

## PONDERACIÓN Y SENTIDO COMÚN JURÍDICO

Manuel Atienza

1.

En muchas ocasiones, la teoría del Derecho, o cierta teoría del Derecho, se ocupa de cuestiones que no parecen interesar mucho ni a quienes cultivan otras disciplinas jurídicas ni a los juristas prácticos. Pongo tres ejemplos que me vienen ahora a la cabeza: la distinción entre permisos en sentido fuerte y en sentido débil, sobre la que tanto se ha escrito en la iusfilosofía del mundo latino en los últimos años; la enésima interpretación de algún aspecto de la teoría del Derecho de Kelsen ( la norma fundamental, pongamos por caso); o la socorrida distinción entre positivismo jurídico incluyente, excluyente y normativo, que al común de los juristas suele dejarle bastante indiferente. No pretendo decir que esos problemas no sean importantes. Hasta cierto punto lo son, y creo que un conocimiento básico de los mismos y de las soluciones que se han propuesto para ellos resulta (o debería resultar) de interés general para los juristas. Pero me parece también que la sofisticación a la que se ha llegado en el análisis de esas cuestiones recuerda demasiado a las burlas que von Ihering dirigía a los juristas (formalistas) entretenidos, en su cielo de los conceptos jurídicos, en sutilezas carentes de cualquier interés práctico: recuérdese lo de la máquina que permitía partir un cabello en 999.999 partes iguales, y otras lindezas por el estilo. De manera que, sin justificar - por supuesto- el desdén que por el trabajo iusfilosófico muestra muchas veces el resto de los juristas, no puede descartarse tampoco que los filósofos del Derecho tengamos alguna responsabilidad a la hora de explicarse esa falta de interés.

De hecho, hay algunas cuestiones últimamente muy tratadas en la teoría del Derecho que sí parecen haber tenido una considerable repercusión en otras disciplinas jurídicas y, muy en especial, en la práctica del Derecho. Pondré también tres ejemplos de ello: el concepto de principio jurídico (y la distinción entre los principios y las reglas); el (neo)constitucionalismo, que algunos tribunales (como el Tribunal Constitucional del Ecuador) parecen considerar como la teoría del Derecho propia de su sistema jurídico y, por extensión, de los sistemas del Estado constitucional avanzado; y la ponderación, en cuanto método peculiar de razonamiento jurídico.

En no pocas ocasiones, esas tres nociones aparecen estrechamente conectadas. Así, Ferrajoli (2012) ha contrapuesto recientemente su concepción positivista (garantista) del Derecho a lo que llama “constitucionalismo principialista o argumentativo”, y caracteriza esta última postura por el papel sobresaliente que otorga a los principios y a su método peculiar de aplicación, la ponderación, y por la tendencia a identificar o a no distinguir con la suficiente claridad entre el Derecho y la moral; todo lo cual le lleva a proponer para esta última concepción el rótulo de “neoconstitucionalismo” que, sin embargo, no le parece en absoluto apropiado para el “constitucionalismo” (sin el “neo”) garantista o normativista que él propugna. Y esquemas parecidos pueden encontrarse en muchos otros autores. Por ejemplo, García Amado (2008) califica a las concepciones “neoconstitucionalistas” de “iusmoralistas” y las critica precisamente por dejar de lado al Derecho positivo (lo establecido por el legislador) y pretender sustituir a esa autoridad democrática (si se trata del sistema jurídico de un Estado de Derecho) por las preferencias morales del teórico de turno que se justificarían (falazmente) mediante el recurso a los principios y a la ponderación.

Yo también creo que los tres conceptos a los que me estoy refiriendo están estrechamente relacionados entre sí. Pero ocurre que se trata de conceptos extraordinariamente confusos quizás debido, sobre todo, a que con mucha frecuencia se

usan en el contexto de polémicas en las que no se trata tanto de entender al otro, cuanto de derrotarle en el transcurso de una discusión. En mi opinión, esa falta de claridad conceptual se detecta tanto entre los teóricos que hacen uso de, o que han elaborado, esas categorías, como entre los prácticos que parecen haber decidido utilizarlas en su trabajo de aplicación e interpretación del Derecho. Pongo un ejemplo de cada una de esas dos situaciones.

En el trabajo de Ferrajoli al que me acabo de referir (Ferrajoli 2012), a mí me incluía dentro de lo que él denominaba “neoconstitucionalismo” “tendencialmente iusnaturalista”, “constitucionalismo principialista o argumentativo”, etc. Sin embargo, y con independencia del carácter más o menos adecuado de esos rótulos, la diferencia entre lo que él pensaba que yo pienso (sobre cómo entender los principios, la ponderación o la separación/distinción entre Derecho y moral) y lo que realmente pienso al respecto es considerable (lo que no quiere decir que entre nosotros no haya ninguna diferencia: las hay, sobre todo, en un par de extremos que me parecen significativos: yo no soy iuspositivista y defiendo el objetivismo moral). Y algo parecido puede decirse, me parece, de las críticas que Ferrajoli dirige a los autores que engloba dentro del “neoconstitucionalismo”: Alexy, Dworkin o Nino sostienen, en mi opinión, tesis que no son exactamente las que Ferrajoli les atribuye. El otro ejemplo que aquí quiero poner –digamos, para “compensar”– se refiere al uso que muchos tribunales latinoamericanos hacen precisamente de la teoría del propio Ferrajoli: con muchísima frecuencia se apoyan en él para defender el tipo de planteamiento que suele calificarse de “activista” (también este, por lo demás, un término necesitado de clarificación) sin advertir, al parecer, que Ferrajoli es un crítico severo de esas posiciones y un ferviente defensor del deductivismo jurídico en relación con la jurisdicción. Los jueces, en su opinión, no son (no deben ser) órganos creadores de Derecho (usando procedimientos como la ponderación), sino que tienen que aplicar el Derecho en forma silogística (deductiva) para no invadir competencias (legislativas) que no les corresponden. Ferrajoli no se ha cansado de repetir que la jurisdicción (de acuerdo con su concepción garantista del Derecho) sólo puede (para ser legítima) cumplir una función *cognoscitiva*: y sólo se puede conocer, naturalmente, algo previamente existente.

Bueno, yo no me voy a ocupar en esta conferencia más que del tercero de estos tres conceptos: el de ponderación. Pero dada la estrecha conexión existente con los otros y la confusión a la que acabo de referirme, he de empezar por aclarar algunas cosas en relación con esas dos nociones.

A propósito de los principios, me parece que una de las mayores fuentes de confusión viene de la manera como se contraponen los principios a las reglas. Y lo que en mi opinión habría que aclarar al respecto es lo siguiente. Los principios y las reglas son dos tipos característicos de enunciados jurídicos, aunque no sean los únicos; hay muchas otras “piezas” que componen un sistema jurídico: definiciones, enunciados de valor, normas constitutivas, etc. Hace años traté de construir, con Juan Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero 1996), una teoría de los enunciados jurídicos en la que tanto los principios como las reglas las veíamos (desde el punto de vista estructural) como enunciados condicionales. Pero la diferencia estribaba en que el antecedente (el supuesto de hecho) en el caso de los principios tenía un carácter “abierto” (en las reglas sería “cerrado”) que podía expresarse también (siguiendo la terminología de von Wright) diciendo que los principios son “normas categóricas”: sus condiciones de aplicación (supuesto de hecho) no contienen otras propiedades que las derivadas del propio contenido de la norma. Digamos: Prohibido discriminar por razón de sexo (siempre que exista una oportunidad de efectuar un acto de ese tipo). Naturalmente, la

distinción (entre principios y reglas) tiene un carácter gradual, puesto que las condiciones de aplicación pueden ser más o menos abiertas o cerradas, de manera que pueden presentarse perfectamente casos de vaguedad: normas respecto de las cuales puede ser dudoso si debemos calificarlas como reglas o como principios. Pero, además, dado que todas (o casi todas) las reglas de un sistema jurídico (como ocurre en general con los enunciados condicionales) tienen carácter derrotable (pueden tener excepciones), eso ha llevado a muchos críticos a negar que tenga sentido distinguir entre reglas y principios o, cuando menos, a negar que pueda hablarse de una distinción de carácter “cualitativo”. Ahora bien, si lo que se pretende con ello es negar la relevancia de la distinción, entonces me parece que se está olvidando una cuestión muy importante, a saber: que los principios se presentan directamente como enunciados derrotables, esto es, son razones no perentorias, mientras que la vocación de las reglas es la de no resultar derrotables (son razones perentorias) por más que, en circunstancias excepcionales, puedan serlo. En resumen, la distinción entre reglas y principios, sí que es una distinción relevante (imagino que es eso lo que quiere decirse con “distinción cualitativa”) pero no deberíamos verla en términos “esencialistas”, sino como una distinción funcional y dinámica (lo que no excluye que pueda presentarse también en términos estructurales). Eso tiene como consecuencia, por ejemplo, que carezca en mi opinión de sentido discutir acerca de si los derechos fundamentales son (se expresan en) reglas o en principios. El análisis normativo de un derecho (y los derechos no pueden entenderse únicamente en ese plano: tienen también una dimensión de valor inequívoco) exige tomar en consideración tanto principios como reglas. Y lo mismo puede decirse, en general, a propósito de cualquier problema jurídico de alguna importancia: su análisis (y su resolución) supone el uso tanto de principios como de reglas.

Y por lo que hace a lo del “neoconstitucionalismo”, quisiera dejar claro desde el comienzo que, a mi juicio, a pesar de su gran difusión, se trata de una expresión equívoca y equivocada o, cuando menos, muy poco afortunada desde el punto de vista de la claridad conceptual ya que bajo esa denominación suelen incluirse concepciones del Derecho que realmente son muy distintas entre sí, por no decir que incompatibles. Por eso, mi propuesta es que reservemos ese término, “neoconstitucionalismo”, para englobar únicamente a las concepciones que efectivamente aceptan ese rótulo, lo que significa dejar fuera de su ámbito de aplicación tanto al constitucionalismo positivista de Ferrajoli, como al constitucionalismo no positivista (o postpositivista) en el que cabrían autores como Dworkin, Alexy, Nino o el último MacCormick. Los neoconstitucionalistas, de acuerdo con mi propuesta, serían precisamente los que tienden a ver el Derecho como un conjunto de principios (reducen las reglas a principios), de manera que incurrirían en un tipo de reduccionismo opuesto al de los positivistas (ciertos positivistas) que no ven en el Derecho más que reglas. Unos y otros vendrían a coincidir, por ello, en sostener una visión empobrecida del Derecho debido, en buena medida, a no comprender el carácter complejo de la distinción entre reglas y principios y la importancia que la misma tiene en la conceptualización del Derecho. Incurren, dicho de otra manera, en una de las modalidades de la falacia de la “falsa oposición”: en el Derecho no se trata de optar entre reglas y principios, sino de conjugar esas dos necesarias dimensiones de nuestros sistemas jurídicos.

2.

Volvamos entonces a la ponderación. Antes decía que es uno de los problemas abordados por los teóricos del Derecho que sí importan a los prácticos, y ahora añado

que con toda razón. En realidad, no hay caso, de esos que solemos llamar difíciles, para cuya solución los juzgadores no tengan que usar, de una u otra forma, el razonamiento ponderativo. En los primeros días de agosto, en los que comienzo a escribir esta conferencia, el Tribunal Supremo español (la sala primera de lo civil) ha dictado una sentencia (de 3 de junio de 2014) que ha sido recogida por todos los medios de comunicación del país. Lo esencial del fallo consiste en desheredar a unos hijos por haber incurrido en maltrato psicológico de su padre. El Código civil español establece, como causa de desheredación, el “maltrato de obra”, y lo que ahora hace el TS es interpretar esa noción de manera que en la misma se incluya también el maltrato psicológico. La defensa de los hijos aducía (en su recurso contra una decisión de una Audiencia en el mismo sentido que ahora ha ratificado el Supremo) que con ello se abandonaba el campo del Derecho para ingresar en el de la moral, y el TS se vale, entre otros argumentos, del principio de la dignidad de la persona y de la ley orgánica contra la violencia de género que, específicamente, incluye el maltrato psicológico como un tipo de violencia. Bueno, sin entrar en muchos detalles, cabría decir que el tipo de argumento utilizado por el tribunal español en este caso es básicamente la analogía: el maltrato psicológico se equipara al maltrato de obra. Pero no puede olvidarse que el razonamiento analógico (vid. Atienza 1986) contiene, en sus premisas, una necesaria apelación a principios jurídicos que resultan, de alguna forma, ponderados: en este caso, el principio de justicia sustantiva (no favorecer a un maltratador) habría prevalecido sobre el de seguridad jurídica (el esgrimido por los hijos). Si las cosas se vieran de otra forma (si se pensara que la seguridad jurídica juega en esa contraposición un papel prevalente), entonces parece obvio que no se hubiese procedido a la analogía. Por lo demás, el parecido de este caso con el que Dworkin hizo famoso para ilustrar su tesis de que el Derecho no consta únicamente de reglas, sino también de principios (el *Riggs v. Palmer*), podría llevar a plantearnos esta cuestión: ¿qué hubiese ocurrido, que habría hecho el TS español, si en el código civil no se incluyera ni siquiera esa referencia al “maltrato de obra”?; o, dicho de otra manera, ¿cómo hubiese discurrido entonces su ponderación?

En mi opinión, desde el punto de vista teórico, disponemos de todo un arsenal conceptual no muy difícil de exponer y que podría facilitar mucho el trabajo de los prácticos, de los aplicadores del Derecho, cuando tienen que recurrir a la ponderación; aunque no exista –no podría existir– algo así como una receta mágica cuya aplicación permita sin más resolver esos problemas. ¿Cómo se explica entonces que ese tema de la ponderación se haya vuelto tan polémico y que esté dando lugar, yo creo, a tantos malentendidos? En mi opinión, parte de la explicación (la parte “legítima”) tiene que ver con una diferencia de fondo que atañe a la manera de concebir el Derecho y que, a su vez, tiene su razón de ser en una inevitable ambivalencia que presentan nuestros Derechos (probablemente todos los Derechos) y que puede reconducirse a la clásica contraposición entre seguridad (la certeza que proveen las reglas) y justicia (que en muchos casos sería imposible lograr sin cierta flexibilidad que sólo puede alcanzarse “ponderando” los diversos principios o valores que subyacen a las reglas). O sea, hay aquí un difícil ejercicio de equilibrio y es comprensible que diversos autores, diversos juristas, tiendan a enfatizar más uno u otro de esos dos valores enfrentados. La parte “ilegítima” de la explicación se relaciona, por el contrario, con las dificultades que encuentra la discusión racional para abrirse camino en ciertos campos muy proclives a la influencia de la ideología y, por consiguiente, a la comisión de todo tipo de falacias. No me refiero por lo tanto aquí a las (anteriores) dificultades objetivas y que podemos considerar como inevitables, sino a las que tienen que ver con ciertas actitudes subjetivas que muchas veces bloquean el discurso racional: un afán desmedido por ser

original, crítico o polémico; la pereza intelectual (o algo peor) que suele llevar a no hacer un esfuerzo por entender bien lo que el adversario teórico está diciendo; rencillas de escuela o simplemente personales; o el clásico “sostenella y no enmendalla”. Naturalmente, nadie está a salvo de incurrir en esos vicios epistémicos y, por eso, además de estar abiertos a la discusión con otros, conviene que seamos conscientes de la importancia que tiene mantener una actitud de autocrítica, de vigilancia sobre nosotros mismos. No es sólo cuestión de honradez personal, sino una condición necesaria para hacer progresar la teoría del Derecho y la cultura jurídica.

¿Qué es lo que puede decirse entonces sobre el tema de la ponderación y que, yo creo, deberíamos considerar algo así como el sentido común jurídico en la materia, a partir del cual (pero no antes) habría que plantear las cuestiones verdaderamente controvertibles? Bueno, me he ocupado varias veces de ese tema y en un trabajo de hace algunos años, titulado “A vueltas con la ponderación” (en Atienza y García Amado 2012), he tratado de fijar cuales serían, a mi juicio, esos puntos de partida que tendrían que ser aceptados por todos, presentándolos como un conjunto de respuestas en relación con las tres grandes cuestiones (o grupos de cuestiones) que la ponderación parece suscitar: 1) ¿en qué consiste?, ¿cuáles son sus características en cuanto tipo de razonamiento específico? y ¿de qué manera 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?

Pues bien, la contestación a esas preguntas podría sintetizarse, me parece, como sigue:

Ad 1) La ponderación es un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero –la ponderación en sentido estricto- se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles: por ejemplo, el principio de libertad de expresión, a considerar permitida tal tipo de conducta; y el principio de respeto a la intimidad, a considerarla prohibida. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios (por ejemplo, el de libertad de expresión) derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida.

Naturalmente, la dificultad de ese razonamiento radica en la segunda premisa, y aquí es precisamente donde se sitúa la famosa “fórmula del peso” ideada por Robert Alexy (2002) que vendría a ser, por lo tanto, la “justificación externa” de esa segunda premisa. Como todo el mundo sabe a estas alturas, lo que viene a decir Alexy es que, cuando se producen choques entre principios (lo que para él equivale a decir, entre derechos) esos conflictos deben resolverse aplicando el principio de proporcionalidad que, a su vez, consta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto; este último, a su vez, 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 concreta, a través de tres variables, en la fórmula del peso, siendo esas variables el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Si existe un

empate (el peso de los principios es idéntico), entonces es cuando entran en juego las reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor del criterio del legislador (la deferencia al legislador).

Bien, esa doctrina alexyana, al menos tal y como ha sido entendida por muchos juristas (no tanto por él), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión (Vaz Ferreira 1962). Pues, como se sabe, Alexy atribuye un valor matemático a cada una de esas tres variables y construye así una regla aritmética que crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo, ocultando en consecuencia que la clave de la fórmula radica, como es muy obvio, en la atribución de esos valores: o sea, en determinar si la afectación es intensa, moderada o leve, etc. Sin embargo, si la construcción alexyana se entiende sensatamente, nos damos cuenta de que lo único que nos está proporcionando es algo así como una tópica que nos ayuda a argumentar, a construir la justificación externa de esa segunda premisa: lo que viene a decir es que, cuando se trata de resolver conflictos entre bienes o derechos (o entre los principios que los expresan: X e Y) y tenemos que decidir si la medida M está o no justificada, los “lugares” a los que tenemos que acudir (que podrían traducirse también en “preguntas críticas” a hacerse) son: “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 en abstracto) X pesa más – es más importante- que Y”; etc.

Yo diría que puro sentido común, pero que puede ser bastante útil para llevar adelante una discusión ordenada al respecto, por ejemplo en el seno de un tribunal. Y, en realidad, esa parece haber sido también la intención de Alexy cuando afirma que su fórmula del peso, en relación con la ponderación, es el equivalente al *modus ponens* a propósito de la subsunción: un esquema simplemente formal. Su error, en mi opinión, ha sido más bien retórico, de presentación, quizás motivado por la manía germánica por el orden y los números, por establecer reglas exactas y de aplicación automática para la resolución de todos los problemas. Los europeos del sur sabemos últimamente mucho de ello a propósito de la obsesión de los alemanes por evitar la inflación y por hacernos seguir reglas de austeridad que tanto están contribuyendo a deteriorar gravemente la situación económica (y no sólo) de Europa: un deterioro del que probablemente tampoco se librará la propia Alemania. Pero, en fin, ni Alexy ni su doctrina de la ponderación tienen la culpa de eso; al contrario, introducir algo de ponderación, de flexibilidad, en la aplicación de esas políticas económicas podría equivaler a introducir también algo de sensatez: el razonamiento económico guarda sin duda cierto parecido con el jurídico.

Ad 2) La contestación a la pregunta de cuándo hay que ponderar es también bastante evidente: cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (frente a los casos difíciles) y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios. Aquí, a su vez, es importante distinguir entre dos tipos de lagunas (de lagunas en el nivel de las reglas): las normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que aquí, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete (no el legislador) el que genera la laguna.

Pues bien, si se entiende que el Derecho, el sistema jurídico, no es necesariamente completo, en el nivel de las reglas, esto es, que puede tener lagunas normativas, entonces no queda otra opción que aceptar que el juez (que no puede negarse a resolver un caso) tiene que hacerlo acudiendo en esos supuestos a principios, es decir, ponderando. Mientras que, en relación con las lagunas axiológicas, el juez podría resolver sin ponderar, pero correría entonces el riesgo de incurrir en formalismo, o sea,

no podría cumplir, en esos casos de desajustes valorativos, con la pretensión de hacer justicia a través del Derecho.

La pregunta de cuándo está justificado acudir a la ponderación y cuándo no (en relación con los supuestos de lagunas axiológicas: que es cuando la pregunta se plantea) no puede contestarse en abstracto, pero me parece que puede ser útil distinguir tres situaciones que, recurriendo a la conocida terminología de Schauer (2004), podrían expresarse en términos de tres tipos distintos de desajustes: a) entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla: los propósitos para los que se dictó; b) entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto; c) entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente al ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico. Sin entrar en detalles, yo creo que podría decirse (que el sentido común jurídico nos dice) que en el primer caso no es difícil justificar que se debe ponderar; por acudir a un ejemplo socorrido: aunque la regla diga que está prohibido entrar a un restaurante con un perro, la prohibición debemos extenderla también a los osos, pero no al perro lazarillo de un cliente ciego. Que en el tercero no lo está nunca, pues supondría dejar de jugar al juego del Derecho. Y que en el segundo es donde se plantean los supuestos más complejos: en ocasiones puede estar justificado ponderar (en otras no), pero tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla.

Ad 3) Finalmente, la pregunta de si la ponderación es un procedimiento racional debe contestarse, en mi opinión, en el sentido de que puede serlo, aunque no siempre lo sea: obviamente, es posible ponderar mal o ponderar cuando (o por quien) no debe hacerlo. Por lo demás, la noción de racionalidad que aquí se está manejando no puede ser otra que la noción general que puede encontrarse en los procesos jurídicos argumentativos, y que hace referencia a una serie de criterios de naturaleza formal, material y pragmática. Justificar, motivar, una decisión judicial quiere decir poner las buenas razones relevantes para el caso en una forma adecuada para lograr la persuasión. Algo relativamente simple de alcanzar, o de cumplir, en los casos fáciles (cuando hay una regla que controla el caso y que no resulta discutible) y mucho más arduo en los casos difíciles, en los que tenemos que manejar principios y recurrir (con un alcance mayor o menor) a la ponderación.

En un trabajo que tiene ya algunos años (Atienza 1996) traté de explicar en qué consistía esa racionalidad práctica o ponderativa, a partir del análisis de una serie de casos resueltos por el Tribunal constitucional español a propósito de los conflictos que se producían entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro. Señalaba que el Tribunal había ido construyendo en su jurisprudencia una serie de reglas mediante un método que se basaba en la conformación (más o menos explícita) de una taxonomía que permitía fijar categorías de casos cada vez más específicos (por ejemplo, conflictos entre libertad de información y derecho al honor, entre libertad de información que afecta a una persona con relevancia pública y derecho al honor, etc.) y estableciendo, en relación con cada una de esas categorías, lo que llamaba “reglas de prioridad” (por ejemplo: “cuando se trata de un conflicto entre la libertad de información que afecta a una persona con relevancia pública y el derecho al honor, entonces tiene prioridad la libertad de información, a no ser que...”). Y lo que me parecía (y me parece) importante destacar es que, cuando la ponderación se hace de manera adecuada, la construcción de esa taxonomía y de esas reglas de prioridad no sigue un procedimiento arbitrario, aleatorio, sino que el tribunal se guía precisamente por lo que solemos llamar criterios de

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

3.

Como antes decía, toda esta doctrina me parece que tendría que considerarse como sentido común jurídico; si se quiere, tópicos, puntos de partida, comúnmente aceptados. Pero lo que ofrece la teoría del Derecho contemporánea, por lo menos a primera vista, es un panorama muy distinto, pues prácticamente todas y cada una de las anteriores afirmaciones parecen haber sido cuestionadas. Examinemos entonces (algunas de) esas críticas, siguiendo el mismo esquema que hasta aquí traíamos.

3.1. A propósito de la estructura de la ponderación, es frecuente contraponer sin más la subsunción a la ponderación, el uso de esquemas de aplicación de carácter lógico-deductivo a la arbitrariedad subjetiva del juzgador (en esto se traduciría la apelación a la ponderación). Pero, como hemos visto, es perfectamente posible reconstruir el argumento ponderativo con una fórmula lógica, análoga (aunque algo más compleja: recuérdese que contiene dos tramos, el segundo de los cuales es una subsunción) al *modus ponens*. En uno y otro caso (o sea, según se parta de principios o bien de una regla como premisa mayor) se puede hablar de justificación interna (paso de las premisas a la conclusión) y de justificación externa (establecimiento de las premisas) y la dificultad argumentativa, naturalmente, está en esto último, en el establecimiento de las premisas que, tampoco en relación con la subsunción, se puede llevar a cabo mediante procedimientos puramente deductivos: de ahí la importancia de los cánones de interpretación, en relación con la premisa normativa, y de los criterios (probabilísticos, inductivos) de apreciación de la prueba, en relación con la premisa fáctica. De manera que ni la llamada subsunción se puede reducir a un procedimiento puramente deductivo, ni deja de haber tampoco en la ponderación un armazón lógico, deductivo.

Otra crítica usual consiste en oponerse a la ponderación (o a cierta manera de entenderla) por su carácter casuístico, particularista. En eso se basa, por ejemplo, la crítica que Moreso le ha dirigido a Alexy. En opinión de Moreso, Alexy habría propuesto un modelo de ponderación *ad hoc*, puesto que “una sola propiedad diferente puede comportar una solución diferente para el caso” (Moreso p. 24). Pero me parece que esta última afirmación se sustenta claramente en un error de interpretación respecto a lo que Alexy (y, creo, cualquier defensor sensato de la ponderación) realmente dice. Una sola característica diferencial puede, efectivamente, justificar que se haga una excepción, que se modifique la regla de prioridad de que antes habíamos hablado, pero recuérdese que la conclusión del primer tramo del esquema ponderativo es una regla. De manera que introducir en ella una nueva característica (una excepción) no quiere decir que se abandone el principio de universalidad, ni que se incurra en ningún tipo de casuismo o de particularismo. Lo que Moreso presenta como una alternativa (lo que llama “estrategia especificacionista”) no es, por ello, nada distinto a lo planteado por Alexy. Repitémoslo una vez más: lo que importa (para cumplir con la exigencia de universalidad) no es si una o varias características distintivas permiten elaborar una nueva categoría, sino que esa taxonomía se construya de manera consistente y

coherente: que siempre que aparezca(n) esa(s) propiedad(es) diferente(s) se esté dispuesto a aplicar la misma solución (que los casos iguales se traten igual); y que las distinciones consideradas relevantes estén justificadas de acuerdo con los principios y valores del ordenamiento (que se haya operado de manera coherente).

3.2. Quienes niegan que está justificado utilizar en el Derecho (en la aplicación del Derecho; el recurso a la ponderación por parte del legislador lo hemos dejado fuera de nuestro tema) procedimientos ponderativos sustentan también la tesis de que el Derecho puede verse exclusiva o muy preponderantemente como un sistema de reglas. Es la postura que puede encontrarse en positivistas como Ferrajoli (2012) o como García Amado (2008) y que, como antes decía, viene a ser la contrafigura del neoconstitucionalismo, que no ve en el Derecho más que principios (puesto que estos autores reducen las reglas a principios). Ambas concepciones me parecen equivocadas y llevan, argumentativamente, a exagerar, respectivamente, el papel de la subsunción o el de la ponderación. En concreto, la pretensión de los primeros de esos autores (los positivistas) de prescindir de la ponderación me parece insostenible, por lo siguiente.

En primer lugar, porque aunque se tenga la idea de que el Derecho consiste exclusiva o fundamentalmente en un sistema de reglas, a mi juicio no se puede negar la posible existencia de lagunas normativas: casos no resueltos, o no resueltos con claridad, por el sistema de las reglas. Se podría decir (algunos dicen) que, en esos casos, el jurista no necesita recurrir a la ponderación, sino que le basta con la subsunción y con el manejo de los clásicos argumentos interpretativos. Pero estos últimos argumentos (recuérdese el ejemplo de la analogía) no son en realidad ajenos a los principios y, por lo tanto, a la ponderación. Me parece que aquí puede haber un cierto uso persuasivo del lenguaje, amparado en el hecho de que la expresión “interpretación” parece resultar más fácilmente aceptable para muchos que la de “ponderación”. Pero, como digo, creo que es una mera cuestión de palabras y, por lo demás, considero que, en un sentido suficientemente amplio de la expresión, la ponderación sigue siendo un procedimiento interpretativo.

Y, en segundo lugar, en relación con las lagunas axiológicas, es cierto que aquí podría evitarse recurrir a la ponderación (o sea, no reconocer nunca una laguna axiológica). Pero el riesgo que se asume entonces –como ya antes había dicho– es que se incurriría en una concepción férreamente formalista del Derecho que, me parece, muy pocos estarían dispuestos a defender. Para pensar así habría, por ejemplo, que sostener (como –creo– lo hace García Amado [2008]) que nunca está justificado reconocer una excepción implícita en una norma jurídica. Pero esa (extremista) posición resulta claramente negada por muchos otros autores positivistas, como Hart (1962), Alchourrón (2000) o Schauer (2004). O sea, no es una tesis compatible, en mi opinión, con el positivismo no formalista.

3.3 Finalmente, la crítica de la ponderación por tratarse de un procedimiento carente de control racional va, en general, unida al no cognoscitismo valorativo. Como –se dice– los valores no son otra cosa que preferencias subjetivas (de carácter individual o no) y la ponderación supone el uso de valoraciones, el resultado de la misma, se concluye, no puede ser otro que un ejercicio de subjetividad. Se ironiza, por ello, a propósito de la falta de un “ponderómetro” o con la tendencia de quienes defienden y efectúan ponderaciones a hacer pasar sus preferencias subjetivas como si fuesen juicios objetivos (racionalmente fundados), cuando realmente el recurso a la ponderación no es más que una estrategia (que pretende revestirse de racionalidad argumentativa) para esquivar el carácter autoritativo del Derecho (los mandatos del legislador) y convertirse, por lo tanto, en un instrumento al servicio de los intereses políticos del juzgador. Vendría a ser, revestida ahora de moralismo, la misma estrategia puesta en circulación

en los años setenta por los “alternativistas” (los promotores, en Italia –luego se trasladó a otros países-, del “uso alternativo del Derecho”) que, sin embargo, aducían más bien razones de tipo político. Y, por cierto, quizás la aversión que autores como Ferrajoli o Guastini sienten ahora por la ponderación pudiera tener que ver con su pasado “alternativista” y con su posterior alejamiento de ese movimiento.

Esa crítica a la ponderación, por cierto, puede estar justificada en algunos casos, pero no puede servir como una descalificación *in toto*. O sea, es verdad que el discurso valorativo se usa muchas veces con intereses espurios y que es necesario ser cautos al respecto. Pero eso es una cosa, y otra, muy distinta, negar que pueda argumentarse racionalmente en relación con valores, pensar que en este campo no hay espacio para hablar de buenas y malas razones, o de razones mejores o peores. Hay, como he tratado de mostrar, una racionalidad en la ponderación, pero esta no consiste simplemente en seguir las reglas de la lógica (aunque, por cierto, tampoco en infringirlas). Consiste en guiarse por criterios de racionalidad práctica como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias, el atender a la moralidad positiva y a la moralidad crítica y, en último término, a la razonabilidad. Lo que presupone también aceptar que el campo de la racionalidad no se limita al de los enunciados analíticos y los enunciados empíricos. Si así fuera, ciertamente el discurso jurídico quedaría seriamente cercenado, puesto que una buena parte del mismo (del que construyen tanto los juristas teóricos como los prácticos) caería claramente fuera de esos límites, de los límites de la racionalidad. Es, por cierto, posible encontrarse con concepciones del Derecho coherentes con esa noción estrecha de la racionalidad pero, inevitablemente, esa coherencia tiene que pagar un alto precio: el de la irrelevancia teórica. Si renuncia al discurso normativo y valorativo, la dogmática jurídica y la teoría del Derecho no podrán servir de mucha ayuda al jurista práctico.

Un caso un tanto singular es el de Jürgen Habermas quien, a pesar de haber construido una teoría moral que es uno de los modelos de objetivismo moral, ha criticado sin embargo con gran dureza precisamente la teoría de la ponderación de Alexy. Según Habermas (1998), la ponderación escapa a todo rigor conceptual y lógico, y al interpretar Alexy los principios en términos teleológicos (valorativos) y no normativos (por “normativo” parece entender Habermas lo que se refiere a las normas de acción) hace que los derechos no puedan verse ya como normas “que obligan a sus destinatarios sin excepciones”, sino como valores que Habermas entiende como “preferencias intersubjetivamente compartidas” y que pueden competir entre sí. Habermas tiene aquí un punto de razón al mostrar la existencia de cierta confusión en el planteamiento de Alexy, en cuanto este último considera todos los principios como mandatos de optimización, de manera que parecería que está introduciendo una argumentación de tipo economicista, un análisis coste-beneficios, según la cual los derechos no serían ya límites al poder político (“triumfos”) puestos en manos de los individuos, sino algo que se puede poseer en mayor o menor grado, dependiendo de las circunstancias. Pero (sin poder entrar aquí en todos los detalles que serían necesarios para aclarar completamente este punto), me parece que el planteamiento de Habermas tiene el grave defecto de que ve las cosas de demasiado lejos, esto es, la suya es una filosofía del Derecho de los filósofos, bastante ajena a la experiencia jurídica. Y de ahí la ingenuidad del procedimiento que Habermas propone en lugar del recurso a la ponderación: hallar de entre las normas aplicables *prima facie* aquella que mejor se acomode a la situación descrita en la forma más exhaustiva posible. Pues, dado que para ello, como el mismo Habermas reconoce, lo fundamental sería una argumentación de tipo coherentista, ¿puede pensarse que hay alguna teoría de la coherencia que sí consigue (a diferencia de la ponderación) eliminar por completo los riesgos de

arbitrariedad? ¿Cuál sería? ¿Y acaso no supone el planteamiento de Alexy una amplia utilización de la coherencia? ¿No ocurrirá que, a fin de cuentas y sin ser consciente de ello, lo que realmente está planteando Habermas no es otra cosa que el recurso a la ponderación, presentada de una manera algo distinta (yo diría que más abstracta) de lo que lo hace Alexy?

4.

Plantearé ahora, y a modo de conclusión de todo lo anterior, cuáles son, en mi opinión, los problemas reales (y bien importantes) que merecería la pena discutir a propósito de la ponderación.

1) Si tengo razón en lo anteriormente expuesto, entonces lo que tiene sentido plantearse no es si uno está a favor o en contra de la ponderación, sino cuándo está justificado recurrir a la ponderación, con qué límites, qué diferencias hay (debe haber) entre la ponderación que lleva a cabo el legislador, el juez o un órgano administrativo, etc. Cuestiones, en definitiva, más específicas de las que suelen plantearse los teóricos del Derecho y que presuponen la aceptación de ciertos puntos de partida: lo que vengo llamando “sentido jurídico común”.

2) Eso lleva a pensar también que lo que probablemente más necesitamos para entender a fondo el problema de la ponderación no son ya teorías muy abstractas, ni tampoco análisis de casos aislados. El mayor interés, en mi opinión, radica en investigaciones de un grado medio de abstracción, dedicadas a mostrar cómo funciona el razonamiento ponderativo a propósito de problemas jurídicos particularmente significativos. Lo que quiere decir que hay aquí un trabajo muy importante por hacer y que debería correr a cargo de dogmáticos del Derecho y/o de juristas prácticos que estén al tanto de los desarrollos teóricos a que vengo refiriéndome: que compartan ese sentido jurídico común.

3) También deberíamos tomarnos muy en serio la necesidad de incorporar y desarrollar investigaciones de carácter empírico. Por ejemplo, es muy frecuente acusar de “activistas” a los jueces que recurren explícitamente a la ponderación en sus decisiones. Pero faltan realmente investigaciones empíricas que muestren en qué se traduce en la práctica ese comportamiento “activista”, cuándo (frente a qué tipos de casos) tiene lugar, quiénes son los jueces activistas, qué consecuencias tienen ese tipo de decisiones, etc. ¿Sabemos con alguna precisión (para poner un ejemplo relevante) cuál ha sido la eficacia de las decisiones del tribunal constitucional colombiano en materia de derechos sociales (un campo en el que la ponderación –y el presunto activismo- de los jueces parece haber jugado un papel significativo)?

4) Este planteamiento realista de los estudios sobre la ponderación (“realista” porque trata de insertarlos en la vida del Derecho y, en particular, en la experiencia judicial, ampliamente entendidas) puede proporcionar también una excelente piedra de toque para evaluar las teorías del Derecho. Quizás nos permitiera, entre otras cosas, comprobar la falta de realismo de muchos enfoques sobre el Derecho que se califican a sí mismos de realistas: estoy pensando en concepciones (muy críticas con la ponderación) como el que promueve el realismo jurídico genovés o el realismo de autores como Enrique Haba (vid. Haba 2014).

5) Las investigaciones de alcance medio como las que antes señalaba facilitarían también, en mi opinión, un análisis “operativo” de la argumentación con valores. Lo que quiero decir con esto es que conceptos como “libertad”, “igualdad” o “seguridad” pueden resultar intratables cuando se manejan como nociones puramente abstractas. Pero resultan mucho más accesibles al análisis si de lo que se trata es, por ejemplo, de precisar la distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información, de

mostrar bajo qué circunstancias parece tener sentido decir que prevalecen o no prevalecen frente al valor de la intimidad (que, a su vez, podría especificarse de diversos modos), etc. Eso no supe, por cierto, la necesidad de contar con una teoría general de los valores, paralela a la teoría general de la norma (y de la norma jurídica), que, me parece, constituye una de las mayores lagunas en la teoría del Derecho contemporánea. Podría incluso servir como acicate para los teóricos del Derecho.

6) Todo lo anterior no supone, por supuesto, que los teóricos del Derecho no tengan ya nada más que decir en el terreno de la ponderación. Hay todavía muchas cuestiones de interés insuficientemente analizadas. Creo que una de ellas es la de aclarar la noción de ponderación en relación con la de interpretación o la de discrecionalidad. Y otra, desarrollar una teoría adecuada del razonamiento derrotable (en el Derecho) y de las excepciones a las reglas.

7) Finalmente, la ponderación, como todos los problemas importantes en el Derecho, lleva a plantear una contraposición, que a mí me parece crucial, entre dos grandes formas de entender el Derecho. Una parte de que el Derecho es un tipo de realidad que, para entendernos, podríamos equipararla a un libro de normas (los enunciados de las normas y sus significados; las normas válidas y las normas eficaces). La otra, sin negar la existencia de ese tipo de realidad (el sistema jurídico) ve el Derecho esencialmente como una actividad, una empresa consistente en lograr ciertos fines y valores utilizando los materiales del sistema. Eso lleva, a su vez, a entender de manera distinta los límites del Derecho y el lugar de la ponderación en el mismo. Tengo la convicción de que la cultura jurídica de nuestros países dará un gran salto adelante en el momento en que esta segunda concepción se convierta en sentido común jurídico. Y el presentimiento de que ese momento tardará en llegar.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista española de Derecho constitucional*, 66, 2002.

Alchourrón, Carlos: “Sobre Derecho y lógica”, en *Isonomía* 13, 2000.

Atienza, Manuel: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.

-----: “Juridificar la bioética”, en *Claves de razón práctica*, 61, 1996.

Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio: *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

Ferrajoli, Luigi: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012; el libro reproduce el contenido del nº 34 de la revista *Doxa*.

García Amado, Juan Antonio: “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en F. Mantilla, *Controversias constitucionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

Haba, Enrique P.: *Un debate sobre la teoría de la argumentación jurídica*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2014.

Habermas, Jürgen: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

Hart, Herbert: *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962.

Moreso, José Juan: “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

Schauer, Frederick: *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Vaz Ferreira, Carlos: *Lógica viva*, Losada, Buenos Aires, 1962.