

### 1.

Uno de los temas sobre las que más se ha escrito y discutido en los últimos tiempos, en el campo de la argumentación jurídica, es el de la ponderación. Hay partidarios y enemigos de la ponderación. Los primeros suelen vincularse con la defensa del llamado constitucionalismo (o neoconstitucionalismo), tienen una concepción principialista del Derecho (entendiendo por tal una que considera que el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios) y subrayan el papel de la razón (de la razón práctica) en el Derecho. Los segundos suelen proclamarse partidarios del positivismo jurídico, alzapriman la importancia del imperio de la ley y el peligro que para ese valor central de nuestros ordenamientos supone la concepción principialista del Derecho, y tienden a limitar el alcance de la razón en la interpretación y aplicación del Derecho (o sea, son más bien escépticos con respecto a la llamada razón práctica: la razón en relación con fines y valores). Unos y otros están de acuerdo, por lo demás, en que ese procedimiento (que a veces recibe otros nombres: proporcionalidad, balanceo, etc.) es de uso frecuente en nuestros tribunales; especialmente en los tribunales supremos y constitucionales. No se trata, sin embargo, de un concepto (el de ponderación) del todo claro y eso explica en alguna medida (aunque sólo en alguna medida) la polémica a la que acabo de aludir. Lo que aquí voy a tratar de hacer es, en primer lugar, presentar una serie de ejemplos variados de ponderación, tomados de decisiones de órganos judiciales de diversos niveles jerárquicos, que versan sobre distintas materias jurídicas y en el contexto de varios sistemas jurídicos para, a partir de ahí, plantearme y tratar de contestar a las que, me parece, son las cuestiones esenciales al respecto: 1) ¿En qué consiste realmente la ponderación? ¿Cuáles son sus características? ¿De qué manera se diferencia (si es que se diferencia) de la subsunción? 2) ¿Cuándo hay que ponderar? ¿Está justificado hacerlo? ¿Puede evitarse? 3) ¿Es la ponderación un procedimiento racional? ¿En qué consiste esa racionalidad?

### 2.

Empezaré refiriéndome a dos casos judiciales recientes, que han tenido una considerable repercusión en la opinión pública española. El primero de ellos es el de dos periodistas de una cadena de radiodifusión, la cadena Ser, que fueron condenados por un juez de lo penal de Madrid (a finales de diciembre de 2009; la sentencia está ahora recurrida) a una pena de un año y nueve meses más otra serie de penas accesorias, por el delito de “revelación de secretos”. Los periodistas habían publicado en la página web de la emisora una lista de militantes del Partido Popular (el partido conservador en España) que se habían afiliado irregularmente (o sea, sin seguir los procedimientos estatutarios) a esa organización política. La afiliación estaba ligada a un proceso de luchas internas en el PP y tenía también alguna conexión con un escándalo urbanístico. La argumentación del juez, en lo esencial, consistió en lo siguiente. Comenzó por establecer como probado el hecho de que los periodistas cedieron a la sociedad *Ser.com* ciertos datos sin contar con la autorización de los afectados. Esos hechos –continuó argumentando el juez– se subsumen bajo el supuesto de hecho de una norma penal (el art. 197 ap. 2 y 5 del Código penal español). Pero luego, a efectos de resolver el problema de si el haber obrado los periodistas en el ejercicio legítimo de un derecho puede considerarse

[Escribir texto]

o no como una eximente, es cuando la argumentación del juez adopta la forma de una ponderación: entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección de la intimidad. El juez se decantó en favor de este último derecho (entendió que el haber actuado en el ejercicio legítimo de un derecho no era una eximente, sino una simple atenuante) por estas tres razones: a) internet no es “un medio de comunicación social, sino universal”; b) revelar la afiliación a un determinado partido político afecta a la intimidad más estricta de toda persona, al tratarse de un dato de “absoluta privacidad”; c) la información facilitada (la lista de nombres) pudo ser necesaria para la confección de la noticia, pero lo que no era necesario era difundirla. La sentencia recibió críticas muy duras, especialmente por parte de miembros de la profesión periodística, que argumentaron, en lo esencial: que el juez no había tenido en cuenta la prevalencia constitucional del derecho a informar sobre el de protección a la vida privada, cuando se trata de noticias relevantes y de interés general; que había pasado por alto también la veracidad de la noticia y la profesionalidad con la que había sido elaborada; y que calificar a internet de medio de comunicación no social, sino universal era un puro despropósito.

El otro ejemplo es el de las escuchas de las comunicaciones carcelarias entre tres imputados del caso Gürtel (un caso de corrupción política y en el que están implicados muchos altos cargos del PP) y sus abogados. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó (el 25 de marzo de 2010) un auto en el que anulaba las escuchas por considerarlas ilícitas, pero la decisión no fue tomada por unanimidad: uno de los tres magistrados que integraban el tribunal formuló un voto particular. En lo esencial, la motivación del tribunal consistió en sostener que la norma que se aplica al caso sería el art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor no pueden ser suspendidas o intervenidas “salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”; o sea, interpretó que, si no se daban esas dos condiciones (conjuntamente) no era lícito (nunca) la intervención de las comunicaciones; los magistrados de la mayoría hablan de ponderación, pero en relación a la necesidad que tiene el juez de ponderar diversos factores (necesidad de la medida, lesividad, etc.) para ordenar la intervención cuando ésta es posible (si el acusado no está en prisión o, aunque lo esté, si se trata de un delito de terrorismo). Por el contrario, el magistrado discrepante entendió que no tenía sentido interpretar así ese artículo, pues eso suponía establecer “una inmunidad absoluta no prevista por la ley”. La intervención de la comunicación en ese caso estaría justificada (digamos, el deber o la finalidad de perseguir los delitos prevalece sobre el derecho a la defensa) por un cúmulo de razones que pueden sintetizarse así: los delitos por los que estaban acusados los internos –blanqueo de dinero– son de considerable gravedad; la medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que se trata de delitos de una gran complejidad, de manera que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; la proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa; la motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución); dos de los tres abogados defensores habían sido imputados con anterioridad por hechos relacionados con los delitos de los que eran acusados sus defendidos. También este caso tuvo una gran notoriedad en España pues, aparte del

[Escribir texto]

interés jurídico del mismo (los límites del derecho a la defensa), el juez que había autorizado las escuchas declaradas ilegales había sido el más famoso de los jueces españoles, Baltasar Garzón, y esa actuación había dado lugar a que se le acusara de prevaricación: una de las tres causas por delito de prevaricación que tiene abiertas ante el Tribunal Supremo se debe a eso.

La técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos - especialmente, en cortes supremas y tribunales constitucionales-, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad<sup>1</sup>. Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del Derecho) los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación, siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador).

Un ejemplo que Alexy ha utilizado en numerosas ocasiones para explicar cómo funciona la ponderación es el del caso *Titanic*, resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán en 1986. Un oficial del ejército parapléjico había conseguido ser admitido para tomar parte en unos

---

<sup>1</sup> El último de los trabajos de Alexy al respecto creo que es su ponencia “Legal Principles and the Construction of constitutional Rights”, presentada en el seminario dedicado a discutir la obra de Alexy y celebrado en Tampere (Finlandia) en febrero de 2010.

ejercicios militares y la revista satírica *Titanic* lo incluyó en su sección de “Las siete personalidades más lamentables” refiriéndose a él con su nombre y el añadido de “nacido asesino”. El militar interpone demanda contra la revista por daño a su honor, y ésta publica una nota en la que, entre otras cosas, llama al militar “tullido”. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por dos ofensas al honor; mientras que el Tribunal Constitucional consideró que no había ofensa al honor en cuanto al calificativo de “nacido asesino”, pero sí en cuanto a “tullido”. La argumentación del Tribunal, en lo esencial, viene a ser la siguiente: la expresión “nacido asesino” tiene las notas definitorias de una sátira, aparece dentro de una sección permanente de la revista, usa un lenguaje habitual que aparece en otros momentos en la misma sección, tiene un propósito simplemente cómico y no ofensivo y, en definitiva, no debe interpretarse literalmente. Por el contrario, “tullido” (la correspondiente expresión alemana) no describe meramente la condición de inválido, como ocurrió en tiempos pasados, sino que esa expresión se usa ahora para insultar o degradar incluso a quienes no tienen ningún defecto físico<sup>2</sup>; la intención al emplear ese término fue la de vejar al demandante, esto es, a un individuo, y no a la clase de los soldados o a algún otro grupo de personas; no puede servir como disculpa el que el término apareciera en la revista como una reacción frente a la demanda de indemnización, pues en dicha demanda no había nada que pudiera considerarse agresivo o insultante<sup>3</sup>. Alexy entiende que lo que el Tribunal Constitucional alemán hace aquí es una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho general a la personalidad. En relación con la expresión “nacido asesino”, la afectación a la libertad de expresión (recuérdese que se trata de un recurso frente a una condena a indemnizar con una cierta cantidad de dinero) habría sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho a la personalidad sólo podría calificarse de media o de leve; lo que resulta es, pues, la prevalencia del principio de libertad de expresión. Por el contrario, la descripción del oficial como “tullido”<sup>4</sup> fue considerado por el Tribunal Constitucional como una afectación intensa al derecho a la personalidad, de manera que tendría el mismo peso que la libertad de expresión, razón por la cual el Tribunal no aceptó el recurso (mantuvo la indemnización).

Pues bien, el esquema alexiano, con mayores o menores detalles, es, como antes decía, el que parecen haber acogido muchas cortes latinoamericanas. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional peruano, el esquema parece haber tenido un amplio uso a partir del caso PROFA de 1994. En un trabajo reciente, Pedro Grández<sup>5</sup> ha descrito y analizado muchas

---

<sup>2</sup> Quizás “tarado” exprese mejor en español esa connotación despectiva

<sup>3</sup> Tomo estos datos del trabajo de Juan Antonio García Amado (que critica con dureza el análisis que hace Alexy de este caso): *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*: <http://.geocities.com/jagamado>

<sup>5</sup> Pedro Grández, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”, en (M. Carbonell y Pedro Grández, coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010. El libro es de gran utilidad para informarse sobre las tesis de Alexy, sobre sus desarrollos y sobre las críticas que se le han dirigido. Para entender los mecanismos interpretativos del Tribunal constitucional peruano y su evolución me ha sido de gran utilidad el libro de Marcial Rubio, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, en el que se analizan los

decisiones de ese Tribunal basadas en el “*test alemán* de proporcionalidad” y que clasifica según que se refieran (en lo esencial), al primero de los subprincipios ( idoneidad), al segundo (necesidad o indispensabilidad de la medida) o al tercero (el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación). En este último apartado incluye tres casos que, en su opinión, mostrarían que el Tribunal peruano habría reducido el examen de la ponderación a un *test de intensidades*, en el que se contraponen básicamente la intensidad en la limitación de un derecho frente a la intensidad o el grado de satisfacción del otro. En uno de esos casos, el de la *calle de las pizzas* (STC 007-2006-AA/TC) se trataba de examinar una medida de la Municipalidad de Miraflores, que restringía el horario de atención a los establecimientos comerciales de la zona llamada así: calle de las Pizzas. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desarrollo de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los clientes) era leve, mientras que la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud de los vecinos era elevada. En el caso de *las azucareras del norte* (STC 579-2008-PA), lo que estaba en cuestión era la constitucionalidad de una ley que había suspendido la ejecución forzada contra una empresa azucarera de la que el Estado era accionista. La mayoría del tribunal entendió que se trataba de una intervención leve sobre el principio de cosa juzgada (la suspensión de la ejecución de la sentencia era de carácter temporal), mientras que con ello se alcanzaría en un grado elevado los objetivos pretendidos por el legislador: el desarrollo o reactivación de las empresas azucareras, la promoción del empleo y la disminución de la pobreza; hubo un voto discrepante de un magistrado por entender que la suspensión de la ejecución de la sentencia suponía una afectación grave y que la medida no era tampoco idónea para alcanzar esos fines, a la vista de la experiencia de los últimos años. Y el tercer caso (STC 815-2007-PHC/TC) se refería a una decisión judicial que, al amparo de un determinado artículo del Código Procesal Penal, obligaba a un procesado, presunto autor de un delito contra la libertad sexual, a someterse a la prueba de ADN. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque la satisfacción del interés público en la investigación del delito era “por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad”. Además, Grández hace referencia a otros dos casos que mostrarían que, bajo el test de proporcionalidad, el Tribunal ha llegado a soluciones dispares en casos sustancialmente similares. En uno de ellos (STC 01182-2005-AA), se trataba de un amparo frente a una medida de expulsión tomada por la dirección de un centro de formación industrial contra una estudiante a la que se había encontrado besándose con su enamorado en una de las dependencias de la institución. El Tribunal confirmó la constitucionalidad de la sanción, puesto que se habría tomado en “estricta observancia del principio de legalidad”; lo aplicado había sido un artículo del Reglamento del centro que consideraba faltas graves los “actos reñidos con la moral y las buenas costumbres”; el Tribunal consideró que tenía “el grado de certeza exigible”, pues “la conducta prohibida puede ser complementada mediante las reglas básicas del sentido común, toda vez que la Moral es la ciencia que trata del bien en general” (fundamento 15). Además, la medida no podía considerarse desproporcionada porque la expulsión “era la única sanción *posible* a imponerse a los alumnos infractores” (fundamento 17). Sin embargo, en otro caso similar (STC 00535-2009-AA), en el que un estudiante de una universidad había sido expulsado de la institución

---

diversos principios interpretativos del Tribunal, incluyendo el de “proporcionalidad y razonabilidad”.

[Escribir texto]

por habersele encontrado consumiendo marihuana, el Tribunal llegó a la decisión opuesta: ordenó la reincorporación del expulsado por considerar la medida como desproporcionada. La argumentación del Tribunal no es muy clara, pero las razones para haber decidido así parecen haber sido estas dos: 1) la sanción sería desproporcionada e irrazonable porque en el proceso disciplinario se omitió “la valoración de toda prueba o elemento contextual” (fundamento 23); 2) en el Reglamento del centro no existía “una definición clara y precisa sobre lo que la Universidad...considera como falta grave y...la sanción no está claramente establecida para cada conducta” (fundamento 38).

3.

Los ejemplos podrían continuarse hasta el infinito, pero los anteriores son suficientes para lo que aquí pretendo: contestar a las tres preguntas, o grupos de preguntas, que me había hecho al comienzo.

3.1.

Empecemos entonces por la primera: ¿En qué consiste la ponderación? ¿Cuáles son sus características esenciales? ¿De qué manera se diferencia (si es que se diferencia) de la subsunción?

La teoría más acreditada de la ponderación es la sostenida por Robert Alexy, cuyos elementos esenciales he presentado anteriormente. Era necesario – o conveniente-hacerlo, porque las referencias a ese autor y a muchos de los conceptos por él utilizados son hoy de uso frecuentísimo por parte de muchos tribunales latinoamericanos; de manera que sin tener esos elementos teóricos en cuenta, se haría difícil entender muchas de esas argumentaciones. De todas formas, aunque en otros sistemas jurídicos (por ejemplo, el español) no se haga un uso explícito –o no tan explícito- de esas categorías (el Tribunal Constitucional español no cita nunca doctrina jurídica), no resulta difícil reconstruir las argumentaciones en esos términos; por ejemplo, en el caso de los periodistas de la cadena Ser, cabría decir que el juez entendió que la afectación a la intimidad había sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho a informar, simplemente, media (pues podía haberse logrado sin lesionar –o sin lesionar tanto- a la intimidad), etc. ¿Pero es aceptable el concepto de ponderación que maneja Alexy? ¿Es la suya la mejor reconstrucción posible de esa técnica argumentativa?

En mi opinión, las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada; yo diría que sus errores han sido, fundamentalmente, de carácter retórico<sup>6</sup>. Lo que él llama la “fórmula del peso”, con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve,

---

<sup>6</sup> Una exposición y crítica del planteamiento de Alexy puede encontrarse en mi libro *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

[Escribir texto]

moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc. El propio Alexy ha escrito<sup>7</sup> que su esquema –aritmético- vendría a ser el equivalente al tipo de inferencia deductiva –el modus ponens o silogismo judicial- de la subsunción. Es aproximadamente cierto; y digo “aproximadamente” porque, como en seguida se verá, el esquema de Alexy no es exactamente –como él dice- la “justificación interna” de la ponderación, sino más bien la “justificación externa” de una de sus premisas. Pero precisamente por ello, porque se trata de un esquema puramente formal (cuya base es una noción elemental de justicia o de racionalidad: los beneficios no deben superar a los costes), no puede usarse más que como una ayuda para resolver un problema, el de la ponderación, que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo. El esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar un problema de ponderación sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a ese tipo de problemas. O sea, Alexy nos muestra cuáles son los lugares, los tópicos, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes (entre X e Y): la medida M es idónea para alcanzar X; no hay otra medida M' que permita satisfacer X sin lesionar Y; en las circunstancias del caso (o bien, en abstracto) X pesa más –es más importante- que Y; etc. Pero nada más. Quiero decir que uno se puede muy bien ahorrar el esfuerzo contable y que tampoco tiene por qué pensar, por ejemplo, que la necesidad de la medida juega sólo en relación con las posibilidades de tipo fáctico y no a propósito de lo que Alexy llama ponderación en sentido estricto, y que se refiere a las posibilidades normativas, etc. Mi sugerencia es, por tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas.

Uno de los inconvenientes de no ver así las cosas es el de complicarse la vida inútilmente, hacer de esa fórmula un uso completamente innecesario. Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios llevan ahora a algunos tribunales a extensísimas motivaciones dirigidas probablemente a transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias respectivas. Como ejemplo podría servir una decisión (por lo demás, una buena decisión) del Tribunal Constitucional de Ecuador (Sentencia-0005-2008-AN), de la que he tenido hace poco ocasión de ocuparme. El Procurador General del Estado había declarado “inadmisible” la posibilidad de una exención tributaria en relación con la importación de vehículos usados, establecida por una determinada ley en beneficio de los discapacitados. El Tribunal Constitucional entendió que la ponderación efectuada por el Procurador entre el derecho a la atención prioritaria de los discapacitados frente a los derechos del medio ambiente y del consumidor había sido equivocada, o sea, que debía prevalecer el primer derecho y considerar, en consecuencia, que la exención era constitucional. Pero para eso empleó un número elevadísimo de páginas en las que se explicaba con todo detalle la teoría de Alexy y su fórmula de la ponderación, se señalaba que el elemento del “peso abstracto” no podía hacerse jugar, pues según la Constitución ecuatoriana todos los principios y derechos son de igual jerarquía, y se pasaba luego a examinar con minuciosidad el resto de los elementos de la fórmula: afectación de tal derecho, satisfacción del otro, seguridad de las conexiones empíricas (entre importación de

---

<sup>7</sup> Robert Alexy, ob. cit., p. 11.

vehículos usados y daño al medio ambiente), etc. ¿Pero no hubiese bastado simplemente con decir que es absurdo pensar que esa medida pudiese tener un efecto negativo en el medio ambiente o en los consumidores, cuando resulta que el parque automovilístico del país mayoritariamente superaba los tres años de antigüedad y que no había ninguna razón para pensar que la importación de un auto usado atentara contra los derechos de los consumidores? ¿Se necesitaba semejante esfuerzo teórico para llegar a una conclusión prácticamente de sentido común? A riesgo de ser malinterpretado, yo diría que, en no pocas ocasiones, la mejor teoría es la que no se nota. El mejor teórico del Derecho es el que hace fácil lo difícil y no difícil lo fácil.

Por lo demás, y debido quizás –al menos en parte- a esos problemas de presentación, la teoría de Alexy es malinterpretada por muchos de sus críticos. Juan Antonio García Amado, por ejemplo, le ha reprochado insistentemente que el método de la ponderación “no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso” y que cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan “siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo”. Pues bien, a mí me parece claro que para Alexy (y yo diría que para cualquiera) no se puede ponderar sin interpretar (aunque tenga sentido hablar de interpretar –en una de las acepciones del término- sin ponderar) y también que la ponderación no excluye la subsunción: como ahora veremos, la ponderación es un procedimiento argumentativo que consta de dos fases: la primera concluye con la formulación de una regla (de una regla general y abstracta) y, a partir de ahí (en la segunda fase), se procede a la subsunción. Por su lado, José Juan Moreso acusa a Alexy de “particularismo”, pues la ponderación en concreto que refleja el esquema de Alexy sería siempre *ad hoc*, en el sentido de que “una sola propiedad diferente puede comportar una solución diferente para el caso”<sup>8</sup> ; por ello, en su lugar, Moreso defiende una estrategia especificacionista para la ponderación, que sería capaz de superar el particularismo. Sin embargo, de lo que no parece darse cuenta Moreso es de que, en realidad, él está diciendo lo mismo que Alexy; o, si se quiere, Moreso está olvidando lo que antes señalaba: que la ponderación genera una regla general y abstracta y, por eso, no es *ad hoc*, en el sentido en el que él usa esta expresión. Luego volveré sobre esto.

Hay una crítica más de fondo que dirigirla a Alexy y que tiene que ver con su forma de entender los principios, todos los principios, como mandatos de optimización. Desde 1991 he escrito, en colaboración con Juan Ruiz Manero, una serie de trabajos en los que hemos defendido una concepción de los principios parcialmente opuesta a la de Alexy<sup>9</sup>: para nosotros, no todos los principios, sino sólo una especie de ellos, las directrices, deberían verse como mandatos de optimización. Hemos discutido desde entonces con Alexy en diversos lugares a propósito de este asunto y no es cuestión de entrar aquí en detalles. Sigo pensando que la doble articulación de los principios (en directrices y principios en sentido estricto) es preferible al modelo uniformizador alexiano pero, en realidad, las dos posturas, la de Alexy y

---

<sup>8</sup> José Juan Moreso, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007., p. 234.

<sup>9</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, nº 10, 1991; también, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.



la nuestra, son bastante similares a efectos prácticos. Al partir de esa distinción, nuestra postura tiene, me parece, una doble ventaja argumentativa: 1) la jerarquía que se establece en favor de los principios en sentido estricto (su prevalencia frente a las directrices) es lo que configura el elemento más importante del “orden débil” entre principios del que –con razón– habla Alexy; y 2) la dualidad interna de los principios permite mostrar (yo creo que con más nitidez que el modelo de Alexy) que la racionalidad de los principios no es sólo de tipo económico o instrumental, sino también político-moral. Pero si digo que nuestras posturas son muy semejantes es, por un lado (digamos, por nuestro lado), porque la prevalencia a favor de los principios en sentido estricto no puede verse como de carácter absoluto: las razones provenientes de una directriz pueden, en algún caso, tener una fuerza superior a las dimanantes de un principio (quizás podría interpretarse que esa es la cuestión que subyace a dos de las ponderaciones antes vistas: la del caso Gürtel y la del caso del ADN, si se acepta que la finalidad de perseguir los delitos debe prevalecer, en un caso, sobre el derecho a la defensa y, en el otro, sobre el derecho a la intimidad). Mientras que, por otro lado (por el de Alexy), aunque niegue en principio la distinción, la misma juega un papel destacado a través de los elementos del peso abstracto de los principios (digamos, los principios en sentido estricto tienen también para Alexy un mayor peso abstracto que las directrices) y de las reglas sobre la carga de la argumentación. De manera que, una vez más, a lo que se llega es a la conveniencia de hacer un uso instrumental, pragmático y desprejuiciado de las teorías. Lo que, por cierto, no quiere decir tomárselas menos en serio.

Y vayamos ya al esquema de la ponderación<sup>10</sup>. La clave para entender esta técnica argumentativa es verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver. Veámoslo con un poco de detalle, ejemplificándolo con el caso Gürtel.

En la *primera premisa* del razonamiento ponderativo se establece que, en relación con un determinado caso (y por las razones de las que luego se hablará), existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una conclusión incompatible con la del otro: el de la protección del derecho a la defensa, a invalidar la intervención; el principio de hacer posible la persecución de los delitos, a considerarla válida. La *segunda premisa* señala que, en relación con ese caso, y dadas determinadas circunstancias, tal principio prevalece sobre tal otro. Aquí es donde entra en juego la fórmula de Alexy de la que, por ello, decía que no es la “justificación interna” de la ponderación, sino la justificación externa (si se quiere, el esquema de justificación externa) de su segunda premisa. Naturalmente, éste es también el punto crucial de la argumentación y, por tanto, el punto en el que suelen plantearse discrepancias; pero es importante resaltar que esas diferencias no suelen concernir a cuáles son los factores que deben entrar en la ponderación, sino más bien al peso relativo que se otorga a cada uno de ellos. Otro elemento importante de discrepancia (como ocurrió en el caso Gürtel) afecta a si el problema debe resolverse o no mediante una ponderación. Luego volveré sobre ello. En

---

<sup>10</sup> Lo he expuesto con cierto detalle en *El Derecho como argumentación*, ob. cit. Ahí distinguía dos tipos de ponderación (entre principios en sentido estricto o entre directrices) y comparaba la ponderación con la adecuación o argumento medios-fines (cuando la premisa mayor es una regla de fin) y con la subsunción (cuando la premisa mayor es una regla de acción

todo caso, como antes decía, las razones del magistrado discrepante para entender que la finalidad de perseguir los delitos prevalecía sobre el derecho a la defensa eran éstas: importancia del delito a perseguir; idoneidad y necesidad de la medida; proporcionalidad; motivación suficiente. Todas las cuáles pueden sin demasiadas dificultades reconducirse a alguno de los ingredientes del esquema de Alexy. La *conclusión* del razonamiento (sólo implícita en la motivación del magistrado) es una regla (la *ratio decidendi* del caso) que empareja las circunstancias antes mencionadas con la consecuencia jurídica del principio prevalente. En nuestro ejemplo (aproximadamente) sería ésta: si se trata de investigar un delito grave, no hay otra medida disponible de parecida eficacia, se previene en lo posible el derecho a la defensa, hay razones objetivas para pensar que los abogados defensores pueden contribuir a ocultar pruebas o a colaborar en la comisión de los delitos, y la orden judicial que autoriza la intervención está razonablemente motivada, entonces la intervención de la comunicación entre un interno en un establecimiento penitenciario y su abogado es lícita y, en consecuencia, válida. A partir de aquí (segundo paso de la ponderación), lo que queda es una simple subsunción: su primera premisa es la conclusión del anterior razonamiento, la regla que se acaba de expresar; la segunda premisa diría que, en el caso Gürtel, se daban todas esas circunstancias; y la conclusión sería que, en consecuencia, se debió declarar las intervenciones lícitas y válidas.

### 3.2.

Todo lo cual lleva a tratar de contestar a la segunda serie de preguntas: ¿Cuándo hay que ponderar? ¿Está justificado hacerlo? ¿Puede evitarse?

Puesto que la primera premisa del anterior esquema está configurada por la existencia en relación con el caso de dos principios (o conjuntos de principios) que tiran en direcciones opuestas, la contestación al primero de esos interrogantes es que hay que ponderar (mejor: el juez ha de ponderar; también el legislador pondera, pero este aspecto lo dejaremos aquí de lado) cuando, para resolver un caso, no puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que (sin entrar en alguna precisión que aquí no es necesario hacer) permitiría un razonamiento de tipo clasificatorio o subsuntivo. Y la pregunta, entonces, es: ¿Cuándo ocurre esto? Pues bien, nos encontramos (el juez se encuentra) en esa situación cuando: 1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas); 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso. No voy a entrar aquí en detalles sobre esta tipología y simplemente aclararé que, si no he incluido supuestos de contradicción entre reglas, es porque los mismos pueden reducirse a casos de laguna: si la contradicción es fácil de resolver, entonces eso no supone ningún problema, y si no fuera así, entonces eso se debe a que existe una laguna (en el nivel de los criterios de resolución de antinomias). Por lo demás, si hiciéramos un repaso de los ejemplos de ponderación mencionados, cabría decir lo siguiente. Muchos de ellos parecen integrar supuestos de laguna normativa: típicamente es lo que ocurre cuando están en juego la libertad de expresión (y/o de información), por un lado, y los derechos al honor, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, por el otro. No se trata de un defecto por parte del legislador, sino de que no ha juzgado conveniente establecer al respecto reglas muy

[Escribir texto]

específicas, puesto que pueden surgir en el futuro muchas circunstancias relevantes e imposibles de predecir; digamos, que

el legislador ha considerado que es mejor que ponderen los tribunales a la vista de las circunstancias del caso, a que lo haga él *in abstracto*. Eso es lo que habría pasado con el caso de los periodistas de la cadena *Ser* o con el caso Titanic; y también con el caso de la calle de las pizzas (aunque aquí se trate de ponderar entre la libertad de trabajo y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, frente el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud, por el otro) o con el de las azucareras del Norte (en el que la ponderación se efectuaba entre el principio de cosa juzgada y el desarrollo económico). Otros podrían verse como ejemplos de laguna axiológica. Así ocurriría con el caso del ADN si se pensara que su regulación en las leyes procesales (la obligación a someterse a la prueba) puede ser contraria a los principios y valores del ordenamiento. Y también con los dos casos de expulsión de centros docentes; lo que en ellos se cuestionaba, en el fondo (y con independencia de cómo se haya resuelto), es la adecuación a los principios y valores del ordenamiento de ciertas reglas del sistema (las que ordenaban la expulsión en uno y otro caso). Ambos casos, por cierto, debería haberlos resuelto el Tribunal, en mi opinión, echando mano del principio de equidad que, como Aristóteles percibió agudamente en la *Ética a Nicómaco*, no es ni más ni menos que un principio (o meta-principio) interpretativo que viene a decir que hay circunstancias en las que las razones de justicia vinculadas a la singularidad de un caso pesan más que las de seguir estrictamente la ley; o sea - podríamos nosotros interpretarlo así- es un criterio para ponderar en un cierto sentido<sup>11</sup>.

Y, en fin, el caso Gürtel quizás pudiera verse como un ejemplo en que es dudoso si el supuesto está o no previsto por una regla. De hecho, como se ha visto, esa fue la tesis (que existía una regla) de la mayoría del tribunal (para negarse a efectuar la ponderación). Y fue también la tesis (pero en sentido contrario) del fiscal del caso, que entendió que había una determinada regla procesal del Derecho español que autorizaba la intervención de las comunicaciones en un establecimiento penitenciario, aun cuando no se tratara de delitos de terrorismo. Por lo demás, no hay que olvidar tampoco que hay supuestos en que son las mismas reglas del sistema las que ordenan o autorizan al juez a proceder a ponderar (dadas determinadas circunstancias). Y que la clasificación anterior (como ocurre siempre con las clasificaciones) no debe verse más que como un esquema de valor instrumental: puede ser discutible si un caso cae dentro de uno u otro de los anteriores tipos, y muchas veces nos encontramos con casos complejos que combinan elementos de una u otra de las categorías establecidas.

---

<sup>11</sup> El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en su artículo 36, establece: “La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes”. El art. 37: “El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes”. Y el art. 40: “El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”.

Lo importante es darse cuenta de que la ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios, como queda plasmado en la primera premisa del esquema de lo que se ha llamado la “ponderación en sentido estricto”. Y lo que tiene que hacer el que pondera (lo primero que tiene que hacer) es preguntarse si está justificado recurrir a la ponderación. Esta es una pregunta muy difícil de contestar, e imposible de hacerlo en abstracto. Quiero decir que no es lo mismo, por ejemplo, plantearse cuándo está justificado que un Tribunal Constitucional o un Tribunal Supremo pondere (y cree, por ejemplo, una laguna axiológica) y cuando lo está que lo haga un tribunal de rango inferior, o un órgano administrativo. La ponderación no es (como en seguida veremos al contestar la tercera tanda de preguntas) un procedimiento arbitrario, pero supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción y eso justifica que la ponderación de los tribunales tenga que ser mucho más limitada que la del legislador (este último sólo tiene el límite de la Constitución) y que la que efectúan los tribunales inferiores tenga también más limitaciones que la de los superiores: entre otras cosas porque las ponderaciones efectuadas por los segundos (los precedentes) son, con mayor o menor intensidad (dependiendo de cada sistema), vinculantes para los primeros.

En cuanto a si puede evitarse la ponderación, la respuesta, de acuerdo con lo anterior, sería que, al menos en muchos casos, sí; desde luego, podría hacerse cuando se trata de lagunas axiológicas en el nivel de las reglas. Pero lo que habría que plantearse, la pregunta que realmente importa, es si resulta conveniente hacerlo. Quiero decir con ello que evitar recurrir a una ponderación, y resolver el problema en el nivel de las reglas, puede suponer incurrir en formalismo; en formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia del moral) supone siempre un ingrediente formalista que, por lo demás, es una seña de identidad de la racionalidad jurídica moderna (llámese principio de legalidad o racionalidad formal del Derecho en el sentido de Weber). El formalismo en sentido peyorativo supone no prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas y de principios; o, dicho de otra manera, tratar de resolver todos los casos sin recurrir a los principios y, por lo tanto, a la ponderación. El caso Gürtel (tal y como fue resuelto por la mayoría del tribunal), el de los periodistas de la cadena *Ser* y el de la expulsión de la estudiante por besarse con su enamorado son una prueba, en mi opinión, de las consecuencias indeseables del formalismo.

### 3.3.

Queda entonces por contestar la tercera serie de preguntas: ¿Es la ponderación un procedimiento racional? ¿En qué consiste esa racionalidad?

Las críticas de Juan Antonio García Amado y de José Juan Moreso, a las que antes he hecho referencia, apuntan, en realidad, a poner en duda la racionalidad de la ponderación, el primero, y la racionalidad de la ponderación tal y como la entiende Alexy, el segundo. García Amado, porque considera que la ponderación no es otra cosa que una valoración y él es escéptico con respecto a la existencia de criterios objetivos de valoración: la razón no alcanza para establecer fines y valores de carácter objetivo. Por eso, en su opinión, la ponderación cumple una función esencialmente ideológica: “Y por eso también [además de los neoconstitucionalistas] es esta de la ponderación la doctrina que con más entusiasmo acogen

[Escribir texto]

los propios Tribunales Constitucionales, pues es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador”<sup>12</sup>. Moreso porque, como hemos visto, considera que la ponderación tal y como la presenta Alexy incurre en particularismo, esto es, no pasaría el test de la universalidad ni, en consecuencia, todos los otros criterios de la racionalidad práctica.

No es posible, por supuesto, entrar aquí en detalles sobre una cuestión tan compleja. Hace algunos años escribí un artículo<sup>13</sup> en el que trataba de explicar en qué consistía esa racionalidad, a partir del análisis de una serie de casos resueltos por el Tribunal Constitucional español a propósito de la ponderación entre la libertad de información o de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, por el otro. Las decisiones del Tribunal y sus fundamentaciones constituían, en mi opinión, un buen ejemplo (que proponía como modelo para las comisiones de bioética) de cómo puede operar la racionalidad práctica. Ello era así en la medida en que el Tribunal había construido al resolver los casos verdaderas *reglas* aunque, naturalmente, no podía pretenderse que ellas estuvieran en condiciones de resolver en forma indubitada todos los casos futuros; pero una regla abierta –decía entonces– que se aplica o no se aplica con claridad a ciertos casos y deja a otros en la penumbra, sigue siendo una regla. 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 relevancia pública si:

1) contiene extremos que afectan al honor de las personas, y

2) son innecesarios, Y

---

<sup>12</sup> Juan Antonio García Amado, *ob. cit.*, p. 4, nota

<sup>13</sup> Manuel Atienza, “Juridificar la bioética”, en *Claves de Razón Práctica*, 1996; está incorporado en mi libro *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra-Temis, Lima, 2004

## 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, Y

## 2.3. No contradice los usos sociales". Etcétera.

Allí señalaba también que esas reglas eran fragmentarias, incompletas y abiertas: muchos de los conceptos a los que aludían necesitaban aún ser desarrollados en sentidos imposibles de prever por el momento; cabía suponer que aparecerían, cuando surgieran circunstancias que aún no se habían presentado, nuevas distinciones relevantes; algunos de los criterios establecidos por el Tribunal eran sencillamente discutibles y quizás fueran abandonados o modificados con el transcurso del tiempo. Pero eso –añadía- no privaba al procedimiento, y a sus resultados, de racionalidad. Por un lado, no estábamos en presencia de un conjunto de opiniones más o menos arbitrarias y subjetivas, sino que obedecían a una idea de racionalidad que podría caracterizarse así: las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables; y (por supuesto) no contradicen ningún extremo constitucional. Por otro lado, en la medida en que no constituían simplemente soluciones para un caso, sino que pretendían servir como pautas para el futuro, proporcionaban también un mecanismo –imperfecto- de previsión. Finalmente, al tratarse de decisiones fundamentadas, esto es, de decisiones a favor de las cuales se aducían razones que pretendían ser intersubjetivamente válidas (al menos, para quien aceptara los anteriores requisitos de coherencia, universalidad, bondad de las consecuencias y respeto de la Constitución), las mismas podían también ser (racionalmente) criticadas y, llegado el caso, modificadas.

Pues bien, lo mismo puede decirse (o el mismo test puede aplicarse) a los ejemplos de ponderación que antes ponía. En los ejemplos conflictivos, se trataría de contraponer la *ratio decidendi* de una ponderación a la de la otra (o a la *ratio decidendi* que subyace al procedimiento no ponderativo). Por ejemplo, en relación con el caso de la cadena *Ser*, se trataría de analizar si las razones aducidas por el juez a favor del derecho a la intimidad (que constituiría la *ratio decidendi* de su decisión) tienen el peso que él les atribuye. Y me parece que es relativamente fácil mostrar que no: lo de que internet no es un medio de comunicación social, sino universal es una afirmación simplemente errónea y a la que no cabe atribuir ningún peso; tampoco parece aceptable que el dato de estar afiliado a un partido político pueda formar parte del núcleo duro de la intimidad (yo diría que por razones obvias); y, en fin, como ese dato no forma parte del núcleo duro, unido al hecho de que la información publicada era relevante y veraz, la consideración de si su divulgación tiene o no carácter necesario no puede hacerse en términos muy estrictos: quiero decir, que basta con considerar que esa divulgación no fue completamente gratuita (y los hechos del caso hacen pensar que no lo fue) para llegar a la conclusión de que está justificada, de manera que su peso en el balance, o es inexistente o es mínimo. Y a propósito del caso *Gürtel*, también me parece fácilmente compartible la tesis de que la *ratio decidendi* del magistrado discrepante resulta ser una regla universalizable, coherente con los valores del ordenamiento y capaz de producir consecuencias

[Escribir texto]

sociales positivas, lo que no ocurre con la *ratio decidendi* de la mayoría: sostener que, salvo que se trate de un delito de terrorismo, *nunca* es lícito intervenir las conversaciones entre un interno y su abogado defensor parece claramente una regla no universalizable, que atenta contra valores básicos del ordenamiento (entre otros, el principio de igualdad: supone dar un trato de privilegio a los acusados de un delito que están en prisión, pues a los acusados en libertad sí que cabe intervenirles en algún caso sus comunicaciones), y con consecuencias sociales verdaderamente inasumibles: favorecer la impunidad para cierto tipo de delitos.

No pretendo, naturalmente, decir que todo esto sea indiscutible. Pretendo decir que los criterios de racionalidad de la ponderación no son –no podrían ser– otros distintos a los de la racionalidad jurídica en términos generales. Esos criterios (flexibles y abiertos, pero no inexistentes) son, por cierto, los que permiten ver el Derecho –los Derechos del Estado constitucional– como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas. Pero la objetividad del Derecho y la cuestión de la única *respuesta* correcta es un tema que bien puede quedar para otra ocasión.