

CONFLICTOS DE NORMAS Y RAZÓN PRÁCTICA (Sobre el concepto, justificación y racionalidad de la ponderación)

José Manuel Cabra Apalategui
Universidad de Málaga

Si hubiera que describir la evolución de la teoría de la argumentación jurídica en las últimas décadas, sin duda cabría explicarla –o más bien, necesariamente habría que hacerlo– haciendo referencia a la ponderación y todos sus problemas conexos, que van desde la teoría de la norma jurídica (distinción entre principios y reglas) a la teoría general del derecho (neoconstitucionalismo). En algunos trabajos recientes, Manuel Atienza se ha propuesto mediar en el debate acerca de la ponderación para alcanzar lo que el denomina el “sentido común jurídico” en esta materia y que debería constituir un punto de partida, un acuerdo de mínimos, sobre las tres grandes cuestiones que ha suscitado la ponderación y a partir de ahí, poder discutir otros asuntos más controvertidos y específicos, que constituirían la verdadera agenda problemática de la ponderación¹. Estas grandes cuestiones sobre las que ha pivotado el debate acerca de la ponderación son: 1) en qué consiste la ponderación y cuál es su diferencia específica con la subsunción (lo que supone también plantearse cuál es la relación entre ambas formas o esquemas argumentativos); 2) cuándo es preciso y/o está justificado ponderar (lo cual supone también plantearse si se trata de una forma o esquema argumentativo necesario o contingente); y 3) si la ponderación es un procedimiento racional y en qué consistiría esa racionalidad.

Evidentemente, las respuesta a algunas de estas cuestiones dependen en gran medida de la respuesta que se haya dado al resto, así como de la asunción de determinadas concepciones respecto de, por ejemplo, la naturaleza de las normas jurídicas o la posibilidad de la objetividad en cuestiones morales. Difícilmente podremos dilucidar si la ponderación es un procedimiento racional y cuál es el tipo y el grado de racionalidad que podemos alcanzar con la misma, sin antes haber respondido a la primera pregunta acerca de la estructura de la ponderación. E igualmente, la respuesta a la segunda pregunta depende de cuál sea la respuesta a la tercera, porque para el escéptico moral, difícilmente cabrá justificar el recurso a la ponderación, mientras que el objetivista no pondrá reparos a acudir a la ponderación si con ello puede justificar una solución justa. Por otra parte, y dejando las cuestiones metaéticas de lado, quien defienda una distinción estructural entre principios y reglas, deberá asumir la ponderación como una necesidad metodológica, esto es, como la forma de aplicar ese tipo de normas, mientras que quien no admita esa distinción verá en la ponderación, a lo sumo, una estructura argumentativa cuyo utilización en el razonamiento jurídico es contingente. Con esto no quiero cuestionar las tesis de Atienza como el “sentido común jurídico”, pero sí llamar la atención sobre la interrelación de estos problemas y su conexión –cosa que por lo demás, resulta evidente y así ha sido

¹ Atienza (2012), (2014).

puesto de manifiesto en innumerables ocasiones– con otras cuestiones de teoría del derecho y filosofía moral.

Si hay algo que necesariamente concurre cuando se habla de ponderación es la existencia de un conflicto entre normas. La ponderación, sea vista como una necesidad metodológica o no, sea considerada como un procedimiento racional o no, opera siempre en situaciones en las que *hay*, al menos, dos normas válidas potencialmente aplicables, cuyas consecuencias jurídicas son incompatibles. La ponderación es, antes que nada, un procedimiento para la resolución de antinomias, o más exactamente, de un determinado tipo de antinomias. Ahora bien, dadas las peculiaridades de estas antinomias, lo esencial aquí es, precisamente, el “planteamiento” de una determinada situación como un conflicto normativo y no como un supuesto de aplicación subsuntiva de normas jurídicas.

En este trabajo, aún al precio de dejar únicamente apuntadas muchas cuestiones de enorme importancia, intentaré seguir el guión marcado por Atienza, si bien con resultados algo más escépticos.

1. Ponderación y subsunción.

La primera de las cuestiones es el propio concepto de ponderación, en qué consiste. Doy por sentado que a estas alturas no es preciso explicar, siquiera brevemente la estructura de la ponderación (ni los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, ni las leyes sustantiva y epistémica de la ponderación, ni las variables que configuran la fórmula del peso), al menos en su formulación estándar, que es la desarrollada por Alexy². En relación con esta cuestión, me parece mucho más relevante y más controvertido desde el punto de vista doctrinal, la relación de la ponderación y la subsunción como esquemas argumentativos. Aquí es posible distinguir, al menos, cuatro posiciones, si bien no necesariamente excluyentes.

a) Tesis de la *alternatividad*. Según esta tesis, la subsunción y la ponderación son las dos formas básicas de aplicar las normas jurídicas³. Esta distinción es –según sus valedores– consecuencia de la existencia en los sistemas jurídicos modernos de dos tipos de normas: las reglas y los principios⁴, cuya aplicación discurre por procedimientos esencialmente distintos, que responden a las peculiaridades estructurales de ambos tipos de normas. Así, las reglas, que son normas con una estructura hipotética, se aplican mediante una operación de subsunción, mientras que los principios, que serían mandatos de optimización⁵, se ponderan. Esta tesis, por tanto, es tributaria de una determinada concepción de las normas jurídicas en el Estado constitucional; o si se prefiere, ambas son correlativas, de manera que el cuestionamiento de la una llevaría necesariamente al cuestionamiento de la otra y viceversa⁶.

² Alexy (1997b), (2002), (2003b).

³ Alexy (2003b: 433); Bernal (2003: 225).

⁴ Bernal (2003: 225), (2006: 51-2).

⁵ Dejaré al margen la discusión acerca de la distinción entre principios en sentido estricto y directrices, así como los dos tipos de ponderación correlativos. Sobre lo primero, vid. Atienza/Ruiz (2004, cap. I); sobre segundo, Atienza (2006: 174 y s.).

⁶ Vid. García Figueroa (2007: 339).

Aunque es muy probable que ni siquiera quienes formulan esta tesis tengan la intención de llegar tan lejos, al describir la subsunción y la ponderación como las formas básicas de aplicar el derecho, parece que nos encontramos ante dos esquemas argumentativos primitivos a los que son reducibles todas las demás formas de aplicación y de justificación jurídica, y, sobre todo, dos esquemas argumentativos excluyentes entre sí⁷.

Por otra parte, dada la estructura formal de la ponderación, esta tesis supone que toda aplicación de principios constitucionales se produce en colisión con otros principios, lo cual resulta discutible.

b) Tesis de la *complementariedad metodológica*. Frente a la caracterización de la ponderación como una alternativa a la subsunción, se ha sostenido que, en realidad, ambos esquemas argumentativos “operan en fases distintas de la aplicación del Derecho”⁸. Y ello por la sencilla razón de que para ponderar es preciso constatar que en el caso en cuestión resultan aplicables dos principios contradictorios, es decir, que el caso en cuestión es “subsumible” en ambos principios simultáneamente. Pero, además, en tanto que la solución de la colisión de principios consiste en el establecimiento de una relación de precedencia condicionada por las circunstancias del caso y ésta relación puede formularse como una regla (“ley de colisión”⁹), después de ponderar, esto es, de resolver la colisión entre principios, es preciso subsumir el caso individual en la regla resultante de la ponderación. Según este planteamiento, la ponderación, antes que un esquema alternativo a la subsunción, se configura “como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso”¹⁰.

Esta tesis presenta la subsunción y la ponderación como esquemas argumentativos complementarios cuando se trata de resolver conflictos de normas constitucionales y pone de manifiesto algunos extremos relevantes. En primer lugar, que en el razonamiento jurídico no sólo pueden alternarse las operaciones subsuntivas o clasificatorias y las ponderativas o evaluativas, sino que en los casos de colisión de principios resulta necesario que así sea. En segundo lugar, esta tesis no presupone una distinción estructural y esencialista entre principios y reglas en el sentido de la primera tesis (*alternatividad*), aunque, por otra parte, decir que el razonamiento ponderativo “convierte” los principios en reglas es inexacto. Y en tercer lugar, que la presentación del caso particular como una colisión de principios es una *construcción* que depende de la interpretación que se haga de los principios (o de otras normas positivas) en un doble sentido: (i) depende de la

⁷ De hecho, Alexy afirma que “[e]sta diferencia es la expresión de dos dimensiones del razonamiento jurídico, una clasificatoria y otra gradual, que pueden y deben ser combinadas de muchas maneras para maximizar la racionalidad en la argumentación jurídica” (Alexy 2003b: 448).

⁸ Prieto Sanchís (2003a: 193). Vid. también Prieto Sanchís (2000), (2003b).

⁹ Como es sabido, la ley de colisión establece que “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (Alexy 1997b: 94)

¹⁰ Prieto Sanchís (2003a: 194). En el mismo sentido, Bayón sostiene que “ponderar no es una forma de aplicar normas esencialmente distinta de la subsunción, sino, simplemente un paso previo a ésta” (Bayón 2003: 302). Vid. también Moreso (2007: 237-8), (2012: 39).

interpretación que se haga de una determinada norma *potencialmente*¹¹ aplicable que ésta sea o no efectivamente relevante en el caso particular, esto es, que el caso caiga bajo el campo de aplicación de la norma; y (ii) depende de la interpretación que se haga de ambas normas simultáneamente el que éstas entren en conflicto o no, esto es, que la intersección de sus campos de aplicación contenga casos comunes o no¹². Cabe decir, en este sentido, que la ponderación no constituye un método autónomo de aplicación del derecho, sino que depende de la interpretación.

c) Tesis de la *intercambiabilidad*. Esta tesis sostiene todo lo contrario que la primera; si allí subsunción y ponderación eran dos formas básicas, pero, sobre todo, dos formas diferenciadas de aplicar las normas jurídicas, según fueran éstas reglas o principios, aquí “las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos y tratados de las dos maneras”¹³.

De entrada, y en tanto que cualquier caso o situación de aplicación normativa puede ser reconstruido o presentado en términos subsuntivos o ponderativos, en esta tesis está implícita la negación de la diferenciación estructural entre reglas y principios: no es la norma –su estructura lógica– la que determina el método de aplicación, sino la construcción o planteamiento del caso.

A diferencia de la tesis de la complementariedad metodológica, la tesis de la intercambiabilidad no concibe la subsunción y la ponderación como dos estructuras argumentativas que entran en juego sucesivamente cuando se produce un conflicto entre principios. Desde el punto de vista metodológico, tanto una como otra estructura son capaces de plantear un caso y justificar racionalmente su solución¹⁴. Al fin y al cabo, una relación de precedencia condicionada, que es la conclusión de todo razonamiento ponderativo, no es sino otra forma de expresar la calificación deóntica de una acción individual, que es la conclusión de todo razonamiento subsuntivo. En este sentido, ambos procedimientos son equivalentes.

Ahora bien, ¿significa esta equivalencia metodológica que ambos procedimientos o métodos pueden ser usados *indistintamente*? La respuesta, que es en todo caso negativa, puede articularse de dos formas, dando lugar a sendas versiones de esta tesis, una *crítica* y otra *integradora*.

(i) La versión crítica de la tesis de la intercambiabilidad vendría a sostener que, en realidad, el razonamiento jurídico que llevan a cabo jueces y tribunales es, en esencia, subsuntivo. No sólo es redundante, sino que la estructura argumentativa ponderativa no rige en la mayoría de los casos, es decir, la ponderación no es una reconstrucción plausible –en sentido lógico, no psicológico– del tipo de razonamiento que jueces y tribunales llevan a cabo cuando resuelven un caso.

¹¹ Como se desprende del texto, esta *potencialidad* tiene aquí un sentido más débil que la *aplicabilidad prima facie* y opera en la primera aproximación al problema, en el momento de la “comprensión”, previa a la interpretación orientada a la resolución del caso particular.

¹² Vale aquí, por tanto, la tesis defendida por Ricardo Guastini de que las antinomias son fruto de la interpretación y que la interpretación, lo mismo que puede crear, también puede evitar las antinomias (Guastini 2014: 121 y s.). Vid. también García Amado (2007a: 250).

¹³ García Amado (2007a: 292).

¹⁴ García Amado (2007a: 316 y ss.).

No obstante, hay casos en los que verdaderamente jueces y tribunales operan según los esquemas ponderativos. Aquí las objeciones de la versión crítica de la tesis de la intercambiabilidad son de tipo normativo, particularmente con las consecuencias que el uso de la ponderación tiene para la racionalidad jurídica y la distribución de poderes y competencias en el Estado constitucional. En relación con la racionalidad jurídica, la tesis de la intercambiabilidad en general, y esta versión crítica en particular, privilegia la racionalidad interpretativa frente a la ponderativa. En primer lugar, el método subsuntivo permite una mayor precisión analítica al exigir del intérprete que reconstruya todos los pasos intermedios del razonamiento (“requisito de saturación”¹⁵), lo que redundaría en una mayor aptitud de este método para el cumplimiento de las exigencias argumentativas encaminadas a justificar la decisión, así como a posibilitar el control racional de esas decisiones¹⁶. En segundo lugar, la “retórica de la ponderación” desplaza el núcleo de la argumentación de las razones interpretativas, orientadas a dotar de un significado más preciso a la norma sobre la base de consideraciones generales y *ad futurum* (por más que la interpretación en el caso concreto tenga en su punto de mira determinar si el caso en cuestión cae o no bajo el campo de aplicación de la norma), a las razones de justicia del caso concreto, que son razones *ad hoc* sin vocación de generalidad¹⁷. El uso de uno u otro método es una cuestión de política judicial, según se quiera presentar la aplicación del derecho como un ejercicio más o menos complejo de técnica jurídica o, por el contrario, como una decisión justa y equitativa consideradas todas las circunstancias. Incluso, se ha llegado a decir que los tribunales constitucionales habrían adoptado una retórica ponderativa para “diferenciarse” de los tribunales ordinarios, aunque no exista una diferencia sustancial entre la actividad de juzgar en ambas jurisdicciones¹⁸.

En cuanto a la distribución de los poderes y competencias en el Estado constitucional, además de la consabida acusación general de activismo judicial, las reservas –y más que eso– respecto al uso del método ponderativo alcanzan su mayor intensidad cuando es el Tribunal Constitucional quien hace uso del mismo, y ello porque –se argumenta– mediante la ponderación de los derechos a la luz de las circunstancias del caso, está valorando de nuevo los hechos probados, algo que corresponde a la jurisdicción ordinaria y que escapa a sus competencias, convirtiéndose así *de facto* en una suprema instancia judicial de superapelación¹⁹.

(ii) La versión integradora de la tesis intercambiabilidad mantiene la equivalencia metodológica de la subsunción y la ponderación: en ambos casos la conclusión del razonamiento es la calificación deóntica de un caso particular, partiendo de una (subsunción) o varias (ponderación) premisas normativas indeterminadas (al menos en relación al caso individual en cuestión). Ahora bien, esta versión introduce un matiz importante: cada forma o esquema argumentativo pone el foco en un aspecto distinto del razonamiento; así, mientras la ponderación menciona las razones subyacentes (tanto las *interpretativas*, que justifican un enunciado interpretativo “E significa M”, como las *fácticas* que justifican un enunciado subsuntivo “x es un caso de M”), pero no representa la secuencia lógica

¹⁵ Sobre este requisito de la argumentación, vid. Alexy (1997a: 229).

¹⁶ García Amado (2007a: 317).

¹⁷ García Amado (2007b: 249), (2012: 49 y s.).

¹⁸ García Amado (2007a: 323).

¹⁹ García Amado (2007b: 250).

del razonamiento, la subsunción sí presenta los pasos del razonamiento, pero no incorpora las razones subyacentes que justifican cada uno de ellos. Si “fundimos” ambos, tendremos “*el esquema completo y común a todo caso difícil, sea o no de conflicto directo o inmediato entre derechos fundamentales*”²⁰.

Esta versión integradora plantea que ambos procedimientos son complementarios, pero no en un sentido metodológico, como apuntaba la tesis de la complementariedad metodológica expuesta más arriba, sino en un sentido justificativo: la estructura subsuntiva parece presentar con mayor claridad las premisas del razonamiento, su “justificación interna”, mientras que la estructura ponderativa pone de relieve las razones que justifican las premisas de ese razonamiento, su “justificación externa”²¹. Repárese en que, incluso en la versión integradora, la “conversión” de los principios en reglas no significa una transformación en la estructura lógica de las normas (esto es, especificando las condiciones de aplicación implícitas de la norma), sino que responde a una operación esencialmente interpretativa.

d) Tesis de la *complementariedad justificativa*. Esta tesis parte de la rectificación a la idea de que, así como la estructura de la subsunción representa en qué consiste la justificación interna del razonamiento subsuntivo, la estructura de la ponderación –más concretamente, la fórmula del peso– representa la justificación interna del razonamiento ponderativo²². La rectificación pasa por considerar la fórmula del peso no como la justificación interna de la ponderación, sino como la justificación externa de una de las premisas del razonamiento con principios jurídicos.

Según esta tesis, la ponderación es, o más bien, forma parte de un procedimiento compuesto por varios pasos o premisas. Primero, se constata que para un mismo caso existen razones justificatorias (principios, valores) que apuntan a soluciones contradictorias e incompatibles. Segundo, consideradas las circunstancias del caso, se establece una relación de prioridad entre los principios, expresada en una regla “que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad”²³. El tercer y último paso de este procedimiento sería la subsunción del caso en esa regla.

Pues bien, la estructura de la ponderación sería la justificación externa (o el esquema de la justificación externa) de la segunda premisa, que establece una relación de prioridad condicionada entre los principios en colisión²⁴. Aquí es preciso distinguir entre la relación de prioridad condicionada y su justificación, o sea, entre los aspectos metodológicos y normativos de la ponderación, de manera que el principio de proporcionalidad es un criterio para determinar qué relaciones de prioridad son correctas o están justificadas²⁵.

El esquema de la ponderación funcionaría aquí como un *esquema auxiliar o secundario* (“*Nebenschemata*”), en la denominación de Koch/Rüßmann²⁶. Para

²⁰ García Amado (2007a: 330).

²¹ Sobre la justificación interna y externa, vid. Alexy (1997a: 214 y ss.).

²² Alexy (2002), (2003b).

²³ Atienza (2006: 170).

²⁴ Atienza (2006: 172), (2012a: 27), (2014).

²⁵ Martínez Zorrilla (2007: 205).

²⁶ Koch/Rüßmann (1982: 58). En mi opinión, gran parte del extenso debate mantenido por Juan Antonio García Amado y Alí Lozada en el blog del primero gira en torno a la cuestión de cómo y

estos autores el razonamiento jurídico tiene estructura deductiva y se corresponde con el esquema subsuntivo-interpretativo (“*Hauptschemata*”). Los esquemas auxiliares o secundarios serían formas de argumento orientadas a justificar alguna de las premisas del esquema principal, como es el caso de la ponderación según la tesis de la complementariedad justificativa. Pero, si esto es así, si se asume que el esquema argumentativo de la ponderación funciona como un esquema auxiliar (o, si se prefiere, como justificación externa de la premisa que establece una condición de precedencia condicionada), entonces difícilmente se podrá cuestionar que la reconstrucción más adecuada del razonamiento jurídico tiene un fundamento interpretativo-subsuntivo. Y ello no sólo porque la ponderación queda configurada como un esquema auxiliar respecto del esquema principal, sino, por otras dos razones (i) la propia premisa que la ponderación viene a justificar, esto es, la regla de prioridad condicionada, puede verse como una premisa interpretativa; y (ii) la necesidad de subsumir el caso particular en la regla pone de manifiesto el carácter subsuntivo de la justificación jurídica. En relación a la primero, al establecer las condiciones en las que una norma precede a otra, la regla de prioridad está especificando, al menos en parte, las condiciones de aplicación de la norma precedente, hasta ese momento indeterminadas y/o implícitas, lo que significa que, dadas esas condiciones, debe darse la consecuencia jurídica establecida por la norma. Al mismo tiempo, la regla de prioridad está especificando, al menos en parte, las excepciones, hasta ese momento implícitas, de la norma no precedente. En otras palabras, tanto en un caso como en otro, la relación de precedencia se puede “traducir”, por así decirlo, en un enunciado interpretativo que establece cuándo debe darse la consecuencia jurídica de la norma precedente y, *simultáneamente*, cuándo no debe darse la consecuencia jurídica de la norma no precedente²⁷. Es preciso subrayar aquí que la obtención a partir de la regla de prioridad de las condiciones de aplicación de la norma precedente y las excepciones a la norma no precedente se produce simultáneamente y no mediante un razonamiento *a contrario*, puesto que la regla de precedencia hace referencia expresa a ambas normas. Puede decirse, por tanto, que la regla de prioridad expresa o contiene dos enunciados interpretativos, cada uno de los cuales hace referencia a una de las normas en conflicto, permitiendo su aplicación a casos particulares²⁸.

En relación con lo segundo, causa extrañeza la necesidad de subsumir el caso en la regla resultante de la ponderación sostenida por ambas tesis que aquí he denominado de la complementariedad (tanto la metodológica, como la justificativa). En realidad, no hay nada que subsumir, puesto que la regla se ha construido *ad hoc* para el caso (y para casos futuros similares). De lo que se trata es de presentar la conclusión como el resultado de una subsunción, porque, en definitiva, en eso consiste la justificación jurídica.

dónde ubicar la operación evaluativa en el razonamiento jurídico, algo que quizás esta idea de los esquemas auxiliares pudiera ayudar a solventar; vid. García Amado/Lozada (2015).

²⁷ Obviamente, estas condiciones de aplicación y excepciones se formulan tomando en consideración las circunstancias relevantes del caso, aunque nada impide que se sumen a las concurrentes al caso otras circunstancias hipotéticas.

²⁸ Para Guastini hablar aquí de interpretación o enunciados interpretativos resulta simplificador; en su opinión, los principios no son objeto de interpretación, sino de concreción, que “no es una operación interpretativa en sentido estricto”, sino un razonamiento no deductivo “cuya conclusión es la formulación de una “regla”: una *nueva* regla, hasta ese momento no formulada, que constituye su “actuación” o “especificación”” (Guastini 2014: 211-3).

2. Conflictos de normas, ponderación y derrotabilidad.

La segunda de las cuestiones que componía el canon del “sentido común jurídico” era la de cuándo es necesario y cuándo está justificado ponderar. Aunque a primera vista pudiera parecer que la primera pregunta es de naturaleza metodológica y la segunda de carácter práctico, no se trata de dos cuestiones que puedan tratarse indistinta e independientemente. Un punto de partida incuestionable es que la ponderación entra en juego cuando estamos ante un conflicto de normas cuya solución no puede venir dada por alguno de los criterios clásicos de resolución de antinomias²⁹, porque ésta no puede consistir ni en la pérdida de validez de una de las normas, como ocurre con el criterio de *lex superior*, ni en la pérdida de vigencia o derogación de la norma anterior en el tiempo, como ocurre con el criterio de *lex posterior*, ni en la postergación de la ley general *siempre* que concurra el supuesto de hecho de la ley especial, como en el criterio de *lex specialis* (esto es, se configura como una excepción permanente mientras esté en vigor la ley especial). Los conflictos de normas responden a estas características son aquellos que se dan entre normas pertenecientes a un mismo cuerpo legislativo entre las que no cabe establecer una relación de especialidad; y muy especialmente, aunque no exclusivamente, los conflictos entre normas constitucionales.

A esto habría que añadir que las antinomias cuya resolución tiene lugar mediante la ponderación se producen en el momento de la aplicación de las normas³⁰. Se denominan por ello antinomias “en concreto” o “contingentes”. A diferencia de aquellas antinomias en las que los supuestos de hecho de dos normas se contradicen, de manera que no es posible aplicar una de ellas sin que entre en conflicto con la otra (antinomias “en abstracto” o “necesarias”), en las antinomias “en concreto” o “contingentes” no podemos anticipar los supuestos de contradicción, en muchos casos porque las normas potencialmente conflictivas no especifican, o lo hacen muy parcialmente, sus condiciones de aplicación. Por eso, cabría concluir que, aunque en ocasiones se diga que una norma –una regla– legal entra en conflicto con un principio constitucional en el momento de su aplicación, quienes en realidad entran en conflicto son el principio subyacente de la norma, que es también una norma constitucional (cuyo contenido es un derecho o un bien), y otro principio constitucional. De otro modo, la norma de rango legal habría de ser declarada automáticamente inválida.

Y así como la pérdida de validez de la norma inferior, la pérdida de vigencia de la norma anterior y la postergación de la norma general son los efectos de la aplicación de las reglas o criterios de resolución de antinomias, se habla de *derrotabilidad* para hacer referencia al efecto que produce la ponderación sobre la norma sacrificada en la resolución del conflicto. Se dice que el resultado de ponderar ambas normas en pugna es que una de ellas resulta “derrotada”. Los efectos de la derrotabilidad son similares a los de la postergación en la aplicación de la regla *lex specialis*; la norma no pierde ni su validez ni su vigencia, pero, a diferencia de la postergación, la derrotabilidad carece de carácter permanente,

²⁹ Alexy (1997b), (2003b: 434).

³⁰ Evidentemente, la ponderación no opera únicamente en el momento de la aplicación de las normas; el juez constitucional debe ponderar también cuando ejerce el control de constitucionalidad, pero en ese juicio no se está resolviendo ningún conflicto de normas, más bien se está constatando si lo hay o no.

esto es, la relación de prioridad entre dos normas constitucionales resultante de la ponderación no es estable y definitiva, sino que puede cambiar dependiendo de las circunstancias del caso.

Decimos, por tanto, que el punto de partida de toda ponderación es un conflicto de normas, más concretamente de principios constitucionales. Y esta situación tiene lugar bien cuando el resto de normas del sistema no proporciona una respuesta (laguna normativa), bien cuando resulta dudoso que lo haga (laguna de reconocimiento) o bien cuando no proporciona una respuesta adecuada (laguna axiológica³¹) a un caso difícil³². En los dos primeros supuestos no creo que el recurso a la ponderación plantee mayores problemas, ni siquiera a los más escépticos. Ante una laguna normativa, el juez, que debe resolver necesariamente, no puede hacerlo de manera arbitraria e injustificada; actúa aquí como auténtico legislador y no puede hacerlo sin considerar, entre otras circunstancias, los principios constitucionales relevantes. La laguna de reconocimiento se presenta como un problema de subsunción de un caso particular debido a la indefinición semántica de los conceptos que definen los casos genéricos. Aquí el juez debe determinar el ámbito de aplicación de la norma; algo muy similar a lo que ocurría en el caso anterior y, por tanto, también deberá recurrir a los principios jurídicos. Más complicado es el panorama que se abre con las lagunas axiológicas, esto es, situaciones en las que el ordenamiento jurídico proporciona una respuesta al problema, pero ésta se entiende inadecuada porque no toma en cuenta una propiedad relevante que, de haber sido considerada, habría conducido a una respuesta distinta a la que el sistema expresamente proporciona.

La de relevancia es una noción normativa. Una circunstancia es relevante en función de su conexión con una norma perteneciente a un sistema normativo, ya sea éste el propio sistema jurídico o la moral, esto es, una circunstancia es relevante si se corresponde con una propiedad que, de manera explícita o implícita, forma parte del supuesto de hecho de una norma. La noción de relevancia es el fundamento del llamado “efecto irradiación” de las normas constitucionales. El hecho de que un caso particular presente todas las propiedades que definen el caso genérico y pueda subsumirse en la norma legal no excluye que, de concurrir alguna otra circunstancia relevante a la luz de las normas constitucionales, la consecuencia jurídica que acabe aplicando no sea ya la prevista en la norma legal, sino la prevista en la norma constitucional.

En función de cuál sea la norma que confiere relevancia a la circunstancia no prevista en el supuesto de hecho la norma legal es posible distinguir tres supuestos de conflicto: (1) entre la norma legal y la norma constitucional subyacente; (2) entre el principio constitucional de una norma legal y otro principio constitucional; (3) entre el principio constitucional de una norma legal y otro principio moral no incorporado al sistema jurídico³³.

Como dije al principio de este apartado, la pregunta acerca de cuándo se puede y cuándo está justificado ponderar, presenta una doble dimensión, metodológica y práctica (o si se quiere, ideológica) y el mismo planteamiento de

³¹ Sobre los conceptos de laguna normativa, de reconocimiento y axiológica, véase el clásico trabajo de Alchourrón/Bulygin (1975).

³² La facilidad o la dificultad no son propiedades intrínsecas de los casos, sino que, más bien, son aquellos casos que generan o pueden generar controversias interpretativas o aplicativas los que se califican como difíciles (vid. Gascón Abellán/García Figueroa 2005: 134).

³³ Bayón (2003: 297-8); Atienza (2014).

estos supuestos puede ser problemático –de hecho, lo es– desde un punto de vista conceptual. En este sentido, podemos distinguir tres posiciones fundamentales en el debate acerca de la ponderación: (i) positivismo garantista; (ii) positivismo principialista; y (iii) no positivismo o iusmoralismo.

a) *Positivismo garantista*. Si la derrotabilidad de las normas significa que éstas “están sujetas a excepciones que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano”³⁴ y la ponderación consiste en sacar a la luz estas excepciones implícitas de las normas, ya se trate de normas legales o de principios constitucionales, y hacerlas explícitas, entonces el recurso a la ponderación no está justificado en ningún caso o, a lo sumo, sólo en el primero (cuyos resultados, por otra parte, podrían asimilarse a los de una interpretación teleológica que adecuará la literalidad de las normas a su espíritu, esto es, a su principio subyacente, lo cual supone ya el recurso a la ponderación). No en el segundo y, desde luego, no en el tercero. El recurso a la ponderación y la consiguiente derrotabilidad de las normas tiene consecuencias nefastas para el Derecho. Las normas que fijan claramente sus condiciones de aplicación (reglas), entre las que se encuentran aquellas que establecen límites a las limitaciones de derechos adquieren un carácter provisional, incompleto y están sometidas a una cláusula de excepción del tipo “salvo que en las circunstancias del caso haya razón suficiente para que resulte aplicable la consecuencia jurídica establecida en otra norma o principio”³⁵.

Suele calificarse –acusarse, más bien– a esta postura de formalismo, alegando que mantiene una concepción atomista y mecanicista de la aplicación del Derecho³⁶ y, en realidad, del Derecho mismo, reprochando al positivismo la descripción del sistema jurídico como un conjunto de reglas que Dworkin atribuyera a Hart.

Detrás del positivismo garantista puede verse una defensa a ultranza de los principios formales (morales, políticos y epistémicos) del Derecho que justifican la existencia de la legislación y su obediencia: la seguridad jurídica, la legitimidad política, la igualdad de trato, la reducción de la complejidad y de los costes de oportunidad, o la presunta superioridad epistémica del legislador. Se aprecia igualmente una manifiesta desconfianza frente al activismo judicial, fundada en el escepticismo ético. Y precisamente por esta desconfianza creo que esta postura obedece más a razones pragmáticas que conceptuales. Por supuesto, que, desde una perspectiva garantista, algunas normas no podrían ser susceptibles de excepciones –aquí sí por definición–, como aquellas que establecen obligaciones absolutas o límites absolutos a la afectación de derechos fundamentales³⁷. Pero el rechazo a la ponderación respecto de otras muchas normas responde más bien a una prudente desconfianza (no necesariamente fundada en el escepticismo meta-ético, aunque también) respecto de la valoración de los principios formales del

³⁴ Bayón (2003: 293). Y por cierto, como apunta el propio Bayón, cuando hablamos de excepciones a la norma que no pueden identificarse de antemano, no se está haciendo referencia a un problema de vaguedad, esto es, a no poder determinar de antemano la extensión completa de las excepciones de la norma; la afirmación de que una norma es derrotable supone afirmar “que ni siquiera es posible identificar de antemano en su totalidad el conjunto de circunstancias *genéricas* que constituirían sus excepciones” (Bayón 2003: 294).

³⁵ García Amado (2012: 66).

³⁶ García Figueroa (2010: 251).

³⁷ Esto es algo que ni siquiera los defensores de la ponderación pueden descartar, ver Atienza (2012b: 102).

derecho por parte de jueces y tribunales cuando ponderan que a una cerrazón práctica³⁸, negadora de la posibilidad de que en casos particulares puedan concurrir circunstancias relevantes que pudieran justificar una excepción al supuesto de hecho de la norma legal.

b) *Positivismo principialista*. Esta posición acepta con todas sus consecuencias la aplicabilidad directa de las normas constitucionales y su influencia en el resto de normas del sistema jurídico, tanto en el nivel de la validez como en el de la aplicación. Se asume, por tanto, la derrotabilidad general de las normas jurídicas tanto en el primer supuesto (entre la norma legal y la norma constitucional subyacente), como en el segundo (entre el principio constitucional de una norma legal y otro principio constitucional), aunque no en el tercero (entre el principio constitucional de una norma legal y otro principio moral no incorporado al sistema jurídico). Se asume, en fin, que “toda norma esta sujeta a excepciones en virtud de su potencial colisión con otras normas *jurídicas*”, si bien “una excepción implícita no es lo mismo que un *cambio* de la norma”³⁹.

La actividad interpretativa y aplicativa adquiere aquí un carácter holista y coherentista, en tanto que el contenido definitivo de las normas legales está determinado por su relación con el resto de normas, especialmente de las normas constitucionales (puesto que los conflictos con otras normas legales son fácilmente solucionables mediante las reglas clásicas de resolución de antinomias), susceptibles de incorporar excepciones a las mismas.

Por otra parte, que la derrotabilidad se mantenga dentro de los márgenes del propio sistema jurídico significa que todavía se distingue, al menos desde un punto de vista abstracto, entre la cuestión teórica de la identificación de la regla (del Derecho, en definitiva) y la cuestión práctica de la obediencia⁴⁰.

c) *No positivismo o iusmoralismo*. El no positivismo o iusmoralismo, al igual que el positivismo principialista, sostiene que no cabe una aplicación aislada y fragmentaria de las normas jurídicas, pero va un paso más allá. La aplicación no atomista (holista) de las normas jurídicas no obedece únicamente al consabido efecto irradiación de las normas constitucionales, sino también a la llamada tesis del caso especial, que conecta el discurso jurídico con el discurso práctico general⁴¹. Esta conexión de la aplicación del Derecho y la razón práctica tendría dos consecuencias: primera, que la aplicación de normas no puede excluir la deliberación práctica, reputándose como irracional cualquier propósito de concebir esta actividad excluyendo la deliberación⁴²; y, segunda, que se extiende el conjunto de posibles excepciones a las normas jurídicas “no sólo al sistema

³⁸ No creo que podamos hablar aquí de lo que Bayón (1996: 144-5) denomina la “irracional reverencia hacia la regla”, que se produce cuando un agente concluye *all things considered* que lo debido no coincide con la exigido por la regla y, no obstante, decide seguirla. El seguimiento de la regla propugnado por el positivismo garantista no obedece a la obstinación o reverencia ante las reglas (normas legales), sino a las dudas que genera la posibilidad de un perfecto balance de razones *all things considered*; es decir, no pone en duda la conclusión, sino la justificación de una de las premisas del razonamiento que habría de concluir con la incorporación de una excepción (hasta ese momento) implícita en el supuesto de hecho de la norma legal.

³⁹ Bayón (2003: 293-4).

⁴⁰ Bayón (2003: 293).

⁴¹ García Figueroa (2010: 255). Sobre la tesis del caso especial, vid. Alexy (1997a).

⁴² García Figueroa (2010: 252).

jurídico-positivo, sino también al sistema normativo del discurso práctico general que puede proporcionar *nuevas* excepciones al *caso*"⁴³.

El alcance de lo anterior queda sintetizado en la siguiente afirmación: "El derecho es aquí concebido como un conjunto de argumentos y no tanto como un sistema de normas, y esto es una forma de decir que se asume la "relación interna" entre las reglas y los casos de aplicación. Dicho de otro modo, *sólo la aplicación racional de las normas* hace inteligible el contenido de las normas"⁴⁴. Si para el positivismo principialista, la identificación del contenido de las normas jurídicas era, producto del efecto irradiación, una cuestión de coherencia sistémica, esto es, de racionalidad formal; la "relación interna" de las reglas con sus casos de aplicación mantenida por el no positivismo o iusmoralismo convierte la identificación del Derecho en una cuestión de racionalidad (deliberación) práctica, de manera que el contenido de las normas no viene dado por el significado de uno o varios enunciados, sino que debe ser una construcción *-ex post* y provisional- a partir del conjunto de casos en los que resulte racional su aplicación.

Como se apuntó, desde la perspectiva positivista, la cuestión teórica de la identificación y la cuestión práctica de la aceptación y la obediencia pueden -al menos en teoría- responderse separadamente, pero, sobre todo, la posibilidad de introducir excepciones a las normas legales mediante su confrontación con normas constitucionales es una cuestión contingente que depende de la configuración del sistema jurídico (brevemente, depende de la existencia de una constitución material vinculante). Para el no positivista, precisamente porque la derrotabilidad de las normas es una exigencia de la razón práctica, o sea un rasgo necesario de los sistemas jurídicos, identificación y justificación no pueden escindirse. Según esto, resultaría irracional e incorrecto afirmar que existe una norma jurídica que obliga a realizar una determinada conducta si, *all things considered* (cualquier circunstancia relevante, sea esta relevancia jurídica o práctica -moral, ético-política, etcétera- incluidos los principios formales que justifican la existencia de reglas), hubiera razones con más peso para rechazar dicha obligación.

Ahora bien, hechas estas consideraciones, cabe preguntarse si, habida cuenta de la extensa nómina de principios constitucionales, con los más diversos contenidos y a cada cual más general y lingüísticamente indeterminado, hay en la práctica alguna diferencia en sostener la tesis positivista principialista o la no positivista; en otras palabras, ¿hay algún principio de la razón práctica que no esté recogido en nuestras constituciones y pudiera incorporar excepciones en las normas legales o, en la práctica, cualquier aspiración de la razón práctica puede ser articulada en términos jurídicos, ya sea un derecho fundamental, un principio o un bien constitucional?

3. La racionalidad de la ponderación.

En cualquier caso, la justificación de la introducción de una excepción implícita en una norma legal por razones de principio, y, en definitiva, determinar por esta vía su contenido, depende de que la ponderación pueda configurarse como un procedimiento racional. Sobre la racionalidad de la ponderación se ha venido desarrollando un extenso debate que no es posible abordar aquí por extenso, aunque sí me detendré en algunos de sus extremos. Resumiendo mucho

⁴³ García Figueroa (2010: 262-3; subrayado en el original).

⁴⁴ García Figueroa (2010: 267).

las cosas, cabría decir que los defensores de la ponderación han esgrimido el argumento de que satisface tanto las exigencias de la racionalidad formal, como las de la racionalidad discursiva.

a) *Racionalidad formal*. Una de las críticas que se han formulado contra la ponderación es su falta de precisión, que suele tomar alguna de estas formas: (i) carencia de un concepto claro y una estructura precisa de la ponderación, y (ii) la ausencia de criterios jurídicos vinculantes que garanticen la objetividad de la ponderación. Esto convertiría a la ponderación en una estructura formal vacía, incapaz de garantizar una única respuesta correcta, y susceptible de albergar y dar apariencia de justificación a cualesquiera apreciaciones subjetivas de los jueces. En mi opinión, la primera objeción –la carencia de un concepto claro y una estructura precisa– no es sostenible hoy en día, si se tienen en cuenta los avances realizados en la configuración de la estructura argumentativa de la ponderación. Ahora bien, paradójicamente, este desarrollo también evidencia con mayor claridad sus limitaciones. Volveremos sobre esto más adelante. Por otro lado, la segunda objeción sólo tendría sentido si pudiéramos exigir dicho grado de objetividad a los sistemas normativos en general y a los sistemas jurídicos en particular, lo que no parece razonable⁴⁵.

La mayor virtualidad racional de la ponderación no reside en su naturaleza concluyente desde el punto de vista procedimental o metodológico⁴⁶, sino en su estructura formal. Con la “fórmula del peso” se hacen explícitos los criterios –las variables, en la fórmula– que deben ser tenidos en cuenta cuando se pondera⁴⁷. Las estructuras o esquemas lógicos de los razonamientos (justificación interna) comportan una exigencia mínima de racionalidad: muestran las premisas que son necesarias para justificar un juicio y las relaciones entre ellas. Al mismo tiempo, las premisas establecen claramente el punto de partida –el objeto– de la argumentación racional sustantiva (justificación externa)⁴⁸, que remite a un discurso racional.

b) *Racionalidad discursiva*. La estructura formal de la ponderación puede dar cuenta de las exigencias mínimas de racionalidad que debe satisfacer cualquier razonamiento: es condición necesaria, pero no suficiente de racionalidad. Las premisas determinan el objeto de la argumentación, ordenándola, pero no determinan el resultado de la misma ni garantizan su corrección. Por eso –como ha mantenido Alexy–, la objeción de irracionalidad estaría justificada si no fuera posible realizar juicios racionales acerca de los valores atribuibles a las variables de la fórmula del peso (intensidad de la interferencia, grados de importancia, etcétera), lo que no es el caso. Estos juicios –sostiene– no son arbitrarios o irreflexivos, se producen en el curso de una argumentación, y están fundados en razones, son comprensibles y susceptibles de ser compartidos⁴⁹. Desde luego que

⁴⁵ Como dice Carlos Bernal, estamos aquí ante un problema de “hiperracionalidad” (Bernal 2005: 66).

⁴⁶ Como ha reconocido uno de sus adalides, la ponderación “no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos”, lo que, por otra parte “no le enajena su valor metodológico” (Bernal 2003: 238). Vid. en el mismo sentido Prieto (2003a: 204).

⁴⁷ Bernal (2006: 73-4); Atienza (2014).

⁴⁸ Alexy (2003b: 435).

⁴⁹ Alexy (2003a: 136), (2003b: 439).

esta racionalidad discursiva es algo más que mera ausencia de arbitrariedad y exigencia de justificación; se ajusta a criterios de racionalidad argumentativa y permite cierto grado de control de las decisiones judiciales, pero no erradica completamente el margen de discrecionalidad que comporta la ponderación.

Cualquier otra pretensión acerca de la racionalidad de la ponderación supondría asumir otros presupuestos. Como ha dicho con rotundidad García Figueroa, “[l]a posibilidad de objetividad en el ejercicio de la ponderación descansa sobre la posibilidad de objetividad en la razón práctica”⁵⁰.

Con anterioridad he hecho referencia al paradójico desarrollo del esquema argumentativo de la ponderación. En efecto, cuanto más sofisticado es el análisis de su estructura y de los elementos que componen la fórmula del peso (con la intención, claro está, de poner de manifiesto su aspecto racional), con mayor fuerza se evidencian sus limitaciones desde el punto de vista metodológico y su exposición a los juicios de valor⁵¹ (algo que, por otra parte, ya se han encargado de señalar los críticos).

Un breve repaso por las etapas del procedimiento de ponderación, recuperando algunas de las ideas que ya se han expuesto, puede ser ilustrativo en este sentido:

(i) Constatación del un conflicto de normas constitucionales⁵². Lo que aquí se expresa como “constatación”, bien podría denominarse “construcción” del conflicto. En efecto, el conflicto resulta de la aplicabilidad *prima facie* de dos normas constitucionales con consecuencias jurídicas contradictorias a un mismo caso, pero este juicio de relevancia, que significa que el caso es subsumible en el supuesto de hecho, hasta ese momento no expreso, de ambas normas constitucionales, depende de la interpretación que de las mismas se haga.

(ii) Bien legítimo / juicio de idoneidad. Como es sabido, una norma *N* (o una acción) que limite un derecho o libertad fundamental, sólo está justificada si sirve a la realización de otro derecho o bien constitucional. En esto consiste el juicio de idoneidad. Difícilmente, se adoptará una norma que no vaya encaminada a la

⁵⁰ García Figueroa (2007: 364).

⁵¹ Por ello considero que la estructura del razonamiento es, más que una fórmula, o incluso una indicación de los tópicos que deben ser discutidos, una representación de en qué consiste ser racional. Se trata de una cuestión conceptual, no metodológica o estrictamente argumentativa. Recientemente, he discutido con Leoncio Monroy sobre estas cuestiones no sólo a propósito de la ponderación, sino también de otras formas de razonamiento práctico con derechos.

Creo que Alexy apunta en este sentido cuando advierte que la relación de las premisas en el razonamiento subsuntivo obedece a las reglas de la lógica, mientras que la fórmula de la ponderación lo hace según las reglas de la aritmética. Son dos analogías que sirven para explicar cómo usamos de la razón práctica. Cuando en relación con el uso metafórico que hace del lenguaje matemático en la fórmula del peso, se dice que los errores de Alexy “han sido, fundamentalmente de carácter retórico” (Atienza 2014), se tiene en mente la dimensión metodológica de la ponderación, pero quizás el uso de la metáfora tenga otro sentido. Lo mismo vale para la observación de que “sólo podemos construir una escala si estamos en posesión de conceptos métricos o, al menos comparativos” (Moreso 2007: 233; 2012: 38).

Bien es cierto que la forma que tiene el propio Alexy de presentar las decisiones judiciales que usan la ponderación como una operación aritmética obscurece esta dimensión de la fórmula del peso.

⁵² Dejo aquí al margen el resto de supuesto de conflicto, bien entre una norma legal y su principio subyacente, bien entre una norma legal o su principios subyacente y otro principio moral no contemplado en el sistema jurídico.

satisfacción de un derecho o bien constitucional, de manera que, en realidad, el juicio de idoneidad es trivial. La verdadera cuestión que se aborda aquí es la determinación de cuál es el principio a cuya consecución se dirige la norma *N* (algo que hemos hecho en la etapa anterior, al constatar el conflicto), porque, según el caso, resultará idónea para la realización de un determinado derecho o bien constitucional amparado por el principio *P*¹, pero no para la realización de los derechos y bienes constitucionales amparados por el principio *P*². Y esto, naturalmente, depende del fin que se la atribuya a la norma *N*, en otras palabras, de su interpretación teleológica⁵³.

El que la interpretación teleológica de la norma (o la atribución de un sentido determinado a una acción particular) predetermine los principios que entran en conflicto significa que la constatación o construcción del conflicto de normas constitucionales es tributaria de la interpretación de la norma cuya constitucionalidad está en cuestión. Se produce, entonces, una suerte de círculo hermenéutico entre las primeras etapas del procedimiento ponderativo.

(iii) El juicio de necesidad. Este juicio descarta cualquier norma o medida que resulte más gravosa que otra norma o medida idónea para alcanzar el mismo fin. Aquí hay, al menos, dos aspectos que deben destacarse respecto a la noción de necesidad. Primero, que aunque se presente como una manifestación del principio de optimización (óptimo de Pareto), el de necesidad es un concepto necesariamente valorativo. Segundo, es una noción epistémica, esto es, dependiente de los datos disponibles para el juzgador y de sus capacidades cognitivas en un momento determinado⁵⁴.

(iv) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este es el núcleo argumentativo de la ponderación y su aspecto más desarrollado. El criterio general para determinar que una norma *N* que afecta o limita un derecho o bien constitucional está justificada es la llamada “ley de la ponderación”:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁵⁵.

Esta ley, que se conoce como la “ley *sustantiva* de la ponderación”, debe ser complementada con esta otra, “ley *epistémica* de la ponderación”:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la certeza de las premisas subyacentes”⁵⁶.

En su formulación clásica, Alexy articula la relación de todos los elementos que deben ser considerados en la ponderación en la “fórmula del peso”, que no es más que el cociente entre dos magnitudes, la primera de las cuales se obtendría de valorar el grado de afectación del principio *P*¹, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes al grado de afectación, y la segunda de

⁵³ García Amado (2007: 259-70).

⁵⁴ Como ha dicho García Amado, “la regla de la necesidad está siempre al albur de la imaginación: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímilmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada” (García Amado 2007a: 284).

⁵⁵ Alexy (1997b: 161), (2003b: 436).

⁵⁶ Alexy (2003b: 446).

valorar el grado de satisfacción del principio P², su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes al grado de satisfacción.

Esta fórmula, no obstante, puede configurarse de un modo más sofisticado, como ha mostrado Carlos Bernal. Así, el cálculo del grado de afectación/satisfacción de los principios en colisión deberá hacerse tomando en cuenta determinadas premisas normativas y fácticas. La primera de las premisas normativas “tiene que ver con el “significado” (*Si*) de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio, desde el punto de vista del “concepto de persona” presupuesto por el sistema jurídico y político”. La segunda de las premisas normativas es relativa a “la importancia de la posición jurídica (*Pj*), considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes”. En cuanto a las premisas empíricas, “la importancia de los principios depende de la eficiencia (*E*), velocidad (*V*), probabilidad (*P*), alcance (*A*) y duración (*D*) con que la medida afecte y satisfaga, correlativamente, los principios en juego”⁵⁷.

Sobre el peso abstracto de los principios baste aquí señalar su dependencia de consideraciones ideológicas morales y políticas⁵⁸.

En cuanto a las seguridad de las premisas, la racionalidad de la ponderación aparece limitada en dos aspectos relacionados con las premisas empíricas: uno, la dificultad para determinar la fiabilidad de todos y cada uno de los aspectos mencionados (eficiencia, velocidad, probabilidad,...); y, dos, la complejidad resultante de la combinación de esas variables. Pero también se plantean problemas epistemológicos en relación con las premisas normativas, esto es, con la seguridad acerca del grado de satisfacción/afectación de los principios en colisión y de sus pesos abstractos⁵⁹. La consideración por separado de estas tres variables eleva el grado de complejidad del último de los valores que integra la fórmula del peso.

Es posible que este análisis no clausure las posibilidades de sofisticación de la fórmula del peso y que las premisas –las variables– a considerar en un razonamiento ponderativo sea todavía más amplio hasta saturar el significado de la cláusula *all things considered*; de momento resulta suficiente para mostrar el extraordinario esfuerzo argumentativo que supondría una justificación capaz de dar cuenta de un número considerable de estas variables. La introducción del componente epistemológico en la fórmula del peso a través de la valoración de la seguridad de las premisas (normativas y empíricas) resulta ineludible desde el punto de vista de la racionalidad; es algo que debe ser tenido en cuenta. Ahora bien, lo que no está claro es que esto pueda y deba hacerse atribuyéndole un valor en la ecuación. La renuncia a la “hiperracionalidad” de la unidad de respuesta correcta, reaparece aquí bajo la pretensión de controlar racionalmente todas las variables que afectan a una decisión, entre ellas, los efectos sistémicos futuros a largo plazo de esa decisión. Cómo deban gestionarse los límites cognitivos que afectan a las decisiones no es algo sobre lo que pueda hacerse un pronunciamiento general, pero si una invitación general a la prudencia. Entre los principios formales que justifican un uso limitado de los procedimientos que modifiquen el contenido de las normas legales (y la introducción de una excepción implícita es una de estas

⁵⁷ Bernal (2006: 69-70).

⁵⁸ “El peso abstracto en una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de Justicia” (Bernal 2003: 235).

⁵⁹ Bernal (2003: 236), (2006: 72).

modificaciones, como lo sería una interpretación *contra legem*) se encuentran razones de legitimidad política (principio democrático), razones morales (igualdad ante la ley, seguridad jurídica, autonomía individual) y razones de tipo epistemológico, no sólo relativas al contenido específico de las normas⁶⁰, sino también a los efectos de su cumplimiento individual o generalizado. Considerar cualquiera de estos principios o a todos ellos en conjunto como principios absolutos, excluyentes de toda posibilidad de modificación de las normas legales cuando concurren razones sustantivas que así lo exijan después de un balance de razones *all things considered* no parece una respuesta racional ni razonable sobre el papel. Todo lo más, los principios formales puede fundamentar una presunción de racionalidad a favor de la norma legal, que desplaza la carga de la argumentación a quien pretenda dicha modificación mediante razones de principio. En otras palabras una presunción a favor del derecho legislado frente al derecho implícito. En mi opinión, las posturas más resistentes, como el positivismo garantista, no obedecen a discrepancias importantes con lo que se acaba de decir, sino, más bien a la conveniencia de evitar el riesgo de que el peso abstracto de estos principios sea ignorado o minusvalorado. El problema, por tanto, no está en la ponderación, sino en el espíritu de los tiempos, en el retroceso que en el Estado constitucional de lo que Ross denominó la conciencia formal del jurista.

Bibliografía

Alchourrón, C. / Bulygin, E. (1975, 2002⁴): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Alexy, R. (1997a): *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- (1997b): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- (2002): "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, pp. 13-64.

- (2003a): "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Iuris* 16 (2), pp. 131-140.

- (2003b): "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Iuris* 16 (4), pp. 433-49.

Atienza, M. (2006): *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona, Ariel.

- (2012a): "A vueltas con la ponderación", en Manuel Atienza/ Juan Antonio García Amado, *Un debate sobre la ponderación*. Lima/Bogotá, Palestra/Temis, pp. 9-37.

⁶⁰ Se supone que el contenido de las normas –mandar, prohibir o permitir una conducta– obedece a saberes que escapan al común de los mortales. Y aquí reside la virtualidad de seguir reglas: quien sigue una regla hace uso del saber que en ella se contenga, sin necesidad de haberlo adquirido.

- (2012b): "Carta sobre la ponderación", en Manuel Atienza/ Juan Antonio García Amado, *Un debate sobre la ponderación*. Lima/Bogotá, Palestra/Temis, pp. 87-110.

- (2014): "Ponderación y sentido común"
(<http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>)

Atienza, M / Ruiz, J. (2004²): *Las piezas del Derecho*. Barcelona, Ariel.

Bayón, J. C. (1996): "Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas", *Doxa* 19, pp. 143-162.

- (2003): "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 263-309.

Bernal Pulido, C. (2003): "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa* 26, pp. 225-238.

- (2006): "La racionalidad de la ponderación", *Revista española de Derecho Constitucional* 77, pp. 51-75.

García Amado, J. A. (2007a): "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", en Robert Alexy *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 249-331.

- (2007b): "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, pp. 237-264.

- (2012): "Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza", en Manuel Atienza/ Juan Antonio García Amado, *Un debate sobre la ponderación*. Lima/Bogotá, Palestra/Temis, pp. 39-85.

García Amado, J. A. / Lozada, A. (2015):
(<http://garciamado.blogspot.com.es/2015/03/otra-vez-sobre-ponderacion.html>)

García Figueroa, A. (2007): "¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy", en Robert Alexy *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 333-370.

- (2010): "Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 247-271.

Gascón Abellán, M. / García Figueroa, A. (2005²): *La argumentación en el derecho*. Lima, Palestra.

Guastini, R. (2014): *Interpretar y argumentar*, trad. Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Koch, H-J. / Rüßmann, H. (1982): *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. München, C. H. Beck.

Martínez Zorrilla, D. (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Marcial Pons.

Moreso, J. J. (2007): "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Robert Alexy *et al. Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 223-248.

- (2012): "Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism", *Ratio Juris* 25 (1), pp. 31-46.

Prieto Sanchís, L. (2000): "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", *Revista de Ciencias Sociales* 45, pp. 469-499.

- (2003a): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.

- (2003b): "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, pp. 123-158.