

Una defensa de la ponderación. Replica a algunas críticas

A defense of balancing. Reply to some criticisms

David Jose Blanco Cortina¹

¹Magister en derecho, perfil investigativo, (c) Magister en filosofía, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Colombia.
djblancoc@unal.edu.co

Recibido: 15/feb/2018 Revisado: 30/abr/2018

Aceptado: 30/may/2018 Publicado: 30/jul/2018

Resumen El presente texto pretende servir de introducción a un tema que aún no pasa de moda: la ponderación. Con tal propósito, la presentación de los referentes teóricos será esquemática y se omitirán ciertos matices o giros en las propuestas de algunos autores. La tarea del lector es completar la cartografía conceptual que se expone a continuación y profundizar en la minucia del debate. Con esta intención propedéutica, se da cuenta del contexto teórico dentro del cual tuvo lugar la ponderación y que le permitió arraigarse en el imaginario jurídico como mecanismo idóneo a la hora resolver conflictos entre derechos fundamentales. Este arraigo estuvo ligado, en un primer momento, a la versión propuesta por Alexy. En el curso de la discusión dentro de la teoría del derecho se han formulado modelos de ponderación alternativos que pueden contrarrestar las críticas sobre la supuesta irracionalidad de la ponderación. Aquí se esbozarán dos de esos modelos.

Palabras claves: ponderación; estado constitucional; derechos fundamentales; teoría del derecho.

Abstract This article is an introduction to a current discussion yet. With that intention, I will do schematic exposition about the most important theoretical topics and I will omit some aspects or details about some authors and their approaches. The reader must follow up the conceptual cartography and to go deeper into those aspects whose I cannot to work. This article has a propaedeutic intention. So, I reconstruct the theoretical context of birth of the balancing in order to expose how the balancing became in the major mechanism for resolving conflicts between Fundamentals Rights. In first moment, Robert Alexy's theory of the balancing was the most relevant referent for the theorist and judges. But during the discussion inside theory of law in Ibero-America, some authors have formulated alternative models of balancing for to respond some critics about the irrationality and injustice of the balancing. Here, I will sketch out two of those models.

Keywords: balancing; constitutional state; fundamentals rights; theory of law.

1 Introducción

Ante la insuficiencia de los modelos tradicionales para explicar las formas de adjudicación judicial en el reciente Estado Constitucional (Haberle, 2002), la teoría jurídica ha construido técnicas o procedimientos alternativos de aplicación de los derechos fundamentales en el marco de la constitucionalización del derecho. Uno de ellos es la ponderación que se ha erigido como el mecanismo judicial idóneo para resolver las problemáticas que generan los conflictos entre derechos fundamentales, bajo el entendido de que dichos conflictos no pueden ser tratados al simple amparo del Estado de Derecho, que suponía un respeto irrestricto a la ley y poca atención a las constituciones.

Sin embargo, esta figura ha sido objeto de diferentes críticas y reformulaciones teóricas alternativas por las deficiencias que presenta el modelo dominante, a saber, el mandato general de proporcionalidad formulado por Robert Alexy.

En este sentido, dos de las críticas más destacadas señalan, primero, que hay una ausencia manifiesta de racionalidad en la ponderación en cuanto que no es posible ningún tipo de control sobre sus resultados (García, 2006) y ello genera un aumento de complejidad del sistema jurídico. La segunda crítica “decisiones buenas para algunos” mas no “justas para todos” (Habermas, 2010), desnaturalizando el fin último de los ordenamientos constitucionales.

Frente a tales críticas, la hipótesis de trabajo que se defenderá aquí consiste en mostrar dos puntos. En primer lugar, las críticas pueden entenderse en el marco de la disputa entre el particularismo y el generalismo, que se ha suscitado en el seno de la teoría moral y tiene hondas consecuencias para la teoría del derecho. En segundo lugar, se justificará por qué las propuestas de José Juan Moreso y David Martínez Zorrilla suministran elementos pertinentes para contestar dichas críticas sin abandonar el ejercicio de ponderación. Para desarrollar la hipótesis planteada se toman como referencia las críticas a la ponderación que ha hecho suyas el profesor Oscar Mejía Quintana.

A estos efectos, se reconstruirá el contexto teórico dentro del cual tiene lugar la ponderación, esbozando algunas características del positivismo jurídico normativista y, luego, explicando en qué consiste la ponderación, según la versión hegemónica. Más adelante, se ilustrará la hipótesis de trabajo

reconstruyendo las críticas a la ponderación, tal como son presentadas por Mejía Quintana, y se expondrán las formulaciones alternativas de la ponderación de Moreso y Martínez Zorrilla en aquellos aspectos que responden a las objeciones.

2 Metodología

La metodología usada en la elaboración de este artículo de reflexión es de corte analítico e interpretativo. Se tomaron las principales referencias, aún vigentes, dentro de la teoría del derecho y se reconstruyó el debate con miras a resaltar los problemas no resueltos, antes que ofrecer respuestas definitivas.

3 La ponderación y su contexto teórico

La ponderación cuenta con un núcleo de significado común, según el cual se trata de mecanismo de adjudicación judicial que consiste en efectuar un balance o sopesar entre dos o más derechos fundamentales, para establecer cuál de ellos prevalece en una situación concreta. La discusión surge cuando se pregunta acerca de cómo se realiza esta operación o debería realizarse. Ante tales cuestiones, podrían decirse dos cosas excluyentes: i) que no es necesario preocuparse por ello toda vez que los abogados han ponderado de forma intuitiva desde siempre, por lo que la ponderación no es una operación novedosa que requiera algún tipo de teorización particular; ii) o bien que la ponderación responde a un contexto teórico específico y su utilización debe responder a modelo metodológico e, incluso, prescriptivo.

La primera opción plantea una noción general o abstracta de la ponderación, según la cual se trata de un razonamiento general propio del ámbito jurídico o judicial -ponderación en sentido amplio- (Shauer, 2004), mientras que el segundo camino comprende la ponderación dentro de las teorizaciones del Estado Constitucional contemporáneo. Es decir, no se trata de la ponderación sin adjetivos, sino de los modelos teóricos de ponderación que se han elaborado en el decurso de las discusiones recientes en la teoría del derecho (Blanco, 2016). Las siguientes consideraciones siguen esta segunda ruta, la del contexto teórico, asumiendo como punto de partida el núcleo de significado común de la ponderación.

contexto teórico, asumiendo como punto de partida el núcleo de significado común de la ponderación.

3.1 Positivismo normativista: de Kelsen a Hart

No es posible comprender la ponderación, sin antes revisar a cuáles planteamientos responde. Así pues, la ponderación se inscribe dentro una concepción no-positivista del derecho, que amplía el canon del positivismo normativista en relación con la decisión judicial y la aplicación de los derechos fundamentales. Los referentes necesarios para comprender este contrapunteo entre positivismo y no-positivismo son la dupla Kelsen-Hart dentro del primer grupo y dentro del segundo la dupla Dworkin-Alexy.

En Kelsen se pueden identificar dos líneas de interpretación respecto de la decisión judicial. Como lo señala Dante Cracogna (1998) la construcción kelseniana de la teoría del derecho sustenta su pureza en una metodología aséptica y una neutralidad axiológica, que pretende alejar la ciencia del derecho del iusnaturalismo y del realismo sociológico. El primero porque sostiene una relación necesaria entre derecho válido y moral; y el segundo porque reduce los juicios normativos a juicios sobre la eficacia social del derecho. Según Kelsen, ambos vicios deben ser evitados si se quiere encontrar una aproximación científica al derecho.

Cracogna (2006) da cuenta, aquí, que la norma fundamental, tal como lo reconoció el propio Kelsen, es un concepto central en su teoría, y que, en tal orden, los cambios que se registren a nivel de este concepto implican una variación en el cuerpo total de la teoría.

Con tal propósito, la norma fundamental kelseniana aparece en un primer momento como una categoría epistemológica que posibilita el conocimiento del sistema jurídico (Cracogna, 1998); tiene la virtud de hacer completo y consistente el sistema, aun cuando carece de contenido material. Es decir, se trata de una norma hipotética o supuesta, cuya existencia se justifica a través de una fundamentación trascendental. Dicho de otro modo, es un supuesto teórico, esto significa que no es el resultado de ninguna voluntad y carece de fundamentación imperativa (Mejía, 2006)¹.

El papel del juez, bajo esta luz interpretativa, no es muy visible por cuanto la norma básica ejerce todo el centro de atracción de la teoría como fuente de unidad y la clausura del sistema. A partir del Principio de Prohibición –todo lo que no está prohibido, está permitido–, la norma fundamental reduce los espacios de creación del derecho, los cuales se ven limitados por el diseño escalonado del sistema que delega normativamente las funciones y facultades de creación y aplicación del derecho.

Según Kelsen, la dinámica de los sistemas jurídicos consiste en que una norma encuentra respaldo en otra superior a ella, y está a su turno en otra superior distinta de aquella, y así de forma sucesiva hasta anclarse en la norma fundamental como punto originario (Kelsen, 2002). Entonces, la validez de la decisión judicial, que contiene una norma jurídica particular, tendría que estar respaldada en una norma general y superior de la cual derivaría por deducción. Kelsen enseña que:

El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción (Kelsen, 2009, p. 232).

Dentro de esta estructura escalonada, las decisiones judiciales se ubicarían en la parte baja de la estructura, siendo determinadas por el cúmulo de normas superiores que se encuentran hacia el punto más alto del escalafón (Kelsen, 2002, pp. 246-247). Luego de la segunda guerra mundial y el holocausto del régimen nacionalsocialista, el juez aparece en el pensamiento kelseniano como agente inmerso en un contexto de indeterminación normativa inevitable que abre el espacio para la discrecionalidad judicial. Esto significa que el juez cuenta con el arbitrio suficiente para elegir una interpretación entre las diferentes posibilidades admisibles de un texto dado (Kelsen,

¹ Aquí seguiremos de cerca la reconstrucción hecha por el profesor Mejía Quintana (2006) sobre los giros en el pensamiento kelseniano.

2002). Aquí se abre una segunda línea interpretativa que Kelsen se había tardado en enfatizar: el juez es un creador de normas individuales y ello podría implicar una moderación de la tesis de la completud y consistencia de los sistemas de derecho (Mejía, 2006).

Además, puede apuntarse un segundo matiz que refuerza a su turno el *decisionismo* en clave judicial: la reformulación conceptual de la norma básica. Bajo esta nueva línea interpretativa, el punto de anclaje del sistema jurídico ya no es una norma “supuesta”, sino que responde a un acto de voluntad que proporciona el contenido material de la norma fundamental y conecta el sistema normativo con un dato fáctico, con una realidad sociopolítica específica (Mejía, 2006). De allí que se hable de una propensión latente de la teoría kelseniana hacia un irracionalismo voluntarista que lo acerca al realismo jurídico del que quería tomar distancia²:

La interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales – en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse – tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derechos positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal” (Kelsen, 2009, pp. 351-352).

El juez cuenta con un margen amplio de decisión. No se trata de la aplicación mecánica de la ley, a través del silogismo jurídico que garantiza la objetividad y racionalidad de la decisión. Se trata, por el contrario, de reconocer la perspectiva subjetiva y discrecional del operador jurídico en la decisión judicial, sin ocultar que puede haber sesgos ideológicos o morales que influyen en la decisión³.

3.2 El positivismo metodológico y la discrecionalidad judicial

Las perspectivas positivistas que abrirá Hart, en la segunda mitad del siglo XX, enriquecerán el debate en

medio de las transformaciones paradigmáticas del derecho, luego de los juicios de Nuremberg y la segunda ola anti-formalista⁴ que irrumpirá en la teoría del derecho. Hart propone la descripción del sistema jurídico con categorías distintas a las usadas por las concepciones positivistas tradicionales, que entendían el derecho como coacción u órdenes, respaldadas por amenazas, o como un sistema formalizado a la manera de la axiomática matemática que se ufana de contener las respuestas para cada problema concreto (Mejía, 2006).

En la descripción hartiana del derecho se establece una diferenciación entre *las reglas primarias y reglas secundarias*. Las primeras imponen deberes en sentido negativo o positivo, mientras que las segundas pueden ser *de cambio o adjudicación* y otorgan potestades a particulares o autoridades públicas para crear, extinguir, modificar o aplicar las reglas primarias. Dentro de las reglas secundarias, la *regla de reconocimiento* adquiere un papel central. Pese a que no tiene una formulación expresa o manifiesta, permite la identificación del derecho válido, en virtud de los criterios que se desarrollan en la práctica jurídica. Es decir, la regla de reconocimiento solo podemos encontrarla en el ejercicio del derecho. Dicha regla está conformada por los criterios que permiten establecer la validez jurídica de las normas, a través de una doble dimensión: jurídica y factual, en el entendido que sirve como criterio supremo o regla última para identificar y diferenciar lo que es derecho de lo que no es y deriva de las prácticas de una comunidad jurídica determinada.

La regla de reconocimiento puede ser abordada desde un punto de vista interno o externo. Cuando se asume la primera perspectiva se presupone la aceptación de la regla de reconocimiento y su empleo frecuente para el funcionamiento general del sistema. Desde este punto de vista se construye la validez del sistema, esto es, la misma comunidad que participa del sistema suministra los criterios de su validez (Hart, 1995). Desde el punto de vista externo, la regla se enuncia como un hecho social, cuya existencia viene dada por la constatación de una práctica usual en la

² De acuerdo con García Amado (2014), la decisión judicial en Kelsen “es una actividad valorativa, y desde el relativismo ético kelseniano no hay pauta objetiva ni valor posible en materia de juicios de valor. Por eso son tan marcados los tintes irracionalistas con los que Kelsen pinta la decisión judicial. Todo lo contrario de aquel racionalismo ingenuo y aquella pretensión de pura objetividad judicial que era propia del positivismo del siglo XIX”.

³ Estos matices de la teoría pura del derecho solo serán recepcionados en el contexto local colombiano sin las distorsiones

formalistas de la conciencia jurídica clásica hasta el periodo comprendido entre el 1975 y 2000. Los primeros en Colombia en trasplantar en forma des-formalizada a Kelsen fueron el jurista Luis E. Nieto Arteta y el magistrado Carlos Gaviria Díaz (López, 2004).

⁴ La primera ola anti-formalista estaría conformada por la jurisprudencia de intereses de Heck, el segundo Ihering y la jurisprudencia pragmática o teleológica de finales del siglo XIX y principios de XX (Perelman, 1979; Uprimny y Rodríguez, 2016).

comunidad jurídica objeto de análisis. Se trata de la diferencia entre ‘estar dentro de la comunidad’ y participar de sus prácticas jurídicas y ‘observarla desde afuera, sin intervenir en ella’.

Además de estas marcadas diferencias respecto de la tradición en lo que se refiere a la estructura de un sistema normativo y la fundamentación de la norma básica, Hart toma distancia de los extremos de la teoría de la decisión judicial. El primer extremo está constituido por el formalismo conceptual y el culto a la ley, que dieron lugar a una concepción mecánica del papel del juez. El extremo contrario se encuentra representado por el escepticismo ante las reglas del realismo jurídico que parte de la indeterminación absoluta del sistema y, deriva de allí, la libertad absoluta de los jueces para decidir casos concretos. Las reglas, bajo esta última perspectiva, se convierten en meros “juguetes vistosos”. Hart (1995) asume una posición intermedia entre la dictadura de las formas jurídicas y el activismo judicial, lo que llamó el ‘Escila y Caribdis’ de la teoría jurídica.

Para alejarse de esos dos monstruos griegos, el inglés consideró que toda proposición lingüístico-jurídica está constituida por un núcleo cerrado de significación y por un área de penumbra incierta. Los modos simples o complejos de adjudicación judicial dependen de cuál sea el área en la que se ubique el problema o caso concreto por resolver. En los casos fáciles, que son los más frecuentes, basta con la referencia o reconstrucción del supuesto de hecho consagrado en las reglas para derivar de allí la consecuencia establecida. Estos casos se ubican en el núcleo claro del significado de la norma. En los casos difíciles, la solución no resulta tan sencilla en tanto que apelan a la zona de penumbra de la norma. En estos eventos, los jueces deben ejercer cierto grado de discreción permitido, sin que se desborde la regla de reconocimiento o se desnaturalice el sistema (Hart, 1995). La discrecionalidad judicial es limitada.

Así quedan sentadas las tres tesis básicas del positivismo metodológico: i) la tesis de las fuentes sociales del derecho: el derecho no procede del cielo o de la razón universal, sino de hechos sociales concretos; ii) la discrecionalidad judicial: el juez cuenta con un margen limitado de decisión frente a aquellos casos que se inscriben en el área de penumbra normativo; y iii) la separación conceptual entre derecho y moral: para conocer cuál es el derecho válido, no se requiere recurrir a criterios a morales. Estas tesis se mantendrán con algunos matices en la batalla que librará el positivismo frente al denominado

neoconstitucionalismo y las corrientes antiformalistas contemporáneas (Escudero, 2004).

3.3 Las corrientes antiformalistas contemporáneas y la ponderación

La justicia constitucional y el discurso de los derechos fundamentales son las piezas vitales del desarrollo del Estado Constitucional contemporáneo, durante la segunda mitad del siglo anterior. Esta nueva concepción combinó dos de las tradiciones constitucionales más arraigadas en occidente: a) el judicial review norteamericano como garantía jurisdiccional de la constitución y b) el fuerte contenido normativo de los derechos fundamentales procedentes de la tradición continental europea (Prieto, 2003). En este marco, fue necesario repensar los modos de justificación y explicación de la decisión judicial, de tal forma que pudiese hablarse de corrección de la decisión, sin caer presa de la ilusión de objetividad total.

Por esta vía, surgieron dos frentes críticos en relación con el positivismo decimonónico y el normativista del siglo XX. Por un lado, las teorías de la argumentación jurídica que se inscriben en la corriente del pensamiento tópico a la que dio inicio Theodor Viehweg y continuada por Chaim Perelman y Stephen Toulmin, deudora de la filosofía analítica en su versión pragmática, o filosofía del lenguaje ordinario; y, de otra parte, el discurso principialístico de Ronald Dworkin, quien construye su teoría interpelando de forma directa al positivismo hartiano, a partir de la teoría de la justicia de John Rawls.

Desde las perspectivas abiertas por estas olas antiformalistas se replantea el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho y los contornos teóricos en cuanto a la fundamentación racional –o razonable– de la decisión judicial. La concepción tópica, reconstruida desde el pensamiento aristotélico y ciceroniano (Viehweg, 1964), contrapone un pensamiento por problemas al pensamiento sistemático que caracteriza la axiomática, y su avanzada en el derecho. El pensamiento aporético o problemático permite entender mejor los desacuerdos en derecho, que asumen la forma de una aporía sin salida inmediata aparente. Las soluciones para estas aporías no pueden ser determinadas ni cerradas apriorísticamente (Viehweg, 1964). Por el contrario, se encuentran en permanente construcción a partir de lugares comunes admitidos por la comunidad jurídica existente, que proveen premisas, generales o

especiales, para la orientación de la discusión y de la decisión.

La búsqueda de premisas, la construcción libre de la premisa mayor y la reformulación de principios orientadores relocaliza la función judicial lejos del pensamiento sistemático, el cual parte del sistema para encontrar la norma general dentro de la cual encaje el problema y lo resuelva (Viehweg, 1991). En caso de que se presente algún inconveniente para encontrar esa norma, se descarta el problema por considerarlo un seudoproblema al no contar con respuesta posible a la luz del sistema (*ars iudicandi*). Por contraposición, según el pensamiento problemático, la decisión judicial se desenvuelve en una continua espiral de invención que se replantea caso a caso (*ars inveniendi*) (Viehweg, 1964).

Aquí encontramos el caldo de cultivo para el proyecto teórico de Perelman (2004), quien retoma la tópica aristotélica para proponer una lógica de los valores prácticos que permita un tratamiento razonable de los juicios éticos y morales, que no son susceptibles de verificación mediante el contraste con la realidad. Entre ellos se cuentan los argumentos jurídicos. Esta lógica de los valores es la nueva retórica, la cual plantea que todas las formas argumentativas responden a la intención de persuadir o convencer a un auditorio o a la audiencia hacia la que están dirigidas. El objetivo final es mover a la acción o afectar al público a través de las proposiciones de valor expuestas (Perelman, 2004). A partir de aquí, MacCormick, Aarnio, Alexy, entre otros, expondrán sus teorías de la argumentación jurídica desde perspectivas distintas pero intercomunicadas con los estudios retóricos (Atienza, 2004; Feteris, 2007).

Las teorías de la argumentación muestran el vacío principal de las propuestas positivistas, las cuales no suministran ningún parámetro de la justificación racional de las decisiones y se limitan a explicar la discrecionalidad judicial de los jueces en los casos difíciles, lo cual resulta insuficiente frente al deber de motivar las decisiones judiciales. Además, la racionalidad argumentativa en tanto que lógica de los juicios de valor, se inscribe en el ámbito de la racionalidad práctica, y concibe la moral y el derecho como modos distintos de ejercitar esta razón. Ello abre las puertas para la vinculación entre estas dos esferas de la acción más allá de lo que está dispuesto admitir el positivismo.

Dworkin (1999), en el otro frente de la corriente anti-formalista, ataca la idea de un sistema normativo

compuesto sólo por reglas, y plantea que al lado de las reglas se encuentran los principios constitucionales. Los principios se diferencian de las reglas en la forma de aplicación. Las últimas se aplican *todo o nada* en los términos de la adjudicación subsuntiva, mientras que los principios tienen una dimensión de peso que requiere otro modo de instrumentación. Para este caso, Dworkin plantea el sopesamiento de principios que llevará al *juez Hércules*, el modelo ideal de juez que propone el norteamericano, hacia la única respuesta correcta en los casos difíciles. El *juez Herbert*, el modelo de juez hartiano, no podría alcanzar una única respuesta correcta con el solo ejercicio de su discrecionalidad.

Para resolver los casos difíciles, el *juez Hércules* debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que supongan una justificación coherente tanto a nivel interno con el derecho positivo visto como un todo, y a nivel externo con la moralidad política e institucional y la teoría política que mejor resuelva el caso difícil (Arango, 2004). Así, *Hércules* involucra en la solución del caso precedentes, disposiciones constitucionales y legales, juicios sobre problemas de adecuación institucional, juicios éticos y de filosofía política. Todo ello dentro del ordenamiento constitucional. Esta perspectiva constructivista pretende evitar los males que conlleva la presunta arbitrariedad que supone la tesis positivista de la discrecionalidad judicial.

3.4 La ponderación según Alexy

En el entrecruzamiento de estas dos corrientes anti-formalistas, Alexy elabora su teoría de la ponderación. Es deudora, por un lado, de los logros de las teorías de la argumentación jurídica, tanto así que él mismo intentará superar sus deficiencias formulando una teoría de la fundamentación de las decisiones, a partir de la premisa de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general. La institucionalización de la argumentación jurídica requiere de la ponderación como instrumento de aplicación del derecho para confrontación de argumentos de principio (Alexy, 1995).

De otro lado, Alexy (2002) asume la distinción entre reglas y principios y plantea que estos últimos son mandatos de optimización, esto es, normas que ordena que algo sea realizado en la mayor medida, según sus posibilidades fácticas o jurídicas. Esta es la base de su teoría sobre la estructura de los derechos

fundamentales, la cual le sirve para construir toda una aritmética de ponderación que opondrá y complementará los modelos clásicos de subsunción (Alexy, 2006). Según Alexy, los derechos fundamentales son principios, es decir, *mandatos de optimización* que pueden ser cumplidos en diferentes grados dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas que vienen dadas por otros principios y reglas. Las reglas, por su parte, sólo pueden ser cumplidas o no cumplidas, sin que quepa una opción diferente. Al modo kelseniano, si el supuesto de hecho se configura solo cabe aplicar las sanciones correspondientes.

Las contradicciones entre reglas se resuelven dejando sin efecto general una de las reglas en conflicto, mientras que las colisiones entre principios se superan sin que ninguno de los principios pierda validez. Basta con que uno ceda frente al otro en el caso concreto por resolver. Este ejercicio permite construir una *relación de precedencia condicionada* por los aspectos particulares del caso (Alexy, 2002). Esta relación se convertirá en una norma de derecho fundamental adscrito con un supuesto de hecho y unas consecuencias jurídicas definidas para casos posteriores con las mismas propiedades (Bernal, 2006). Esto es, si se presenta una colisión de principios con circunstancias fácticas similares deberá aplicarse la regla de precedencia condicionada que ya ha sido establecida en el caso previo.

La propuesta de Alexy incluye la *ley general de la ponderación*, según la cual, “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro” (2006). El nivel o grado de satisfacción o afectación se establecen de acuerdo con la fórmula del peso, mediante la cual se multiplican y dividen los pesos abstractos y concreto de los principios en colisión, según los valores suministrados por la escala triádica –intenso, medio o leve– de intervención. Esta fórmula da cuenta de la racionalidad estructural de la ponderación y posibilita su control racional. Con estos elementos, el profesor alemán intenta contrarrestar las críticas que señalan la supuesta irracionalidad de la ponderación⁵.

La práctica de la ponderación, sobre la base de la concepción de Alexy, por parte de los tribunales

constitucionales será objeto de un sin números de críticas desde distintos sectores, partiendo de las facciones positivistas que descreen de las bondades de la ponderación y señalan las ventajas de la subsunción en la interpretación constitucional, hasta la crítica habermasiana que asume el modelo de democracia deliberativa, a partir de la noción deontológica de los derechos fundamentales, que se constituye en el “deber ser” de la adjudicación constitucional.

4 Algunas críticas a la ponderación

Las objeciones a la ponderación reconstruidas por el profesor Mejía Quintana (MQ) se inscriben dentro de una discusión más general: las confrontaciones entre las posiciones optimistas en relación con los fallos de la Corte Constitucional con consecuencias para la economía, y los enfoques críticos de los sectores de la sociedad que consideraban contraproducentes las injerencias arbitrarias de la jurisprudencia en el ámbito económico. El profesor OM señaló, sin adscribirse a ninguna de estas posturas, que cada posición responde a un modelo normativo sobre el rol de los jueces constitucionales en las sociedades contemporáneas. La posición de los economistas y críticos de los fallos de la Corte viene definida por una “intuición neoliberal” y su contraparte responde a los dictados de una “intuición socialdemócrata” (Mejía y Guzmán, 2002).

En medio de estos dos proyectos, MQ plantea un tercer modelo regulativo, construido a partir de la teoría de los sistemas y el paradigma discursivo-procedimental. A grandes rasgos, el modelo se guía por la función sistémica de reducción de complejidad dentro del sistema jurídico. Este sistema reconduce todas las comunicaciones a través del código binario validez/invalidez (Luhmann, 2002). La complejidad se puede reducir con una jerarquía de principios que informe todo el sistema y funcione como marco de obligada referencia para la toma de las decisiones dentro del sistema. Por esta vía puede definirse el núcleo de la regla de reconocimiento que configure nítidamente la validez autorreferencial (Teubner, 2005)⁶. Este esquema asegura la eficacia del sistema

⁵ Para una presentación de las críticas al principio de proporcionalidad ver Bernal (2007).

⁶ El derecho como sistema se ve impelido por sí mismo a recurrir a *epistemes* fuera de su propio orden. Para regular estas comunicaciones Teubner (2005) propone una procedimentalización del conocimiento jurídico que aplique un test de relevancia y de

coherencia social para determinar qué comunicaciones son admisibles para el sistema, ajustado así la tesis luhmanniana de la diferenciación extrema de los subsistemas en la modernidad, que conlleva a un aislamiento de los mismos impidiendo la comunicación.

jurídico al reducir la complejidad de su entorno, que termina siendo parte del sistema mismo.

Este proceso, según MQ, debe ir aparejado de la adopción de un modelo de decisión que descarte la figura de la ponderación toda vez que la ponderación, en los términos de Alexy, no contribuye a reducir la complejidad del sistema. Todo lo contrario, lo aumenta dado que los resultados de la ponderación son *ad hoc* y dependen de un pretendido *balancing* racional de principios. Esta operación no cuenta con ningún mecanismo de control de la decisión, lo cual dificulta las relaciones entre los subsistemas sociales al generar decisiones buenas para algunos, mas no justas para todos.

El paradigma de la democracia deliberativa vendría a ser el correctivo de estos problemas al introducir una concepción deontológica de los derechos fundamentales, por oposición a las concepciones teleológicas de los derechos que conllevan al aumento de complejidad del sistema. La concepción de democracia deliberativa es una amalgama entre dos intuiciones de la democracia: la liberal y la republicana. De la última, adopta la noción de una ciudadanía activa en la toma decisiones políticas. De la primera, asume el concepto de procedimientos legales y democráticos imparciales. Esta combinación resulta en una procedimentalización de la interpretación constitucional, que privilegia el papel de la comunidad comunicativa que interviene en la decisión a través del ejercicio de los derechos de participación, los cuales constituyen una “fuente plural y permanente de legitimación” (Mejía y Guzmán, 2002). El consenso que se obtiene a partir de esta concepción provee la unidad del ordenamiento jurídico y reduce complejidad.

5 Relocalización de la crítica

Para efectos de este artículo solo me quedaré con las críticas a la ponderación, sin reparar en la propuesta de la democracia deliberativa –la cual tendría sus propios problemas-. Aquellas críticas pueden traducirse del siguiente modo: el aumento de complejidad del sistema, al no erigir principios sistémicos jerarquizados, y la acusación de que la ponderación propicia decisiones buenas para *algunos* y no justas para *todos*, coincide con la discusión en teoría moral entre el particularismo y el universalismo moral (Martínez, 2007) o la disputa entre la racionalidad narrativa y subsuntiva (Bouvier, 2004).

La segunda crítica –las decisiones buenas para *algunos*- impugna el particularismo moral al que se verían abocados los resultados de la ponderación. Este particularismo solo admite soluciones que no vayan más allá de la situación concreta. Esto es, el problema de la decisión se reduce al contexto real y específico que se pretende resolver y de allí no se pueden derivar normas de conducta para individuos en otra situación. El universalismo se decanta por la posición contraria. Esto significa que, a la hora de evaluar las razones para actuar en un caso concreto, el argumento con mayor peso no solo es funcional para dicho caso, sino que adquirirá la misma relevancia o importancia en una situación semejante a la que ya se decidió. Por este camino se formulan reglas ‘universalizables’ con vocación de ser aplicadas a otros sujetos que se encuentren en situaciones similares. Este debate por la racionalidad de la ponderación gira en torno de las herramientas de control del razonamiento práctico.

En esta discusión participan las siguientes posiciones: (i) la postura que sostiene que para asegurar la justificación, objetividad y *estabilidad* del sistema, la ponderación debe ser reconducida al razonamiento subsuntivo, y (ii) la actitud teórica que apela a la racionalidad narrativa, es decir, la contextualización de los argumentos en el marco de la historia de las formas de vida, para justificar un razonamiento práctico en términos de coherencia narrativa, y no de consistencia lógica, siempre atado al caso concreto (Bouvier, 2004).

Esta segunda vía, que abraza el particularismo, no será explorada en lo sigue. Por el contrario, nos concentraremos en dos modelos de ponderación que optan por la primera opción: hacer de la ponderación un paso previo de la subsunción y, por tanto, un prolegómeno del universalismo.

La solución al problema de la irracionalidad y el particularismo de la ponderación pasa por la formulación de patrones conceptuales o lógicos-argumentativos en el marco de una jerarquía de principios, que nos permita afirmar que un caso problemático debe resolverse del mismo modo, siempre que pueda subsumirse bajo el mismo principio superior (Moreso, 2010). Así, en palabras de OM, podría reducirse la complejidad del sistema. Los modelos alternativos que se presentarán a continuación, sin adherir a ninguno de ellos, evidencian que se pueden contestar las objeciones descritas, sin necesidad de renunciar a la ponderación como modelo idóneo de adjudicación constitucional.

6 La ponderación como paso previo a la subsunción

El profesor español J. Moreso (1997) sostiene una postura interpretativa que él denomina la concepción de La vigilia. Tal concepción se resume en cuatro tesis básicas: (i) tesis metafísica según la cual no existe un mundo jurídico más allá de los constructos humanos; (ii) tesis semántica que entiende los enunciados jurídico-constitucionales como significativos en relación con el sistema jurídico originario (constitución); (iii) tesis lógica que admite la posibilidad de que algunas proposiciones constitucionales puedan ser calificadas como falsas o verdaderas; y, finalmente, (iv) la tesis jurídica que señala que hay únicas respuestas correctas en algunos casos, los fáciles, y creación del derecho a partir de las elaboraciones jurisprudenciales de los tribunales, en los casos difíciles

Esta última tesis funciona como presupuesto de su posición con respecto a la ponderación. Para Moreso los principios pueden ser entendidos como deberes o derechos incondicionales, pero derrotables por un deber o derecho del mismo talante. Por tanto, los principios operan como *razones primas facie*, o a un nivel primario en la toma de decisiones, que pueden ser derrotados o exceptuados por un principio de igual relevancia. Moreso no cree que haya algo como una diferencia cualitativa o sustancial entre principios y reglas, tal como lo señala Alexy. A juicio del español, la distinción entre reglas y principios es cuantitativa y depende del grado de apertura de sus condiciones de aplicación (Moreso, 2002). Las condiciones de aplicación es lo que se conoce en las teorías de las normas como supuesto de hecho. Los principios cuentan con condiciones de aplicación más abiertas y, en muchos casos, implícitas, mientras que las reglas tendrían condiciones de aplicación más cerradas.

La propuesta de Moreso se encamina a convertir la ponderación en una operación de subsunción, entendida como la operación lógica consistente en tratar un caso individual como una instancia particular de un caso paradigmático o general. Por esta vía, se puede rebatir el presunto particularismo de la ponderación, desafío para el cual la teoría de Alexy no suministraría una respuesta contundente. Este particularismo se traduce en la crítica de OM en que la ponderación solo ofrece respuestas buenas para algunos y en el aumento de complejidad del sistema.

En este sentido, Moreso propone una reformulación ideal de los principios explicitando en su

totalidad las condiciones de aplicación de cada uno y las propiedades potencialmente relevantes que puedan entrar en conflicto. Ello conlleva a una reconstrucción de los principios en jerarquías condicionadas, consistentes y universalizables, que permita la subsunción de casos particulares. Esta articulación de los principios en un sistema normativo (*master system*) estaría en la capacidad de ofrecer respuestas unívocas y consistentes para todos los casos posibles, dado que mediante la subsunción se correlacionaría un problema con una solución. De lo que se trata, en últimas, es de identificar en qué condiciones o circunstancias un principio debe prevalecer sobre otro, y señalar con claridad cuáles son esas circunstancias, para luego efectuar la subsunción correspondiente, esto es, determinar si el caso cabe dentro de las condiciones identificadas. Ello solo es posible si la ponderación se realiza en abstracto, sin esperar los problemas de un caso concreto.

Pero esto no resolvería, por completo, el problema. En coherencia con la tesis jurídica de la vigilia, es factible encontrar ciertos universos de casos relevantes que, en abstracto, puedan entrar en conflicto, debido a algunas irreductibles indeterminaciones derivadas de la vaguedad connatural a las expresiones lingüísticas usadas en la formulación de los principios (Moreso, 1997). Así, se generan colisiones entre las soluciones posibles de diversas jerarquías admisibles. En estos casos, las contradicciones entre los valores que soportan los principios son inconmensurables, haciendo necesaria la ponderación entre ellos con la consecuente indeterminación de la respuesta. Ello quiere decir que la indeterminación de las respuestas por parte del sistema jurídico es un aspecto con el que sistema debe aprender a convivir. Dicho de otro modo, la indeterminación del sistema normativo es inevitable. En algún momento, la ponderación quedaría sujeta a la discrecionalidad del operador judicial.

Moreso (2003) concluye que la ponderación precede a la subsunción. La tarea de aquella es la articulación de los principios a través de la explicitación de sus condiciones de aplicación y la determinación de sus propiedades relevantes, a la luz de una visión deontológica de los derechos, mientras que la función de la subsunción es la aplicación de principios como pautas generales para resolver casos individuales. De esta manera, se podría reducir la complejidad en las decisiones judiciales y encontrar

cauces de unificación del sistema, sin la pretensión de erradicar del todo la indeterminación normativa.

7 El modelo coherentista de ponderación

Por su parte, el profesor Martínez Zorrilla (Martínez, 2007) continúa en la línea de pensamiento ya insinuada por Moreso. En este sentido, enfrenta el particularismo que propugna la imposibilidad de crear reglas universalizables y defiende la posibilidad conceptual de construir sistemas completos y consistentes que suministren respuestas específicas para la mayoría de los casos, al menos como idea regulativa y deseable.

Para responder a las cuestiones prescriptivas de la ponderación – ¿cómo debe llevarse a cabo la ponderación? –, Martínez Zorrilla recurre a la teoría coherentista de Susan Hurley sobre el razonamiento práctico general (Martínez, 2009). Este planteamiento concibe la decisión judicial, y en particular la ponderación, como un proceso *deliberativo*, a partir del cual se pueden presentar de manera coherente las relaciones entre las razones que intervienen en la decisión, las cuales pueden entrar en conflicto, pero guardan la consistencia necesaria que permite evaluar la corrección de la decisión.

Este proceso deliberativo comportaría las siguientes etapas. Una primera etapa en la que se precisan los contornos del problema específico que se va resolver, concretando las razones relevantes y las alternativas planteadas *prima facie*. Una segunda fase en la que se analiza con mayor detenimiento las razones en juego para determinar sus fundamentos, fines u objetivos en aras de asignarles un grado de importancia. En esta etapa no nos hallamos ante normas u hechos o algún tipo de entidad ‘objetiva’, sino con ‘razones subyacentes’ a las normas, es decir, consideraciones, propósitos, finalidades, principios morales, todo aquello que sirve de fundamento a las normas del sistema.

En la tercera etapa intervienen los *casos paradigmáticos* que son situaciones reales o hipotéticas en las que se hayan aplicado algunas de las razones en conflicto, cuya solución haya generado algún tipo de consenso. Luego, en la cuarta etapa, se elaboran las hipótesis teóricas que mejor resuelvan el caso, a partir de la correlación entre las razones consideradas y los casos-paradigmas revisados para dar con la solución más satisfactoria al problema planteado.

El quinto eslabón permite verificar las consecuencias de las alternativas propuestas, para saber cuál de ellas adquiere la relevancia máxima para resolver de la mejor manera el problema. La solución se establece como parámetro de evaluación y decisión de casos posteriores, es decir, se convierte en un evento paradigmático y se universaliza a efectos de que sirva para resolver casos futuros (Martínez, 2007, p. 257). Así, de nuevo, la crítica sobre el aumento de complejidad del sistema y el particularismo inconveniente de la ponderación pueden ser conjuradas.

8 Recapitulación

La ponderación, a pesar de las críticas que se le han hecho, mantiene su actualidad e idoneidad para la aplicación judicial de derechos fundamentales dentro del Estado Constitucional. Los planteamientos críticos que se han referido aquí no son invencibles. En este artículo he intentado introducir al lector en un debate que no pasa de moda y a partir del cual se han abierto otras discusiones. En un primer momento, se recreó el contexto teórico que dio lugar a la teoría de la ponderación de Robert Alexy, en aras de establecer que dicha teoría surge en el cruce de dos corrientes anti-formalistas: las teorías de la argumentación y la teoría principialística de Dworkin, que se ofrecen como respuesta al positivismo normativista de la primera mitad del siglo XX, entre cuyos representantes más eximios se cuentan a Kelsen y Hart, cuyas principales tesis intenté reconstruir, aunque de modo bastante esquemático.

Luego, se esbozaron los elementos básicos que componen la teoría de la ponderación de Alexy: i) la ley de la ponderación, ii) la fórmula del peso y iii) la ley de la colisión. En una presentación breve que oculta algunos detalles para ayudar a una mejor comprensión, se dijo que la ponderación consistía en un ejercicio de compensación, esto es, en compensar la afectación de un derecho con la satisfacción de otro. En otras palabras, la alta satisfacción de un derecho justifica la intervención, limitación o afectación de otro derecho que se le opone en un caso concreto.

En un tercer momento del artículo, se reconstruyó un par de críticas que algunos teóricos han efectuado a la ponderación: i) el aumento de complejidad del sistema jurídico por la ausencia de control racional de la ponderación, y ii) las decisiones buenas para algunos, pero no justas para todos, que produciría la ponderación según Robert Alexy. Estas críticas están

relacionadas con el debate en filosofía moral entre el particularismo y el universalismo de las respuestas ante situaciones en las que entran conflicto principios morales.

Para intentar responder esas objeciones, se caracterizó de manera somera dos modelos de ponderación alternativos: el de José Juan Moreso, que podríamos llamar el modelo de ponderación como paso previo a la subsunción, y el de David Martínez Zorrilla, que pudiéramos llamar el modelo coherentista de ponderación. Estos dos modelos me permitieron contestar las críticas acerca del particularismo de la ponderación y la falta de control racional. El primero pretende, a través de la ponderación, en abstracto, explicitar la mayoría de las condiciones de aplicación de los principios para construir un sistema normativo que pueda ser aplicado, por subsunción, en casos concretos. El segundo se basa en la reconstrucción de razones subyacentes que hablan en favor de una decisión u otra, a partir de casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, para determinar cuál es la relación más coherente y consistente que se puede presentar entre esas razones subyacentes, de cara a tomar una decisión que permita resolver el caso concreto. Los dos modelos reconocen sus límites en el sentido de que, con base en ellos, no se puede llegar al punto ideal de eliminar la indeterminación normativa de los sistemas jurídicos y la discrecionalidad de la ponderación.

En todo caso, esos modelos alternativos de ponderación están en mora de demostrar su utilidad práctica para la resolución de conflictos reales entre derechos fundamentales. No obstante, la perspectiva abierta por dichos modelos ha enriquecido la discusión al interior de la teoría del derecho sobre el puesto de la ponderación en el razonamiento jurídico y la decisión judicial. Espero que este artículo sirva como estímulo a los lectores no iniciados para profundizar en los distintos debates y autores que se desprenden de las discusiones que he intentado esbozar aquí.

Referencias

- Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 35-61.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 81-172.
- Alexy, R. (2006). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. *Revista Pensamiento* jurídico n°16. Bogotá: Universidad Nacional, pp.93-111.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bernal P., C. (2005). *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 93-111.
- Bernal P., C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, pp. 157-248.
- Blanco, D. (2016). *El viaje de las razones. Hacia una concepción pragmática de ponderación*. Bogotá: Ibáñez.
- Bouvier, H. (2004). *Particularismo y generalismo. Un análisis de las tensiones entre racionalidad narrativa y subsuntiva en el ámbito teórico y jurídico*. *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 21-38.
- Cracogna, D. (1998). *La norma fundamental. Entre la autocontradicción y la futilidad*. *Revista Doxa* n°21 (Universidad de Alicante), pp. 105-109.
- Dworkin, Ronald. *El modelo de las normas (I)*. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1999, pp. 61-101.
- Escudero A., R. (2004). *Los calificativos del positivismo jurídico*. Madrid: Thomposon-civitas.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García A., J. (2006). *El juicio de ponderación y sus partes*. Sanín, R. *Justicia Constitucional*, Bogotá: Legis, pp. 119-165.
- García A., J. (2014). *Defensa de Kelsen frente a ignorantes y cretinos*. Recuperado en <http://www.garciamado.es/2014/03/defensa-de-kelsen-frente-a-ignorantes-y-cretinos/>
- Haberle, P. (2002). *Constitución como cultura*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 44-61.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, pp. 276-281.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa, 2009.
- Martínez Z., D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez Z., D. (2009). *Alternativas a la ponderación: el modelo de Susan Hurley*. *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 86, pp. 119-144.
- Mejía Q., O. y Guzmán, N. (2002). *La corte constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica*. *Revista Pensamiento Jurídico* N° 15. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 37-50.
- Mejía Q., O. (2006). *La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación*. Numas, G. (Comp). *Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional)*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, pp. 195-268.

- Moreso, J. J. (1997). Indeterminación del derecho e interpretación constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (2002). Guastini sobre la ponderación. *Revista Isonomía* N° 17, pp. 227-249.
- Moreso, J.J. (2003). Conflictos entre principios constitucionales. M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 99-122.
- Moreso, J.J. (2010). Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. *Revista Arbor* N° 745, pp. 821-832.
- López M., D. (2004). Teoría impura del derecho. Bogotá: Legis, pp. 155-156.
- Luhmann, N. (2002). El derecho de la sociedad. México: Ed. Universidad Iberoamericana, pp. 154-175.
- Perelman, C. (1979). Lógica jurídica y nueva retórica. Madrid: Editorial Civitas.
- Perelman, C. (2004). El imperio retorico. Bogotá: Norma.
- Prieto S., L (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 123-158.
- Shauer, F. (2013). Pensar como abogado. Madrid: Marcial Pons.
- Teubner, G. (2005). Derecho como sistema autopoietico. El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 17-69.
- Uprimny, R. y Rodríguez, A. (2016). Interpretación judicial. Bogotá: Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Viehweg, T. (1964). Tópica y jurisprudencia. Madrid: Taurus.
- Viehweg, T. (1991). Tópica y filosofía del derecho. Madrid: Gedisa.