

Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo
Universidad de Cartagena
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista de Derecho
Law Review



Nro. 9

Enero - Junio 2013



**Universidad
de Cartagena**
Fundada en 1877

Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo	Cartagena (Colombia)	Vol. V	Nro. 9	PP. 1-179	Enero – Junio	2013	ISSN 2145-6054
--	-------------------------	--------	--------	-----------	------------------	------	-------------------



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo

Volumen V Ejemplar No. 9 Enero – Junio 2013

ISSN: 2145-6054
ISSN Electrónico: 2256-2796

Derechos Reservados

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA
Rector

EDGAR PARRA CHACÓN
Vice Rector Académico

ROBINSON MENA ROBLES
Vice Rector Administrativo

JESÚS OLIVERO VERBEL
Vice Rector de Investigaciones

MARLY MARDINI LLAMAS
Secretaria General

ÍNDICE

	Página
DERECHO SOCIETARIO	9
DEBERES DE LAS SOCIEDADES INSCRITAS: UN ESTUDIO EN EL DERECHO DEL MERCADO DE VALORES COLOMBIANO. <i>Duties of registered societies: A legal study of the colombian stock market.</i> Camilo E. Quiñónez Avendaño	10
DERECHO PÚBLICO	30
MODELO CONCESIONAL DE OBRAS PÚBLICAS APLICADO EN LOS PERÍMETROS URBANOS. UNA ALTERNATIVA DE POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE. PERSPECTIVA DESDE EL AED. <i>Concessional model of public works applied in urban perimeters.</i> <i>An alternative of efficient public policy. Perspective from the Economic Analysis of Law.</i> Raúl Fernando Guerrero Durango	31
DERECHO PRIVADO	47
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y BIOÉTICAS EN EL DERECHO PROYECTADO ARGENTINO. <i>Gestation by substitution. Legal and bioethical implications in the Argentinian projected Law.</i> Carina Susana Jorge	48
EL DERECHO DE FAMILIA ¿EN DIRECCIÓN A UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES? <i>Family Law. Towards a relaxation of family, marriage and its fundamental elements?</i> Cristian David Jurado Ferrer	62
DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA	88
SENTIDO Y ALCANCE DE LOS “ESTADOS SIMILARES”. <i>Meaning and significance of the “similar States”.</i> José Fernando Botero Bernal	89
CONTORNOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO COLOMBIANO (I). TRES LECTURAS INTEGRADORAS EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. <i>Outlines of due process in the Colombian law (I).</i> <i>Three integrative lectures about the presumption of innocence.</i> Miguel Antonio Morón Campos - Heriberto Antonio Díaz Arrieta	105
LA INSEGURIDAD Y EL TEMOR AL DELITO EN LA SOCIEDAD GLOBAL. <i>Insecurity and fear to crime in global society.</i> Carlos Alberto Elbert	128

FILOSOFÍA DEL DERECHO	146
ASPECTOS CONCEPTUALES, METODOLÓGICOS Y NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN.	147
<i>Conceptual, methodological and normative aspects of balancing.</i>	
Yezid Carrillo De La rosa	
Liseth Johanna Reyes Carrillo	
TRES MODELOS EXPLICATIVOS DE LAS TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA.	159
<i>Three explicative models of the tensions between constitutionalism and democracy in Latinamerica.</i>	
Daniel Eduardo Flórez Muñoz	
RESEÑAS	169
“CONTEXTO HISTÓRICO, BIOGRAFÍA Y PROYECCIÓN INSTITUCIONAL DEL JURISTA D. DIEGO ANTONIO NAVARRO MARTÍN DE VILLODRES EN ESPAÑA Y EN EL CONTINENTE AMERICANO”.	170
<i>“Historical context, biography and institutional projection of the jurist D. Diego Antonio Navarro Martín de Villodres in Spain and the American continent”.</i>	
Paulo Bernardo Arboleda Ramírez	
RESEÑA DE LA OBRA “THEOLOGIANS AND CONTRACT LAW” DE WIM DECOCK.	177
<i>Review of the work “Theologians and Contract Law” by Wim Decock.</i>	
Andrés Botero Bernal	
INSTRUCTIVO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS.	182

ASPECTOS CONCEPTUALES, METODOLÓGICOS Y NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN.*

*Conceptual, methodological and
normative aspects of balancing*

Yezid Carrillo De la rosa**
Liseth Reyes Carrillo***

Fecha de Recepción: 18 de mayo del 2013

Fecha de Aceptación: 30 de mayo del 2013

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Concepción escéptica de la ponderación; 3. Concepción racionalista de la ponderación; 4. Modelos de la ponderación; 4.1. Principio de la proporcionalidad; 4.2. Objeciones a la racionalidad de la ponderación; 5. Consideraciones finales; 6. Referencias Bibliográficas.

* El presente artículo de reflexión es derivado de la investigación que lleva por título "Los límites de la ponderación en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana", el cual figuró como proyecto en el marco de la convocatoria de fortalecimiento de la vicerrectoría de investigaciones de la Universidad de Cartagena adelantado por el grupo de investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales "Phronesis".

** Profesor de filosofía del derecho de la facultad de derecho y ciencias políticas de la universidad de Cartagena, Abogado de la universidad Nacional de Colombia, licenciado en filosofía y letras de la universidad Santo Tomas, especialista en derecho público de la universidad Externado de Colombia, especialista en ética y filosofía política de la universidad de Cartagena, magister de la universidad Nacional de Colombia, doctor de la universidad Externado de Colombia y director del grupo de investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales "Phronesis".

*** Abogada de la universidad de Cartagena, investigadora del grupo de investigación Teoría Jurídica Y Derechos Fundamentales Phronesis.

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO (APA 6th)

Carrillo De la rosa, Y., & Reyes Carrillo, L. (2013). Aspectos conceptuales, metodológicos y normativos de la ponderación. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, V (9), 139-150.

RESUMEN

El presente artículo constituye un análisis dialéctico y minucioso de los diferentes aspectos criticados por los doctrinantes constitucionales acerca de los modelos de ponderación constitucional. Se revisarán las posiciones conceptuales, metodológicas y normativas, esto con el propósito de disipar las principales dudas que surgen a la hora de aplicar este modelo en un caso concreto, y sobre todo, valorar la complejidad logística de los principios en colisión al resolver un caso particular en un contexto específico, distinto a otro similar desde otro entorno.

PALABRAS CLAVE

Ponderación, racionalismo, proporcionalidad, axiología, colisión.

ABSTRACT

This essay is a dialectical and thorough different aspects criticized by constitutional indoctrinators about weighting models constitutional analysis. Positions conceptual, methodological and policy be revised, in order to dispel the main questions that arise when applying this model in a difficult case, and especially appreciate the logistical complexity of colliding principles to solve a particular case with a specific context, unlike similar from another environment. Another aspect to consider from an overall perspective throughout the trial, rationality is existing around the method employed by the constitutional court with weighting.

KEYWORDS

Weighting, rationalism, proportionality, axiology, collision.

1. INTRODUCCIÓN

En el estudio de la ponderación es necesario distinguir el aspecto conceptual, metodológico y normativo. El primero tiene que ver con los diferentes significados y concepciones que pueden atribuírsele al concepto de ponderación. El segundo al análisis del procedimiento o procedimientos usados para ponderar y el tercero a los criterios y reglas exigidas para considerar el resultado del proceso de ponderación correcto, racional o justificado. En relación al primer asunto, lo primero que debe señalarse es que no existe una concepción única de la ponderación. Por un lado podemos encontrar autores que la consideran una actividad más bien discrecional y decisionista, no sometida a ningún control racional y, por otra, los que la consideran un procedimiento racional, que pueden subdividirse en universalista y particularista. En relación al segundo asunto debe anotarse que el más reconocido de los modelos de ponderación es el propuesto por Alexy. En relación al tercer asunto baste señalar que está asociado al denominado “principio de proporcionalidad”.

2. CONCEPCIÓN ESCÉPTICA DE LA PONDERACIÓN

Los escépticos no creen que la razón juegue un papel preponderante en el juicio de ponderación. Para estos si algo es evidente en la ponderación es su indeterminación, debido a la ausencia de criterios jurídicos precisos y vinculantes que garanticen su objetividad y racionalidad, de suerte que el juicio de ponderación constituiría más bien un procedimiento vacío y retórico que enmascara relaciones de poder y las apreciaciones ideológicas y subjetivas del juez constitucional (Bernal Pulido, 2009, pág. 22).

Las reservas de Habermas contra la jurisprudencia constitucional alemana precisamente tienen que ver con la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de los principios asimilándolos a valores que deben ser realizados de forma óptima y que exigen una ponderación orientada a fines, pues el cumplimiento del mandato de optimización no puede determinarse a partir de lo que establece la misma norma (Habermas, 1998, pág. 327). Lamentablemente, para Habermas, la ponderación no se apoya en criterios racionales, por ello se lleva a cabo de manera discrecional o arbitraria o de manera irreflexiva (Habermas, 1998, pág. 332). Para Habermas entonces lo que operaría en ella sería la pura subjetividad del juez y el decisionismo (Alexy, 2007, pág. 18).

Una segunda objeción sostiene que la ponderación compara magnitudes inconmensurables, principios que no pueden compararse debido a sus radicales diferencias; para llevar a cabo tal procedimiento sería necesario una medida común que permitiera saber qué cosas se comparan o una organización jerárquica de principios que estableciera de antemano el peso de cada principio en el caso. Finalmente, también se sostiene que la ponderación no permite predecir racionalmente los resultados y por ello admite cualquier tipo de decisión (Alexy, 2007, pág. 25), de suerte que se sacrifican principios básicos del derecho como la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho (Bernal Pulido, 2009, pág. 23).

Guastini también considera al juicio de ponderación constitucional como una operación discrecional. En la ponderación se trata de otorgar un diferente peso (importancia ético-política) a

las normas en juego a través de una *jerarquía axiológica* que le asigne un cierto valor a las normas en conflicto; no obstante, al no haber sido fijada esta jerarquía por el derecho (sistema de fuentes), le corresponde hacerlo al juez constitucional de manera discrecional mediante un juicio de valor comparativo cuya forma lógica es: “el principio P1 tiene más valor que el principios P2”. Ahora bien, esta jerarquía axiológica solo opera para el caso concreto y podría invertirse para casos futuros dependiendo de las circunstancias concretas del caso, de allí que se trate de una *jerarquía móvil*. El principio que sucumbe no es declarado inválido ni derogado sigue jugando para próximas controversias. La discrecionalidad entonces se manifiesta no solo en el establecimiento de una jerarquía axiológica, sino también en la modificación del valor relativo de esos principios dependiendo del caso planteado (Guastini, 2012, págs. 229-231).

3. CONCEPCIÓN RACIONALISTA DE LA PONDERACIÓN

Quienes defienden una concepción racionalista de la ponderación la consideran en términos generales como un procedimiento que permite resolver incompatibilidades entre principios, sin que se entienda que a través de ella se garantice un orden jerárquico de principios o valores que de antemano prevea todas las soluciones frente a todas las posibles colisiones de principios. La ponderación lo que intenta es proveer al operador jurídico de una estructura justificativa para establecer una relación de precedencia entre principios condicionada a las circunstancias del caso (Bernal Pulido, 2009, pág. 29). Los racionalistas coinciden en que en la ponderación es un procedimiento relativo a casos concretos, esto es, que la ponderación tiene su origen en una situación concreta y que la solución afecta a ese caso concreto, pero difieren en lo que debe entenderse por casos concretos. Para algunos se trata de casos estrictamente individuales (particularista), mientras que para otros de casos genéricos (universalistas) (Martinez Zorrilla, 2007, pág. 156).

Los defensores del particularismo sostienen que la ponderación es un mecanismo relativo al caso específico, por tanto, la solución que se proponga para un determinado caso no es generalizable a otras situaciones de conflicto entre los mismos principios, esto es, no se puede establecerse una regla general que resuelva de manera unívoca todos los supuestos posibles de colisión que puedan darse entre los mismos principios ulteriormente (Martinez Zorrilla, 2007, pág. 163). Detrás de la concepción particularista de la ponderación parece estar la filosofía moral particularista o el “particularismo moral”, según la cual, la corrección moral de una acción no depende de su subsunción o inclusión en un principio sino de la adecuada comprensión de la situación concreta del contexto en que se produce la acción, esto es, de la “justicia del caso concreto”, de que no se desconozcan aspectos relevantes de la situación y se tengan en cuenta las circunstancias del caso concreto, porque en un contexto diferente puede estar presente alguna otra circunstancias que varíe el “peso moral” de ese elemento (Martinez Zorrilla, 2007, págs. 165-166).

Los partidarios de la concepción universalista de la ponderación consideran que la mejor manera de asegurar el control de la razón en el resultado de la ponderación, es relacionándola con reglas y casos genéricos, este sería el caso de la teoría de Alexy, Moreso y Pietro Sanchís. En este caso, a pesar de que se reconoce que el punto de partida es el caso concreto en el que se presenta la

colisión de principios, se pretende que las razones invocadas para justificar el mayor peso de un principio frente a otro, no se limiten únicamente al caso y puedan extender a otros casos que compartan las mismas propiedades relevantes con el caso particular bajo examen. Los partidarios del universalismo en la ponderación consideran que el propósito último de la ponderación consiste en crear un conjunto de reglas que articulen casos genéricos a soluciones, lo que permitiría en el futuro resolver casos parecidos mediante un procedimiento subsuntivo. La ponderación, en el sentido universalista, sería un procedimiento que permitiría ir decantando y delimitando las condiciones de aplicación de cada principio (Martinez Zorrilla, 2007, pág. 180). Habría que señalar que la posición universalista de la ponderación no es incompatible con la tesis de que la solución que se proponga para el conflicto de principios puede variar según las circunstancias. Así, si en las circunstancias C1 se debe aplicar el principio P1 y en las circunstancias C2 | se debe aplicar P2, debe entenderse desde la perspectiva universalista que C1 y C2 no son las condiciones específicas del caso particular sino un conjunto de “propiedades definitorias de casos genéricos” (Martinez Zorrilla, 2007, pág. 181).

4. MODELOS DE PONDERACIÓN

En relación al segundo asunto debe anotarse que el más reconocido de los modelos de ponderación según la concepción universalista es el propuesto por Alexy quien considera que los conflictos entre principios se resuelven estableciendo una *relación de precedencia condicionada* la cual puede esquematizarse de la siguiente manera:

$$(P1PP2) C \text{ o } (P2PP1) C$$

La precedencia condicionada indica simplemente las condiciones o circunstancias bajo las cuales un principio precede a otro, no que uno de los derechos sea superior al otro o que siempre un determinado principio precederá a otro, pues bajo otras condiciones la precedencia puede solucionarse de manera inversa (Alexy, 2002: 92). Esta relación de precedencia da origen a una regla que tiene a <C> como supuesto de hecho y a <R> como la consecuencia establecida por el principio que tiene prelación y que puede simbolizarse de la siguiente manera:

$$C \rightarrow R$$

La anterior regla, resultado de la ponderación Alexy la denomina “normas adscrita” (Alexy, 2002: 70) que de alguna manera se integran a la Constitución a través del principio constitucional correspondiente y permiten aplicar la regla ulteriormente siempre y cuando el juez se encuentre ante circunstancias parecidas de la misma manera cualquier regla positiva.

Ante las críticas al modelo de ponderación sugerido por Alexy, se han propuesto modelos alternativos, como aquellos que proponen considerar a la ponderación como un paso previo a la subsunción. Según esta propuesta la ponderación constituiría un procedimiento que permite el tránsito de las normas que tienen la estructura de principio -como aquellas que establecen derechos fundamentales- y que se caracterizan por ser pautas con la “condiciones de aplicación abiertas”, a reglas, que constituyen pautas con las “condiciones de aplicación clausuradas” (Moreso, 2007, pág. 91).

Las etapas de este modelo serían las siguientes: la primera consiste en delimitar el problema normativo o el universo del discurso que permite reducir el ámbito de las acciones humanas que se estudian. Por ejemplo, en famoso caso Titanic, tantas veces citado por Alexy en la que se ventila el conflicto entre la libertad de expresión y el honor en razón a que una revista satírica llamó a un a un oficial parapléjico primero “asesino nato” y en otra “tullido” y en otra edición posterior “tullido”, el universo del discurso aglutinaría las acciones relativas a la información de los medios de comunicación que afectan a las personas. En la segunda etapa se identifican las pautas *prima facie* aplicable al ámbito de las acciones delimitadas, que en este caso serían los principios que garantiza la libertad de expresión y el honor de las personas. En la tercera etapa se identifican los casos paradigmáticos (reales o hipotéticos) que reconstruyen adecuadamente el ámbito normativo de las acciones seleccionadas en la primera etapa. En este caso serían los casos que hayan tratado el tema relacionado con la libertad de información y el honor. En la cuarta etapa se determinan las propiedades relevantes del universo del discurso, por ejemplo, que la noticia no sea injuriosa, que sea veraz, etc. Finalmente, en la quinta etapa se formula las reglas que resuelve de un manera univoca todos los casos que caen en ese universo del discurso.

4.1. Principio de proporcionalidad

En relación al tercer asunto tanto la jurisprudencia como en la doctrina se han ido decantado ciertas exigencias o reglas que permiten valorar el resultado de la ponderación como correcto y que usualmente se asocian al denominado “principio de proporcionalidad” que se descompone en tres subprincipios: idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Atienza, 2004, pág. 38).

Los subprincipios de idoneidad y necesidad no tienen nada que ver con la proporcionalidad sino con las posibilidades fácticas del mandato de optimización. El principio de idoneidad o adecuación busca que el sacrificio producido en un derecho sea adecuado para preservar otro o un bien garantizado constitucionalmente; por su parte el principio de necesidad establece que ese sacrificio que se considera adecuado sea el necesario, esto es, que no haya posibilidad de otra medida menos lesiva para preservar el otro derecho u otro bien garantizado constitucionalmente (Moreso, 2007, pág. 83). Estos dos subprincipios buscan evitar que se produzcan intervenciones inadecuadas e innecesarias en los derechos fundamentales. Alexy sostiene que se trata del óptimo de Pareto que como bien se recuerda afirma que un cambio en una situación (económica) es eficiente si con este cambio se beneficia a alguno, sin perjudicar a otro. Finalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas y es donde opera la ponderación o balanceo (Alexy, 2007, pág. 17).

La llamada “ley de la ponderación”, que constituye el núcleo de la ponderación, es desarrollo del tercer subprincipio de la proporcionalidad o de la proporcionalidad en sentido estricto y puede enunciarse de la siguiente manera: “a mayor grado de afectación o restricción de un principio, mayor debe ser el grado de la importancia de la satisfacción de otro” (Alexy, 2007, pág. 18). Según Alexy, de esta ley de la ponderación se deriva la estructura de la ponderación, aunque para Bernal, en su última versión la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación (Bernal Pulido, 2009, pág. 28). En

todo caso, Alexy ha distinguido en la ponderación tres fases: La primera busca definir de manera precisa el grado de no satisfacción o afectación del primer principio. La segunda señala la importancia de la satisfacción del principio incompatible o en pugna con el primero. Finalmente, en la tercera se indaga si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la restricción o no satisfacción del principio afectado (Alexy, 2007, pág. 18).

Si se utiliza <Pi> para expresar deónticamente el principio cuya vulneración se examina debido a su no satisfacción o restricción, se tiene que la intensidad de la intervención en Pi se puede expresar como <IPi>. Las intervenciones en los principios siempre son concretas. Este carácter concreto de IPi se expresa agregando <C> que denotaría las circunstancias del caso relevantes para la decisión, con lo que tenemos que el primer objeto de valoración como l, m o g es <IPiC>, no obstante, como se trata de la intensidad de la intervención IPiC podría expresarse de manera más corta y simple en donde <l> simboliza la intensidad de la intervención y <i> el principio con lo que “IPiC”=“li”.

El peso abstracto de Pi se expresa como <GPi> y es el que se le asigna a Pi en relación con otros principios independientemente de las circunstancias concretas, por ejemplo, podría decirse que el derecho a la vida tiene mucho más peso abstracto que el del libre desarrollo de la personalidad. Si se quiere denotar el carácter abstracto puede adicionarse la letra <A> con lo que la denominación completa del peso abstracto es <GPiA> y su versión corta sería <Gi>. <Gi> solo tiene importancia cuando los pesos abstractos difieren, cuando el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo se neutralizan mutuamente y esta variable puede eliminarse de la ponderación, en este caso el primer enunciado de la ley de la ponderación se restringe únicamente a la intensidad de la intervención (Alexy, 2007, págs. 27-29).

La “importancia de la satisfacción” del otro principio que puede denominarse <Pj>, se determina por los efectos que sobre <Pj> tenga la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en <Pi>. Si se utiliza la letra W para denotar la importancia y C para señalar la importancia concreta se tiene <WPjC>, pero como el concepto de importancia concreta de Pj es idéntico al de intensidad, el correlato de <IPiC> es <IPjC> y de nuevo puede remplazarse la denominación “IPjC” por “lj”.

Como puede observarse el primero y segundo paso de la ponderación tienen el mismo propósito, que no es otro que el de determinar la importancia de los principios en colisión. El tercer paso debe poner en relación los dos pasos o las dos valoraciones anteriores. Para ello es necesario mostrar que no son inconmensurables, esto es, que hay algo en común que permite ponerlos en relación. Una cosa a tener en cuenta es que no se trata de una comparación directa de dos objetos -como cuando se comparan manzanas con peras-, sino de una comparación indirecta del significado de valoraciones desde la perspectiva de la Constitución. Además de lo anterior debe admitirse la posibilidad de una escala artificial que permita fijar grados para valorar las pérdidas y ganancias desde la perspectiva de los derechos fundamentales y que para Alexy podría estar representada por la escala triádica que vimos anteriormente (Alexy, 2007, pág. 33).

Si se admiten las dos tesis anteriores se debe admitir la conmensurabilidad y se puede llevar a cabo el tercer paso de la ponderación. Existen tres posibilidades en la que la intervención en “Pi” es más intensa que la intervención en “Pj” que se simbolizarían de la siguiente manera:

- (a) "li:g, lj:l"
- (b) "li:g, lj:m"
- (c) "li:m, lj:l"

En los casos anteriores "Pi" tiene precedencia condicionada frente a "Pj" y podría simbolizarse:

"(PiPPj) C"

Frente a estos casos de primacía condicionada de Pi le son correlativos tres casos de primacía de Pj que podemos simbolizar de la siguiente manera:

- (a) "li:l, lj:g"
- (b) "li:m, lj:g"
- (c) "li:l, lj:m"

En estos casos adquiere validez la relación de preferencia condicionada:

"(PiPPj) C"

Finalmente, existirían tres posibles situaciones de empate:

- (a) "li:l, lj:l"
- (b) "li:m, lj:m"
- (c) "li: g, lj: g"

Por su parte la fórmula del peso busca establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios <Pi> y <Pj> para un caso concreto. Se pueden relacionar y <lj> con ayuda de una serie aritmética o geométrica. En el primer caso se tiene que la fórmula diferencial expresa el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, esto es, su peso concreto y se representa de la siguiente manera:

"Gi,j = li - lj"

Es importante no confundir <Gi,j> con <G1>. Esta última representa el peso abstracto de Pi mientras que la primera expresa su peso concreto o su peso en las circunstancias concretas del caso, por eso de manera más compleja se puede simbolizar (Alexy, 2007: 35-36):

"Gi,jC"

Según la fórmula diferencial el peso concreto es igual a la diferencia entre la intensidad de la intervención en <Pi> y la importancia concreta de <Pj>, que es correlativa a la intensidad de la intervención hipotética en <Pj> mediante la omisión o no intervención en <Pi>. De esta fórmula se desprende que el peso concreto de un principio es un peso relativo, por tanto el "peso concreto de <Pi> es relativo a <Pj>" (Alexy, 2007: 36).

Si asignamos los valores numéricos l (1), m (2) y g (3) a la escala triádica obtenemos el siguiente resultado en los casos en que “Pi” tiene precedencia condicionada frente a “Pj”, esto es en “(PiPPj)C”. Recordemos que en estos casos (a) “li:g, lj:l”; (b) “li:g, lj:m”; (c) “li:m, lj:l” con lo que $\langle Gi,j \rangle$ que es igual a $\langle li-lj \rangle$ adquiere los siguientes valores positivos:

- (a) $g,l = 3-1=2$
- (b) $g,m = 3-2=1$
- (c) $m,l = 2-1=1$

En los casos de “(PiPPj)C”, esto es, cuando se da: (a) “li:l, lj:g”; (b) “li:m, lj:g” y (c) “li:l, lj:m”, tenemos:

- (a) $l,g = 1-3 = -2$
- (b) $m,g = 2-3 = -1$
- (c) $l,m = 1-2 = -1$

Finalmente, cuando se dan situaciones de empate: (a) “li:l, lj:l” (b) “li:m, lj:m” (c) “li: g, lj: g” el peso concreto y relativo de Pi es cero (Alexy, 2007: 36-37)

En el segundo caso, cuando se toma una serie geométrica los valores se modifican en 1, 2 y 4. En este caso el peso concreto de Pi se define mediante una fórmula de cociente que Alexy denomina la fórmula del peso:

$$Gi,j = li/lj$$

En los casos en que “Pi” tiene precedencia condicionada frente a “Pj”, Gi,j se adquiere los siguientes valores positivos:

- (a) $g,l = 4/1=4$
- (b) $g,m = 4/2=2$
- (c) $m,l = 2/1=2$

En los casos de primacía de “Pj” tenemos el peso concreto de “Pi” es:

$$\begin{aligned} l,g &= 1/4 = \frac{1}{4} \\ m,g &= 2/4 = \frac{1}{2} \\ l,m &= 1/2 = \frac{1}{2} \end{aligned}$$

Finalmente, de empate el peso concreto y relativo de Pi es uno (Alexy, 2007, págs. 38-39). Alexy sostiene que cuando se dan situaciones también se puede usar un modelo triádico doble. En este caso la secuencia aritmética aumenta hasta la serie 1-9 y la geométrica de 2-2 (8), sin embargo, este modelo de escala deviene muy complejo (Alexy, 2007, pág. 40).

El tercer par de variables a tener en cuenta en la fórmula del peso, tienen que ver con el grado de grado de certeza que se tiene sobre las premisas empíricas que fundamentan la intervención y que

según Alexy dan origen a una segunda ley “epistémica” de la ponderación que establece que “cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (Alexy, 2007, pág. 44). También para este par de variables es aconsejable utilizar una escala triádica de grados epistémicos, que en este caso corresponderían a cierto o seguro (s), plausible (p) o no evidentemente falso (e) y es posible referirse a la seguridad de los presupuestos empíricos que se relacionan con la no realización de “Pi y la realización de “Pj” utilizando “SPiC” o “Si” y “SPjC” o “Sj”. En este caso la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele los siguientes valores cuantitativos: cierto (1), plausible (1/2) y no evidentemente falso (1/4).

De acuerdo con lo anterior se tiene que la fórmula completa del peso es:

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

Esta fórmula en su forma simplificada puede expresarse como:

$$G_{Pi,J} = I_i \cdot G_i \cdot S_i / I_j \cdot G_j \cdot S_j$$

Esta fórmula señala que el peso concreto del principio “Pi” en relación con el principio “Pj” en determinado caso es igual al producto de la importancia del principio “Pi”, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia, dividido entre el producto de la importancia de “Pj”, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia. Si se sustituyen las variables por valores numéricos es posible hallar el “peso concreto de Pi en relación con “Pj” en el caso concreto. Cuando el peso concreto de Pi en relación con Pj es mayor que el “peso concreto” de Pj en relación con Pi se decide el caso de acuerdo con Pi, si es lo contrario entonces el caso debe decidirse de conformidad con Pj. Suponiendo que Pi constituye el respaldo de N1 que prohíbe “X” y Pj es el fundamento de N2 que ordena “X” de acuerdo con la primera suposición debe prohibirse “X” y en el segundo caso debe ordenarse (Bernal Pulido, 2009, pág. 32).

La carga de la argumentación opera cuando el peso concreto de los principio en colisión es igual y, por tanto, la fórmula del peso da como resultado un empate; en este caso $G_{Pi,jC} = G_{Pj,iC}$. Según Bernal, Alexy pareciera proponer dos formas contradictorias de resolver los empates. En la Teoría de los derechos fundamentales parecería sostener que el desempate debe hacerse favoreciendo los argumentos que privilegien la libertad y la igualdad jurídica; por el contrario, en el epílogo de la misma obra, escrito quince años después, sostendría que los empates deben favorecer a la democracia. Por tanto, en el primer caso la ley se declara desproporcionada y el segundo caso no (Bernal Pulido, 2009, pág. 34).

4.2. Objeciones a la racionalidad de la ponderación

Uno de los problemas que suscita la fórmula del peso es el de si contamos con criterios objetivos para determinar el valor de las variables que la componen. Este problema afecta directamente la cuestión de la racionalidad de la ponderación. En relación al primer grupo de variables, esto es, el

grado de importancia de los principios en colisión, puede admitirse que existen casos fáciles y casos difíciles. En los primeros, las premisas normativas y fácticas que deben tenerse en cuenta para determinar la importancia de un principio son susceptibles de un consenso generalizable. Como cuando se sostiene que es una grave ofensa al honor el que una revista satírica llamó “tullido” a un tetrapléjico, por lo que debería atribuírsele un valor de “4”, mientras que tal acción contribuye muy poco al desarrollo de la libertad de expresión por lo que podría calificársele con “1”. En los casos difíciles estas premisas son inciertas. Como en el caso de las transfusiones de sangre forzosas y la libertad religiosa, que para algunas creencias religiosas. En este caso debe tenerse en cuenta que no es lo mismo este hecho para un testigo de Jehová que para un ciudadano ordinario o incluso alguien que tenga otra creencia religiosa. En este caso, la graduación de la importancia del principio de libertad religiosa exige que previamente se haya asumido un punto de vista y este punto de vista no es controlable por la fórmula del peso sino por apreciaciones particulares e intersubjetivas del juez que rosan con sus precomprensiones sobre la moral crítica y la ideología política (Bernal Pulido, 2009, pág. 36).

Es también evidente que el juez también goza de margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios, que siempre depende de la posición filosófica y moral que el juez tenga respecto de la Constitución; esto es, siempre depende de una teoría sustancial de la Constitución. A pesar de ello podemos toparnos con casos relativamente fáciles como cuando lo que está en juego es el derecho a la vida, o los principios relacionados con la dignidad humana y la democracia es razonable que se le otorgue un mayor peso cuando se enfrentan a otros principios. No obstante, en la determinación del peso abstracto de los principios los casos fáciles son la excepción, la regla general son los casos difíciles en el que el juez tiene un margen de deliberación amplio. Si el juez defiende una teoría sustancial de la Constitución de corte individualista, de seguro le otorgará un peso abstracto mayor a la libertad, si es comunitarista, se priorizará a los bienes colectivos (Bernal Pulido, 2009, pág. 36).

También puede identificarse ciertos inconvenientes relativos a la seguridad de las premisas empíricas relativas a la importancia de los principios que tienen que ver, por ejemplo, con el conocimiento limitado que tiene el juez respecto de la fiabilidad de todas las apreciaciones, que le impide tener claridad sobre el valor que deba atribuírsele a cada una de esas premisas (Bernal Pulido, 2009, pág. 38).

Según Moreso, dado que los pesos abstractos de los principios son independientes del contexto en que se usan sería necesario tener una “escala de ordenación abstracta de los derechos” lo que no parece posible (Moreso, 2007, pág. 86). También resulta problemática la diferencia entre interferencias leves, moderadas y graves. Estas escalas son plausibles cuando se trata de propiedades claramente definidas que permiten el uso de conceptos métricos, pero en el ámbito de la ponderación solo se disponen de razones en favor y en contra y por ello solo se puede hacer uso de conceptos clasificatorios (Moreso, 2007, pág. 88).

Lo primero que debe reconocerse es que efectivamente la ponderación no puede suprimir las apreciaciones subjetivas del juez, como es imposible hacerlo en cualquier campo de las ciencias sociales, pero de ello no puede derivarse que en el juicio de ponderación opere única y

exclusivamente en la subjetividad del juez. La perfecta objetividad es un ideal inalcanzable en el ámbito deóntico y axiológico, pues no existe el sistema normativo que pueda prever todas las posibles soluciones a los problemas futuros y que permitieran de antemano resolverlos objetivamente, tal sistema no es ni posible ni tampoco deseable. Por otra parte, la vaguedad y textura abierta del lenguaje de los principios producen indeterminación normativa. Como bien lo señala Bernal, también en el procedimiento de la subsunción hay un margen para la deliberación dentro de la cual se filtran subjetividad y dentro de ella el juez tiene campo para deliberar y realizar las más diversas apreciaciones normativas y empíricas (Bernal Pulido, 2009, págs. 24-26).

5. CONSIDERACIONES FINALES

Una concepción racionalista de la ponderación, en su versión particularista o universalista, tiene que resolver tres cuestiones básicas. La primera de ellas tiene que ver con la cuestión del lugar y los límites de la racionalidad en la ponderación. La segunda apunta al problema de la inclusión de la moral en los textos constitucionales y el de la justificación racional de los juicios éticos que nos remite a los problemas metaéticos ineludibles en la ponderación de principios y la tercera a (iii) la estructura de la ponderación. Solo si se puede dar cuenta de las anteriores cuestiones se puede admitir la ponderación como un procedimiento racional, adecuado y legítimo para resolver los conflictos constitucionales entre principios.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (2007). "la fórmula del peso", en Carbonell, M. *El principio de proporcionalidad en el estado constitucional*. Bogotá: Externado de Colombia.
- ATIENZA, M. (2004). "Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica". México: universidad Nacional Autónoma de México.
- BERNAL PULIDO, C. (2009). "El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho". Bogotá: Externado de Colombia.
- GUASTINI, R. (2012). "Interpretación, estado y constitución". Lima: Ara editores.
- HABERMAS, J. (1998). "Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso". Barcelona: trota.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007). "Conflictos constitucionales, indeterminación normativa y ponderación". Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, J. (2007). "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Carbonell, M. *El principio de proporcionalidad en el estado constitucional*. Bogotá: Externado de Colombia.