sup>116</sup>. Ahora bien, en relación al caso Gürtel, la primera operación lleva a formular una oración identificadora de una antinomia, según la cual al caso son aplicables dos principios – el principio de la protección del derecho a la defensa (PD) y el principio de persecución de los delitos (PP) –, el primer de los cuales «lleva a» invalidar la intervención, mientras que el segundo «lleva a» considerarla válida<sup>117</sup>.

2. *Resolución del conflicto entre principios mediante ponderación alexyana*. La segunda operación consiste en la resolución del conflicto previamente identificado. Esta operación depende de la ponderación de los principios en conflicto, en relación al caso particular y a las circunstancias que lo caracterizan. La ponderación, propone Atienza, debe ser llevada a cabo siguiendo a la concepción de Alexy, y, más precisamente, su modelo de los juicios de “proporcionalidad”: es decir, considerando la “idoneidad” y la “necesidad” de la medida en cuestión, así como el “peso abstracto” de los principios en conflicto, la intensidad de las interferencias (“afectaciones”) recíprocas, y la probabilidad, o “seguridad”, de que las interferencias se realicen efectivamente<sup>118</sup>. Pero todo esto, se note, *sin utilizar* la fórmula de peso. Según Atienza, pues:

«la “fórmula del peso”, con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos [...] que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos»<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Atienza 2012 a: 26-27.

<sup>116</sup> Atienza 2012a: 12.

<sup>117</sup> Atienza 2012a: 26-27.

<sup>118</sup> Atienza 2012a: 13-15, 20-23.

<sup>119</sup> Atienza 2012a: 21.

El resultado de la segunda operación es la «segunda premisa» del razonamiento ponderativo. Complementando, nuevamente con afán sistematizador, la exposición de Atienza, se podría quizás precisar que esta premisa consiste (en la terminología que he propuesto antes, supra § 2.4) en una *conclusión ponderativa*, para la cual Atienza propone una forma del siguiente tenor:

En relación al caso individual  $C_i$ , dadas las circunstancias  $R_1 \dots R_n$ , el principio P1 prevalece sobre el principio P2.

Cabe notar que esta conclusión, según Atienza, debe ser considerada, a su vez, como una instancia de una “regla [general] de prioridad”, de entenderse de regla derrotable («fragmentaria, incompleta, abierta»<sup>120</sup>), según la cual:

Si se dan las circunstancias  $R_1 \dots R_n$ , el principio P1 prevalece sobre el principio P2 .

Por ejemplo, en el caso Gürtel, la regla de prioridad propuesta por el juez del voto particular establece que el principio de persecución de los delitos (PP) prevalece sobre el principio del derecho a la defensa (PD), aunque *prima facie*, en todos los casos en que (como en el caso Gürtel) se den las siguientes circunstancias: (a) exigencia de investigar un delito grave, (b) ausencia de otra medida de parecida eficacia, (c) minimización de la limitación del derecho de defensa, (d) razones objetivas para pensar que los abogados defensores podrían contribuir a ocultar pruebas o colaborar en la comisión de delitos, (e) razonable motivación de la orden judicial.

3. *Identificación de la regla para el caso individual.* La tercera operación de ponderación en sentido estricto consiste, en fin, en sacar «la conclusión» de las dos «premisas» establecidas en las operaciones anteriores: es decir, de la oración identificadora de un conflicto y de la conclusión ponderativa. La conclusión del razonamiento es, en particular, una «regla nueva»: «la *ratio decidendi* del caso», que «empareja las circunstancias» que comparecen en el juicio de prevalencia individual con la consecuencia jurídica determinada por «el principio prevalente»<sup>121</sup>. Trata-se, pues, de una oración de la siguiente forma estándar:

Si se dan las circunstancias  $R_1 \dots R_n$ , es obligatorio/permitido/prohibido *f*.

### 5.1.2. Problemas de las ocasiones (¿Cuándo ponderar?)

Pasamos al segundo conjunto de problemas: los *problemas de las ocasiones*. Estos problemas atañen al “cuándo” de la ponderación. Según Atienza, se trata en particular de considerar cuándo hay que ponderar, si, y cuándo, sea justificado hacerlo,

<sup>120</sup> Atienza 2012a: 35.

<sup>121</sup> Atienza 2012a: 27.

y, en fin, si la ponderación pueda evitarse<sup>122</sup>. Muy esquemáticamente, Atienza propone las soluciones siguientes.

1. La ponderación es técnica argumentativa utilizable para resolver conflictos entre principios que surgen en tres tipos de situaciones: en relación a los casos de *lagunas normativas* «en el nivel de las reglas»; en relación a los casos de *lagunas axiológicas* (donde «existe una regla pero, por alguna razón, la regla resulta inadecuada»); y, en fin, en relación a los casos (que podríamos llamar) de *incertidumbre existencial*, donde no es cierto si exista una regla “aceptable” («es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso»)<sup>123</sup>. De forma que, desde un punto de vista estrictamente metodológico, hay espacio para la ponderación cuando:

«para resolver un caso, no se puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que [...] permitiría un razonamiento clasificatorio o subsuntivo»<sup>124</sup>.

2. El problema de cuándo sea justificado recurrir a la ponderación es, según Atienza, «muy difícil» de resolver; además, su resolución es «imposible [...] en abstracto»: es decir, sin discriminar cuidadosamente entre tipos de autoridades jurídicas y tipos de situaciones<sup>125</sup>. No obstante, teniendo en cuenta que la ponderación, aunque no sea un procedimiento (necesariamente) «arbitrario», supone «dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción», Atienza llega a formular algunas “instrucciones” de carácter general:

En línea de principio, es justificado atribuir al legislador un poder de ponderación más extenso que el poder justificadamente atribuible a los jueces;

En línea de principio, los jueces inferiores (los tribunales de primera instancia y de apelación) deben tener un poder de ponderación más limitado que el poder de ponderación de los jueces superiores (tribunales constitucionales, tribunales supremos), cuyas decisiones tienen – aunque en manera diferente – fuerza de precedente<sup>126</sup>;

Con las precisiones que preceden, y siempre en línea de principio, la ponderación judicial se puede considerar justificada, además que en los casos de autorización expresa por parte del legislador (por ejemplo, dictando reglas que la ordenan o permiten<sup>127</sup>), también en relación: a los casos de lagunas normativas, donde es típicamente el legislador que la atribuye, aunque tácitamente; a los casos de incertidumbre existencial; a los casos de lagunas axiológicas en que se ponderan las reglas

<sup>122</sup> Atienza 2012a: 10, 28.

<sup>123</sup> Atienza 2012a: 28-29.

<sup>124</sup> Atienza 2012a: 28.

<sup>125</sup> Atienza 2012a: 31.

<sup>126</sup> Atienza 2012a: 31.

<sup>127</sup> Atienza 2012a: 31.

con sus razones subyacentes; y, por lo menos *prima facie*, a los casos de lagunas axiológicas en que se ponderan reglas con otras reglas, principios, valores del mismo ordenamiento jurídico.

En cambio, nunca está justificado que un juez pondere reglas con principios y valores que, en hipótesis, tienen el estatus de principios y valores extra-jurídicos o meta-positivos<sup>128</sup>.

3. En fin, en lo que concierne al problema si la ponderación sea evitable, Atienza responde que sí: que se puede evitar de ponderar. Por ejemplo, en los casos de lagunas axiológicas. Sin embargo, hace falta considerar «si resulta conveniente hacerlo». En particular, es menester ser conscientes de que la opción a favor de no ponderar, de considerar el caso como (obviamente) disciplinado por una regla, puede «suponer incurrir» en «formalismo indebido»: es decir, en el formalismo “malo” («en sentido peyorativo»), que se rehúsa prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, y «trata de resolver todos los casos sin recurrir a los principios», porque no ve «el Derecho como un sistema de reglas y de principios»<sup>129</sup>.

### 5.1.3. *Problemas de racionalidad (¿Es la ponderación algo de razón?)*

Los *problemas de racionalidad*, en fin, atañen a establecer, en términos escolásticos, si la ponderación – así como llevada a cabo por los jueces y así como se la puede llevar a cabo conforme al esquema de Atienza – sea “algo de razón”. Según Atienza, en efecto, se trata de considerar si la ponderación sea procedimiento racional, y, en caso afirmativo, en qué consista esa racionalidad<sup>130</sup>.

Ahora bien, la posición de Atienza es que la ponderación sea, pueda, y deba ser un procedimiento racional, en el marco de la racionalidad práctica, que es no demostrativa, sino persuasiva.

La primera conclusión – la ponderación es a menudo, y puede ser, procedimiento racional – deriva de un análisis de los casos judiciales. En particular, Atienza observa que las decisiones del Tribunal constitucional español en los casos de conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y de información, por un lado, y los derechos al honor y a la intimidad, por el otro, fueron decididos de una forma tal que:

1. es respetuosa de los criterios de coherencia, universalidad, bondad de las consecuencias, y respeto de la constitución:

«las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables; y [...] no contradicen ningún extremo constitucional».<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Atienza 2012a: 31; Atienza 2014.

<sup>129</sup> Atienza 2012a: 28-32; Atienza 2014.

<sup>130</sup> Atienza 2012a: 10, 32.

<sup>131</sup> Atienza 2012a: 35.

2. proporciona “reglas de prioridad” que hacen posible un «mecanismo – [aunque] imperfecto – de previsión»<sup>132</sup>;

3. está sujeta a control de racionalidad, en la medida en qué adopta los dichos criterios, de forma que las reglas de prioridad adoptadas en las decisiones pasadas pueden ser sometidas a crítica racional y, si es el caso, revisadas o anuladas.

Según Atienza además, y aquí llegamos a la segunda conclusión, la racionalidad exhibida por las operaciones de ponderación llevadas a cabo por lo jueces puede convenientemente ser utilizada para establecer un modelo normativo de la racionalidad práctica de la ponderación. Es decir, un modelo que prescribe a quien pondere, a quien tal vez haya tomado la decisión riesgosa de ponderar, de hacerlo respetando aquellos criterios de racionalidad práctica:

«los criterios de racionalidad de la ponderación no son – no podrían ser – otros distintos a los de la racionalidad jurídica en términos generales. Estos criterios (flexibles y abiertos, pero no inexistentes) son, por cierto, los que permiten ver el Derecho – los Derechos del Estado constitucional – como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas»<sup>133</sup>.

Cabe notar, sea dicho de paso, que, de los cuatro criterios de racionalidad identificados por Atienza, dos son formales (coherencia y universalización) y dos son sustanciales (bondad de las consecuencias y conformidad a la constitución).

Ahora bien: por un lado, los criterios formales sólo pueden garantizar una *corrección formal*, pero no también una corrección sustancial. Queda claro, además, que *cualquier* conjunto de pautas, cual que sea su contenido, puede ser construido, revisado y aplicado según coherencia; y que *cualquier* juicio normativo, cual que sea su contenido, puede ser universalizado.

Por otro lado, los criterios sustanciales sólo funcionan de criterios de corrección sobre la base de una cualquier axiología (ideología) del derecho. Pero hay muchas axiologías del derecho, a menudo recíprocamente excluyentes, también en relación al derecho de los estados constitucionales; de forma que los dos criterios sustanciales de racionalidad pueden justificar, y presentar como racionales, soluciones normativas diferentes, y hasta incompatibles, para una misma cuestión de derecho.

Por lo tanto, si estas son las pautas que garantizan la racionalidad práctica de la ponderación, cabe observar que trata-se de pautas que ponen vínculos muy blandos, que dejan amplísimos márgenes de maniobra a los operadores del derecho (de los cuales, aparentemente, el mismo Atienza parece bien consciente). Como veremos a continuación, la amplia discrecionalidad de la ponderación, aunque en la

<sup>132</sup> Atienza 2012a: 35.

<sup>133</sup> Atienza 2012a: 36-37. Sea dicho de paso, es precisamente empleando este modelo normativo, que Atienza censura las decisiones en los casos Ser.com y Gürtel.

forma aparentemente más racional en que se pueda concebirla, constituye una de las miserias que García Amado pone de relieve, y uno de los rasgos que, en su visión, justifican una estrategia eliminacionista.

## 5.2. Miserias de la ponderación

En el ensayo *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*, García Amado se propone, como dije, llevar un ataque radical en contra de la ponderación<sup>134</sup>. El ataque consiste pues, no ya en oponer a la concepción de la ponderación de Atienza otra concepción de la ponderación; sino en utilizar la concepción de Atienza como evidencia irrefragable para sugerir de echar la ponderación, sin más, por la ventana del estado constitucional.

La estrategia de García Amado (cuyo ataque radical en contra de la ponderación representa un homólogo de *civil law* del ataque de Aleinikoff: *supra*, § 3) es la siguiente: la concepción de la ponderación de Atienza representa, quizás, una de las mejores que se puedan desarrollar; sin embargo, ella pone de relieve como la ponderación tenga propiedades inaceptables para cualquier partidario consecuente del estado constitucional; por lo tanto, es menester hacer a menos de la ponderación.

Si no me equivoco, las propiedades de la ponderación (así como resaltan desde la concepción de Atienza) que García Amado considera inaceptables son dos: la *arbitrariedad* y la *peligrosidad*.

### 5.2.1. La ponderación es arbitraria

La ponderación es, antes que todo, un procedimiento eminentemente arbitrario, cuyos resultados siempre y fatalmente dependen de las preferencias y actitudes normativas de los jueces y, a menudo, de los profesores que la llevan a cabo en forma de propuesta. El carácter intrínsecamente, estructuralmente, arbitrario de la ponderación emerge de una manera tajante, sostiene García Amado, si apenas consideramos los datos siguientes.

1. Los test alexyanos para el juicio de proporcionalidad, que representa el corazón del procedimiento de ponderación, no ponen algún vínculo efectivo a los interpretes, sino que sirven para legitimar cualquier resultado que encaje con las preferencias del ponderador, bajo la apariencia del rigor metodológico («Nunca se pondera para perder»)<sup>135</sup>. Una clara muestra de eso se encuentra, según García Amado, en la argumentación del juez discrepante (y de Atienza) en el caso Gürtel. Allí, frente a una regla clara y unívoca, fruto de una interpretación consolidada en autorizados precedentes judiciales, el juez discrepante (y Atienza) configuran una situación de incertidumbre existencial y sostienen que el interés a favorecer el

<sup>134</sup> García Amado 2012a: 39-85.

<sup>135</sup> García Amado 2012a: 76.

persecuimiento de los delitos pesa más del derecho a la defensa, y, por lo tanto, la regla deba ser entendida a poner dos condiciones disyuntivas para la permisión de las escuchas de las conversaciones entre los presos y sus abogados<sup>136</sup>.

2. No hay virtualmente algún límite a las ocasiones de la ponderación. Salvo, por supuesto, los límites que cada ponderador, conforme a sus preferencias ético-normativas, decida de adoptar; esto es así pues, dejando de lado las lagunas normativas, siempre pueden “identificarse” situaciones o bien de laguna axiológica, o bien de incertidumbre existencial<sup>137</sup>.

3. Una vez que se admita, como Atienza admite, que la ponderación es procedimiento “discrecional”<sup>138</sup>, hay espacio sólo para una noción relativista de solución correcta. Es decir, la corrección es siempre y necesariamente relativa a las preferencias valorativas últimas de los ponderadores, de forma que lo que parece correcto a un decisor puede parecer incorrecto a otro decisor, y viceversa, sin que haya posibilidad alguna de una adjudicación racional sobre dicho desacuerdo<sup>139</sup>:

«Ponderar, entonces, no es más que valorar subjetivamente – aunque sea con ánimo de respaldar esas valoraciones con razones que tienen una honesta pretensión de convencer los interlocutores posibles – lo que los principios (en abstracto o en el caso) pesan. Pero, puestas así las cosas, la afirmación “la decisión del tribunal T en el caso C fue incorrecta porque no ponderó o no ponderó bien” debe complementarse con este pequeño matiz: “a mi parecer [según mi discrecional criterio], la decisión del tribunal T en el caso C fue incorrecta porque no ponderó o no ponderó bien”»<sup>140</sup>.

En suma, la ponderación es procedimiento que desenvuelve una función exquisitamente retórica: es una técnica de persuasión que, en relación a los conflictos entre principios, sirve para presentar bajo la apariencia del método, de la racionalidad y de la objetividad, conclusiones prácticas que son, en cambio, metodológicamente anárquicas, irracionales y subjetivas. La ponderación no es, por ende, sino una trampa retórica (espero con esta expresión interpretar correctamente el pensamiento de García Amado), aunque muy bien construida y muy bien presentada – quizás, por efecto de la auto-ilusión que afecta a muchos valiosos, y bien intencionados, teóricos del derecho.

### 5.2.2. *La ponderación es peligrosa*

La ponderación – así prosigue el ataque de García Amado – es procedimiento

<sup>136</sup> García Amado 2012a: 57 ss.

<sup>137</sup> García Amado 2012a: 73-78.

<sup>138</sup> Atienza 2012a, p. 31; García Amado 2012a, pp. 79-80.

<sup>139</sup> García Amado 2012a, pp. 81-82.

<sup>140</sup> García Amado 2012a, p. 82.

que no sólo tiene el carácter de trampa retórica, sino que es, además, peligroso<sup>141</sup>. La argumentación de García Amado es larga y compleja. Sin embargo, sus rasgos salientes son, según me parece, los siguientes.

La concepción principialista del derecho sostiene que las reglas son derrotables e identifica en la ponderación la técnica que debe ser utilizada para garantizar que la derrota de las reglas (es decir, la introducción de excepciones, revisiones, especificaciones) sea racionalmente justificada.

Sin embargo, la ponderación es, como se ha visto, un procedimiento eminentemente arbitrario.

Por lo tanto, cualquier regla puede ser derrotada (revisada, especificada), según las preferencias subjetivas de los interpretes. Esto tiene, a su vez, dos consecuencias, ambas evidentemente inaceptables. Por un lado, las reglas se desvanecen, frente a los casos concretos, en cadenas potencialmente infinitas de revisiones judiciales<sup>142</sup>. Por el otro lado, los derechos fundamentales también se desvanecen, se vuelven “flexibles”, y esto ocurre en la medida en qué se desvanecen las reglas que el legislador haya puesto a su garantía. Como sería ocurrido en el caso Gürtel, si la mayoría de los jueces hubiese adoptado la postura principialista y ponderativa favorecida por Atienza. En las palabras de García Amado:

«los derechos, los tan cacareados derechos que serían esencia de este modelo de Estado constitucional [el modelo principialista, ndr], se tornan rigurosamente provisionales, incluso cuando hay norma legal que los desarrolla tratando de maximizar (u optimizar) su alcance»<sup>143</sup>.

Esta segunda consecuencia, cabe notar, es por ende ruinosa no sólo para los partidarios de una concepción no-principialista del derecho de los estados constitucionales, sino también para los principialistas, en la medida en qué adopten una axiología centrada en la protección de los derechos fundamentales. Pone pues en relieve como el principialismo ponderativo sea una teoría que se auto-derrota (*self-defeating*).

### 5.2.3. Principialismo v. Interpretacionismo

En la *pars destruens* de su argumentación, García Amado sostiene, en suma, que la ponderación es una peligrosa trampa retórica. Su ataque contiene, sin embargo, también una *pars construens*. En esta, la lucha en contra de la ponderación se revela parte de una lucha más radical, y de alcance más amplio, pues se trata de la lucha entre dos maneras alternativas de ver al derecho de los estados constitucionales; si se quiere, y simplificando, de la oposición entre dos mundos jurídicos posibles.

<sup>141</sup> García Amado 2012a, pp. 57-73, 84.

<sup>142</sup> García Amado 2012a, pp. 70-73.

<sup>143</sup> García Amado 2012a, p. 67, cursivas en el texto.

Al mundo del derecho hecho por principios y de la ponderación, al mundo de las reglas derrotables, y por lo tanto evanescentes, donde «también es derecho algo que está “más allá” de lo que ahí afuera todos vemos y, porque los vemos todos, a todos nos ata igual», García Amado opondría el mundo del derecho por reglas inderrotables, pero interpretables, el mundo en que «derecho es lo que está ahí afuera y nada más»<sup>144</sup>.

En este mundo – tomando una cuestión que el mismo García Amado trae a colación – se considera, por ejemplo, que la prohibición constitucional de la tortura (según el art. 15 de la Constitución española) no sea – nunca pueda, ni deba ser – sujeta a *excepciones implícitas*: es decir, nunca pueda ser revisada introduciendo excepciones que sean el fruto de la ponderación de principios.

Se admite, sin embargo, que la prohibición de la tortura pueda ser sujeta a *excepciones explícitas*: por ejemplo, cual efecto de disposiciones del código penal sobre el estado de necesidad y la legítima defensa<sup>145</sup>.

Se sostiene, en fin, que la disposición que prohíbe la tortura pueda ser objeto de interpretación, y, además, que la interpretación deba identificar el «núcleo de significado» de la disposición: el «“contenido esencial”» de la prohibición, es decir, lo que es esencialmente, indisputablemente, “tortura”, de modo que la prohibición, correctamente entendida, es «absoluta y clara» sólo en relación a dicho contenido esencial; no abarca, por ende, los «casos dudosos», es decir, las conductas que caen en la «zona de penumbra»<sup>146</sup>.

Esta manera de proceder, que, como dije, podríamos llamar interpretacionismo no-ponderativo, según García Amado presenta evidentes ventajas sobre el enfoque principialista ponderativo:

«Cuando lo que se ha de justificar mediante argumentos es la interpretación de una norma, el eje de la argumentación ha de ponerse en consideraciones generales sobre cómo queda configurada, después de tal o cual interpretación, esa norma que se interpreta. Predominan ahí las razones generales referidas a los efectos futuros de esa norma con tal configuración interpretativa. Las razones interpretativas que se aduzcan son razones en pro o en contra de una y otra interpretación. Por mucho que cuando la norma se interpreta para aplicarla a un caso concreto [...] ocurra aquel ir y venir de la mirada entre la norma y los hechos del caso, del que hablaba Engisch [...], el acento no se pone en las circunstancias del caso, sino en la conformación genérica de la norma. La consecuencia para el caso concreto que se enjuicia es una más de las consecuencias que se valoran. El caso queda sometido a la norma que se ha interpretado para abarcar una generalidad de casos, de los que el presente es uno más, aunque sea el que ahora toca resolver»<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> García Amado 2012b, pp. 131-132.

<sup>145</sup> García Amado 2012b, p. 126.

<sup>146</sup> García Amado 2012a, p. 56.

<sup>147</sup> García Amado 2012a, pp. 49-50; véase también p. 56.

En suma, en el enfoque interpretacionista, la exigencia de la justicia del caso concreto debe ceder el paso a la exigencia de establecer reglas generales, aplicables a casos futuros mediante subsunción<sup>148</sup>.

### 5.3. Réplicas y contrarréplicas

¿Cuáles réplicas ofrece Atienza? ¿Son ellas convincentes? ¿Qué conclusiones de carácter general podemos sacar del debate entre Atienza y García Amado sobre ponderación? Vamos con orden.

La estrategia defensiva de Atienza apunta, aparentemente, a poner en luz que el ataque que García Amado mueve al principialismo ponderativo sufre de una doble exageración<sup>149</sup>.

*Primera exageración:* el interpretacionismo no-ponderativo exagera los (pretenidos) vicios del principialismo, por efecto de una lectura poco caritativa<sup>150</sup>. Según Atienza, frente a las acusaciones de García Amado, cabe notar lo siguiente.

1. La ponderación puede de hecho ser arbitraria, pero no es necesariamente así, pues, como se ha visto, puede llevarse a cabo conforme a criterios, y vínculos, de racionalidad práctica (falacia “del paso de la posibilidad a la necesidad”)<sup>151</sup>.

2. Los criterios de racionalidad práctica que, según el principialismo, se aplican (y vinculan) a la ponderación pueden ser considerados modestos, pero, como ya sugería Aristóteles, ellos representan todo lo que, según una visión realística, se puede tener en el marco del derecho (argumento aristotélico)<sup>152</sup>.

3. El principialismo ponderativo no lleva a la destrucción («evanescencia») de las reglas (“falacia del hombre de paja”). Por el contrario, proporciona una visión realística, asumiendo que las reglas pueden en efecto ser derrotadas, y la complementa, en el nivel normativo, con la idea de que las reglas puedan ser derrotadas por los jueces sólo excepcionalmente, y que también pueden concebirse reglas absolutas, es decir inderrotables, por ejemplo, por «razones utilitaristas o de prevención»<sup>153</sup>.

4. El principialismo ponderativo no adhiere al «modelo» del «juez activista», sino, más prudentemente, al modelo del «juez que evita tanto el formalismo como

<sup>148</sup> García Amado 2012a, p. 50.

<sup>149</sup> Atienza 2012b, pp. 87-110; Atienza 2012c, pp. 133-138. Las réplicas son muy articuladas y parten de la formulación de un catálogo de cuatro falacias que García Amado habría cometido en su argumentación. A este catálogo, García Amado replica acusando Atienza de haber incurrido en “la falacia de las falacias” (García Amado 2012b, pp. 111-114). En el texto consideraré sólo los argumentos que reputo más relevantes.

<sup>150</sup> Atienza 2012b: 91.

<sup>151</sup> Atienza 2012b: 90.

<sup>152</sup> Atienza 2012b: 106-108.

<sup>153</sup> Atienza 2012b: 96-99.

el activismo»<sup>154</sup>. Esto resulta con toda evidencia de dos posiciones que el principialismo defiende de una manera tajante.

Por un lado, el principialismo pone límites, aunque se trate de límites «flexibles», a lo que los jueces pueden justificadamente hacer cuando deciden los casos, con relación, en particular, a la posibilidad de configurar lagunas axiológicas<sup>155</sup>. Por supuesto, dichos límites son orientados a realizar «un equilibrio entre la dimensión autoritativa y la dimensión valorativa del Derecho [...]»: «el juez puede ir más allá del Derecho, puesto que contribuye [...] a su desarrollo», y esto ocurra de una manera conforme a la específica conformación del sistema jurídico en el cual actúa<sup>156</sup>.

Por el otro lado, el principialismo sostiene que «el juez debe ser justo, no justiciero»; es decir, frente a los casos en los cuales, en hipótesis, el derecho vigente «no permite al juez de llegar a (fundamentar) una decisión justa (o perfectamente justa)», el juez debe «reconocer esos límites»<sup>157</sup>. Por supuesto, hace falta nunca olvidar «el otro lado de la medalla»: es decir, que «la vinculación del juez no es sólo a la letra de la ley, sino a sus razones subyacentes»<sup>158</sup>.

*Segunda exageración*: pasando a considerar la segunda exageración que Atienza reprocha al interpretacionismo no-ponderativo, esta consiste en eso, que el interpretacionismo exagera su distancia desde la concepción principialista, y esto ocurre, paradójicamente, en lo que atañe a la interpretación<sup>159</sup>.

A favor de esta tesis, Atienza proporciona dos argumentos. El primer argumento hace apelo a la equivalencia funcional entre interpretación “interpretacionista” y ponderación: sostiene, en otras palabras, que las dos representan formas de razonamiento no coincidentes que, sin embargo, permiten lograr los mismos resultados, de manera que la distinción entre las dos es, considerado todo, «relativa»<sup>160</sup>. El segundo argumento hace apelo a la identidad estructural entre *analogía iuris* y ponderación. Veámoslos brevemente.

1. El enfoque interpretacionista, como hemos visto, concibe la interpretación de las disposiciones que adscriben derechos fundamentales como una actividad consistente en identificar el núcleo semántico de las disposiciones, o sea el “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Ahora bien, puede sostenerse que dicha actividad no sea tan distinta de una actividad ponderativa. Esto emerge de dos consideraciones. Por un lado, el mismo García Amado, en un paso de su ensayo (citado antes, al final del § 5.2.), describe la interpretación como una actividad en que se evalúan los pros y los contras y se elige, al final, la interpretación que

<sup>154</sup> Atienza 2012b: 88-89.

<sup>155</sup> Atienza 2012b: 103-105.

<sup>156</sup> Atienza 2012b: 105-106.

<sup>157</sup> Atienza 2012b: 106.

<sup>158</sup> Atienza 2012b: 106.

<sup>159</sup> Atienza 2012b: 99-103.

<sup>160</sup> Atienza 2012b: 101.

vale, o pesa, más en relación al sistema normativo<sup>161</sup>. Por el otro lado, la equivalencia funcional entre interpretacionismo y principialismo ponderativo resulta de un ejemplo bastante sencillo, pero sugerente<sup>162</sup>. Supongamos de tener una norma que establece la prohibición de la tortura. Quien adopte el enfoque interpretacionista considerará dicha norma como una norma inderrotable. Sin embargo, en su búsqueda del contenido esencial de la norma (o, mejor dicho, del núcleo semántico de la disposición correspondiente), el interpretacionista podría llegar a las conclusiones siguientes:

Cualquier conducta que consiste en (a) imponer a otro sufrimientos graves, (b) de tipo físico o psicológico, y (c) al fin de obtener informaciones, es “tortura”, según el contenido esencial del término “tortura”, y, por lo tanto, está prohibida;

En cambio, cualquier conducta que consiste en (a) imponer a otro sufrimientos graves, (b) de tipo físico o psicológico, (c) al fin de obtener informaciones, (d) las cuales sean necesarias para salvar la vida de muchas personas inocentes, no es “tortura”, y, por lo tanto, no cae bajo la prohibición de la norma de que se trata.

Quien adopte el enfoque principialista, por el contrario, considerará la norma que prohíbe la tortura como una norma derrotable. No obstante, él podría llegar a los mismos resultados del interpretacionista, aunque por una vía diferente. Por ejemplo, podría razonar así:

Las propiedades (a) imponer sufrimientos graves, (b) de tipo físico o psicológico, y (c) al fin de obtener informaciones, que identifican situaciones de tortura, no son condiciones suficientes para que sigue la prohibición constitucional de la tortura.

A la luz de una ponderación entre garantía de la dignidad de la persona y protección de la vida de los ciudadanos, esta consecuencia normativa requiere pues que sea presente, por lo menos, también otra condición. Trata-se, más precisamente, de la condición negativa adicional, que consiste en el hecho de que las informaciones que se quiere obtener del torturado no sean necesarias para salvar la vida de muchas personas inocentes (no-d).

En conclusión, la prohibición de la tortura se aplica *ceteris paribus* a los casos de tortura (a, b, y c) en los cuales las informaciones que se quiere obtener no sean necesarias para salvar la vida de muchas personas inocentes (no-d). En cambio, los casos de tortura llevada a cabo para obtener informaciones necesarias para salvar la vida de muchas personas inocentes (a, b, c, y d) no caen bajo la prohibición de la tortura establecida por la norma de que se trata.

2. El enfoque interpretacionista admite, y, según parece razonable, no puede no admitir que la *analogía iuris* (o bien la *analogía iuris imperfecta*) sea una herramienta lícita para integrar las lagunas normativas. Pero la *analogía iuris* no es otra cosa sino una forma de argumentación ponderativa, donde se ponderan principios

<sup>161</sup> Atienza 2012b: 101.

<sup>162</sup> Atienza 2012b: 101-102.

concurrentes en aras de identificar la manera jurídicamente correcta de integrar una laguna normativa. Por lo tanto, el enfoque interpretacionista está comprometido con formas de ponderación<sup>163</sup>. La estrategia eliminacionista parece, por ende, destinada al fracaso.

¿Son las réplicas de Atienza convincentes? En parte. Sin duda, son eficaces para arrojar dudas sobre el interpretacionismo, en cuanto postura que pretende dejar a los jueces un margen de discrecionalidad mucho más menor que el principialismo ponderativo. En cambio, todo el esfuerzo argumentativo de Atienza no vale para hacer desaparecer la impresión de que, por lo menos en abstracto, el principialismo ponderativo sea una teoría que deja amplísimos márgenes de maniobra a los jueces y juristas, y que los vínculos proporcionados por los criterios de racionalidad (coherencia, universalidad, bondad de las consecuencias, y respeto de la constitución) sean, como ya notaba antes (*supra*, § 5.1), muy débiles, o bien muy “flexibles”, para utilizar una palabra que el mismo Atienza emplea.

## 6. Algunas conclusiones

Desde la perspectiva de una meta-metodología descriptiva y analítica, atenta a las modas y formas expresivas de la cultura jurídica, ¿Qué conclusiones podemos sacar de los episodios que hemos considerado en los apartados anteriores?

Esquemáticamente, me parece que podemos sacar las conclusiones siguientes.

1. A excepción de la reflexión de Guastini, que se caracteriza por un intento exquisitamente descriptivo, las demás teorías consideradas tienen más bien un intento normativo. Están acomunadas, en efecto, por una toma de posición práctica frente al fenómeno de la ponderación: o bien de carácter crítico (Aleinikoff, García Amado), o bien de carácter constructivo y apologético (Moreso, Alexy, Atienza). Todas proponen un cualquier modelo de razonamiento judicial con principios constitucionales: sea ello un modelo anti- o no-ponderativo (los modelos interpretacionistas de Aleinikoff y de García Amado), o bien un modelo de ponderación en sentido impropio (el modelo especificacionista de Moreso), o bien un modelo de ponderación en sentido propio (“con algoritmo”, en el caso de Alexy, o bien “sin algoritmo”, en el caso de Atienza). Con la excepción de la reflexión de Guastini, por lo tanto, el fenómeno de la ponderación sirve a menudo de punto de partida, y, si es el caso, de respaldo empírico, para la proposición de modelos normativos.

2. Hay una diferencia indudable entre el interpretacionismo no-ponderativo (García Amado), el especificacionismo (Moreso), y el enfoque ponderativo generalista (Alexy y Atienza), por un lado, y un cualquier enfoque ponderativo (en sentido

<sup>163</sup> Atienza 2012b: 103.

propio) comprometido con un particularismo radical y, por ende, marcadamente irracionalista, por el otro. Esta última posición, sin embargo, no parece corresponder a algún partidario de carne y hueso, sino que representa, más bien, el hombre da paja y la cabeza de turco para todos los enfoques racionalistas contemporáneos a la ponderación judicial de los principios constitucionales.

3. Trazar una diferencia entre el interpretacionismo y el especificacionismo, por un lado, y el enfoque ponderativo generalista, por el otro, parece ser en cambio algo más problemático.

Hay sin duda una diferencia de carácter (podríamos decir) estructural. Interpretacionismo y especificacionismo son modelos de resolución interpretativa de los conflictos entre principios; proponen soluciones que dependen de la (re)interpretación restrictiva, o bien de los principios mismos, o bien de las reglas “derivadas” de ellos. El modelo ponderativo generalista, en cambio, es un modelo de resolución meta-interpretativa de los conflictos entre principios: se funda en un principio de ponderación que interviene cuando la interpretación de los principios en conflicto ya se ha acabado.

Desde una perspectiva funcional, sin embargo, los modelos del interpretacionismo, del especificacionismo, y de la ponderación generalista son equivalentes: permiten lograr los mismos resultados, aunque mediante caminos diferentes.

4. Los vínculos racionales que los partidarios de los tres enfoques racionalistas (y no radicalmente particularistas) invocan son, para decir así, como las murallas de Esparta. Su fuerza no es algo dotado de una “dura” objetividad, sino que depende de las creencias y actitudes de jueces y juristas.

5. Atienza parece ser plenamente consciente de la debilidad de los vínculos racionales a la ponderación. No es casual, pues, que su variante de principialismo contenga una robusta parte normativa, donde se considera ineludible el problema de formular preceptos que delimiten y regulen el poder de ponderación de las autoridades jurídicas. La dimensión autoritativa del derecho, se sugiere, debe ser utilizada en aras de impedir que la dimensión valorativa y argumentativa del derecho mismo, con la amplia discrecionalidad que la caracteriza, se vuelva dominante, y vuelva al derecho en el coto de caza de los jueces.

## Bibliografía

- Aleinkoff, A.T. (1987). *Constitutional Law in the Age of Balancing*, «Yale Law Journal», 96, 943-1005; trad. esp. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra.
- Atienza, M. (2012a). *A vueltas con la ponderación*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 9-37.

- Atienza, M. (2012b). *Carta sobre la ponderación*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 87-110.
- Atienza, M. (2012c). *Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 133-138.
- Atienza, M. (2014). *Ponderación y sentido común*, URL: <<http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>>.
- Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis.
- Bobbio, N. (1964). *Sui criteri per risolvere le antinomie*, in Bobbio, N. (1971). *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 79-99.
- Cabra Apalategui, J.M. (2014). *Conflictos de normas y razón práctica (Sobre el concepto, justificación y racionalidad de la ponderación)*, URL: <<http://hdl.handle.net/10630/10193>>.
- Cardozo, B.N. (1928). *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press.
- Celano, B. (2002). *Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, «Ragion Pratica», 18, 2002, 223-239; trad. esp. “*Defeasibility*” y *ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables*, in Id. (2009). *Derecho, Justicia, Razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 235-254.
- Celano, B. (2005). *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale: tre ipotesi di ricostruzione*, «Analisi e diritto 2004», Torino, Giappichelli, 2005, 53-74; trad. esp. *Derechos, principios y valores en el Estado constitucional: tres hipótesis de reconstrucción*, in Id. (2009). *Derecho, Justicia, Razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 255-280.
- Celano, B. (2009). *Derecho, Justicia, Razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Chiassoni, P. (2012). *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Externado de Colombia.
- Chiassoni, P. (2018). *Tre problema di teoria del bilanciamento*, «Lo Stato», VI, 11, 11-35.
- Clérico, L. (2012). *Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias?*, «Isonomía», 37, 113-145.
- Dancy, J. (1993). *Moral Reasons*, Oxford, Blackwell.
- Ferrajoli, L., Ruiz Manero, J. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*, P. Grández Castro (ed.), Lima, Palestra.

- García Amado, J.A. (2012a). *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 39-85.
- García Amado, J.A. (2012b). *Respuesta a la epístola de Manuel Atienza*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 111-132.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria metateoria del diritto*, Torino, Giapichelli; trad. esp. Guastini, R. (2009). *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- Lombardi Vallauri, L. (2012). *Corso di filosofia del diritto*, Seconda edizione, Padova, Cedam.
- Moreso, J.J. (2002a). *Conflitti tra principi costituzionali*, «Ragion Pratica», 18, 201-221; trad. esp. *Conflictos entre principios constitucionales*, in Id. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 267-284.
- Moreso, J.J. (2002b). *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, «Ragion Pratica», 18, 2002, 241-248; trad. esp. *Sobre revisiones estables, casos paradigmáticos, e ideales regulativos*, in Id. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 285-291.
- Moreso, J.J. (2004). *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in Moreso, J.J. (2009a), 293-307.
- Moreso, J.J. (2007). *Alexy y la aritmética de la ponderación*, in Alexy, R. (2007). *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 223-248; in Id. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 309-319.
- Moreso, J.J. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.
- Moreso, J.J. (2009b). *Esbozo de preliminares a una teoría de la constitución*, in Id. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 21-66.
- Moreso, J.J. (2012). *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism*, «Ratio Juris», 25, 31-46.

Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di giugno 2019

