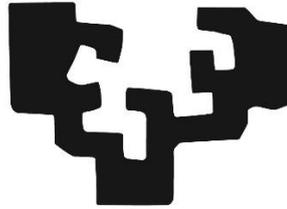


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

El debate sobre la ponderación entre García Amado y Atienza

Trabajo realizado por Andoni Maiz Perales
Trabajo dirigido por Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

2019/2020
EHU/UPV DERECHO

Índice

1. Introducción	2
2. La Argumentación jurídica de Alexy	3
2.1 La ponderación	6
2.1.1 La ley de la ponderación:	8
2.1.2 La fórmula del peso	10
2.1.3 La colisión.....	11
3. El enfrentamiento sobre la ponderación entre Atienza y García Amado	12
3.1 ¿Es la ponderación un método particularista?	13
3.2 ¿Cuándo hay que ponderar?.....	17
3.3 ¿Es la ponderación un procedimiento racional?	20
3.4 ¿Se puede prescindir de la ponderación?	24
4. Conclusiones	27
5. Bibliografía	28

..

1. Introducción

La ponderación es una estructura argumentativa desarrollada y defendida por Robert Alexy para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Esta ponderación alexyana es un tema que en los últimos años ha generado mucha polémica entre los expertos de la filosofía del derecho ya sea a nivel nacional como a nivel internacional.

En este trabajo expondremos las ideas de Robert Alexy haciendo énfasis en la postura sobre ciertos puntos de la ponderación desde la perspectiva de dos juristas de renombre nacional como lo son Juan Antonio García Amado en contra de la ponderación y Manuel Atienza Rodríguez a favor de la ponderación.

Para ello haremos uso de diferentes obras de Alexy para comprender más a fondo tanto su argumentación jurídica como el resto ideas y también haremos uso de diferentes obras donde intervienen García Amado y Atienza, para poder entender así el debate que tienen estos dos autores respecto las ideas alexyanas.

Antes de analizar y comparar las ideas desde el punto de vista de García Amado y Atienza es de vital importancia hacer una breve pero realmente importante explicación respecto la ponderación y la argumentación de Robert Alexy, en la que también comentaremos la colisión y la fórmula del peso.

Los puntos a analizar entre García Amado y Atienza sobre la ponderación en el trabajo son los siguientes:

- 1) Si la ponderación es un método particularista, donde analizaremos si realmente la ponderación es un método totalmente subjetivo como defienden los críticos o no.
- 2) Cuando habrá que hacer uso de la ponderación, en qué momento y por qué.
- 3) Si la ponderación es un procedimiento racional.
- 4) Si realmente se puede dejar de lado este método y prescindir así de la ponderación.

2. La Argumentación jurídica de Alexy

Para empezar con las ideas de Robert Alexy es de vital importancia mencionar que la teoría de la argumentación jurídica está planteada para ver si funciona la racionalidad en el discurso. Sin embargo, Alexy aplica la argumentación jurídica en el contexto del proceso de decisión judicial, esto es, en un contexto que se ocupa específicamente de la interpretación y aplicación de las leyes o reglas¹.

El discurso en el derecho es algo especial porque está vinculado al argumento del significado literal de lo que dice la ley, de los precedentes que esta conlleva y de la dogmática. Es realmente necesario otorgar relevancia a los argumentos, ya que, argumentar bien es igual a dar buenos motivos, argumentos morales adecuados; de lo contrario, el derecho no elevaría ninguna intención hacia una corrección, sería algo más un intento de demostrar el poder que tiene el mismo.

Alexy considera el derecho como una teoría de la argumentación práctica. Alexy llega a un punto en el que, el núcleo de sus ideas, se centra en que considera el discurso jurídico, a la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general, situando este discurso como discurso moral².

El autor alemán no intenta lograr solo una teoría normativa de la argumentación jurídica que le otorgue la capacidad para distinguir los buenos de los malos argumentos, también desarrolla una teoría que sea también basada en el análisis que se introduzca en la estructura argumentativa y que añada elementos empíricos, en un sentido más descriptivo.

Alexy se enfoca en la teoría del discurso práctico de Jürgen Habermas. Las decisiones prácticas acerca de lo que realmente es lo correcto o lo incorrecto, lo justo y lo injusto, que se puedan realizar mediante una comunicación en la que los comunicadores se convencen entre ellos mediante los argumentos.³

¹ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pág. 205 y posteriores.

² Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 530-531.

³ *Ibid.*, pág. 31.

En relación a esto, es importante matizar que una de las ideas fundamentales de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy es que es una actividad lingüística que “trata de la corrección de los enunciados normativos” como consecuencia del discurso como un discurso práctico. Al fin y al cabo, el discurso práctico jurídico es, según Alexy, un caso especial del discurso práctico general.⁴

Alexy menciona la coincidencia entre el discurso práctico jurídico y el discurso práctico general, ya que: 1) las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones acerca de qué hacer y qué omitir, y 2) “estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección” y se diferencia del discurso práctico general, porque el discurso jurídico se desarrolla bajo condiciones limitadas que son específicamente jurídicas⁵.

El discurso jurídico se define según Alexy, por reglas y formas del discurso práctico y por reglas y formas características del discurso jurídico⁶.

La finalidad de la teoría de la argumentación jurídica, según Alexy, es establecer un marco para la justificación racional de enunciados normativos dentro del ámbito del Derecho vigente. Dentro de este se clasifica la justificación de dos maneras: la interna y la externa⁷.

Mediante la justificación externa e interna Alexy destaca la importancia de la argumentación jurídica en el proceso de justificación de una decisión judicial, ya que Alexy comenta que la argumentación jurídica puede ser muy importante en la decisión, no sólo en la interpretación de una norma válida, sino también a la hora de establecer la validez de esa norma⁸.

Según Alexy, “la justificación interna se trata de ver si realmente la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación el objeto de la justificación externa es la justificación de las premisas”. La justificación interna debe cumplir ciertas reglas y ajustarse a determinadas formas de justificación⁹.

⁴ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 34.

⁵ *Ibid.*, pág. 207.

⁶ *Ibid.*, pág. 213.

⁷ *Ibid.*, pág. 213.

⁸ *Ibid.*, pág. 223.

⁹ *Ibid.*, pág. 223.

Por otro lado, para Alexy justificación externa será la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna¹⁰.

Para poder establecer un correcto discurso jurídico, Alexy hace uso del tercer subprincipio de la proporcionalidad, es decir, se basa en la ponderación otorgando de mayor o menor relevancia a los argumentos para poder así clasificarlos y establecer un discurso para poder justificar las decisiones y evitar el simple uso del derecho como una herramienta de poder.

Alexy hace una distinción entre reglas y principios, ya que los principios son normas que ordenan algo que sea realizado en su mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios los define como mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.¹¹

Por el otro lado, define las reglas como normas que sólo pueden ser cumplidas o no pueden ser cumplidas. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que la norma exige. Por ello, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Es decir, toda norma es o bien una regla o un principio¹².

Cuando se producen conflictos entre derechos o principios, los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, es el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio se subdivide, a su vez, en tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las

¹⁰ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 224.

¹¹ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 86-87.

¹² *Ibid.*, pág. 86-87.

posibilidades normativas. La estructura de la ponderación, siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación¹³.

Estos principios expresan la idea de optimización, esto es, como principios y no como simples reglas. En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible¹⁴.

2.1 La ponderación

Una vez analizada ligeramente la visión de la argumentación jurídica de Robert Alexy la preguntas claves son ¿Qué es ponderar?, ¿Qué relación tienen el derecho, la argumentación jurídica y la ponderación? ¿Cómo funciona la ponderación de Alexy?

Ponderar algo es otorgar un valor a algo, es decir, pesar. Los seres humanos ponderamos todos los días, ponderamos para poder clasificar gradualmente nuestras prioridades. Por ejemplo, un alumno para ir a la universidad tiene diferentes alternativas: andando, en transporte público o en bicicleta. Andar supone ejercicio físico básico beneficioso para el cuerpo, es gratuito y otorga la capacidad para poder disfrutar de las vistas de la ciudad. Por el otro lado, es el proceso más lento y puede suponer llegar tarde a clase.

La bicicleta, que también es gratuita en su cierta medida, genera también un ejercicio físico beneficioso para el cuerpo, es un proceso más rápido que el andar y evita llegar tarde. Por el otro lado, andar en bicicleta supone estar atento al vehículo y no otorga tanta capacidad para disfrutar de las vistas de la ciudad como el ir andando.

Por último, el transporte público es el método más rápido para llegar a la universidad pero no es gratuito, genera contaminación, no supone ningún tipo de ejercicio físico y no otorga casi capacidad para disfrutar del trayecto y sus vistas.

Para poder elegir el trayecto más efectivo, el estudiante pondera. Como individuos ponderamos en relación a nuestras necesidades y otorgamos diferentes valores a cada una

¹³ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 87.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 47.

de las premisas. La duración del trayecto es la premisa al que más valor le otorgamos, ya que llegar tarde a la universidad puede suponer perder materia de estudio.

La siguiente premisa más importante es el precio; como estudiante y con pocos ingresos económicos, mirar hacia el bolsillo es algo fundamental para poder resolver las necesidades restantes.

La tercera premisa valorada es el ejercicio físico. Nuestra finalidad es llegar pronto a la universidad y gastar el menor dinero posible, pero el hecho de poder cuidar la salud, otorga un mayor valor al transporte que me lo permita.

La premisa con menos valor es el disfrutar del trayecto, ya que aunque sea importante, el valor otorgado a las anteriores es mucho mayor. Mediante estos argumentos, la elección final es la bicicleta, ya que aunque no sea tan rápida como el transporte público, no genera ningún tipo de gasto económico, permite hacer ejercicio cardiovascular beneficioso para la salud y en su cierta medida deja disfrutar de las vistas de la ciudad. Esta elección es el resultado de otorgar valores a los argumentos utilizados, clasificándolos y sumándolos dando un resultado a una estructura metodológica para justificarla.

Lo mismo pasa en el derecho; 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 se clasifica de una manera gradual. 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 caso¹⁵.

Según Alexy, la ponderación se compone de las siguientes argumentativas: la ley de ponderación, la fórmula del peso, la colisión y las cargas de la argumentación.

¹⁵ Jorge Alexander PORTOCARRERO, “Ponderación=Balancing”, en: *EUNOMIA* Revista En Cultura De La Legalidad. N°12 de abril de 2017, Madrid.

2.1.1 La ley de la ponderación:

Varios autores recalcan la importancia de definir la ponderación como una estructura argumentativa. Básicamente como se ha comentado en el ejemplo de antes, se basa en organizar argumentos y ponerlos en relación los unos con los otros. (Por ejemplo, los argumentos del tiempo que supone ir a la universidad o el coste económico que puede suponer el aumentar o disminuir ese precio).

La ponderación no es un criterio material, ya que no es una balanza que podamos otorgar a un juez y dejar que pese los argumentos. Por dicho motivo, concede directamente contenido objetivo a los principios a ser comparados. Por otra parte, otro elemento importante para poder dar una definición a la ponderación consiste en la idea de que la ponderación forma parte de la metodología de la ciencia jurídica en tanto esta no solo reconozca las reglas sino que también los principios¹⁶.

Un tercer matiz respecto a su definición es el hecho de la existencia de su función específica, ya que justifica una relación de prioridad condicionada. Cada vez que se emplea la ponderación, en el sentido de que pretendemos definirla, se busca justificar por qué se confiere prioridad a uno de los principios enfrentados en perjuicio de otro, empleando para ello argumentos y otorgándoles cierto peso. (Los estudiantes como individuos ponderan los argumentos respecto el caso del transporte de la universidad y crean una relación de prioridad haciendo uso de argumentos y otorgándoles un “peso”).

El hecho de tener que determinar los pesos de los argumentos, es decir, la determinación de dichos pesos argumentativos, procede de las circunstancias de hecho y jurídicas de cada caso particular en relación a los hechos del caso tomando en consideración a los otros principios que forman parte del mismo. Esto ha de ser así, porque si la ponderación se empleara de una manera más general y no en función de casos concretos, esto no sería más que clasificar principios de manera escalonada.

Alexy recalca la importancia de establecer una ponderación que esté acompañada de la colisión, la fórmula del peso y de las cargas de la argumentación.

Según Alexy sobre la ley de la ponderación: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de

¹⁶ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 275.

la satisfacción del otro”. Esto supone que la ponderación como tal se divide en tres necesidades: 1) necesidad de determinar el grado de afectación o intervención del principio que ha sido afectado. 2) La necesidad de determinar el cuán importante es satisfacer al principio afectante. 3) La necesidad de determinar si el grado de satisfacción del principio afectante realmente justifica la afectación del principio afectado¹⁷.

Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisiones judiciales¹⁸.

En definitiva, la ley de ponderación se basa en establecer una relación entre la afectación y la necesidad de satisfacción de los principios estableciendo para ello una escala de valores. A tal fin se emplean argumentos por los cuales se acaba valorando si la afectación del principio se justifica en la necesidad de satisfacer el otro principio. Para poder realizar esta valoración, Alexy establece la llamada “Fórmula del peso” o “Weight formula” inspirada en la fórmula de Radbruch¹⁹.

Lo que viene a decir Alexy es que, cuando se producen choques entre derechos, esos conflictos deben resolverse aplicando el principio de proporcionalidad que, a su vez, consta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto; este último, a su vez, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la colisión²⁰.

La ponderación se define mediante tres variables en la fórmula del peso, siendo esas variables el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Si se da el caso de que ocurra un empate, donde el peso de los principios es el mismo, entonces es cuando

¹⁷ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 161.

¹⁸ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “García Amado destroza la ponderación en 20 minutos”, en: *catedra de la cultura jurídica de la universidad de Girona*, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=bCBcrayDYp8>, Consultado el 5/03/2020.

¹⁹ Manuel ATIENZA, “Ponderación y sentido común jurídico” en : *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017, pág. 6.

²⁰ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 112.

entran en juego las reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad o a favor del criterio del legislador²¹.

2.1.2 La fórmula del peso

Alexy presenta su fórmula como un método de argumento racional. La ponderación está conectada con el discurso y no es posible sin él. De la misma manera la ponderación es tan racional como el discurso mismo, es decir, si el discurso práctico no es racional, no habrá racionalidad práctica.²²

Mediante la fórmula del peso Alexy transfiere los elementos anteriormente comentados a números, desarrollando así una fórmula matemática como consecuencia de la triple separación de las necesidades de la ponderación anteriormente comentada. El resultado que se obtenga a partir de esta fórmula será el peso concreto de cada principio que será el que entre en conflicto dentro de cada caso. En la fórmula del peso se pondrán en relación los valores determinados en base a una escala de tres grados, que se clasificará en leve, medio y grave. El resultado que sea obtenido a partir de este cociente será el peso de los principios en conflicto.

Esta fórmula ha sido diversamente criticada por varios autores ya que se define como demasiado aritmética, ya que el valor que cada individuo pueda otorgar, es totalmente diferente en relación a las condiciones de cada uno²³.

Para ver cómo funciona la fórmula del peso, Alexy hace uso del caso TITANIC. En él, se puede ver de una manera muy clara la colisión entre dos principios: el principio de la libertad de expresión y el derecho general a la personalidad. La revista satírica TITANIC, en una de sus ediciones, se había referido a un soldado tetrapléjico en un primer momento como “nacido para matar” y, posteriormente, en una edición distinta, como “tullido”. El

²¹ Manuel ATIENZA, *filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 5.

²² Robert ALEXY, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México D.F: Fontamara 2005, pág. 2.

²³ Manuel ATIENZA, *filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 5.

Tribunal de Düsseldorf sentenció a TITANIC al pago de una indemnización a favor del soldado por una cantidad de 12.000 Marcos Alemanes²⁴.

La revista TITANIC presentó un recurso en contra de esta decisión. El Tribunal Constitucional Federal, para poder resolver el caso, realizó uso de la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión, que favorecía a quienes habían escrito el artículo de la revista implicados, y el derecho general a la personalidad del soldado. El análisis del grado de afectación de los principios contrapuestos se realizó recurriendo a una escala triádica²⁵.

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 derecho. 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”. 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 soldado²⁶.

2.1.3 La colisión

Según Alexy, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado, dependiendo del nivel de cumplimiento de las posibilidades. La diferencia entre reglas y principios, según Alexy, se llega a mostrar de una manera más clara en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas.²⁷

Básicamente, la colisión es representar de una manera formal el resultado obtenido de la ponderación. La ley de colisión expresa una relación de precedencia condicionada entre

²⁴ Manuel ATIENZA “A vueltas con la ponderación”, en Manuel ATIENZA y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra 2012, pág.19.

²⁵ *Ibid.*, pág. 20.

²⁶ *Ibid.*, pág. 20.

²⁷ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 90.

dos principios jurídicos que genera una regla aplicable al caso concreto. En ese sentido, toda ponderación desemboca en una regla particular en función de la cual se subsumirán las circunstancias del caso concreto²⁸.

En el momento que dos reglas colisionan, Alexy menciona que “Se resolverá el conflicto introduciendo en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es la inválida”²⁹.

Por otro lado, cuando dos principios entran en colisión, un principio cederá ante el otro. No se invalida el principio desplazado, lo que sucede es que un principio precede al otro³⁰. Por eso, lo que determina los conflictos es el peso, ya que, resulta vencedor el que tenga más peso acorde a las circunstancias del caso. Alexy respecto a los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios menciona que “los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de los principios tienen lugar en la dimensión del peso”³¹.

Una vez analizada de una manera general la ponderación Alexyana, es de suma importancia analizar la opinión de juristas dentro del marco de la teoría del derecho en España.

3. El enfrentamiento sobre la ponderación entre Atienza y García Amado

Cuando hablamos de ponderación a nivel nacional hay dos nombres que son de suma importancia y que resuenan en la cabeza de cualquier jurista: Juan Antonio García Amado y Manuel Atienza, dos colosos de la filosofía del derecho que diversas veces han expresado sus opiniones en este tema y que en más de una ocasión se han enfrentado entre ellos para defender sus posturas. En los siguientes puntos analizaremos las discrepancias entre ambos autores respecto las ideas Alexyanas mediante una comparación.

²⁸ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Robert Alexy sobre reglas y principios en el Derecho” en: *Dura Lex*, en: <http://garciamado.blogspot.com/2010/03/robert-alexysobre-reglas-y-principios.html> (consultado en 27/02/2020.)

²⁹ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 69.

³⁰ *Ibid.*, pág.70-71.

³¹ *Ibid.*, pág.71-72.

3.1 ¿Es la ponderación un método particularista?

La ponderación se ha visto duramente criticada por diversos autores por el hecho de que a muchos les parece un método particularista, es decir, un método que se adecua a la situación del ponderador, siendo esta ponderación totalmente subjetiva.

Empezando con la primera comparación, EL autor García Amado opina que la ponderación no es un método garantista de derechos fundamentales, más bien, lo que hace es legitimar constitucionalmente la afectación de un derecho fundamental. Para él, ya que se pueden enfrentar derechos y principios, los derechos fundamentales quedan a merced de la balanza y como la balanza no existe la balanza queda a merced de los jueces y estos quedan a merced de quien nombra a los jueces. El autor asturiano comenta que la ponderación realmente acaba siendo un sistema funcional y que beneficia directamente a quienes nombran a los jueces³².

Teniendo en cuenta la teoría de las normas de Alexy, todas las normas son reglas o principios, las reglas son mandatos taxativos y los principios mandatos de optimización. Las reglas se aplican mediante el método subsuntivo y se ve si los hechos encajan en el supuesto de la norma y se valora si la norma se aplica o no. En cambio, los principios se aplican ponderando³³.

García Amado critica que la ponderación gira entorno al ponderador, es decir, nadie pondera si sabe que tiene las de perder. El autor recalca que un Tribunal Constitucional en diferentes casos estructuralmente idénticos, aplica la ponderación y otras veces aplica la subsunción dependiendo de lo más beneficioso para el tribunal³⁴.

³² Juan Antonio GARCÍA AMADO “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”. En Ricardo SANÍN RESTREPO *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el estado contemporáneo*, Bogotá: Legis, 2006, pág. 120-163.

³³ *Ibid.*, pág.120-163.

³⁴ *Ibid.*, pág.120-163.

Entonces, para García Amado ¿cuándo se podrá ponderar? Ya que si hay conflicto entre reglas, el conflicto, se arregla en términos de validez, ya que para Alexy casi todas las normas *ius fundamentales* no son reglas sino principios; por consiguiente, estos principios en conflicto se acaban ponderando. Pero la crítica de García Amado es: ¿Y si solo hay un principio? Circunstancia muy difícil y que juega a favor de Alexy, ya que García Amado lo menciona como una trampa ya que se sabe que es muy fácil encontrar principios³⁵.

García Amado recalca que Alexy no establece ningún tipo de diferencia estructural entre reglas y principios o incluso reglas de validez estricta, es más, que “los principios no se ponderan porque sean principios, son principios porque se ponderan”. Y lo mismo con las reglas, “las reglas no son reglas porque se aplica la subsunción, son reglas porque se ponderan”.

Básicamente es la decisión del aplicador la que convierte la norma en regla o principio, subsumiendo o ponderando. Esto es así como antes se ha mencionado como consecuencia de la conveniencia argumentativa. García Amado menciona que siempre se pondera para ganar, a favor del que pondera y establece el siguiente ejemplo que deja muy claramente a lo que se refiere³⁶.

Si su equipo, es este caso, el Sporting de Gijón jugara la final de la Champions League, aplicando correctamente la normativa de la FIFA y respetando todos los sistemas establecidos en la competición, jugara esa final contra un rival elegido por el mismo, ¿qué equipo elegiría un aficionado del Sporting de Gijón? Pues efectivamente cualquiera peor, siendo por ejemplo el equipo de solteros del vecindario³⁷.

Esto es para García Amado la ponderación, un instrumento totalmente particularista de la que los jueces hacen uso para poder actuar de la manera más beneficiosa para ellos. Mediante el ejemplo el autor deja entender que el aplicar la ponderación supone que siempre resulta de la ponderación la norma ganadora la norma previamente preferida.

³⁵ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, cit., pág. 120-163.

³⁶ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “García Amado destroza la ponderación en 20 minutos”, cit., min. 14:00-15:00.

³⁷ *Ibid.*, min. 15:00-16:00.

¿Pero cómo sabe el individuo si lo que aplica es una norma o un principio? Para García Amado esto nunca pasa ya que es el ponderador el que decide qué es una norma y qué es un principio³⁸.

Para concluir García Amado defiende que no hay una teoría de la norma seria, lo que para él hay es una teoría de la norma perfectamente funcional para una propuesta de decisión judicial abiertamente judicialista y tendente a alterar el sistema constitucional de poderes³⁹.

Por el otro lado, respecto esta primera idea de si la ponderación es un método particularista, Atienza opina que esto no es así, que él está de acuerdo con Alexy y defiende que no es que sea un fan incondicional de la ponderación, más bien, que le parece que es un elemento indispensable en algunos casos. El autor comenta que hay que ponderar ya que hay supuestos casos difíciles en el derecho que no se puedan resolver mediante pautas específicas de comportamiento y como los jueces tienen la necesidad de resolver los casos, no queda otra que ponderar⁴⁰.

A diferencia de García Amado, este autor nos comenta que es inevitable ponderar en algunos casos y lo que merece la pena es discutir cuándo ponderar y cuándo no, ya que existe la posibilidad de que se pueda ponderar bien y que se pueda ponderar mal⁴¹.

Atienza opina que la ponderación no es particularista pero sí opina que hacer un mal uso de la ponderación es algo que muchas veces puede generar críticas entre los enemigos de la ponderación para poder desacreditar a esta.

Para Manuel Atienza los principios y las reglas no son los únicos enunciados jurídicos, ya que para él hay otros que componen un sistema jurídico: definiciones, enunciados de valor, normas constitutivas, etc.⁴²

³⁸ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “García Amado destroza la ponderación en 20 minutos”, cit., min. 17:00-18:00.

³⁹ *Ibid.*, min. 18:00-19:00.

⁴⁰ Manuel ATIENZA, “Manuel Atienza y la ponderación “, en: *cátedra de la cultura jurídica del centro de estudios Carbonell de México*, Min. 1:37, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=KZfs6NdnDAg> (Consultado en 05/03/2020)

⁴¹ *Ibid.*, Min. 2:23.

⁴² Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 1.

Las ideas del autor parten de que la manera de concebir el Derecho tiene su razón de ser en una inevitable ambivalencia que presentan todos los Derechos y que puede reconducirse a la clásica contraposición entre seguridad que proveen las reglas y justicia que en muchos casos sería imposible lograr sin cierta flexibilidad que sólo puede alcanzarse “ponderando” los diversos principios o valores que ocultan las reglas⁴³.

Lo que si Atienza critica de cierto modo de Alexy es que el autor alemán atribuye un valor matemático a cada una de esas tres variables y construye así una regla aritmética que crea una errónea impresión de que el hecho de ponderar se haga mediante un algoritmo, dejando de lado lo realmente importante, la atribución de valores. Sin embargo, si la concepción de Alexy se entiende correctamente, Atienza defiende que realmente de todo esto es que la atribución de valores realmente está diseñada para ayudarnos a argumentar⁴⁴.

Al final, Alexy lo que elabora es un mecanismo realmente útil para establecer una discusión ordenada. Y esa es la base de la pequeña crítica de Atienza a Alexy, que pese a exteriorizarlo de una manera, la intención principal de Alexy mediante la fórmula del peso, en relación con la ponderación, es establecer un esquema simplemente formal. Un error de exteriorización, como consecuencia de la “manía germánica” según Atienza, por el orden y los números, por establecer reglas exactas y de aplicación automática para la resolución de todos los problemas⁴⁵.

Esto no significa en ningún caso que Atienza esté en contra de la ponderación, al contrario. Para él, el momento de ponderar es cuando las reglas no proveen una respuesta adecuada a un caso y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios. De una manera más simple, cuando no hay pautas específicas de comportamiento.

Desde mi punto de vista, yo estoy de acuerdo con Atienza y opino que ponderar es algo necesario y lo que importa discutir es cuando ponderar y cuando no. La ponderación es un método que ha funcionado mucho en América latina y que observando con detenimiento se puede apreciar que varias veces, efectivamente como sostiene Atienza un tribunal ha podido ponderar incorrectamente, hecho que lleva a autores como García Amado a criticar la ponderación. Al fin y al cabo, ponderar contrapuestamente dos

⁴³ Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 4.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 6.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 7.

derechos no es más que valorar en conciencia cuál debe tener preferencia y esto no puede ser particularista ya que se pondera para valorar una preferencia y no para justificar una valoración.

3.2 ¿Cuándo hay que ponderar?

En la pregunta anterior señalábamos que Atienza destaca que lo importante no es valorar si la ponderación es un método particularista, sino que lo realmente importante es valorar cuándo hay que ponderar y cuándo no. Sobre esto Atienza menciona que esta interrogación tiene una fácil respuesta: cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios⁴⁶.

Atienza matiza la importancia de distinguir entre dos tipos de lagunas en el nivel de las reglas: las normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que aquí, podemos decir de alguna manera que es el aplicador o el intérprete el que genera la laguna⁴⁷.

Explicado esto, si entendemos que el Derecho, el sistema jurídico, no es necesariamente completo, en el nivel de las reglas, esto es, que puede tener lagunas normativas, entonces no queda otra opción que aceptar que los jueces que no pueden negarse a resolver casos, tienen que hacerlo acudiendo en esos supuestos a principios, es decir, ponderando⁴⁸.

Por el otro lado, en relación con las lagunas axiológicas, Atienza menciona que el juez podría resolver sin ponderar, pero correría entonces el riesgo de incurrir en formalismo, o sea, no podría cumplir, en esos casos de desajustes valorativos, con la pretensión de hacer justicia a través del Derecho⁴⁹.

Atienza menciona que hay que hacer una distinción entre cuando está justificado acudir a la ponderación y cuándo no, en relación a las lagunas axiológicas, no puede contestarse en abstracto, pero el autor considera que puede llegar a ser útil distinguir tres situaciones que si recurrimos a la Schauer, podrían expresarse en términos de tres tipos distintos de desajustes: a) entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla:

⁴⁶ Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 6.

⁴⁷ Ibid., pág. 6.

⁴⁸ Ibid., pág. 6.

⁴⁹ Ibid., pág. 7.

los propósitos para los que se dictó; b) entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto; c) entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente al ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico⁵⁰.

Para finalizar Atienza valora que en el primer caso no es difícil justificar que se debe ponderar, aunque la regla diga que está prohibido entrar a un restaurante con un perro, la prohibición debemos extenderla también a los osos, pero no al perro lazarillo de un cliente ciego. Que en el tercero no lo está nunca, pues supondría dejar de jugar al juego del Derecho. Y que en el segundo es donde se plantean los supuestos más complejos: en ocasiones puede estar justificado ponderar (en otras no), pero tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla⁵¹.

En su contraparte, en contra de esta idea de cuando hay que ponderar, García Amado critica el hecho de que para que se pueda ponderar basta que concurren dos principios enfrentados (casi siempre). Entonces siguiendo a la teoría de Alexy y el principalismo, siempre que hay una regla habrá un principio, esto supone que se puede ponderar siempre, o casi, pues, dada la heterogeneidad de los principios y lo “flexible” de sus contenidos, cada vez que se quiera contrariar la solución que nace de una regla se nos va a ocurrir un principio⁵².

García Amado critica que según Atienza hay que ponderar cuando, para resolver un caso, el juez “no puede partir directamente de una regla”. Puede ocurrir que no haya tal regla y nos encontremos con una laguna. Puede darse el caso que también es posible que la laguna sea una laguna axiológica, es decir: hay una regla, perfectamente constitucional y legítima y respaldada por un principio constitucional de los importantes, pero no resuelve de una manera aceptable el caso. El planteamiento es este: hay una regla que para el autor claramente resuelve el caso pero que esa resolución del caso no la considera aceptable el juez; no se ve posibilidad de alterar esa resolución mediante una interpretación

⁵⁰ Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 6.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 7.

⁵² Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, en Manuel ATIENZA y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra 2012, pág.74.

propriadamente dicha, jugando con las interpretaciones posibles de la norma; se dictamina que hay una laguna axiológica, que resulta que no se encuentra en el sistema ninguna regla que aporte la solución aceptable del caso; se busca un principio del que pueda extraerse para el caso la solución que se considera aceptable. Se pondera el principio contra la regla contraria e “inaceptable”. Para finalizar el planteamiento, se concluye que pesa más aquel principio que esta regla, se construye la regla del caso y con ella se resuelve el caso en sentido contrario a la regla preexistente⁵³.

De esta manera García Amado extrae diferentes críticas de las que denomina constantes del razonamiento ponderativo:

La primera crítica es que no se recurre a la ponderación cuando la solución deseada puede ser alcanzada mediante una interpretación posible de los términos de la norma. En tales ocasiones se ignora o se deja de lado que el caso puede ser presentado como de concurrencia de principios contrapuestos.⁵⁴

La segunda es que siempre que se acude a la ponderación de un principio contra una regla (y su principio) es para que pierda la regla. Pues, como se acaba de decir, si la regla pudiera ganar, no se recurriría a la ponderación⁵⁵.

La tercera es que la laguna axiológica no se constata, se crea: primero se determina que la solución que hay es inaceptable y después se afirma que, puesto que es inaceptable la solución que hay, como no hay una solución, existe una laguna⁵⁶.

Y la última y anteriormente también mencionada por García Amado es que nunca se ponderará para perder. El autor critica que nunca se verá o a un defensor de la ponderación una expresión como la siguiente: “la solución que a mí me parece más justa y aceptable es la solución S, pero después de ponderar he comprobado que pesa más (el principio que lleva a) la solución S”⁵⁷.

Desde mi punto de vista puedo llegar a entender en cierta medida las objeciones de García Amado respecto la ponderación ya que lo que él hace es criticar a la ponderación como un mecanismo para favorecer (injustamente para él) la decisión de los jueces y así según

⁵³ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, cit., pág. 74.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 75.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 76.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 76.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 76.

él justificar sus decisiones. Pero al igual que Atienza yo creo que el enfoque que hacen los críticos de la ponderación es incorrecto ya que la ponderación en sí, es una estructura argumentativa para clasificar los argumentos en las decisiones judiciales y así explicar mediante estos correctos argumentos las decisiones. El momento para ponderar desde mi punto de vista es el momento el que el sistema no es capaz de dar una respuesta correcta a un caso y mediante la ponderación buscar lo más cercano a lo que es realmente lo correcto.

3.3 ¿Es la ponderación un procedimiento racional?

En los puntos anteriores hemos analizado cuándo ponderar y si la ponderación es un método particularista, como tercer punto analizaremos si la ponderación es un procedimiento racional, algo realmente importante ya que desde la perspectiva de Alexy, el juicio de ponderación representa un procedimiento racional de aplicación de la ley.

Respecto este tema Atienza menciona las dificultades que encuentra el discurso racional para abrirse camino en ciertas áreas predispuestas a la influencia de la ideología y como consecuencia a la contrariedad. El problema sobre la ponderación y la argumentación jurídica versa en que ciertas actitudes subjetivas generan el bloqueo en el discurso racional, es decir, la intención de criticar y generar polémica. Como seres humanos, nadie se libra de cometer ese tipo de errores, y por eso el autor señala la importancia de la vigilancia del individuo en sí mismo⁵⁸.

Atienza comenta que la ponderación es un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles: por ejemplo, el principio de libertad de expresión, a considerar permitida tal tipo de conducta; y el principio de respeto a la intimidad (CASO TITANIC) a considerarla prohibida. En la

⁵⁸ Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 5.

segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios (por ejemplo, el de libertad de expresión) derrota al otro, ya que tiene un mayor peso⁵⁹.

Aquí, a su vez, es importante matizar la diferencia de dos tipos de lagunas (de lagunas en el nivel de las reglas): las normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que aquí, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete el que genera la laguna.

El autor menciona que si se entiende que el Derecho, el sistema jurídico, no es necesariamente completo, que puede tener lagunas normativas, entonces no queda otra opción que aceptar que el juez tiene que hacerlo acudiendo en esos supuestos a principios, es decir, ponderando. Mientras que, en relación con las lagunas axiológicas, el juez podría resolver sin ponderar, pero correría entonces el riesgo de incurrir en formalismo, o sea, no podría cumplir, en esos casos de desajustes valorativos, con la pretensión de hacer justicia a través del Derecho⁶⁰.

Atienza menciona que la ponderación puede ser un método racional, aunque no siempre lo sea. Existe la posibilidad de ponderar mal cuando uno pondere cuando no haya que ponderar. Por lo demás, la noción de racionalidad que aquí se está manejando no puede ser otra que la noción general que puede encontrarse en los procesos jurídicos argumentativos, y que hace referencia a una serie de criterios de naturaleza formal, material y pragmática. Justificar, motivar, una decisión judicial supone poner las buenas razones relevantes para el caso en una forma adecuada para lograr la persuasión. Algo relativamente sencillo de alcanzar, o de cumplir, en los casos fáciles (cuando hay una regla que controla el caso y que no resulta discutible) y mucho más rocoso en los casos difíciles, en los que hay que manejar principios y recurrir a la ponderación⁶¹.

Atienza opina que los autores que niegan que está justificado utilizar en el Derecho, procedimientos ponderativos apoyan también la tesis de que el Derecho puede verse exclusiva o muy preponderantemente como un sistema de reglas⁶².

⁵⁹ Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 5.

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 6.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 7.

⁶² *Ibid.*, pág. 9.

Para Atienza si que existe una racionalidad en la ponderación, pero esta no consiste simplemente en seguir las reglas de la lógica. Consiste en guiarse por criterios de racionalidad práctica como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias, el atender a la moralidad positiva y a la moralidad crítica y, en último término, a la razonabilidad, lo que presupone también aceptar que el campo de la racionalidad no se limita al de los enunciados analíticos y los enunciados empíricos⁶³.

Ya que Atienza comenta que si esto así fuera, ciertamente el discurso jurídico quedaría limitado, puesto que una buena parte del mismo caería claramente fuera de esos límites, de los límites de la racionalidad. Es posible encontrarse con concepciones del Derecho coherentes con esa noción estrecha de la racionalidad pero, inevitablemente, esa coherencia tiene que pagar un alto precio: el de la irrelevancia teórica. Si renuncia al discurso normativo y valorativo, la dogmática jurídica y la teoría del Derecho no podrán servir de mucha ayuda al jurista práctico⁶⁴.

En (Atienza 1996) el autor intenta explicar en qué consistía esa racionalidad práctica o ponderativa, a partir del análisis de una serie de casos resueltos por el Tribunal constitucional español a propósito de los conflictos que se producían entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro.

El autor señalaba que el Tribunal había ido construyendo en su jurisprudencia una serie de reglas mediante un método que se basaba en una configuración de una taxonomía que permitía fijar categorías de casos cada vez más específicos (por ejemplo, conflictos entre libertad de información y derecho al honor, entre libertad de información que afecta a una persona con relevancia pública y derecho al honor, etc.) y estableciendo, en relación con cada una de esas categorías, las denominadas “reglas de prioridad” (por ejemplo: “cuando se trata de un conflicto entre la libertad de información que afecta a una persona con relevancia pública y el derecho al honor, entonces tiene prioridad la libertad de información, a no ser que...”).

Lo que Atienza destaca de esto es que cuando la ponderación se hace de manera adecuada, la construcción de esa taxonomía y de esas reglas de prioridad no sigue un procedimiento arbitrario, aleatorio, sino que el tribunal se guía por los criterios de racionalidad práctica:

⁶³ Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 10.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 10.

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

Por el otro lado, García Amado como crítico de la ponderación también desacuerda respecto si la ponderación es un procedimiento racional.

García Amado comenta que hay que ver si las “las razones aducidas por el juez” en favor de tal o cual derecho, razones que conforman la *ratio decidendi* de su decisión, “tienen el peso que él les atribuye”. Lo más importante para el autor es: ¿cómo se puede valorar, apreciar, medir o establecer si las razones con que el juez ha dado para resolver a su manera la ponderación “tienen el peso que él les atribuye”? Ya que si el primer juez ponderó o valoró y se basó en las razones que mejor le parecieron, según su criterio discrecional, no hará más de cotejarlas con el criterio discrecional suyo⁶⁵.

El autor glosa que si hay discrecionalidad, la afirmación “la razón R tiene el peso P” equivale, bien desarrollada hasta el final, a esta otra: “la razón R tiene el peso P (o no tiene el peso P) según mi discrecional criterio”. Si es así, si hay esa discrecionalidad que Atienza ha reconocido, las razones o los principios y/o las circunstancias del caso vistas a la luz de esos principios no tienen un peso en sí, sino el peso que el juez les atribuya⁶⁶.

Ponderar, entonces para García Amado, no es más que valorar subjetivamente, aunque sea con ánimo de respaldar esas valoraciones con razones que tienen una honesta pretensión de convencer a los interlocutores posibles que los principios pesan. Pero, según la lógica del autor si hay que poner así las cosas, la afirmación “la decisión del tribunal T en el caso C fue incorrecta porque no ponderó o no ponderó bien”, debe completarse con

⁶⁵ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatendo con Manuel Atienza”, cit., pág. 81.

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 81.

este pequeño matiz: “a mi parecer, la decisión del tribunal T en el caso C fue incorrecta porque no ponderó o no ponderó bien”. Y, si el contraste entre decisiones ponderativas, según el autor se convierte en un contraste de pareceres personales, donde cada uno de los cuales puede estar respaldado por razones admisibles o no completamente extemporáneas⁶⁷.

3.4 ¿Se puede prescindir de la ponderación?

Como último punto de conflicto entre García Amado y Atienza analizaremos si realmente se puede prescindir de la ponderación, algo que desde el punto de vista del principialismo es una idea incorrecta pero para los críticos de la ponderación puede no serlo.

Según comenta García Amado, para los autores que defienden el principialismo como Alexy, el sistema jurídico se compone de reglas, que son mandatos taxativos, es decir, que se cumplen o no se cumplen, y principios, que son mandatos de optimización que ordenan el hacer o no hacer algo en su mayor medida, considerando que la medida de lo posible viene marcada en cada tiempo y ocasión por las posibilidades fácticas y por la colisión con otras normas del sistema⁶⁸.

Las colisiones con principios, como hemos comentado anteriormente, se resuelven ponderando tomando de referencia el peso abstracto de las normas, como su peso en razón de las circunstancias que envuelvan cada caso. Es muy importante destacar el matiz que hace García Amado sobre que lo mismo se ponderan principios contra principios que principios contra reglas. Esto supone que cualquier principio o cualquier regla puede en algún caso ser derrotado en la ponderación ante un principio opuesto, que en ese caso haya tenido más peso⁶⁹.

⁶⁷ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatido con Manuel Atienza”, cit., pág. 82.

⁶⁸ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación” *Revista iberoamericana de argumentación*, núm. 13, 2016, pág. 10.

⁶⁹ *Ibid.*, pág. 10.

Es decir, que no puede haber una norma que no pueda derrotar a otra. Si a esto le sumamos, como bien comenta García Amado, que los principios constitucionales pueden ser expresos o implícitos y que la cualidad última de los principios es moral, la conclusión del autor es que: siempre existirá una norma moral que traducida a principio constitucional, a efectos de que sea con todas las de la ley, podrá derrotar a cualquier otra norma⁷⁰.

Pero para un autor con las ideas como las de García Amado, el derecho no funciona así; si funciona así es porque uno quiere que así funcione. Si se plantea de esta manera, el razonamiento jurídico pierde casi toda su especificidad y tiene la estructura y caracteres del razonamiento moral ordinario. En todo caso queda que las normas legisladas, que generalmente van a ser vistas como reglas y no como principios, tienen una preferencia *prima facie* frente a los puros principios, sean expresos o implícitos⁷¹. Esa preferencia *prima facie* va a significar que se les supone inicialmente más peso, y así se explica que las más de las veces deban ser aplicadas y no derrotadas en el caso; esto no va a impedir que a veces pueda asignarse mayor peso al principio en su contraparte y, así, la decisión *contra legem* es presentada como decisión perfectamente acorde con el *ius* y con la Constitución misma⁷².

Si se entiende así con su esencia moral, la norma suprema de la Constitución vendría a señalar que no hay decisiones que sean injustas, o notablemente injustas. Lo que, al mismo tiempo, es tanto como mantener que las decisiones jurídicas y constitucionales de casos serían las mismas aunque la Constitución no tuviera más que una sola norma que dijera “Ninguna decisión judicial de un caso debe ser inmoral o injusta”⁷³.

El autor menciona que la Constitución no lo es por ser decisión del poder constituyente, sino por ser decisión del poder constituyente que recoge los mandamientos de la moral objetivamente verdadera. Pero hace una separación conceptual entre derecho y moral, y ya que la moral verdadera es parte constitutiva de cualquier auténtico derecho, las supremas normas del sistema jurídico son tales por ser supremas normas morales, no por

⁷⁰ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, cit., pág. 10.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 10.

⁷² *Ibid.*, pág. 10.

⁷³ *Ibid.*, pág. 10.

ser normas de la Constitución, sino porque el contenido que tiene es el que tiene que tener para que la Constitución sea jurídica⁷⁴.

Explicado de otra manera, un sistema jurídico que formal o positivamente no tuviera Constitución tendría materialmente la misma constitución, compuesta por las supremas normas morales objetivas y verdaderas.

El autor en contra de las ideas Alexyanas comenta que si los sistemas jurídicos no han caído en el casuismo o en la incerteza es porque el principialismo y la ponderación siguen siendo muy poco usados en la práctica judicial, aunque hayan adquirido tanto dominio en la teoría jurídica y constitucional⁷⁵.

García Amado no entiende cómo en estos casos los autores que defienden las ideas Alexyanas no pueden sugerir que ahí no se dé la ponderación, ya que esto supondría contradecir sus tesis más básicas. Comenta que si ponderamos normalmente el Derecho Penal ya no funciona para resolver conflictos y fijar con carácter general consecuencias jurídicas, penas, para ciertas acciones. Si esto así fuera, cada homicidio ya no sería un caso típico al que hay que dar la solución típica legalmente tasada, más bien un conflicto moral en el que a cada homicida se le debe brindar el trato que moralmente merezca, siendo el juez el que averigua cuál es ese trato merecido, con ayuda de la ponderación.

Para concluir, el autor nos comenta que obviamente utilizando este razonamiento es imposible que las cosas funcionen así.

En cambio, para Atienza las ideas de García Amado son equívocas, argumentativamente, en el caso de la ponderación. El hecho de evitar la ponderación no es sostenible para Atienza por las siguientes razones⁷⁶.

1) Aunque se tenga la idea de que el Derecho consiste exclusiva o fundamentalmente en un sistema de reglas, el autor menciona que no se puede negar la posible existencia de lagunas normativas: casos no resueltos, o no resueltos con claridad, por el sistema de las reglas. En estos casos se puede decir que el jurista no necesita recurrir a la ponderación, sino que le basta con la subsunción y con el manejo de los clásicos argumentos

⁷⁴ Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 9.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 11.

⁷⁶ *Ibid.*, pág. 11.

interpretativos. Pero estos últimos argumentos no son en realidad ajenos a los principios y, por lo tanto, a la ponderación⁷⁷.

2) Respecto el caso de lagunas axiológicas, se puede evitar la ponderación, pero el riesgo que se asume entonces es que se incurriría en una concepción férreamente formalista del Derecho. Para pensar así habría, por ejemplo, que sostener (como lo hace García Amado) que nunca está justificado reconocer una excepción implícita en una norma jurídica⁷⁸.

El autor manifiesta que el discurso valorativo se usa muchas veces con intereses que son falsos y que es necesario mantenerse cautos en estas situaciones. Pero una cosa es, actuar así, y otra totalmente diferente, negar que pueda argumentarse racionalmente en relación con valores, pensar que en este campo no hay espacio para hablar de buenas y malas razones, o de razones mejores o peores.

Para finalizar creo que prescindir de la ponderación es un error ya que la ponderación es un instrumento más para ayudar en las decisiones judiciales, eliminar la ponderación sería eliminar un mecanismo realmente útil para los jueces y a su vez disminuir la capacidad argumentativa de los mismos.

4. Conclusiones

Para concluir el trabajo es importante matizar que la ponderación no es más que una estructura argumentativa que ha sido criticada y defendida por igual tanto a nivel nacional como internacional.

En este trabajo hemos visto que García Amado y Atienza discrepan en los cuatro puntos que hemos comentado, cuatro puntos que son realmente polémicos respecto la ponderación y que estos autores opinan de manera contraria:

1) Respecto si la ponderación es un método particularista hemos visto que para para García Amado, la ponderación no es más que un método para que los jueces puedan actuar de tal manera que ellos quieran, convirtiéndolo en un método totalmente particularista. Por el otro lado Atienza como defensor de la ponderación, opina que la ponderación es inevitable en algunos casos y lo que merece la pena es analizar cuando ponderar y cuando

⁷⁷ Manuel ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pág. 9.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 11.

no, que no es un método particularista y que puede llegar a dar esa imagen por malas ponderaciones.

2) En el segundo punto hemos visto que Atienza opina que hay que ponderar cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso y se necesita recurrir a los principios mientras que García Amado en relación al punto anterior opina que siempre se acude a la ponderación para que pierda una regla y así triunfar ponderando.

3) En el tercer punto, García Amado critica que la ponderación no es un procedimiento racional ya que para él ponderar es valorar subjetivamente mientras que Atienza opina que la ponderación es un procedimiento racional aunque no siempre lo sea.

4) Y como último punto, en el cual se plantea si se puede prescindir de la ponderación, Atienza opina que no se puede prescindir de la ponderación ya que es un método argumentativo necesario en el derecho, mientras que García Amado como crítico de la ponderación, piensa que sí, que se puede prescindir de la ponderación ya que es un método muy poco utilizado en la práctica judicial que solo llevaría al casuismo y a la incerteza.

Desde mi punto de vista elaborar este trabajo ha sido realmente importante para ampliar los conocimientos en el mundo de la teoría del derecho y más en un tema tan conflictivo como es la ponderación, en el que me ha acabado postulando más a favor de Atienza que de García Amado por entender la ponderación como un instrumento necesario en ciertos casos y que mejore la argumentación jurídica de los jueces.

5. Bibliografía

Robert ALEXY. *Teoría De La Argumentación Jurídica*, Madrid: Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007.

Robert ALEXY. *Teoría Del Discurso Y Derechos Constitucionales*, Ciudad de México: Fontamara, 2007.

Robert ALEXY. *Teoría De Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.

Manuel ATIENZA y Juan Antonio GARCÍA AMADO. *Un Debate Sobre La Ponderación*, Lima: Palestra, 2012.

Manuel ATIENZA, *Filosofía Del Derecho Y Transformación Social*, Madrid: Trotta, 2017.

Manuel ATIENZA, “Manuel Atienza y la ponderación “, en: *cátedra de la cultura jurídica del centro de estudios Carbonell de México*, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=KZfs6NdnDag> (Consultado en 05/03/2020).

Juan Antonio GARCÍA AMADO, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”. En Ricardo SANÍN RESTREPO, *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el estado contemporáneo*, Bogotá: Legis, 2006.

Juan Antonio GARCÍA AMADO, “García Amado destroza la ponderación en 20 minutos”, en: *catedra de la cultura jurídica de la universidad de Girona*, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=bCBcrayDYp8>, Consultado el 5/03/2020.

Juan Antonio GARCÍA AMADO, “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación” *Revista iberoamericana de argumentación*, núm. 13, 2016.

Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Robert Alexy sobre reglas y principios en el Derecho” en: *Dura Lex*, en: <http://garciamado.blogspot.com/2010/03/robert-alexysobre-reglas-y-principios.html> (consultado en 27/02/2020).

Jorge Alexander PORTOCARRERO, “Ponderación=Balancing”, en: *EUNOMIA Revista En Cultura De La Legalidad*. N°12 de abril de 2017.