

EL JUICIO DE PONDERACIÓN: REFLEXIONES EN TORNO A SU NATURALEZA

Pedro SERNA*
Luis M. CRUZ**

El objeto de las páginas que siguen es efectuar algunas consideraciones críticas acerca de las ideas expuestas por Robert Alexy en torno al denominado juicio de ponderación, herramienta fundamental en la teoría y práctica contemporánea de la interpretación constitucional.

La denominada “ponderación” se entiende y opera en un doble ámbito en la interpretación constitucional actual.

En un sentido general, ponderación se opone a subsunción. Para Alexy, mientras que la subsunción ha sido analizada y clarificada en un grado considerable, no sucede lo mismo con la ponderación, sobre la que recaen numerosas críticas. La cuestión más importante en torno a ella es si constituye o —mejor aún— si puede llegar a constituir un procedimiento racional.¹ El esquema o fórmula de la subsunción² permite no sólo subsumir un caso bajo una regla sino también solucionar aquellos casos en los que surge un conflicto entre dos normas cuando, al pretenderse aplicar una de ellas, nazca el conflicto con la otra. Para solucionar dicho conflicto se utilizan diversos criterios de resolución o meta-reglas como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori*, o *lex specialis derogat legi generali*. En estos casos, bajo tales meta-reglas, se lleva a cabo una segun-

* Catedrático de Filosofía del derecho en la Universidad de la Coruña (España).

** Profesor de Filosofía del derecho en la Universidad de la Coruña (España).

¹ Alexy, R., “Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Iuris*, 16, 2003, p. 433.

² Un análisis de la fórmula de subsunción, en Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 214-222; y Alexy, R., “Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *cit.*, nota 1, pp. 433-435.

da subsunción, que puede denominarse meta-subsunción y que arroja como resultado, bien la invalidez de una de ellas, o bien la declaración de una de ellas como excepción constante de la otra. En la medida en que los conflictos normativos son solucionados mediante una meta-subsunción, se permanece en el ámbito de la subsunción.³

En un sentido más preciso, la ponderación es un momento, para algunos incluso un sinónimo, de una técnica hermenéutica compleja, el denominado juicio o máxima de proporcionalidad o razonabilidad. Hay casos que no pueden solucionarse acudiendo a las reglas referidas de la meta-subsunción: es lo que sucede cuando concurren aquellas normas que establecen —o consisten en— un mandato de optimización —los principios—, y que se caracterizan por la particular fisonomía del deber que imponen, a saber, una cierta conducta finalista que puede ser realizada de distintas maneras. Esto explica que no puedan conocerse por adelantado los supuestos o casos concretos de aplicación y que en caso de colisión entre principios no pueda resolverse en abstracto la contradicción.

Como es sabido, Alexy y otros autores sostienen que cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, si bien el principio desplazado no queda invalidado ni se introduce una cláusula de excepción en él. Una relación en tensión entre principios no puede solucionarse estableciendo una prioridad absoluta de uno sobre otro, ya que —al menos si se trata de principios constitucionales— ambos poseen abstractamente el mismo rango y exigen ser realizados en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.⁴ Más bien, de lo que se trata entonces es de ponderar cuál de los intereses opuestos posee un mayor peso en el caso concreto, estableciendo entre los principios una relación de precedencia condicionada. De este modo, bajo determinadas condiciones un principio precede al otro; pero, bajo otras condiciones la precedencia puede ser solucionada inversamente. La cuestión decisiva, por tanto, consiste en establecer bajo qué condiciones qué principio tiene precedencia y cuál tiene que ceder, esto es, cuándo existen razones suficientes para que un principio preceda a otro bajo las condiciones dadas en el caso concreto.

El resultado de la ponderación de principios es, así, un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada, del cual se si-

³ *Ibidem*, pp. 434 y 435.

⁴ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89.

que una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia. De este modo, 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. Esta formulación es denominada por Alexy como *ley de colisión*.⁵

Como ya se ha anticipado, en un sentido general, el principal problema que plantea la ponderación es que consiste en un procedimiento indeterminado y en cierto modo ambiguo, y que, precisamente por ello, ofrece serias dudas acerca de la posibilidad de controlarlo racionalmente. Para autores como Habermas o Schlink, la ponderación no constituye un método que permita un control racional, ya que los principios no regulan por sí mismos su aplicación y, por ello, la ponderación queda sujeta al arbitrio de quien la realiza. Donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método, abriéndose el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales.⁶

En otro lugar hemos desarrollado por extenso una crítica a la ponderación o *balancing*, que puede darse por reproducida aquí en sus líneas generales.⁷ En un sentido más específico, que debe ser mencionado ahora, la ponderación plantea algunos otros problemas que, en cierto modo, vienen a concretar el problema general de la controlabilidad racional. Como parte del juicio de proporcionalidad, se integra en uno de los tres subjuicios, que son, como es sabido, los de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.⁸ Desde el punto de vista de Alexy, la proporcionalidad y la ponderación vienen a ser prácticamente lo mismo, pues aquélla constituye

⁵ *Ibidem*, pp. 90-95.

⁶ Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 332-334; y Schlink, B., "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", en Badura, P. y Dreier, H. (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, vol. 2: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 460.

⁷ Serma, P. y Toller, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, caps. 1 y 2.

⁸ Sobre el juicio de proporcionalidad y sus partes, *cfr.*, por todos, Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, y Sánchez Gil, R., *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

la técnica específica para la aplicación de principios, en la medida que es la que permite precisamente la optimización que exigen los principios.

En efecto, si optimizar consiste en realizar un principio al máximo, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, el proceso para verificar la optimización en el caso de las colisiones entre principios comprende juicios de hecho y juicios de derecho.

Los juicios de necesidad y adecuación son juicios de hecho. Ahora bien, ello no significa que no contengan valoraciones. Las descripciones al uso (los ya citados Cianciardo o Sánchez Gil, entre otros) muestran suficientemente su estructura y naturaleza, siguiendo en general a Alexy. Por su parte, los agudos desarrollos de la hermenéutica y la metodología jurídicas han mostrado, con bastante anterioridad, que también los juicios de hecho presuponen valoraciones, selecciones (en la medida en que todo fragmento de realidad puede ser descrito en un número indeterminado de maneras, y no existen reglas universales predeterminables para su especificación como hechos, actos, etcétera) o las exigen (como sucede en el caso de los enjuiciamientos que, según Larenz, se requieren para pasar del hecho bruto al enunciado de los hechos que permita establecer su correspondencia con el supuesto de hecho o tipo establecido en una norma jurídica).⁹

En relación con los dos primeros juicios (o subjuicios) se plantean al menos dos problemas. En primer lugar, si se los concibe como juicios de índole técnica, se abre automáticamente la cuestión de la competencia del juzgador para llevarla a cabo y la necesidad de acudir a expertos, la viabilidad de acudir sólo al sentido común, etcétera.¹⁰ En segundo lugar, y específicamente en relación con el juicio de necesidad, parece existir en él una doble dimensión: por un lado, un elemento técnico o instrumental (la determinación de la necesidad, es decir, del medio menos restrictivo) y, por otro, un elemento de índole más prudencial o política, que consistiría en determinar el límite entre la necesidad *stricto sensu* y la conveniencia, que puede ser mayor o menor sin llegar a ser estricta necesidad. El primer elemento no plantea otro problema que el ya aludido, pero el segundo pone sobre la mesa la cuestión de la legitimidad de los jueces para controlar ese aspecto de la actividad legislativa o administrativa. Por ello, no extraña que

⁹ Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, 4a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, cap. 3 de la segunda parte.

¹⁰ Sobre este punto, resulta muy detallada la exposición de Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad*, cit., nota 8, pp. 62-93, así como justificada su toma de postura.

Alexy trate de establecer un vínculo entre proporcionalidad o ponderación argumentativa, por una parte, y representatividad o legitimidad política, por otra.¹¹

En tercer lugar, el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* es un juicio dirigido a determinar el alcance estrictamente jurídico de los principios concurrentes; ya no se trata de un juicio de hecho, sino de un juicio regido por un criterio jurídico-argumentativo, que Alexy denomina la *ley de ponderación*, la cual viene a decir más o menos: “cuanto mayor es la restricción que se aplica a la realización de un bien, derecho o principio, mayor ha de ser el bien, derecho o principio que se trata de obtener o preservar con dicha restricción”. Hay que advertir que, para Alexy, la ponderación no consiste simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia condicionado. No es una simple decisión, en la cual el establecimiento del enunciado de preferencia resulta ser el resultado de un proceso síquico racionalmente incontrolable. Más bien, la ponderación debe entenderse como un modelo de fundamentación de los enunciados de preferencia condicionada.¹² Para ello, deben utilizarse todos los argumentos admisibles en la argumentación iusfundamental (reglas y formas de la interpretación, de la argumentación dogmática, del uso de los precedentes, de la argumentación práctica en general y de la argumentación empírica, así como las formas especiales de los argumentos jurídicos —analogía, argumento *a contrario* y la reducción al absurdo)—.

Ahora bien, el argumento específico de la ponderación es la mencionada *ley de la ponderación*, que establece que “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro”.¹³ Esta ley establece, por tanto, cómo ha de evaluarse la relación entre principios opuestos, y pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable por sí mismo o absolutamente, sino que debe hablarse tan sólo de pesos relativos. En cambio, la ley de ponderación no afirma ni niega nada sobre cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo un grado de importancia muy alto; simplemente señala qué es lo que hay que fundamentar para justificar el

¹¹ Alexy, R., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibáñez, P. y Alexy, R., *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 12-18.

¹² Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 4, pp. 158 y 159.

¹³ *Ibidem*, p. 161.

enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación.

A juicio de Alexy, la ley de ponderación muestra que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primero se requiere definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En un segundo momento se ha de definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, la cual viene determinada por las consecuencias que se derivan de la abstención de la intervención sobre primer principio. La importancia concreta del principio que juega en sentido contrario se mide, pues, según el grado de intensidad de afectación que se produce debido a la satisfacción del otro. Finalmente, en el tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción de un principio contrario justifica la intervención en el otro.¹⁴ En este sentido, la objeción de Habermas y Schlink sería correcta si no fuera posible emitir juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales, sobre los grados de importancia de la satisfacción de los principios ni sobre la relación que existe entre uno y otro.

Contra la insinuación anterior, los juicios sobre la intensidad de la interferencia y la importancia pueden llevarse a cabo siguiendo una escala de tres intensidades o modelo triádico. Los tres rangos pueden designarse con las expresiones “leve”, “medio” y “grave”. Así, según la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como “leve” (*l*), “medio” (*m*) o “grave” (*g*).¹⁵

De esta forma, en los casos en los que la intensidad de intervención sobre el primer principio sea mayor que la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, adquiere validez la relación de preferencia condicionada a favor del primer principio. A la inversa, en los casos donde la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario sea mayor que la intensidad de intervención sobre el primer principio, adquiere validez la relación de preferencia condicionada a favor del principio que juega en sentido contrario. Y, por último, en los casos donde se produce un empate, se abre un espacio para un margen estruc-

¹⁴ Alexy, R., *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 49.

¹⁵ *Ibidem*, p. 60.

tural para la “ponderación” (*sic*) por parte del legislador.¹⁶ A Robert Alexy no se le oculta la posible objeción de que la relación entre las valoraciones no es posible, porque las interferencias actuales e hipotéticas entre principios opuestos son inconmensurables. Para Alexy, si bien es cierto que no admiten una comparación directa, sin embargo, sí es posible una comparación según lo que denomina su importancia para la Constitución. En concreto, el perfil constitucional contiene dos elementos que de por sí bastan para fundar la conmensurabilidad. El primero es el punto de vista unitario generado por la propia Constitución que nace en cuanto se inicia un discurso racional guiado por la idea regulativa de la justicia constitucional, esto es, de lo que es correcto sobre la base de la Constitución. El segundo elemento es una escala de valores que proporcione graduaciones útiles para valorar los beneficios y las pérdidas para los derechos fundamentales.¹⁷ En este contexto puede enunciarse una fórmula que exprese el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto. Dicha fórmula, que complementa tanto a la ley de colisión como a la ley de ponderación, se denomina *fórmula del peso* y puede formularse así, en su versión más sencilla:¹⁸

¹⁶ *Ibidem*, pp. 64-66. Sobre la denominada dogmática de los márgenes de acción de Alexy, *cfr.* Alexy, R., *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 14, *passim*; Alexy, R., “Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en Alexy, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de C. Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-92; Raabe, M., *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, Nomos, 1998, *passim*; Alfonso da Silva, V., *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003, *passim*; y Cruz, L. M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, pp. 112-127.

¹⁷ Alexy, R., “Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *cit.*, nota 1, p. 442; y Alexy, R., “La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento”, trad. de D. S. Winkler y D. Canale, *Ars Interpretandi. Anuario di ermeneutica giuridica*, 10, 2005, pp. 109 y 110.

¹⁸ Alexy, R. “Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *cit.*, nota 1, pp. 444; y Alexy, R., “La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento”, *cit.*, nota 17, 114; y Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 14, p. 67.

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

En esta fórmula, $G_{i,j}$ indica el peso concreto del principio P_i , es decir, el peso de P_i bajo las circunstancias del caso concreto; I_i hace referencia a la intensidad de la intervención en el principio P_i en el caso concreto; y I_j , a la importancia de la satisfacción del principio opuesto, P_j , en el caso concreto. Al determinar el peso concreto como el cociente que se obtiene tras dividir la intensidad de la intervención en dicho principio entre la importancia del principio contrario, la fórmula del peso expresa que el peso concreto de un principio es un peso relativo.

Hay que tener en cuenta que los elementos relacionados corresponden a las intensidades concretas de intervención e importancia de los principios en conflicto. Sin embargo, la relación puede ampliarse teniendo en cuenta tres factores más: los pesos abstractos de los principios en conflicto, el grado de certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención y, por último, la existencia de más principios en conflicto.

Si los pesos abstractos de los principios en conflicto son iguales, se neutralizan y no es necesario tenerlos en cuenta. Si, por el contrario, son diferentes, entonces el resultado de la ponderación puede depender de esta diferencia. Así, puede suceder que una intervención leve sobre un principio con un alto peso abstracto tenga la misma importancia que una intervención grave sobre un principio que tenga un peso abstracto mínimo.¹⁹ Ahora bien, a nuestro juicio este planteamiento implica, cuando los principios de que hablamos se refieren a derechos fundamentales, presuponer tácitamente

¹⁹ Alexy, R., "Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *cit.*, nota 1, pp. 446; Alexy, R., "La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento", *cit.*, nota 17, pp. 115-117; y Alexy, R., *Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 14, pp. 67 y 68, nota 68.

te una jerarquía abstracta entre los derechos fundamentales, lo cual resulta inadmisibile.²⁰

Por otra parte, el grado de certeza de las premisas empíricas no tiene como objetivo clarificar la importancia material de los motivos que sustentan la intervención sobre un principio, sino clarificar su calidad epistémica, de modo que cuando aumenta la falta de certeza en las premisas empíricas, disminuye el peso del principio. De esta forma, la ley de ponderación se puede completar, según Alexy, mediante una *ley epistémica de ponderación*, según la cual, “cuanto más intensa sea la intervención sobre un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”.²¹ Y, de la misma manera que existe una gradualidad (leve, media y grave) de la intensidad “material” de la intervención sobre los principios, es posible establecer tres grados epistémicos en relación con las consecuencias de dicha intervención: “cierto” o “seguro” (*g*), “plausible” o “justificable” (*p*) y “no evidentemente falso” (*e*).²²

De esta forma, la fórmula del peso puede ser ampliada, en la medida en que tengamos en cuenta el resto de factores que intervienen en la ponderación, como son los pesos abstractos de los principios en conflicto, el grado de certeza de las premisas empíricas y la existencia de más principios en conflicto. La versión más ampliada de la fórmula del peso sería, siempre según Alexy, la siguiente:²³

²⁰ Para una crítica de la jerarquización abstracta, *cf.* Serna, P. y Toller, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, *cit.*, nota 7, *loc. cit.*

²¹ Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 14, p. 93.

²² Alexy, R., “Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *cit.*, nota 1, pp. 446-448; Alexy, R., “La fórmula per la quantificazione del peso nel bilanciamento”, *cit.*, nota 17, pp. 117-119; y Alexy, R., *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 14, p. 96, nota 101.

²³ Alexy, R., “La fórmula per la quantificazione del peso nel bilanciamento”, *cit.*, nota 17, p. 122, nota 39.

$$I_i \cdot G_i \cdot S_i + \dots I_m \cdot G_m \cdot S_m$$

$$G_{i-m,j-n} = \frac{\quad}{\quad}$$

$$I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots I_n \cdot G_n \cdot S_n$$

En ella, $G_{i-m,j-n}$ indica el peso concreto del principio P_i , en relación con todos los principios que entran en juego (P_i, P_j, P_m, P_n); I_i-I_m , la intensidad de la intervención en los principios P_i-P_m en el caso concreto; I_j-I_n la importancia de la satisfacción de los principios opuestos (P_j, P_n); G_i, G_j, G_m, G_n hacen referencia a los pesos abstractos de los principios que entran en juego; y S_i, S_j, S_m, S_n , a la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Las escalas triádicas materiales y epistémicas reflejan y sistematizan, a juicio de Alexy, las valoraciones que cabe encontrar en la práctica y en la argumentación jurídica diaria. Esta catalogación de las intensidades de la intervención en un derecho fundamental y de los grados de importancia que tiene la satisfacción del principio contrario, difiere, según el profesor de Kiel, del establecimiento de estas magnitudes por medio de una escala cardinal (por ejemplo una escala de 0 a 1). Ya la simple catalogación de una magnitud como leve, media o grave, o como cierta, plausible o no evidentemente falsa, resulta problemática. A su juicio, pues, las escalas jurídicas sólo pueden funcionar con umbrales relativamente difusos, y esto ni siquiera en todos los casos.²⁴ Sin embargo, el uso de cantidades numéricas puede ayudar a presentar de manera más gráfica la estructura que subyace al modelo triádico.

Existen diferentes posibilidades de adscribir cantidades numéricas a los valores de los dos modelos triádicos. Alexy sugiere utilizar una serie geométrica, creciente en el caso del modelo material, decreciente en el epistémico, ya que tiene la ventaja de que la distancia entre los grados no es igual, sino que aumenta o disminuye progresivamente, de manera que la fuerza de los principios es mayor en la medida en que se incrementa la intensidad de su intervención. Así, para el modelo triádico material, Alexy toma como

²⁴ Alexy, R., *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 14, pp. 66 y 67.

cantidades los valores $2^0, 2^1, 2^2$, es decir, 1, 2 y 4. A partir de esta base, l tiene el valor 1, m el valor 2 y g el valor 4. De esta forma, mediante la fórmula del cociente y el uso de una secuencia geométrica creciente se muestra que cuanto mayor es la intensidad de intervención sobre P_i , mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro principio, P_j , para que la medida sea proporcionada jurídicamente.²⁵ Por su parte, a los tres grados epistémicos de cierto (g), plausible (p) y no evidentemente falso (e), pueden adscribirse los valores $2^0, 2^{-1}, 2^{-2}$ (1, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$), respectivamente. La utilización de una secuencia geométrica decreciente en el modelo epistémico pone de relieve que cuanto mayor sea la falta de certeza en las premisas empíricas, menor es el peso del principio.²⁶

Veamos un ejemplo. Si se analiza la colisión de principios que surge cuando los padres de una niña que profesan el culto evangélico, en razón de los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte, podría realizarse la siguiente aplicación de la fórmula del peso (en este caso no se consideran otros principios que puedan entrar en juego). Por un lado, si la intensidad de la negación de auxilio sobre el derecho a la vida se cataloga como grave ($I_i=4$), el peso abstracto del derecho a la vida igualmente como grave ($G_i=4$) y la certeza de las premisas, esto es, si existe un riesgo para la vida de la niña, como cierto ($S_i=1$); y, por otro lado, la satisfacción de la libertad ideológica y religiosa se cataloga como media ($I_j=2$), su peso abstracto como medio ($G_j=2$) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como segura ($S_j=1$), ya que es seguro que ordenarles llevar a su hija al hospital supone una restricción de la libertad ideológica y religiosa; entonces el peso relativo del principio del derecho a la vida en este caso concreto sería de 4 ($4 \cdot 4 \cdot 1 / 2 \cdot 2 \cdot 1$); mientras que el peso relativo de la libertad ideológica y religiosa sería de 0,25 ($2 \cdot 2 \cdot 1 / 4 \cdot 4 \cdot 1$). En este caso concreto, por tanto, la satisfacción de la libertad ideológica y religiosa (con un peso de 0.25) no justificaría la intervención en el derecho a la vida y a la salud de la hija (con un

²⁵ Alexy, R., "Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *cit.*, nota 1, pp. 444-446; Alexy, R., "La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento", *cit.*, nota 17, pp. 114-117; y Alexy, R., *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 14, pp. 69-71.

²⁶ Alexy, R., "Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *cit.*, nota 1, pp. 447 y 448; y Alexy, R., "La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento", *cit.*, nota 17, pp. 120 y 121.

peso de 4).²⁷ Ahora bien, ¿qué nos autoriza a catalogar el peso abstracto de los derechos en la forma en que lo hacemos? ¿No está decidido el resultado en virtud de la jerarquización previa y abstracta de los derechos, que mide no sólo su peso abstracto, sino también la gravedad de la intervención, esto es, dos de los tres factores que se toman en cuenta? Más aún, ¿es necesario acudir a esta fórmula para proteger el derecho a la vida de la niña, o habría bastado simplemente considerar que no es legítimo disponer de derechos ajenos (vida de la hija) en ejercicio de un derecho propio (libertad ideológica de los padres)?

Según Alexy, únicamente es posible hablar de un cociente si se utilizan cantidades numéricas. Sin embargo, en su opinión esto no ocurre en la ponderación en sentido estricto, ya que ella escapa a una metrificacón que pudiera conducir a un cálculo intersubjetivamente obligatorio del resultado. En la argumentación jurídica, sólo por analogía puede trabajarse con un modelo numérico y, por tanto, con cocientes. A pesar de ello, Alexy considera instructiva la analogía representada por el cociente y los modelos numéricos.²⁸

Como se ha señalado, el valor de la fórmula del peso, como ocurre con el esquema o fórmula de subsunción, reside en que sirve para identificar la clase y forma de las premisas que son necesarias para justificar el resultado argumentativamente y para mostrar cómo deben relacionarse entre sí dichas premisas. Así, mientras que el esquema o fórmula de la subsunción conecta las premisas directamente a través de las reglas de la lógica, la fórmula del peso lo hace indirecta o análogamente, interpretando los juicios a través de números y relacionándolos de acuerdo con la reglas de la aritmética. Precisamente, ésta es, a juicio de Alexy, la diferencia formal más interesante entre las dos fórmulas, ya que muestra dos dimensiones fundamentales del razonamiento jurídico, una clasificante, la otra gradual o cualificante, que pueden ser combinadas de diversos modos en orden a al-

²⁷ Se toma el ejemplo de Bernal Pulido, C., *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 102.

²⁸ Alexy, R. "Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *cit.*, nota 1, p. 443; *id.*, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 14, p. 69.

canzar el mayor grado posible de racionalidad en la argumentación jurídica.²⁹

En este sentido, tanto la fórmula del peso como el esquema de subsunción no contribuyen directamente a la justificación del contenido de sus premisas. Son fórmulas completamente formales, pero no se debe, según Alexy, subestimar el poder racional de las estructuras formales, ya que éstas definen los requerimientos mínimos de racionalidad, así como el punto de partida de un nivel mayor de racionalidad.³⁰

El planteamiento de Alexy, cuyo atractivo no se puede negar, no toma en cuenta suficientemente, y en todo caso no resuelve, algunos aspectos que resultan determinantes en el examen del juicio de ponderación.

En primer lugar, que tras los juicios sobre el carácter “leve”, “medio” o “grave” de una intervención, o la asignación de diferentes pesos abstractos a los principios, se ocultan juicios de valor cuya justificación resulta problemática.

Por otra parte, la formulación del subjuicio de proporcionalidad *stricto sensu* en términos meramente relativos o proporcionales (“cuanto más... más...”) no permite fijar un límite a la intervención sobre un derecho fundamental o sobre un principio; llevadas las cosas al extremo, cabría en este planteamiento una restricción absoluta o máxima de un principio si el bien logrado con ello fuese también de máxima importancia y en máximo grado. Dicho de otro modo, el juicio de proporcionalidad en la versión de Alexy no garantiza por sí solo el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, que pueden verse fuertemente relativizados a consecuencia de su adopción como canon hermenéutico independiente.³¹ Por ello, el empleo de la proporcionalidad y el establecimiento del contenido

²⁹ Alexy, R., “Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *cit.*, nota 1, p. 448.

³⁰ *Ibidem*, p. 435.

³¹ De hecho, para Alexy, las restricciones que responden al principio de proporcionalidad, es decir, que están justificadas por razones de peso, no lesionan la garantía del contenido esencial, aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. En este sentido, para él el contenido esencial no es otra cosa que lo que queda después de la ponderación. Es cierto que pueden existir situaciones en las cuales nunca tendrá precedencia ningún principio opuesto, de modo que en tales casos cabe hablar de una especie de protección absoluta. Sin embargo, debido a que el carácter absoluto de su protección es siempre una cuestión de la relaciones entre los principios, no desaparece tampoco aquí la índole relativa de dicha protección. *Cfr.* Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 4, pp. 286-291.

esencial deben contemplarse en tanto técnicas hermenéuticas y garantías complementarias si se desean proteger eficazmente los derechos fundamentales.

Lo anterior permite comprender en sus justos términos el segundo problema que Alexy advierte pero no termina de resolver: ¿es posible pesar en unidades homogéneas, cuantificables, el valor de los bienes que se realizan o que se dejan de realizar para saber si son proporcionales o iguales en peso? ¿Son los bienes conmensurables? ¿Cuál es el *tertium comparationis*? Hablar de “importancia para la Constitución” no resulta aquí muy realista, y en definitiva no resuelve el problema, salvo en el infrecuente y excepcional caso de que la Constitución establezca jerarquías abstractas entre los principios o los derechos fundamentales.

En rigor, la inconmensurabilidad de los bienes básicos que constituyen el objeto directo de muchos principios y derechos fundamentales impide llevar a cabo esta tarea de pesaje: lo que realmente se puede realizar es, o bien una tarea de armonización o concordancia práctica (una línea de jurisprudencia constitucional alemana, seguida por la española); o incluso una elección de un bien frente a otro.

Ahora bien, con relación a lo anterior cabe preguntarse si realmente son básicos todos los bienes protegidos por principios o derechos fundamentales. En caso de que no todos lo sean, ¿puede afirmarse de ellos también la inconmensurabilidad? Aquí el razonamiento sólo puede ser dialéctico, pues como recuerda Aristóteles en *Top.* I,2, lo relativo a los principios sólo puede argumentarse o razonarse en forma dialéctica, nunca demostrativa.

En caso de elección de un bien frente a otro, ¿qué criterios pueden orientar dicha elección, si los “cuantitativos” no son más que una metáfora? ¿Es legítimo lesionar o dañar un bien o derecho para realizar otro? Obviamente, no; pero la diferencia entre lesionar y “no actualizar” un bien o principio no puede ser pasada por alto, y puede resultar útil a la hora de encarar problemas prácticos concretos. Dicho de otro modo, la no actualización no equivale necesariamente o siempre a una lesión. En general, no es lo mismo dejar de realizar un determinado bien que lesionarlo. Esto es perfectamente aplicable al bien común, y por tanto, al razonamiento político, no sólo a la ética. Pero, ¿sucede lo mismo cuando se trata de bienes jurídicos individuales? Además, esta distinción no cabe en el marco de una consideración de los principios como mandatos de optimización, en la medida en

que éstos exigen *siempre* su máxima realización posible (dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas).

Los argumentos que acaban de esbozarse pretenden sugerir que una conducción racional de la denominada ponderación ha de consistir, más que en maximizar, en elegir un bien sin dañar los otros; y que, si no es posible un procedimiento cuantitativo, de peso o balance, dicha elección ha de hacerse aplicando la prudencia, la deliberación, el *consilium* de que hablaba la teoría medieval de la decisión, o las exigencias de la razonabilidad práctica de que habla Finnis. Esta perspectiva no oculta que, con ella, la ponderación se convierte en un juicio de naturaleza política y, más ampliamente, moral.

Una última consideración. Las reflexiones precedentes se refieren a la etapa específica de la ponderación, es decir, de la resolución de eventuales colisiones entre principios. Cuestión distinta es la interpretación de las exigencias de cada uno de los principios (*prima facie*, *consideradas todas las cosas*), que plantea sus problemas específicos derivados de la naturaleza y estructura de los principios. Alexy tampoco parece tomar en cuenta con suficiencia este punto, pues implícitamente da por supuesto que los principios contienen siempre una determinación de sus consecuencias jurídicas o una indicación acerca de lo que supone “aplicarlos”. Como hemos explicado en otro lugar, el juez que aplica principios ha de enfrentarse en muchos casos con la ausencia no sólo de un supuesto de hecho definido, sino también con la indeterminación acerca de en qué consista aplicar el principio, lo cual exige de él una tarea inventiva, que cuenta también a efectos de la tarea de ponderación y que puede desempeñar un papel decisivo en el establecimiento de la armonización o la concordancia práctica entre ellos.³²

³² Serna, P., “Introducción”, en Serna, P. *et al.*, *De la argumentación a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2a. ed., Granada, 2005, pp. 5 y ss.