

LA PONDERACIÓN COMO PROCEDIMIENTO PARA INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Carlos BERNAL PULIDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de ponderación*. III. *La estructura de la ponderación*. IV. *Los límites de la ponderación*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las ideas más importantes de la teoría del derecho contemporánea, tanto en el mundo anglosajón como en el del derecho continental es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios. La convicción tradicional, que en la *jurisprudence* inglesa aparece en la obra de Austin¹ y que se perpetúan con el concepto de derecho de Herbert Hart,² que en el derecho continental aparece sobre todo en los trabajos de Kelsen, sostenía que el derecho estaba constituido exclusivamente por reglas, es decir, por normas bien determinadas, provistas de una estructura condicional hipotética. Junto a esta tesis, se difundió la idea de que la única manera de aplicar el derecho era la subsunción. Estas ideas básicas eran correlativas, por cuanto la forma de aplicación de las reglas es precisamente la subsunción. Expliquémoslo mejor.

De un lado, se consideraba que todo el derecho estaba conformado únicamente por reglas, es decir, por normas, cuyo ejemplo más claro son las del Código Penal, integradas por un supuesto de hecho y una sanción

* Universidad Externado de Colombia.

¹ Cfr. Austin, J., *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

² Cfr. Hart, H. L., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

claramente diferenciadas. Como Kelsen aclaró en su *Teoría pura del derecho*,³ la estructura de estas normas es condicional hipotética:

Si A entonces debe ser B

En esta estructura, A es el supuesto de hecho de la norma, y B la consecuencia jurídica. Y lo que la norma prevé es que, en caso de que en la realidad ocurriese el supuesto de hecho A de la norma, entonces el juez debería imputar la sanción B al agente que hubiese cometido la acción prevista en el supuesto de hecho.

Ahora bien, debe decirse que la manera de aplicar estas normas es la subsunción. La subsunción es una especie del silogismo que, como tal, está integrado por dos premisas y una conclusión. La premisa mayor es la norma con su estructura condicional hipotética:

Si A entonces B

Al paso que la premisa menor es un enunciado subsuntivo de la forma:

x es A

Este enunciado afirma que x es un caso de A

Por último, la conclusión se deriva de las premisas mayor y menor y establece que debe aplicarse la sanción y al caso x, por ser un caso de A.

Pues bien, a las reglas y a la subsunción, en la moderna teoría del derecho, y sobre todo a partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. De esta manera, se ha impuesto la convicción de que junto a las reglas de estructura condicional hipotética, existen los principios. Además, el reconocimiento de la existencia de los principios implica a su vez el reconocimiento de una nueva forma de aplicación del derecho: la ponderación.

Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.⁴

³ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, pp. 60 y ss.

⁴ Alexy, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 95.

Los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico. A pesar de que desde sus primeras sentencias la Corte Constitucional haya reconocido que los derechos fundamentales son normas, nadie puede decir que estas normas tienen la estructura condicional hipotética de las reglas. Por su redacción abstracta, estas normas tienen más bien la estructura de los principios que, en cuanto mandatos de optimización, ordenan que su objeto sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.

Ahora bien, la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el juez o el fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Y es que, como dejó claro Ronald Dworkin,⁵ los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión. Por ejemplo, cuando la Corte Constitucional aplica los principios constitucionales de protección de la intimidad y del derecho a la información, los pondera para establecer cuál pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un peso mayor será aquel que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. En un caso en el que se trate de la divulgación de una información de interés público, muy probablemente se concluirá que el derecho a la información pesa más que el derecho a la intimidad, y, como consecuencia, deberá considerarse legítima la divulgación de la información.

La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso.

En razón de esta función, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en las Cortes Constitucionales,

⁵ Dworkin, R., “¿Es el derecho un sistema de normas?”, *La filosofía del derecho*, México, FCE, 1980, pp. 84 y ss.

que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios. A pesar de ello, la ponderación se sitúa en el centro de muchas discusiones teóricas, que revelan que algunos aspectos tales como su estructura y sus límites, aun distan de estar del todo claros. El objetivo de este artículo es analizar estos problemas. Con todo, de antemano es preciso aclarar con mayor detalle el concepto de ponderación.⁶

II. EL CONCEPTO DE PONDERACIÓN

Como ya se mencionó, la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.⁷ Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

Para establecer esa mayor medida posible en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. Se presenta una colisión entre principios, por ejemplo, cuando los padres de una niña que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte.⁸ Si referimos este caso al derecho constitucional colombiano, observaremos que las disposiciones de los artículos 19 y 16 de la Constitución, que establecen, respectivamente, la libertad de

⁶ Para un análisis detenido del concepto de ponderación: Cfr. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 757 y ss.

⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 86 y 87.

⁸ El ejemplo es de la sentencia T-411 de 1994 de la Corte Constitucional Colombiana.

cultos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad,⁹ fundamentan un principio que en la mayor medida posible permite decidir a los padres si de acuerdo con sus creencias deben llevar o no a sus hijos al hospital. Este principio entra en colisión con los principios del derecho a la vida y a la salud de la niña, establecidos por los artículos 11, 44 y 49 de la Constitución, que ordenan proteger la vida y la salud de los niños en la mayor medida posible.¹⁰ La incompatibilidad normativa se presenta en este caso, porque de los artículos 19 y 16 se deriva que está permitido *prima facie* a los padres de la niña decidir si la llevan o no al hospital mientras que de los artículos 11, 44 y 49 se sigue que llevar a la niña al hospital es una conducta ordenada *prima facie* por los derechos fundamentales.

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura que está compuesta por tres elementos mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión,¹¹ para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

III. LA ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN

Quizá ha sido Robert Alexy quien con mayor claridad y precisión haya expuesto la estructura de la ponderación. De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

⁹ Artículo 19 de la Constitución colombiana: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

¹⁰ Artículo 11 de la Constitución colombiana: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

Artículo 44 de la Constitución colombiana: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

¹¹ Esto es lo que Alexy llama la ley de la colisión. *Cfr. Teoría de los derechos fundamentales, cit.*, nota 7, pp. 90 y ss.

1. *La ley de la ponderación*

Según la ley de la ponderación, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹²

Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy identifica claramente: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”.¹³

Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción —del primer principio— y de importancia en la satisfacción —del segundo principio—. En adelante nos referiremos a ambos fenómenos como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto.¹⁴ Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. Así, por ejemplo, la afectación de la vida y la salud de la niña, que se originaría al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. De forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse sólo como media o leve.

Conviene reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación

¹² *Ibidem*, pp. 161 y ss.

¹³ *Cfr.* Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, REDC, núm. 66, 2002, p. 32.

¹⁴ En esta terminología puede decirse que mientras el primer principio se afecta de manera negativa, el segundo se afecta de forma positiva. Siguiendo la notación de Alexy, simbolizaremos el grado de afectación o no satisfacción del primer principio en el caso concreto como IPiC y la importancia en la satisfacción del segundo principio, también en el caso concreto, como WPjC. *Cfr. ibidem*, pp. 40 y ss.

del primero. La segunda variable es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes.¹⁵ La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen —por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa—, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. Así, por ejemplo, eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario tener vida, o como sostiene Joseph Raz, porque la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos.¹⁶ De la misma manera, la jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana.¹⁷

A lo anterior se agrega una tercera variable, que denotaremos como la variable S. Ella se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto —por ejemplo, permitir que los padres evangélicos decidan si llevan o no a la hija al hospital— proyecta sobre los principios relevantes.¹⁸ La existencia de esta variable surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Así,

¹⁵ Siguiendo la notación de Alexy, simbolizaremos el peso abstracto del primer principio como GPiA y del segundo principio como GPjA.

¹⁶ Cfr. Raz, Joseph, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, 2001, capítulo IV. Tiene traducción al castellano de Marta Bergas Ferriol, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en prensa.

¹⁷ Cfr. Con un análisis de la jurisprudencia constitucional española en estos aspectos: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 6, pp. 770 y 772.

¹⁸ Cfr. Alexy, Robert, “Epílogo”, *op. cit.*, nota 7, pp. 56, especialmente la nota de pie 101. Siguiendo la notación de Alexy, denotaremos aquí la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del primer principio como SPiC y del segundo como SPjC.

por ejemplo, la afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital. Esta afectación, en cambio, será de menor intensidad, si los médicos no pueden identificar el problema que la aqueja, o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico.

A partir de lo anterior, la pregunta es: ¿cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro? De acuerdo con Alexy, esto es posible mediante la llamada “fórmula del peso”.

2. La fórmula del peso

Esta fórmula tiene la siguiente estructura:¹⁹

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio P_i en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P_j en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir 4.²⁰ En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2^0 , o sea, 1; plausible 2^1 , o sea $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^2 , es decir, $\frac{1}{4}$. De este

¹⁹ Cfr. En castellano: *Idem*. Con mayor profundidad: Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, Joachim; Kreutz, Meter y Reuter, Dieter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003, pp. 771 y ss.

²⁰ Cfr. Alexy, Robert, “Epílogo”, *op. cit.*, nota 7, pp. 42 y ss.

modo, por ejemplo, el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa (IPiC = 4), al igual que su peso abstracto (¡se trata de la vida!) (GPiA = 4) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) (SPiC = 1). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media (WPjC = 2), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) (GPjA = 2) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) (SPjC = 1).²¹

En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la vida y a la salud de la niña arrojaría los siguientes resultados:

$$GP_{i,j}C = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

De forma correlativa, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente:

$$GP_{j,i}C = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Así llegaría entonces a establecerse que la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres —satisfechos sólo en 0.25— no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña —afectados en 4—. Estos últimos derechos tendrían que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.

²¹ Cfr. *ibidem*, pp. 56. Asimismo, Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, *op. cit.*, nota 19, pp. 789 y ss.

3. *Las cargas de argumentación*

El tercer elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación.²² Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$). En este aspecto, sin embargo, Robert Alexy parece defender dos posiciones, una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales*, y otra en el *Epílogo* a dicha teoría, escrito quince años después, que podrían resultar incompatibles entre sí en algunos casos.

En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima *in dubio pro libertate*.²³ De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor *razones más fuertes*.²⁴ Esto podría interpretarse en el sentido de que en caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas. Dicho de otra manera, el empate jugaría a favor de la libertad y de la igualdad jurídica. Como consecuencia, si una medida afectara a la libertad o a la igualdad jurídica y los principios que la respaldan no tuviesen un mayor peso que éstas, entonces la medida resultaría ser desproporcionada y, si se tratase de una ley, ésta debería ser declarada inconstitucional.

No obstante, en el *Epílogo* a la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy se inclina a favor de una carga de argumentación diferente. En los casos de empate, sostiene, la decisión que se enjuicia aparece como *no desproporcionada* y, por tanto, debe ser declarada constitucional. Esto quiere decir que los empates jugarían a favor del acto que se enjuicia, acto que en el control de constitucionalidad de las leyes es precisamente la ley. En otros términos, de acuerdo con el Alexy del *Epílogo*, los empates no jugarían a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor del legislador y del principio democrático en que se funda la competen-

²² Cfr. Con mayor profundidad sobre este elemento: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, cit., nota 6, pp. 789 y ss.

²³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 7, pp. 549 y ss.

²⁴ *Ibidem*, p. 550.

cia del Parlamento. De este modo, cuando existiera un empate, la ley debería declararse constitucional, por haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador.²⁵

Desde luego, la contradicción entre estas dos posturas acerca de la carga de argumentación, únicamente se presentaría cuando existiera una colisión entre la libertad jurídica o la igualdad jurídica, de un lado, y otro principio diferente a ellas, del otro. En este caso, podrían aventurarse dos interpretaciones sobre la posición de Alexy, dado que este autor no se pronuncia explícitamente acerca de esta posible contradicción. Por una parte, que Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia al principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios.

IV. LOS LÍMITES DE LA PONDERACIÓN

Debe señalarse que esta contradicción entre cargas de la argumentación no es el único límite de racionalidad que tiene la ponderación, por lo menos cuando se entiende con la estructura que la presenta Robert Alexy. Aquí nos referiremos a los límites que se encuentran en la ley de ponderación y en las cargas de la argumentación.

1. *Los límites racionales de la ley de ponderación*

Sobre este primer aspecto conviene señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación.²⁶

²⁵ Cfr. Alexy, Robert, "Epílogo", *op. cit.*, nota 7, pp. 44 y ss.

²⁶ Cfr. Sobre algunas reglas argumentativas para determinar la magnitud de estos factores: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, *cit.*, nota 6, pp. 760 y ss.

En cuanto a lo primero, es bien cierto que, como argumenta Alexy en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, en ocasiones “es posible hacer juicios racionales”²⁷ sobre el grado en que están afectados los principios que colisionan en el caso concreto. En este sentido, existen casos fáciles en lo concerniente a la graduación de las afectaciones de los principios. Así, por ejemplo, que una revista satírica llame “tullido” a un parapléjico, constituye claramente una ofensa grave contra su derecho al honor que, a la vez, contribuye sólo de manera leve —si es que lo hace de algún modo— a la satisfacción de la libertad de información.

Sin embargo, junto a estos casos fáciles existen siempre casos difíciles, en los que las premisas que fundamentan la graduación, y no sólo las fácticas sino también las analíticas y las normativas, son extremadamente inciertas. Así tiende a ocurrir, por ejemplo, en todos los casos en los que está en juego la libertad religiosa. De ordinario, la gravedad de una intervención en la libertad religiosa no es susceptible de determinarse en abstracto con base en criterios objetivos o, si se quiere, intersubjetivos, sino que, por el contrario, es algo que en principio sólo podría establecer el creyente involucrado y que dependería de su subjetividad. La gravedad de obligar a un evangélico a llevar a su hija al hospital o a un testigo de Jehová a autorizar la práctica de una transfusión de sangre para su hijo o para sí mismo es algo que sólo el titular de la libertad religiosa puede precisar. Para un creyente puede ser más importante la muerte bajo el cumplimiento de sus reglas religiosas que la continuación de una vida impura, en pecado, a la que sobrevenga una condena eterna. En general, esta modalidad de casos difíciles se presenta cuando lo que está en juego en la ponderación es un margen de libertad o de autonomía que la Constitución ha deparado a un individuo o a un colectivo. En este sentido, se presenta el mismo fenómeno cuando los objetos que concurren a la ponderación son un derecho fundamental —la integridad física, verbigracia— y la autonomía de una comunidad. De este fenómeno es ejemplo el caso en que de acuerdo con sus leyes tradicionales, cuya aplicación está avalada por la Constitución, las autoridades de una comunidad indígena colombiana imponen a un infractor una pena consistente en 60 latigazos.²⁸ Es probable que desde la perspectiva de la sociedad mayoritaria los latigazos se consideren casi unánimemente como una afectación gra-

²⁷ Cfr. Alexy, Robert, “Epílogo”, *op. cit.*, nota 7, pp. 33 y ss.

²⁸ El caso es de la Sentencia T-523 de 1997.

ve del derecho a la integridad física. No obstante, desde esta perspectiva será muy difícil catalogar atinadamente el grado de afectación de la autonomía de la comunidad indígena, que llevaría consigo la inaplicación de la ley tradicional que ordena los latigazos. Así como cuando está en juego la libertad religiosa no está claro cuál es el punto de vista a partir del cual debe hacerse la graduación. Y esta duda sólo puede ser resuelta por el operador jurídico —el juez sobre todo—, después de adoptar una postura material e ideológica. Un juez más respetuoso de la libertad religiosa o de la autonomía de las comunidades indígenas hará valer el punto de vista interno del afectado. Por el contrario, un juez más partidario de la universalidad de los derechos humanos y de la imposición de los valores de la sociedad mayoritaria hará prevalecer la visión de esta última. Así las cosas, este aspecto de la ponderación depararía al juez un margen de acción, en el que éste puede hacer valer su ideología política²⁹ para encaminarse, en términos de Duncan Kennedy, a “la-sentencia-a-la-que-quierre-llegar”.³⁰

Además de lo anterior, también la ponderación depara un margen de acción al intérprete, cuando existen dudas sobre si un caso es fácil o difícil en cuanto a la graduación de la afectación de los principios. Puede suceder que incluso un caso que parece fácil resulte ser en realidad un caso difícil. Esto puede mostrarse con un ejemplo al que alude el propio Robert Alexy y que se refiere a la sentencia sobre el tabaco del Tribunal Constitucional Alemán.³¹ Alexy considera que esta sentencia es representativa del conjunto de los “ejemplos fáciles en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado de forma racional”. La sentencia versa sobre el deber de los productores de tabaco de colocar etiquetas que adviertan del peligro para la salud que implica fumar. Alexy sostiene que ésta es una intervención “relativamente leve en la libertad de profesión y oficio”,³² sobre todo si se le compara con otras medidas alternativas: la prohibición

²⁹ Cfr. Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1997, p. 1.

³⁰ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999, pp. 91 y ss.

³¹ Cfr. BVerfGE, 95, 173, p. 184.

³² Cfr. Alexy, Robert, “Epílogo”, *op. cit.*, nota 7, p. 33.

de expender tabaco o la restricción en su venta. Correlativamente, Alexy piensa que esta medida satisface el principio contrapuesto, la protección de la salud, de manera intensa o alta. Como argumento señala: “El Tribunal Constitucional no debía de exagerar, cuando, en su Sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, considera cierto, «de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual», que fumar origina cáncer, así como enfermedades cardiovasculares”.³³ De este modo, la afectación leve de la libertad de profesión y oficio se enfrentaría a una satisfacción intensa del derecho a la salud.

Ahora bien, cabe reconocer que esta argumentación de Alexy frente al caso no es la única viable. Por el contrario, existen graduaciones alternativas que podrían llevar a soluciones diferentes. Aquí sobre todo podría tenerse en cuenta que desde el punto de vista fáctico es bien discutible que la obligación de etiquetar las cajetillas de cigarrillos con advertencias sobre los riesgos que fumar ocasiona para la salud pueda implicar una satisfacción intensa del derecho a la salud. Bien puede pensarse que la eficacia disuasoria de estas etiquetas es mínima o inclusive nula, porque la información que divulga es altamente conocida; porque la adición al tabaco no es el resultado de la carencia de información sobre su carácter nocivo, sino más bien un caso claro de debilidad de la voluntad; e incluso —un argumento irónico— porque en ocasiones para la mente humana lo prohibido y lo nocivo es lo más apetecido. Si se observan las cosas desde esta perspectiva, entonces, en lo concerniente al grado en que se satisface el derecho a la salud, puede concluirse que la graduación que Alexy —y el Tribunal Constitucional Alemán— llevan a cabo, está errada, o que, en este punto, se trata de un caso difícil.

Ahora bien, esta dificultad para determinar el punto de vista correcto para la graduación de la afectación de los principios y los argumentos correctos en los casos difíciles también se presenta en lo referente a la fijación del peso abstracto y de la seguridad de las premisas relevantes en la ponderación.

El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de justicia. Naturalmente, la variable del peso abstracto pierde toda su importancia cuando los principios enfrentados en la

³³ *Idem.*

ponderación son de la misma índole. Los pesos abstractos se anulan, cuando, por ejemplo, se establece una colisión entre un mismo derecho fundamental ejercido por dos titulares diversos —dos grupos políticos contrarios que quieren manifestarse en la misma calle de una ciudad a la misma hora y en el mismo día y es posible que la manifestación simultánea derive en peleas entre los grupos—. Sin embargo, muy por el contrario, los pesos abstractos adquieren gran relieve cuando en la colisión confluyen derechos o principios distintos, y presentan características que lleven a atribuirles un peso abstracto mayor o menor. De este modo, es posible otorgar un peso abstracto mayor al derecho a la vida o a los derechos fundamentales que tienen una conexión con el principio democrático —la libertad de información, verbigracia— o con la dignidad humana³⁴ —el derecho a la intimidad o a la integridad física—, o simplemente, cuando la propia Constitución lo establece de alguna manera, como cuando el artículo 44 del texto colombiano prescribe que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Correlativamente, también puede otorgarse un peso abstracto menor a los principios que colisionan con los derechos fundamentales y que no aparecen en la Constitución, sino que han sido establecidos por el legislador dentro de su margen para la determinación de fines y están respaldados en última instancia por el principio democrático.

A pesar de todo lo anterior, es necesario reconocer que la fijación del peso abstracto también tiene ciertos límites de racionalidad que asimismo deparan un espacio a la subjetividad del intérprete. Bien difícil resulta establecer una completa graduación preestablecida de pesos abstractos que se formule en términos de la escala triádica. Es posible que la idea de que el derecho a la vida tenga el valor más elevado (4) no concite ningún desacuerdo. Pero, a partir de allí, ¿cuál es el valor que debe otorgarse a los derechos que están vinculados con el principio democrático o con la dignidad humana? Y, además, ¿ese valor debe ser igual para todos los derechos, o puede cambiar de acuerdo con lo estrecho o laxo del nexo que esos derechos tengan con dichos principios? ¿Tendría entonces la libertad de información el mismo peso abstracto que la vida (4), o debe estimarse que tiene sólo un peso abstracto medio (2)? Estas dificultades surgen porque la graduación del peso abstracto en el marco de la escala

³⁴ *Cfr.* Sobre el principio democrático y la dignidad humana como elementos relevantes para la fijación de peso abstracto de los principios, las sentencias colombianas: Sentencias T-556 de 1998 y T-796 de 1998.

triádica pasa por el mismo problema que presenta la construcción del llamado por *Böckenförde* “orden fundamental”, en el que la Constitución aparece como una detallada escala jerárquica de todos los derechos y principios existentes. Aunque la graduación del peso abstracto es menos compleja, porque no exige la construcción de una detallada jerarquía ordinal sino sólo la clasificación de los principios en tres rangos de peso, en esta operación no deja de ser fundamental la influencia de la ideología del intérprete. De este modo, un juez más individualista otorgará a la libertad general de acción y a las libertades específicas el peso abstracto más alto y a los principios que tengan que ver con la colectividad un peso menor. Lo contrario hará un juez que actúe bajo el prurito de lograr la construcción, la integración y la defensa de la comunidad.

Por último, los límites de racionalidad también aparecen al intentar establecer la certeza de las premisas empíricas relativas a la afectación de los principios. Como hemos expuesto en otro lugar,³⁵ desde el punto de vista empírico, la afectación de un principio depende de la mayor o menor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la intervención que en él implique la medida enjuiciada en la ponderación. De esta manera, la afectación negativa y la satisfacción de los principios será mayor cuanto mayor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración ostente la medida examinada. En este punto las posibilidades de racionalidad están limitadas, en primer lugar, en razón de la dificultad para establecer la certeza de las premisas empíricas desde todas esas perspectivas, esto a su vez, porque los conocimientos empíricos del intérprete también son limitados. Al mismo tiempo, y en segundo lugar, las limitaciones surgen de la complejidad que resulta al combinar las variables. ¿Cómo debe catalogarse, por ejemplo, la certeza de una premisa empírica cuya eficacia puede establecerse de forma plausible ($\frac{1}{2}$), su rapidez de manera no evidentemente falsa ($\frac{1}{4}$), su probabilidad segura (1), su alcance plausible ($\frac{1}{2}$) y su duración segura (1)? Y, correlativamente, ¿será mayor esa certeza si a las mismas variables se les atribuyen los mismos valores de seguridad pero en un orden distinto: eficacia ($\frac{1}{4}$), rapidez (1), probabilidad ($\frac{1}{2}$), alcance (1) y duración ($\frac{1}{2}$)? En fin ¿cuál de estas variables es más determinante de la certeza, en definitiva?

³⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., nota 6, pp. 763 y ss.

A partir de ello sólo puede concluirse que sobre este aspecto el intérprete también dispone de un margen irreducible de subjetividad, en el que puede hacer valer sus apreciaciones empíricas sobre las circunstancias en que se desarrolla la ponderación.

2. Los límites de racionalidad en las cargas de la argumentación

Como antes observamos, la contradicción entre las cargas de argumentación *in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore* también constituye un límite a la racionalidad de la ponderación que depara al intérprete un margen de subjetividad. La aplicación de una u otra carga depende de la postura ideológica del juez. Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático operará siempre con el *in dubio pro legislatore* y, de este modo, concederá al Parlamento la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos. Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del *in dubio pro libertate* y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer al principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquel en que se afecta la igualdad jurídica o la libertad jurídica. Esta igualdad y esta libertad, aducirá, son los pilares del Estado de derecho y su sacrificio sólo se justifica cuando se obtienen beneficios mayores. Finalmente, es posible que el juez defienda soluciones matizadas que combinen la aplicación de una u otra carga argumentativa o que sea el resultado de una ponderación entre ellas. Así entonces, podría aplicarse el *in dubio pro legislatore* para las medidas ordinarias de afectación de los derechos fundamentales y reservar el *in dubio pro libertate* para las medidas que en el caso concreto afecten intensamente a la igualdad jurídica o a la libertad jurídica. O también, se podría considerar la aplicación del *in dubio pro libertate* como la regla general y destinar el *in dubio pro legislatore* a áreas que las que el Parlamento tiene un margen de acción más amplio en razón de la materia, como la política económica o la política criminal. No parece desatinado sostener que una Constitución abierta permitiría cualquiera de estas posibilidades, porque contiene, al mismo tiempo, los principios, a veces contrarios entre sí, de la democracia y la libertad, de la igualdad jurídica y la igualdad fáctica, de la construcción de la comunidad y el respeto a la órbita individual.

V. CONCLUSIÓN

Todo lo anterior muestra que la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Referencias doctrinales

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- , “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de C. Bernal Pulido, *REDC*, núm. 66, 2002.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- , “Die Gewichtsformel”, en JICKELI, Joachim; KREUTZ, Meter y REUTER, Dieter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003.

- AUSTIN, J., *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- DWORKIN, R., “¿Es el derecho un sistema de normas?”, *La filosofía del derecho*, México, FCE, 1980.
- HART, H. L., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.
- KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1997.
- , *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999.
- RAZ, Joseph, *Valor, respeto y apego*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Referencias jurisprudenciales

- Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte, Constitucional, Sentencia T-523 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-556 de 1998. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.