

Ponderación

Balancing

Jorge Alexander Portocarrero Quispe
 Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
jorgeportocarrero1@gmail.com

Recibido / received: 11/02/2017
 Aceptado / accepted: 04/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3653>

Resumen

La voz “ponderación”, como ocurre con muchas palabras del lenguaje usual, es ambigua, es decir, dicha voz es empleada por distintos hablantes, en distintos contextos, para referirse a distintas cosas. Ponderar puede ser entendido en algunos contextos como la acción de sopesar intereses o relaciones costo-beneficio, mientras que en otros contextos se la entiende como una estructura de interpretación de normas con carácter de principio. Es esta última acepción la que será abordada en el presente artículo. La ponderación se define como una estructura metodológica empleada para justificar una relación de prioridad condicionada entre normas con carácter de principio, esto es, normas cuyo mandato de deber ser es factible de ser cumplido en grados. Su aplicación siempre está enmarcada dentro de un caso concreto en el cual dos o más principios jurídicos entran en conflicto respecto a cuál de ellos es el que ha de ser aplicado para resolver la problemática concreta. Al ser únicamente una estructura metodológica y no un criterio material, la ponderación se limita a poner en relación los argumentos en favor y en contra de la aplicación de los principios en conflicto al caso concreto, mientras que el contenido y valor material de dichos argumentos no son aportados por la estructura de la ponderación, sino que se derivan de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso. La ponderación se compone de cuatro etapas argumentativas: la ley de ponderación, la fórmula del peso, la ley de colisión y las cargas de argumentación (o prioridades *prima facie*).

Palabras clave

Ponderación, argumentación jurídica, teoría de los principios, derechos fundamentales, interpretación constitucional, principios formales.

Abstract

The term “balancing”, as it is the case of many words from the ordinary language, is an ambiguous term, i.e. this term is used by different speakers in different contexts with different meanings. Balancing could be understood in some contexts as the action of weighing interests or cost-benefits relationships, in some other contexts balancing is understood as a interpretative structure of legal principles. On this last meaning will turn the following considerations. The balancing is a methodological structure applied to justify conditional priority relations between colliding legal principles, i.e. norms whose legal command can be fulfil in grades. Applying balancing always depends on the circumstances of a case in which two or more legal principles are in conflict about which of them should be the suitable criteria to be used to solve the specific problematic of the case. The balancing must be understood just as an interpretative structure and not as a material criteria, since it is limited to put in a comparative relationship the arguments for and against the use of each the colliding legal principles involved in the case; the content and material value of these arguments are not given by the structure of the balancing but from the factual and legal circumstances of each case. The balancing consists of four argumentative stages: the law of balancing, the weight formula, the law of competing principles and the burden of argumentation (or *prima facie*

priorities).

Keywords

Balancing, legal argumentation, theory of principles, constitutional rights, constitutional interpretation, formal principles.

SUMARIO. 1. El trasfondo teórico de la teoría de la ponderación. 2. El concepto de ponderación. 3. La estructura de la ponderación. 3.1. La ley de ponderación. 3.2. La fórmula del peso. 3.3. La ley de colisión. 3.4. Las cargas de argumentación. 4. Objeciones a la ponderación. 5. Conclusión.

1. El trasfondo teórico de la teoría de la ponderación

La teoría de la ponderación tiene dos fundamentos teóricos básicos: la teoría de los principios y la distinción teórico-normativa entre reglas y principios. En ese sentido, el empleo del procedimiento ponderativo para la resolución de casos concretos presupone necesariamente asumir implícita o explícitamente la corrección de dichos fundamentos teóricos.

A nivel de la filosofía del derecho, el planteamiento teórico que subyace a la ponderación es la teoría de los principios. Dicha teoría se opone al positivismo jurídico, dado que cuestiona los postulados positivistas cuando asumen que el concepto de derecho se reduce, o bien solo a la idea de norma válidamente emitida conforme al ordenamiento jurídico (Kelsen, 1983, pp. 81 y ss), o bien a que el concepto de derecho está compuesto por la validez conforme al ordenamiento jurídico y por la eficacia que las normas jurídicas tengan en la sociedad (Hart, 1963, pp. 113 y ss.). Asimismo, la teoría de los principios también se opone el postulado iusnaturalista que reduce la validez del derecho a la corrección moral o de justicia de las normas jurídicas (Finnis, 2000, p. 390). La teoría de los principios parte de la idea de que el concepto de derecho debe integrar a los postulados positivistas con la idea de corrección práctica o de justicia, es decir, que el concepto de derecho debe ser entendido como una relación equilibrada entre la legalidad conforme al ordenamiento jurídico, la eficacia social de las normas y la corrección de justicia (Dreier, 1986, p. 896). Por tanto, la teoría de los principios presupone la necesidad de conectar al derecho con la moral. La ponderación no es más que un esquema metodológico planteado por la teoría de los principios para resolver problemáticas concretas que requieran tener en cuenta los tres elementos del concepto de derecho para su solución.

De otro lado, desde la perspectiva de la teoría de las normas, el planteamiento teórico que subyace a la ponderación es la distinción entre reglas y principios como sub-tipos de norma (Dworkin, 1984, pp. 72 y ss; Alexy, 1979, pp. 63 y ss.). Mientras que las reglas contienen un mandato de deber ser definitivo, es decir, o bien se cumple con lo prescrito por ellas o bien no se cumple con ello; el mandato de deber ser de los principios no es definitivo, puesto que dicho mandato puede ser cumplido en grados. El cumplimiento del mandato de deber ser de los principios ha de ser realizado en la mayor medida posible, en función a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto; es por ello que los principios son mandatos de optimización (Alexy, 2007a, p. 67)

La pregunta que surge en este punto es la siguiente: ¿qué normas jurídicas pueden ser clasificadas como principios? En general, el concepto de “norma” no solo es aplicable al derecho; este puede hacer referencia también a normas en órdenes éticos, religiosos o sociales. Por tanto, el término “norma” es un vocablo de uso común dentro de lo que son las ciencias prácticas. Ahora bien, la teoría de los

principios reconoce a dos tipos específicos de norma como poseedoras de una estructura de principio jurídico: los derechos fundamentales, tanto derechos individuales como los derechos sociales (en este sentido veáse también ARANGO, 2005, pp. 37 y ss.); y los bienes colectivos constitucionalizados (Alexy, 2007a, p. 86; Borowski, 2007, p. 52). La teoría de los principios entiende a los derechos fundamentales como principios, debido a que el contenido material prescrito por ellos no puede ser cumplido de manera total, dado que ello haría impracticable realizar limitaciones a los ámbitos de protección de tales derechos en casos concretos. Es por ello que los derechos fundamentales requieren ser cumplidos en grados, tomando para ello en cuenta las circunstancias del caso concreto que entran en conflicto con otros derechos fundamentales. La teoría de los principios también adscribe la calidad de principio jurídico a los bienes colectivos constitucionalizados (Kleiber, 2014, pp. 121 y ss.). Dichos bienes pueden ser definidos como aquellos intereses generales reconocidos en la Constitución que se caracterizan por no poder ser distribuidos entre individuos particulares y por tener un contenido material cuyo cumplimiento debe ser realizado en la mayor medida posible. En ese sentido, los bienes colectivos constituyen intereses de titularidad difusa reconocidos en la Constitución, y que poseen un contenido indivisible factible de ser cumplido en grados. Como ejemplos de bienes colectivos podríamos tener a la protección del medio ambiente, la seguridad pública, la funcionalidad del sistema de justicia, la protección del consumidor, aseguramiento alimenticio, salud pública, lucha contra el desempleo, etc. La ponderación, por tanto, no solamente se aboca a valorar conflictos entre derechos individuales fundamentales, sino que también tiene un rol en la valoración de derechos sociales fundamentales y de bienes colectivos constitucionales.

2. El concepto de ponderación

La definición de un objeto está conformado tanto por los elementos necesarios que hacen que dicho objeto sea lo que es y que no sea otra cosa (aspecto formal del significado), así como por el uso que se da a dicho concepto (concepto pragmático del significado). Para poder aplicar estas cuestiones a la problemática del concepto de la ponderación se hace necesario identificar cuáles son los elementos constitutivos de la definición o concepto de ponderación a la cual pretendemos referirnos, y cuál es el uso que se viene dando a dicho concepto en el ámbito de la ciencia jurídica.

El primer elemento constitutivo de la definición de ponderación lo conforma la idea de ser una estructura argumentativa. En efecto, la ponderación, así como la subsunción, son estructuras que organizan argumentos y los ponen en relación los unos con los otros (Portocarrero, 2016, pp. 71 y ss.). En ese sentido, la ponderación no es un criterio material que confiere directamente contenido objetivo a los principios a ser comparados. El segundo elemento constitutivo de la definición de ponderación consiste en la idea de que ella forma parte de la metodología de la ciencia jurídica en tanto esta no se limite a reconocer como estándar normativo a las reglas, sino que también reconozca a los principios. El tercer elemento consiste en su función específica, esto es, justificar una relación de prioridad condicionada. Cada vez que se emplea la ponderación, en el sentido que pretendemos definirla, se busca justificar por qué se confiere prioridad a uno de los principios enfrentados en detrimento de otro, empleando para ello el peso argumentativo que tiene cada uno de ellos. La determinación de dichos pesos argumentativos se deriva de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso concreto, es decir, en base a los hechos del caso y tomando en consideración a los otros principios que forman parte del mismo. Si la ponderación pudiese ser empleada en abstracto y no en función a casos concretos, ella no sería más que un recurso retórico que serviría para

justificar una jerarquización arbitraria de unos principios por encima de otros.

Ahora bien, una vez tenemos identificados los elementos formales que permiten definir a la ponderación, es necesario tomar en consideración al elemento pragmático, referido al uso que se le da al concepto ponderación en determinados contextos. La definición de ponderación que se ha venido empleando en el contexto del *civil law* (tradición romano-germánica) se corresponde con la definición formal que ha sido desarrollada líneas arriba. Sin embargo, dicha definición no se corresponde necesariamente con el sentido o intención que se le ha venido atribuyendo al vocablo inglés “*balancing*” (traducción literal de ponderación o *Abwägung* al inglés) en el contexto del *case law* norteamericano. Si bien ponderación y *balancing* comparten el *genus proximum* referido a la comparación de magnitudes con el objetivo de determinar cuál de ellas ha de ser la decisiva en un caso concreto, no comparten la *differentia specifica* referida a qué es lo que se compara. Mientras que la ponderación en el *civil law* se refiere a principios jurídicos como sub-tipo de norma, en la ponderación o *balancing* en el contexto del *case law* norteamericano el objeto de la ponderación son los intereses (económicos, políticos, éticos, etc.) de las partes enfrentadas en un caso concreto (Cardozo, 1921, pp. 98 y ss.). La ponderación no es entendida en el *case law* norteamericano como una estructura de interpretación de normas con carácter de principios, sino como un criterio material que aspira a proporcionar respuestas materialmente correctas en base al análisis de los intereses en juego (Aleinikoff, 1987, p. 945). Por tanto, para definir al término “ponderación” es necesario identificar claramente el contexto en el cual se hace uso del mismo para evitar problemas de ambigüedad, así como para analizar de una mejor manera sus virtudes y limitaciones (Bomhoff, 2013, pp. 2 y ss.). De lo contrario, se estaría corriendo el riesgo de dirigir objeciones en contra de una de las acepciones del término “ponderación”, cuando en realidad se hace referencia a otra.

En consecuencia, es posible definir al uso que damos a la palabra ponderación en el contexto del *civil law* como una estructura metodológica de la ciencia jurídica, empleada para justificar una relación de prioridad condicionada entre normas con carácter de principio en casos concretos. El procedimiento ponderativo siempre se realiza en función a casos concretos y nunca en abstracto, dado que el principal objetivo de la ponderación es poder servir de instrumento para asignar un peso a los argumentos a favor y en contra de la prioridad de cada uno de los principios enfrentados en función a las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso.

3. La estructura de la ponderación

La ponderación se conforma de cuatro etapas interpretativas, a saber: la ley de ponderación, la fórmula del peso, la ley de colisión y las cargas de argumentación a favor del resultado de la ponderación. La ponderación, para ser entendida en su totalidad, debe ser vista como la conjunción de estos cuatro elementos, evitando reducirla únicamente a la ley de ponderación o la fórmula del peso.

3.1 La ley de ponderación

La ley de ponderación es el punto de partida y marco estructural del procedimiento ponderativo, a partir de ella se deducen la fórmula del peso y sirve de punto de referencia para la ley de colisión y las cargas argumentativas. La ley de ponderación puede ser definida como un enunciado condicional que pone en relación de implicación recíproca a dos principios (o grupo de principios) con otro. Su formulación es la siguiente:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2007, p. 351).

A partir de la ley de ponderación podemos deducir tres elementos básicos de la misma: primero, la necesidad de determinar el grado de afectación o intervención en el principio afectado; segundo, necesidad de determinar el cuán importante es satisfacer al principio afectante; y por último, la necesidad de determinar si el grado de satisfacción del principio afectante justifica la afectación o intervención del principio afectado.

El determinar los pesos o grados en que un principio se ve afectado o cuán importante es satisfacer al principio contrapuesto en el caso concreto, presupone necesariamente una escala que permita ordenar racionalmente dichas intensidades o grados. Para este fin, la ponderación recurre a la denominada escala de afectación. Según dicha escala, la afectación en un principio se obtiene a partir de la valoración de cuán grave se vería afectado dicho principio de no concedérsele prioridad ante el principio que se le contrapone en el caso concreto, es decir, si la afectación en este principio fuese simplemente admitida sin mayor consideración. Del mismo modo, la importancia de satisfacción de un principio se obtiene a partir de la valoración de cuán importante es en el caso concreto cumplir con lo prescrito por dicho principio, es decir, cuán grave sería para este principio el no cumplir con su mandato de deber ser. La escala de afectación plantea estructurar en grados ascendentes la afectación y la importancia de satisfacción de los principios contrapuestos; tales grados ascendentes se ordenan en función a tres grados: afectación leve, afectación moderada y afectación grave. Ciertamente, es posible pensar en grados intermedios entre estos tres grados básicos, lo cual daría lugar a grados de afectación leve-leve, leve-moderada, leve-grave, medio-leve, moderada-moderada, moderada-grave, grave-leve, grave-moderada y grave-grave; es más, podría seguir pensándose en seguir refinando la escala; sin embargo, ello se enfrenta al límite del propio conocimiento humano, frontera que representa a la principal limitación que afecta no solo a la ponderación, sino todo tipo de juicio epistémico.

Un aspecto adicional de la escala de afectación se refiere a la representación matemática de los valores que han de ser determinados en los grados de intensidad. La teoría de la ponderación emplea una representación matemática con el objetivo de formalizar la fórmula. Ciertamente, los números solo representan a los argumentos, mas no los reemplazan. Para representar matemáticamente a los grados de afectación e importancia de satisfacción se recurre a una escala discreta o limitada ascendente, es decir, una escala que no contenga niveles diferenciados infinitos, sino que limite a niveles de afectación como leve, moderado y grave. Ahora bien, es posible expresar dichos niveles, o bien mediante una progresión aritmética, o bien mediante una progresión geométrica. La progresión aritmética debe ser dejada de lado, ya que la distancia constante entre los valores que le está aparejada ($n+1$) no puede expresar la creciente intensidad exponencial de la afectación de los principios contrapuestos. Alexy afirma que la progresión geométrica es la que mejor expresa este fenómeno, ya que en ella las distancias entre los valores crecen exponencialmente. “Esta serie [progresión] se diferencia de la serie aritmética esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución” (Alexy, 2007a, p. 147; 2007b, pp. 363 y s.).

La combinación de la progresión geométrica y la escala discreta dan lugar a las siguientes representaciones matemáticas: leve: 2^0 , moderado: 2^1 , grave: 2^2 , es decir 1, 2, y 4 (Alexy, 2007b, p. 365).

Con base a estas consideraciones se puede dar solución a la problemática de la medición y la determinación de escalas en la ponderación. La medición se realiza a través de secuencias ordinales; la determinación de las escalas se realiza con la ayuda de escalas limitadas o discretas, las cuales se manifiestan través de progresiones geométricas.

En conclusión, la ley de ponderación postula poner en una relación de mutua implicación a la intensidad de afectación y de importancia de satisfacción del principio P_i y el principio P_j , respectivamente, empleando para ello la escala triádica de grados leves, moderados y graves; grados que pueden ser representados mediante números, empleando una combinación entre una escala discreta y una progresión geométrica, a fin de valorar si el grado de afectación en un principio se justifica en la importancia de satisfacer al principio contrapuesto. Para poder visualizar y ordenar el razonamiento, la ley de ponderación recurre a la fórmula del peso.

3.2 La fórmula del peso

La fórmula del peso no es otra cosa que la expresión de la ley de ponderación en forma de un cociente matemático. En la fórmula del peso se pondrán en relación los valores determinados en base a la escala triádica de grados leve, medio y grave. El resultado que sea obtenido a partir de este cociente será el peso concreto de los principios en conflicto dentro de los límites del caso concreto. Para efectos de formalización, expresaremos dicho peso resultante en el caso concreto como: $G_{i,j}$. Ahora bien, la fórmula del peso pone en relación tres variables respecto a cada uno de los principios contrapuestos. Por el lado del principio afectado P_i estas variables son: la intensidad de afectación I_i , el peso abstracto G_i y la seguridad epistémica respecto de las premisas que justifican la afectación S_i . Por el lado del principio afectante P_j estas variables son: la importancia de satisfacción I_j , el peso abstracto G_j y la seguridad epistémica respecto a las premisas que justifican la importancia de satisfacción S_j .

La forma más simple de representar la ponderación, cuando en el caso concreto no son relevantes consideraciones relativas al peso abstracto de los principios enfrentados ni el grado de seguridad epistémica respecto a la afectación y la importancia de satisfacción, se reduce únicamente a la comparación de los valores correspondientes a la intensidad de afectación en el principio P_i y la importancia de satisfacción del principio P_j . La forma de representar esta relación es la siguiente:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Las variables representadas en este cociente serán reemplazadas por uno de los valores obtenidos a partir de la escala triádica, es decir, leve, moderado o grave. Estos valores, en función a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, pueden ser a su vez reemplazados por los valores de la progresión geométrica, es decir, leve: 2^0 , moderado: 2^1 , y grave: 2^2 .

La siguiente variable que puede ser tomada en consideración dentro de la fórmula del peso es la variable correspondiente al peso abstracto. "El peso abstracto

de un principio P_i es el peso que se le asigna a P_i en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto” (Alexy, 2007b, p. 358). Sin embargo, es importante acotar que cuando se emplea la ponderación para interpretar derechos fundamentales, los pesos abstractos no son relevantes. En efecto, todos los derechos fundamentales al deducirse de la dignidad humana, tienen el mismo peso abstracto y se encuentran, en principio, a un mismo nivel. Por lo tanto, al momento de construir la fórmula del peso en un caso concreto, se dejan de lado las consideraciones relativas a los pesos abstractos. Los pesos abstractos cobran relevancia en casos donde se emplee la ponderación para interpretar la relación entre principios distintos a los derechos fundamentales, como por ejemplo algún otro tipo de dignidad no humana o cuando en algún contexto social se priorice algunos bienes sociales por encima de la dignidad humana (Teifke, 2011, p. 165). La notación para el peso abstracto será G_i cuando sea relativa al principio P_i , mientras que será G_j cuando sea relativa al principio P_j . A dichas variables también le serán aplicables los valores de la escala triádica, tal como fue expuesto en lo referente al grado de intensidad de la intervención o de la importancia de satisfacción.

La fórmula del peso adoptaría entonces la siguiente forma:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

La tercera y última variable a considerarse en la fórmula del peso es la denominada seguridad de las premisas epistémicas, la cual hace referencia a la seguridad epistémica que se tenga respecto de la afectación del principio P_i y la importancia de satisfacer al principio P_j . La certeza de las premisas epistémicas se expresa en la fórmula del peso mediante la variable “S”. El grado de certeza de las premisas epistémicas, que subyacen al principio P_i , será expresada mediante la variable S_i . De otro lado, el grado de certeza de las premisas epistémicas que subyacen al principio P_j serán expresadas mediante la variable S_j . Los grados de seguridad de las apreciaciones epistémicas respecto de I_i e I_j se obtienen a través de la llamada segunda ley de ponderación, misma que tiene la siguiente formulación:

“Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (Alexy, 2007a, pp. 553 y ss.; 2007b, pp. 370 y ss.).

Los posibles valores que se pueden adscribir a la variable “S” también pueden ser determinados empleando una escala triádica. Alexy sostiene que existen tres grados posibles para tal escala, específicamente los grados: seguro (g), plausible (p) y no evidentemente falso (e) (Alexy, 2007b, p. 370). Estos grados van desde un alto grado de certeza epistémica hasta un grado en el que la certeza epistémica es tan baja que las premisas no son evidentemente falsas. Los números que expresan los grados crecientes de seguridad epistémica son: 2^0 para “seguro”, 2^{-1} para “plausible” y 2^{-2} para “no evidentemente falso”.

Con ello la notación completa de la fórmula del peso sería la siguiente¹:

¹ Existe una versión “refinada” de la notación completa de la fórmula del peso, que ha venido siendo postulada por los teóricos de los principios (Klatt/Schmidt, 2010, pp. 49 y ss.; Portocarrero, 2014, pp. 163 y ss.), y que recientemente ha sido asumida por Alexy (Alexy, 2014, p. 514). Dicha reformulación plantea la necesidad de subdividir la variable “S” en dos sub-variables “S^e” y “Sⁿ”, las cuales están

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Reglas del exceso en la fórmula del peso:

- (1) La afectación es desproporcionada cuando: $G_{i,j} > 1$
- (2) La afectación es proporcional cuando: $G_{i,j} < 1$

Para comprobar la forma en que opera la fórmula del peso, Alexy recurre a una decisión tomada por el Tribunal Constitucional Federal, específicamente el famoso caso TITANIC². Este caso es adecuado para aclarar los aspectos metodológicos de la fórmula del peso, dado que se trata de una colisión entre dos principios: el principio de la libertad de expresión (Art. 5, párrafo 1, enunciado 1 de la Constitución alemana) y el derecho general a la personalidad (Art. 2, párrafo 1, en concordancia con el Art. 1, párrafo 1 de la Constitución alemana). La muy difundida revista satírica TITANIC, en una de sus ediciones, se había referido a un soldado reservista tetrapléjico en un primer momento como “nacido para matar” y, posteriormente, en una edición distinta, como “tullido”. El Tribunal de Apelaciones de Düsseldorf sentenció a TITANIC al pago de una indemnización pecuniaria a favor del soldado reservista por un monto de 12.000 Marcos Alemanes. La revista TITANIC presentó un recurso de agravio constitucional en contra de esta decisión. El Tribunal Constitucional Federal, a fin de resolver la controversia, realizó una “ponderación en función al caso concreto”³ entre el derecho a la libertad de expresión, que favorecía a los redactores de la revista implicados, y el derecho general a la personalidad del soldado reservista. El análisis del grado de afectación de los principios contrapuestos se realizó recurriendo a una escala triádica. La imposición de la indemnización fue considerada como una afectación grave al derecho a la libertad de expresión, que disminuía a futuro la capacidad para la revista de poder hacer uso de este derecho⁴. La denominación “nacido para matar” fue catalogada como una afectación leve al derecho a la personalidad del soldado, ya que en el lenguaje propio de la revista TITANIC el empleo de esas palabras “evidenciaba una expresión poco seria que recurría a un juego de palabras y expresiones necias”⁵. Sin embargo, la expresión “tullido” fue valorada de otra manera. Dicha palabra ya no sería un juego de palabras poco serio, sino que se trataría claramente de un insulto denigrante. El Tribunal Constitucional Federal considera que esta expresión implicaba una afectación especialmente grave al derecho a la personalidad del soldado⁶.

De acuerdo con la escala triádica, se asignará a la afectación grave al derecho a la libertad de expresión (P_i) un valor de 2^2 , mientras que a la afectación moderada al derecho a la personalidad del soldado (P_j) respecto a la expresión “nacido para matar” se le asignará un valor de 2^1 . Finalmente, la expresión “tullido”,

referidas a la seguridad de las premisas epistémicas de tipo empírico y a la seguridad de las premisas epistémicas de tipo normativo, respectivamente. La configuración actual de la fórmula del peso según la teoría de los principios es la siguiente:

² BVerfGE 86, 1.

³ BVerfGE 86, 1 (11).

⁴ BVerfGE 86, 1 (9).

⁵ BVerfGE 86, 1 (11).

⁶ BVerfGE 86, 1 (13).

al ser una afectación grave al derecho a la personalidad del soldado, recibirá un valor de 2^2 . Estos valores pueden ser incluidos en la fórmula del peso conjuntamente con consideraciones sobre los pesos abstractos de los principios contrapuestos, así como con la certeza de las premisas epistémicas subyacentes a las afectaciones. En el caso TITANIC, los principios contrapuestos poseen un peso abstracto igual y por tanto no ejercen influencia alguna en el resultado final, ya que se neutralizan mutuamente (Alexy, 2007 b, p. 369). Al recurrir al grado de certeza de las premisas epistémicas se permitirá determinar qué implica cada una de las decisiones parciales de no realización para la realización del principio contrapuesto. En el presente caso, la certeza de las premisas epistémicas que subyacen a ambas afectaciones es segura, es decir: 2^0 . En consecuencia, ambos valores se neutralizan mutuamente debido a que son equivalentes. Con ello, la versión final de la fórmula del peso a aplicar respecto a la expresión “nacido para matar” sería la siguiente:

$$G_{i,j} = \frac{4}{2} = 2$$

De acuerdo con las reglas del exceso de la fórmula del peso, la afectación es desproporcionada cuando: $G_{i,j} > 1$ (es decir $G_j < G_i$).

Debido a que el peso del principio P_i (libertad de expresión) respecto a la expresión “nacido para matar” es mayor a 1, la afectación a este principio (la sanción pecuniaria) es desproporcionada.

Caso distinto es el de la denominación “tullido”. Mientras que la afectación del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión (P_i) es plausible (2^{-1}), la afectación del ámbito de protección del derecho a la personalidad (P_j) es segura (2^0). En consecuencia, la fórmula del peso tendría la siguiente configuración:

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot \frac{1}{2}}{4 \cdot 1} = 0,5$$

Según las reglas del exceso de la fórmula del peso, la afectación al ámbito de protección es proporcional cuando: $G_{i,j} \leq 1$ (es decir $G_j \geq G_i$).

Debido a que el peso del principio P_i respecto a la expresión “tullido” es menor a 1, se entendería que, según las reglas del exceso de la fórmula del peso, el recurso de agravio constitucional presentado por TITANIC no tuviese éxito en este extremo (Alexy, 2011, p. 13). Esto significa que la afectación en el derecho a la libertad de expresión de la revista TITANIC a través de la imposición del pago de la indemnización a causa de la expresión “tullido” había sido proporcional.

3.3 La ley de colisión

La ley de colisión es la representación formalizada del resultado de una ponderación. La ley de colisión expresa una relación de precedencia condicionada entre dos principios jurídicos que genera una regla aplicable al caso concreto. En ese sentido, toda ponderación desemboca en una regla particular en función a la cual se subsumirán las circunstancias del caso concreto. El enunciado de la ley de colisión enuncia:

“Si el principio P_i en las circunstancias particulares C, tiene precedencia sobre el principio P_j : $(P_i \mathbf{P} P_j)C$, y si el principio P_i , en

las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$ " (Alexy, 2007b, p. 75).

La regla que expresa la relación de prioridad condicionada de la ley de colisión se deja formalizar de la siguiente manera:

$$(P_i \mathbf{P} P_j)C \rightarrow R^7.$$

En consecuencia, el caso se subsumirá a la regla $C \rightarrow R$. Esto significa que la ley de colisión es el punto en el cual se intersecan la ponderación y la subsunción. Por tanto, las críticas que sostienen que el proceso ponderativo representa una renuncia al proceso de subsunción carecen de fundamento. Al contrario, la ponderación presupone necesariamente a la subsunción. Ella se inicia con las dos subsunciones iniciales que permiten identificar los derechos fundamentales o bienes colectivos que están en conflicto en el caso concreto; y desemboca en una, que vendría a ser la subsunción en función del derecho fundamental que se ha identificado como el que goza de prioridad en el caso concreto luego de haber aplicado la ponderación.

La ley de colisión representa, además, un argumento a favor de la distinción entre reglas y principios. Los conflictos entre reglas no implican establecer una relación de prioridad condicionada, sino una relación de prioridad de tipo incondicionada. Por ello las reglas siempre prescriben una solución determinada para un caso, independientemente de las circunstancias particulares del caso concreto. De otro lado, las colisiones entre principios presuponen una relación de prioridad condicionada para su solución. Bajo determinadas circunstancias un principio puede desplazar a otro, aunque bajo otras circunstancias puede ocurrir lo contrario. La relación de prioridad condicionada también está vinculada intrínsecamente con el carácter *prima facie* de los principios. Los principios no contienen un mandato definitivo, sino sólo uno de tipo *prima facie*.

3.4 Las cargas de argumentación

Las cargas de argumentación son, por un lado, una exigencia de fundamentación y, por otro, una razón en favor del respeto a los precedentes. Son una exigencia de fundamentación porque exigen que las afectaciones a principios jurídicos, derechos fundamentales o bienes colectivos, se encuentren en una relación directamente proporcional con la solidez de los argumentos que las justifiquen. "Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental" (Bernal, 2007, p. 789). De otra parte, la carga de argumentación es una razón a favor del respeto a los precedentes. Ella establece la exigencia de presentar argumentos suficientes para poder apartarse de un precedente. Es decir, si dos casos son idénticos o análogos, la carga de argumentación exige que, de no existir

⁷ El símbolo "P" representa al operador de preferencia, que expresa la prioridad condicionada del principio P_i por sobre el principio P_j . La letra "C" representa las circunstancias del caso concreto que subyacen a la relación de prioridad. Finalmente, la letra "R" simboliza a la regla particular que se origina a partir de la ponderación del caso concreto y $C \rightarrow R$ representa a la relación que deberá aplicada a casos futuros, a no ser que existan razones sólidas que exijan lo contrario.

argumentos suficientes que justifiquen una solución distinta, los casos idénticos o análogos deben ser resueltos de la misma manera, conforme a la regla originada en una ponderación previa.

Con ello, las cargas de argumentación muestran un aspecto dinámico y otro estático. El aspecto dinámico está referido a la posibilidad de intervenir en el ámbito protegido de los principios jurídicos a través de argumentos suficientes que no impliquen desproporción. El aspecto estático está referido a la formación de una fuerza estabilizadora de las decisiones jurídicas, dado que ellas deberán de mantenerse inalteradas en casos futuros que sean idénticos o análogos en tanto y en cuanto no existan argumentos que justifiquen su cambio. “Quien quiera apartarse de un precedente, tiene la carga argumentativa en su contra” (Alexy, 2007a, p. 493; 2007b, p. 265).

Este aspecto de las cargas de argumentación expresa la universabilidad de la relación de prioridad condicionada resultante de la ponderación. En efecto, la regla que afirma la precedencia de P_i ante P_j en determinadas circunstancias C no solamente es válida para el caso concreto, sino que para todos los demás casos en que ambos principios vuelvan a colisionar bajo las mismas circunstancias C , en tanto no existan razones suficientes, referidas al caso, que justifiquen una decisión diferente.

4. Objeciones a la ponderación

Las objeciones dirigidas en contra de la ponderación apuntan principalmente a la posibilidad de justificar racionalmente intensidades de afectación entre los principios en liza (Habermas, 2008, pp. 332 y ss), a que en realidad la ponderación sólo es un criterio usado para expresar la subjetividad del intérprete (Schlink, 2001, pp. 445 y ss), a que por su naturaleza argumentativa deviene en un mero recurso retórico útil para encubrir la arbitrariedad del intérprete (Leisner, 1997, p. 172; De Lora, 2000, pp. 263 y ss; García, 1997, p. 71), a la inconmensurabilidad de las magnitudes a ser comparadas en ella (Moreso, 2009, p. 313; Webber, 2009, p. 91), y sobre todo al efecto negativo que la ponderación y la teoría de los principios tendrían para el Estado democrático de derecho (Böckenförde, 1991, p. 190).

Dichas objeciones tienen como denominador común la idea de la irracionalidad del procedimiento ponderativo. He abordado esta problemática ampliamente en otro lugar (Portocarrero, 2016, pp. 110 y ss). Aquí basta indicar que la racionalidad de la ponderación se deriva de su estructura, misma que está limitada a poner en relación de mutua implicación a normas con carácter de principio; así como del hecho de que es posible, en función al discurso práctico, determinar racionalmente grados de afectación para la intensidad de afectación y para la importancia de satisfacción de los principios en liza. Respecto a la crítica referida a que la metodología de la ponderación y el entender a los derechos fundamentales como principios a ser optimizados conlleva al efecto negativo de relativizar y debilitar la autoridad de los órganos democráticos, tal crítica sería acertada si la teoría de los principios no incorporase algún elemento teórico que justifique reconocer márgenes de discrecionalidad para la toma de decisiones. Dicho elemento teórico son los llamados principios formales (Afonso Da Silva, 2003, pp. 145). Los principios formales son mandatos de optimización, que exigen que las decisiones autoritativas sean acatadas en la mayor medida posible y en función a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto (Sieckmann, 1990, p. 148; Portocarrero, 2014, p. 237). La autoridad del legislador democrático, la cual le permite tomar decisiones orientadas a satisfacer las necesidades de la sociedad que lo ha elegido para tal función, es respaldada por un principio formal que exige que

esa decisión sea respetada en la mayor medida posible, independientemente de su corrección interna o de moralidad. El único límite para el ámbito de discrecionalidad autoritativa respaldada por los principios formales es el límite de la injusticia extrema e intolerable (Radbruch, 1971, pp. 13 y s). De esta manera, los principios formales confieren a la teoría de los principios la sólida base autoritativa que los críticos no identifican en ella.

5. Conclusión

Para entender, emplear y objetar a la ponderación es necesario conocer el substrato teórico y metodológico en el que ella se enmarca. La ponderación no aspira a dar respuestas únicas e incontrovertibles, pero aspira a lograr, en la mayor medida posible, resultados racionales en la valoración de normas con contenido moral, como es el caso de las normas con carácter de principio. Dicha tarea enfrenta límites de tipo epistémico, dado que siempre existirá algún grado de incertidumbre respecto de la corrección u objetividad de los juicios morales. La teoría de la ponderación es consciente de dichos límites y los incorpora dentro de la estructura de la fórmula del peso a través de la variable “S”, referida a la seguridad de las premisas epistémicas. Dicho grado de inseguridad epistémica da lugar a que la ponderación necesariamente reconozca un espacio de discrecionalidad a los órganos de toma de decisión legitimados al momento de enfrentar dichos límites.

Finalmente, en torno a la racionalidad de la ponderación, es necesario precisar que tanto la subsunción como la ponderación son estructuras argumentativas que por sí mismas no confieren contenido material ni valorativo a las premisas y argumentos que ponen en relación; ellas son estructuras formales de justificación interna. La corrección del sentido de las decisiones jurídicas obtenidas haciendo uso de la subsunción o de la ponderación, depende únicamente de los argumentos que son introducidos en ellas, dichos argumentos son contenidos materiales que provienen de la justificación externa. En ese sentido, la racionalidad del resultado de la ponderación de principios o de la subsunción de reglas dependerá de la racionalidad de las premisas de justificación externa introducidos en ellas. Si las premisas son arbitrarias o irracionales, tanto la ponderación como la subsunción conducirían a resultados igualmente irracionales; es por ello que la fuerza argumentativa y justificativa debe recaer en los argumentos que son introducidos en las estructuras de justificación interna antes que atribuir a dichas estructuras posibles inconsistencias argumentativas. El problema entonces no reside en las estructuras formales, sino más bien en cómo y para qué son empleadas por los intérpretes.

Bibliografía

- AFONSO DA SILVA, V. (2003), *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden.
- ALEINIKOFF, A. (1987), “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, Vol. 96, pp. 943-1005.
- ALEXI, R. (1979), “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, pp. 59-87.
- ALEXI, R. (1994), *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ALEXI, R. (2007a), *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXI, R. (2007a), “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. En: ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 511-562.

- ALEXY, R. (2007b), "La fórmula del peso". En: ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 349-374.
- ALEXY, R. (2011), "La construcción de los derechos fundamentales". En: CLÉRICO L., SIECKMANN J., y OLIVER-LALANA D., *Derechos fundamentales, principio y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, pp. 1-14.
- ALEXY, R. (2014), "Formal principles. Some replies to critics", *International Journal of Constitutional Law*, 12, pp. 511-524.
- ARANGO, R. (2005), *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, 1ra. ed., Legis, Bogotá.
- BERNAL, C. (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2da. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BOMHOFF, J. (2013), *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BOROWSKI, M. (2007), *Grundrechte als Prinzipien*, 2da. ed., Nomos, Baden-Baden.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1991), "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik". En: BÖCKENFÖRDE, E. W. *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 159-199
- CARDOZO, B. N. (1921), *The nature of the judicial process*, Yale University Press, New Haven.
- DE LORA, P. (2000), "Tras el rastro de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 60, pp. 359-369.
- DREIER, R. (1986), "Der Begriff des Rechts", *NJW*, Vol. 14, pp. 890-896.
- DWORKIN, R. (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- FINNIS, J. (2000), *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- GARCIA, J. A. (1997), "¿Ductibilidad del derecho o exaltación del Juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", *Anuario de filosofía del derecho*, Vol. 13-14, pp. 65-86.
- HABERMAS, J. (2008), *Facticidad y validez*, 5ta. ed., Trotta, Madrid.
- HART, H. L. A. (1963), *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1983), *Teoría Pura del derecho*, 2da. ed. [1960], Universidad Autónoma de México, México D. F.
- KLATT, M./SCHMIDT, J. (2010), *Spielräume im öffentlichen Recht*, Mohr-Siebeck, Tübingen.
- KLEIBER, M. (2014), *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Mohr-Siebeck, Tübingen.
- LEISNER, W. (1997), *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin.
- MORESO, J.J., (2009), "La aritmética de la ponderación". En: MORESO, J.J., *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, pp. 309-319.
- PORTOCARRERO, J. A. (2014), *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung. Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*, Nomos, Baden-Baden.
- PORTOCARRERO, J. A. (2016), *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Marcial Pons, Barcelona.
- RADBRUCH, G. (1971), "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes". En: SCHMIDT, G, WELZEL, H., y RADBRUCH, G., *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, pp. 1-21.
- SCHLINK, B. (2001), "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit". En: BADURA P., DREIER H., *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, T. 2, Tübingen, Mohr-Siebeck, pp. 445-465.
- SIECKMANN, J-R. (1990), *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden.
- TEIFKE, N. (2011), *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des*

Höchstrangigen, Mohr-Siebeck, Tübingen.
WEBBER, G. C. N. (2009), *The Negotiable Constitution. On the Limitations of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.

