

uc3m | Universidad **Carlos III** de Madrid

LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS DE ROBERT ALEXY Y RICCARDO GUASTINI

MICHELE ZEZZA

MATERIALES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Nº 2018 / 03

ISSN: 2531-0240

SEMINARIO PERMANENTE GREGORIO PECES-BARBA

GRUPO DE INVESTIGACIÓN

“Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia”

Serie: Materiales de Filosofía del Derecho

Número: 2018/03

ISSN: 2531-0240

Dirección de la serie: Rafael de Asís
Francisco Javier Ansuátegui

Editor: Seminario Gregorio Peces-Barba
Grupo de investigación “Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia”

Serie disponible en <http://hdl.handle.net/10016/24630>

Dirección: Seminario Gregorio Peces-Barba
Avd. de Gregorio Peces-Barba Martínez, 22
28270 Colmenarejo (Madrid)

Web: <http://www.seminario-gregorio-peces-barba.es>

Correo electrónico: info@seminario-gregorio-peces-barba.es



Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España ([CC BY-NC-ND 3.0 ES](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/))

LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS DE ROBERT ALEXY Y RICCARDO GUASTINI

MICHELE ZEZZA

RESUMEN: El artículo pretende reflexionar, a través del examen de las teorías elaboradas por Robert Alexy y Riccardo Guastini, sobre el grado de imprevisibilidad de las consecuencias jurídicas de la ponderación, y en particular sobre la relevancia de las consideraciones de carácter sustantivo en la interpretación judicial. El objetivo principal consiste en mostrar cómo la ponderación, de por sí, es sólo una técnica de resolución de antinomias entre principios y derechos fundamentales, que puede involucrar tanto elementos discrecionales como elementos racionales, dependiendo de la utilización que se haga de esta herramienta dentro de las circunstancias específicas del caso y en el marco del contexto jurídico-político de referencia.

PALABRAS CLAVE: racionalidad, ponderación judicial, indeterminación normativa

ABSTRACT: By examining the theories of Robert Alexy and Riccardo Guastini, the article aims to study the degree of unpredictability of the legal consequences of balancing and, in particular, the relevance of substantive considerations in the judicial interpretation. The main goal is to show that balancing, *per se*, is just a technique for resolving antinomies between principles and fundamental rights, that can involve both discretionary and rational elements, depending on the use made of such technique in the specific circumstances of the case and within the framework of the legal and political context.

KEYWORDS: rationality, judicial balancing, normative indeterminacy

I. Ponderación judicial e indeterminación normativa

Es ampliamente difundida, en la literatura teórico-jurídica, la idea de que los tradicionales criterios de solución de las antinomias resultan ser inadecuados

para resolver los conflictos entre principios constitucionales atributivos de derechos fundamentales¹. Frente a casos similares de colisión – se sostiene – el intérprete no tiene la posibilidad de recurrir: 1) al criterio “*lex superior derogat inferiori*”, dado que se trata justamente de derechos equi-ordenados en el plano de la jerarquía de las fuentes; 2) al criterio “*lex posterior derogat priori*”, ya que los derechos en cuestión están contenidos en el mismo documento normativo; 3) al criterio “*lex specialis derogat generali*”, puesto que entre las normas que fundan los dos derechos en conflicto no hay una relación de especialidad.

Frente a la imposibilidad de resolver la contradicción normativa declarando la invalidez, la revocación o la derogación de una de las dos reglas en conflicto, el método apropiado de resolución de la antinomia es entonces identificado en la ponderación: una evaluación comparativa de los principios en juego, basado en el análisis de las circunstancias relevantes, lo que lleva a una desaplicación parcial de algunos (o uno) de los principios, y la aplicación del otro. Se trata, en líneas generales, de una técnica argumentativa habitualmente empleada en sede judicial para resolver los casos de colisión entre derechos constitucionales, cuando el caso a decidir resulte simultáneamente subsumible bajo dos o más normas conflictivas (por tanto, todas válidas) y, por otro lado, no exista un criterio jurídico de coordinación formalmente previsto o convencionalmente aceptado por los operadores jurídicos. El principal objetivo de la ponderación – que

¹ «En un sistema normativo pueden convivir perfectamente el reconocimiento de la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, la libertad de expresión y el derecho al honor, la igualdad formal y la igualdad sustancial, el derecho de propiedad y la tutela del medio ambiente o el derecho a la vivienda, la libertad de manifestación y la protección del orden público, el derecho a la tutela judicial y la seguridad jurídica o el principio de celeridad y buena administración de justicia. No cabe decir que entre todas estas previsiones exista una antinomia; pero es también claro que en algunos casos puede entablarse un conflicto que ni puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través de un criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra» (L. Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, a cargo de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, p. 214).

puede ser realizada tanto en el ejercicio del control de constitucionalidad concentrado (como en el caso de las Cortes europeas) así como en la forma generalizada de la *judicial review* (como en el caso de las Cortes norteamericanas y de otros países de *common law*) – consiste en la resolución de conflictos normativos asignando un grado o “peso” diferente a los principios constitucionales.

Ahora bien, un aspecto fundamental del análisis de la estructura de la ponderación consiste en la reflexión sobre el grado de imprevisibilidad de sus consecuencias jurídicas, y especialmente sobre la relevancia que las consideraciones de carácter moral o sustantivo adquieren en las herramientas interpretativas utilizadas en los procedimientos judiciales².

Este problema adquiere una especial importancia dentro de las teorías elaboradas por Robert Alexy y Riccardo Guastini, quienes defienden dos enfoques distintos, sino incluso opuestos, de los márgenes de discrecionalidad que dicha actividad puede implicar: por un lado, una teoría predominantemente normativa de la argumentación que, sobre la base de una concepción de la racionalidad jurídica como un “caso especial” de la racionalidad práctica, analiza la estructura de la ponderación en los términos de un procedimiento decisonal basado en reglas aritméticas y datos cuantitativos; por otro lado, una teoría iusrealista, escéptica y no cognitivista, que apunta sobre todo a representar descriptivamente las prácticas discursivas de los jueces constitucionales y ordinarios.

El problema crucial que estas teorías ponen en evidencia concierne la conformidad de los argumentos judiciales a un modelo de justificación intersubjetivamente compartido³ que sea acorde al valor de la certeza jurídica,

² Sobre el problema de la indeterminación de las decisiones judiciales, con especial referencia al tema de la ponderación, cfr. R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1996; P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminatezza del diritto*, 1997, tr. it., en Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998.

³ Sobre el tema de la racionalidad de la ponderación judicial, véase principalmente: C. Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 26, 77, 2006, pp. 51-75; J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», en Id. (a cura

entendida tanto como uniformidad de las opiniones de los jueces relativas al contenido del derecho, tanto como cognoscibilidad de las normas jurídicas.

II. La teoría de Guastini

II.1. La concepción de la interpretación jurídica

Para comprender la posición de Guastini en materia de ponderación es necesario colocarla en el contexto general de su teoría de la interpretación jurídica⁴.

En una primera fase de su reflexión, Guastini defiende un enfoque ius-realista, inspirado sobre todo en el emotivismo ético de Hans Kelsen, Alf Ross y Giovanni Tarello. Forman parte de esta posición algunas tesis básicas: 1) todo texto jurídico se compone de un conjunto de enunciados normativos o disposiciones que contiene un número finito de normas; 2) cualquier enunciado interpretativo representa, por definición, el resultado de una actividad de carácter volitivo y no cognoscitivo; 3) las normas constituyen el “significado” de los enunciados normativos, el producto de la interpretación-actividad⁵.

La interpretación jurídica, por lo tanto, no consiste en el “descubrimiento” del contenido de los documentos normativos, sino más bien en la esti-

di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, en «*Etica & Politica*», 1, 2006, pp. 32-37.

⁴ Para algunas reflexiones sobre la relación entre la ponderación y la interpretación jurídica: cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 60-61; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 296;

⁵ Para la distinción entre disposición y norma, cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. VII. Sobre la distinción entre interpretación-actividad e interpretación-producto: A. Ross, *Diritto e giustizia* [1958], Einaudi, Torino, 1965, p. 111; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 38-42. Para una aplicación de esta distinción en el tema de la ponderación, cfr. por ejemplo J. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, cap. 3.

pulación de significados sobre la base del análisis lingüístico de las disposiciones. Con las palabras de Guastini: «[e]l significado no está preconstituido para la actividad interpretativa, porque es una variable de las evaluaciones y decisiones del intérprete. La elección de atribuir un significado a cierto enunciado en perjuicio de los demás es un resultado de la voluntad, no del conocimiento»⁶. Los enunciados interpretativos, a diferencia de las evaluaciones morales, no son predicables en términos de verdad o falsedad, al ser el producto de un estado emocional interno. La asignación de un significado a los documentos normativos está fuertemente condicionada por la ideología y las construcciones dogmáticas de los juristas. Por lo tanto, la interpretación judicial coincide con una actividad volitiva y decisional, que consiste en la atribución discrecional de un significado a uno o más enunciados contenidos en textos que se supone sean idóneos para expresar significados normativos.

En la última fase de su reflexión, Guastini ha teorizado una diferente forma de iusrealismo interpretativo con arreglo al cual los órganos de aplicación del derecho, al tener que elegir entre diferentes significados atribuibles a las disposiciones del legislador, necesariamente participan en la creación del derecho. Desde esta perspectiva, ya antes de la interpretación, los enunciados asumen múltiples y contradictorios significados, entre los cuales incumbe al intérprete elegir. La interpretación de una disposición consiste entonces en identificar una posible norma, dentro de distintos significados disponibles (un “marco de normas”), sobre la base de los criterios lingüísticos y técnico-jurídicos adoptados por la comunidad jurídica de referencia. Escribe el autor: «la tesis realista, según la cual no hay significados antes de la interpretación, debe entenderse no en el sentido de que, antes de la interpretación los textos normativos carecen de *cual-*

⁶ R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 22.

quier significado, sino en el sentido de que cada texto normativo expresa potencialmente *más de un* significado. La interpretación [...] consiste precisamente en la elección entre una pluralidad de significados»⁷.

En los siguientes párrafos se tratará de mostrar cómo la conjunción de estos factores termina por introducir un elemento de inestabilidad en la jerarquización de los principios constitucionales operados por el jurista-intérprete.

II.2. Los conflictos entre principios constitucionales

Guastini identifica en las reglas un enunciado prescriptivo condicional a través del cual a una clase de hechos se conecta una consecuencia jurídica. Los principios, viceversa, son normas fundamentales – o sea, que fundamentan, desde un punto de vista axiológico (incorporando valores éticos y políticos y sentimientos de justicia), otras normas, sin requerir a su vez una justificación similar – e indeterminadas (derrotables, genéricas y dotadas de *fattispecie* abierta)⁸.

⁷ Id., *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, en «Ragion pratica», 17, 2001, p. 43, cursiva en el texto. Cfr. también Id., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 86. En términos análogos: M. Barberis, *Lo scetticismo immaginario*, pp. 17-20; G. Tarullo, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 63-64 («antes de la actividad del intérprete, del documento objeto de la interpretación sólo se sabe que expresa una o más normas, no cuál es esta norma o cuáles son estas normas»).

⁸ Con “*fattispecie* abierta” se entiende la falta de una descripción decisiva, en los antecedentes, o de los hechos a que la norma se refiere. Con “derrotabilidad” se entiende, entonces, la implícita apertura de los principios a la posibilidad de derogas no predeterminadas, lo que impide una aplicación deductiva de los mismos principios. Con “genericidad”, finalmente, se entiende aquel rasgo por el cual un principio requiere mayores concreciones y normas más precisas para ser aplicado; tales concreciones pueden, sin embargo, tener lugar en diferentes modos. Los principios pueden ser expresos o no expresos, de rango constitucional o menos, abarcando todo el sistema o muchos ámbitos, y desempeñan un rol importante tanto en la interpretación como en la integración del derecho. Cfr. R. Guastini., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 173 ss.; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993; Id., *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, en «Diritto Pubblico», 3, 1998, pp. 651-659; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit.

Según Guastini, un conflicto entre principios constitucionales susceptible de ponderación puede ser representado en los términos de una antinomia de carácter “parcial-parcial”⁹, en la que algunas circunstancias disciplinadas por una norma coinciden con algunas de las circunstancias disciplinadas (de manera incompatible) por la otra norma. Ahora bien, según el autor, en presencia de normas cronológicamente coevas y que ocupan la misma posición jerárquica, el conflicto no puede resolverse de acuerdo con los criterios generales adoptados para la resolución de las antinomias: no es utilizable el criterio “*lex superior derogat inferiori*”, al encontrarnos frente a principios constitucionales situados en una condición de igualdad desde el punto de vista jerárquico; no es utilizable tampoco el criterio “*lex posterior derogat priori*”, porque se trata de principios expresados por el mismo documento normativo¹⁰. Sin embargo, no hay – sostiene – ningún impedimento teórico para resolver el conflicto sobre la base del criterio “*lex specialis derogat priori*”, reformulando en sede interpretativa lo que no aparece en los enunciados normativos a fin de introducir una excepción no prevista en una de las normas¹¹. Dicha estrategia es orientada a delimitar el contenido de los derechos mediante la introducción de cláusulas de exclusión, de

⁹ «[D]os normas, N1 y N2 regulan clases de *fattispecie* que se sobreponen sólo parcialmente. Entonces hay casos regulados solo por la N1, *fattispecie* reguladas por la N2 y *fattispecie* reguladas por ambas normas: el conflicto nace solamente en relación a estas últimas» (R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 653). Para la distinción entre antinomias total-total, total-parcial y parcial-parcial, cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia* [1958], cit., pp. 122-123. Cfr. también C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 242-246. Sobre la tesis de la identificación de los conflictos entre principios constitucionales a las antinomias parciales bilaterales en concreto: R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 218 y 252. Para algunas dudas sobre la aplicabilidad de las tipologías de las antinomias de Guastini (y de Ross) a los conflictos entre principios: L. Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación*, en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216, esp. pp. 181-188).

¹⁰ En este punto, véase en particular V. Champeil-Desplats, *Raisonnement juridique et pluralité des valeurs*, en P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001, esp. p. 63.

¹¹ Así, por ej., R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 295.

Para un ejemplo de estrategia especificacionista en el campo de la filosofía moral: R. M. Hare, *Il linguaggio della morale* [1953], tr. it., Ubaldini, Roma, 1961, p. 56; Id., *Moral Conflicts*, en S. McMurrin (Ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, University of Utah Press, Salt

forma que se puedan distinguir los casos en los que los derechos se aplican realmente de aquellos en los que la aplicación sólo es posible *prima facie*¹².

II.3. La discrecionalidad de la ponderación

La primera directriz fundamental que orienta el análisis de Guastini¹³ en materia de ponderación consiste en el reconocimiento de que el conflicto entre principios constitucionales sólo pueda ser solucionado mediante la institución de una relación axiológica de precedencia, o sea, otorgando un “peso” mayor a uno de los derechos respecto al otro. La jerarquía instituida consiste en una relación entre las dos normas *N1* y *N2*, tal que la norma *N1* es considerada más importante respecto a la norma *N2*. Esta operación, al no estar basada en meta-normas, sino en un solipsista juicio de valor del intérprete, resulta extrínseca respecto al texto constitucional y no sujeta a un control intersubjetivo por parte de la comunidad jurídica; no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como una excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos. La relación de preferencia establecida depende por tanto de una elección de valor, que podrá ser formulada por los operadores del derecho en los términos de una previsión normativa o por medio de específicas operaciones interpretativas¹⁴.

Lake City, 1980, vol. I, pp. 169-193. Para algunos ejemplos de técnicas que realizan una delimitación interpretativa de los derechos con el propósito de prevenir los conflictos: F. Toller, *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, 2 vol., en E. Ferrer Mac-Gregor (a cargo de), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, vol. II, pp. 1199-1284.

¹² Sobre la distinción entre “norma absoluta” y “norma *prima facie*”: R. Shafer-Landau, *Moral Rules*, en «Ethics», 107, 1997, pp. 584-611.

¹³ Para una introducción a la teoría guastiniana de la ponderación véase, por último, J.J. Moreso, *Guastini sobre la ponderación*, en «Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», 17, 2002, pp. 227-249; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, en «Etica & Politica», 1, 2006, pp. 26-33; A. Sardo, *Teorías de la ponderación: análisis crítico*, en F. Morales, P. Grández Castro (a cargo de), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Palestra, Lima, 2013.

¹⁴ Para la tesis de que las jerarquías axiológicas son establecidas exclusivamente por los intérpretes, cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 123; Id., *Lezioni di teoria del*

Un segundo elemento característico de la ponderación, en la reconstrucción de Guastini, es que con este procedimiento sólo se puede obtener una relación de preferencia relativa al caso concreto, de tal manera que no se pueda excluir una solución diferente en casos futuros: porque los dos derechos o principios en conflicto permanecen plenamente válidos, nada garantiza que, en un caso futuro, incluso igual al precedente, la jerarquía no sea invertida. Tanto el procedimiento ponderativo como su solución afectan exclusivamente al caso individual analizado.

Desde una perspectiva incluso más radical (y por tanto no integralmente atribuible al) respecto al particularismo jurídico, la tesis defendida por Guastini afirma que no existen razones objetivas (morales o jurídicas) aparte de las personales y mutables elecciones del intérprete¹⁵. Subyace a esta intuición una idea de la racionalidad práctica que desconoce la posibilidad de generalizar o universalizar las circunstancias específicas. «El conflicto – escribe Guastini – no es

diritto e dello Stato, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 20, 43-44; Id., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, p. 136.

Para una representación de la ponderación como jerarquía axiológica relativa solamente a uno o más casos de conflictos entre principios: T. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, en «The Yale Law Journal», 96, 5, 1987, espec. pp. 948, 961, 977 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 32 ss.; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 287; J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», en Id. (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en «Afdum», 5, 2001, pp. 201-227; S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, en «Doxa», 21, 2, 1998, pp. 340-341.

¹⁵ Otro enfoque orientado a destacar el carácter discrecional de la ponderación se puede hallar también en los análisis de Ignacio De Otto, quien, asumiendo una posición abiertamente normativa, afirma que tal actividad supone la determinación de una “jerarquía material” entre otros elementos que, sobre el plano formal, ocupan el mismo grado jerárquico. Según el autor, una adecuada interpretación de las disposiciones constitucionales que delimite de manera rigurosa el campo de cualquier derecho destaca, por el contrario, que en los contextos de aparente colisión lo que sucede en realidad es que hacen que el caso analizado cae fuera del ámbito de aplicación de al menos uno de los preceptos implicados (cfr. I. De Otto, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en Id., L. Martín-Retortillo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1988).

resuelto permanentemente, de una vez por todas, al prevalecer uno de los dos principios sobre el otro [...]; cada solución del conflicto sólo vale para el caso concreto y, por tanto, la solución del mismo conflicto en casos futuros permanece impredecible»¹⁶.

A partir de estas premisas, se puede atribuir a la ponderación una doble discrecionalidad: primero, por dar prioridad a un derecho respecto a otro en razón de la elección del intérprete y, segundo, por la posibilidad de anular este orden de precedencia en casos futuros¹⁷. Cabe matizar, sin embargo, que todas las fases que preceden y siguen lógicamente al establecimiento o a la revisión de la jerarquía se caracterizan por un amplio margen de incertidumbre. Son, de hecho, operaciones discrecionales: la elección de las fuentes relevantes; la interpretación de las fuentes como principios, y no como reglas; la detección de una antinomia parcial-parcial entre principios; la concreción de los principios en una

¹⁶ R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., p. 145. La reflexión guastiniana sobre la ponderación está concentrada especialmente en *I principi nel diritto positivo* (cfr. *ibid.*). Sin embargo, con particular referencia a la distinción entre jerarquías axiológicas fijas y móviles, véase también: Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 216-221, 252-253, 295-296; Id., *Ponderazione: un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, en «Ragion pratica», 26, 2006, pp. 151-162.

¹⁷ En el caso de la ponderación entre principios en conflicto, parece que se pueda afirmar, la deliberación judicial asume directamente, sin mediación, los rasgos del juicio moral [...]; el juez se pronuncia por así decirlo directamente sin estar sujeto a gran parte de las obligaciones que habitualmente (al menos, así se cree) orientan su decisión, sobre cuestiones de justicia. La metáfora de la ponderación, en fin, sugiere una imagen casi sapiencial de la decisión judicial» (B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, en *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, a cura di M. Basciu, Giuffrè, Milano, 2002).

El carácter valorativo e irracional de la ponderación está destacado principalmente por J. Alder, *The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights*, en «Public Law Review», 4, 2006, pp. 697-721; J. Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 73; J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996, espec. p. 308; L. Henkin, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, en «Columbia Law Review», 78, 5, 1978, pp. 1022-1049; C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 167 ss.

Sobre la irracionalidad de una decisión válida solo para un caso en concreto, véase además: N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* [1978], tr. it., Giappichelli, Torino, 2001, pp. 119-120; J. Bayón, *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», 2, 2002, www.dirittoequestionipubbliche.org, p. 14.

regla; y, en algunos casos, la determinación de la extensión de la regla (la operación sustantiva)¹⁸.

Guastini, por fin, tras haber argumentado durante un cierto período a favor de la imposibilidad lógica o conceptual de lograr un equilibrio en el plano sincrónico entre dos principios en conflicto¹⁹, pasó luego a defender una tesis empírica que destaca las dificultades que hacen inverosímil una conciliación: los Tribunales, generalmente, no consiguen llevar a cabo esta operación correctamente, con la consecuencia de que en la mayoría de los casos la ponderación se resuelve, de hecho, en el sacrificio de un derecho en beneficio de otro²⁰.

II.4. Análisis de algunos aspectos problemáticos

Este enfoque teórico, incluso en su última declinación, evidencia varias debilidades en el plan explicativo. No tiene en cuenta un dato esencial, generalmente compartido en el debate teórico-jurídico contemporáneo: dentro del área de cualquier derecho fundamental siempre existe la posibilidad de distinguir algunas zonas “periféricas”, que pueden ser sacrificadas en caso de conflicto con otros derechos, de los intereses de rango constitucional, más resistentes a la comparación con exigencias contrapuestas. Además, si la calificación de la ponderación como construcción de jerarquías axiológicas móviles es ciertamente aplicable al así llamado “*ad hoc balancing*”, realizado caso por caso, lo mismo no se

¹⁸ Sobre la discrecionalidad del juez constitucional en las operaciones interpretativas y de ponderación: E. Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987; A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1989. Sobre el carácter “sapiencial” y equitativo de algunas concepciones de la ponderación: B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, en M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano, 2002.

¹⁹ La distinción entre ponderación y conciliación está profundizada por R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 230-231.

²⁰ Cfr. Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 219, espec. notas 60 y 61.

puede afirmar en lo que respecta al *definitional balancing*²¹, en el cual los criterios adoptados por los intérpretes son tendencialmente estables. De hecho, los Tribunales Constitucionales tienden a delinear las técnicas argumentativas con el objetivo de guiar inicialmente la solución de un conflicto entre derechos o principios, en lugar de reconstruir estos criterios de vez en cuando sobre la base de los intereses emergentes en cada caso individual de conflicto.

Las tesis de Guastini sobre la ponderación destacan adecuadamente los márgenes de incertidumbre que caracterizan a esta técnica argumentativa, descubriendo las opciones ideológicas que orientan el trabajo del juez en el análisis de los intereses en juego. Sin embargo, en esta reconstrucción de la ponderación no cabe espacio, ni siquiera frente a dos casos similares o incluso idénticos, para alguna forma de razonamiento deductivo o subsuntivo, ni para la identificación de un criterio universalizable, idóneo a regular casos futuros con características relevantes análogas. De esta forma, al juez se le asigna un papel fundamentalmente equitativo: centrales, en su trabajo, son las opciones ideológicas subyacentes a sus decisiones, las intuiciones personales y elecciones subjetivas. Viceversa, llegan a faltar por completo los criterios intersubjetivos para evaluar y justificar la actividad del juez en la jerarquización de los principios constitucionales; no se contempla la posibilidad de evaluar, preventivamente o en un momento posterior, la conformidad de las elecciones particulares de los jueces a un criterio general.

²¹ Sobre esta dicotomía, la referencia clásica es: T. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, en «Yale Law Journal», 96, 1987, pp. 943-1005. Al respecto, véase también G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento “ragionevolmente definitorio”? Ponderazione tra principi e teoria dell’argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», 3, pp. 109-123.

En la literatura teórico-jurídica, la imposibilidad o inutilidad de reconocer un espacio autónomo para la ponderación al *ad hoc* es apoyada, entre otros, por Aleinikoff, también por R. Romboli, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, en V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, en «Giurisprudenza costituzionale», 1998, pp. 3967 ss.

El análisis de Guastini, además, no se limita, tal como suelen hacer los partidarios del *ad hoc balancing*, a negar la eventualidad de que los casos dotados de las mismas propiedades relevantes sean juzgados de manera estable y coherente; más radicalmente, llega a excluir la propia posibilidad de identificar una regla de coordinación que pueda proporcionar soluciones reproducibles para los casos análogos de conflicto que volverán a plantearse en el futuro²². Esta tesis, al negar la existencia de criterios intersubjetivos de control sobre la admisibilidad de los argumentos que pueden ser avanzados pro o en contra de una dada decisión, sostiene que en la ponderación no haya algún margen de certeza jurídica, a través de la cual sea posible evaluar la propia corrección de las decisiones jurídicas.

Sin embargo, no se puede olvidar el papel que desarrollan algunos elementos adicionales de la ponderación: en particular, las técnicas argumentativas acreditadas en la cultura jurídica de referencia, los factores institucionales, los precedentes jurisprudenciales, las decisiones legislativas en la cultura jurídica de referencia, y así sucesivamente. Estos factores, no atribuibles a un razonamiento moral privado de cualquier vínculo jurídico, pueden constituir un importante elemento de estabilización de la actividad interpretativa de los jueces.

En particular, un aspecto sorprendente del análisis de Guastini es la falta de consideración del papel desarrollado por los casos paradigmáticos en la articulación de los procesos argumentativos por parte de los jueces: de hecho, en la detección de los casos paradigmáticos concurren elementos tales como la formación profesional y la referencia a modalidades consolidadas de aplicación de un

²² Para un debate teórico-jurídico sobre el carácter particularista de la ponderación entre derechos: M.C. Redondo, *Ragioni e norme*, en «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 439-468; B. Celano, *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, en «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 469-489. Para algunos ejemplos de reconstrucciones particularistas de la ponderación: R. Bin, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, en «Giurisprudenza costituzionale», 1992, pp. 3574 ss.; P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, en Id., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003.

derecho dado²³. Por otro lado, no se puede olvidar otro elemento idóneo para excluir una subjetividad absoluta de las interpretaciones judiciales, a saber, la obligación de justificar (la carga de la argumentación del juez) las decisiones adoptadas sobre la base de los criterios internos al sistema legal y al marco constitucional²⁴.

III. El modelo de Alexy

III.1. La reflexión sobre la ponderación como parte integrante de un proyecto más amplio

En el debate teórico de las últimas décadas, el intento más sistemático de destacar la “racionalidad jurídica” de la jurisdicción constitucional ha sido llevado a cabo por Robert Alexy²⁵. En esta perspectiva, la ponderación se presenta

²³ Sobre la función de los casos paradigmáticos dentro del razonamiento jurídico: M. DePaul, *Intuitions in Moral Enquiry*, en D. Copp (Eds.), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 595-623; R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, pp. 255-257; J. Moreso, *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, en «Ragion Pratica», 18, 2002, pp. 241 ss.; S. Hurley, *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 212; G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, en «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 407-409.

²⁴ Cfr. sobre todo A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo, Reidel, 1987, pp. 185-188. Para algunos, y más generales, consideraciones sobre la “cultura de la justificación” como rasgo distintivo del constitucionalismo contemporáneo: M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, en «Law & Ethics of Human Rights», 4, 2, 2010, pp. 142-175; M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, cap. 6.

²⁵ Para una introducción crítica a la teoría de Alexy: L. Clérico, *Sobre “casos” y ponderación: los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?*, 37, 2012, pp. 113-145; A. García Figueroa, *¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy*, en R. García Manrique et al. (a cargo de), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007; G. Maniaci, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, en «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 47 ss.; A. Sardo, *Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica*, en «Revus», 22, 2014, pp. 21-34.

como un método dotado de un estatuto de corrección basado en vínculos constitucionales y en un marco de reglas ofrecido por la teoría de la argumentación. El modelo teórico de Alexy debe enmarcarse dentro de un proyecto más amplio, es decir, la defensa de un neoconstitucionalismo “discursivo”, cuyo objetivo principal consiste en la construcción de los derechos fundamentales como postulados de una moral compartida.

Respecto a la teoría de Guastini, en el modelo de ponderación delineado por Alexy, la parte normativa adquiere una relevancia netamente más marcada. De hecho, sus objetivos consisten en: i) prescribir un procedimiento para resolver conflictos entre principios constitucionales; ii) identificar algunas reglas, de naturaleza racional y trascendental, implícitas en las prácticas jurídicas de los juristas; iii) racionalizar las prácticas argumentativas empleadas en el *Bundesverfassungsgericht*, a fin de acreditar la ponderación como una operación dotada de precisión objetiva y corregir los problemas relacionados con la representación que inevitablemente se producen en el proceso de producción y aplicación de las leyes. En esta perspectiva, la ponderación se configura como un procedimiento racional para la evaluación de soluciones constitucionales óptimas.

III.2. Conflictos entre reglas y conflictos entre principios: análisis de algunas diferencias

Como es sabido, Alexy argumenta (con una interpretación muy controvertida y cuestionable) que disposiciones que expresan derechos fundamentales siempre se identifican con los principios. En su reconstrucción, a diferencia de las reglas, los principios son reglas que pueden ser respetadas en mayor o menor medida dependiendo del peso que el intérprete les atribuye con respecto a un principio concurrente. Las reglas son determinaciones (*Festsetzungen*) en el ámbito (*Raum*) de las posibilidades (*Möglichkeiten*) fácticas y jurídicas existentes (las circunstancias empíricas y normativas de un dado contexto). Por otro lado, los principios son preceptos de optimización (*Optimierungsgebote*) sujetos a

evaluaciones de costos/beneficios basadas en una fórmula matemática, cuyo contenido puede identificarse mediante un diálogo racional²⁶. Los principios tienen un contenido relativamente más general, abstracto y general que las reglas y, por lo tanto, son susceptibles de expansión y compresión. No prescriben una conducta específica, sino que se refieren a valores que deben implementarse en la mayor medida posible según el contexto. La enunciación de un principio es equivalente a la fijación de una razón que, *prima facie*, admite cualquier comportamiento que ayude a ejecutar ese principio en particular. Para conocer el efectivo alcance de un principio, es necesario interpretar el contenido de los demás principios competidores, por si hay, potencialmente aplicables a las circunstancias del caso.

Los conflictos entre reglas y conflictos de principios son hipótesis de antinomia normativa unidas por el siguiente aspecto: en ambos casos, la aplicación de normas contradictorias produce resultados incompatibles. Un conflicto entre reglas se puede resolver introduciendo una cláusula de excepción contra una de las dos reglas o declarando que al menos una de ellas es inválida. Viceversa, cuando dos principios ofrecen soluciones normativas contradictorias para la resolución del mismo caso concreto, uno de ellos prevalecerá sobre el otro. En la primera hipótesis, de hecho, tendremos que recurrir a los criterios tradicionales de solución de las antinomias, como el jerárquico (con predominio de la *lex posterior*) o de especialidad (con predominio de la *lex specialis*): pues se continuará operando, en estos casos, en el ámbito de la validez (*Geltung*). Por el contrario,

²⁶ Cfr. en particular, R. Alexy, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en «Doxa», 5, 1988, p. 143; R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., cap. III.

Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero (*Sobre principios y reglas*, en «Doxa», 10, 1991, pp. 101-120), «[la tesis de que] los principios pueden ser cumplidos en diversos grados es verdadera por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto» (ibid., p. 109). Los autores rechazan también la hipótesis de que el significado de los principios se agota con los mandatos de optimación.

Para una presentación crítica de las tesis de Alexy, véase también Id., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006. M. Atienza, *A vueltas con la ponderación*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, pp. 43-59.

en la segunda hipótesis, este ámbito requiere ser superado, debiéndose más bien considerarla dimensión del peso (*Dimension des Gewichts*).

III.3. Las tesis centrales sobre la proporcionalidad

Desde la perspectiva de Alexy, el juicio de ponderación representa un procedimiento racional de aplicación de la ley. Constituye más precisamente una sección del principio más general de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), es decir, el método para establecer el grado de satisfacción “apropiada” de un principio en relación con los demás, dentro de un sistema normativo dado²⁷. El control de proporcionalidad es un canon argumentativo adoptado por el Tribunal Constitucional alemán, a partir del caso Lüht (1958), para controlar la limitación de los derechos constitucionales individuales llevada a cabo por el legislador, limitando, por tanto, su discrecionalidad.

Ahora bien, según Alexy, el uso de la proporcionalidad está lógicamente determinado por la naturaleza intrínseca de los derechos fundamentales²⁸. Juega

²⁷ Sobre el debate teórico-jurídico más reciente en materia de proporcionalidad: A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, en «Law & Ethics of Human Rights», cit.; D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oup, Oxford, New York, 2004; V. Jackson, *Being Proportional About Proportionality*, en «Constitutional Commentary», 21, 3, 2004, pp. 803-859; J. Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, en «Cambridge Law Journal», 65, 1, 2006, pp. 174-207; G. Huscroft, B. Miller, G. Webber (Eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; K. Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, en «International Journal of Constitutional Law», 10, 3, 2012, pp. 709-731; J. Matthews, A. Stone Sweet, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, en «Columbia Journal of Transnational Law», 47, pp. 73-165; I. Porat, *Some Critical Thoughts on Proportionality*, en G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (Eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009; B. Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, en «Duke Journal of Comparative & International Law», 22, 2012, pp. 291-302; S. Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, en «International Journal of Constitutional Law», 7, 3, 2009, pp. 468-493; F. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; G. Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, en «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 23, 2010, pp. 179-202.

²⁸ Sobre la relación entre proporcionalidad y lógica de los principios: R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* [1994], tr. it., Il Mulino, Bologna, 2012, p. 133. Para una crítica articulada

un papel esencial de mediación racional entre el sistema constitucional y la moralidad objetiva. Su función principal consiste en verificar las posibilidades fácticas y jurídicas de realización de un principio o de la satisfacción de un derecho.

La proporcionalidad tiene una estructura trifásica, articulada en tres metaprincipios. A) Adecuación (*Geeignigkeit*): la verificación, de acuerdo con un conjunto de conocimientos empíricos y evaluaciones subjetivas, de que un determinado instrumento (una ley, una sentencia, etc.), invasivo de un derecho fundamental, sea efectivamente adecuado para proteger otro derecho fundamental. B) Necesidad (*Erforderlichkeit*): la verificación de que la satisfacción del derecho concurrente no puede lograrse con modalidades alternativas menos gravosas. C) proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*): la elaboración de la regla (o máxima) de la ponderación «cuanto mayor es el grado de no satisfacción o interferencia con un derecho, tanto mayor es la importancia de la satisfacción del otro»²⁹.

En la primera fase, se examina la idoneidad de la acción con respecto a los principios del sistema jurídico, por medio de un juicio de racionalidad del tipo “medio-fin”³⁰. En la segunda fase, en cambio, se trata de verificar si hay otras medidas capaces de optimizar un determinado principio P1 de una manera

del nexo de implicación lógica entre principios y proporcionalidad: K. Möller, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, en «Oxford Journal», 5, 3, 2007, pp. 453-468.

²⁹ Sobre la articulación del procedimiento de ponderación: R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 146 ss.; Id., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, en «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 136, 138; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, en «Ars Interpretandi», 7, 2002, pp. 131-144; Id., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, en «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 433-449; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, en «Ars Interpretandi», 10, 2005, pp. 97-123.

Para un uso del modelo dentro de la literatura teórico-jurídica: L. Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación*, en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216; C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Cepc, 2005; S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart, 2005, pp. 451-453.

³⁰ Alexy a este respecto afirma que, si la escala de intensidad de la interferencia tiene que prever un número mínimo de por lo menos dos magnitudes, podrá, de todos modos, ser ampliada, de manera de hacerla cada vez más precisa respecto a las circunstancias del caso concreto.

igualmente efectiva, aunque menos invasiva que el segundo principio P2, en hipótesis en conflicto con P1. En la última fase, el órgano de decisión establece el valor relativo de los principios en juego, determinando una jerarquía entre las preferencias condicionadas. En virtud de estas características, el juicio de ponderación consiste por tanto en evaluar la importancia de los principios conflictivos a fin de obtener una solución de armonización que optimice su realización en el caso concreto. Los conflictos entre principios se resuelven estableciendo una relación de prioridad condicionada (*bedingte Vorrangrelation*), que corresponde a una proposición de este tipo: «el principio P1 prevalece sobre el principio P2 bajo las condiciones C».

III.4. La “ley de la ponderación”

A diferencia de los jueces ordinarios, que suelen resolver casos concretos eligiendo una o más reglas del caso, los jueces constitucionales a menudo se encuentran resolviendo el caso abstracto de constitucionalidad equilibrando dos parámetros de control en conflicto. Como último paso en la verificación de proporcionalidad, en otras palabras, la ponderación judicial verifica no solo si una violación de un derecho constitucional puede conducir a una justificación constitucional (estricto control de legalidad), sino también si la violación es proporcional (no desproporcionada) a la justificación (prueba de legitimidad en sentido amplio). La “ley de la ponderación” representa un momento fundamental de la argumentación jurídica que nos dice que el grado de sacrificio de un principio siempre debe ir de la mano con la importancia atribuida al principio concurrente. Esta verificación concierne la evaluación de que el sacrificio impuesto a los derechos fundamentales por una medida que persigue un objetivo de interés público sea razonablemente equilibrado con respecto al grado de satisfacción de

este último³¹. El producto de la ponderación consiste entonces en una regla condicional cuyo antecedente se compone de aquellas propiedades que han determinado las condiciones de prevalencia entre dos principios.

La misma regla de la ponderación tiene una estructura triádica: i) la ley de la ponderación; ii) la fórmula del peso; iii) las cargas de la argumentación. Inicialmente se establece el grado de no satisfacción de uno de los dos derechos; luego la importancia de la satisfacción del derecho concurrente; finalmente se averigua si la importancia de satisfacer este derecho justifica la interferencia o la no satisfacción del primer derecho. En este punto de la reconstrucción, comienzan a aparecer elementos formulados en términos cuantitativos, como si fueran objetivamente determinables, tal cuales el grado de no satisfacción de un derecho y la medición de la importancia del otro derecho. De hecho, la opinión de Alexy es que estas entidades puedan ser representadas en términos numéricos, dentro de una escala triádica: violación “grave”, “intermedia”, “leve” de un derecho; importancia abstracta “elevada”, “intermedia”, “baja” de cada uno de los derechos en conflicto. Además, una tercera serie de factores relevantes para la aplicación de la regla de ponderación, es decir, la fiabilidad de los supuestos empíricos relativos al grado de interferencia de un derecho sobre el otro.

III.5. La “formula del peso”

Todos estos elementos, traducidos en cantidades numéricas, se pueden organizar en una regla de carácter procedimental, cuyo cociente proporcionará lo que Alexy, con un uso metafórico (incorrecto, según sus críticos) del lenguaje matemático, define la “fórmula de peso” (*Gewichtsformel*)³², es decir, revelará

³¹ Sobre el principio de proporcionalidad como especificación del principio de racionalidad de las decisiones jurídicas: R. Alexy, *The Reasonableness of Law*, en G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (Eds.), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. I.

³² Cfr. R. Alexy, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, cit., espec. p. 106.

cuál de los dos derechos tiene más peso (concreto, dentro de un conflicto específico) que el otro. Esta fórmula está compuesta por una serie de variables a las que se pueden asignar valores numéricos: i) el peso abstracto de los principios en juego (W_i / W_j); ii) el grado de interferencia de los principios dentro del caso concreto (I_i / I_j); iii) la seguridad de las evaluaciones empíricas (R_i / R_j). Por lo tanto, al juez corresponderá la tarea de llevar a cabo un procedimiento articulado en estas tres fases lógicamente distintas, cuyo objetivo final es cuantificar el peso concreto de un principio (P_i) con respecto a otro (P_j), a la luz de las circunstancias concretas de cada caso. Sin que sea necesario repasarlos en detalle, basta con recordar que la primera, la más simple, considera únicamente el grado de comprensión de los dos principios competitivos en el caso concreto, mientras que la otra, más extensa, también considera el peso en abstracto de los mismos y el grado de fiabilidad empírica de la predicción de los efectos de una medida³³. Una representación particularmente perspicua de la fórmula alexyana ha sido proporcionada por José Juan Moreso:

el peso concreto de un principio P_i que colisiona con otro principio P_j , es decir, $W_{i,j}$, es el cociente que resulta de dividir la intensidad de la interferencia en el primer principio (I_i) por la intensidad de la hipotética interferencia sobre el segundo principio bajo el supuesto de que se omitiera la interferencia con el primero (I_j). Esta es, entonces, la fórmula: $W_{i,j} = I_i/I_j$. En los casos en los que el valor es mayor que 1 el principio P_i precede a P_j . En los casos en que es menor que 1 P_j precede a P_i . El empate se da cuando la división es igual a 1. Los valores numéricos pueden asignarse suponiendo que las interferencias leves equivalen a 20, las moderadas a 21 y las graves a 22. [...] Es posible añadir en la fórmula lo que Alexy denomina el peso abstracto de los principios, es decir la importancia en abstracto de un principio sobre otro, al margen de las circunstancias del caso concreto. Esto da como resultado la fórmula siguiente: $W_{i,J} = I_i \cdot W_i/I_j \cdot W_j$.

³³ Cfr. sobre todo R. Alexy, «Die Gewichtsformel», en J. Jickeli, M. Kreuzt, D. Reuters (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, 2003, p. 771.

Según Alexy, esta reconstrucción de la ponderación hace de ella una actividad controlable racionalmente. Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética³⁴.

En este sentido, se puede afirmar que la fórmula del peso representa un desarrollo complementario de la ley de la ponderación, que – recordamos – establece que el grado de sacrificio de un principio debe estar relacionado con la importancia asignada al principio concurrente. La relación de precedencia identificada no se determina, de hecho, exclusivamente a través de una comparación de la importancia de los principios dentro del caso concreto, sino a través de una operación de mayor alcance, que termina involucrando también la consideración del peso abstracto y las evaluaciones empíricas sobre la importancia de los principios. Esto crea un vínculo indisoluble entre la fórmula de peso y la ley de la ponderación: la fórmula del peso podría verse como la expresión de una “meta-ponderación” basada en la certeza de las premisas que encontraron la ponderación real.

La fórmula de Alexy – cabe matizar – al unir el juicio de ponderación a las características exhibidas por cada caso concreto, termina conduciendo a un modelo de equilibrio caso por caso, aunque orientado por una fórmula matemática capaz de ser universalizada. De esta forma, según el filósofo, el procedimiento quedaría sujeto a un control racional similar al del procedimiento de subsunción silogística.

III.6. Análisis de algunas críticas

III.6.1. Las objeciones de Habermas

³⁴ J. Moreso, *La aritmética de la ponderación*, in Id., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 312-313.

Según Jürgen Habermas, la interpretación alexyana de los principios en términos teleológicos produciría una pérdida significativa de normatividad deontológica de los derechos, entregados a consideraciones economicistas (la ponderación reduciría los derechos a un tipo de análisis costo-beneficio, a su consideración en términos de intereses utilitarios), con el resultado de hacer que las soluciones de los casos individuales dependan únicamente de los juicios irracionales y subjetivos de los jueces³⁵. En sede de concreción de los principios, argumenta Habermas, el uso de técnicas ponderativas, conduce a construir un orden inestable y arbitrario entre los valores constitucionales. El elemento más importante para garantizar el respeto de la seguridad jurídica, según el filósofo, está constituido por propia estructura del proceso argumentativo: en particular, la dimensión inter-subjetiva del discurso jurídico y la búsqueda de un consenso basado en una hipotética aprobación de los participantes en la “investigación cooperativa de la verdad” (la posibilidad para todos de discutir, a raíz de un diálogo no coercitivo con respecto al significado de un caso o de una norma, aceptando libremente su pretensión de validez).

En contraste con el método de la ponderación, que terminaría sacrificando a los derechos a diversas necesidades y propósitos, Habermas retoma la propuesta desarrollada por K. Günther de una “teoría de la regla correcta”, consistente en la identificación, dentro de las normas aplicables *prima facie*, de la que mejor se adapta al contexto de aplicación específico. Este mecanismo alternativo, sin embargo, es problemático, ya que, al menos desde un punto de vista jurídico, o un caso cae dentro de las condiciones de aplicación de una norma, y será por tanto aplicable, o queda fuera. Si, como afirma Habermas, se trata de elegir entre varias reglas aplicables *prima facie*”, esto puede significar: 1) que

³⁵ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., pp. 302-316. Para algunas alegaciones análogas: G. Webber, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 87 ss.

uno o algunos de ellos no sea/sean realmente aplicables; 2) que existen varias reglas aplicables al caso, pero que solo una de ellas es “adecuada” y, por lo tanto, aplicable. En la primera hipótesis, al menos si se mantiene que siempre y necesariamente hay una regla aplicable al caso concreto, nos enfrentaríamos con una *petitio principii*; en la segunda hipótesis, no se consigue comprender cuál sería la diferencia entre la “selección de la norma adecuada” y la determinación de la norma destinada a prevalecer en consecuencia de una ponderación.

III.6.2. Las objeciones de Schlink

Al igual que Habermas, incluso Bernhard Schlink considera a la ponderación (o la proporcionalidad en sentido estricto) un procedimiento irracional de naturaleza decisional, inadecuado para fundamentar los límites de los derechos fundamentales. Los autores coinciden en que es la propia estructura de la ponderación la que no permite elaborar juicios racionales, sujetos al control intersubjetivo, con respecto a la intensidad de la intervención y la importancia de satisfacer el principio que justifica esta intervención. Este método entregaría un alto poder discrecional en las manos del juez constitucional, que podría utilizar sus propias evaluaciones personales para justificar la intensidad de su intervención en a los casos de colisiones entre los derechos fundamentales, desempeñando una tarea fundamentalmente para-legislativa, en detrimento de la autonomía política del Parlamento³⁶.

Según Schlink, los argumentos utilizados normalmente para determinar el contenido de la proporcionalidad en el sentido estricto no son racionalmente justificables, al representar el resultado de una actividad de carácter volitivo y

³⁶ Cfr. B. Pieroth, B. Schlink, *Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 70; B. Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, en «EuGRZ», 11, 1984, p. 462; Id., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, en P. Badura, H. Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre des BVerfG*, 2 voll., Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 460 ss. Para la respuesta de Alexy (también a las objeciones de Habermas), véase en particular: R. Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, esp. p. 28.

creativo. En el plano operativo, al mirar las prácticas interpretativas del Tribunal constitucional Federal, la ponderación se revela como un procedimiento superfluo a efectos de la interpretación del contenido de los derechos fundamentales. Por otro lado – sostiene el autor – por lo menos desde un punto de vista teórico-conceptual, la ponderación resulta ser una herramienta esencial en la evaluación de la proporcionalidad (utilizando los subprincipios de adecuación y de necesidad, que no requerirían elementos adicionales para la evaluación) entre las medidas restrictivas y finalidades o bienes constitucionalmente reconocidos.

El test de proporcionalidad, en esta perspectiva, acaba resolviéndose en la sola razonabilidad de los medios empleados para lograr el fin deseado. Todas las veces en las que no sea identificar cuál derecho debe prevalecer en el caso concreto habrá que recurrir a la determinación de sus contenidos, y luego establecer cuál sea necesario.

Esta última propuesta de simplificación, sin embargo, no parece ser aplicable a aquellos casos en los que el uso de los subprincipios de adecuación y de necesidad no resulten suficientes para determinar la prioridad de un derecho respecto a otro y la garantía de su contenido esencial (los así llamados “*hard cases*”, caracterizados por una particular problematicidad de la argumentación orientada a determinar la solución correcta)³⁷. También hay que destacar que, tanto en el análisis de Schlink como en el de Habermas, no aparecen elementos decisivos, bajo el perfil de la teoría del derecho, que demuestren la ausencia de criterios racionales en la determinación de las medidas que componen la estructura de la ponderación en la reconstrucción de Alexy.

III.6.3. Las objeciones de García Amado

³⁷ Véase en este sentido V.A. da Silva (*Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 132), que considera problemático determinar el contenido esencial de un derecho en ausencia de una ponderación preliminar.

El análisis crítico de Juan Antonio García Amado, que defiende una posición de escepticismo ético, se basa en las siguientes tesis: 1) en el modelo de la ponderación, detrás de cada regla siempre hay un principio, así que todos los conflictos entre las reglas hay al mismo tiempo conflictos entre los principios (y, por lo tanto, es probable que sean equilibrados). 2) La ponderación es un método desprovisto de autonomía, ya que su resultado depende de la interpretación de las reglas (de rango constitucional o infraconstitucional) involucradas; no es más que una técnica argumentativa empleada por los tribunales constitucionales para justificar sus decisiones subjetivas y arbitrarias. 3) La ponderación resulta ser una herramienta innecesaria, ya que el elemento central está constituido por la interpretación de los preceptos normativos. En última instancia, la ponderación representa una forma más actualizada del tradicional método subyacente³⁸.

Las objeciones formuladas por García Amado se basan en la distinción dicotómica y estructural entre reglas y principios: las disposiciones constitucionales atributivas de derechos fundamentales asumen la forma de principios, mientras que las reglas representan el resultado de una obra de ponderación. Cabe destacar que el mismo autor admite que las reglas representan el resultado de una concreción del contenido de los principios (que implican un alto grado de indeterminación y discreción interpretativa).

García Amado, como hemos visto, también sostiene que la ponderación es un procedimiento privado de autonomía, ya que está vinculada a una interpretación previa de las reglas en cuestión. En la reconstrucción de Alexy, en realidad, para llevar a cabo una ponderación siempre es necesario determinar qué bienes, principios o derechos constitucionales han entrado en conflicto, subsumiendo los hechos en los casos correspondientes y luego sometiéndolos a la

³⁸ Cfr. J. García Amado, *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*, en R. Sanin Restrepo (a cargo de), *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 120-163; Id., *¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007*, en «Palaestra del Tribunal Constitucional», 8, 2007, pp. 623 ss.

prueba de proporcionalidad (evaluando si la medida restrictiva adoptada sea realmente necesaria y adecuada).

Desde un punto de vista lógico, la ponderación representa un momento funcional y propedéutico a la determinación del contenido de los principios constitucionales: el juez encuentra un significado *prima facie* a las disposiciones constitucionales, que están esperando ser concretadas. Por lo tanto, es evidente que la ponderación no excluye la subsunción, sino que la presupone. La propia subsunción, por fin, al no estar exenta de las incertidumbres lingüísticas inherentes a todas las lenguas naturales, puede implicar la presencia de factores irracionales, emocionales, subjetivos o arbitrarios. La diferencia, en todo caso, radica en la mayor frecuencia y en la mayor intensidad con las cuales los jueces constitucionales, en los casos en que operan una ponderación, suelen remitir a consideraciones morales de carácter sustantivo.

III.6.4. Las objeciones de Moreso

La crítica de José Juan Moreso a la estructura de ponderación se centra en destacar la inconmensurabilidad de los principios que se pretenden confrontar a través del uso de la fórmula del peso, y, asimismo, apunta a la estrategia mediante la cual se pretenden resolver los conflictos entre principios.

Como base de las distintas objeciones formuladas, se puede identificar la imposibilidad de formular juicios relativos a un caso específico que también son válidos para un caso futuro. Moreso considera la teoría alexyana como una forma de particularismo jurídico, argumentando que en su razonamiento sólo cabe espacio para una ponderación *ad hoc*, en el sentido de que «una sola propiedad diferente puede comportar una solución diferente para el caso»: una sola característica diferencial puede justificar la introducción de una excepción, sobre cuya base se llega a modificar la regla de prioridad.

Esta observación remite a la forma de resolver conflictos entre principios constitucionales, fundándose en la distinción entre principios morales de carácter

particularista y principios morales de carácter universalista. De esta distinción Moreso deduce que la técnica para resolver los conflictos entre los principios propuestos por la ponderación implica el recurso a una estrategia particularista, es decir, una forma de razonamiento jurídico depende de las circunstancias del caso.

Por el contrario, el modelo especificacionista de Moreso aspira a ocupar una área intermedia entre los dos extremos del particularismo y del universalismo, representando la ponderación como una etapa previa respecto a la subsumción, mediante la referencia a los casos paradigmáticos (las características, los hechos o circunstancias que justifican la relación de prioridad condicional establecida por la ponderación) que permiten delimitar el perímetro de las reconstrucciones admisibles dentro del razonamiento práctico³⁹.

Una primera objeción formulada por Moreso se refiere a la necesidad de una escala jerárquica abstracta de derechos: no existen criterios – argumenta – para determinar si el derecho a la vida es más importante que el derecho a la libertad o si el derecho a la salud es más importante que el derecho al trabajo. En cualquier caso de colisión, siempre se planteará el problema de determinar el peso abstracto de los principios involucrados⁴⁰.

³⁹ Cfr. J.J. Moreso, *Alexy y la aritmética de la ponderación*, cit., p. 313. Moreso hace referencia en especial a un caso de conflicto, tratado por el mismo Alexy, entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en el que, la revista satírica Titanic había llamado “asesino nato” y, sucesivamente, “inválido” a un oficial de la reserva parapléjico que había sido llamado nuevamente a las filas del ejército para algunos ejercicios militares. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización de 12000 marcos alemanes al oficial. Frente al recurso de amparo presentado por la revista, el Tribunal estableció que, definir al oficial “asesino nato” constituye una interferencia moderada o leve respecto a su derecho al honor, en el momento que los apodos de este tipo son habitualmente usados en el lenguaje satírico (mientras la interferencia en la libertad de expresión se considera “grave”); llamar, por el contrario, “inválido” a un parapléjico representa una interferencia gravísima que termina por prevalecer sobre la libertad de expresión de la revista.

⁴⁰ «Dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos» (*ibid.*, p. 312).

Un criterio de estructuración jerárquica entre principios resulta incompatible con la técnica de la ponderación, que consiste precisamente en un proceso de aplicación de las normas con carácter de principio, en el que se establece una relación de prioridad condicionada entre los mismos, en función de las circunstancias del caso. Es el mismo procedimiento, en otras palabras, que requiere una determinación del peso de los principios siempre y sólo dentro del caso concreto. Que la ponderación presuponga la inexistencia de jerarquías abstractas, sin embargo, no representa un elemento suficiente para demostrar su inutilidad. Cuando se hace referencia al concepto de “pesos abstractos”, el objetivo consiste en integrar la relación comparativa entre los derechos fundamentales en cuestión; se hace referencia a una variable distinta (introducida con la fórmula de peso) respecto al grado de intervención en el derecho fundamental opuesto.

La determinación de estos parámetros se realiza sobre la base de argumentos que en la mayoría de los casos resultan externos al discurso jurídico. Como observa Carlos Bernal Pulido⁴¹, los pesos abstractos derivan del modelo de orden jurídico al que pertenecen los principios competitivos. Por ejemplo, el peso abstracto del derecho a la vida tendrá un valor diferente, en un Estado constitucional, que un Estado comunista; el derecho a la propiedad privada tendrá mayor relevancia en un Estado liberal de la ley que en un Estado socialista.

Una segunda objeción de Moreso se refiere a la falta de objetividad de la escala tríadica y a la consecuente imposibilidad de fundamentar racionalmente todo el proceso de ponderación. Según el autor, el proceso trifásico descrito por Alexy debería tener una estructura similar a la de la clasificación de minerales, en la que la dureza de cada mineral se determina de acuerdo con su capacidad para rayar a los demás. Escribe Moreso al respecto:

no veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los

⁴¹ C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 71.

derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave⁴².

Con respecto a esta objeción, se puede observar que, por las mismas razones, la racionalidad de la escala tríadica de la ponderación reside en la posibilidad de realizar evaluaciones intersubjetivamente compartidas utilizando elementos del discurso práctico general.

III.6.5. Las objeciones de Ferrajoli

La teoría de Alexy ha sido objeto de una atenta lectura crítica por parte de Luigi Ferrajoli, quien defiende en cambio una perspectiva de “constitucionalismo garantista” (positivista) centrado en la tesis de que los derechos fundamentales implican la existencia o requieren la introducción de las reglas que actúen como sus garantías relativas. Es una posición que aboga por el sometimiento de la legislación a reglas de producción que no solo son formales sino también sustanciales, cuya violación genera “*antinomie per commissione*” o “*lacune per omissione*”.

La Constitución (la “*sfera dell’indecidibile*”), al representar el deber respecto a la acción de la legislación, prevé implícitamente lagunas y contradicciones que el legislador debe eliminar adecuando continuamente el ordenamiento jurídico infraconstitucional al constitucional. Central en este modelo, que pretende ser conjuntamente explicativo y normativo (es decir, descriptivo de la realidad jurídica y al mismo tiempo subordinado a la promoción de ciertos fines ético-políticos), es la distinción dogmática entre las reglas – normas respecto a las cuales resulta sencilla la identificación de su observancia

⁴² J. Moreso, *Alexy y la aritmética de la ponderación*, cit., p. 307.

o infracción –, principios directivos – normas que establecen finalidades y valores políticos a perseguir – y principios regulativos (tales como los derechos fundamentales) – normas mixtas que de las primeras comparten la sencillez de la detección de su cumplimiento o incumplimiento, y de los segundos la dimensión argumentativa (igual que todas las reglas tienen que aplicarse por subsunción, igual que todos los principios tienen una estructura de argumentos) –.

A diferencia de Habermas, Ferrajoli considera a la ponderación como plenamente fisiológica dentro de los ordenamientos jurídicos de las actuales democracias constitucionales; sostiene sin embargo que la relevancia de tal técnica argumentativa y decisional haya sido excesivamente subrayada por distintos planteamientos doctrinales (sobre todo de corte neoconstitucionalista), en detrimento de lo que debería ser el justo perímetro de las relaciones de poder entre legislador y jueces. El constitucionalismo “principialista” de Alexy – objeto el autor –, con su énfasis en el papel de los principios (“directivos”, en la reconstrucción de Ferrajoli) y del activismo judicial, comporta una atenuación del carácter preceptivo de los textos constitucionales y una pérdida de normatividad deóntica de los derechos fundamentales. La aplicación de los principios constitucionales, de esta manera, acaba siendo entregada a las elecciones discrecionales de los jueces, que a la Constitución deberían estar sometidos, determinando una lesión del principio de la separación de los poderes. La propuesta teórica alternativa a la ponderación avanzada por el iusfilósofo italiano consiste en una distinta técnica argumentativa que tendría el mérito de contener la inflación de los conflictos normativos generada por el uso impropio de este método.

En extrema síntesis, Ferrajoli construye un modelo teórico que prevé una neta distinción analítica entre: a) derechos-inmunidad, ilimitados, cuya garantía no interfiere con otros derechos; b) derechos de libertad, que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás

sujetos; c) derechos sociales, financiados a través de la exacción fiscal, cuyos límites no están en los derechos fundamentales de otro tipo, sino solamente en los costos impuestos por su ejecución; d) derechos-poder, sometidos a límites, vínculos y controles jurisdiccionales de validez y licitud, en función de la tutela y del cumplimiento de los demás derechos fundamentales promulgados por las Constituciones. Desde un punto de vista jerárquico, en la cumbre habrá las tradicionales inmunidades, luego los derechos de libertad y los derechos sociales, y por fin los derechos patrimoniales⁴³.

Ahora bien, aun considerándolo inverosímil como hipótesis de reconstrucción del razonamiento judicial, Ferrajoli afirma que la ponderación legislativa sea requerida para los principios directivos y, al menos en parte, para los derechos sociales; por lo que se refiere a los principios regulativos, en cambio, éstos normalmente no requieren una ponderación, a menos de que no padezcan limitaciones (expresadas) por principios directivos. Los demás casos de colisión entre derechos fundamentales tendrían que ser solucionados recurriendo a jerarquías constitucionales o a la subsunción por reglas o, en los casos difíciles, a través de una actividad interpretativa (en particular, el canon sistemático de la jerarquía constitucional rígida) encaminada a identificar sus límites implícitos. Desde un punto de vista descriptivo, los jueces, de hecho, en la mayoría de los casos no construyen jerarquías móviles mediante ponderación, sino que descubren jerarquías axiológicas y jurídicas ya implícitas en la Constitución.

«La representación política – afirma además el autor – consiste en la representación de la voluntad, de los intereses, de las opciones y orientaciones políticas de los electores, y ciertamente no en la representación de un consenso popular ideal prestado a la argumentación judicial en virtud de su carácter

⁴³ Cfr. sobre todo L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 110-112, 116-117, 123.

nacional»⁴⁴. La legitimación democrática de las “*funzioni di governo*” (las funciones de innovación y transformación jurídica) descansa justamente en la representación política, es decir, en la idea de que nuevas decisiones, tales como las leyes, sean tomadas con el consenso o de todos modos con la participación si bien indirecta de sus destinatarios. Por el contrario, la legitimación democrática de las “*funzioni di garanzia*”, y típicamente de la función judicial, no sólo es independiente, sino incluso en potencial contraste con el consenso popular (la conexión con la soberanía popular deriva de la aplicación de la ley y de la Constitución). Tal legitimación consiste en la comprobación de la verdad de los presupuestos de su ejercicio; en el caso de la jurisdicción, en particular, se basa en la verdad procesal de las tesis que verifican la violación objeto de juicio.

Este planteamiento parece descuidar un dato esencial: los órganos de justicia constitucional, aunque no derivan su legitimidad del voto popular, pueden considerarse democráticamente legitimados por la función profesional que ejercen, por las formas de ejercicio de las funciones que se les asignan constitucionalmente. En una democracia constitucional, el poder político y el poder judicial tienen una distinta fuente de legitimidad y diferentes métodos de ejercicio⁴⁵. El poder político responde a un criterio de legitimación democrático-electiva, caracterizado por el gobierno de la mayoría; los poderes de garantía como el Tribunal Constitucional encuentran en cambio su fuente de legitimidad en la tarea

⁴⁴ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, en «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2015, p. 43.

⁴⁵ Gustavo Zagrebelsky, en particular, evidencia la necesidad de distinguir entre democracia como modelo de investidura de los sujetos y democracia como tipo de función: de acuerdo con esta última lógica, se puede comprender más fácilmente la existencia de órganos formados no democráticamente (jueces independientes, en general, y tribunales constitucionales, en particular) que desempeñan funciones esenciales para cualquier democracia constitucional (cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 97). «[E]n una Constitución no monista – escribe – que contiene en sí misma diversos principios inspiradores, el órgano investido de la función de control no participa, en consecuencia, de un fundamento análogo al de los órganos políticamente activos donde se expresa el principio de mayoría» (G. Zagrebelsky, «La Corte costituzionale e il legislatore», en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 111).

de garantizar el respeto de los límites del poder y salvaguardar los derechos, así como los requisitos de competencia e independencia que deben poseer. En este caso, será oportuno hablar de “legitimidad de segundo grado”, derivada del sistema constitucional, en el sentido de no atribuible a una investidura popular directa.

III.6.6. Análisis crítico de la teoría de Alexy

La ponderación, hemos visto, representa una mera técnica argumentativa (el método de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales con caracteres de principio), y es por tanto susceptible de ser utilizada de diferentes maneras. Las objeciones dirigidas a destacar el carácter falaz de la ponderación remiten, más o menos involuntariamente, al contenido de los argumentos individuales utilizados por los jueces (por lo tanto, a un elemento externo, en relación con el contexto de justificación), cuando, para lograr su propósito, debe dirigirse a su estructura lógica interna.

La reconstrucción de Alexy tiene como objetivo someter la ponderación a algunas reglas generales, no basadas exclusivamente en evaluaciones personales del intérprete, sino válidas en el plano intersubjetivo. Toda la reflexión del autor sobre el tema puede verse como un intento de formalizar la estructura lógica de la ponderación en términos matemáticos, a través de la elaboración de una fórmula utilizable para decidir los casos de conflicto entre principios.

Un primer dato que emerge del análisis de su teoría es que Alexy parece depositar una confianza excesiva en la posibilidad de traducir en términos cuantitativos (y la posibilidad de atribuir a las fórmulas obtenidas un valor universal, válido también para los casos futuros), las operaciones interpretativas de los jueces y en particular las técnicas de ponderación. El principal problema epistemológico subyacente a este modelo, en otras palabras, remite a la legitimidad de convertir un modelo interpretativo de razonamiento práctico-jurídico en un esquema puramente formal.

En primer lugar, debe decirse, el uso generalizado de fórmulas matemáticas complejas no parece aportar contribuciones significativas en términos de claridad expositiva; por otro lado, es inverosímil que los Tribunales Constitucionales (a partir del alemán) realmente se encuentren utilizando estos modelos de razonamiento jurídico, hasta el punto de legitimar la duda si su utilidad no puede residir más bien en una reconstrucción *ex post* de sus decisiones o argumentos. La racionalización que el procedimiento alexyano proporciona parece actuar principalmente en el nivel del “contexto de justificación”, dado que un criterio para ordenar los derechos constitucionales abstractos resulta estructuralmente indisponible. Los aspectos conceptuales y metodológicos deben mantenerse separados de la dimensión normativa, que en la teoría de Alexy adquiere una importancia preponderante. En particular, el mismo principio de proporcionalidad, que guía al intérprete en la actividad ponderar a los bienes, principios o derechos constitucionales, representa más que nada un criterio para determinar qué relaciones de precedencia sean correctas o justificadas.

Es como mínimo cuestionable que a los factores considerados (la gravedad de la interferencia, el peso abstracto de los derechos en conflicto y la importancia de los casos individuales, en particular) sea posible asignar aquella exactitud numérica requerida por la teoría alexyana, además sobre la base de evaluaciones en abstracto (¿es realmente posible juzgar la lesión de un derecho, leve o grave, sin tomar en consideración la importancia del derecho concurrente, o viceversa?). Atribuir un peso a dos principios o derechos en conflicto presenta un carácter relacional y bilateral⁴⁶.

Con respecto a la gravedad de la interferencia, en particular, pueden existir casos fáciles, “paradigmáticos”, en los que es evidente, pero lo más probable es que no está del todo claro si la interferencia debe considerarse leve, moderada

⁴⁶ El mismo Alexy, de hecho, reconoce el carácter relativo del peso de los principios. Este asunto, todavía resulta incompatible con la idea que sea posible asignar separadamente grados de interferencia y satisfacción de los principios en competición.

o grave. La artificialidad del modelo construido por el iusfilósofo alemán reside sobre todo en este aspecto: propone técnicas arbitrarias para la medición cuantitativa de factores que en realidad siempre deben considerarse como inextricablemente vinculados, en la búsqueda de un tipo de equilibrio reflexivo entre los medios disponibles, el grado de satisfacción de un derecho o un principio, y el nivel de lesión de otro derecho o principio.

La determinación del peso abstracto de los principios dentro de la escala triádica depende (o está vinculada, al menos) en gran medida de razones sustantivas o morales, que a menudo permanecen en segundo plano dentro de la argumentación de Alexy. Uno de los principales factores que subyacen a la falta de precisión en la ponderación judicial es precisamente la ausencia de una medida común que permita determinar el peso de los principios relevantes en cada caso específico. Por otro lado, a excepción de las aproximadas técnicas de medición de los factores relevantes ya examinados, el autor no propone ningún método o criterio común para adquirir el conocimiento de los pesos abstractos o para determinar el contenido objetivo de los principios. Para lograr este objetivo, las entidades pesadas deberían ser homogéneas, parte de un orden estable, indefinidamente reproducible con los mismos resultados, mientras que, en la práctica, la comparabilidad entre dos o más elementos, deben a menudo excluirse debido a la asimetría con las elecciones realizadas anteriormente.

En general, podemos considerar el trabajo de medición en los siguientes términos: afirmamos que el objeto 01 pesa más que el objeto 02 si, una vez que los objetos se colocan en los platos opuestas de una escala ubicada en el vacío, 01 baja y 02 sube; y afirmamos que 01 balanza a 02 si, en las mismas condiciones, 01 y 02 permanecen en equilibrio. Ahora bien, esta representación no parece aplicable al mundo del derecho, en el que los elementos sujetos a una evaluación comparativa no exhiben ninguna propiedad objetiva medible en términos cuantitativos. Cuando se habla de “sopesar a los derechos”, por lo tanto, lo hace en un sentido metafórico, en sentido figurado, con una cierta torsión del significado

literal del término (las reglas no son entidades físicas, y por otro lado el “peso”, en el sentido estricto, es una característica de la materia).

El mismo ideal calculador de la ponderación, finalmente, parece contrastar con la realidad de la disciplina constitucional de los derechos en los Estados constitucionales contemporáneos. De hecho, todas las variables consideradas, así como el resultado de su aplicación, lejos de responder a criterios objetivos independientes del intérprete, aparecen fuertemente influenciados por las preinterpretaciones de las reglas y las evaluaciones subjetivas y contextuales operados por los jueces constitucionales.

IV. Una breve evaluación

El análisis de las reconstrucciones de Guastini y Alexy ha tratado de mostrar cómo la ponderación, por sí misma, es sólo una técnica de resolución de las antinomias entre principios y derechos fundamentales, que puede involucrar tanto elementos discrecionales como elementos racionales, dependiendo del uso que se hace dentro de las circunstancias específicas del caso y en el marco del contexto jurídico-político de referencia.

Los elementos involucrados en el juicio de ponderación no parecen integralmente predeterminables; su resultado no parece poder ser establecido de manera general y abstracta, al depender al menos en parte de las circunstancias del caso específico, de las condiciones de aplicación de los principios. Sin embargo, la práctica interpretativa de los jueces constitucionales y ordinarios evidencia la posibilidad de identificar algunas reglas relativamente estables, aunque siempre sujetas a revisión en presencia de nuevas propiedades relevantes (piénsese a la técnica del “*distinguishing*”), que aseguran una generalización de casos anteriores a casos actuales y futuros (incluso hipotéticos), habida cuenta del respeto de la cláusula *ceteris paribus*.

Un primer límite, tanto para la discrecionalidad legislativa como para el activismo judicial, está constituido por el papel de los principios formales que determinan repartición de los poderes decisionales en la administración de los derechos. Luego hay una serie de elementos tales como las técnicas argumentativas acreditadas en la cultura jurídica de referencia, los precedentes judiciales, los actos para-normativos (representados por el *soft law* o por disposiciones privadas de un real efecto normativo) o los casos paradigmáticos, que pueden actuar como condiciones de estabilización del significado de las interpretaciones. Finalmente, no se puede descuidar la tendencia del derecho a proceduralizar sus propias decisiones, y por lo tanto también a tecnificar los procedimientos ponderativos (en particular, la aplicación judicial de los principios). «La Corte – observa Roberto Bin (con referencia al caso de la Corte constitucional italiana) – tiende a estabilizar sus respuestas: la constante repetición de ciertos argumentos en las materias más frecuentes debe verse ante todo como una respuesta a una exigencia de certeza y estabilidad, *rebus sic stantibus*, de la ‘regla de prevalencia’ en la ponderación de los intereses tipificados»⁴⁷. Incluso en ausencia de garantías, frente a eventuales nuevas propiedades relevantes o nuevas evaluaciones sustanciales acerca de la uniformidad en la interpretación de los principios jurídicos, seguirá habiendo en todo caso la posibilidad de establecer relaciones transitivas entre los casos anteriores y los casos actuales y futuros (o hipotéticos). Otra serie de ponderaciones podrá fijar unas jerarquías relativamente estables y objetivas entre principios en relación con problemas recurrentes.

⁴⁷ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 147.

V. Referencias bibliográficas

Aarnio, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo, Reidel, 1987.

Alder, J., *The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights*, en «Public Law Review», 4, 2006, pp. 697-721

Aleinikoff, T., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, en «Yale Law Journal», 96, 1987, pp. 943-1005.

Alexy, R., «Die Gewichtsformel», en J. Jickeli, M. Kreuz, D. Reuters (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, 2003, pp. 771-792.

_____. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997.

_____. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, en «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 131-140.

_____. *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, en «Ars Interpretandi», 7, 2002, pp. 131-144

_____. *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

_____. *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, en «Ars Interpretandi», 10, 2005, pp. 97-123.

_____. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, en «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 433-449

_____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en «Doxa», 5, 1988, p. 139-151.

_____. *Teoria dei diritti fondamentali* [1994], tr. it., Il Mulino,

Bologna, 2012.

_____. *The Reasonableness of Law*, en G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (Eds.), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 3-15.

Atienza, M. y Manero, R., *Sobre principios y reglas*, en «Doxa», 10, 1991, pp. 101-120.

Atienza, M., *A vueltas con la ponderación*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, pp. 43-59.

_____. *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

Barak, A., *La discrezionalità del giudice*, tr. it., Giuffrè, Milano, 1989.

_____. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Barberis, M., *Lo scetticismo immaginario*, en P. Comanducci., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003, pp. 1-36.

Bayón, J., *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», 2, 2002, www.dirittoequestionipubbliche.org.

Beatty, D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oup, Oxford, New York, 2004.

Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Ceps, 2005.

_____. *La racionalidad de la ponderación*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 26, 77, 2006, pp. 51-75.

Besson, S., *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart, 2005.

Bin, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

_____. *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, en «Giurisprudenza costituzionale», 1992, pp. 3574 ss.

Celano, B., *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, en M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano, 2002.

_____. *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, en «Ragion pratica», 2, 2005, pp. 469-490, pp. 469-489.

Champeil-Desplats, V., *Raisonnement juridique et pluralité des valeurs*, en P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001.

Chiassoni, P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999.

Clérico, L., *Sobre “casos” y ponderación: los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?*, en «Isonomía», 37, 2012, pp. 113-145

Cohen-Eliya, M., Porat, I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Comanducci, P., *Principi giuridici e indeterminatezza del diritto*, 1997, tr. it., en Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998.

_____. *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, en Id., R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002-2003.

Da Silva, V. A., *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

De Otto, I., *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en Id., L. Martín-Retortillo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1988.

DePaul, M., *Intuitions in Moral Enquiry*, en D. Copp (Eds.), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 595-623

Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986.

Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, en «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2015, p. 43.

_____. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

García Amado, J., *¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007*, en «Palestra del Tribunal Constitucional», 8, 2007, pp. 623 ss.

_____. *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*, en R. Sanin Restrepo (a cargo de), *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 120-163.

García Figueroa, A., *¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy*, en R. García Manrique *et al.* (a cargo de), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.

_____. *Diritto mite, diritto incerto*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1996, pp. 513-525.

_____. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

_____. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011.

_____. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

_____. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.

_____. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006.

_____. *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008.

_____. *Ponderazione: un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, en «Ragion pratica», 26, 2006, pp. 151-162.

_____. *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, en «Diritto Pubblico», 3, 1998, pp. 651-659.

_____. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 230-231.

_____. *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, en «Ragion pratica», 17, 2001, p. 43-52.

Habermas, J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996.

Hare, R. M., *Il linguaggio della morale* [1953], tr. it., Ubaldini, Roma, 1961.

_____. *Moral Conflicts*, en S. McMurrin (Ed. by), *The Tanner Lectures on Human Values*, University of Utah Press, Salt Lake City, 1980, vol. I, pp. 169-193.

Henkin, L., *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, en «Columbia Law Review», 78, 5, 1978, pp. 1022-1049.

Hurley, S., *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989.

Huscroft, G., Miller, B., Webber, G. (Eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Itzcovich, G., *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», 3, pp. 109-123.

Jackson, V., *Being Proportional About Proportionality*, en «Constitutional Commentary», 21, 3, 2004, pp. 803-859

Jiménez Campo, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

Kumm, M., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, en «Law & Ethics of Human Rights», 4, 2, 2010, pp. 142-175

Luzzati, C., *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

MacCormick, N., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), tr. it., Giappichelli, Torino, 2001.

Maniaci, G., *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, en «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 47 ss.

Matthews, J., Stone Sweet, A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, en «Columbia Journal of Transnational Law», 47, pp. 73-165.

Möller, K., *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, en «Oxford Journal», 5, 3, 2007, pp. 453-468.

_____. *Proportionality: Challenging the Critics*, en «International Journal of Constitutional Law», 10, 3, 2012, pp. 709-731

Moreso, J., «Conflictos entre principios constitucionales», en Id. (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

_____. *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, en «Ragion Pratica», 18, 2002, pp. 241 ss.

_____. *Alexy y la aritmética de la ponderación*, en R. García Manrique (Coord.), «Derechos sociales y ponderación», 2009, pp. 223-248.

_____. *Guastini sobre la ponderación*, en «Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», 17, 2002, pp. 227-249.

_____. *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Nino, C., *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Giappichelli, Torino, 1996.

Pieroth, B., Schlink, B., *Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010.

Pino, G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, en «Etica & Politica», 1, 2006.

_____. *Il linguaggio dei diritti*, en «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 407-409.

Porat, I., *Some Critical Thoughts on Proportionality*, en G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (Eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009

Pozzolo, S., *Neocostitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, en «Doxa», 21, 2, 1998, pp. 340-341.

Prieto Sanchís, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, a cargo de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.

_____. *El juicio de ponderación*, en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216.

_____. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en «Afdum», 5, 2001, pp. 201-227

Redondo, M. C., *Ragioni e norme*, en «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 439-468

Rivers, J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, en «Cambridge Law Journal», 65, 1, 2006, pp. 174-207.

Rodríguez de Santiago, J., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

Romboli, R., *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, en V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992.

Ross, A., *Diritto e giustizia* [1958], Einaudi, Torino, 1965.

Sardo, A., *Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica*, en «Revus», 22, 2014, pp. 21-34.

_____. *Teorías de la ponderación: análisis crítico*, en F. Morales, P. Grández Castro (a cargo de), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Palestra, Lima, 2013.

Scaccia, G., *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, en «Giurisprudenza costituzionale», 1998, pp. 3967 ss.

Schlink, B., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, en P. Badura, H. Dreier (a cura di), *Festschrift 50 Jahre des BverfG*, 2 voll., Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 460 ss.

_____. *Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, en «EuGRZ», 11, 1984.

_____. *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, en «Duke Journal of Comparative & International Law», 22, 2012, pp. 291-302.

Shafer-Landau, R., *Moral Rules*, en «Ethics», 107, 1997, pp. 584-611.

Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

Toller, F., *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, 2 vol., en E. Ferrer Mac-Gregor (a cura di), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, vol. II, pp. 1199-1284.

Tsakyraakis, S., *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, en «International Journal of Constitutional Law», 7, 3, 2009, pp. 468-493

Urbina, F., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Webber, G., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, en «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 23, 2010, pp. 179-202.

_____. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Zagrebelsky, G., «La Corte costituzionale e il legislatore», en P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982.

_____. *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.

_____. *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008.