

LA PONDERACIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL: UNA (LIGERA) MIRADA¹

Juan M. MOCOROA²

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamiento y desarrollo*. III. *Cierre*. IV. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

En este breve trabajo analizo la relevancia de una estrategia interpretativa muy difundida para la resolución de los conflictos de derechos, la llamada “ponderación” o “balancing”. Se trata de una estructura argumentativa usualmente invocada tanto por los dogmáticos que se ocupan de estudiar los “derechos fundamentales” y sus conflictos, como por diversos tribunales constitucionales. Es más, podría decirse que el centro del debate actual sobre la argumentación constitucional se refiere al menos a dos temas vinculados a ella: *i)* cómo establecer restricciones a la actuación del juez constitucional en caso de que recurra a esta estrategia argumentativa, y *ii)* cómo garantizar que las decisiones a las que arribe, producto de la ponderación, sean en verdad racionales y no se basen exclusivamente en la subjetividad y voluntad del juzgador.

Más allá de ello, no se trata de una estrategia carente de objeciones; en efecto, suele ser el caso que sea objeto de duras y, quizá, merecidas críticas. Así pues, pese a su declamado objetivo, a esta estructura argumentativa, por un lado, se le imputa cierta irracionalidad, y por otro, se le enrostró que no puede justificar los resultados a los que arriba. Al margen de esto, sólo me interesa aquí hacer mención sobre cuáles han sido algunos de los problemas que se denunciaron a su respecto, en especial la denuncia sobre su supuesta “irracionalidad”.

¹ Agradezco los comentarios que me hicieron llegar a una versión previa de este trabajo, Carlos Bernal Pulido, Pedro Caminos, Martín Juárez Ferrer y Guadalupe Valcarce Ojeda.

² Abogado (UNC, Argentina); mester en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova, Italia); doctorando en derecho y ciencias sociales (UNC); docente de Derecho constitucional (UNC); miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

En este trabajo defenderé que existe una forma de eludir esta objeción: la ponderación debe entenderse como una simple “estructura formal” de análisis de decisiones judiciales dictadas en casos de conflictos de derechos. Ahora bien, que el mecanismo pueda ser entendido de esta forma, de ningún modo implica que en este ámbito no existan posibilidades para la discrecionalidad y los juicios subjetivos del juez. En este sentido, que la ponderación pueda salir airosa de la objeción —es decir, la presunta irracionalidad— no dice nada sobre la corrección de la crítica que le imputa la presencia de discrecionalidad; es más, para mí, éste es el caso. La proporcionalidad o ponderación no es per se irracional, aunque admite una fuerte presencia de juicios subjetivos y discrecionales de parte del juez. Ahora bien, si esto fuera cierto, la interrogante que surge a primera vista es por las razones que justifican la actuación de un juez en estos casos, y cuál es su legitimidad y vinculación respecto de los poderes más democráticos del gobierno. Pero, por supuesto, esto es absolutamente independiente del problema que se plantea, por lo que aquí no me ocuparé de él, sino que sólo lo mencionaré.

II. PLANTEAMIENTO Y DESARROLLO

La “ponderación” es una metodología adecuada para evaluar la corrección de los argumentos y decisiones que toman los jueces constitucionales en el marco del control de constitucionalidad, en los casos de conflicto entre principios que expresan derechos fundamentales (DF),³ en particular por su estructura que los asemeja a la noción de *principios* y no a la de *reglas*.⁴ Adviértase que ellos son expresados por las

³ Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes”, en Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 61. Aquí el autor enfatiza que la proporcionalidad, al igual que la razonabilidad y la racionalidad, son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, y, de este modo, para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad. Asimismo, este autor insiste, en otro de sus trabajos, que la ponderación es un “criterio metodológico básico para la aplicación jurídica” de los derechos fundamentales. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, p. 52.

⁴ Es usual en la teoría de los derechos fundamentales contemporánea distinguir entre dos tipos de normas: reglas y principios. En cuanto a dudas sobre esta distinción, véase Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte, Madrid, Trotta, 2007, pp. 73-77. Este autor señala que los juristas suelen emplear el concepto de principio, al menos, en los siguientes sentidos: *i)* como normas fundamentales —es decir, caracterizan al sistema jurídico, dan fundamento axiológico a una pluralidad de normas, y se les concibe como una especie de axioma—, y *ii)* como normas estructuralmente indeterminadas, que pueden asumir dos formas distintas:

Constituciones en normas que son particularmente abiertas y que no determinan una consecuencia normativa precisa, de ahí que Alexy exprese que se trata de “mandatos de optimización” que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, según las posibilidades jurídicas y fácticas de que se trate.⁵

Entonces, no es posible comprender su importancia en la argumentación constitucional si no se asumen las siguientes premisas: 1) los DF se expresan en principios; 2) éstos son estructuralmente distintos a las reglas —que son aplicadas a través de la subsunción—, y 3) se aplican a través de la ponderación. Ahora bien, si bien es cierto que ambos tipos de normas poseen una estructura diferente, debería colegirse que el modo de aplicación requiere una metodología también diferenciada. Es esto de lo que se ocupa la “ponderación”, ya que brinda la estructura formal para la aplicación de los principios constitucionales en casos de conflictos de DF, y de allí su relevancia para la interpretación constitucional.

Dadas las características específicamente abiertas de los principios, los DF no podrían aplicarse como si se trataran de “reglas”. En caso de conflictos entre DF cuyas soluciones normativas sean contradictorias entre sí no debería recurrirse, a fin de su solución, a la subsunción.⁶ De tal suerte, debe buscarse un método de aplicación alternativo: la “ponderación”. Esto se vincula con las “piezas del derecho” constitucional referidas a DF; además, dado el carácter pluralista de las Constituciones modernas, éstas pueden otorgar respuestas contradictorias sobre determinados casos individuales. De este modo, y debido a la inexistencia de jerarquías axiológicas respecto de los DF (al menos esto es lo que se sostiene, con exclusión de la jurisprudencia americana referida a las libertades preferidas), al momento de resolver un conflicto entre ellos es necesario determinar en ese caso y para ese supuesto fáctico, cuál es el “peso” de los DF en colisión. Asimismo, debe notarse que los principios no son normas categóricas expresadas en condicionales

a) normas derrotables —es decir, no establece de un modo exhaustivo los hechos condicionantes, o bien no enumera todas las excepciones— y *b)* normas genéricas —esto es, exige la formulación de otras normas para su aplicación y puede concretizarse en formas muy diferentes y alternativas—.

⁵ Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos...*, *cit.*, p. 96.

⁶ Por “subsunción” entiendo el procedimiento por el que se determina que un cierto caso individual es una instancia de un caso genérico, al cual una norma aplicable correlaciona con una cierta consecuencia normativa. *Cfr.* Orunesu, Claudina, *Positivismos jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 83. En idéntico sentido, véase Moreso, J., “Dos concepciones en la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, *Revista Direito GV*, vol. 2, núm. 2, 2006, p. 16.

hipotéticos que enlazan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica —es decir, si A debe ser B— y de carácter concluyente, sino todo lo contrario, se tratan de normas únicamente *prima facie*.

El punto, entonces, es que se trata de una estructura formal, argumentativa, para ejercer el control de la aplicación de los principios que expresan normas de DF, y así establecer “una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto”.⁷ Esto puede hacerlo la ponderación, debido a la estructura que guardan las normas sobre DF; además, como producto de ello, cuando éstos son aplicados para la resolución de un conflicto, no significa que uno de los principios sea inválido ni que se haya generado una excepción implícita a su aplicación.⁸ Los principios, según los casos de que se trate, tienen distinto peso y el conflicto debe resolverse según esta dimensión y no por la de su validez.⁹

⁷ Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento...”, en Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos...*, *cit.*, pp. 98 y 99. También véase Claudina Orunesu, quien siguiendo a Alexy, nos habla de la “relación de preferencia condicionada”. *Cfr.* Orunesu, Claudina, *op. cit.*, p. 84.

⁸ Una noción muy conflictiva, al punto de que no es aceptada por todos los autores que se ocupan de los DF, es la de “conflictos” o “colisión”. Para tal fin, entiendo por “conflicto o contradicción normativa” a aquella “situación que se produce cuando resulta lógicamente imposible para un sujeto satisfacer conjuntamente todos los contenidos normativos de las normas de obligación y cada uno de los contenidos normativos de las normas permisivas de un sistema de normas, dictadas por una cierta autoridad y en relación con una cierta ocasión”. *Cfr.* Orunesu, Claudina, *op. cit.*, p. 75. Repárese que, por ejemplo, Ferrajoli —uno de los autores más conspicuos defensores de nociones robustas de constitucionalismo y de los derechos fundamentales— no cree que sea posible conceptualmente la existencia de conflictos. Para sostener esta posición, Ferrajoli recurre a la idea de jerarquía. Sobre las dificultades teóricas de esta posición, véanse Moreso, J., “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Barcelona, Trotta, 2005, y Pino, G., “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 2009, pp. 647-664. Por ejemplo, véase Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. de Nicolás Guzmán, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2012, pp. 44 y ss. Aquí se denuncia que el efecto no deseado de la ponderación es la eliminación del carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción, lo que, según él, desembocaría en una pérdida de la fuente de la legitimación de la jurisdicción, dado que promovería su actuación discrecional, lo cual, a su vez, conduciría a la pérdida de normatividad o su debilitamiento de las Constituciones.

⁹ Moreso, J., “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, *ARBOR. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI, 745, septiembre-octubre de 2010, p. 824.

Aquí, creo puede encontrarse, a su vez, el carácter ambicioso y modesto de la ponderación, así como su utilidad para la argumentación e interpretación constitucional en los casos a los que ya me referí. Lo primero, porque la ponderación intenta ofrecer un marco metodológico para controlar la corrección y la racionalidad de una decisión interpretativa sobre los conflictos. Lo segundo, porque la ponderación no dispone de una específica resolución de antemano a ellos, ni propone el establecimiento de una única respuesta correcta para esos supuestos, sino que al contrario, sólo se trata de una metodología —exigente es cierto— para arribar a mejores soluciones o, al menos, argumentativamente mejores y controlables. En este sentido, se ha dicho que la ponderación no fija “un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos”.¹⁰

Los atractivos de la posición son, a mi modo de ver, los siguientes: 1) establecer bases racionales para la resolución de los supuestos de conflictos de derechos,¹¹ y 2) dar cuenta del hecho efectuado por los tribunales ordinariamente, según el cual en un caso determinado tiene preferencia un DF sobre otro, y en uno nuevo, el DF preterido pueda resultar vencedor. Entonces, dado que los principios tienen diferente peso y teniendo en cuenta que el conflicto entre ellos debe resolverse a partir de la dimensión de peso y no según criterios de validez, ocurre que la aplicación de un principio sobre otro no implica que el principio preterido ha sido declarado inválido, sino que dadas las circunstancias de su aplicación, uno tiene más peso que el otro, aunque en un caso individual futuro pueda ocurrir que, por ejemplo, la libertad de expresión pueda ser “vencida” por el derecho a la intimidad. Como dice Moreso:

Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Ahora bien, si las circunstancias C están delimitadas a partir de un supuesto concreto,

¹⁰ Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento...”, en Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos...*, cit., p. 110. En otro trabajo, este autor sostiene que “[n]o puede esperarse que, ni aun en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de [la] magnitud y complejidad [que debe afrontar un Estado Constitucional de Derecho]”. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *op. cit.*, p. 57.

¹¹ Creo que a esto es a lo que se refiere Prieto Sanchís cuando afirma que la ponderación se trata “de una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias”. Cfr. Prieto Sanchís, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004, p. 55.

parece que siempre es posible aducir otro supuesto en el que las circunstancias no coinciden y, entonces, la regla es válida únicamente para este supuesto.¹²

Sin embargo, los problemas no son menores. En primer lugar se ha puesto en duda de que se trate de un supuesto de interpretación jurídica. Guastini por “caso” entiende que se trata de un caso de “construcción jurídica” y, por ende, de *legislación intersticial*. Además, adviértase que los principios no pueden ni constituirse en la premisa mayor del silogismo judicial ni ser enfrentados, dada su heterogeneidad, con las reglas legislativas; entonces, es necesario recurrir a un procedimiento de *concretización*; es decir, debe ser transformado en una regla relativamente precisa. Vale decir que es menester que el sujeto que esté en condiciones de aplicarlo determine las reglas implícitas que pueden obtenerse de él, de ahí que (i) deberá decidir a cuáles clases de supuestos concretos se aplica y (ii) determinar sus excepciones.¹³ Asimismo, en estos casos existe siempre la posibilidad de adopción de decisiones subjetivas.

En este sentido, y en segundo lugar, se trata de una decisión “altamente discrecional”. Para Guastini, los casos de conflictos de DF se caracterizan por las siguientes notas: 1) se trata de normas promulgadas, por lo general, en el mismo momento histórico (y, por ende, no puede aplicarse el principio *lex posterior*); 2) tienen la misma jerarquía normativa, habitualmente constitucional (y, por ende, no puede aplicarse el criterio de *lex superior*); 3) debe utilizarse en ocasión de un caso particular —conflicto en concreto—, y por último, 4) se trata de los conflictos llamados, según A. Ross, “parcial-parcial”; es decir, sólo un aspecto parcial del ámbito de aplicación de ambos principios en liza es lo que colisiona.¹⁴ La consecuencia de esto, obvio, es la imposibilidad de proceder a su solución a partir de los criterios usuales empleados por los juristas para la resolución de los conflictos entre reglas; esto es, *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. Para ello debe establecerse, en verdad, una jerarquía, la cual tiene dos características que la complejizan teóricamente: por un lado, es axiológica, y por otro, es móvil. Lo primero, porque la importancia ético-política del principio es lo que hace que uno prevalezca sobre el

¹² Moreso, J., “Dos concepciones...”, *op. cit.*, p. 20.

¹³ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología...*, *cit.*, p. 79.

¹⁴ Guastini, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, en Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999, y *Teoría e ideología...*, *cit.*, pp. 87 y 88.

restante.¹⁵ Lo segundo, en cuanto que vale únicamente para el caso concreto al que se refiere y no, por el contrario, para todos los casos en abstracto; es decir, es sólo a partir de las circunstancias fácticas del mismo caso por lo que se llega a la solución de que se trate, de ahí que se convierta en inestable y mutable. Además, en el caso de la ponderación existiría un doble poder discrecional: 1) al establecer la jerarquía axiológica, y 2) al determinar el peso de los valores en juego.

Un tercer problema, según Guastini, se vincula a los efectos de la ponderación en el tiempo en cuanto proceso de construcción jurídica. Esos efectos, para él, son dobles y pueden verse desde un punto de vista diacrónico o sincrónico. Con relación al primero, se sacrifica uno de los principios, y con respecto al segundo, sólo nos dice que en ciertos casos un principio puede ceder ante el otro, y viceversa.¹⁶ Asimismo, el procedimiento de concretización de los principios —esto es, por el que se arriba a una regla— no puede ser un razonamiento deductivo, y dado que ellos por lo general expresan valores ético-políticos, su interpretación necesariamente requerirá de un juicio de valor que reenvíe a doctrinas morales e ideológicas del intérprete.¹⁷

Ante esta objeción habría que cuestionarnos si ella puede dar en el blanco, esto es, si es cierta con respecto a la ponderación. Tengo algunas dudas al respecto. Si se reconoce que la ponderación no garantiza por sí misma la objetividad —es decir, rechaza la tesis de la única respuesta correcta—; si se admite que la exigencia de una hiperracionalidad es, a su vez, un acto de irracionalidad, y si también se reconoce que la ponderación a esto lo tiene asumido, cabría preguntarse si sólo por eso la estrategia es desechable. Mi intuición es que debería pensarse que la racionalidad exigida es una cuestión graduable; por tal motivo, es posible que se adopten decisiones judiciales más o menos racionales, más o menos subjetivas, y más o menos controlables. El punto, entonces, es interrogarse si la ponderación no puede

¹⁵ Algunos autores específicamente objetan la ponderación, pues ella supone una posición filosófico-política no controvertida y actúa como si existiera un criterio común para la optimización, lo que, en rigor, desoye las controversias que existen en sociedades políticas complejas respecto a cuestiones controvertidas de moralidad política. Para una visión en este sentido, véase Webber, G., "Proportionality, balancing and the cult of the constitutional rights scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, núm. 1, 2010, pp. 179-202.

¹⁶ Guastini, Riccardo, "Los principios en el derecho positivo", en Guastini, Riccardo, *Distinguiendo..., cit.*, y *Teoría e ideología..., cit.*, pp. 87 y 88.

¹⁷ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología..., cit.*, p. 80.

brindar un marco posible de racionalidad en tanto metodología para proceder al control de los productos normativos de la autoridad.

En este sentido, Bernal Pulido efectúa una analogía con la lógica modal, lo que, pienso, resulta iluminador.¹⁸ Es de notar que la lógica no dice nada de las premisas desde las que se parte para arribar a una conclusión, sino que sólo se encarga de establecer la corrección de la deducción de que se trate; de este modo, se dirá si la conclusión pertinente es una derivación necesaria de las premisas asumidas, o bien si no lo es. Ahora, el que no se establezca la corrección de las premisas, el que la conclusión pudiera llegar a ser falsa según un criterio de verdad por correspondencia, no dice nada en contra del criterio formal para el análisis de la estructura del razonamiento. Como dicen Guibourg Echave y Urquijo, la lógica —y en la analogía, la ponderación— es como la aritmética en un restaurante: no sirve de nada quejarse por qué la cuenta es alta. No obstante, si una persona sabe matemáticas, puede llegar a detectar un error en la suma e, incluso, junto a la enmienda obtener las correspondientes excusas de quien no la aplicó de un modo adecuado. La lógica cumple una función similar: puede controlar la derivación o deducción necesaria de una conclusión a partir de un conjunto de premisas.¹⁹ Si la analogía es correcta, es cierto que la ponderación no puede establecer la existencia de una única respuesta correcta al problema práctico de que se trate, esto es, un conflicto de derechos; sin embargo, puede ser un adecuado medio de control de la racionalidad de las decisiones interpretativas en materia de conflictos de DF, admitiendo, claro, el empleo de la subjetividad del juez.

Pienso que, entonces, una vez que se aceptan las limitaciones propias de la exigencia de racionalidad y se recuerda que sólo se trata de una estructura formal de control a esos fines, algunas de las objeciones que se le han formulado pueden ser disipadas. Además, en procura de garantizar la racionalidad, a la metodología no se le puede exigir una actividad o un criterio que, dadas las altas exigencias a las que se le somete, para poder dar cumplimiento a ello deba tornarse irracional. En suma, no es posible exigirle a una metodología que, en rigor, es puramente formal, el cumplimiento de condiciones de racionalidad tan exigentes y conjuntivamente imposibles, que en verdad la colocan ante un supuesto de irracionalidad por hiperracionalidad.

¹⁸ Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", *op. cit.*

¹⁹ Guibourg, Ricardo *et al.*, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 19.

Otra cuestión, independiente de lo dicho pero relacionada, es que en estos casos de lo que se trata es de proponer supuestos de instanciación de una concepción particularista del razonamiento (moral y jurídico). Vale decir que se niega la existencia y pragmática de normas universales que puedan tener la virtud de establecer la corrección moral de las acciones. En este sentido, una doctrina de este tipo, como dice Guastini, se funda en el valor de la equidad, es decir, justicia del caso concreto, y por tanto los jueces no deberían aplicar las normas ciegamente, sino al contrario, debieran buscar para cada caso la solución justa.²⁰ Así pues, lo que deben hacer los jueces es (i) descartar la interpretación literal e (ii) introducir excepciones en aquellos supuestos en los que la aplicación de las reglas conllevaría una solución que se advierte como injusta;²¹ además, esto siempre se trata de una operación que será dependiente del contexto de producción (estrategia particularista) que motivó el caso de que se hable. La vinculación con lo anterior es estrecha; por ello, es aceptado que no puede dudarse de la racionalidad y corrección que implica la derivación deductiva y necesaria de una consecuencia a partir de sus premisas. Ahora bien, una estrategia particularista no podría dar cuenta de esta operación, pues siempre, y en todo caso, tendría problemas para dar una respuesta consistente respecto de la racionalidad o arbitrariedad de una decisión. Aquí parecería que la ponderación se apropia de los problemas propios del particularismo (jurídico o moral): “no puede ofrecer una explicación satisfactoria de la idea de justificación”.²² Así, la ponderación no podría explicar cuáles son las características que permiten establecer las circunstancias del caso concreto normativamente relevantes para decidir un caso particular y, al mismo tiempo, afirmar que no se trata de una decisión arbitraria, puesto que no recurre a normas universales que provean de una justificación.

Una estrategia que ha sostenido Moreso para salir de este problema, por ejemplo, es considerar que la ponderación es un paso previo a la subsunción. Según este autor, la salida de la objeción es necesaria, porque de lo contrario, estaríamos presos de un dilema: o tenemos una justificación subsuntiva de las decisiones con el precio de asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las pautas que establecen DF, una reconstrucción inalcanzable para

²⁰ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología...*, cit., p. 62

²¹ *Idem*.

²² Orunesu, Claudina, *op. cit.*, p. 90 (con cita a Bayón). Adviértase que para esta posición por justificación debe entenderse aquel procedimiento que determina que una conclusión es una derivación necesaria de ciertas premisas.

seres humanos como nosotros, o bien asumimos ponderación en los casos individuales, abierta siempre a la acusación de arbitrariedad o, al menos, imposibilidad de control racional.²³ Según su posición, la ponderación permite “pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios —pautas con las condiciones de aplicación abiertas—, a reglas —pautas con las condiciones de aplicación clausuradas—, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado”.²⁴ Satisfecha la dimensión de los principios, el aplicador de DF construiría una regla general sobre la que habrá de subsumir el caso individual que tiene ante sí. Para ello, este autor ha formulado una estrategia en cinco pasos: 1) delimitación del universo de discurso, esto es, establecer el ámbito del problema normativo de que se trate; 2) identificación de las pautas *prima facie* aplicables; 3) la consideración y determinación de casos paradigmáticos del ámbito normativo que tendrían la función de constreñir las reconstrucciones admisibles, es decir, las reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente; 4) establecer cuáles son las propiedades relevantes del universo del discurso, y por último, 5) la formulación de reglas que resuelvan de modo unívoco los casos del universo de discurso.²⁵

Me seduce mucho la propuesta. El atractivo, obvio, es que parecería compatibilizar dos formas del razonamiento moral y jurídico por las que nos sentimos fuertemente atraídos: particularismo y universalismo. Ello es una consecuencia de ver a la ponderación como un paso previo a la subsunción; en rigor, la consigna es no abandonar las propiedades características de un caso —que nos llevan a pensar de modo particularista—, sin por eso renegar de la subsunción —que nos invita a pensar universalistamente—. Ahora, una cosa es que la estrategia sea seductora y otra bien distinta es que ella sea correcta.

Más allá de todo esto, y de los esfuerzos intelectuales dirigidos por los autores a este fin, me parece que se trata de la racionalización de una operación puramente discrecional, y lo es, como dice Guastini, en dos supuestos: 1) al momento de fijar la jerarquía axiológica de los principios frente al caso concreto y 2) al indicar cuáles son las razones que se identifican para el cambio de los valores. En todo caso, el esfuerzo de Moreso es demostrativo de esto; si bien intenta la limitación del aplicador, no es

²³ Moreso, J., “Dos concepciones...”, *op. cit.*, p. 21.

²⁴ Moreso, J., “Conflictos entre derechos constitucionales...”, *op. cit.*, p. 826.

²⁵ *Ibidem*, pp. 826-828.

posible obviar esta discrecionalidad en un paso tan fundamental en su construcción como es la identificación de los que llama “casos paradigmáticos”. Debido a la presencia de valores de moralidad política que son controvertidos y controvertibles en una sociedad pluralista, los supuestos “casos paradigmáticos” no serán sino relativos a una determinada concepción metaética y de ética normativa. Las posibilidades de identificación de esos casos, sin arribar a acuerdos sustentables y sostenidos sobre estos ámbitos, es un terreno —a decir verdad— bastante volátil. Además, si en aquel dominio normativo no se lograran los acuerdos necesarios convencionalmente para poder determinar, en primer lugar, qué es lo que hace que un caso sea paradigmático y cómo esto se vincula con controvertidas cuestiones sobre el estatus lógico de los enunciados morales, es dudosa que la empresa pueda lograr su finalidad última: acotar las posibilidades subjetivas y discrecionales del intérprete. Esto nuevamente nos deja en manos de Guastini.

También me parece que esto es una consecuencia de las asunciones del argumento. En efecto, éste no puede progresar sin una distinción fuerte entre principios y reglas; sin embargo, no es para nada claro que esto sea en realidad así. Al contrario, muchos autores se decantan por sostener que la diferencia entre ellos es únicamente de grado.²⁶ Por ello, si esto fuera así, es difícil identificar cuáles serían los casos sujetos a ponderación y cuáles serían los casos sujetos a subsunción. De nueva cuenta nos encontramos ante la discrecionalidad del agente y ante serias dificultades para controlarlo.

Igualmente, debe adicionarse un problema no conceptual sino empírico: en muchos casos, los jueces tratan a las reglas como principios y a los principios como reglas. La imagen que refleja sobre el derecho y su autoridad esta cuestión no es para nada halagüeña, y nuevamente subyacen los problemas vinculados a la autoridad y legitimidad de un juez en una democracia para proceder de este modo, pues debería recordarse que la “...relevancia de la autoridad impone la subordinación de los jueces a las decisiones del legislador y son infieles a su autoridad aquellos jueces que toman

²⁶ La calificación de una norma como regla o como principio no depende de connotaciones intrínsecas ontológicas o estructurales, sino que, antes bien, es relativa a la interpretación del enunciado que expresa la norma de que se trata. *Cfr.* Comanducci, Paolo, “Principi giuridici e indeterminazione del diritto”, en Comanducci, Paolo, *Assaggi di metaética due*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 84 y 85. En el ámbito de la teoría constitucional, por todos véase Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 32. Críticas a la distinción fuerte entre “principios” y “reglas” pueden verse en Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

a una regla como si fuese un principio o a un principio como si fuese una regla”.²⁷ El punto es que si no es tan clara la distinción estructural entre unos y otras, como algunos autores suponen, la posibilidad de un injustificado tratamiento, con el peligro de dañar la autoridad democrática de una comunidad política plural, se hace presente.

III. CIERRE

En este trabajo intente hacer una reconstrucción de ciertas críticas que algunos autores de la teoría del derecho positivista dirigieron a la ponderación, en especial me detuve en una de ellas: su presunta irracionalidad. La respuesta a este interrogante, según mi postura, fue negativa. No creo que sea irracional la ponderación, al menos en el sentido que los críticos entienden la racionalidad, y no lo es, porque la exigencia de hiperracionalidad, aunque no lo parezca, es un acto de irracionalidad. Entonces, intente decir que cuando se le exige racionalidad en un nivel tan concreto, específico y exigente como el que describí, se procura que ella rompa con el ideal al que debería rendirle cuentas.

Asimismo, ofrecí una comprensión modesta y, a la vez, exigente de la ponderación. Según mi criterio, la ponderación debe ser vista únicamente como una estructura formal de control para las decisiones judiciales, pese a lo cual no creo que pueda excluir —es más, entiendo que no lo intenta— las subjetividades del juzgador al momento de resolver los conflictos de derecho que se le presentan.

Ahora bien, intente decir que si esto fuera correcto, un problema distinto hace aparición aquí, y que fundamentalmente es una interrogante distinta a la aludida anteriormente. No se trata ya de un análisis de metateoría del derecho o de epistemología jurídica, sino que al contrario, es un problema de índole filosófico-política, además de que es éste el dominio normativo al que la discusión sobre este tema debería trasladarse. Para mí, en este supuesto la filosofía política debería determinar la posición institucional de jueces constitucionales en una democracia, cuando se advierte: que no están vinculados por normas constitucionales —porque carecen de ellas—; que la presencia de elementos subjetivos y discrecionales es obvia, y que, en fin, la posibilidad de manipulación del material normativo con el que trabajan es muy factible, posible y obvia.

²⁷ Navarro, Pablo, “Interpretación del derecho y modelos de justificación”, *Revista Escuela de Derecho*, año 6, núm. 6, 2005, p. 35.

El peligro es que con jueces infieles no se aplica la ponderación en un sentido preciso y, lo que es peor, se obtura la legitimidad de la propia Constitución desde un punto de vista democrático. Ninguno de estos escenarios es, entonces, prometedor; sin embargo, analizar las razones democráticas de por qué esto es así merece otro escrito.²⁸

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNAL PULIDO, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

———, "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006.

———, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes", en BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

COMANDUCCI, Paolo, "Principi giuridici e indeterminazione del diritto", en COMANDUCCI, Paolo, *Assaggi di metaética due*, Torino, Giappichelli, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", trad. de Nicolás Guzmán, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2012.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

GUASTINI, Riccardo, "Los principios en el derecho positivo", en GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999.

———, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte, Madrid, Trotta, 2007.

GUIBOURG, Ricardo *et al.*, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 2002.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Barcelona, Trotta.

²⁸ Me ocupo de las tensiones entre constitucionalismo y democracia en Mocochoa, Juan "«Derechos y justicia constitucional» revisitado", *Revista Discusiones*, XII, pp. 121-193.

- MOCOROA, Juan M., "«Derechos y justicia constitucional» revisitado", *Revista Discusiones*, XII, 2013.
- MORESO, José Juan, "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", *ARBOR. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI, 745, septiembre-octubre de 2010.
- , "Dos concepciones en la aplicación de las normas de derechos fundamentales", *Revista Direito GV*, vol. 2, núm. 2, 2006.
- , "Sobre los conflictos entre derechos", en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Barcelona, Trotta, 2005.
- NAVARRO, Pablo, "Interpretación del derecho y modelos de justificación", *Revista Escuela de Derecho*, año 6, núm. 6, 2005.
- ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- PINO, Giorgio, "Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, L., "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004.
- WEBBER, G., "Proportionality, balancing and the cult of the constitutional rights scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, núm. 1, 2010.