

La ponderación en la aplicación judicial del derecho (Pequeño boceto histórico y teórico)¹

The weighting in the judicial application of the law (Small historical and theoretical sketch)

A ponderação na aplicação judicial do direito (Pequeno esboço histórico e teórico)

La pondération dans l'application judiciaire de la loi (Un petit croquis historique et théorique)

法律司法适用中的权重(小幅历史和理论图)

Alejandro González Monzón²
Universidad de La Habana - Cuba

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo), 558-655
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e369>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2612-7267>
Recibido: 01/12/2019
Aprobado: 01/02/2020

Resumen: En el presente trabajo se realiza un análisis de la ponderación atendiendo a sus dimensiones históricas y teóricas. En esta dirección, se abordan las particularidades de la configuración de esta forma básica de aplicación del derecho en la jurisprudencia estadounidense y sus directrices conceptuales más relevantes.

¹ Agradezco profundamente los valiosos y esclarecedores comentarios realizados por el profesor Dr. Carlos J. BRUZÓN VILTRES a la primera versión de este trabajo.

² Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Romano, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; Juez de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo; Tribunal Provincial Popular de La Habana; alejandro.gonzalez@lex.uh.cu

Palabras clave: ponderación, principios, discrecionalidad, racionalidad, constitucionalización del derecho.

Abstract: In the present work, an analysis of the weighting is made taking into account its historical and theoretical dimensions. In this direction, the particularities of the configuration of this basic form of application of the law in American jurisprudence and its most relevant conceptual guidelines are addressed.

Keywords: weighting, principles, discretion, rationality, constitutionalization of law.

Resumo: No presente trabalho é realizada uma análise da ponderação de acordo com suas dimensões históricas e teóricas. Nesse sentido, são abordadas as particularidades da configuração dessa forma básica de aplicação do direito na jurisprudência dos EUA e suas diretrizes conceituais mais relevantes.

Palavras-chave: ponderação, princípios, discricção, racionalidade, constitucionalização do direito.

Résumé: Dans le présent travail, on fait une analyse de la pondération en fonction de ses dimensions historiques et théoriques. Pour cela, on aborde les particularités de la configuration de cette forme fondamentale d'application du droit dans la jurisprudence américaine et ses directives conceptuelles les plus pertinentes.

Mots clés: pondération, principes, discrétion, rationalité, constitutionnalisation du droit.

摘要:在本工作中,根据权重的历史和理论维度对权重进行了分析。在这个方向上,解决了美国法学中这种基本的法律适用形式的配置及其最相关的概念性指南的特殊性。

关键词:权重,原则,酌处权,合理性,法律宪法化。

I. Introducción

La alusión a la ponderación es un ejercicio habitual en la teoría jurídica y en la práctica judicial de los tiempos actuales. No obstante, y a pesar de su reiterado uso por parte de los

tribunales (tanto declarado como implícito), principalmente ante conflictos que involucran derechos fundamentales, valores o bienes constitucionales, se hace latente que aún el tema no ha alcanzado la madurez teórica que es posible apreciar respecto a otras instituciones y conceptos integrantes de la ciencia del derecho. Uno de los escollos que se elevan en este sentido lo constituye la frecuente falta de organicidad analítica en los estudios dedicados al tema. De inicio, se hace necesario dejar sentado, siguiendo a MARTÍNEZ ZORRILLA, que el análisis de la ponderación exige la diferenciación de tres dimensiones teóricas, a saber: a) una dimensión estrictamente *conceptual* (qué se entiende por ponderación o en qué consiste este mecanismo que llamamos ponderación); b) una dimensión *metodológica* (cómo se lleva a cabo la ponderación y cuál es el resultado a que ésta da lugar); y c) una dimensión *normativa* (cómo debe ponderarse o, en otras palabras, qué condiciones o criterios deben satisfacerse a la hora de ponderar para que el resultado del proceso pueda considerarse correcto o justificado.³ El presente trabajo se propone desarrollar, en sus líneas esenciales, los contenidos de las dimensiones a) y b).⁴

Resulta incontrovertible el hecho de que las disertaciones sobre la ponderación han encontrado en la teoría jurídica contemporánea una ostensible carta de naturalización. A pesar de la amplia bibliografía que acumula el tema, quedan aún puntos de sombra, ajenos a cualquier vestigio de consenso doctrinal. Un repaso somero del estado del arte al respecto arroja la configuración de los posicionamientos más disímiles. Desde la aceptación incondicional hasta la negación absoluta, pasando por un amplio catálogo de criterios matizados, la reflexión sobre la

³ Cfr. MARTÍNEZ ZORRILLA, David, "Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 86, Madrid, mayo-agosto de 2009, pp. 119-120.

⁴ Un primer acercamiento al tema en GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro, *Los principios generales del Derecho: una manifestación de la complejidad del fenómeno jurídico*, Editorial Leyer, Bogotá, 2018, pp. 272-274.

ponderación se ha convertido en un lugar común a partir del cual es posible concebir esquemas *iusfilosóficos* más amplios, generalmente vinculados con la teoría de las normas jurídicas. En efecto, la posibilidad y virtualidad de la ponderación en los esquemas teóricos depende de la aceptación de la existencia de los principios, lo que obviamente supone una particular concepción de las normas jurídicas y, a su vez, una visión *iusfilosófica* específica, alejada del positivismo formalista.

En términos generales, la ponderación es definida como una de las formas básicas de aplicación de las normas, esto en el entendido de que a través de ella se aplican los principios, mientras que a través de la subsunción se aplican las reglas. No obstante, y más allá de los contornos de la aplicación del derecho propiamente dicha, la ponderación supone importantes incidencias en lo relativo a la interpretación y a la argumentación en sede jurídica. Es por esta razón que su máxima realización acontece en el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente en las lides de las cortes supremas y las cortes constitucionales, en cuya misión se inserta la interpretación y aplicación de normas (de conjunto con el despliegue argumentativo que esto entraña) que, como es el caso de los derechos fundamentales, presentan un estructura principal.

Si bien la ponderación cobra relevancia en todos los escenarios en los que se haga necesaria la aplicación de un principio, en tanto estos no pueden ser asumidos, tal cual lo son las reglas, como mandatos que se aplican a un caso concreto en términos de *todo o nada*, sino como normas cuyas posibilidades de realización dependen de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, lo que supone una indiscutible gradación en el extensión de su contenido (pueden cumplirse en diversos grados), es lo cierto que su instrumentación más evidente tiene lugar en la solución de los episodios de colisión principal, los que a su vez tienen en el ámbito constitucional su entorno natural. En dicho ámbito se impone la ponderación tanto en los supuestos de colisión entre dos (o más) principios constitucionales, es decir,

con regulación en el texto constitucional, como en los predios del control de constitucionalidad respecto a las disposiciones normativas de jerarquía inferior que, potencialmente, restringen o contravienen un bien jurídico constitucionalmente tutelado. En esta última dimensión, el contexto en que se requiere de la ponderación, que no es otra cosa que un caso judicial, puede asumir dos grandes vertientes en relación con las diferencias entre los modelos clásicos de jurisdicción constitucional. Así, en los modelos de control concentrado, en los que las cortes constitucionales tienen la preminencia en la determinación de la legitimidad constitucional respecto a las leyes u otras disposiciones normativas inferiores, los resultados de la ponderación estarán referidos a casos en abstracto, esto es, a clases de casos. En otro sentido, en los modelos de control difuso, en los que todos los jueces pueden ejercer efectivamente el control de legitimidad constitucional, los resultados de la ponderación, que ha de tener lugar en una controversia entre dos partes procesales bien definidas, estarán referidos a casos específicos, en los que la misión del juez no es otra que la de resolver una controversia particular.

De lo dicho es fácil advertir que la ponderación es expresiva de relevantes debates teóricos y de problemáticas prácticas acuciantes. No es la ponderación una de esas figuras cuyo desarrollo ha quedado circunscrito por los muros de la academia. Todo lo contrario. La dinámica actual de la interpretación, la aplicación y la argumentación del derecho, específicamente en la jurisdicción constitucional, tiene en la ponderación uno de sus espacios más recorridos. Desde un prisma aún más general, es plausible sostener que existen vínculos estrechos entre la ponderación y la dinámica democrática, pues la primera entraña, además de una noción racional de los parámetros interpretativos, aplicativos y argumentativos respecto a las normas constitucionales,⁵ la asunción de un modelo de juez despegado

⁵ Cfr. BARAK, Aharon, *Purposive interpretation in Law*, Princeton University Press, New Jersey, 2005, pp. 3-60.

del automatismo,⁶ y la factibilidad de limitar las libertades y los derechos fundamentales como uno de los requerimientos de la sociedad políticamente organizada.

Como ha señalado Aharon BARAK:

“(…) A nivel constitucional, la ponderación permite la existencia continua dentro de una democracia de principios o valores en conflicto, al tiempo que reconoce su inherente situación de conflicto constitucional. A nivel infraconstitucional, la ponderación proporciona una solución que refleja los valores de la democracia y las limitaciones que la democracia impone al poder de la mayoría de restringir a los individuos y a las minorías que habitan en ella (…).”⁷

El profesor Robert ALEXY también concibió esta correlación, tomando como epicentro el ya referido tópico del control de constitucionalidad:

“(…) La cuestión de la ponderación es el principal problema de la dimensión metodológica del control de constitucionalidad. El asunto central de su carácter institucional puede formularse preguntando cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del parlamento. Esta pregunta nos coloca ante el eterno problema de la relación entre el control de constitucionalidad y la democracia (…).”⁸

Como ha sido descrito en reiteradas ocasiones por la doctrina, los textos constitucionales contemporáneos, no limitados a fungir en exclusiva como fundamentos formales y procedimentales de la producción del derecho ordinario, contienen amplios

⁶ Apud BARAK, Aharon, *The judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, New Jersey, 2008, pp. 164-174.

⁷ BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Traducción de Gonzalo Villa Rosas, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 381.

⁸ ALEXY, Robert, “La ponderación, el control de constitucionalidad y la representación”, en ALEXY, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Coordinación de Gonzalo Villa Rosas, Editorial Palestra, Lima, 2019, p. 187.

catálogos de principios, que irradian y condicionan el sentido del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y que en su desarrollo aplicativo pueden entrar en conflicto. Es decir, en la práctica constitucional se producen constantes interferencias entre los respectivos ámbitos de realización de dichos principios. En esta dirección, la legitimación instrumental de la ponderación radica en la aceptación de la insuficiencia de la concepción estándar de la aplicación del derecho (concebida en derredor del modelo subsuntivo) para brindar una respuesta racional a los conflictos que se pueden generar entre principios constitucionales, con la peculiaridad de que en estos supuestos no puede seguirse un discernimiento que esgrima la validez como criterio de solución. Como se desarrollará más adelante, la resolución de los conflictos entre principios no puede ser realizada con los axiomas que se utilizan para solucionar los conflictos entre reglas. Así, si la subsunción trata de determinar la norma individual que establece una consecuencia normativa puntual para un caso individual, explicitando que dicho caso individual está lógicamente comprendido en un caso genérico al que una norma jurídica aplicable enlaza con una consecuencia normativa, ¿cómo afrontar la realidad de que las razones jurídicas ofrecidas por determinadas normas jurídicas no son siempre concluyentes?⁹

II. Sobre el surgimiento de la ponderación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América

El protagonismo judicial, especialmente en los contornos del Tribunal Supremo, es una de las características distintivas del sistema político norteamericano.¹⁰ Este protagonismo, lejos de

⁹ Cfr. MORESO, José Juan, "Prólogo", en MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 155.

¹⁰ *Apud* PÉREZ AYALA, A, "Para conocer mejor el constitucionalismo norteamericano", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 82, Madrid, enero-abril de 2008, pp. 418 y ss.

ser esporádico o incidental, constituye uno de los ejes centrales de la dinámica estructural de la vida política y jurídica de los Estados Unidos de América desde sus tiempos fundacionales, cuestión que fue advertida por Tocqueville en su famosa obra *La democracia en América*.¹¹

En palabras de este autor francés:

“(…) En manos de los siete jueces federales¹² descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión. Sin ellos, la Constitución es letra muerta; a ellos es a quienes apena el poder ejecutivo para resistir las usurpaciones del poder legislativo; la legislatura, para defenderse de las obras del poder ejecutivo; la Unión, para hacerse obedecer de los Estados; los Estados, para rechazar las pretensiones exageradas de la Unión; el interés público contra el interés privado; el espíritu de conservación contra la inestabilidad democrática. Su poder es inmenso; pero es un poder de opinión. Son todopoderosos en tanto que el pueblo consiente en obedecer a la ley; no pueden nada, cuando él la desprecia. Ahora bien, el poder de opinión es aquel del que es más difícil

Una visión crítica al respecto es la sostenida por Luis Fernando TORRES, quien analiza la cuestión en los términos siguientes: “(…) una de las mayores conquistas del civismo democrático y republicano fue la de haber pasado del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes. El constitucionalismo estadounidense se desarrolló alrededor de esa gran conquista conceptual, socavada, lamentablemente, por el recurrente activismo judicial del Tribunal Supremo, cuyos jueces, en no pocas sentencias, interpretaron la Constitución a la luz de sus preferencias personales, con una lectura coyuntural de los derechos y los principios constitucionales. El activismo judicial (...) se convirtió (...) en el pretexto para que los jueces desconozcan el valor y la eficacia de las leyes e incursionen en el proceso político. Así, del gobierno de las leyes, en el que soñaron los fundadores de la república, se ha retornado al gobierno de los hombres, esta vez, togados y vestidos de negro (...)” TORRES, Luis Fernando, “El activismo judicial en la era neoconstitucional”, en *Juris Dictio*, año 13, vol. 15, enero-junio de 2013, p. 66.

¹¹ TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

¹² En los tiempos en que TOCQUEVILLE redactó su trabajo (1835-1840), el Tribunal Supremo estaba integrado por siete jueces. Originalmente, la *Judiciary Act* de 1789 fijó en seis los miembros de este órgano de justicia. Después de varias modificaciones, la *Circuit Judges Act* de 1869 estableció que serían nueve los jueces integrantes de la suprema magistratura, un juez presidente (*Chief Justice*) y ocho jueces asociados (*Associate Justices*), composición que se encuentra vigente en la actualidad.

hacer uso, porque es imposible decir exactamente dónde se hallan sus límites. Es a menudo tan peligroso permanecer más acá de este extremo como sobrepasarlo (...).¹³

La posibilidad del Tribunal Supremo de declarar nulo cualquier precepto legal contrario a la Constitución, en el entendido de que la protección de la supremacía de la ley fundamental es equivalente a la protección de la voluntad del pueblo soberano, de un sujeto originario superior al mismo legislador,¹⁴ de la mano de la fuerza vinculante de sus fallos para los tribunales inferiores, supone que sus pronunciamientos sean tan decisivos que se ha podido decir, tal y como recuerda García Pelayo citando a Hughes, que los norteamericanos están bajo la Constitución, “(...) pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es (...)”.¹⁵ De este modo, y en referencia al escaso número de Enmiendas que posee el magno texto de 1787, es que puede sostenerse que “(...) el Tribunal Supremo ha actuado como una convención constitucional continua, de modo que casi se puede decir que la Constitución es enmendada todos los lunes, por la mañana, cuando el Tribunal Supremo toma sus decisiones (...)”.¹⁶

El fenómeno de la ponderación, como método empírico de solucionar conflictos de intereses jurídicamente tutelados, tiene su origen más estructurado en la creación jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos enmarcada en el segundo cuarto de la pasada centuria.¹⁷ En este contexto, dicho

¹³ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, op. cit, p. 75.

¹⁴ Cfr. FIORAVANTI, M, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 146.

¹⁵ GARCÍA PELAYO, M, *Derecho Constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, s/a, p. 354.

¹⁶ GARCÍA PELAYO, M, *Derecho Constitucional...*, op. cit, p. 354.

¹⁷ No se desconoce con esta afirmación el derrotero evolutivo de la ponderación desde la cuerda argumentativa del exámen de proporcionalidad, desarrollado fundamentalmente por los tribunales alemanes al tenor de los conflictos acontecidos en ocasión de la reivindicación y ejercicio de los derechos individuales frente a los poderes del Estado. Fue en la dinámica evolutiva del Derecho Administrativo del siglo XIX alemán que cobró fuerza definitiva el principio de proporcionalidad. El epicentro de este fenómeno de materialización se encuentra en el discurso sobre los derechos públicos subjetivos, que afianzó la concepción sobre la

satisfacción de los intereses personales como uno de los fines fundamentales del ejercicio del poder público. Así, cualquier intromisión estatal en el espacio de la libertad individual debía ser proporcionada. Como consecuencia, la doctrina *iusadministrativa* alemana sobre el poder de policía ha desarrollado notablemente lo relativo al principio de proporcionalidad. Un ejemplo ilustrativo lo constituye la visión de Otto MAYER, para quien: "(...) el poder de policía no actúa sobre los que están sometidos a su jurisdicción sino *en tanto* que la perturbación emane de ellos. El fundamento del poder de policía en el derecho natural exige que la defensa esté en *proporción* con la perturbación; de este modo se fija la *medida* de la potestad de la policía. No cabe presumir que la ley, mediante las autorizaciones generales en virtud de las cuales procede la autoridad policial, haya querido permitir una defensa que exceda a esta medida natural. Así, pues, esta medida natural adquiere la importancia de un límite jurídico serio (...)." MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, tomo II, Parte Especial, Poder de Policía y Poder Tributario, Traducción del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 31. En sentido similar se pronunció Adolfo MERKL: "(...) el principio de la proporcionalidad en la defensa, requiere que la intervención policiaca guarde proporción con el mal que trata de evitar. Además, se impone como obligación de la autoridad la elección de aquellos medios que menos daño produzcan a los derechos e intereses de los individuos. En una palabra, la policía tendrá que actuar con el mayor número posible de consideraciones y cuidados (...)." Seguidamente, este autor desarrolla una crítica al enfoque *iusnaturalista* que lo separa radicalmente de la posición de MAYER: "(...) semejantes principios no alcanzan carácter jurídico más que si son contenidos en preceptos jurídicos que, efectivamente, impongan a la policía esos límites. De otro modo, esos principios, aunque muy apreciables por su contenido, no pasan de ser derecho natural individualista (...)." MERKL, Adolfo, *Teoría general del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 326. Más recientemente, autores como Hartmut MAURER utilizan el principio de proporcionalidad como criterio de límite en el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración Pública: "(...) los derechos fundamentales y los principios generales de la actuación administrativa, en especial los de necesidad y proporcionalidad, son límites objetivos de la discrecionalidad, pero también elementos para una adecuada ponderación en el ejercicio de la misma. Su vulneración vicia la decisión discrecional (...)." En un momento más avanzado de su obra este tratadista dejó en claro que: "(...) el principio de proporcionalidad en sentido amplio se deduce del Estado de derecho y ha de ser observado en todo momento. No rige únicamente para la administración sino también para el Legislativo y contribuye, en general a la determinación de los límites de los derechos fundamentales en cuanto mandato de ponderación entre la acción de libertad de los particulares y el interés público limitador de esa libertad (...)." MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, Editorial de la UNAM, México DF, 2012, pp. 139 y 250. Otro antecedente remoto de la ponderación se identifica en la letra del artículo 7 del Código civil austriaco de 1811, que de manera clara dispuso que: "(...) si no se puede decidir un caso jurídico, ni según la literalidad de la ley, ni según el sentido natural de la misma, entonces deben ser tenidos en cuenta lo determinado por la ley en casos análogos y los fundamentos de otras leyes semejantes. Si resultare aún dudoso el caso, debe ser decidido, de acuerdo con las *circunstancias* cuidadosamente recogidas y *reflexivamente ponderadas*, según los principios del Derecho Natural (*Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit*

órgano jurisdiccional judicial tuvo que instrumentar estrategias de legitimación en lo tocante a la interpretación constitucional de cara a la inestabilidad económica que afrontó el país y motivó la ejecución del *New Deal*.¹⁸

Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden) (...).” Un detenido análisis sobre el tema en BERNAL PUJIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 55-69.

¹⁸ Entre los años 1934 y 1936 la Corte Suprema de los Estados Unidos, insuflada de un fuerte carácter conservador respecto al liberalismo absoluto, se opuso reaciosamente a las medias instrumentadas por el presidente ROOSEVELT en ocasión de su programa de reformas sociales. El propio mandatario sostuvo en una oportunidad que: “(...) cuando tomé posesión de mi cargo, el 4 de marzo de 1933, me sentía seguro de que los dos poderes del Gobierno que son electivos, el ejecutivo y el legislativo, estaban unidos en su determinación de enfrentarse, de una forma valiente, a través de la acción y la experimentación a la nueva crisis que se había desarrollado en nuestra vida nacional. Yo, por supuesto, no conocía cuál sería la actitud del tercer poder, el judicial. Sus miembros eran designados y no elegidos. Una mayoría del Tribunal Supremo, previamente había mostrado una actitud hacia los temas sociales y económicos que era contraria a la filosofía del New Deal (ROOSEVELT, Franklin D, “The Fight Goes On”, *Collier's* September, 13, 1941, p. 13.) (...).” Los argumentos utilizados por la Corte para dejar sin efectos las medias promovidas desde el ejecutivo y el legislativo fueron básicamente dos, a saber, la inconstitucionalidad de una delegación del poder legislativo y también del control federal de la producción. El control de constitucionalidad, sustentado en plataformas ideológicas de derecha fue utilizado como un método de contención política y no como un mecanismo de protección de la coherencia jerárquica del ordenamiento jurídico. No es hasta el 29 de marzo de 1937, con el fallo *West Coast Hotel Co. V. Parrish*, que el poder judicial experimenta un giro radical en su perspectiva, admitiendo en la solución de este altercado que no puede ser tutelada una libertad individual absoluta y sin restricciones, lo que supuso una flexibilidad favorable a las leyes de contenido comunitario. En este periodo del *New Deal* las libertades públicas se revistieron de una importante evolución constitucional, sobre todo en materia de protección de las libertades religiosa, de opinión y de reunión. Este contraste, advenido por la necesidad de balancear intereses desprendidos de viejas concepciones sobre los derechos individuales y nuevas circunstancias sociopolíticas motivadas por una profunda crisis económica, fue el que dio al traste con la argumentación ponderativa de los jueces norteamericanos de la época, lo que no supuso una concientización teórica profunda al respeto. Para un análisis detallado *vid* SAGREDO SANTOS, Antonia, “Nueve ancianos anulan la legislación del New Deal: El Tribunal Supremo Estadounidense y la Ley Agraria”, en *Revista Complutense de Historia de América*, vol. 31, Madrid, 2005, pp. 193-213. Consultar además el estudio de FRIEDMAN, Lawrence M, *Breve historia del Derecho estadounidense*, Traducción y comentario de Pablo Jiménez Zorrilla, Editorial de la UNAM, México DF, 2007, pp. 136-150. Consultar además los fallos más relevantes del Tribunal Supremo que se enmarcan en la época en BELTRÁN DE FELIPE, M. y J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal*

En efecto, como ha relatado DICK HOWARD, en las primeras décadas del siglo XX, se tenía la percepción de que, a menudo, el Tribunal Supremo protegía la propiedad y la empresa contra las leyes progresistas. Por ejemplo, en 1905, el Tribunal abolió una ley de Nueva York que limitaba la cantidad de horas que los panaderos podían trabajar en una jornada, calificando tales estatutos como *oficiosas interferencias* con los derechos individuales. En los años treinta, este tipo de pensamiento jurídico del Tribunal se interpuso en el camino del Nuevo Trato del presidente Franklin Roosevelt. Tras la amenaza del presidente de *empaquetar el tribunal* -propuesta de incrementar el número de miembros de la judicatura- los jueces cambiaron de parecer y dieron una acogida más favorable a las leyes estatales y federales aprobadas para efectuar reformas económicas y sociales.¹⁹

Se debe significar, además, que la ponderación se instituyó en tales circunstancias como una reacción crítica ante los posicionamientos formalistas y conceptualistas que informaron la teoría norteamericana del derecho de finales del siglo XIX y comienzos del siglos XX, sedimentados en una hermenéutica jurídica definida por STONE en el caso *Di Santo v. Pennsylvania*, de 1927, como mecanicista, “(...) demasiado distanciada de la actualidad (...) como para ser de utilidad (...)” En esta conjunción de condicionantes, desdoblada de un lado en una revolución desde lo judicial en aras de hacer coincidir el ejercicio de la función jurisdiccional con las exigencias sociohistóricas, y de otro, en un movimiento doctrinario refutador de esquemas anquilosados en el plano de la formalidad jurídica, se sitúa el epicentro del proceso de redimensión paulatina que dio al traste con la asimilación de la ponderación como mecanismo de

Supremo de los Estados Unidos de América, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 2006.

¹⁹ DICK HOWARD, A. E., “Decir qué es la Ley. El Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad”, en *Temas de la Democracia, La Corte Suprema de Estados Unidos: El tribunal Máximo del país*, Journal USA, Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de Estado de Estados Unidos, Washington, D.C., abril de 2005, p. 6.

aplicación del derecho, operando ambas salidas como vertientes explicativas de un mismo fenómeno, a saber: el de la revitalización de la eficacia del texto constitucional en la dinámica del ordenamiento jurídico.²⁰ Obviamente, el logro de este propósito exigió una reconcepción del rol de los intérpretes y guardianes de la *lex fundamentalis* (primordialmente de los jueces) y del sentido mismo del saber científico que debía apoyar y legitimar su absoluta supremacía.

Esta mutación en las directrices de la teoría y la *praxis* constitucional representó una exaltación del contenido axiológico de la Constitución en detrimento de las visiones originalistas²¹

²⁰ *Apud* TUSHNET, Mark, ¿Por qué la Constitución importa?, Traducción de Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 29 y ss.

²¹ Los modelos originalistas, que a su vez pueden ser divididos en modelos originalistas textualistas (los jueces solo realizan una función declarativa del texto constitucional) y modelos originalistas intencionalistas (los jueces realizan una función de determinación del sentido que dieron al texto constitucional sus creadores), defienden, a grandes rasgos, que en el ejercicio de la interpretación constitucional se le debe brindar preponderancia a los criterios que se desprenden de manera directa del texto de la ley fundamental. En esta dirección, los originalistas postulan que la evolución constitucional solo es admisible a través de la realización de procedimientos formales de reforma. Para los originalistas, las decisiones judiciales solo deben interpretar, aplicar y exigir el cumplimiento de las normas constitucionales explícitas, o de aquellas que resultan evidentemente implícitas en el texto constitucional (voluntad del constituyente). Así, si se detecta una indeterminación en el texto constitucional, esta debe ser resuelta por el legislador. En igual sentido, solamente pueden ser reconocidos los derechos expresamente formulados en el texto constitucional o aquellos que de su análisis se colija que fueron obviamente contemplados por el constituyente (implícitos en el texto). En conclusión, los originalistas presuponen que el texto constitucional es un mecanismo de control de la interpretación constitucional, ponderando el valor del momento constitucional en el que se redactó el documento, por lo que los jueces deben respetar el significado literal o las intenciones específicas del constituyente. Esta perspectiva de pensamiento se conecta con el sentido que debe asumir la democracia constitucional, pues para lo originalistas su método es el único que resulta viable para garantizar la instrumentación de criterios sistémicos y transparentes de interpretación, esto en aras de identificar el significado apropiado de los textos constitucionales que resultan semánticamente indeterminados. *Vid* al respecto BERMAN, Mitchell N, "Construcciones constitucionales y reglas constitucionales de decisión: reflexiones sobre el cincelado del espacio de implementación", en *Isonomía*, n° 38, abril de 2013, pp. 105-142. Este autor ha criticado con precisión las consecuencias de la interpretación originalista, asumiendo como premisa de análisis que reducir el significado jurídico o el contenido jurídico al contenido semántico fijo no es sostenible. Además, consultar las explicaciones

basadas en un modelo de agencia.²² Al tenor del originalismo interpretativo fue defendida una jurisprudencia constitucional pasiva, siempre incardinada a la búsqueda del (supuesto) significado original de la letra de la Constitución o, en su defecto, de las directrices políticas asumidas por el legislador federal y estatal, por presumirse su constitucionalidad en virtud de estar legitimados democráticamente sus autores.²³ El juez Antonin G. SCALIA, que fuera considerado como uno de los pilares del conservadurismo judicial norteamericano, desarrolló en el caso *South Carolina v. Gathers*, desde los patrones del originalismo, una idea interesante sobre el *stare decisis* y su estabilidad en materia constitucional. La relevancia del pronunciamiento estriba en la aceptación de la posibilidad de modificar el precedente fundado en una interpretación que tergiverse la letra del magno texto, entendiendo por tergiversar el asumir una técnica de interpretación evolutiva que desarrolle los preceptos constitucionales y los imbrique racionalmente con las exigencias sociohistóricas que condicionan el caso a resolver. Esta plasticidad en la observancia del precedente, restringe una de sus posibles funciones. Ciertamente, en contextos en que el precedente se comporte como un freno a la interpretación contextualizada de la Constitución, esta flexibilidad puede resultar, dentro de los parámetros de la seguridad jurídica, muy positiva. No obstante, la desatención a ultranza del precedente en materia constitucional permite que la interpretación en sede de derechos se mantenga en un limbo de estatismo, ya que tiende

de WALUCHOW, W, "Constitutionalism", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, E.N. Zalta, Ed, Winter 2012 Edition, pp. 16-23; y de CHERMERINSKY, E, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, Aspen, 3 edition, 2006, p. 19.

²² Cfr. SAGER, Lawrence G, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 2007, pp. 79-88.

²³ Cfr. CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 175-176. Un análisis particularizado en TUSHNET, Mark, "Constitutional interpretation, character, and experience", en *Boston University Law Review*, nº 72, 1992, pp. 747-763.

a desconocer la posibilidad de que se comporte, en sentido contrario, como un mecanismo de oxigenación de la *norma normarum*. En su disertación, el juez antedicho compartió las opiniones del juez DOUGLAS:

“(…) Con cierta reserva respecto a decisiones que se han incrustado tanto en nuestro sistema de gobierno que el regreso ya no es posible (...); estoy de acuerdo con el juez Douglas: Un juez que apunta hacia una decisión constitucional puede tener compulsiones de reverenciar la historia pasada y aceptar lo que alguna vez fue escrito. Pero recuerda sobre todo lo demás que es la Constitución lo que juró apoyar y defender, no el barniz que sus predecesores pusieron en ella (...)”²⁴

Una crítica relevante a dichos modelos se puede estandarizar en derredor de la concepción de la *living Constitution*,²⁵ según la cual la Constitución es “(...) una norma viviente, que (debe) ser interpretada a la luz de las condiciones vivientes de la sociedad (...)”²⁶ por lo que representa “(...) un documento (...) suficientemente flexible para ser adaptado a las condiciones sociales de los diferentes períodos de la historia (...)”²⁷ Una expresión jurisprudencial de esta concepción dinámica está presente en la ponencia de HOLMES en el caso *State of Missouri v. Holland*, de 1920. Uno de los argumentos defendidos en la citada sentencia reza lo siguiente:

“(…) Debemos darnos cuenta de que los redactores de la Constitución generaron un organismo respecto del cual

²⁴ Cit. pos. BRENNER, Saul y Harold J. SPAETH, *Stare indecisus. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de los Estados Unidos, 1946-1992*, Traducción de Sebastián Figueroa Rubio y Camila Spoerer Grau, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 56-57.

²⁵ Un análisis excelente sobre este tema en CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “Ponderación y Constitución viviente como expresión del mismo fenómeno constitucional: la experiencia norteamericana”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, Madrid, 2016, pp. 41-74.

²⁶ CORWIN, E. S., “Constitution vs. constitutional theory”, en *The American Political Science Review*, nº 19 (2), 1936, p. 302.

²⁷ MILLER, A. S., “Notes on the concept of the living constitution”, en *The George Washington Law Review*, nº 31 (5), p. 884.

no pudieron prever su completo desarrollo (...) el caso (...) (por tanto) debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia y no meramente a través de lo que se dijo cien años atrás (...).”²⁸

Esta tendencia, que incumbe tanto a la letra constitucional como al precedente que se genera mediante la solución de los casos que exigen una actividad interpretativa sobre su sentido y alcance, se puede entender como una manifestación de los modelos extrínsecos de interpretación constitucional, que comenzaron a ganar fuerza en la jurisprudencia estadounidense durante el primer cuarto del siglo XX. Los modelos extrínsecos, que pueden ser distinguidos en doctrinalistas, hiper-rationales y prudenciales, asumen la existencia de un conjunto de valores (que en determinados contextos se entienden implícitos en la Constitución) al tenor de los cuales debe realizarse la tarea interpretativa en sede constitucional. Por esta razón, los afiliados a esta tendencia teórica conciben que la evolución de la Constitución trasciende los límites que fija su texto y la propia voluntad de su ente creador, dependiendo preponderantemente de factores que les son exógenos. En su vertiente doctrinalista, esta tendencia teórica de la interpretación constitucional plantea que no es necesario que el juez recurra al texto cuando se constata la existencia de precedentes sobre la solución de un controvertido. El hiper-racionalismo, como su propia denominación lo indica, ha planteado que la interpretación constitucional debe fundarse en los criterios procedimentales y formales que define la razón práctica judicial. Por último, el prudencialismo hace depender a la interpretación constitucional de la identificación de un objeto referencial que comprenda y de forma a un problema jurídico concreto.²⁹

Existe una fuerte similitud entre los razonamientos ponderativos desarrollados por la máxima judicatura norteamericana

²⁸ 19 de abril de 1920. 252 U.S. 416. (1920). *State of Missouri vs. Holland*.

²⁹ Cfr. BERMAN, M, *Constitutional interpretation: non-originalism*, *Philosophy Compass*, 6/6, 2011, pp. 408-420.

en la primera mitad del pasado siglo, sustentados en la teoría de la *living Constitution*, y el revestimiento doctrinal contemporáneo del examen de proporcionalidad. En la base de ambos esquemas se encuentra la calificación de los derechos fundamentales regulados en el texto constitucional como principios, es decir, como normas cuya aplicación responde a sus posibilidades de optimización, en el sentido de que dicha aplicación se realizará en la mayor medida posible. De esto se desprende que el contenido de dichos derechos fundamentales no se encuentra regulado de forma taxativa en la Constitución, sino que debe ser delineado por el juez constitucional caso a caso en observancia de las particularidades del controvertido. Esta concepción *prima facie* de los derechos fundamentales es el pórtico de la legitimidad instrumental de la ponderación, pues a su tenor se genera el estado de flexibilidad idóneo que permite al juez constitucional balancear los intereses a tutelar ante una colisión de principios.³⁰ En resumen, la ponderación, desde la dimensión de la *living Constitution*, implica: a) realizar un *balancing* de intereses considerados estos como principios a optimizar; y b) aplicar un criterio de utilidad como medida del primero, considerando la mayor ventaja social posible.³¹

Ya en los primeros años del siglo XX, el profesor de la Universidad de Yale Frank J. GOODNOW, reprochaba al Tribunal Supremo la aplicación de principios generales relativos al derecho de propiedad y a la libertad de contratación desde los prismas teóricos y políticos decimonónicos. Para este administrativista el órgano de justicia mentado debía dejar a un lado “(...) la concepción de que nuestra Constitución postula un (...) sistema inmodificable y una rígida e inflexible regla de derecho privado (...)” Defendiendo en argumento *a contrario* que “(...) las constituciones (...) deben ser consideradas como

³⁰ Cfr. WEBBER, Grégoire C. N., “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXIII, 2010, pp. 179-202.

³¹ Cfr. CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “Ponderación y Constitución viviente...”, op. cit, p. 60.

declaraciones de principios generales cuya aplicación debería considerar las condiciones cambiantes (de la sociedad) (...).³²

En negación de cualquier manifestación de rigidez, ganó fuerza la consideración de la Constitución como reservorio de disposiciones estructurales amplias y de generalidades morales, particularmente en relación con las *cláusulas de libertad*, lo que supuso para los jueces un compendio hacia la cumplimentación de estas disposiciones generales en aplicaciones concretas, estableciendo pautas para interpretaciones operativas y apologetas de los conceptos constitucionales axiológicos. La consecuencia ontológica de este giro perspectivo, en descripción de Gerald POSTEMA, se centró en la comprensión del derecho no tanto como algo realizado o puesto -algo sentado por naturaleza o voluntad-, sino más bien como algo adoptado, esto es, utilizado por los jueces en la deliberación práctica.³³

Como apostilló Lawrence SAGER con acierto:

“(...) Si la Constitución sólo fuera una ley caracterizada por su rango supremo sobre cualquier otra norma jurídica en conflicto, sería muy difícil explicar por qué las opciones legislativas de una generación anterior deberían vincular a las generaciones que viven uno o dos siglos después, y por qué optamos por interponer entre el pueblo y sus leyes la necesidad de hacer un esfuerzo de reconstrucción histórica (...).”³⁴

Seguidamente concluía:

“(...) Para darle sentido a nuestra práctica constitucional (la estadounidense), debemos concebirla como una práctica basada en la justicia, al servicio del objetivo de hacer más justa nuestra comunidad política. La colaboración entre el poder constituyente, que típicamente establece

³² GOODNOW, F, *Social Reform and the Constitution*, Macmillan Company, New York, 1911, p. 6.

³³ POSTEMA, Gerald J, “Classical Common Law Jurisprudence (Part I)”, en *1 Oxford U. Commonwealth L. J*, 2002, pp. 155-166.

³⁴ SAGER, Lawrence G, *Juez y democracia...*, op. cit, p. 89.

principios generales, y el intérprete judicial, que se ocupa de dar contenido y definir con detalle los principios generales enunciados en el texto, es un elemento central de nuestra práctica constitucional. La teoría basada en la justicia se fundamenta en la creencia de que esta colaboración, a lo largo del tiempo, proporciona una orientación razonablemente buena para la satisfacción de las exigencias más básicas de la justicia política (...).³⁵

En esta dirección, la ponderación se acogió inicialmente para solventar las problemáticas suscitadas en ocasión de la protección dispensada por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos,³⁶ específicamente en lo que concierne a la realización del derecho a la libre expresión,³⁷

³⁵ SAGER, Lawrence G, *Juez y democracia...*, op. cit, p. 90.

³⁶ El texto de la Primera Enmienda es el siguiente: "(...) El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios (...)." *Constitución de los Estados Unidos de América (con notas explicativas)*, Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de Estado de Estados Unidos, 2004. La preocupación de la Corte por el contenido de la Primera Enmienda, comenzó a emerger durante el período de la primera guerra mundial, fase en la que dictó una serie de sentencias, en las que condenaba a pacifistas por la distribución de panfletos contrarios a la guerra y al reclutamiento militar. En éstas, las condenas impuestas a los acusados de acuerdo con la Ley de Espionaje (*Espionage Act*) por las cortes inferiores fueron confirmadas por el Tribunal Supremo. Tanto en la sentencia *Schenck v. United States*, como en *Debs v. United States*, el juez HOLMES (que posteriormente se convertirá en uno de los mayores defensores de la libertad de expresión), escribe en ambos casos la sentencia en nombre de la mayoría confirmando la condena, acuñando una nueva fórmula alternativa al *bad tendency test*, conocida como la del peligro claro y presente (*clear and present danger*). A partir de este nuevo test, la libertad de expresión únicamente podrá ser limitada cuando sea utilizada para crear un peligro que deberá tener como requisitos, ser claro e inmediato. En estas dos sentencias, HOLMES justifica las condenas basándose en la intencionalidad de los acusados que, en ambos casos, era la obstrucción del reclutamiento del servicio militar obligatorio en tiempo de guerra, entendiendo que esto suponía un desafío al funcionamiento del gobierno que la Constitución no protegía. Cfr. GASCÓN CUENCA, A, "La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 47, Granada, 2013, p. 166.

³⁷ En estos contornos resulta paradigmático el caso *New York Times v. Sullivan*. Los fundamentos fácticos de este conflicto tuvieron su desarrollo a partir de la publicación de una

aviso, titulado *Escuchad sus voces que se elevan (Heed Their Rising Voices)*, en el diario *The New York Times*, el 29 de marzo de 1960. Dicha publicación se realizó en virtud de una solitud promovida por la organización *Comité para la Defensa de Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur*. El fragmento del texto que provocó el conflicto judicial refería que: "(...) En la ciudad de Alabama, luego de que los estudiantes cantaron una canción patriótica en la escalinata de la legislatura estadual, sus jefes fueron expulsados de la Universidad, y los edificios de la Universidad de Alabama fueron rodeados por la policía, armada de fusiles y proyectiles de gases. Cuando la totalidad de los manifestantes expresó su protesta ante las autoridades estatales, negándose a reinscribirse, el comedor estudiantil fue cerrado con el propósito de someterlos por el hambre (...). Una y otra vez, los transgresores sureños han respondido a las pacíficas protestas del Dr. Martin Luther King con la violación y la intimidación. Ellos han arrojado bombas a su casa, llegando casi a matar a su esposa e hijo; lo han agredido físicamente; lo han arrestado 7 veces por exceso de velocidad, vagancia e infracciones similares, y ahora lo acusan por el delito de perjurio que le puede acarrear la pena de 10 años de prisión (...)." Tal y como narra los hechos Eduardo Andrés BERTONI, "(...) al día siguiente, el Comisionado de la ciudad de Montgomery, L. B. Sullivan, remitió una carta al *New York Times* y a cuatro de las personas que aparecían en la solicitada como luchadores por la libertad en el sur (eran los cuatro pastores negros en Alabama; durante el juicio todos negaron haber dado su consentimiento para que aparecieran sus nombres en la solicitada), requiriendo una justa y completa retractación de las manifestaciones falsas y difamatorias publicadas por el diario. Por cuanto no se mencionaba a Sullivan, los abogados del *Times* respondieron justamente en ese sentido; además agregaron que los hechos descritos eran sustancialmente correctos, finalizando con un requerimiento a precisar las razones en que la solicitada lo involucraba. Sullivan no contestó, y el 19 de abril inició una acción por libelo en los tribunales de Montgomery, reclamando una reparación por daños que ascendía a los 500.000 dólares (...)." El altercado fue decidido con estimación de la demanda por el juez Walter BURGWIN JONES, el día 3 de noviembre de 1960, dando por ciertas las tesis esgrimidas por la parte accionante, consistentes, específicamente, en la afirmación del menoscabo moral sufrido por SULLIVAN a causa de la información contenida en la publicación, no anulable por el hecho de no figurar su nombre en esta, pues, al ostentar el mando sobre el cuerpo de policía, cualquier manifestación en desmedro de su actividad incluía a su persona. Además, en contraposición de la línea seguida por la defensa, fue combatida la certidumbre de la información plasmada en el artículo periodístico. El 30 de agosto de 1962, la Suprema Corte de Alabama confirmó el fallo. Según la explicación de BERTONI: "(...) en primer término entendió que el caso se debía resolver bajo la doctrina del *common law* como un libelo *per se*, debido a que existía una publicación cuyas palabras tendían a dañar al ofendido en su reputación; bajo esta doctrina los daños se presumían. En relación a la explicación sobre las razones por las que se concluía que la solicitada implicaba a Sullivan, el Tribunal apeló al conocimiento promedio de la gente que interpretaba que el personal policial estaba bajo las órdenes del comisionado, y que la crítica a esos grupos generalmente atacaba al funcionario que estaba a cargo. La respuesta a la violación a la Primera Enmienda se encontraba sólo en un párrafo: la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no protege las publicaciones de libelos. Quedaba pues la vía del *certiorari* para que el caso lo resolviera en definitiva la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (...)." Como es ampliamente conocido, el 9

de marzo de 1964, el fallo de la Corte de Alabama fue revocado por la Suprema Corte de Justicia, corriendo la ponencia del voto de la mayoría a cargo del juez William J. BRENNAN. El razonamiento desplegado por este magistrado, cargado de matizaciones históricas y doctrinales, no fue cosa distinta a una ponderación entre los intereses derivados del ejercicio del derecho a la libre expresión y prensa y el derecho al honor, en este caso de los funcionarios públicos. En su disertación sobre la traducción jurídica del conflicto, BRENNAN apuntó: "(...) la protección de la Primera Enmienda a la libertad de expresión en asuntos sobre cuestiones públicas, hace muchos años que ha sido decidida por nuestros fallos. Hemos dicho que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo. Mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por las vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la *República*, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano poder expresar, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas (...). Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos. La solicitada bajo análisis, como protesta y expresión de agravios referentes a uno de los problemas principales del momento, parece quedar claramente incluida dentro de la protección constitucional. La cuestión radica en si pierde tal protección debido a la falsedad de algunas de sus afirmaciones sobre hechos y pretendida difamación del demandante (...)." La conclusión fundamental del fallo está asociada a la imposibilidad de anular la protección constitucional de la libertad de expresión y prensa, ya sea por error sobre el hecho o por contenido difamatorio de la manifestación en relación con las críticas que se formulan a la conducta de los funcionarios públicos. Seguidamente, el ponente construyó un esquema decisorio consistente en salvaguardar la libertad de expresión y de prensa frente ante los posibles atentados contra el derecho al honor de los funcionarios, siempre que su ejercicio no estuviera guiado exclusivamente por una *real malicia* y si por un ejercicio consecuente de la crítica racional, lo que teóricamente supone la concepción de una estructura reglada con posibilidad de ser proyectada a futuro para la solución de colisiones principales. En su consideración: "(...) las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial, a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad (...)." Por su parte, el voto de la minoría, en el que se insertó la exposición del juez GOLDBERG, si bien favoreció la revocación de la sentencia de la Corte de Alabama, no admitió la posibilidad de los Estados de limitar la libertad de expresión y prensa en relación con los funcionarios públicos. Resumidamente, la argumentación rígida de GOLDBERG es del tenor que sigue: "(...) el impresionante despliegue de argumentos históricos y de precedentes contenidos en el voto de la mayoría confirma mi convicción de que la Constitución otorga a la prensa y a los ciudadanos una mayor protección para el ejercicio de su derecho de crítica pública que el que le proporciona el principio sentado por la mayoría. En

cuya formación sistémica ha sido históricamente disputada entre la autonomía del orador y la calidad del debate público. Este contraste entre la libertad ilimitada del sujeto que ejercita el derecho, sea un individuo o una persona jurídica, y el impacto que tal ejercicio puede suponer en el orden social, fue el núcleo duro que impuso el juicio ponderativo en estimación de las particularidades del caso puntual, siendo determinable en tal sentido que la autonomía debía gozar de tutela cuando su realización tributara al desenvolvimiento idóneo de los debates públicos, en el entendido de que estos optimizan la vida democrática, no así cuando su única divisa fuera enrarecerlos.³⁸

Posteriormente, la ponderación se configuró como un criterio habitual de interpretación constitucional. Se ha destacado en este sentido que su introducción e implementación más frecuente aconteció, en la jurisprudencia de la máxima magistratura estadounidense, durante los períodos de las presidencias de E. WARREN (1953-1969) y W.E. BURGER (1969-1986), esto sin desconocer los precedentes correspondientes que fueron desarrollados, sobre todo en la doctrina antiformalista, durante la primera mitad del siglo XX.³⁹

mi opinión, las Enmiendas 1 y 14 de la Constitución acuerdan a la prensa y a los ciudadanos un privilegio absoluto e incondicional para criticar la conducta oficial, pese a los daños que puedan causar los excesos y abusos (...). Imponer la responsabilidad por comentarios críticos a la conducta oficial, sean o no erróneos y aún dolorosos, resucitará efectivamente la obsoleta doctrina de que los gobernados no deben criticar a sus gobernantes (...).” Un poco más adelante concluía: “(...) si el funcionario debe ser inmune ante las acciones por difamación, de modo que su celo para servir al público no sufra menoscabo y no se inhíba la valiente y efectiva administración de la política de gobierno, también los particulares deben gozar de similar inmunidad ante las acciones por difamación motivadas por sus críticas a la conducta oficial (...).” Una explicación detallada del caso en BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión y Estado de derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 121 y ss.

³⁸ Un estudio ilustrativo al respecto, que muestra las posibilidades interpretativas que contiene la Primera Enmienda en lo que a libertad de expresión corresponde, en FISS, Owen, “¿Por qué el Estado?”, en CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007, pp. 105-119.

³⁹ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S, *Constitución*, Editorial lustel, Madrid, 2004, pp. 156-157; DÍAZ REVORIO, F.J, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos

Si cierto es que la realización fenoménica asume esta data, no puede sostenerse lo mismo en lo que compete a su especificación doctrinal, pues “(...) ningún juez explicó por qué tal metodología era la forma apropiada de construcción constitucional ni tampoco pretendió estar haciendo algo novedoso o controversial (...).”⁴⁰ Así, de la mano del tópico realista, que según PUIG BRUTAU es el que con más eficacia ha puesto de relieve hasta qué punto los tribunales crean derecho,⁴¹ y muy especialmente al compás de la obra de autores como HOLMES, JAMES, DEWEY, POUND y CARDOZO, la ponderación sobrevino como una defensa instrumental y pragmática de la práctica jurídica, y particularmente de la judicatura, que, en última *ratio*, pretendió demostrar que era posible “(...) desplegar una jurisprudencia mecánica sin rechazar la noción de derecho (...)”⁴² es decir, sin pretender soluciones estrictamente silogísticas, ajenas a la variabilidad que, en relación con las características específicas del caso, se pueden materializar en la actividad interpretativa de los jueces.

No es casual que el sistema de derecho norteamericano haya sido el entorno fértil para la implementación de la ponderación, pues, como es conocido, la rigidez que ha signado históricamente la vinculación al precedente en el *common law* inglés no fue realizada miméticamente en este lado de Atlántico.⁴³ El modelo

y Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 236 y ss. Una sistematización de valor de estos y otros criterios en TARDÍO PATO, José Antonio, *Los principios generales del Derecho. Su aplicación efectiva como normas jurídicas*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 243-270.

⁴⁰ ALEINIKOFF, T. Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Traducción de Jimena Aliaga Gamarra, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 31-32.

⁴¹ Cfr. PUIG BRUTAU, J, *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Editorial Bosch, Barcelona, s/a, p. 26.

⁴² ALEINIKOFF, T. Alexander, *El Derecho Constitucional...*, op. cit, p. 32.

⁴³ En el derecho inglés, la facultad de suprimir los efectos vinculantes del precedente (*overruling*) corresponde al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, es decir, a la *House of Lords* (actualmente *Supreme Court* del Reino Unido en virtud de lo establecido en la *Constitutional Reform Act* de 2005). Esta estructura se constituye como el máximo tribunal de apelación en el que convergen los casos provenientes de las jurisdicciones de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte. La posibilidad de variación del precedente por parte de la *House of Lords* fue reconocida expresamente en 1966, mucho después de que en Estados Unidos fuera

de fuentes formales del derecho en los Estados Unidos se presenta mucho más flexible en lo que concierne a la posibilidad de modificar o suprimir la aplicación del llamado *stare decisis*,⁴⁴ lo que sumado al auge experimentado por el derecho codificado durante el siglo XX en ese país, con ejemplos notables en el *Restatement of American Common Law*, concluido en 1945 después de veintidós años de trabajo del *American Law Institute*, y en el *Model Code of Evidence*, de 1942,⁴⁵ deviene en la

admitida jurisprudencialmente. La configuración de la denominada *Practice Statement* supuso la aceptación de que una observancia excesivamente rígida del precedente era tendente a generar injusticia en la solución de determinados casos concretos, a la vez que un obstáculo en la evolución del derecho. No obstante, y como muestra de la excepcionalidad que esta supone, Cross y Harris identificaron que el *overruling* tuvo lugar solamente en ocho casos durante un periodo aproximado de treinta años con posterioridad a la emisión de la *Practice Statement*. Cfr. CROSS, Rupert y J. W. HARRIS, *El precedente en el Derecho inglés*, Traducción de María Angélica Pulido, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 164-166. Además, vid MATTEI, Ugo, *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 288; y BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Legales Ediciones, Lima, 2016, pp. 440-441.

⁴⁴ El estudio más detallado sobre esta peculiaridad en BRENNER, Saul y Harold J. SPAETH, *Stare indecisis...*, op. cit., *in integrum*. Además, vid BARKER, Robert S, *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Editora y Librería Jurídica Grijley, Lima, 2014, pp. 29-31; DAVID, Rene y Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, Editorial de la UNAM, México DF, 2010, pp. 285-290; TUNC, André y Suzanne TUNC, *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, Traducción de Javier Elola, Editorial de la UNAM, Instituto de Derecho Comparado, México DF, 1957, pp. 296-304; y CUETO RUA, Julio, "El Common Law. La explicitación de la norma general involucrada en la sentencia precedente", en *La Ley*. Revista Jurídica Argentina, tomo 85. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957, pp. 800-815.

⁴⁵ Reseñaba COUTURE en un interesante artículo dedicado al tema que: "(...) los Estados Unidos de América, sobre la base del derecho de los precedentes, han intentado, en los últimos tiempos, merced a un magno esfuerzo de los más significativos magistrados, estudiosos del derecho y profesores universitarios, una empresa de consolidación bajo el patrocinio del *American Law Institute*. En 1923 fue iniciada una obra, concluida en 1945, que procura una sistematización de todo el derecho anglo-americano, bajo el título de *Restatement of American Common Law*. El mismo Instituto ha publicado en 1942 su *Model Code of Evidence*, que es, como lo indica su nombre, en parte, un *Restatement* de la prueba según la jurisprudencia y, en parte, un proyecto de codificación con tendencia a la reforma en esta materia que es, como se sabe, capital en la experiencia jurídica anglo-americana. Por supuesto que cualquier sistematización del derecho anglo-americano es incompatible con nuestras tradicionales

fundación de un plexo de posibilidades interpretativas por parte del juez mucho más amplio, que trae aparejada la contingencia de detectar conflictos de intereses y también de resolverlos creativa y racionalmente. En concordancia con esta habilitación estructural, la *iusfilosofía* de la nación nortea exhibe una evolución incardinada en la no absolutización de las proposiciones y esquemas de la lógica formal en los razonamientos jurídicos. La denominada filosofía legal,⁴⁶ en franco giro copernicano, se enfoca en lo real en menoscabo de lo abstracto, en lo instrumental en desatención de lo conceptual, teniendo como premisa la afirmación del derecho como una forma de manifestar la aspiración por cumplimentar fines de naturaleza social,⁴⁷ lo

estructuras jurídicas, y el *Restatement* es un claro ejemplo de ello; pero el ansia de reducir a reglas millones de casos ha sido satisfecha merced a un magno esfuerzo intelectual (...).” COUTURE, Eduardo J, “El porvenir de la codificación y del common law en el continente americano”, en *La Ley*, Revista Jurídica Argentina, tomo 52, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1948, p. 859. También vid MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, Editorial de la UNAM, México DF, 2004, pp. 90-92. En la doctrina cubana, lo relativo a la distinción entre el *common law* y el *civil law* a partir del análisis de las fuentes predominantes en estos sistemas, ha sido objeto de interesantes y críticos comentarios contenidos en BRUZÓN VILTRES, Carlos J., *La jurisprudencia como fuente de Derecho. Condiciones para su validez formal en Cuba*, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2016, pp. 24 y ss.

⁴⁶ *Apud* POUND, Roscoe, *An introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, 1930, pp. 100 y ss.

⁴⁷ En un influyente artículo de POUND, titulado *Mechanical Jurisprudence*, quedo esbozada la esencia de la crítica al formalismo jurídico, definido en la ocasión como acientífico por no conjugar la dimensión sociológica del derecho. Así, el que fuera profesor en Harvard enjuició el problema en los siguientes términos retóricos: “(...) me he referido a la jurisprudencia mecánica como científica porque aquellos que la administran creen que lo es. Sin embargo, en realidad de ciencia no tiene nada. Ya no se entiende algo como científico sólo porque exhibe un esquema rígido de deducciones de concepciones *a priori*. En la filosofía de hoy, las teorías son *instrumentos*, *no respuestas a enigmas*, en los que podemos descansar. Tenemos que (...) llevar a cabo en la jurisprudencia la misma tarea que ya ha sido realizada en la filosofía, en las ciencias naturales y la política. Debemos (...) alcanzar una ciencia jurídica pragmática y sociológica (...).” POUND, Roscoe, “Mechanical Jurisprudence”, en *8 Colum. L. Rev.*, 1908, pp. 608-609. En sus estudios de historia de la filosofía del derecho, Guido FASSÓ describió el sentido del movimiento antiformalista alegando que: “(...) contra el formalismo también jurídico operó, en los últimos años del siglo XIX y comienzos del XX, aquella que fue llamada la *revuelta contra el formalismo*, el movimiento intelectual que en todos los Estados

que implicó una reacción unísona tanto de la teoría como de la práctica en las lides jurídicas, para lo cual HOLMES estableció una pauta infalible desde lo normativo cuando patrocinó que “(...) la justificación real de una norma jurídica (...) es que ayuda a que un fin social que deseamos se cumpla (...)”⁴⁸

En su enjundioso libro sobre el tema, ALEINIKOFF hizo referencia a relevantes asuntos resueltos por la suprema magistratura estadounidense que, si bien engendraron un conflicto de intereses que los dotó de atractivo, fueron solventados desde predios formalistas no a través de la ponderación, sino mediante una categórica absolutización de parámetros que, en el ideario jurisprudencial, estratificaron de forma jerárquica los bienes jurídicos que debían protegerse con prioridad:

“(...) Las grandes opiniones constitucionales del siglo XIX y comienzos del siglo XX no emplearon la ponderación como un método de argumentación constitucional o justificación. Marshall no falló a favor del Banco en *McCulloch v. Maryland* porque la carga del impuesto estatal superara al interés del Estado en la tributación. El argumento de Webster en *Gibbons v. Ogden* fue convincente no porque demostrara que el interés del gobierno nacional sobrepasaba al interés de los Estados en la regulación del comercio interestatal. Tampoco los compradores de bienes raíces en *Fletcher v. Peck* tenían derecho a mantener su propiedad porque, puesto en la balanza, el interés en la seguridad de las transacciones

Unidos proclamó la necesidad de una cultura que, en todos los campos, estuviese unida a la realidad concreta, a las efectivas exigencias del hombre, a la verdadera vida de la sociedad (...).” FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, tomo III. Siglos XIX y XX, Traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996, p. 214.

⁴⁸ HOLMES, Oliver. W, “Law in Science-Science in Law”, en *Collected Legal Papers*, Harvard University, 1920, p. 238. En otro de sus trabajos este notable jurista reconocía que los “(...) jueces (...) han fallado al no reconocer su deber de contrapesar las consideraciones sociales. Este deber es inevitable y el resultado de la comúnmente proclamada aversión judicial a tratar con tales consideraciones significa dejar inarticuladas y generalmente inconscientes a la propia base y fundamento de las sentencias (...).” HOLMES, Oliver W, “The Path of the Law”, en *Collected Legal Papers*, Harvard University, 1920, p. 184.

aventajara al interés que tenía el Estado de Georgia en repeler la legislación corrupta (...).⁴⁹

En efecto, en las directrices teóricas del llamado por LLEWELLYN realismo jurídico (*legal realism*) norteamericano⁵⁰ (denominación que agrupó a todas las estocadas antiformalistas), que reaccionó ante la inflexibilidad definatoria de los razonamientos explicitados en los fallos anteriores y abogó por el *law in action* en disminución del *law in books*,⁵¹ se encuentra contenida la posibilidad de balancear intereses en pos de optimizar las soluciones judiciales. A pesar de haber sido una corriente *iusfilosófica* heterogénea,⁵² los realistas se plantearon la cientificidad de la jurisprudencia en términos bastante uniformes. El carácter de ciencia de la jurisprudencia se sustenta en el empleo de un lenguaje cuyo grado de convicción tienda a la formulación de proposiciones relativas al comportamiento futuro de los operadores jurídicos y que a su vez constituyan instrumentos razonables de previsión. En correspondencia, los realistas no intentaron fundar una teoría sobre el concepto de derecho, sino una teoría sobre cómo el derecho es usualmente pensado por los abogados que debían aconsejar a sus clientes qué hacer ante la probable conducta de los

⁴⁹ ALEINIKOFF, T. Alexander, *El Derecho Constitucional...*, op. cit, pp. 32-33.

⁵⁰ Cfr. LLEWELLYN, Karl N, "Some Realism about Realism. Responding to Dean Pound", en *Harvard Law Review*, nº 44, 1931, p. 1222. Este trabajo también fue publicado en LLEWELLYN, Karl N, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1962. Sobre la polémica entre LLEWELLYN y POUND vid WILLIAM, Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1973, 1985, pp. 70-83.

⁵¹ Apud HOLMES, Oliver W, *The Common Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2009, pp. 3-36; y POUND, Roscoe, *The spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, Boston, 1921, pp. 166-192.

⁵² Cfr. TARELLO, Giovanni, *El realismo jurídico americano*, Traducción de Marcelo Troncoso, Palestra Editores, Lima, 2017, *in integrum*; y CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (editores), *El ámbito de los jurídicos. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1994, pp. 235-243. Un estudio de valor sobre el impacto de la doctrina realista en la *iusfilosofía* de los Estados Unidos en PÉREZ LLEDÓ, Juan A, "La enseñanza del Derecho en Estados Unidos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 12, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1992, pp. 41-93.

tribunales.⁵³ Atacan así la concepción tradicional de la argumentación jurídica, entendida como un correlato elemental de los esquemas científicos del derecho fraguados en el periodo decimonónico,⁵⁴ estructurada fundamentalmente en torno a la figura del silogismo, comprendido como una disposición lógica funcional que limitada a describir el procedimiento de subsunción de hechos particulares en estructuras normativas generales, circunscribiendo la función de los jueces a una tarea deductiva que tiene como finalidad la descripción de una conclusión necesaria (conclusión del silogismo) que se desprende de la conjunción lógica entre una premisa de prescripción conocida (premisa mayor del silogismo), que es en sí misma el objeto de estudio del derecho, y una manifestación fáctica dada como verdadera *a posteriori* de un ejercicio de probanza (premisa menor del silogismo).

Siguiendo a LLEWELLYN, se pueden enumerar las premisas de la tendencia realista que propinaron la virtualidad del razonamiento ponderativo del modo que sigue:

1. La concepción del derecho como flujo, como derecho cambiante, y como creación judicial.
2. La concepción del derecho como medio para alcanzar fines sociales, y no como un fin en sí mismo.
3. La concepción de la sociedad en movimiento permanente, en movimiento típicamente más rápido que el derecho.
4. El divorcio momentáneo entre el *es* (is) y el *debe* (ought) a los efectos del estudio jurídico.

⁵³ Cfr. JIMÉNEZ CANO, Roberto M, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 162.

⁵⁴ *Apud* LEITER, Brian, "American Legal Realism", en GOLDING, Martin P. y EDMUNDSON, William A, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd, 2005, pp. 50-66. Una versión en castellano de este trabajo en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México DF, 2015, pp. 241-276. También *vid*, para abundar sobre el impacto de la visión sociológica en la superación de estos esquemas científicos, PEZZETTA, Silvina, "Derecho y Sociedad. Historia y presente de los herederos del realismo jurídico estadounidense", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (editores), *Enciclopedia...*, op. cit, pp. 667-691.

5. La desconfianza respecto a las reglas y conceptos tradicionales en la medida en que éstos pretenden describir lo que los tribunales o la gente hacen en realidad.
6. La desconfianza respecto a la teoría de que las formulaciones normativas son el factor operativo más importante en la toma de decisiones por parte de los tribunales.
7. La confianza en la conveniencia de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrictas que las elaboradas en el pasado.
8. La insistencia en que cada parte del derecho se valore por sus efectos, y en la necesidad de hallar estos efectos.
9. La insistencia en que los problemas jurídicos deben ser planteados sistemática y programáticamente e partir de las líneas indicadas.⁵⁵

El uso tendencial de la ponderación en la jurisprudencia norteamericana partió de una asimilación entre la esencia que define la reclamación ante una intromisión legítima en el ejercicio de los derechos fundamentales y la alineación de un conflicto de intereses. Incluso, de cierta manera, la utilización del vocablo *intereses* se presentó como más adecuado por las posibilidades que suponía para el juez su naturaleza flexible. Estos *intereses* se extraen de los hechos del caso, canalizados como estímulos que mueven al juez hacia una decisión concreta, no siendo su fuente “(...) las abstracciones excesivamente generales y obsoletas de los precedentes y los tratados (...)”⁵⁶ Así, un autor como George WRIGHT llegó a enunciar que “(...) frente al vocablo *derechos*, el término *intereses* proporciona una mayor flexibilidad a los jueces y, sin duda, sirve mejor a las preferencias judiciales por un relativismo moral (...)”⁵⁷ De este tratamiento sinónimo

⁵⁵ LLEWELLYN, Karl N, “Some Realism about Realism”, en *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1962, p. 55.

⁵⁶ OLIPHANT, Herman, “A return to stare decisis”, en *American Bar Association Journal*, vol. 14, 1928, p. 75.

⁵⁷ WRIGHT, R. George, “Does Free Speech jurisprudence rest on a mistake? Implications of the commensurability debate”, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 23, 1990, p. 776.

entre *derechos* e *intereses* también hubo de hacer eco POUND en un trabajo publicado en la *Harvard Law Review* en 1943, aunque la exposición de sus pensamientos, más que hacer énfasis en cuestiones incidentales, recrea una visión ontológica que, en sentido general, compartió la teoría realista:

“(...) Desde el punto de vista funcional, el Derecho es un intento de satisfacer, reconciliar y ajustar esos intereses y demandas superpuestos y a veces conflictivos, bien garantizándolos directa e inmediatamente, bien mediante la delimitación, o compromiso entre, intereses individuales, para satisfacer al mayor conjunto de intereses, o a los intereses que pesan más en nuestra civilización, con el mínimo sacrificio del esquema de intereses globalmente considerado (...).”⁵⁸

Es también apreciable que una de las ventajas que supuso el uso de la ponderación por parte de la suprema magistratura de los Estados Unidos fue la de no incurrir, a través de pronunciamientos novedosos y fuertemente circunstanciales, en un quebrantamiento del principio de separación de poderes, que como es bien conocido irradia todo el sistema y, mediante su consagración constitucional, funge en ese país como un pilar esencialísimo del régimen democrático. La ponderación no implica la especificación de jerarquías en el ejercicio de los derechos, cometido que en buena técnica corresponde en exclusiva al poder legislativo y no al judicial. Fue en 1936 cuando Herlan FISKE STONE enunció por vez primera, en seguimiento de los derroteros realistas ya acotados, las bases razonadas de la práctica ponderativa en algún sentido asentada en la jurisprudencia de los años inmediatamente anteriores. Para el que fuera juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos entre los años 1905 y 1942, es imprescindible comprender los fines del derecho, es decir, los intereses que está llamado a satisfacer, para con posterioridad sopesar los que concurren en el caso concreto sometido

⁵⁸ POUND, Roscoe, “A Survey of social interests”, en *Harvard Law Review*, nº 1, vol. LVII, 1943, p. 45.

a la jurisdicción judicial y buscar la alternativa resolutoria que los reafirme con más fuerza. Este tracto operacional debe estar signado por una visión sociológica del derecho que permita acomodarlo a la realidad en que deben operar sus instituciones, siendo primordial que el juez maneje racional y eficientemente las fuentes formales a las que debe obediencia.

En esta cadencia, anotaba el mentado autor:

“(...) Expresaré sucintamente la que considero la tendencia resultante de nuestro pensamiento legal. Estamos percibiendo cada vez de forma más completa que el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para la protección y el control adecuados de aquellos intereses, sociales y económicos, que son de la incumbencia del gobierno y, por lo tanto, del Derecho; que ese propósito debe alcanzarse mediante el acomodo razonable del Derecho a las cambiantes necesidades económicas y sociales, sopesándolas con la necesidad de continuidad de nuestro sistema legal y con la experiencia anterior de la que han nacido sus precedentes; que dentro de los límites existentes entre el mandato de las leyes de una parte, y las restricciones de precedentes y doctrinas considerados vinculantes, de la otra, el juez tiene libertad de elegir la norma que aplica, y que su elección dependerá justamente de los pesos relativos de las ventajas económicas y sociales que, finalmente, inclinarán, el platillo de la balanza del juicio en favor de una norma en vez de otra. En este ámbito, el juez desempeña esencialmente la función del legislador, y en un sentido real, elabora Derecho (...).”⁵⁹

⁵⁹ FISKE STONE, Herlan, “The Common Law in the United States”, en *Harvard Law Review*, n° 1, vol. 50, 1936, p. 20. Otro criterio de apología a la ponderación, delimitador también de su naturaleza, fue el que emitiera en su tiempo Louis HENKIN. Para este autor: “(...) en el debate constitucional la ponderación se ha convertido en un término referido a la actividad judicial explícita consistente en sopesar valores o intereses concurrentes para establecer la doctrina constitucional. El Tribunal resuelve problemas constitucionales por medio del contrapeso del interés estatal en adoptar una norma que contraviene el comercio interestatal y la carga que impone sobre el comercio; (la ponderación de) la necesidad de secreto del Presidente en el ámbito ejecutivo frente a la necesidad de los Tribunales de obtener la información que

De lo dicho hasta aquí se puede colegir que la consumación de la ponderación fue consecuencia de un redireccionamiento teórico-práctico sufrido por el derecho estadounidense del segundo cuarto del siglo XX, motivado por estrictas exigencias que, tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia, estuvieron dirigidas a concebir al derecho desde las exacciones sociales y no desde una tinglado formalizado de conceptos. Los fallos judiciales, paulatinamente, se desembarazaron de la estricta subsunción de los hechos en la hipótesis normativa para prestar más deferencia a la sociología del caso, a la vez que se propugnó la toma de conciencia sobre la responsabilidad de los jueces en la realización de los fallos.⁶⁰ El automatismo judicial comenzó a ser desdeñado, pues los jueces, lejos de mostrarse pasivos en la aplicación de las normas, debían velar incisivamente por la coherencia de estas con el entorno social al que debían ser potencialmente aplicadas, abrazando la máxima que ciñe la causa final del derecho en el bienestar de la sociedad, por lo que la norma que “(...) yerra su puntería no puede permanentemente justificar su existencia (...)”⁶¹

aquél retiene; o (la ponderación de) el interés social en la protección de la vida o de la vida potencial del feto frente al interés de la madre en poner fin a la gestación (...)” HENKIN, Louis, “Infallibility under Law: constitutional balancing”, en *Columbia Law Review*, vol.78, 1978, p. 1024.

⁶⁰ Cfr. HUTCHINSON, Allan C, *Evolution and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-Sao Pablo, 2005, pp. 23-56.

⁶¹ CARDOZO, Benjamin N, *La naturaleza de la función judicial*, Traducción de Eduardo Ponsa, Ediciones Arayú, Librería Editorial Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 49. Un poco más adelante Cardozo especificaba: “(...) hay una vieja leyenda que dice que en una ocasión Dios oraba y que su oración era *sea mi voluntad que mi Justicia sea regida por mi Misericordia*. Esa es una oración que todos nosotros necesitamos pronunciar a veces cuando el demonio del formalismo tienda al intelecto con el señuelo del orden científico (...)” A renglón seguido concluía el magistrado de la Corte Suprema estadounidense: “(...) no quiero significar, por supuesto, que los jueces tengan por misión la de dejar de lado a voluntad, normas existentes a favor de algún otro conjunto de normas que ellos sostengan que son más convenientes o sabias. Lo que quiero significar es que cuando ellos son llamados para decir hasta donde deben ser extendidas o restringidas ciertas normas existentes, deben permitir que sea el orden social el que fije el sendero, su dirección y su distancia (...)” CARDOZO, Benjamin N, *La naturaleza...*, op. cit, p. 50.

No obstante a que la implementación de la ponderación en la jurisprudencia norteamericana se comportó en términos de aceptación generalizada, no estuvieron ausentes los criterios detractores, cuestionadores de la legitimidad, la delimitación conceptual, los presupuestos teóricos y las consecuencias de este método de interpretación, aplicación y argumentación del derecho. Tan es así, que en fecha no tan lejana como febrero de 1994, un simposio celebrado en la *Hastings Law School* versó sobre las diferentes aristas de la ponderación bajo un sugestivo rótulo, formulado en forma de interrogante, que pretendió ilustrar las complicaciones que subyacen en la pretendida reconciliación entre los valores públicos y los derechos individuales en el derecho constitucional. El original título adoptado por los promotores de esta actividad científica, ¿cuándo es una línea tan larga como una roca pesada?, tiene su origen en la opinión concurrente de Antonin SCALIA en el caso *Bendix Autolite Corp. V. Midwesco Enters*, en la que utilizó como recurso de disertación que vislumbrara la complejidad, y en ocasiones la inoperancia de la ponderación, la situación de inconsistencia física que sobreviene al tratar de equiparar las categorías *masa y longitud*, lo que en el lenguaje del derecho puede ser traducido como una inconmensurabilidad de intereses jurídicos.⁶²

Tal vez el temor más fundado sobre la viabilidad de la ponderación en el sistema jurídico estadounidense, reflejado primordialmente por autores vinculados a la judicatura, ha sido el circunscrito a las posibilidades de hacer prevalecer los intereses del gobierno sobre el pleno ejercicio de los derechos fundamentales pautados constitucionalmente. Si se toma como cierta la posibilidad de quiebre de la independencia judicial, es plausible suponer que ante un conflicto de intereses donde los platillos de la balanza estén ocupados por un interés

⁶² Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, "De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional", en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nos. 12-13, Madrid, 2003-2004, pp. 353-358.

gubernamental y por la desatención a una de las derivaciones del contenido de un derecho fundamental, la manipulación o el condicionamiento político del que indudablemente puede ser objeto el juez incline con más fuerza los efectos de la ruptura del equilibrio hacia la salvaguardia del primero de los elementos. Esta predisposición asume un caso hipotético en el que el contenido de un derecho fundamental es cercenado por atender a directrices políticas que por su naturaleza no son suficientes para legitimar racionalmente semejante circunstancia limitativa, pues de lo contrario no pudiera reprocharse falacia ponderativa alguna. Sin embargo, es también perfectamente asequible una situación en positivo para con los intereses gubernamentales, pues no es difícil imaginar a un juez que en su fuero interno participe de un repudio por la dirección política de turno, suficientemente intenso como para fracturar su imparcialidad y propender a que proteja el ejercicio de un derecho fundamental en su máxima expresión en un momento específico en que merezca ser relegado ante circunstancias o condicionantes legítimas de una naturaleza distinta. Aquí la respuesta está en la propia esencia de la institución, puesto que si metafóricamente comprendemos a la ponderación como una forma de diluir un estado de equilibrio entre intereses de magnitudes iguales, obvio resulta que la proporción solamente debe ser desvirtuada por la concurrencia de pulsiones límpidas, no viciadas, permeadas de un *sentido común jurídico* ostensible que justifique la decisión y guíe su argumentación racional.

Una de las opiniones discrepantes más notables sobre la ponderación en la doctrina norteamericana, por la practicidad de sus figuraciones, fue la que sostuvo el juez Hugo BLACK, el que se refirió a este método de aplicación y argumentación advirtiendo que:

“(...) El gran peligro que supone es que en tiempos de crisis confiere al Gobierno el poder de hacer lo que estime necesario para protegerse con independencia de los derechos de los individuos. Si la necesidad es grande, siempre podrá decirse que el derecho del Gobierno tiene

más valor o importancia que los derechos individuales (...). Además el método de la ponderación aplicado a las libertades individuales presume en los legisladores y los jueces más poder que en los padres fundadores o más poder que el que yo considero debería ser confiado, sin limitación, a cualquier hombre o grupo de hombres. Me parece que el método de la ponderación desconoce los rasgos únicos de nuestra Constitución -estar escrita en un sólo documento, su superioridad sobre el poder legislativo, la división de poderes y el establecimiento de un poder judicial independiente- y nos devuelve al estado de supremacía parlamentaria que existía en Inglaterra (...).⁶³

Una muestra del carácter periférico de estos cuestionamientos se identifica en el uso de la ponderación en la jurisprudencia estadounidense más reciente. En efecto, Stephen BREYER, juez asociado de la máxima judicatura de su país desde el 3 de agosto de 1994, ha resaltado en varias ocasiones que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha recurrido históricamente a la ponderación entre los intereses desavenidos en el controvertido concreto, específicamente en ocasión de los razonamientos

⁶³ BLACK, Hugo, "The Bill of Rights", en *New York University Law Review*, vol. 35, 1960, pp. 869-870. Otra opinión alzada *a contrario* de la ponderación corresponde a la autoría de Alexander MEIKLEJOHN, quien en ocasión del enjuiciamiento de una decisión judicial específica significó que: "(...) la teoría que sostiene que los valores constitucionales pueden ser *ponderados* por los tribunales de apelación es radicalmente hostil, no sólo a la Primera Enmienda, sino también al propósito y a las estipulaciones de la Constitución entendida como un todo (...). La figura retórica de la ponderación, a la que recurre la opinión del Tribunal, sugiere la utilización de una balanza en la que es posible colocar dos pesos del mismo orden para que puedan ponderarse y comprobar, así, cual pesa más. Pero, en términos reales, la ponderación no se lleva a cabo. El problema legal (en el caso enjuiciado) dimana de la acusación contra Mr. Barenblatt de que ha dañado la seguridad, la preservación de la nación. ¿Cuánto daño ha causado? ¿Qué tipo de daño? Es difícilmente aceptable que su solo acto (de negarse a responder) haya situado a la nación ante un peligro mortal. ¿De cuánto daño es responsable? Es este un cálculo que la opinión judicial ni hace ni siquiera toma consideración. Y de forma análoga, el peso situado en el otro platillo de la balanza es igualmente indeterminado. Se afirma que el interés individual de Mr. Barenblatt sufre un daño menor como consecuencia de la acción del gobierno. Pero ¿qué interés o intereses suyos han sido sacrificados? ¿A qué equivalen? (...)." MEIKLEJOHN, Alexander, "The balancing of self-preservation against political freedom", en *California Law Review*, n.40, 1961, pp. 7 y 12-13.

relativos a la proporcionalidad de las restricciones impuestas al ejercicio de los derechos fundamentales.⁶⁴

En el caso *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, relacionado con el soporte financiero de las campañas políticas, el que también fuera profesor en Harvard razonó:

“(...) En tales circunstancias -en las cuales una medida implica de manera significativa intereses que entran en conflicto, los cuales, a su vez, han sido protegidos constitucionalmente en formas complejas- la Corte ha analizado detenidamente el impacto de la ley sobre aquellos intereses, no obstante, se ha abstenido de emplear un test simple que efectivamente presume la inconstitucionalidad. Por el contrario, ella ha ponderado estos intereses. En la práctica, esto ha significado indagar si la ley en cuestión implica la imposición de una carga a uno de tales intereses de forma desproporcionada respecto de los efectos benéficos de la ley sobre los otros (quizás, pero no necesariamente, debido a la existencia de una alternativa claramente superior y menos restrictiva (...)).”⁶⁵

En otro caso, el *District of Columbia v. Heller*, el referido juez examinó el alcance de la Segunda Enmienda de la Constitución estadounidense, que como es consabido consagra el polémico derecho a portar armas:

“(...) Todo intento *en teoría* por aplicar el escrutinio estricto a la reglamentación sobre armas de fuego se convertirá *en la práctica* en una indagación acerca de la ponderación de intereses; tales intereses corresponden, por una parte, a aquellos protegidos en la Segunda Enmienda y, por la otra, a las preocupaciones gubernamentales respecto de la seguridad pública (...), la única cuestión aquí es si la regulación en cuestión impone

⁶⁴ Cfr. BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, pp. 236-238. También vid SULLIVAN, E y R. FRASE, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, 2009, *in integrum*.

⁶⁵ *Cit. pos*, BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, 237.

cargas inadmisibles a los primeros intereses con el objeto de favorecer estos últimos. Yo adoptaría simplemente y de manera explícita tal ponderación de intereses. El hecho de que los intereses importantes se ubiquen a ambos lados de la ecuación constitucional sugiere que la revisión de la regulación sobre el control de armas no ocurre en un contexto en el cual un juez deba presumir de manera efectiva o bien la constitucionalidad (como el test de la base racional) o la inconstitucionalidad (como el escrutinio estricto) (...).⁶⁶

En conclusión, y sin desmedro de la significación de veracidad que pudieran corresponder a los juicios de descrédito ya anotados, no caben dudas de que la ponderación representó un cualitativo paso de avance en el íter de superación de los métodos de interpretación, aplicación y argumentación signados por el formalismo que hasta bien entrado el siglo XX puso en movimiento la jurisprudencia norteamericana. Supuso, en sintética expresión, una sociologización del derecho, pues, en definitiva, a través de la ponderación se trató de hacer coincidir la *ratio* de las construcciones normativas vinculantes, sean leyes o precedentes, con las exigencias sociales históricamente mudables, lo que también constituyó la exaltación de un criterio deontológico de realización coherente del derecho, inclinado a recalcar la responsabilidad y el interés de los jueces por su consecución en la realización de la función jurisdiccional.

III. Precisiones conceptuales elementales

La ponderación⁶⁷ no es exclusivamente un método jurídico, pues en su dimensión más amplia se puede conceptualizar

⁶⁶ *Cit. pos*, BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, 237.

⁶⁷ El término ponderación (acción de ponderar), tiene su raíz en la locución latina *ponderatio*. El DRAE, en su segunda acepción, lo define como "(...) atención, consideración, peso y cuidado con que se dice o hace algo (...)." En su tercera acepción alude a "(...) compensación o equilibrio entre dos pesos (...)." *Vid* Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en del.rae.es.

como una forma de pensar y de actuar ante contingencias decisorias complejas. Se debe entender por contingencias decisorias complejas a las que potencialmente admiten una pluralidad de soluciones plausibles. Así, un médico pondera cuando después de diagnosticar una patología que tiene descritos dos o más procedimientos sanatorios, decide cual indicar al paciente en atención a sus características anatómicas y fisiológicas, al estado evolutivo de la enfermedad, a las posibilidades reales de adquisición de medicamentos, entre otras cuestiones trascendentes. También pondera el ingeniero civil cuando, en ocasión de un obra constructiva, decide, de acuerdo a las pautas preconstituidas del saber técnico que profesa, qué tipo de cimientos utilizar después de analizar y contrastar la composición del terreno, su resistencia, los materiales que su utilizarán en la edificación, su altura y demás dimensiones proyectadas, entre otros datos relevantes. Esta semántica mundana del término coincide con su acepción jurídica en el sentido de que la ponderación es, ante todo, una *forma de decidir*,⁶⁸ en cuya particularidad se refleja la naturaleza polifacética del ser humano, de la sociedad en general y de la democracia en particular.⁶⁹

Como ha explicado Enrique HABA:

“(...) Cuando se toma una decisión o se sostiene una tesis, se dan razones en pro, pero suele haberlas también en contra, de manera tal que ni las unas ni las otras consiguen ahí ser decisivas en forma indubitable. Esto hace necesario que cada uno, cuando se enfrenta a dicha clase de problemas, *pese* los argumentos en juego, someta a una *balanza* la fuerza de las razones a favor junto con la fuerza de las que hay en contra, para decidirse hacia el lado de aquéllas que *le* parecen más plausibles (...).”⁷⁰

⁶⁸ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 9 y ss.

⁶⁹ Cfr. BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, pp. 380-381.

⁷⁰ HABA, Enrique Pedro, *Elementos básicos de axiología general. Epistemología del discurso valorativo práctico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2004, p. 154.

La ponderación es expresiva de la complejidad inherente al derecho como fenómeno social. A través de sus peculiaridades es posible entender que el derecho no se puede representar como una escala de blancos y negros, como una cuestión de *todo o nada*. Las piezas del derecho, en su interacción dinámica, no siempre muestran soluciones únicas, uniformes y lineales a los problemas de la vida del hombre en sociedad, pues no son infrecuentes los casos en que estas entran en conflicto y, por ende, requieren de una solución racional.

Esta perspectiva de amplitud es conteste con el reconocimiento de la necesidad de ponderar en espacios distintos al judicial. En la sentencia que resolvió el caso *Ganimat v. State of Israel*, sustanciado por la Corte Suprema israelí, el juez J. CHESHIN dio cuenta de este carácter multifacético de la ponderación cuando sostuvo que toda norma jurídica “(...) representa un balance entre intereses y fuerzas que pugnan hacia distintas direcciones. Esto se puede afirmar respecto de todas las constituciones, de las Leyes Fundamentales, de la legislación ordinaria, de los reglamentos (...). Toda ley encarna en última instancia una ponderación. Toda norma jurídica presenta su propia ponderación. Parte de dicha ponderación es determinada por el legislador; la parte que resta se determina, de conformidad con el legislador, por los jueces (...)”⁷¹ En efecto, la ponderación no es un mecanismo exclusivo de la aplicación judicial del derecho, pues su identificación en otros polos de la vida jurídica es relativamente sencilla. Si se comparte la definición inmediata que concibe a la ponderación como una forma de decidir, se presenta como obvio el hecho de que en el plano de lo jurídico las decisiones desde el poder están asociadas, generalmente, a la creación o a la aplicación de una norma. De un modo más específico, puede argüirse que si la ponderación es el método utilizable en la solución de conflictos integrados por principios, entonces es del todo coherente que su realización se expanda en todos los sectores donde la interpretación y aplicación de

⁷¹ CrimA 537/95. *Ganimat v. State of Israel* (1995), IsrSC 49(3) 355, 397.

estos resulte necesaria. A modo de ilustración, pueden presentarse dos ejemplos relevantes, el primero vinculado con las decisiones que se adoptan en ocasión de la creación normativa, y el segundo sindicado en las actividades de aplicación de normas jurídicas que tiene lugar fuera de los perímetros de la función jurisdiccional judicial. En ambos casos, las decisiones pueden adoptarse a través de la instrumentación de una fórmula ponderativa debido a la concurrencia de una colisión de principios.

- La *ponderación legislativa*, que opera en ocasión de la función que realiza el legislador relativa a la calificación de hechos y circunstancias con trascendencia jurídica, y a la definición de las consecuencias que sobrevienen a esa calificación, tiene como finalidad la determinación de la fórmula regulativa que tribute a realizar la solución más adecuada en el conjunto de las posibles soluciones que se pueden desprender de la aplicación de la disposición normativa (la Ley) que resulte del proceso legislativo. La solución más adecuada en este caso se segrega de la preponderancia que el legislador otorga a un principio sobre otro (s). La jurisprudencia constitucional federal alemana ha dejado sentado que “(...) la Constitución atribuye un margen de ponderación al legislador, a fin de determinar la idoneidad y la necesidad de los medios elegidos para la consecución de los objetivos regulatorios establecidos por la ley. Lo anterior tiene también validez al juzgar sobre los fundamentos fácticos de una regulación legal (...).”⁷² Las regulaciones jurídicas sobre la eutanasia, el aborto,⁷³ el matrimonio igualitario, entre otras

⁷² Sentencia de la Primera Sala, del 15 de mayo, 2002 (1 BvR 1783/99), en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, México DF, 2009, p. 185.

⁷³ Sobre el tema del aborto el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha desarrollado criterios valederos que ponen de relieve la importancia de una adecuada ponderación legislativa que dibuje con racionalidad los supuestos de primacía de los derechos del *nasciturus* en relación con los derechos de la gestante, o viceversa. En Sentencia de 25 de febrero de

cuestiones sobre las que el consenso del órgano creador o de la sociedad misma es difuso y sobre las que incide el contenido de varios principios, requieren de un análisis ponderativo que tenga como referente las consecuencias que previsiblemente se puedan desprender de la habilitación o prohibición de las mismas. La variable que finalmente se instrumente debe exteriorizar su *ratio* a través de un ejercicio argumentativo suficiente. De hecho, la argumentación legislativa es en no pocos casos la expresión tangible de un razonamiento ponderativo. Una adecuada ponderación en el proceso de creación de una Ley puede ser la clave de su racionalidad. El profesor ATIENZA ha explicado en una de sus últimas obras que: “(...) la argumentación legislativa va dirigida a justificar (o rechazar) normas generales que se aplicarán en el futuro (...) y que contemplan (normalmente) casos genéricos. Para lograr esa justificación (...) hay que mostrar que el contenido y la estructura de la ley tienen las características de comunicabilidad, sistematicidad, eficacia, efectividad, adecuación axiológica y eficiencia (...)”⁷⁴ Estas variables,

1975 este magno foro expresó que: “(...) El derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar -en aras del respeto a este bien jurídico- valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva. Si en tales casos el legislador considera que la conducta de la mujer no merece ser castigada y prescinde de los medios de una sanción penal, ello será en todo caso el resultado de una ponderación que cae dentro de la competencia del legislador y puede ser aceptada constitucionalmente (...).” Sentencia de la Primera Sala, del 25 de febrero, 1975 (1BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74), en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit, p. 120.

⁷⁴ ATIENZA, Manuel, *Argumentación legislativa*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 101. Para Juan Carlos BAYÓN, la pretensión del legislador al dictar una regla sería “(...) proporcionar por anticipado el resultado de un proceso de ponderación (...) para una clase de casos (esto es, para un caso genérico), lo que naturalmente presupone un determinado punto de

individualmente entendidas, pueden requerir para su conjugación real un juicio de ponderación que estime, *ab intra* de un plexo de opciones a desarrollar en relación con la consagración de determinados principios, cual ha de ser su criterio de realización más sólido. Finalmente, es oportuno agregar que la ponderación legislativa está vedada en los supuestos donde la Constitución establezca una prelación principal, esto es, que exista una definición constitucional sobre el principio que debe primar en caso de una colisión de esta naturaleza. Por esa razón, las medidas que el legislador considera necesarias para la protección de un bien común importante, pueden ser criticadas con criterios constitucionales, si en virtud de los hechos conocidos por el Parlamento y de las experiencias, es claro que las regulaciones que se ofrecen como alternativas tienen el mismo efecto, pero afectan a menos los individuos. Es desde esta óptica que cobra vigencia la catalogación de FERRAJOLI sobre la ponderación legislativa como "(...) fisiológica en la esfera de las decisiones políticas, para que no entren en conflicto, por acción o por omisión, con las normas constitucionales (...)".⁷⁵

– La Administración, en el ejercicio de sus funciones y sobre la base de criterios competenciales previamente definidos jurídicamente, realiza juicios ponderativos en los supuestos donde se requieren decisiones que trasciendan el basamento en lo estrictamente reglado, las que también deben ser siempre argumentadas.⁷⁶ Como ejemplos notables

vista acerca de cuáles son las razones que típicamente concurren en esa clase de casos y cuál el peso relativo que típicamente tienen ellos (...)." BAYÓN, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 24, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2001, p. 52.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2014, p. 44.

⁷⁶ *Vid* al respecto las explicaciones de ARROYO JIMÉNEZ, Luis, "Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo", en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 42-49.

se erigen los razonamientos que subyacen en el ejercicio de la actividad planificadora de la Administración,⁷⁷ en las decisiones que se amparan en la potestad discrecional o en las que determinan la posibilidad de suspender la ejecución del acto administrativo en los marcos de un procedimiento recursivo, colocando en la balanza los beneficios, daños o perjuicios potenciales que se pudieran generar al administrado y las satisfacciones o lesiones que en tal sentido se configurarían para con los intereses públicos. En opinión de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO la “(...) imposición del método de la ponderación en (los) casos de actuación administrativa (...), es una eficaz manera de *limitar el ejercicio del poder, mediante la imposición de un riguroso deber de motivar las decisiones conforme a reglas racionales (...)*.” Las incidencias del actuar de la Administración en la esfera de los derechos fundamentales exigen constantes raciocinios ponderativos, cuyos resultados deben ser controlados judicialmente. En esta secuencia expositiva, el Tribunal Constitucional Español, en Sentencia 66/1995, de 8 de mayo, concluyó que: “(...) también hemos tenido ocasión de afirmar que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio texto constitucional en su art. 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. La cuestión de fondo que aquí enjuicamos es, precisamente, la de la corrección constitucional de *la ponderación efectuada por la autoridad gubernativa, confirmada por el órgano judicial, entre el ejercicio del derecho de reunión -en su modalidad de concentración o reunión estática en lugar de tránsito público- y el referido*

⁷⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Ponderación y actividad planificadora de la Administración”, en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo...*, op. cit., pp. 115-133.

límite constitucional, todo ello desde la perspectiva, propia del caso, de la repercusión de ese ejercicio en la circulación de vehículos por vías urbanas que soportan una importantísima densidad de tráfico (...).⁷⁸

Ahora bien, el debate en torno a la ponderación judicial, como fragmento de las problemáticas que se desprenden de la aplicación del derecho principalizado, se ha arrogado como punto de partida su inserción en cánones metafóricos. En efecto, la delineación conceptual de la ponderación se estructura sobre la posibilidad de atribuir *peso* (nomenclatura propia de las ciencias físicas) a las estructuras normativas. Las normas no tienen *peso*, entendido este atributo como una característica de la materia, pues no son entidades físicas. Como ha escrito con precisión GARCÍA AMADO, “(...) cuando pesamos normas del tipo que sea, o valores o principios o cualesquiera entidades normativas, no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, al modo como lo tienen el lápiz o el bolígrafo. Por eso en este ámbito normativo las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico (...).”⁷⁹ No obstante, la metáfora es feliz, pues refleja certeramente los aspectos esenciales del objeto sobre el que recae. También es una metáfora incisiva e intencionada, cuyo propósito es transmitir un sentido de objetividad en negación de cualquier concepción que catalogue a la ponderación como un método arbitrario y subjetivista, ajeno a criterios de ecuanimidad a través de los cuales solucionar conflictos relativos a la aplicación de principios. Este afán de

⁷⁸ Sala Segunda. Sentencia 66/1995, de 8 de mayo de 1995. Recurso de amparo 1.693/1992. Federación de Banca, Seguros y Oficinas de la Unión General de Trabajadores (FEBASo-UGT) contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Madrid, confirmatoria de resolución de la Delegación del Gobierno, sobre prohibición de concentración. Supuesta vulneración del derecho de reunión: prohibición extemporánea no lesiva del derecho. Voto particular. Publicada en BOE nº 140, Suplemento, martes 13 de junio de 1995.

⁷⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Editorial Tirant lo Blanch, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, Consejo de la Judicatura Federal, Ciudad de México, 2017, p. 58.

objetividad decisoria, en afirmación de MARTÍNEZ ZORRILLA, es “(...) otra manifestación más de la necesidad de justificar o fundamentar adecuadamente las decisiones jurídicas, para que no resulten arbitrarias (...)”⁸⁰

Así, para brindar solución al caso A^1 , desarrollado en el contexto X , se presentan como óptimas las construcciones jurídico-normativas P_1 y P_2 , dotadas de sentido principal, cuyas consecuencias resolutorias exhiben notas distintivas no despreciables, motivo por el cual el intérprete debe dilucidar cuál de las variantes acopiadas exterioriza un mayor *peso*,⁸¹ o lo que es lo mismo, cuál de las variantes se eleva como la más adecuada para fungir como pauta de traducción jurídica para con la realidad social contenida en el caso, esto de acuerdo con una serie de factores de naturaleza múltiple que deben ser comprendidos en un ejercicio argumentativo consecuente. El resultado de la ponderación lo constituye entonces un *enunciado de preferencia* cuya forma lógica es la siguiente: el principio P_1 tiene más peso (más valor, resulta más idóneo) que el principio P_2 en el contexto X en el que se desarrolla el caso A^1 . La utilización del término *preferencia* tiene una marcada intencionalidad, a saber, el enunciado descrito no indica la validez de P_1 y la invalidez de P_2 . El *enunciado de preferencia* (que en sí mismo es un juicio comparativo entre el peso de P_1 y P_2) resulta a su vez de un juicio comparativo entre las soluciones que al caso concreto aportan los principios P_1 y P_2 , tomando en consideración la justicia y la racionalidad que estas suponen. En consecuencia,

⁸⁰ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...*, op. cit., p. 155. También vid GUASTINI, Riccardo, *Otras distinciones*, Traducción de Diego Dei Vecchi, Pedro Caballero Elbersci y Alejandro Calzetta, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 167-173.

⁸¹ Sobre este aspecto la profesora Laura CLÉRICO anotó que la referencia a la ponderación ha de realizarse en alusión a un *proceso* de preparación de la determinación de la relación de prioridad o preferencia condicionada. En sus palabras, “(...) se trata (...) de la determinación de la existencia de una *regla-resultado de la ponderación* que sea *vinculante prima facie* para la solución de la colisión sin ponderación y, si no fuere el caso, de la determinación del peso abstracto y concreto de los principios y de la intensidad de la interferencia (...)” CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 200.

si la solución S_1 corresponde a la aplicación del principio P_1 , y la solución S_2 corresponde a la aplicación del principio P_2 , la estimación de un mayor peso a favor del principio P_1 respecto al principio P_2 depende de una mayor estimación de la justicia y la racionalidad que entraña la solución S_1 respecto a la solución S_2 , o viceversa.⁸² Ahora bien, la preferencia del principio P_1 respecto al principio P_2 , y, por ende, la preferencia de la solución S_1 respecto a la solución S_2 , es condicional, es decir, depende del contexto X en el que se desarrolla el caso A^1 . Ergo, la preferencia descrita no debe necesariamente cobrar vigor en el contexto Y en el que se desarrolla el caso A^2 , donde también se ha denotado una colisión entre los principios P_1 y P_2 .

Ponderar significa poner en una balanza elementos en conflicto que, ilusoriamente proporcionados de *masa*, han de ceder a las leyes de la materia, sobreponiéndose uno sobre el otro como resultado lógico de su preminencia corporal. En definitiva, se hace alusión a una forma de tomar decisiones definida por la imperatividad de sopesar razones que interactúan a favor y en contra de soluciones que normativamente cuentan con un nivel de estandarización, trastocado o desfigurado por un conflicto circunstancial, a la par que a la forma de fundamentar estas decisiones y los resultados que de ellas se segregan,⁸³ siendo esta especialidad la que diferencia a la ponderación de la subsunción.⁸⁴ Este mecanismo de razonamiento, reflejo de la

⁸² Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Traducción de César E. Moreno More, Editorial Zela, Puno (Perú), p. 149.

⁸³ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, op. cit, pp. 720-727. Una idea concordante en PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, "Ponderación", en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 12, abril-septiembre de 2017, pp. 210-221. También *vid* el capilar pero ilustrativo estudio desarrollado por DE LA SIERRA, Susana, "La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio", en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo...*, op. cit, pp. 99-114.

⁸⁴ La visión clásica de LARENZ califica a la subsunción como de *participación limitada* en la obtención de la premisa menor. Para este autor alemán la aplicación jurídica entraña siempre una valoración. No obstante, deja un espacio de posibilidad para los silogismos de subsunción en los supuestos de hecho que son configurados conceptualmente de un modo

complejidad que a la aplicación del derecho es inherente, exige una aceptación de posicionamientos *iusfilosóficos* que trasciendan la exegesis y se adentren en las breñas del fenómeno jurídico desde una perspectiva holística.

Este boceto definitorio se puede concretar en una tetralogía de aspectos fundamentales:

- La definición de la ponderación implica un posicionamiento desde la metodología de la ciencia del Derecho, y muy especialmente desde la teoría de las normas jurídicas, pues debe reconocer como presupuesto la existencia de estructuras normativas diferentes de las reglas, es decir, debe participar de un juicio de afirmación con respecto a los principios. Se debe observar, como ha indicado Aharon BARAK, "(...) que el ambiente jurídico no contiene solo a las disposiciones legales más cercanas, sino también los crecientes círculos concéntricos compuestos por los principios aceptados, por las finalidades básicas compartidas y por los criterios jurídicos fundamentales (...)." ⁸⁵ La ponderación es, efectivamente, un criterio de diferenciación entre la categoría de los principios frente a la categoría de las reglas, entendidas ambas como tipos diferentes de normas jurídicas. La negación de la ponderación, es decir, la pretensión de resolver todos los casos sin acudir a los principios, entraña un posicionamiento *iuspositivista* formalista en su variante más peyorativa, pues no repara en las razones que le son subyacentes a las reglas. En otras palabras, la negación de la ponderación es equivalente a la negación del derecho como un sistema conformado por reglas y principios.

tan amplio -bien sea ya por el legislador o con ayuda de la Jurisprudencia científica- que permiten efectuar la integración, en la mayoría de los casos, en la forma lógica que esta figura establece. También entonces, "(...) sigue siendo válido, ciertamente, que la subsunción presupone un enjuiciamiento del hecho, el cual, por su parte, no se refiere ya, en último término, al silogismo, sino sólo a juicios de percepción y experiencia (...)." LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 269.

⁸⁵ BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, pp. 97-98.

– La ponderación se manifiesta en una estructura de argumentación jurídica, pues supone la organización y el contrapunteo de argumentos, no brindando *per se* un criterio material determinante del contenido objetivo de los principios que, una vez entrados en colisión, deben ser sopesados. Una colisión de principios se configura cuando “(...) en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso (...)”⁸⁶ La ponderación se cristaliza entonces en el establecimiento y la fundamentación suficiente de una relación de precedencia de un principio con respecto a otro, condicionada por factores fácticos y jurídicos. La referencia al contrapunteo de argumentos es indicativa de la dialéctica intrínseca a la determinación de la preminencia de un principio con respecto a otro en situaciones de colisión. El ejercicio argumentativo debe tener en estos casos dos líneas de razonamientos bien diferenciadas metodológicamente, aunque en su presentación se imbriquen en un todo orgánico y coherente: una línea de razonamiento positivo, alusiva a las razones por las cuales P_1 debe prevalecer sobre P_2 en el contexto X en el que se desarrolla el caso A ; y una línea de razonamiento negativo, alusiva a las razones por las cuales P_2 debe ser derrotado ante P_1 en el contexto X en el que se desarrolla el caso A . La profesora FERRARI YAUNNER ha reparado en esta característica, aduciendo que en ocasión de la ponderación “(...) no solo será necesario argumentar la elección en el sentido de demostrar que el principio seleccionado fue el correcto, sino que además debe justificarse la no prudencia de aquel que no ha sido elegido, demostrándose que la solución final resultante es la más justa para el caso concreto (...)”⁸⁷

⁸⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2003, p. 226.

⁸⁷ FERRARI YAUNNER, Majela, “La ponderación como expresión del componente axiológico del Derecho”, en CARVALHO LEAL, Virginia, MATILLA CORREA, Andry y Maria Lúcia BARBOSA, *El Derecho*

– La manifestación de la ponderación en una estructura de argumentación jurídica tiene como función específica justificar un estado puntual de prioridad de un principio con respecto a otro. Esta prioridad es de naturaleza puntual porque depende la apreciación axiológica de las circunstancias fácticas y jurídicas que concurren en un caso concreto y no de los escalonamientos jerárquicos propios del sistema de fuentes. El hecho de que la ponderación suponga una preminencia principal concreta está dado por la no existencia de un criterio de jerarquía en la ordenación de los principios, pues de lo contrario no sería cosa diferente a un mecanismo abstracto de gradación de estos con posibilidad de ser generalizado para la solución de conflictos de esta naturaleza.⁸⁸

– Lo explicado en el apartado anterior no es óbice para rechazar la posibilidad de construir paulatinamente un catálogo de reglas que, concebidas a través de la instrumentación de la ponderación, valgan como guías para la solución de determinados casos en que se configure una colisión de principios. Estas reglas reflejan la relación entre las consideraciones sobre los fundamentos que sustentan la realización plena de los principios que participan del conflicto, es decir, determinan en que supuestos el cumplimiento de un principio implica la restricción de otro; se materializan en tendencias jurisprudenciales y son parámetros de la racionalidad de la ponderación, esto en el

Público en perspectiva: medio ambiente, política y sociedad. Segundo Simpósio de Derecho Público Brasil-Cuba, Editora RTM-Mario Gómez da Silva, Belo Horizonte, 2018, p. 240.

⁸⁸ Para FERRARI YAUNNER la necesidad de la ponderación "(...) se deriva de la imposibilidad de que se establezca una jerarquía o un orden estricto entre los principios, válido para todos los casos. Ese orden ha de determinarse atendiendo al peso que adquieran los principios involucrados en cada situación concreta, de manera que la prevalencia de un principio sobre otro estará signada por la valoración que realice el juez. Por consiguiente, la ponderación entraña una cierta libertad, que tendrá sus límites en la racionalidad, su cauce en la argumentación y sus fines en la preservación de los valores jurídicos (...)." FERRARI YAUNNER, Majela, "La ponderación como expresión...", op. cit, p. 243.

sentido de que dotan de coherencia a la actividad decisoria de los jueces. La operatividad de estas reglas depende de la similitud sustancial de los casos reiterados en el tiempo, pues resulta obvio que un cambio de circunstancias, sean fácticas o jurídicas, puede provocar su enervación. Un ejemplo al respecto lo constituye la ya comentada regla de prioridad generada en la solución del caso *New York Times v. Sullivan*, cuya esencia consiste en atribuir preferencia a la libertad de expresión y de prensa frente a los posibles atentados contra el derecho al honor de los funcionarios que su ejercicio pueda provocar, siempre que este no este guiado exclusivamente por una *real malicia* y si por una intencionalidad consecuente de la crítica racional a favor de la democracia. En la jurisprudencia constitucional española esta tensión entre la libertad de expresión y prensa y el derecho al honor ha sido frecuente. En las soluciones aportadas, el Tribunal Constitucional Español ha ido estableciendo paulatinamente un catálogo de reglas con el fin de armonizar la práctica jurisprudencial ante esta colisión principal específica. La Sentencia 65/2015, de 13 de abril, constituye una ejemplificación clara de la taxonomía y del establecimiento de reglas de prioridad, operaciones a las que se ha referido ATIENZA en múltiples oportunidades.⁸⁹

⁸⁹ Vid ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, pp. 157-158; y ATIENZA, Manuel, "A vueltas con la ponderación", en ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Editores, Lima-Bogotá, 2012, pp. 34-35. En este último texto, el profesor de Alicante desarrolló su esquema de razonamiento sobre la cuestión que se analiza de la siguiente manera: En mi opinión, el método utilizado por el Tribunal Constitucional podía caracterizarse mediante dos pasos. El primero consistía en la construcción de una taxonomía que permitiera ubicar cada caso dentro de una determinada categoría: por ejemplo, podía tratarse de una contraposición entre la libertad de información y el honor, entre la libertad de información y la intimidad, etc. En el segundo paso, se elaboraban *reglas de prioridad*, como la siguiente: Cuando existe una contraposición entre la libertad de información y el derecho a la intimidad: **1. Hay una presunción prima facie a favor del derecho a la intimidad. 2. Sin embargo, la libertad de información puede prevalecer si:** 2.1. *La información tiene relevancia pública.* Una información tiene relevancia pública si: 1. Afecta a una personalidad pública; o 2. A alguien que, sin serlo, desempeñe un cargo o profesión de interés público. Una información no tiene nunca

En dicha resolución este alto foro de justicia explicitó lo siguiente: “(...) De nuevo llega hasta este Tribunal una controversia jurídico-constitucional en la que aparecen comprometidos, de una parte, el derecho fundamental al honor y, de la otra, las libertades -también con la condición de derechos fundamentales- de expresión o de información; derechos, unos y otros, colindantes en su definición constitucional (...) y a menudo en conflicto, por ello, en la experiencia jurídica concreta. Corresponde ante todo a la jurisdicción ordinaria asegurar, en los procesos de los que conozca, un ponderado equilibrio entre las posiciones subjetivas que busquen ampararse, respectivamente, en aquel derecho al honor y en los que preservan, en tensión con él, una comunicación pública libre, por más que tal ponderación o ajuste pueda ser, como aquí ha ocurrido, sometido al ulterior enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, pues la convivencia armónica entre unos derechos y otros no queda preservada, según con reiteración hemos dicho, mediante la sola argumentación en la resolución judicial sobre cuál sea el respectivo valor, *ad casum*, de unas pretensiones y otras (...)” Con posterioridad a este razonamiento general, el Tribunal Constitucional desarrolla las cuestiones a tomar en consideración para la realización efectiva de la ponderación, dejando esclarecidos así los pendientes a los que debe atender el juez en casos futuros a fin de brindar prioridad a uno de los principios en pugna. En esta dirección, el órgano jurisdiccional discurre: “(...) el juez que conozca de pretensiones enfrentadas y basadas, respectivamente, en la defensa del honor y en la afirmación, frente a ella, de la propia y legítima libertad de expresión debe sopesar una y otra situación jurídica en atención a las circunstancias del caso; al contenido y contexto de las manifestaciones proferidas

relevancia pública si: 1. Contiene extremos que afectan al honor de las personas; y 2. Son innecesarios. 2.2. *Es veraz*. Una información es veraz si: 1. Es verdadera; o 2. Es falsa, pero se ha procedido con la diligencia debida al elaborarla. 2.3. *No contradice los usos sociales* (...).” ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación...”, op. cit, pp. 34-35.

o puestas por escrito; a su intensidad aflictiva, mayor o menor, sobre el honor ajeno; al posible interés público del objeto sobre el que se hicieron aquellas manifestaciones; a la condición pública (como personaje de notoriedad social o como autoridad pública) o privada de quien haya visto afectado su derecho ex art. 18.1 CE; al carácter genérico o, por el contrario, individualizado de las referencias que, en uso de la libertad ex art. 20.1 a), puedan causar daño en el bien tutelado por aquel derecho; a la distinción, capital, entre criticar un acto o comportamiento, en sí mismo, o hacerlo solo a resultas de la censura *ad personam* de quien lo llevó a cabo y, en fin, a cualesquiera otros elementos significativos que permitan la mejor identificación y reconocimiento del respectivo valor que tuvieron, en el caso, los derechos así en liza (...).⁹⁰

Como se puede apreciar, esta representación analítica se sedimenta en la aplicación misma de los principios, entendida como una necesidad ante los ineludibles déficits de un sistema normativo cerrado, integrado únicamente por reglas con *autonomía semántica*, es decir, por “(...) reglas cuyo significado en principio puede determinarse sin necesidad de acudir a las razones subyacentes a esas mismas reglas, a la razones que justifican modelizar deónticamente de una cierta manera una determinada forma de conducta (...) en circunstancias determinadas que la regla caracteriza asimismo de manera precisa (...).”⁹¹ La utilidad de los principios, sin depreciación de la

⁹⁰ Sala Primera. Sentencia 65/2015, de 13 de abril de 2015. Recursos de amparo 1485-2013 y 1486-2013 (acumulados). Promovidos por don Ivo Aragón Iñigo Fernández y don Sergio Benítez Moriana en relación con las Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel y de un Juzgado de lo Penal que les condenaron por un delito de injurias graves con publicidad. Supuesta vulneración de las libertades de expresión e información: condena por injurias graves por las inequívocas acusaciones de falta de probidad dirigidas contra el juzgador en un determinado proceso. Votos particulares. Publicada en BOE nº 122, Suplemento, viernes 22 de mayo de 2015.

⁹¹ RUIZ MANERO, Juan, “Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, en ALONSO, Juan Pablo (coordinador), *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 25.

función informadora que realizan en el ordenamiento jurídico, se advierte en un grupo de contingencias normativas que descartan la idoneidad de las reglas, configuradas por la imposibilidad de incluir hechos sociales con trascendencia jurídica en sus formulaciones hipotéticas, es decir, por la ocurrencia de un fallo (inevitable) de previsibilidad regulativa, o porque la selección de la regla a aplicar tiene como fuente a la arbitrariedad, o porque con la aplicación de la regla se quiebran trascendentales cánones axiológicos.

El primer ejemplo de insuficiencia aludido en relación con la aplicación de las reglas es el de las denominadas *lagunas normativas* (no hay regla aplicable para una caso de relevancia para el derecho). El segundo ejemplo se refiere a las *antino- mias* no solucionables con la aplicación de una metarregla (*v. gr. lex superior, lex posterior, lex specialis*), es decir, el caso a solucionar puede ser subsumido en varias reglas que postulan soluciones encontradas, sin que exista un criterio técnico-racional que permita descartar la aplicación de alguna (s) de dichas reglas, quedando la selección arbitraria como única solución dentro de los marcos reglados. El tercer ejemplo se concreta en las *lagunas axiológicas*,⁹² esto es, cuando la regla con vocación de aplicabilidad contraviene propiedades concurrentes en el caso tuteladas por los valores que el derecho incorpora. Además, pueden también sobrevenir las llamadas *lagunas de*

⁹² Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 155-166. Para estos *iusfilósofos*, las *lagunas axiológicas*, que en el ámbito conceptual resultan incompatibles con las *lagunas normativas*, implican "(...) algo que se predica (es una propiedad) de un caso. Este concepto es, además, relativo a un sistema normativo, a un Universo de Acciones y también a una hipótesis de relevancia (...). Para la existencia de una laguna axiológica es necesario que el caso tenga una solución. De lo contrario, se trataría de una laguna normativa (...)." Finalmente, y como característica relevante de las *lagunas axiológicas*, se presenta "(...) la existencia de una propiedad que debe ser relevante de acuerdo con un determinado criterio axiológico (hipótesis de relevancia). En el caso de la laguna axiológica, la solución existente se considera axiológicamente inadecuada, porque no toma en cuenta la propiedad conceptuada relevante, es decir, porque el sistema no hace un distinguo que debe hacerse (...)." ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos...*, op. cit, p. 157.

reconocimiento,⁹³ ocasionadas cuando las reglas no gozan de *autonomía semántica*, o lo que es lo mismo, cuando no se tiene precisión sobre la posibilidad de subsumir un caso en una regla determinada por la terminología que esta desarrolla y que es trascendente en el ejercicio de calificación normativa.

Ahora bien, una vez superado el plano de las reglas queda expedita la aplicación de los principios, que no está exenta de anomalías, pues en su desarrollo estos pueden igualmente colisionar. La ponderación se dispone a solucionar inconsistencias en la aplicación de los principios que, en la terminología de Ross, son del tipo *parcial-parcial*. Las inconsistencias consisten en la imputación de efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas por parte de dos normas jurídicas. Las inconsistencias *parcial-parcial*, en diferenciación de las inconsistencias de los tipos *total-total* y *total-parcial*, son aquellas que tienen lugar cuando "(...) cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Tal inconsistencia existe cuando los dos círculos son secantes (...)"⁹⁴ Evidentemente, no es compatible la ponderación con las inconsistencias *total-total*, entendida como aquellas que exigen que una norma no "(...) puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con otra (...)"⁹⁵ siendo aquí los círculos que las representan plenamente coincidentes, ya que *ponderar* implica una posibilidad

⁹³ Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos...*, op. cit, pp. 47-51. Refieren estos autores argentinos que las lagunas de reconocimiento aluden a "(...) los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión (...)." Más adelante aclaran, en alusión a las *lagunas normativas*, que a diferencia de estas, cuyo problema es de índole conceptual, las *lagunas de reconocimiento* "(...) aparecen en el nivel de la aplicación de las normas a los casos individuales y tienen su origen en problemas empíricos o empírico-conceptuales (semánticos) (...)" ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos...*, op. cit, p. 50.

⁹⁴ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Traducción de Genaro R. Carrió, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 125.

⁹⁵ Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, op. cit, p. 124.

de discernimiento que se realiza sobre la base de dos polos decisorios que no son absolutamente excluyentes. Este margen es el que permite balancear los principios en colisión, es lo que permite que las peculiaridades de naturaleza difusa que concurren en los casos concretos sean tomadas racionalmente por el que interpreta el derecho y lo aplica para solucionarlos. En lo que concierne a las inconsistencias *total-parcial*, estas son, “(...) cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera (...)”,⁹⁶ siendo la representación geométrica aquí la de un círculo contenido dentro de otro más grande, tampoco es la ponderación la solución más atinada. En este supuesto existe un principio que por su contenido es más idóneo para la solución del caso, siempre y cuando, claro está, esta exija la entrada en vigor del contenido del principio que supone un exceso para con el otro supuestamente contrario (la porción del círculo grande que no coincide con la superficie del pequeño), razón por la cual GUASTINI aduce que ante tal tipología de inconsistencia se debe seguir un criterio de especialidad.⁹⁷

Es característico también de la ponderación la concepción de un juicio de valor que inclina la atención a un principio en desmedro de otro. Este juicio de valor es el que configura la *jerarquía axiológica* que atribuye un peso superior a uno de los principios en pugna, denotando que la elección no se ciñe a un criterio propio de las fuentes del ordenamiento, sino a una valoración de prelación que forja el intérprete. En esta orientación, “(...) la norma dotada de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicada; la norma axiológicamente inferior sucumbe, en el sentido de que es dejada de lado (...)”.⁹⁸ Se

⁹⁶ Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, op. cit, pp. 124-125.

⁹⁷ Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 170.

⁹⁸ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, p. 170.

debe observar entonces en este contexto que *ponderar* (...) no significa atemperar, esto es, encontrar una solución que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, que los aplique o los sacrifique a ambos. La ponderación consiste más bien en sacrificar un principio aplicando otro (...).⁹⁹

El profesor PRIETO SANCHÍS subrayó en sus observaciones al respecto, ceñidas al terreno de los principios constitucionales, que:

“(...) El juez ante el caso concreto encuentra razones de sentido contradictorio; y es obvio que no cabe resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una *jerarquía axiológica*, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía (...).¹⁰⁰

Es necesario aclarar que cuando se pondera no se realizan juicios de valor sobre la factibilidad de los principios desde una perspectiva abstracta. Todo lo contrario. La ponderación implica la estimación del impacto de los principios en su aplicación al caso concreto (lo que no niega la creación potencial de tendencias decisorias), por lo que el juez se centra en un criterio resolutivo, desprendido de un conflicto principal, que no lo conmina a decidir en términos idénticos en los casos futuros. En apreciación del Tribunal Constitucional Español, cuando se acude a la ponderación “(...) no se trata de establecer jerarquías

⁹⁹ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, p. 170.

¹⁰⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *AFDUAM* 5, 2001, p. 216.

de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca (...).¹⁰¹ Un pronunciamiento técnico similar exteriorizó este pleno de justicia en Sentencia 53/2002, de 27 de febrero, al sustentar que “(...) el mandato de ponderación exige: en primer lugar, la identificación de un bien o interés de relevancia constitucional al cual sirve la limitación de otro bien constitucional; y en segundo lugar, identificar las condiciones en que un interés constitucional prevalece sobre otro (...).”¹⁰²

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha sido más precisa, pues a la par de reconocer el casuismo ponderatorio, ha admitido la posibilidad de establecer criterios de decisión con vocación de fungir como pautas para la solución de conflictos suscitados *a posteriori*, lo que no es cosa distinta a una afirmación de la vigencia de las directrices jurisprudenciales en los sistemas de fuentes formales. Se refuerza así la idea que participa de entender a la jurisprudencia como un instrumento adecuado para la protección de la seguridad jurídica, la igualdad y la imparcialidad y objetividad judicial,¹⁰³ cuya función esencial es la de reducir la pluralidad de posiciones

¹⁰¹ Sala Primera. Sentencia 320/1994, de 28 de noviembre de 1994. Recurso de amparo 1.389/1993. Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, en apelación, contra la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de la misma ciudad, en procedimiento abreviado sobre delito de injurias. Vulneración del derecho a comunicar libremente información: ponderación judicial indebida de los derechos fundamentales en conflicto. Publicada en BOE nº 310, Suplemento, miércoles 28 de diciembre de 1994.

¹⁰² Pleno. Sentencia 53/2002, de 27 de febrero de 2002. Recurso de inconstitucionalidad 2994/94. Promovido por el Defensor del Pueblo contra el apartado 8 del artículo único de la Ley de Cortes Generales 9/1994, de 19 de mayo, que modificó un precepto de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984. Supuesta vulneración del derecho a la libertad personal y de la reserva de ley orgánica: permanencia en frontera de quienes piden asilo, mientras se tramita la admisión a trámite. Votos particulares. Publicada en BOE nº 80, Suplemento, miércoles 3 de abril de 2002.

¹⁰³ *Apud* FERRERES COMELLA, Víctor, “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en FERRERES, Víctor y XIOL, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 75.

que puede generar la respuesta de los jueces a las controversias jurídicas. Así, en Sentencia de 10 de octubre de 1995 esta judicatura alemana demarcó que “(...) el resultado de la ponderación no se puede anticipar de manera general y abstracta debido a su carácter casuístico. Sin embargo, en la jurisprudencia se han desarrollado una serie de puntos de vista que pretenden establecer los criterios para la evaluación en concreto (...).”¹⁰⁴ Esta idea fue reiterada en Resolución de 10 de noviembre de 1998 del propio órgano juzgador:

“(...) El resultado de (la) ponderación no se puede pre-determinar en forma general y abstracta debido a que las circunstancias dependen del caso individual. En la jurisprudencia, sin embargo, se han constituido con el paso del tiempo algunos precedentes legales. En este sentido, en los casos en que se valora la protección de la personalidad, ésta prevalece regularmente sobre la libertad de opinión, cuando la afirmación se presenta como una agresión a la dignidad humana, como una crítica vergonzante o como una injuria de carácter formal (...). En el caso de aseveraciones sobre hechos, la ponderación depende del contenido de verdad. Las afirmaciones verdaderas, por regla general, deben ser aceptadas, aun cuando sean desventajosas para el implicado; no ocurre lo mismo con las que no son ciertas (...).”¹⁰⁵

Dicho en otras palabras, los resultados de la ponderación no tienen vocación de proyectarse con uniformidad en el tiempo, aunque tal circunstancia se puede sintetizar como consecuencia lógica de la dinámica jurisprudencial y como parámetro de racionalidad en la aplicación judicial del derecho. Entonces, a la ya referenciada *jerarquía axiológica* habría que adicionarle una nota distintiva: la movilidad. La *jerarquía axiológica móvil*

¹⁰⁴ Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre, 1995 (1 BvR 1476, 1980/1991 y 102, 221/92), en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit, p. 65.

¹⁰⁵ Resolución de la Primera Sala, del 10 de noviembre, 1998 (BvR 1531/96), en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit, p. 65.

es el punto de legitimación de la aplicación de los principios en apego absoluto al mayor grado de relevancia del contenido que ostenten, esto en relación con sus posibilidades de resolución para con una particularidad fáctica. El hecho de que el principio P_1 sea preferido en relación con el principio P_2 para la solución del caso A^1 , por resultar de su aplicación consecuencias más justas, o simplemente menos injustas, en el contexto X , que las que se derivan de la aplicación de su contrario parcial, no significa que ante la concurrencia del caso A^2 , se exija un proceder idéntico, ya que las especificidades que presenta en relación con A^1 , es decir, el hecho de que se desarrolle en el contexto Y , pueden mover la preferencia de P_1 a P_2 .

Ab initio, dos principios pueden experimentar una situación de enfrentamiento desde un plano de abstracción (enfrentamiento necesario) o desde un plano de concreción (enfrentamiento contingente).¹⁰⁶ En el primero de los casos, una interpretación abstracta (no conflictual) de dos principios contenidos en un ordenamiento jurídico determinado puede resultar en la construcción de una conclusión contradictoria, pues los supuestos de hechos que contenga un principio pueden ser también asumidos por el otro, aunque con consecuencias encontradas, es decir, no compatibles. Al respecto, GUASTINI utiliza un ejemplo italiano que puede ser extendido a la mayoría de los ordenamientos constitucionales en el derecho continental, a saber, el enfrentamiento latente entre la regulación del principio de presunción de inocencia y la regulación del principio que autoriza la prisión preventiva. A pesar de que la raigambre técnica de la ejemplificación no es del todo feliz,¹⁰⁷ si es posible colegir de ella una premisa relevante: la regulación

¹⁰⁶ Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit., pp. 167 y ss.

¹⁰⁷ Si bien es cierto que la presunción de inocencia se erige como un principio cardinal de todo régimen jurídico garantista, esto por sus implicaciones informadoras y su propia estructura normativa, no se puede decir lo mismo de la institución de prisión preventiva, ya que esta, en su naturaleza cautelar, no es más que un desprendimiento del principio de prevención social que sostiene a todo aparato jurídico sancionador.

jurídica también implica razonamientos ponderativos, solo que en este escenario son proyectados con un nivel considerable de generalidad, denotando que la traducción jurídica de las relaciones sociales no puede estar guiada por esquemas rígidos, sino que tiene que reflejar los escenarios de contradicción en que estas habitualmente se desarrollan. En esencia, lo que acontece es una proyección de circunstancias que requieren de tuteladas diferenciadas, lo que no niega que ambas directrices tutelares puedan ser principalizadas.¹⁰⁸ En el segundo de los casos, propio de la aplicación judicial del derecho, el conflicto entre los principios se desarrolla cuando estos se disponen a brindar solución a un controvertido concreto. Aquí, la colisión es contingente por naturaleza, y no necesaria como en la explicación anterior, pues su existencia depende “(...) del hecho de que algunos supuestos de hecho concretos (pero no todos) caen simultáneamente en el campo de aplicación de dos principios que establecen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí (...)”¹⁰⁹

Ahora bien, un análisis cabal de la ponderación ha de comenzar por discernir la dualidad metodológica que en ella concurre, a saber, la determinación del *resultado ponderativo*, es decir, la decisión particularizada de conceder prioridad aplicativa a uno de los elementos normativos en pugna, y la comprensión del *procedimiento ponderativo*, o sea, la identificación y crítica del tracto de los razonamientos esgrimidos en pos de

¹⁰⁸ Esta cuestión puede ser analizada desde la perspectiva de lo que ATIENZA llama *racionalidad teleológica*, como uno de los niveles de la *racionalidad legislativa*. En apreciación del profesor alicantino, este nivel de racionalidad implica que “(...) los edictores son los portadores de los intereses sociales, particulares o generales, que logran que los mismos se traduzcan en leyes (...). El sistema jurídico es visto como un medio para conseguir fines; por tanto, no desde la perspectiva del jurista (o del jurista tradicional), sino desde la perspectiva del científico social (...)” ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 37-38. Evidentemente, la situación que se analiza, consistente en que la formulación de dos (o más) principios pueda provocar notas de discrepancia, es un resultado de la heterogeneidad y la complejidad de los intereses que es necesario proteger a través de la regulación jurídica.

¹⁰⁹ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, p. 167.

conseguir la preminencia de uno de ellos. El *resultado ponderativo* representa la dimensión superficial del fenómeno, pues su trascendencia práctica es meramente enunciativa. A *contrario sensu*, el *procedimiento ponderativo* contiene toda la esquematización de la dinámica del pensamiento jurídico puesto en función de un asunto litigado que por sus características y grado de dificultad amerita su realización, es la secuencia de razonamientos de motivación y justificación que *a posteriori* debe quedar consignada en la decisión argumentada que finalmente se adopte.

Con razón ATIENZA se refiere a la ponderación bajo el rubro de *técnica argumentativa*, desentrañando lo que hemos dado a llamar *procedimiento ponderativo* como un movimiento en dos pasos, siendo el primero, el de la ponderación *en sentido estricto*, el que supone el tránsito “(...) del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla (...)”; mientras que en el segundo “(...) se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver (...)”.¹¹⁰ El primer paso presupone que en lo que respecta a la solución de un caso puntual existen dos principios aplicables, cuyas consecuencias jurídicas resultan incompatibles entre sí, mientras que en el segundo se forja una regla individualizada que, irradiando un conjunto de circunstancias concurrentes, establece que uno de ellos prevalece sobre el otro.

Como se puede avizorar, la aprehensión de la teoría de los principios resulta cardinal en el mecanismo ponderatorio, pues aquellos son la materia prima con este opera, ya que, en definitiva, la ponderación no es otra cosa que una propuesta racional de solucionar un conflicto entre principios, siendo precisamente la racionalidad el zócalo de su legitimidad.¹¹¹ Como explica KAVANAGH:

¹¹⁰ ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación...”, op. cit, p. 26. También *vid* ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 183-185.

¹¹¹ *Apud* BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 43-68.

“(…) Para poder valorar la razonabilidad de una decisión, debemos necesariamente valorar la ponderación que ha realizado el agente decisor. Dado que las decisiones que han de ser revisadas consisten, en su mayor parte, en una ponderación entre intereses en conflicto, una valoración de su razonabilidad implica una evaluación de si la ponderación realizada por la decisión es razonable. Por tanto, ponderar y valorar la razonabilidad no son alternativas opuestas (…)”¹¹²

Siguiendo la cadencia explicativa de Nils JANSEN, se puede concluir al respecto que una tesis cardinal de la teoría principalista sostiene que la noción de ponderación “(…) está conceptualmente relacionada con la noción de principio jurídico. En consecuencia, en todo ordenamiento jurídico que contenga principios jurídicos, la ponderación tiene que constituir una forma fundamental de aplicación del derecho (…)”¹¹³ Esta lógica coloca a la ponderación como una condición imprescindible en los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos, pues, sin llegar a dar por cierta la diferenciación dicotómica de ZAGREBELSKY,¹¹⁴ la existencia de una Constitución, que se constituye como una exigencia de los Estados democráticos, y, por consiguiente, de normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia, es indicativa de la existencia de principios en dichos ordenamientos. En consonancia, la existencia de principios supone la posibilidad de una contingencia de colisión principal, lo que a su vez condiciona la necesidad de ponderar.

¹¹² KAVANAGH, Aileen, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 247.

¹¹³ JANSEN, Nils, “Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho”, en SIECKMANN, Jan-R (editor), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 58.

¹¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 109-110.

Son los principios los arquetipos normativos con posibilidades de representar un *peso* especificado (una importancia circunstancial), esto es, una vocación de aptitud insustituible para solventar una controversia que permita balancearlos a fin de estipular cual es el más idóneo con respecto a otros que, *prima facie*, también son de posible aplicación. Este atributo de *peso* de los principios tiene un claro antecedente en la especulación de DWORKIN, en cuyo ataque al positivismo de HART denominó como tales a los estándares “(...) que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (...).”¹¹⁵ Aquí racionalidad y justicia pueden contemplarse en estado de concatenación necesaria, pues un resultado jurídico justo implica la construcción de un juicio racional. Los juicios decisorios signados por la racionalidad tienden a flexibilizar los esquematismos que redundan solamente en una justicia formal. La complejidad social exige que la aplicación del derecho no se circunscriba a una operación aritmética, aunque en los casos fáciles, que son la generalidad, la simple subsunción de conjuntos (el que representa la circunstancia fáctica en el que representa la hipótesis normativa) sea suficiente para alcanzar soluciones meritorias. Por el contrario, en los casos difíciles, que son menos frecuentes y que se caracterizan por la existencia de razones a favor y en contra de cualquier solución que para ellos se considere, de lo que se trata es de concebir salidas para conflictos con relevancia en la composición sistémica del ordenamiento jurídico. Una colisión de principios, materializada por ejemplo en una laguna axiológica, es un evento que transversaliza la ordenación jurídica y pone en riesgo su coherencia, por lo que su solución debe optar por encontrar su legitimación en sus fundamentos más prístinos. La justicia debe ser, indudablemente, el fundamento primordial de

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Gustavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 72.

toda ordenación jurídica. *Ergo*, la ponderación es también un método de aplicación del derecho que persigue la realización de la justicia en entornos donde la tradicional subsunción no es suficiente para alcanzar este fin. Con razón ALEXY ha señalado que “(...) la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales (...).”¹¹⁶

En otra orientación, también caracteriza a los principios su *vis* de optimización, pues su aplicación tiende a optimizar su objeto atendiendo a posibilidades fácticas y jurídicas. Estos dos perfiles definitorios son los que segregan que la ponderación sea la forma característica de aplicación de los principios, asumiendo que, en oportunidad de una colisión, el principio tomado por inferior en el *procedimiento ponderativo* quedará postergado frente a otro más conveniente de acuerdo con los requerimientos del caso, aunque sin perder su validez jurídica. Consonantemente, la afirmación de la ponderación depende de la salida que se acoja en lo que compete a la teoría general de las normas. Como acotó certeramente ALEXY, lo que fundamenta la construcción teórica sobre las normas “(...) por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios (...).”¹¹⁷. No se puede pensar en *ponderar* si no se admite la existencia de los principios, dado que una apología en exclusiva a favor de las reglas supone una absolutización del método de subsunción. Las reglas, en

¹¹⁶ ALEXY, Robert, *La Institucionalización de la Justicia*, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59.

¹¹⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 458.

tanto mandatos definitivos,¹¹⁸ pueden cumplirse o incumplirse, dicho de otra forma, en su dinámica aplicativa responden a un juicio de *todo o nada*, mientras que los principios pueden ser cumplidos en un grado oscilante, esto en dependencia de las posibilidades, tanto fácticas como jurídicas, que concurran al momento de su aplicación.

Se desprende, aunque no de manera mecánica, que la subsunción es el método de aplicación por excelencia de las reglas, siendo suficiente la congruencia entre su hipótesis y el hecho requerido de respuesta jurídica, correspondiendo entonces la declaración de invalidez de una de las que concurren a la pugna, para lo cual se han establecido criterios determinantes tales como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat generali*, los que por su naturaleza no pueden ser utilizados para solucionar los conflictos de principios. El primero de ellos, expresión de la jerarquía normativa que informa todo ordenamiento jurídico es desechable en el sentido de no corresponder la aplicación de determinaciones jerárquicas en el ámbito de los principios, menos aun cuando lo ordinario es que tales principios tengan respaldo constitucional. De hecho, la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se admite que no existen jerarquías internas entre los principios, es decir, que estos no están dotados de un peso autónomo y diferenciado, esto por ser expresión de un mecanismo de regulación jurídica que supone un estado de compatibilidad entre la plena realización individual y la plena realización

¹¹⁸ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación...*, op. cit, p. 458; y ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 87 y ss. En esta última obra el citado tratadista aludía: "(...) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principios (...)." ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit, p. 87. También *vid* el breve pero ilustrativo de trabajo de CIANCIARDO, J., "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, n° 108, año XXXVI, México DF, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.

sistémica.¹¹⁹ En esta dirección también resulta inadecuado el segundo criterio, adicionando que en el caso de los principios constitucionales estos concurren en ocasión de una misma disposición normativa, es decir, son coetáneos. El tercer criterio resulta problemático, ya que ciertamente puede ser plausible que la especialidad funja como criterio de diferenciación (trivial) entre principios a través de la inclusión de una cláusula de excepción.¹²⁰ No obstante, es de considerar que una absolutización de la especialidad puede contravenir la función informadora de los principios para con el ordenamiento jurídico en sus totalidad. Así, la tutela que dispensan los principios, y más aún cuando estos ostentan regulación constitucional, no se puede menospreciar con la simple determinación metodológica de la especialidad que estos representan. Las consecuencias de abrazar este criterio pueden ser múltiples, en tanto pretende simplificar un fenómeno que lo trasciende. La ponderación, como método racional, implica mayores posibilidades de determinación en la aplicación del derecho, a la par que condiciona un discurso argumentativo más profundo y apegado con las circunstancias del caso.

El profesor BERNAL PULIDO exteriorizó su posición sobre el tema en los términos siguientes:

“(…) Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios. Es por ello que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios (...).”¹²¹

¹¹⁹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit, pp. 101-102.

¹²⁰ Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, pp. 168-169.

¹²¹ BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, op. cit, p. 225.

Las notas distintivas de los principios impiden una solución netamente subsuntiva ante un escenario conflictual entre ellos, ya que sus posibilidades de cumplimentación movable y condicionada¹²² requieren una mayor plasticidad, capaz de expresar la materialización de su máxima realización a través de juicios *ponderativos* que determinen su procedencia. Evidentemente, este razonamiento no puede ser absolutizado, pues solo se refiere al plano externo del problema, lo que no desdice que entre subsunción y ponderación exista una rica relación subyacente, ya que una vez seleccionado el principio vencedor, como resultado del *procedimiento ponderativo*, lo que queda es subsumir el caso en su límites de normación. En otro sentido, y en aquiescencia con BOROWSKI, las reglas pueden hacer referencia a principios, de forma que su contenido dependa de la ponderación.¹²³ Aún más, la propia identificación del conflicto entre principios exige un razonamiento previo de subsunción, pues se hace preciso delimitar la aplicación de los principios enfrentados al caso concreto, es decir, se requiere dejar sentado que los particulares del caso se hallan incluidos en el espectro de aplicación de los principios contendientes. No obstante,

¹²² En ocasión de la diferenciación entre principios y reglas, los españoles Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO entendieron que, en su aspecto normativo, la contribución de los principios a la argumentación es más modesta que la de las reglas, lo que fue desarrollado como la aceptación de una nota de complejidad superior de la ponderación frente a la subsunción. Desde un enfoque en extremo práctico estos autores defendieron que los principios "(...) no presentan las ventajas de las reglas, pues no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Si una regla es aceptada, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. Sin embargo, los principios (...) no eximen de la tarea de efectuar la ponderación (...)" ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "Sobre principios y reglas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 10, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1991, p. 115. Además, *vid* ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 21-22.

¹²³ *Cfr.* BOROWSKI, Martin, "La ponderación en la estructura jerárquica del derecho", en *Revista de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, Ponencia presentada en las Jornadas sobre *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, celebrada en el Palacio de Aljafería, sede de las Cortes de Aragón, los días 24 y 25 marzo de 2015, p. 58.

es también posible que los principios en pugna cuenten con hipótesis difusas, de difícil captación, lo que implicaría realizar una *subsunción valorativa*,¹²⁴ esto es, una estimación de los límites de la regulación principal y de las características del caso concreto a fin de lograr una apreciación de congruencia. Así, subsunción y ponderación no son, ni pueden ser, operaciones antitéticas. Si bien es posible subsumir sin ponderar, es impensable poder ponderar sin subsumir. La subsunción, en un primer momento, circunscribe el espacio de la oposición de los principios, resulta una operación necesaria *ex ante* de la ponderación. En un segundo momento, realizada la ponderación propiamente dicha, es decir, habiéndose determinado racionalmente el principio derrotado y el principio vencedor, se requiere de la subsunción para brindar al caso concreto la solución que este último postula, siendo aquí una operación necesaria *ex post* de la ponderación. Existe entonces una concatenación lógica entre subsunción y ponderación que se realiza en la solución de los casos que entrañan una colisión de principios. Subsunción y ponderación tiene una relación recíproca, pues como ha indicado GARCÍA FIGUEROA, "(...) la subsunción es el ideal de la ponderación y la ponderación la realidad de la subsunción (...)." ¹²⁵

La incidencia de la ponderación en los predios de la estructura formal y graduada del ordenamiento jurídico, consistente en la conservación de la validez del principio derrotado, tiene como apoyatura otro de los presupuestos que han de guiar el

¹²⁴ La expresión es utilizada por PRIETO SANCHÍS, cuyo razonamiento al respecto consiste en explicar que: "(...) a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativa; no es obvio, por ejemplo, que consumir alcohol o dejarse barba constituyan ejercicio de la libertad religiosa -que lo constituyen-, pero es imprescindible *subsumir* tales conductas en el tipo de la libertad religiosa para luego ponderar ésta con los principios que fundamentan su eventual limitación (...)." PRIETO SANCHÍS, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit, p. 104.

¹²⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p. 199.

análisis, incardinado en la afirmación de no contemplación de criterios jerárquicos en la aplicación de esta tipología normativa. La premisa que utiliza ZAGREBELSKY, resumida en reconocer que “(...) la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación (...)”¹²⁶, arroja la *ratio* de la peculiaridad de persistencia de la validez ya apuntada. La ponderación, consecuentemente, no versa sobre la exclusión, por declaración de invalidez, de una norma aparentemente seleccionable como criterio de resolución en un ambiente de concurrencia normativa múltiple y contradictoria ante un altercado. La ponderación es un juicio de factibilidad para con la aplicación de un principio, siendo uno de sus correlatos el dejar sentado que la preferencia se desglosa de circunstancias particulares de la causa, y no en la virtualidad de premisas de jerarquía o preminencia normativa, de modo que cabe perfectamente la posibilidad de que en un caso posterior, entradas en vigor circunstancias diferenciadas, sea legítimo aplicar el principio que anteriormente fuera postergado. Es por esto que en frecuencia dicotómica se puede aseverar que los conflictos entre reglas se circunscriben al plano de la validez, mientras que los episodios de colisiones de principios la trascienden, recreándose en la dimensión (metafórica) del *peso*, ya que es del todo loable la admisión de que solamente los principios válidos pueden colisionar.

IV. Ponderación, discrecionalidad y racionalidad

Uno de los argumentos que a menudo se esgrimen para negar la viabilidad de la ponderación es el de su asimilación con una actividad eminentemente discrecional. Se asume en tales términos que la discrecionalidad es la antesala de la arbitrariedad y que ponderar entraña una peligrosa tentativa de subversión para con la seguridad jurídica y la defensa de los

¹²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit, p. 125.

derechos fundamentales, cuyas enunciaciones genéricas son habitualmente principalizadas. La ponderación, así entendida, exige una extralimitación del juez, una ruptura de la estratificación estricta de los poderes estatales, lo que la figura como un juicio arbitrario y salomónico.¹²⁷ La creación de una regla con posterioridad al balanceo de los principios en aras de cumplir la justicia del caso concreto, coloca al juez en los predios del legislador, dotándolo de una libertad no recomendable en la dinámica de las sociedades democráticas. La discrecionalidad de la ponderación, concertada en un grado de movilidad del juez allende a las fronteras de una red normativa cerrada e institucionalizada, es el punto de bóveda de los temores, recelos y negativas absolutas que con respecto a este método de aplicación del derecho se han sostenido de manera regular en la doctrina.

Como advirtió RODRÍGUEZ DE SANTIAGO:

“(...) Es en el contexto de (la) contraposición entre la subsunción y la ponderación en el que se explican las imágenes que se han utilizado para calificar críticamente a ésta como método alternativo de aquélla (...). La *seguridad* que se encuentra en la subsunción (método tradicional de aplicación del Derecho) bajo reglas que deben ser interpretadas también conforme a los criterios tradicionales (interpretación gramatical, sistemática, teleológica, etc.) desaparece en la ponderación, técnica todavía carente, según parece, de soportes racionales y disciplinados. No puede extrañar que la mayor parte de las opiniones descalificadoras del método de la ponderación incidan, casi siempre, en las mismas ideas: la *imprevisibilidad* de sus resultados, la remisión a la *justicia del caso concreto*, con lo que eso supone de pérdida en *seguridad jurídica*, la utilización de esa técnica como brecha a través de la cual se amplía el poder de quien tiene la competencia para decidir en último término, etc. (...).”¹²⁸

¹²⁷ Apud JIMÉNEZ CAMPO, J, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p. 73.

¹²⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes...*, op. cit, p. 12.

Los juristas adscritos doctrinariamente al *iuspositivismo* más ortodoxo ensalzan un ideal apolíneo del *imperio de la ley* que destierra la posibilidad de concebir un ordenamiento jurídico que asuma al principalismo como uno de sus costados esenciales, además de mostrarse inconformes con la apología de la *razón práctica* en sede de interpretación y aplicación del derecho, a través de la cual se procuran juicios con una pretensión de validez objetiva y no juicios absolutos;¹²⁹ lo que en sumatoria niega la viabilidad del método ponderativo, esencialmente por ser este el esquema de razonamiento jurídico que conjuga las dos premisas anteriores. Principios y razón práctica judicial son alfa y omega en la conjugación de la ponderación, por lo que desde las premisas del positivismo jurídico su realización se instituye como una amenaza al universo normativo reglado (cuyos elementos solamente son aplicables mediante la subsunción) que debe primar en los Estados garantistas. Desde esta óptica, la ponderación supone una desviación de la actuación decisoria de los jueces para con los baremos que el derecho reglado les impone. Esta desviación se configura en una actuación discrecional. Se desconoce así que la concentración exclusiva de la producción de normas generales en un órgano legislativo central no elimina el margen de discrecionalidad (inexcusable) del cual hacen uso los órganos inferiores, tanto los de creación como los de aplicación, en la determinación que, de acuerdo a sus competencias, les corresponde para con el contenido de determinados actos. La discrecionalidad, en esta cadencia de analítica, es un *dato irremontable*.¹³⁰ Como ha advertido certeramente Gianmarco GOMETZ, “(...) a esta discrecionalidad, sobre el plano de la interpretación científica, corresponde necesariamente una falta de certeza sobre el contenido de tales actos (...)”¹³¹

¹²⁹ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 136-141.

¹³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 96.

¹³¹ GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*, Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 98.

De inicio, es muy importante establecer un criterio de distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, para de esta forma transgredir el criterio que define a la ponderación como una operación arbitraria por el hecho de suponer cierto grado de discreción. Semánticamente, discrecionalidad y arbitrariedad se colocan en planos claramente diferenciados, ya que este último término indica la presencia de una decisión caprichosa, sin sustento en la razón, mientras que el primero, también vinculado a la actividad decisional, es sinónimo de prudencia, sensatez y buen juicio. Como es conocido, la discrecionalidad ha sido objeto de estudio reiterado en la teoría del derecho, muy especialmente en lo que se refiere a su presencia en las decisiones judiciales. Las reflexiones de HART sobre la cuestión han tenido una trascendencia enorme y, en sentido general, son contestes con la perspectiva de diferenciación respecto a la arbitrariedad que aquí se defiende. No está de más recordar unas vetustas líneas sobre el tema del que fuera catedrático en Oxford:

“(...) Vale la pena, pensamos, recordar que discreción es, después de todo, el nombre de una virtud intelectual: es casi sinónimo de sabiduría práctica o sagacidad o prudencia; es el poder de discernir o distinguir lo que es apropiado hacer en varios campos y está etimológicamente conectada con la noción de discernimiento (...). Cuando consideramos el uso de discreción en el derecho estamos considerando su uso por funcionarios que tienen un cargo público responsable. Se entiende, por tanto, que si lo que los funcionarios han de hacer no está determinado rígidamente por reglas específicas sino que se les deja una opción, elegirán responsablemente, con respecto por su cargo, y no por placer o mero capricho, aunque puede ocurrir, por supuesto, que el sistema no proporcione un remedio para el caso de que ellos de hecho satisfagan su capricho (...).”¹³²

Es forzoso admitir que el método ponderativo comporta una brecha de discrecionalidad, lo que ocurre, en términos

¹³² HART, Herbert. L. A., “Discretion”, en *Harvard Law Review*, nº 127, pp. 652-665.

alexyanos, por “(...) empates debidos con frecuencia al hecho de que en derecho sólo son aplicables baremos relativamente toscos (...)”¹³³, pues no puede confundirse a la ponderación con una *regla matemática capaz de eliminar toda subjetividad*,¹³⁴ lo que no significa en ningún sentido que pueda asociarse con una *fórmula mágica que deba contemplarse con desconfianza*, calificable como un *peligro para una aplicación disciplinada del Derecho* y resultante de un retorno a *una situación jurídica arcaica o alta escuela de jurisprudencia*¹³⁵ que potencia la semántica por encima de la dogmática. No es la ponderación una figuración jurídica del castigo de SÍSIFO,¹³⁶ en la que el intérprete tiene que erigir una y otra vez los peldaños de su razonamiento sin poder contemplar un avance fidedigno. Cuando se pondera adecuadamente no se emprende un camino sin *guía fiable*, en el que “(...) todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos (...)”, y cuyo recorrido “(...) pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jurídica (...)”¹³⁷ No es en ningún sentido la ponderación una antítesis del Estado de derecho, tal y como quiso mostrar LEISNER,¹³⁸ ya que si bien

¹³³ ALEXY, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXY, Robert, *et al*, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 79.

¹³⁴ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo...*, op. cit, p. 71.

¹³⁵ Estas construcciones de OSSENBÜHL son referidas por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes...*, op. cit, p. 12.

¹³⁶ La alusión mitológica es de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes...*, op. cit, p. 13.

¹³⁷ DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 121.

¹³⁸ En opinión de este autor “(...) en el lugar de las grandes políticas partidarias entra, de la mano de la ponderación y del principio de proporcionalidad, una política partidaria fina y disimulada; en dicha política el funcionario público y el juez reemplazan a los parlamentarios y gobernantes (...)” Es por esto que “(...) el juez tiene que pensar leyes y en la ponderación el razonamiento del juez no es más que política (...)” LEISNER, Walter, *Der Abwägungsstaat*, Berlín Duncker & Humblot, 1997, p. 172. Con ello “(...) el procedimiento ponderativo sería una técnica del poder, debido a que tanto la ponderación como el principio

es cierto que su utilización supone peligros, es igual de verídico que tal estado de riesgo es inevitable, puesto que no es cosa distinta a una consecuencia, de efectos controlables, de la asunción del fenómeno jurídico como una práctica social en la que interactúan criterios axiológicos, lo que requiere que el método tradicional de aplicación del derecho (la subsunción) conjugue su existencia con el recurso ponderativo.

Con más énfasis aún, se puede calificar a la discrecionalidad como un aspecto inevitable del derecho, pues el “(...) paso de las normas a la acción, de la abstracción a la realidad, implica sujetos que interpretan, realizan y adoptan decisiones (...)”¹³⁹ No se ha logrado en ningún país erradicar por completo las fisuras que perturban la pretensión de completitud de los ordenamientos jurídicos, conjugadas tanto por falencias en la previsibilidad regulativa de los órganos de creación normativa, como por los desfases que provocan los cambios de contextos sociales. Existen indudablemente espacios de

de proporcionalidad, a nivel de las altas instancias, no pueden ser controlados. De esta manera, el Estado de derecho pasaría pronto a llamarse *Estado ponderativo* (...).” LEISNER, Walter, “Abwägung überall-Gefahr für den Rechtsstaat”, en *NJW* 10, 1997, pp. 636-639, 639.

¹³⁹ AÑÓN, María José, “Notas sobre discrecionalidad y legitimación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nos. 15-16, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1994, pp. 901-902. Con anterioridad, BULYGIN reflexionó sobre la concurrencia de la discrecionalidad en las actividades de interpretación y aplicación del derecho llegando a conclusiones similares. En estimación de este autor argentino, la discrecionalidad “(...) proviene del hecho de que el juez tiene que resolver el caso individual sometido a él y para ello tiene que dictar una norma individual (y no mera proposición normativa), ya sea una norma que ordena al demandado a hacer lo que el actor pretende (si resuelve hacer lugar a la demanda), ya sea una norma que permite no hacerlo (si decide rechazarla). Para justificar esta norma individual el juez necesita una norma general que correlacione el caso genérico al que pertenece el caso individual con una determinada solución y como, por hipótesis, el caso genérico es una laguna normativa y por ende no existe tal norma general, se sigue que el juez tiene que crear esa norma general. Si no lo hiciera, su decisión sería arbitraria. De donde se infiere que el carácter institucional del derecho (que nadie niega) no incide en absoluto, ni en la caracterización de la actividad judicial como solución de conflictos, ni en la tesis de la discrecionalidad judicial (...).” BULYGIN, Eugenio, “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”, en ATRIA, Fernando, *et al*, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 2005, p. 79.

indeterminación jurídica que brindan libertad a los jueces en las tareas de interpretación e integración del derecho. Esta libertad es la glándula central de la discrecionalidad jurídica, aunque no agota todo su contenido, pues se requiere además considerar las vinculaciones que se segregan de la subjetividad de los que realizan las tareas decisionales. En esta dirección, la concepción de la discrecionalidad no se puede circunscribir a la estrecha visión de HAWKINS, quien la define como “(...) el espacio entre las normas jurídicas en el que los operadores pueden ejercer su capacidad de decisión (...)”,¹⁴⁰ sino que debe expresarse en un encuadramiento teórico mucho más amplio, capaz de explicar las incidencias que ella engendra en el mundo de los valores jurídicos.

Esta es la línea que sigue ZAGREBELSKY cuando explica los fundamentos culturales de la problemática:

“(...) la razón de la temida *explosión* subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos. Éstos asumen *puntos de vista* distintos que no pueden dejar de reflejarse en su actuación, y esta diversidad se acentúa por la novedad de los problemas continua y urgentemente planteados por la evolución de la ciencia, la técnica y la economía. La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido de valor compartidos por la generalidad. Al faltar un único y seguro horizonte de expectativa en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir el *principal* de los *desviados* (...)”¹⁴¹

¹⁴⁰ HAWKINS, K, “The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science” en *The Uses of Discretion*, Oxford University Press, Oxford, p. 11.

¹⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op, cit, pp. 145-146.

No ha sido posible en la experiencia jurídica occidental, bien en atención a las características del sistema continental (*civil law*), construido sobre la idea del derecho codificado, o bien reparando en las peculiaridades del sistema anglosajón (*common law*), con sus ataduras, ya más flexibles, al precedente judicial, eliminar los espacios de indeterminación jurídica que permiten a los jueces ostentar una cierta libertad en sus ejercicios de interpretación e integración del derecho. Como puso de relieve HART, en todo sistema jurídico “(...) hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy-general por los precedentes revestidos de autoridad (...).”¹⁴² La previsibilidad regulativa no alcanza a predecir todas las posibles incidencias que los cambios de circunstancias pueden provocar en la traducción jurídica de las relaciones sociales. Este margen potencial es el que permite que, dentro de ciertos límites infranqueables, generalmente concertados en parámetros axiológicos de aceptación general, el derecho se oxigene a través de razonamientos evolutivos.

También hay que adicionar, como otro elemento a tener en cuenta en el análisis de los espacios de indeterminación jurídica, lo relativo a las complejidades del lenguaje y lo que estas suponen para la interpretación del derecho. Desde la teoría analítica se ha desarrollado este pendiente de forma notable. El teórico del derecho francés ERIC MILLARD ha construido una teoría sobre la interpretación que da cuenta de esta realidad.

Para el profesor de Nanterre:

“(...) Desde el punto de vista jurídico, la interpretación no es una operación intelectual de la ciencia del derecho que permite determinar lo que debe ser; es una operación

¹⁴² HART, Herbert. L. A., *El concepto de Derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, p. 169.

decisoria de ciertas autoridades que deciden sobre un significado. Este es el producto de un acto de voluntad del intérprete: es una prescripción (o una *performación*, según otro punto de vista). Esas decisiones de atribución de significados constituyen hechos, y a partir de estos trabaja una ciencia empírica del derecho: esta describe las normas (significados) en función de actos de atribución de significados (...).¹⁴³

Desde otra perspectiva, la teoría de la interpretación de GUASTINI comparte también la tesis de la que se trae causa. En uno de sus constantes ejercicios de precisión este autor indicó lo siguiente:

“(...) hablando con propiedad, la interpretación jurídica tiene por objeto no *normas* sino textos o documentos normativos. En otros términos, se interpretan (no exactamente normas, sino más bien) *formulaciones* de normas, enunciados que expresan normas: disposiciones, como se suele decir. Así es que la norma constituye no el objeto, sino el resultado de la actividad interpretativa. Y hablando de interpretación de *normas* se crea la falsa impresión que el significado de los textos normativos (es decir, las normas propiamente dichas) esté enteramente preconstituido respecto de la interpretación, de manera que los intérpretes tendrían simplemente que detectarlo (...).¹⁴⁴

La discrecionalidad es, según se colige de lo expuesto, sustancial a la interpretación jurídica, y ésta es el pórtico de la ponderación. A propósito de esta relación, FERRAJOLI ha manifestado que no tiene reparos en admitir “el espacio inevitable que la ponderación tiene en el razonamiento de los jueces dentro del marco fisiológico de su discrecionalidad interpretativa (...).¹⁴⁵

¹⁴³ MILLARD, Eric, *Teoría general del derecho*, Traducción de Bernardo Carvajal Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 139.

¹⁴⁴ GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Traducción de Silvana Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 26.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, en FERRAJOLI, Luigi, José Juan MORESO y Manuel ATIENZA, *La Teoría del*

No puede existir ponderación sin interpretación, aunque si es posible concebir una actividad de interpretación sin la necesidad de ponderar. Se puede sostener entonces que la ponderación es en sí misma un tipo de interpretación, una interpretación cualificada. La interpretación jurídica siempre supone la elección entre alternativas,¹⁴⁶ situación generada, entre otros factores, por la textura abierta del lenguaje jurídico,¹⁴⁷ por la concurrencia múltiple de posibilidades semánticas y jurídicamente posibles respecto a un contexto específico, por las peculiaridades sistémicas y funcionales del ordenamiento jurídico del que forma parte la norma a interpretar, y por la presencia de ideologías, valores e intereses que confluyen en los distintos operadores del derecho.¹⁴⁸ La implicación de valoraciones para discernir la solución más plausible, los razonamientos de *costo-beneficio* y la estimación de la necesidad de realización de un principio en detrimento de la plena realización de otro, son operaciones intelectuales que, quiérase o no, exigen determinado grado de casuismo y de cálculo empírico. La estimación racional de las particularidades del caso y la instrumentación de una *jerarquía axiológica móvil* son contestes con la posibilidad de una actividad judicial que transgreda la mera interpretación exegética. Ahora bien, la interrogante transversal aquí es si esta brecha de discrecionalidad es

derecho en el paradigma constitucional, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 202.

¹⁴⁶ Cfr. AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, Traducción de Pablo Larrañaga, Distribuciones Fontamara, México DF, 2008, pp. 21-31.

¹⁴⁷ Cfr. AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social...*, op. cit, pp. 11-19. También *vid* DI LUCIA, Paolo, *Normatividad, derecho, lenguaje, acción*, Traducción de Carlos Alarcón Cabrera y Pedro Salazar Ugarte, Distribuciones Fontamara, México DF, 2010, pp. 55-77; y OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara, México DF, 2007, pp. 35-65.

¹⁴⁸ Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Traducción de Pablo Larrañaga, México DF, Distribuciones Fontamara, 2009, 96-97. Además *vid* GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, pp. 61-69.

necesariamente un presupuesto de arbitrariedad y desconocimiento de la seguridad jurídica.

La posición de HABERMAS, que parte de criticar descarnadamente la teoría de ALEXY y que ha sido catalogada de ingenua por ATIENZA,¹⁴⁹ combate el rigor conceptual y lógico de la ponderación, negando que puedan concebirse a su tenor estándares racionales, lo que equivale a desdibujar sus límites y el grado de legitimación que entraña en los procesos de interpretación y aplicación del derecho. Para este representante de la segunda generación de la escuela de Frankfurt, la ausencia de patrones racionales para realizar la ponderación, genera que esta tenga lugar “(...) o en la arbitrariedad o en la irreflexión, de acuerdo con los estándares y jerarquías acostumbradas (...)”¹⁵⁰ Este punto de vista lo conduce a soportar, desde un prisma conceptual, que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. Entonces “(...) la sentencia es en sí misma un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta (...)”¹⁵¹

Al parecer, RUIZ MANERO también comparte una respuesta positiva a la disyuntiva presentada, exteriorizando su preocupación en apología de una teoría estándar de la ponderación:

¹⁴⁹ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social...*, op. cit, p. 162.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Traducción de M. Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid, 1998, 259.

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 369. Vid también el repaso que de dichas críticas se realiza en ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 11, enero-junio de 2009, pp. 6-13.

“(…) Si se entiende que en todos (los) supuestos, de inexistencia o de inadecuación de las reglas preexistentes, es la ponderación entre principios lo que determina la regla que se construirá para resolver el caso, es preciso, si se quiere preservar el ideal del *rule of law*, que se pueda sostener que la construcción de tal regla puede y debe ser una operación jurídicamente guiada, no discrecional (...).”¹⁵²

La inquietud de LAPORTA es mucho más concreta. En su estudio sobre la racionalidad y crisis de la ley, en el que introduce como elementos obligatorios de examen la aplicación de los principios, sus posibles colisiones y, por consiguiente, la eventualidad de la ponderación, contrasta como la utilización de este método irrumpe con las exigencias básicas del Estado de derecho.

En palabras del profesor de Madrid:

“(…) Dejando a un lado que determinar qué circunstancias del caso cuentan y qué circunstancias del caso no cuentan es legislar, no es tampoco imposible pensar que una secuencia de soluciones que se basen en la pareja principio general-caso particular no va a tener ni estabilidad, ni predecibilidad, ni igualdad formal, tres exigencias fundamentales del Estado de derecho (...).”¹⁵³

Otro jurista español, el profesor de la Universidad de León Juan Antonio GARCÍA AMADO, conocido en el gremio por sus constantes estocadas en menoscabo de la ponderación, encuadra su crítica desde cuestionamientos primarios conexos a la negación de la imbricación teórica entre derecho y moral. Para este autor, los posicionamientos *iusmoralistas* son tendentes a desconocer o desvirtuar las garantías de los derechos fundamentales. La ponderación, con su innegable carga axiológica, propende a

¹⁵² RUIZ MANERO, Juan, “Rule of Law y ponderación...”, op. cit, p. 28.

¹⁵³ LAPORTA, Francisco J, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 22, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1999, p. 327.

una relativización en la protección de dichos derechos, pues al amparo de los juicios de valor sobre las circunstancias del caso concreto se pueden ver limitados o expandidos sus contenidos esenciales sobre la base de razonamientos discrecionales. Esta concepción *iuspositivista* del fenómeno intenta salvaguardar patrones de seguridad y estabilidad en la aplicación del derecho, para lo cual la lógica de la subsunción se presenta como más adecuada. No obstante, al absolutizar la negación de las vinculaciones morales redundante en el desconocimiento de una realidad ontológica de la cual la ponderación es expresión.

Según diserta el precitado *iusfilósofo*:

“(…) La teoría de la ponderación, tal como se expresa en autores como Alexy y tantos otros, está indisolublemente unida a la concepción del derecho que niega la separación entre derecho y moral, porque entiende que la naturaleza esencial o última del derecho es moral, que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general y que siempre pueden y deben las razones para la decisión resultantes de la norma jurídico-positiva cotejarse o ponderarse con las razones morales en general. Caiga quien caiga. Unas veces servirá ese expediente para ampliar algún derecho del ciudadano o para exonerarlo de alguna obligación frente al Estado, pero en otras oportunidades el resultado podrá ser el inverso, el de que al ciudadano se le deje de aplicar alguna garantía legal o constitucionalmente establecida o el de que al ciudadano se le imponga, frente al Estado, alguna obligación no jurídico-positivamente sentada. Un día, del ponderar con razones morales saldrá que bien está que yo no pague el impuesto al que legalmente se me obligaba, ya que en mi caso es una injusticia ese pago y así resulta al pesar mi obligación tributaria contra mi derecho a educar a mis hijos o a darles la mejor atención sanitaria; pero otro día me encontraré con que la suma de los pesos del principio de solidaridad, del principio de Estado social y del principio de justa distribución de la riqueza vence al principio de legalidad en materia impositiva y resulta que debo yo tributar en mayor medida de la que la ley me reclama

o por conceptos que la ley no me reclama. Ejemplos de este estilo hay ya a cientos en la actual jurisprudencia de los países y tribunales más dados a la ponderación y el ordeño de principios en detrimento de eso que se dice fría legalidad o estéril formalismo (...).¹⁵⁴

PRIETO SANCHÍS sigue esta medida de análisis y ataca el objetivismo moral como punto de partida en su vinculación entre ponderación y discrecionalidad:

“(...) Ni los jueces -tampoco la sociedad- comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de Derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave en el caso de la ponderación donde las *circunstancias del caso* que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediabilmente en un juicio de valor (...).¹⁵⁵

El veto de la discrecionalidad enerva la esencia de la ponderación, ya que el sentido de este método de aplicación del derecho comporta la introducción de elementos axiológicos, consustanciales a todo el fenómeno jurídico por demás, en aras de construir una solución especificada que devenga racional en relación con una colisión principal. La propia afirmación de la inexistencia de un criterio de jerarquía en la disposición de los principios presupone la imperatividad de una operación discrecional que, siempre legitimada por la racionalidad y el sentido jurídico común del juez,¹⁵⁶ erija una *prevalencia momentánea* de uno de los principios en pugna para brindar

¹⁵⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, nº 13, Departamento de Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia, UNED, 2016, pp. 11-12.

¹⁵⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit, p. 113.

¹⁵⁶ Vid un análisis profundo e interesante al respecto en BERGALLI, Roberto, “Protagonismo judicial y representatividad política”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 15-16,

una solución consecuente al caso que la exige. Se debe admitir entonces la inexistencia de un parámetro vinculante e inamovible que pueda informar todas las soluciones a las disyuntivas normativas mediante la ponderación. En consonancia con lo ya argumentado, puede incluso concluirse que la ponderación supone una discrecionalidad dual, esto es, en dos planos metodológicamente diferenciados. En un primer momento, ante la contingencia de la colisión principal, la atribución de prioridad (peso) a un principio sobre otro implica determinado grado de inevitable discrecionalidad. En un segundo momento, también se presenta como una actividad signada de discrecionalidad la posibilidad de asumir o desatender en la solución de un conflicto determinado una estructura de preferencia entre principios ya desarrollada en casos anteriores. Estas circunstancias se explican desde la idea, ya descrita, de la *jerarquía axiológica móvil* que genera la ponderación.

Como ha descrito Martin BOROWSKI, diversas personas pueden llegar a diferentes resultados sobre el peso y el grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio contrapuesto, así como sobre la relación de precedencia entre ambos principios. No obstante, tal y como explica este autor a renglón seguido:

“(…) Esto no es, sin embargo, un defecto específico del concepto de ponderación, sino una propiedad que caracteriza a todo procedimiento decisorio de cuestiones normativas. De existir un procedimiento decisorio ínter subjetivo y obligatorio en materia de cuestiones normativas, tendría que preferirse a la ponderación. Pero un mejor procedimiento de estas características no existe y tampoco está a la vista. En estas circunstancias es entonces preferible el procedimiento que sea comparativamente mejor, y éste es precisamente la ponderación (...)”¹⁵⁷

Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1994, pp. 423-443.

¹⁵⁷ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 56-57.

No significa esto que la ponderación sea “(...) meramente un traje vistoso con el que encubrir la desnuda arbitrariedad judicial (...)”,¹⁵⁸ ya que el hecho de que difiera de la lógica de la subsunción, que parte de la determinación de reglas cerradas y estables, no significa que se encuentre permanentemente permeada de irracionalidad. Ciertamente, la ponderación no goza de un acuerdo intersubjetivo, pues en su realización juega un rol fundamental la estimación del intérprete sobre el principio que debe ser exaltado en un conflicto determinado. No obstante, esta situación no es sinónima de una ausencia de control y de límites en el razonamiento ponderativo, los que, precisamente, tiene su legitimación más efectiva en el *sentido común jurídico* y en la estimación racional de las particularidades del caso a resolver, las que ameritan una respuesta idónea desde el derecho que tenga en cuenta un grado específico de *consenso axiológico*. El carácter vinculante de los principios, que es el germen de la necesidad de ponderar, si bien no es garantía una individualidad permanente de respuestas ante una gama de problemas prácticos, si es indicativo de una carga de argumentación suficiente para resolver cualquier conflicto que se inserte en esta tipología de colisión principal, esto es, una respuesta óptimamente motivada sobre la asunción preferencial de un principio sobre otro que resulta derrotado. La argumentación, que es un elemento tipológico de la ponderación, es la expresión de coherencia, factibilidad y oportunidad de toda operación ponderativa. Como recreara con acierto ALEXY, la irracionalidad y el subjetivismo que se imputa a la ponderación “(...) valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que

¹⁵⁸ PRIETO SANCHIS, LUIS, “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., p. 113. También *vid* los comentarios al respecto contenidos en HABA, Enrique Pedro, “A revueltas con la *storytelling* llamada *ponderación*, y también preguntando sobre *límites* del Derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 37, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2014, p. 327.

de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional (...).¹⁵⁹

El profesor BERNAL PULIDO es partidario de estas ideas:

“(...) la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos (...). Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones (...). La gradación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad (...).”¹⁶⁰

Como se puede apreciar, el criterio de racionalidad constituye el límite a la discrecionalidad que supone el juicio de ponderación. Si bien no es posible trazar una línea conceptual de condicionamiento estricto entre la discrecionalidad y la racionalidad, si resulta atinado entender que este último concepto se presenta como la antítesis de la arbitrariedad. En consecuencia, no se puede calificar de arbitraria a una decisión que cumplimenta cánones objetivos de racionalidad. Tal y como ha quedado explicado, los cuestionamientos a la ponderación en tanto actividad discrecional tienen como denominador común un juicio afirmativo respecto a la necesidad de establecer criterios de contención que impidan la arbitrariedad judicial en la aplicación del derecho. Por esta razón, se entiende plausible dedicar algunas reflexiones a la cuestión de la calificación de la ponderación como una actividad racional, pues, como recalcó PORTOCARRERO QUISPE, “(...) la objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación. Esta objeción sirve a su vez de fundamento para las demás críticas que acusan a

¹⁵⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit, p. 157.

¹⁶⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, op. cit, p. 238.

la ponderación de ser un procedimiento subjetivo, una figura retórica que enmascara decisiones arbitrarias e incluso de ser un procedimiento a través del cual se comparan magnitudes inconmensurables (...).¹⁶¹

Prima facie, debe quedar en claro, en remembranza de una idea aristotélica, que no se puede buscar el rigor por igual en todos los razonamientos, pues “(...) es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones a un retórico...”¹⁶². No es acertado entonces determinar la racionalidad de un procedimiento en desatención de la situación específica que dicho procedimiento permite afrontar. Un procedimiento racional es, en definitiva, el que permite al hombre dominar la situación, afrontar sus cambios y corregir los errores eventuales del procedimiento mismo. En derivación, la calificación de la racionalidad de un procedimiento no puede pender de una teorización metafísica de la razón, sino de las investigaciones metodológicas y críticas que, a través del examen de los procedimientos autónomos de que dispone el hombre en los campos particulares de investigación, lleguen a las condiciones generales de proyectabilidad.¹⁶³

Los argumentos más importantes en contra de la racionalidad de la ponderación¹⁶⁴ se refieren a la indeterminación

¹⁶¹ PORTOCARRERO QUISEPÉ, Jorge Alexander, “¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales”, en *Vox Juris*, no. 31(1), Lima, 2016, p. 82.

¹⁶² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1094 b, apartado 3. Este argumento aristotélico fue utilizado por ATIENZA en su debate con GARCÍA AMADO. Al respecto *vid* ATIENZA, Manuel, “Carta sobre la ponderación”, en ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación...*, op. cit., p. 107.

¹⁶³ *Cfr.* ABBAGNANO, Nicolás, *Diccionario de Filosofía*, Editorial Revolucionaria, La Habana, 1972, voz *racionalidad*.

¹⁶⁴ Sigo aquí estrictamente los criterios sostenidos por BERNAL PULIDO. Al respecto *vid* BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio*

conceptual, la incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios, es decir, los objetos normativos que se ponderan, y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.

– *Indeterminación conceptual*: esta primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios. Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura vacía, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

– *La incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios (objetos que se ponderan)*: esta segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos principios que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables. De acuerdo con la crítica, la inconmensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos, que permita

de proporcionalidad..., op. cit, pp. 43-68. Además, BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 30, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2007, pp. 278-280. Otro análisis de valor en ZEZZA, Michele, “La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini”, en *Materiales de Filosofía del Derecho*, n° 2018/03, Seminario permanente Gregorio Peces-Barba, Grupo de Investigación *Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia*, Madrid, Madrid, 2018, pp. 3-50. También se presenta como un enfoque atinado de la cuestión el desarrollado por MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...*, op. cit, pp. 163-183.

determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una *unidad de medida*, así como tampoco una *moneda común que posibilite* fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que en cada caso entran en colisión.

– *Imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación*: según esta tercera objeción, la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Esta crítica mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica.¹⁶⁵

El propio profesor BERNAL PULIDO establece de forma sucinta la relación entre la tríada de objeciones que tuvo a bien sistematizar. Para este *iusfilósofo* colombiano el nexo existente entre los tres criterios impugnatorios puede ser descrito en el sentido de que “(...) la imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su indeterminación conceptual y el factor principal que determinaría esta indeterminación, sería la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto (...).”¹⁶⁶

En sumatoria de lo dicho hasta aquí, cabe afirmar que la racionalidad de la ponderación, en términos generales, se deduce de la consideración que no la representa como una mera manifestación de criterios subjetivos del juzgador, concebidos

¹⁶⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...”, op. cit, pp. 278-280.

¹⁶⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...”, op. cit, p. 280.

casuísticamente sin apego a criterios objetivos¹⁶⁷ perdurables, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el axioma básico que implica que los jueces funden sus decisiones en razones públicamente defendibles. Si bien se ha defendido la tesis de la discrecionalidad inherente a la ponderación, bajo ninguna circunstancia se puede colegir que esta entrañe la negación de la universalidad, al menos potencial, de las decisiones que en ocasión de ella se asuman, pues como se pudo acotar, las reglas resultantes del ejercicio ponderativo pueden ser perfectamente aplicadas en casos futuros que presenten un grado de identidad sustancial con el originariamente resuelto. De hecho, que el juez construya una regla *a posteriori* de solucionar la colisión principal no es otra cosa que una actividad discrecional. Esta perspectiva fue reseñada por BARAK cuando criticó la imagen que representa a la ponderación como una forma de decidir dependiente del lanzamiento de una moneda. Para este autor, el asunto radica en la forma en la cual se debe configurar el enfoque normativo con el objeto de resolver el problema relativo a la ponderación.¹⁶⁸ GUASTINI también ha hecho alusión a esta posibilidad bajo el rubro de *efecto diacrónico de la ponderación* entre los mismos principios en una serie de decisiones, en diferenciación del *efecto sincrónico de la ponderación* entre dos principios determinados en una decisión individual.¹⁶⁹ Es crucial entonces que las decisiones que emanen de la ponderación mantengan entre sí un grado de coherencia apreciable y dependiente de las peculiaridades del controvertido, a la vez que las consecuencias que de ellas se desprendan sean aceptadas socialmente. El efecto de acumulación sistemática de las reglas que resulten de la ponderación puede generar lo que Laura CLÉRICO ha denominado *red de reglas-resultados de la*

¹⁶⁷ *Apud* CARACCILO, Ricardo Alberto, "Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 4, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1987, pp. 145-151.

¹⁶⁸ *Cfr.* BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, p. 384.

¹⁶⁹ *Cfr.* GUASTINI, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación...*, op. cit, pp. 151-152.

ponderación,¹⁷⁰ cuyo sentido se estructura a través de cadenas de relaciones de prioridad condicionadas de un principio con respecto a otro. Esta *red de reglas-resultados* se corporifica en las tendencias jurisprudenciales referidas a casos de colisión. Si bien esta *red de reglas-resultados* no puede gozar de un carácter absoluto e inamovible, pues de lo contrario atentaría contra el sentido mismo de la ponderación, si se presenta como un esquema de utilidad que permite dotar de coherencia y de aceptabilidad social a las decisiones judiciales que recaigan sobre los casos difíciles de la tipología de la que se trae causa. Incluso, en los supuestos donde las circunstancias fácticas y jurídicas exijan que el juzgador se aparte de una de las *reglas-resultados* contenidas en la mentada red, esta puede fungir como un antecedente de valor, como un punto de partida que guie los razonamientos del discurso argumentativo que en tal sentido se genere a fin de redimensionarla.

La mencionada autora argentina, Laura CLÉRICO, se refirió de manera precisa a esta metodología:

“(…) Alguien podría objetar la utilidad práctica de este tipo de red, en tanto su reconstrucción es muy trabajosa y su fuerza de validez *prima facie* es acotada. En este sentido, no habría por qué esperar más de un orden de relaciones de prioridad en términos de reglas-resultados de la ponderación condicionadas, pero justamente ahí radica su atractivo: facilita la información y la argumentación acerca de la historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes. Si se dan condiciones similares y su aplicación es justificable, ofrece una solución para la colisión; cuando su aplicación se descarta, muestra en qué sentido se debe justificar. De este modo, no sólo contribuye a reconstruir la historia de prioridad (o en su caso de preteridad) condicionada de los principios iusfundamentales, sino también a exigir publicidad en la justificación del peso

¹⁷⁰ Cfr. CLÉRICO, Laura, “Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, en *Isonomía*, n° 37, octubre de 2012, p. 130.

concreto de los principios, y en ambos sentidos, limita la discrecionalidad del operador jurídico que realiza una ponderación iusfundamental (...).¹⁷¹

El profesor ATIENZA también se refirió a este pendiente con juicios muy claros. Para este jurista español la correcta ponderación exige que el juez consagre los llamados criterios de racionalidad práctica:

“(...) Lo que lo mueve no es simplemente la solución de un caso, sino la pretensión de que esa solución puede servir de pauta para el futuro, como mecanismo de previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, puesto que pueden presentarse nuevas circunstancias aún no tenidas en cuenta y que lo obligarán a introducir cambios en la taxonomía en las reglas. Lo que pide la racionalidad en estas situaciones (en situaciones en las que es preciso llevar a cabo una deliberación: una deliberación práctica) no es simplemente seguir las reglas preestablecidas, sino reformularlas, precisamente para cumplir con el sentido, con la razón de ser, de esas reglas (...).¹⁷²

La ponderación debe exhibir mecanismos de razonamientos que resulten coherentes y que produzcan consecuencias aceptables. En esta dirección, la racionalidad de la ponderación se expresa en la racionalidad de la argumentación que de ella se deduce, ya que solo se podría calificar de irracional a la ponderación si su instrumentación no se desarrolla en el marco de una argumentación suficiente y coherente, pues son los argumentos “(...) los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones (...).¹⁷³ Aquí cobra pleno sentido el apotegma varias veces descrito en la doctrina, según el cual la argumentación constituye una herramienta esencial que permite realizar controles efectivos a la actividad decisoria de los jueces. De

¹⁷¹ CLÉRICO, Laura, “Sobre casos y ponderación...”, op. cit, p. 130.

¹⁷² ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social...*, op. cit, p. 158.

¹⁷³ ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 37.

hecho, siguiendo otra vez a ATIENZA, los criterios de racionalidad aplicables a la ponderación no pueden ser otros que los que se desprenden de “(...) la noción general que puede encontrarse en los procesos jurídicos argumentativos, y que hace (n) referencia a una serie de criterios de naturaleza formal, material y pragmática (...).”¹⁷⁴

V. *¿Ege of balancing?*¹⁷⁵ Algunas ideas conclusivas en torno a la ponderación y la constitucionalización del derecho

La paulatina constitucionalización del derecho, en la que los tribunales constitucionales han jugado un rol primario, tiene como premisa la concepción de una Constitución invasiva, esto es, en enunciado de COMANDUCCI, equivalente a la configuración de una *saturación constitucional*¹⁷⁶ que se caracteriza por un condicionamiento de la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos sobre la base de sus postulados normativos. Una efectiva constitucionalización del derecho ha de pasar por la aceptación unánime y la instrumentación de las premisas siguientes: existencia de una Constitución *larga*¹⁷⁷ dotada de rigidez, que incorpore en su parte dogmática un plexo amplio de derechos fundamentales; asunción de la Constitución como disposición normativa con amplia fuerza vinculante y no solamente como aparato consignador de

¹⁷⁴ ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social...*, op. cit, p. 157. Un análisis *in extenso* en ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, op. cit, pp. 107 y ss.

¹⁷⁵ La expresión en cursiva es de ALEINIKOFF, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en *Yale Law Journal*, nº 96, 1987, pp. 943 y ss.

¹⁷⁶ COMANDUCCI, Paolo, *et al*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 86. También *vid NINO*, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1997, pp. 13-21.

¹⁷⁷ Para GUASTINI la existencia de una Constitución *larga* es la primera condición necesaria para que un ordenamiento esté sujeto a un proceso de constitucionalización, entendiendo como tal a una Constitución “(...) que no se limite a disciplinar la organización de los poderes públicos, sino que además -como en casi todas las constituciones de la segunda posguerra- contenga disposiciones que confieren derechos, disposiciones de principio, y disposiciones programáticas (...).” GUASTINI, Riccardo, *La sintaxis...*, op. cit, p. 177.

directrices políticas, económicas, sociales y culturales; habilitación de garantías jurisdiccionales sólidas que tiendan a realizar la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico; aplicación directa y preferente de la Constitución a todo tipo de relaciones sociales que ameriten una interpretación jurídica, incluyendo las relaciones exclusivas entre privados; asunción de la Constitución como paradigma interpretativo para el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico; posibilidad de sobreinterpretar la Constitución en aras de sistematizar a su tenor principios implícitos con potencialidades aplicativas; y presencia de la Constitución en las relaciones y los debates políticos.¹⁷⁸

De lo que se trata es de erigir a la Constitución como una real fuente del derecho,¹⁷⁹ aunque permeada de ciertas especialidades. Ciertamente, la Constitución es una disposición normativa especial, pues está singularizada, al menos en el plano más epidérmico, por los requerimientos para su entrada en vigor y para su modificación. Al ser expresión de la voluntad soberana y consagrar en su letra y en su espíritu las conquistas sociales más notables de la comunidad políticamente organizada,

¹⁷⁸ *Apud* GUASTINI, Riccardo, *La sintaxis...*, op. cit., pp. 175-195. También *vid* una explicación sintética al respecto en NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio, "Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)", en *Estudios Constitucionales*, año 10, n° 2, México DF, 2012, pp. 511 - 532.

¹⁷⁹ Esta idea se puede remontar incluso a las disquisiciones de Kelsen, quien entendió la validez de la Constitución, e incluso, lo relativo a la constitucionalidad de las leyes, desde una óptica renegada al encasillamiento en el mero procedimentalismo. En uno de sus trabajos más conocidos, dedicado en exclusiva al desarrollo de estas cuestiones, el *iusfilósofo* austriaco expresó: "(...) Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc., la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces únicamente una regla procedimental sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución (...)." Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional", en Ruiz Manero, Juan, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, pp. 115-116.

generalmente traducidas en el reconocimiento y delimitación del contenido de los derechos fundamentales (y en el establecimiento de las garantías para su efectivo ejercicio y disfrute), la protección de su supremacía e integridad trasciende a los voluntarismos políticos para convertirse en un problema de orden general. Así, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no es más que un procedimiento de ósmosis que trata de vincular toda la vida jurídica con los singulares parámetros que informan la vigencia de la ley de leyes, para de esta forma estructurar armónicamente la observación y la defensa de los axiomas que contiene. Es una intencionalidad constante de blindar el ordenamiento jurídico a través de la constante invocación constitucional. Se retoma para esta recreación teórica y práctica la redimensión de la Constitución (como efectiva fuente del derecho) que tuvo lugar con posterioridad a la segunda guerra mundial. El texto magno, en esta cuerda de argumentación, no es simplemente un programa sociopolítico y económico, o sistema de organización y distribución del poder estatal. Por el contrario, es un tinglado de normas perceptivas con una posibilidad concreta de aplicación directa en todos los espacios jurídicamente tutelados, que a su vez establecen límites infranqueables para la actividad del legislador, quien en su faena productiva no puede soslayar, bajo ninguna circunstancia, los mandatos constitucionales. Las normas constitucionales condicionan la legitimidad, la pertinencia, la idoneidad y la validez de las normas subconstitucionales, pues aquellas se materializan y se sustancializan en estas. Rememorando los trazos epistémicos del *iusnaturalismo* Pozzolo explicó que: “(...) derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, en todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede el paso a la constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales (...)”¹⁸⁰

¹⁸⁰ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-II, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1998, p. 341.

Una de las particularidades intrínsecas a la apología de la constitucionalización del derecho, resaltada en amplias dimensiones por la teoría neoconstitucional, tiene una estrecha vinculación con el tópico de los principios jurídicos. Uno de los correlatos de esta cuestión lo constituye la preponderancia del uso de la ponderación en la solución de los conflictos entre principios con tutela constitucional y en los ejercicios de control de constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones normativas de jerarquía inferior.

Como ha apuntado ZAGREBELSKY:

“(...) una característica no accidental de la Constitución es su naturaleza de principio. Los principios son normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro. Si la Constitución italiana (art. 27.3) prohíbe las penas contrarias al *sentido de humanidad*; si la Constitución estadounidense (Octava Enmienda) prohíbe las penas *inusitadas y crueles*, y no han sido prohibidos, analíticamente, los azotes, la tortura, la picota, etc., es porque estaba en la intención de los constituyentes que esas formulaciones vivieran en el futuro. Los principios contienen *conceptos* (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etc.) que (según la distinción de R. Dworkin) viven a través de sus *concepciones*, cambiantes en el tiempo. Por tanto, se puede decir fundadamente, que la *Constitución viviente*, es decir, la apertura a la evolución de la cultura jurídica es, justamente, lo que encontramos en la intención de los poderes constituyentes, cuando se expresan por medio de normas de principio (...).”¹⁸¹

Consecuentemente, entre las múltiples características que definen al fenómeno de constitucionalización del derecho, pueden ser referidas, atendiendo a los objetivos aquí perseguidos, las dos siguientes:

a) *Principios versus reglas*: esta característica parte de asumir la manifestación dual de las normas, a saber, la existencia

¹⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces constitucionales”..., en CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 98.

de construcciones normativas tipo reglas y de construcciones normativas tipo principios. Asume también dos rasgos básicos de la teoría principial, estos son, su dimensión de peso en detrimento de la dimensión de validez propia de las reglas, y su no aplicación bajo los parámetros de *todo o nada* en sintonía con su naturaleza optimizatoria. Se participa así de una identificación mayoritaria de principios en los textos constitucionales, los que se fraguan como cánones de moralidad, como directrices de interpretación y como elementos en pos de una óptima argumentación por parte de los jueces, y primordialmente de los jueces constitucionales. Para Pozzolo: "(...) respecto al texto constitucional, aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta del mismo, sí que es cierto que en él, en general, y en la mayor parte de las Constituciones contemporáneas, se encuentran presentes en un número particularmente elevado, expresados en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, hasta determinar un cambio cualitativo del documento. Junto a la tesis de los principios se encuentra, normalmente, la expresión de una tesis prescriptiva según la cual los jueces deberían servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica (...)." ¹⁸² En esta misma dirección COMANDUCCI apostilló: "(...) el modelo de sistema jurídico que emerge (...) está caracterizado, además que por una Constitución *invasora*, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley (...)." ¹⁸³

¹⁸² Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo...", op. cit, p. 340. También *vid* Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 20 y ss.

¹⁸³ Comanducci, Paolo, *et al*, *Positivism jurídico...*, op. cit, p. 91.

b) *Ponderación versus subsunción*: es un correlato lógico de la característica anterior, pues la primacía de los principios en los mecanismos de regulación constitucional exige la preponderancia de la ponderación como método idóneo para la interpretación y aplicación de los mismos en supuestos de colisión. La ponderación también supone una sintonía entre la necesidad de introducir vinculaciones axiológicas en la interpretación y aplicación del derecho, especialmente en el momento del balanceo propiamente dicho que sigue a la identificación de los principios aplicables al caso, y las exigencias de poner en movimiento, cada vez con más énfasis, técnicas argumentativas en todas las diligencias jurídicas. Aunque con mucha más cautela que POZZOLO,¹⁸⁴ COMANDUCCI no desdice la importancia de la ponderación en la edificación teórica del neoconstitucionalismo, entendido en este sentido como la lectura doctrinal de la constitucionalización del derecho, ya que solamente reacciona contra la idea dworkiniana de la única respuesta posible, que no es cosa distinta a una afirmación sin fisuras del carácter determinante del derecho que juegan los principios. Apreció en esta cuerda el profesor genovés que: "(...) estas actividades (se refiere a la creación y configuración de principios y a su ponderación) persiguen, me parece, otros objetivos, que pueden ser, dependiendo del punto de vista, igual o mayormente recomendables: como, por ejemplo, la adecuación del derecho a los cambios sociales, tomar decisiones al *por mayor*, ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de poderes para determinar el contenido del derecho, es decir, en general, la *hétéro* y/o *autoatribución* a los jueces de una parte del poder normativo, etcétera (...)." ¹⁸⁵

Se entiende entonces, en los términos expresados *supra*, que la constitucionalización del derecho presupone la adopción

¹⁸⁴ *Apud* POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo...", op. cit, pp. 340-341.

¹⁸⁵ COMANDUCCI, Paolo, *et al*, *Positivismo jurídico...*, op. cit, pp. 111-112.

de una concepción principalista respecto a la teoría de las normas jurídicas. En consonancia, la ponderación se reviste de una marcada relevancia, en tanto forma básica de aplicación de los principios. Asumido lo anterior, obvio resulta que la figura del juez debe abandonar el ropaje mecanicista que el atribuyera en su tiempo MONTESQUIEU como mera *bouche qui prononce les paroles de la loi*¹⁸⁶ La jurisprudencia ha de tender a lo creativo, tomando como materia prima a los principios constitucionales y a las dilatadas posibilidades argumentativas que proporciona el esquema ponderatorio, en detrimento de la simple subsunción. En esta cadencia analítica, corresponde al juez, y en especial al juez constitucional, la continua aclimatación de las normas subconstitucionales a las constitucionales, para lo cual también tiene que utilizar el contenido axiológico de estas, en pos de captar una realización del valor justicia en la dinámica del caso concreto.

¹⁸⁶ Cfr. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 237.