

HACIA UN MODELO PONDERATIVO-ESPECIFICACIONISTA DE PONDERACIÓN ENTRE PRINCIPIOS

José Enrique Sotomayor Trelles

Noemí Cecilia Ancí Paredes

Master in Global Rule of Law & Constitutional Democracy, Universidad de Génova

Categoría egresados

En los últimos años, tanto en la teoría como en la filosofía del derecho, se viene discutiendo sobre si la mejor metodología para afrontar conflictos (o colisiones) entre principios es a través del llamado modelo especificacionista o a través de la metodología de la ponderación, popularizada por el tratamiento sistemático que le ha dado Robert Alexy (1997) a partir de jurisprudencia de tribunales alemanes. Esta disputa está lejos de ser meramente técnica y expresa, más bien, discrepancias entre las dos grandes tendencias contemporáneas en filosofía del derecho: mientras que el especificacionismo es heredero del *soft positivism* del último Hart, la ponderación se encuentra asociada a teorías discursivas (y argumentativas) del derecho, así como a variantes del llamado neoconstitucionalismo.

El presente trabajo propone una aproximación indirecta a esta problemática a partir de un problema lógico asociado: el de los condicionales derrotables y el uso de lógicas no monotónicas. Es por ello que, en primer lugar, se analizan las características de sistemas de lógica tanto monotónicos, como no monotónicos. Asimismo, afrontamos el problema de la utilidad (o falta de la misma) en el uso de lógicas no monotónicas, así como de condicionales derrotables para analizar formas de razonamiento jurídico, con especial énfasis en las colisiones entre principios.

Finalmente, se sostendrá que, sin desecharlo, las variantes de especificacionismo propuestas por autores como Juan José Moreso, y, en menor medida, Manuel Atienza incurren en una actitud crédula frente a los problemas de decisión entre principios en colisión. Por su parte, la propuesta alexyana salva el problema mediante una racionalización del proceso de decisión, pero al precio de ser considerada excesivamente particularista. La respuesta a los problemas de ambos modelos parece encontrarse en la construcción de un modelo ponderativo-especificacionista. El trabajo defiende esa tesis en su última parte, y brinda argumentos para su elección y puesta en práctica por los tribunales al momento de enfrentar conflictos entre principios.

Resulta muy difícil discutir la importancia que los principios han adquirido para el derecho a partir de, por lo menos, la segunda mitad del siglo XX. Su importancia ha ido de la mano con la expansión de una forma de entender el liberalismo que resalta la importancia de la autonomía frente a los poderes públicos¹. Sin embargo, este desarrollo atado de liberalismo y principios pa-

¹ Sin embargo, ello no quiere decir que solo una teoría de los principios pueda dar cuenta del derecho en un con-

rece haber agotado su primera etapa de despliegue y ahora los principios se han autonomizado de las demandas estrictamente liberales (en el sentido clásico) para convertirse en un tipo de norma que merece un análisis más teórico y menos político. Con ello, los principios han garantizado su acceso a los debates de la teoría del derecho, y, además, han garantizado su acceso a las discusiones más «analíticas» que se presentan en la filosofía y teoría general del derecho. En ese sentido, este trabajo puede ser leído con el trasfondo de la gran discusión entre filosofía continental y analítica. Precisamente, Robert Alexy ha trabajado esta tensión, explotando los puntos de contacto más que radicalizando las divergencias.

El presente trabajo de investigación no pretende responder muchas de las preguntas que esta forma de plantear la cuestión pueda generar. Más bien, toma un camino paralelo: mediante la discusión de un problema asociado a la reconstrucción más potente sobre el método de interpretación y aplicación de los principios (la teoría de la ponderación de Robert Alexy), se buscará dar luces sobre un modelo de ponderación que salva varias de las críticas formuladas contra la propuesta alexyana. En esa medida, se defiende un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios.

I. Concepto y función del test de proporcionalidad alexyano

Se ha sostenido que la ponderación es una de las técnicas de interpretación y aplicación normativa de las que dispone un ordenamiento jurídico. En concreto, algunos autores sostienen que, así como la subsunción es el método de aplicación de las llamadas “reglas”, la ponderación hace lo propio con los “principios”. Desde luego, esta tesis es discutida en la teoría y filosofía del derecho. Aquí no será necesario ingresar a estas discusiones, pues muchos tribunales en Latinoamérica han reconocido la importancia de la ponderación. Es decir, más allá de que su utilización sea o no excluyente para el tratamiento de conflictos entre principios y bienes constitucionales, queda claro que su importancia es indiscutible.

Ahora bien, resaltar la importancia de la ponderación no dice demasiado sobre su función, pero, para entenderla, resulta necesario retroceder un paso en el análisis y detenerse en la estructura de los principios. Un buen ejemplo es hacerlo a través de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución peruana. Así, el inciso 4 del artículo 2 de la carta de 1993 reconoce las libertades de expresión, opinión y difusión de pensamiento. Por su parte, el inciso 7 del mismo artículo reconoce el derecho al honor, buena reputación, entre otros. Ambos derechos cuentan con formulaciones de un nivel de generalidad y abstracción elevadas. Aquí podría surgir la pregunta de si en realidad no todas las normas gozan de estas características. Aun con ello, es posible convenir en que, por lo menos, existe una diferencia de grado. Quienes defienden una tesis de este tipo, rechazan la llamada «distinción fuerte» entre reglas y principios. Felizmente, los resultados de esta discusión no tienen por qué afectar la utilidad y pertinencia de la ponderación como método de interpretación normativa. Es posible imaginar una gran variedad de casos en los que la libertad de expresión entra en conflicto con el derecho al honor: Por ejemplo, se puede pensar en la situación del columnista de un diario que califica de forma peyorativa a un personaje público, quien se siente ofendido por la situación. En estos casos, la Constitución ampara *prima facie* a ambas partes, y la labor de los tribunales es la de determinar cuál de las pretensiones en disputa es la que debe prevalecer.

texto liberal. Existen teorías alternativas, como el garantismo ferrajoliano, que trabajan bajo la misma pretensión, es decir, la de brindar una teoría del derecho adecuada para un contexto liberal.

Se dirá, entonces, que la ponderación es una técnica de especificación de circunstancias que, según el caso concreto, determina una prioridad condicionada de alguno de los principios en conflicto. Una metáfora de teoría de conjuntos puede ser de utilidad. Así, la ponderación se aplica al espacio de intersección entre dos principios. La intersección es un conflicto pues, *prima facie*, el derecho ampara dos situaciones contradictorias mediante sus normas.

Ahora bien, ¿cómo se instrumentaliza la ponderación? La definición relevante de «ponderar» en el diccionario de la Real Academia Española (2014) es la de contrapesar, equilibrar. Pues bien, ¿cómo hace el juez para contrapesar o equilibrar a dos bienes constitucionales en disputa? Se defiende que la metodología para ponderar se canaliza a través del test de proporcionalidad². Así, el test consiste en una serie de pasos ordenados que permiten al juzgador determinar qué principio es el que debe prevalecer en un caso concreto. No es una algoritmia, pues el seguimiento de estos pasos no determina un único resultado posible. Como la ponderación va de la mano con el ejercicio argumentativo, no se está frente a entidades como los números, en los que las opiniones importan poco a la hora de efectuar operaciones algebraicas. Este es tal vez uno de los excesos de optimismo que se ponen en la aplicación del test de proporcionalidad. El mismo es una guía dúctil más que un férreo estuche que nos lleve a un solo resultado. En ese sentido, los temores de matematización no tienen, en realidad, mucho fundamento. En lo sucesivo, se revisará cada uno de los elementos del examen.

1.1. Pasos del test de proporcionalidad.

Luego de estos apuntes preliminares, se puede entrar al análisis de cada uno de los elementos del test de proporcionalidad. Se tomará como guía para ello la caracterización planteada por Robert Alexy.

1.1.1. Idoneidad.

La mejor forma de buscar mayor claridad sobre el concepto de idoneidad se plantea a partir de lo que señala Robert Alexy (2002) en el *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* a propósito del caso de un peluquero que coloca una máquina de tabaco sin contar con un permiso para hacerlo en su establecimiento³. Alexy (2002) ve que, en este caso, el conflicto se origina entre la libertad de profesión u oficio (P1) y el principio de protección de los consumidores (P2). Luego señala:

Debido a la falta de idoneidad, el medio adoptado M, o sea, la prueba de conocimientos técnicos, no está en condiciones de favorecer al principio P2 y, sin embargo, sí impide la realización del principio P1. En esta situación, si se omite M, no se originan costes ni para P2 ni para P1 y, en cambio, si se adopta M sí resultan costes para P1. Si se renuncia a M, en conjunto P1 y P2 pueden realizarse en su mayor medida, de acuerdo con las posibilidades fácticas. No se trata de nada distinto a una manera de expresar la idea del óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore.

Este ejemplo elemental muestra que no se puede optimizar sin plantear la pregunta implícita en el subprincipio de idoneidad. Asimismo, el ejemplo muestra que el aspecto de la optimización que subyace al subprincipio de idoneidad no consiste en navegar hacia un punto máximo. El subprincipio

-
- 2 Aunque es necesario señalar que, en la terminología alexyana, la ponderación se refiere a todo el procedimiento, cuyo tercer paso consiste en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.
 - 3 Vale agregar que para que se otorgara el permiso al peluquero, la administración exigía un «conocimiento técnico profesional indispensable» para realizar la actividad comercial de la que se tratara (Alexy, 2002, p. 27).

de idoneidad tiene más bien el *status* de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos.

Por esta razón, es compatible con la idea de orden marco. Como elemento de un orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo. (p. 27)

De la cita es posible extraer algunos elementos teóricos distintivos del subtest de idoneidad. Estos son los siguientes:

- (i) El medio adoptado —consistente en una acción M — debe estar en condiciones de favorecer a uno de los principios. Este principio debería ser el que se busca promover mediante el medio M . Este elemento es claro en el caso de que actuaciones estatales ocupen el lugar del medio adoptado M . Sin embargo, en el caso de conflictos privados se requiere de algunos reajustes. En dichos supuestos, el medio adoptado M es una manifestación protegida *prima facie* de uno de los principios — P_1 , por ejemplo— capaz de generar algún nivel de satisfacción mediante su realización (satisfacción entendida en términos de promoción del principio).
- (ii) Si el medio adoptado (M) no favorece a alguno de los principios, pero tampoco afecta a ninguno de los otros n principios protegidos por el orden constitucional, la medida es irrelevante en términos jurídicos⁴. Es decir que, en estos casos, el conflicto entre principios es solo aparente. Caso contrario, cuando la medida M no está en condiciones de favorecer a uno de los principios, pero, sin embargo, sí genera un detrimento en el principio que juega en contrario, la medida es considerada inidónea.
- (iii) Cuando la medida M no es idónea, la sociedad en su conjunto estaría mejor si la medida no se adoptara, pues los principios involucrados (P_1 y P_2) se realizarían en una mayor medida.
- (iv) A partir de todo lo anterior, se puede concluir que el subprincipio de idoneidad tiene carácter de criterio negativo, pues solo permite detectar a aquellas medidas no idóneas. Lo anterior convierte a la idoneidad en un criterio de exclusión, y no de fijación en los términos de Alexy.

Todo lo anterior puede llevar a una definición bastante precisa del primer subtest del examen de proporcionalidad. Se dirá, entonces, que la idoneidad se define del siguiente modo: una medida M es idónea cuando se encuentra en capacidad de generar un beneficio en uno de los principios analizados, cuantificable como un desplazamiento desde un punto hacia un punto mejor que el anterior ($x+n$)⁵. El análisis del perjuicio o detrimento (y su cuantificación) en uno o más principios en contrario no pertenece al subtest de idoneidad.

Asimismo, existen algunos complementos importantes de la definición. En primer lugar, una medida es jurídicamente irrelevante si no genera desplazamiento alguno (positivo o negativo) en ninguno de los principios que conforman un orden constitucional. Este

4 El supuesto de la irrelevancia es bastante extraño de ocurrencia. Lo más probable es que cualquier acción M genere algún tipo de externalidad —positiva o negativa— en algún otro principio constitucional. La cuestión, entonces, vendría dada por el nivel de perjuicio o promoción: ciertos niveles son tan pequeños que simplemente dejan de ser tomados en cuenta. Por ello, la figura de la inidoneidad no comparte características comunes con otras instituciones jurídicas como la de la tentativa absolutamente inidónea (Mir Puig, 2001).

5 Donde, además,.

complemento es fácilmente demostrable por una prueba de hipótesis contraria: si la medida produjera un beneficio en alguno de los principios, se diría que es idónea para mejorar la condición del principio en cuestión. Por otro lado, si generara un perjuicio en un principio y ningún beneficio en algún otro principio del orden constitucional, se diría que es una medida inidónea para mejorar la condición de, además de nociva respecto del principio.

En segundo lugar; una medida es inidónea respecto de un principio si mediante su implementación no se genera beneficio alguno en el principio en cuestión. Sin embargo, adicionalmente, la medida debe generar un perjuicio en algún otro principio porque, en caso contrario, sería una medida jurídicamente irrelevante.

1.1.2. Necesidad.

El segundo subtest dentro del examen de proporcionalidad consiste en la evaluación de la necesidad de la medida o, como Alexy (1997) también la llama, postulado del medio más benigno (p. 112). Se parte de algunos elementos definitorios del subtest de necesidad, y que menciona el propio Alexy; luego, a partir de estos elementos, se construirá una definición, tal como se hizo con la idoneidad.

De *La Teoría de los Derechos Fundamentales* se pueden extraer los siguientes elementos:

- (i) Tanto el examen de necesidad como el de idoneidad se refieren al ámbito de las posibilidades fácticas.
- (ii) La forma estándar de análisis de necesidad involucra la interacción de dos sujetos jurídicos: el Estado y algún o algunos ciudadanos.
 - (a) En este escenario, el Estado busca la consecución de un fin mediante el principio, lo que es igual a decir que equivale a.
 - (b) Se plantean dos alternativas de acción o medidas, y, que son igualmente adecuadas para promover.
 - (c) A pesar de lo anterior, la medida afecta menos que (o no afecta en absoluto), la realización de un principio.
 - (d) La conclusión de los puntos b y c debe ser que la medida es preferida, en general, a la medida. Esto se traduce en que mientras está permitida, queda prohibida.
- (iii) En aquellos casos en los que el medio más benigno (M_2) afecta la realización de P_2 , a la máxima de necesidad se debe agregar siempre la de proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación, que veremos más adelante. (Alexy, 1997, pp. 113-114)

A partir de lo anterior, se puede resumir el razonamiento del examen de necesidad en la siguiente estructura argumental:

$F \equiv P_1$	La finalidad F equivale al principio P_1
$P_2 P(M_2 \wedge \neg M_1)$	Respecto de P_1 se cumple una relación de indiferencia (M_2) entre la medida o M_1 o M_2
$P_2 P(M_2 \wedge \neg M_1)$	Respecto del principio P_2 se cumple una relación de preferencia por la medida M_2 , y, a su vez, de exclusión de la medida M_1
$PM_2 \wedge \neg PM_1$	Entonces, está permitida ⁶ la realización de M_2 y M_1 está prohibida.

6 Vale agregar que esta permisión es relativa. Es decir, debe ser leída como «está permitida en cuanto al test de necesidad», lo cual no implica que se vaya a declarar finalmente constitucional.

Nuevamente, es posible formular una definición bastante precisa de la necesidad. Se dirá, entonces, que una medida es necesaria cuando se encuentra en capacidad de generar un beneficio en uno de los principios analizados, cuantificable como un desplazamiento desde un punto hacia un punto mejor que el anterior ($x+n$), a la vez que genera el menor perjuicio para el principio o principios que juegan en contrario. Cuando estas condiciones se cumplen, se puede decir que la medida es necesaria y que desplaza el bienestar social desde una situación subóptima de distribución de libertades y derechos hacia una mejor.

La anterior definición se puede complementar afirmando que el coste de mejorar la condición de uno de los principios (el beneficiado) consiste en el perjuicio que se produce en el segundo de los principios. Cuando se llega a una condición de equilibrio en la satisfacción de ambos principios respecto de la restricción de manifestaciones, una unidad adicional de satisfacción del principio promovido genera una pérdida mayor en el principio contrario, con lo que el nivel de bienestar general de la sociedad decae.

1.1.3. Proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, es necesario analizar el subtest de proporcionalidad en sentido estricto, el cual, a diferencia de los subtests anteriores, se refiere a las posibilidades jurídicas y ya no fácticas del mandato de optimización en la teoría de los principios de Robert Alexy (1997, pp. 112-113). Para entender por qué esta etapa se refiere a los limitantes jurídicos y ya no fácticos, hay que recordar que, en este estadio de análisis, la medida es idónea para generar un desplazamiento favorable para uno de los principios, a la vez que es la medida menos costosa dentro del abanico de posibilidades que generan el mismo nivel de satisfacción para el principio que se busca promover. En ese sentido, se ha desplegado todo lo que el conocimiento empírico sobre el mundo ha podido brindar; y queda por responder si, aun con ello, la medida es compatible con el contenido constitucional. Es decir, la pregunta que queda por responder es normativa y ya no empírica, y precisamente el análisis, en lo sucesivo, presupone que las anteriores etapas de la ponderación han sido desarrolladas de forma correcta y escrupulosa.

Se puede descomponer a la ley de ponderación en tres etapas⁷, según la sugerencia del propio Alexy (2002; 2010):

- (i) Definición del grado de afectación a un primer principio P_1 ,
- (ii) Definición del grado de importancia en la satisfacción de un segundo principio que juega en contrario.
- (iii) Puesta en relación de ambos grados de afectación y satisfacción. Es decir, se define si la importancia en la satisfacción de P_2 justifica la afectación a P_1 .

La forma de entender el funcionamiento de estos tres pasos es una metáfora matemática: la fórmula del peso. La misma se orienta a establecer la relación de precedencia condicionada que Alexy comenzó a formular en *La teoría de los derechos fundamentales* (1997). Asimismo, otra de las particularidades de la fórmula es que no establece un peso definitivo de uno de los principios frente a otro, sino que establece solo un peso relativo sujeto a determinadas circunstancias.

La fórmula del peso comienza planteando una forma de cuantificar los niveles de in-

7 La descomposición en tres etapas es una consecuencia analítica de la formulación de la ley de ponderación en la obra de Alexy. La ley es resumida en el siguiente lema: «Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 2002, p. 32; Alexy, 2010a, p. 460).

tervención y satisfacción de los principios que juegan en contrario. Ello se logra a través de tres niveles que Alexy llama «escala tríadica». Los niveles son: leve (*l*), medio (*m*) y grave (*g*). Asimismo, Alexy advierte que estas tres categorías abarcan todo el espectro de sinónimos que dichas palabras puedan tener en el lenguaje coloquial. Por ejemplo, importante o grande podrían entenderse como análogos al nivel de grave.

A continuación, se exponen cada una de las variables de la fórmula del peso para facilitar su comprensión:

$.xx$	Principio P_i
P_j	Principio P_j
I_i	Intervención concreta en el principio P_i ⁸
I_j	Intervención concreta en el principio P_j
G_i o GPA_i	Peso abstracto de P_i
G_j o GPA_j	Peso abstracto de P_j
$G_{i,j} C$	Peso concreto de P_i bajo las circunstancias C ⁹
$G_{j,i} C$	Peso concreto de P_j bajo las circunstancias C

Hasta este punto, existen las condiciones para formular las primeras versiones de la fórmula del peso. Pero, en lo sucesivo, el análisis se concentrará en la versión geométrica de la fórmula del peso. En esta versión, los valores atribuidos a las intervenciones crecen exponencialmente del siguiente modo:

- Leve (*l*) $2^0 = 1$
- Medio (*m*) $2^1 = 2$
- Grave (*g*) $2^2 = 4$

El uso de una serie geométrica como la elegida por Alexy es bastante gráfico cuando se decide ampliar la escala tríadica a una escala tríadica doble, en la que cada uno de los grados tiene tres subgrados al interior. En estos casos, las intervenciones, en un principio, pueden ir desde levemente leves (*ll*) hasta extremadamente graves (*gg*). En el primer grado de intervención hay un peso relativo de intervención igual a 1, mientras que en el último de los nueve grados de la escala doble hay un peso relativo de 256 (. Cuando se desea promover el principio a través de una medida que vulnera el principio, los valores de la serie geométrica nos dan cuenta de que en la medida que la intervención para el principio sea más grande, más costoso (o mejores razones) se deberán tener para proceder a la medida de promoción del primer principio. Ello se corresponde no solo con la Relación Marginal de Sustitución, sino también con la ley de la ponderación.

Ahora bien, el uso de la serie geométrica está asociado a una segunda variante de la fórmula del peso, distinta a la que se presentó en (i). Para la total comprensión de esta segunda variante, se debe introducir alguna notación adicional.

8 En otro lugar, Alexy (2002) utiliza la notación de $IP_i C$ para referirse a la intervención en el principio P_i bajo las circunstancias (p. 38).

9 Al determinar el peso concreto, se debe agregar que el mismo no solo se refiere a un peso relativo a las circunstancias, sino también relativo al principio que juega en contrario. Esto puede entenderse implícito, pero es necesario expresarlo claramente. De hecho, esa es la razón por la cual Alexy elige una notación relacional entre el principio P_i y el principio P_j .

$SP_i C$ y $SP_j C$ y Seguridad de los presupuestos empíricos

Sobre la notación recién agregada, es necesario señalar que, a diferencia de la cuantificación de las satisfacciones e intervenciones en los principios y, en este caso los tres grados epistémicos se corresponden con los valores de cierto (seguridad o certidumbre, cuya notación es), plausible y no evidentemente falso. Ahora bien, la introducción de la nueva variable referente a la calidad epistémica de las premisas que fundamentan una intervención en un principio dado se corresponde con una segunda ley intrínsecamente asociada a la ley de ponderación, a la que Alexy (2010) llama «ley epistémica de la ponderación»¹⁰. Eso quiere decir que todo el desarrollo anterior se refería a la ley material de la ponderación, mientras que cuando se utilizan ambas leyes en la misma fórmula del peso, se puede decir que se aplica una «ley global de ponderación», cuyos elementos son la ley material y la ley epistémica.

La fórmula producto de la combinación de la ley material y epistémica de la ponderación es la que se llamará fórmula completa¹¹. Su formulación es la siguiente:

$$\cancel{GP_{i,j} C} = \frac{IP_i C \cdot GP_i A \cdot SP_i C}{IP_j C \cdot GP_j A \cdot SP_j C}$$

Esta fórmula permite operar con las intensidades de intervención y satisfacción, y arribar a un resultado numérico traducible en la precedencia de uno u otro principio. Ello, en términos prácticos, permite a los jueces decidir si una medida resulta o no compatible con el contenido de la constitución, que en el extremo de la ponderación se identifica con la premisa de una distribución simétrica de derechos y libertades.

Como con los anteriores subtests, queda por reconstruir una definición. Así, una medida es proporcional en sentido estricto cuando (i) se encuentra en capacidad de generar un beneficio en uno de los principios analizados, cuantificable como un desplazamiento desde un punto hacia un punto mejor que el anterior (), a la vez que (ii) genera el menor perjuicio para el principio o principios que juegan en contrario. Sin embargo, (iii) los beneficios y perjuicios se deben cuantificar como intervenciones y (iv) sopesarse en una escala trádica o trádica doble, de tal forma que la medida procederá en aquellos casos en que los beneficios sociales con su adopción sean mayores que los perjuicios individuales o sociales que esta genera. En los casos contrarios, la medida deberá ser declarada inconstitucional. Cuando todas las condiciones anteriores se cumplen, se dice que la medida *M* es proporcional en sentido estricto y que desplaza el bienestar social desde una situación subóptima de distribución de libertades y derechos hacia una mejor.

2. Cuestionamientos «de familia»: Críticas y alternativas a la ponderación alexyana desde el especificacionismo

En esta sección se exponen las principales críticas que han formulado algunos autores contra la ponderación alexyana. El foco se centrará en las críticas de quienes consideran que el método de la ponderación contiene defectos insalvables, y que es mejor abandonarlo y adoptar un mo-

10 Alexy (2010c) resume la ley epistémica en el siguiente lema: «Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención» (p. 488).

11 Esta es la versión de la fórmula del peso que Alexy (2012) presenta en su entrada sobre derechos en el *Oxford Handbook de Derecho constitucional comparado* (p. 295).

delo especificacionista de ponderación. El mismo supone una fuerte herencia del positivismo hartiano, pero también toma como base el análisis de sistemas normativos que Alchourrón y Bulygin (1987) llevaron a cabo en *Normative Systems*¹².

2.1. Desafíos positivista-inclusivos a la ponderación.

A diferencia de algunas de las críticas dirigidas a la técnica de la ponderación tal como ha sido expuesta en la obra del iusfilósofo alemán Robert Alexy¹³, las de José Juan Moreso se mueven en un ambiente de parecido de familia (la expresión fue usada por Clérico, 2011, p. 208)¹⁴. Dicho autor, a diferencia de las críticas de, por ejemplo, Juan Antonio García Amado (2007a; 2007b; 2012)¹⁵, reconoce compartir la pretensión de búsqueda de racionalidad en el proceso ponderativo (Moreso, 2010, p. 830)¹⁶. Para ello, se vale de una matriz de análisis que se plantea como heredera del pensamiento de H.L.A. Hart.

Así, Moreso¹⁷ (2001) y Martínez Zorrilla (2007) comparten una orientación hartiana de positivismo basada en tres grandes premisas: (i) la defensa de la tesis de las fuentes sociales del derecho, la misma que sostiene que la existencia y contenido del derecho de cierta sociedad guarda relación o depende de un conjunto de hechos sociales; (ii) la tesis de la separabilidad, que establece una diferencia moderada entre los espacios de la moral y del derecho¹⁸ (es decir que entre la validez moral y legal no existe una relación de implicancia mutua¹⁹); y (iii) la tesis según la cual los límites del derecho²⁰ vienen dados por la insuficiencia analítica del lenguaje. En ese sentido, los límites del derecho se encuentran en normas válidas que se encuentran en incapacidad de regular indubitablemente todos los comportamientos. Con ello se deja un espacio librado a la discrecionalidad del intérprete, aunque se reconozca que a nivel político se debe intentar controlar este espacio discrecional con pautas de algún tipo.

El marco de análisis de Moreso reconoce un espacio de ambigüedad del lenguaje que se acentúa cuando el operador trabaja con principios. Es por ello que, en sí misma, la aspiración alexyana de racionalizar el espacio de operación con principios no es una tarea que se realiza en vano: frente a un contexto librado a altas cuotas de discrecionalidad, entendida en el sentido de adjudicación, es necesario idear algunas estrategias de control racional del ejercicio judicial.

12 Véase Alchourrón y Bulygin (1987).

13 La teoría de la ponderación de dicho autor se ha ido construyendo a partir de sucesivas ampliaciones y refinamientos a lo largo de sus trabajos más recientes. Además de los trabajos citados en la sección anterior, se pueden consultar sus trabajos de 2003a, 2003b, 2006, 2009, 2010b y 2012.

14 La expresión fue usada por Laura Clérico (2011, p. 208).

15 Son numerosas las obras en las que García Amado ha dirigido críticas a la teoría de los principios y la ponderación alexyana (2007a; 2007b; 2012).

16 Al respecto, ver Moreso (2010, p. 830, nota 14).

17 La distinción, basada en las tres tesis expuestas, entre positivismo inclusivo y exclusivo (contra el que Dworkin habría dirigido sus críticas, según Moreso) puede encontrarse en Moreso (2001, p. 100).

18 Este elemento tiene mucha importancia en la metodología de análisis que puede emprender un juez frente a un caso constitucional. Por ejemplo, Moreso (2006) ha afirmado que muchos problemas del derecho, sobre todo constitucional, comparten la estructura de los conflictos prácticos y morales, solo que con algunas restricciones propias del sistema jurídico (p. 15). Esta tesis se parece a la de Alexy sobre el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general.

19 Lo cual no excluye la ocurrencia de supuestos de confluencia entre ambos espacios. Precisamente, una de las labores de una buena dogmática jurídica sería la de lograr un acercamiento entre las opciones interpretativas y una serie de valores considerados válidos por alguna instancia de validación moral (dialógica, trascendental o la que sea).

20 O sus áreas intersticiales, según la conocida expresión de Ángeles Ródenas (2012).

En lo que Moreso no está de acuerdo con Alexy es en cómo idear esta estrategia de control. Por ello, en lo sucesivo, se expondrán tres cuestionamientos presentados por dicho autor al modelo de operación alexyano en el subtest de proporcionalidad en sentido estricto. Luego se analizará la forma en que dichas críticas son compartidas y ampliadas por Martínez Zorrilla.

2.2. Un catálogo de problemas contra el subtest de proporcionalidad en sentido estricto.

Moreso dirige tres grandes críticas contra la tercera etapa del test de proporcionalidad presentado por Robert Alexy. Dichas críticas pueden ser resumidas en los siguientes puntos.

En primer lugar²¹, la variable del peso abstracto presente en la fórmula del peso que Alexy expone en el *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* requiere de una suerte de «escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales (Moreso, 2010, p. 825). El problema al respecto es que dicha escala no existe a nivel fáctico en ninguna constitución (esta es la conjetura de Moreso) y tampoco es deseable que existiera alguna ordenación de este tipo.

En segundo lugar, la ponderación racionalizada de Alexy presenta una ordenación de valores susceptibles de conformar escalas cardinales u ordinales que pueden ser numéricas o simplemente de intensidades (leve, media o grave) (Moreso, 2010, p. 825). Sin embargo, una escala tal supone la existencia de una unidad de medición común²², o al menos de un criterio incontestable para que la relación tenga algún sentido. Al respecto, Moreso pone el ejemplo del test de rayado en los minerales, por el cual se puede determinar de forma incontestable cuál de dos minerales es más duro que el otro sobre la base de un examen que demuestra que el mineral más duro estará en condiciones de cortar al menos duro sin que la relación inversa sea cierta.

Asimismo, un segundo problema de la escala de interferencias de la ponderación alexyana es que ni siquiera se habría determinado cuáles son las propiedades relevantes para construir la ordenación. Por ello, se podrían construir varias escalas distintas y contradictorias en sus resultados. Un ejemplo de esto último lo encuentra Moreso en uno de los ejemplos más célebres de los textos de Alexy: el del caso Titanic. En ese sentido, el autor español se pregunta cuál es la unidad de medida o la propiedad relevante para sostener como evidente que entre «asesino nato» y «tullido» existe una relación creciente de intensidad en la afectación (Moreso, 2010, p. 826). Lo que es más, en este extremo, Alexy utilizaría el nivel de «gravísimo»²³, el cual no figura dentro de la escala tríadica originalmente propuesta en el *Epílogo*.

Finalmente, una tercera crítica consiste en que la ponderación propuesta por Alexy siempre se refiere a un caso individual²⁴, y por ello corresponde a un modelo *ad hoc*. Pues

21 Esta es una crítica compartida por Martínez Zorrilla (2007, p. 248).

22 Véase, en el mismo sentido, Martínez Zorrilla (2007, p. 246). Asimismo, dudas parecidas sobre las valoraciones judiciales en conflictos constitucionales han sido expresadas por Larenz (2010, p. 400), a pesar de que luego analiza jurisprudencia del Tribunal alemán para encontrar criterios que incorporen racionalidad. En ese sentido, la metodología es análoga a la de Alexy.

23 Aquí Robert Alexy apela a la figura de la tasa marginal decreciente de sustitución.

24 Esta forma de proceder estaría relacionada, según el autor, a una concepción de la moral como práctica narrativa que explora exhaustivamente los matices y circunstancias de cada caso. Lo curioso de ello es que guarda relación con la llamada ética del cuidado propuesta por psicóloga estadounidense Carol Gilligan. Esto nos permite hacer un breve excurso al respecto: Gilligan propone, a grandes rasgos, que los sistemas de razonamiento moral femeninos son particularistas y prefieren soluciones distintas a cada caso concreto. Es decir que son más sensibles a pequeñas modificaciones del contexto decisorio. Como contrapartida, los sistemas de razonamiento moral masculino se basan

bien, el problema con un modelo de este tipo es que mina las posibilidades de examen crítico, debido a que siempre se puede argumentar que existe una propiedad relevante que modifica el *output* esperado del proceso ponderativo, y que en el fondo sirve como justificación de irracionalidades en la operacionalización de los derechos. Frente a estas insuficiencias, Moreso propondrá un modelo generalista, en oposición al de Alexy, al que llama particularista, y en el que una sola propiedad diferente podría comportar, como ya se señaló, una solución diversa del caso analizado²⁵.

Así, luego de formular las tres críticas, Moreso añade que:

En mi opinión, estos tres problemas socavan gravemente el modelo proporcionalista de Alexy, puesto que no permiten ni prever lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni menos aún someter a crítica racional y articulada sus decisiones. (Moreso, 2010, p. 825)

Asimismo, a estas tres críticas se puede agregar dos cuestionamientos adicionales expuestos por Martínez Zorrilla²⁶ (2007) y que mostrarían excesos e insuficiencias en la propuesta alexyana. En primer lugar, el exceso consistiría en el elevado grado de formalización presente en la fórmula del peso. Con un razonamiento parecido al de la segunda crítica de Moreso, y como corolario, Martínez (2007) señala que, en vista de que los pesos de satisfacción y afectación de los principios en conflicto no gozan de una escala métrica que les haga operacionalizables en una fórmula matemática, la fórmula del peso solo funciona como una metáfora matematizada que no aporta nada nuevo a nivel conceptual, mientras que puede llevar a excesos jurisprudenciales en el sentido de asignar valores numéricos (p. 249).

Por otro lado, y como defecto o insuficiencia, Martínez (2007) apunta el hecho de que la teoría alexyana adolece de criterios para determinar el grado de afectación o promoción de un derecho. Es decir que, más allá de consideraciones generales basadas en su teoría de la argumentación, la teoría de la ponderación de Alexy no aporta criterios de justificación en la asignación de pesos a los principios en conflicto: mientras que, por un lado, es excesiva a nivel formal con la fórmula; por otro lado, es insuficiente a nivel material respecto de la argumentación (p. 250).

en pretensiones de universalización a propósito del juicio ético. Quiere decir que, para un sistema universalista, decidir casos sustancialmente iguales de forma distinta expresa una forma de irracionalismo que desde antiguo se ha deseado eliminar. Los argumentos de Gilligan abren un espacio interesante de investigación sobre las interrelaciones de los juicios basados en derecho como aplicaciones concretas de un sistema moral universalista que, por definición, trata a las diferencias de contexto como perturbaciones. Lamentablemente, este estudio excede las pretensiones de este trabajo. Sobre el debate véase Benhabib (2006). Asimismo, para un análisis crítico, véase Patrón (2007).

25 Moreso (2010) expresa la crítica en los siguientes términos: «el modelo de Alexy está abocado al particularismo, en el sentido de que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. El modelo especificacionista no está necesariamente vinculado con el particularismo, en un ámbito determinado y con determinados principios el liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados» (p. 827). Asimismo, en otro texto Moreso (2006) adopta la estrategia de colocarse al centro entre dos polos sobre cómo se deberían resolver los conflictos entre principios. Es decir que entre una concepción subsuntiva (generalista) y una concepción particularista, existiría una tercera vía defendida por el autor español, el especificacionismo. El objetivo de plantear la problemática en estos términos es que le permite señalar que su propuesta toma lo mejor de ambos extremos y termina en una aplicación en dos pasos: en el primero se pondera y luego recién se subsume (p. 21).

26 En lo sucesivo, se expondrán las críticas que aparecen en Martínez Zorrilla (2007, pp. 249-250).

2.3. Alternativa a la ponderación alexyana: un algoritmo especificacionista.

Una vez explicadas las pretensiones teóricas del modelo propuesto por Moreso (2010) y refinado a nivel lógico por Martínez (2007), queda por explicar su funcionamiento. En términos generales, la ponderación, tal como la concibe este autor, trata de la aplicación de cinco pasos que culminan con una regla de pretensión generalista en su aplicación a futuro. Es decir, la aspiración es que, una vez que se decida un caso bajo las restricciones que se señalarán en lo sucesivo, todos los casos subsiguientes deberían recibir la misma respuesta del ordenamiento²⁷.

- (i) El primer paso consiste en la delimitación del problema normativo, o, como lo llaman Alchourrón y Bulygin, el universo del discurso. El objetivo de este paso es hacer el conflicto más manejable para el operador jurídico.
- (ii) El segundo paso consiste en identificar las pautas (principios) que, *prima facie*, son aplicables al caso específico. Solo cabe agregar que el modelo base de un conflicto supone dos pautas aplicables de forma contradictoria a un caso determinado. Mientras que la operación del modelo a este nivel es bastante sencilla, a medida que crece el número de pautas *prima facie* aplicables al caso, crece también la complejidad del análisis posterior.
- (iii) Luego, el tercer paso consiste en traer a colación un conjunto de casos paradigmáticos reales o hipotéticos que puedan ocurrir al interior del universo del discurso. Este paso se encuentra en una relación cercana con el establecimiento de ciertas propiedades relevantes que ahora se verán.
- (iv) La cuarta etapa del análisis consiste en establecer un conjunto de propiedades relevantes dentro del universo del discurso. Precisamente, se ha dicho que este paso se lleva a cabo muy de cerca con el paso (iii) porque, a partir del universo de propiedades relevantes (UP), se puede elaborar, sobre la base de sus distintas combinaciones, un universo de casos que agoten las posibilidades de expresión del conflicto (UC o universo de casos)²⁸.
- (v) Finalmente, el quinto y último paso de la metodología consiste en la formulación de un conjunto de reglas que resuelvan de modo unívoco todos los casos del universo del discurso (UD).

Para graficar el funcionamiento del modelo de Moreso-Martínez se tomará como ejemplo el caso peruano de la periodista de espectáculos Magaly Medina contra la bailarina y actriz Mónica Adaro²⁹. Para ello, se supondrá que en dicho proceso las etapas de idoneidad y necesidad³⁰ se cumplieron satisfactoriamente, y que por ello el análisis se ubica legítimamente en el tercer estadio, el de la proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, en lo sucesivo, se utilizará la notación lógica que proporciona Martínez Zorrilla (2007, p. 205).

27 Desde la perspectiva algorítmica que aquí se viene explorando, esta es la propuesta más ambiciosa.

28 Esta precisión se debe a la reelaboración de Martínez (2007, p. 206).

29 STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC

30 En realidad, el Tribunal Constitucional argumentó que la exhibición de las imágenes en las que Mónica Adaro mantenía relaciones íntimas con un cliente eran innecesarias para probar el caso de prostitución clandestina, y que bastaba con que se exhibieran imágenes del instante en que se hacía el trato. Es decir que, en la realidad, no pasó el subtest de necesidad. Ver, al respecto, Burga (2011, p. 260)

Entonces, sobre el primer paso, se puede formular el universo del discurso (UD) en los siguientes términos: «Filmaciones a figuras públicas realizadas con cámaras escondidas en recintos privados». Luego, a partir de la formulación del universo del discurso, se puede pasar a identificar las pautas *prima facie* aplicables para la solución del caso. En ese sentido, se tiene por un lado la libertad de información (Li), contemplada en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución peruana; y, por el otro, el derecho a la intimidad personal y vida privada (Vi), derivadas del inciso 7 del mismo artículo 2 de la Constitución. Luego, se alterará un poco el orden de análisis de la metodología de Moreso, y, más cercanos a la reformulación de Martínez, se buscará una serie de propiedades relevantes que los tribunales suelen tomar en cuenta a la hora de resolver conflictos en torno a la libertad de información y el derecho a la intimidad y vida privada. En este punto, y para simplificar el análisis, se dirá que las propiedades relevantes que conforman el conjunto (UP) de las mismas son:

- P_1 : Relevancia pública de la información a difundir
 P_2 : Carácter injurioso de la información
 P_3 : Veracidad de la información difundida³¹

Con dichas propiedades se puede conformar el conjunto de propiedades relevantes (UP) del modo siguiente: $UP = \{P_1, P_2, P_3\}$. Las mismas se combinan de distintas formas en un conjunto de pautas *prima facie* aplicables igual a dos (es decir, dos pautas en las que las tres propiedades relevantes presentan sus distintas combinaciones posibles, casos genéricos).

Una vez que se establecen todos estos elementos, resulta necesario que, de acuerdo con el quinto paso del modelo de Moreso, se identifiquen o se construyan un conjunto de reglas que resuelvan todos los casos genéricos con una preponderancia de alguno de los principios, sea la libertad de información o el derecho a la intimidad personal. En este caso, se formularán las tres³² reglas identificadas por Martínez:

R1: En caso de que la información sea injuriosa, el derecho a la intimidad personal y la vida privada (Vi) prevalecerá sobre la libertad de información (Li). En notación³³, la relación se expresa como sigue:

$$P_2 \supset ViPLi \quad (i)$$

31 La veracidad ha sido identificada con el núcleo esencial del derecho fundamental a la información. Al respecto véase la misma sentencia del Caso Magaly Medina vs. Mónica Adaro: STC 06712-2005-HC, FJ 35 y ss.

32 Moreso utiliza solo dos reglas, pero corre el riesgo de que el intérprete no sepa identificar las jerarquías entre los operadores veritativo-funcionales. La primera regla (R1) de Moreso es: las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas (que en nuestro ejemplo se corresponde con la regla (iii) y con la notación en ella expuesta). Por otro lado, R2 dice: las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado (formalmente, donde equivale al derecho a ser indemnizado). Como se puede observar, esta segunda regla es general e incluye, por una derivación lógica, a la regla (i) del ejemplo planteado. Sin embargo, es preferible un ejemplo exhaustivo basado en tres reglas para evitar malentendidos

33 A diferencia de Martínez, se mantendrá la notación alexyana respecto de la precedencia condicionada con el símbolo en lugar del signo de "mayor que" (>) matemático. La razón de esta elección tiene que ver con que la comparación no se da entre cantidades (contexto en el cual el signo matemático es idóneo). Por otro lado, la notación alexyana tiene mayor difusión en el medio local.

R2: En el supuesto de que la información no fuese injuriosa y, conjuntivamente, careciese de relevancia pública o no fuese veraz, entonces el derecho a la intimidad personal prevalecerá sobre la libertad de información. Formalmente se puede decir:

$$\neg P_2 \wedge (\neg P_1 \vee \neg P_3) \supset ViPLi \quad (ii)$$

R3: En el supuesto de que la información tuviese relevancia pública, sea veraz y no injuriosa, entonces la libertad de información prevalecerá por sobre el derecho a la intimidad personal y vida privada. Formalmente:

$$(P_1 \wedge P_3 \wedge \neg P_2) \supset LiPV_i \quad (iii)$$

A partir de estas tres reglas, es posible elaborar una matriz que correlacione casos genéricos (ocho de ellos) con soluciones derivables de las tres reglas que se han establecido. Dicha matriz corresponde a la noción de Sistema Normativo de Alchourrón y Bulygin.

Tabla I						
Sistema Normativo de ponderación (Vi) vs. (Li)						
	UP (Universo de Propiedades)			Reglas		
UC (Universo de casos)	P_1	P_2	P_3	R_1	R_2	R_3
1	Si	Si	Si	$ViPLi$		
2	Si	Si	No	$ViPLi$		
3	Si	No	Si			$LiPV_i$
4	Si	No	No		$ViPLi$	
5	No	Si	Si	$ViPLi$		
6	No	Si	No	$ViPLi$		
7	No	No	Si		$ViPLi$	
8	No	No	No		$ViPLi$	
Sistema Normativo de ponderación (Vi) vs. (Li)						

Pues bien, luego de presentar la matriz anterior, se puede ver que el sistema normativo compuesto por las tres reglas es consistente y no contradictorio, pues la aplicación de sus reglas no conlleva resultados opuestos entre sí. Sin embargo, a diferencia de los ejemplos propuestos

por Moreso y Martínez, ocurre algo curioso: ¿Dónde se ubica el presente caso? Al parecer la propiedad es sostenible. Al tratarse de una figura pública del mundo del espectáculo, la información sobre las actividades clandestinas de Mónica Adaro podría ser calificada como información de relevancia pública. Asimismo, al parecer en este caso no se produce un supuesto de injuria, al menos en los términos del artículo 130 del Código Penal peruano, es decir, algún tipo de ofensa o ultraje (vía palabras u hechos), sino la difusión de actos cometidos por la persona afectada. Finalmente, en el presente caso, la información era veraz, debido a que se trataba de una grabación de video.

Si hubiera que aplicar alguna de las reglas del sistema normativo que se ha diseñado, debería ser la tercera y, por ende, la libertad de información debería prevalecer. Sin embargo, el resultado parece, por lo menos, contraintuitivo. Con el ejemplo solo se ha querido llamar la atención sobre dos hechos problemáticos: (i) la crítica de quienes afirman que el subtest de necesidad es un test de la imaginación, en el cual un juez puede manipular la argumentación de tal forma que parezca que no existen medidas alternativas, parece cierta, pero no es atribuible a una deficiencia del esquema alexyano o, en este caso, de Moreso; y (ii) ningún modelo, sea cual fuere, exceptúa a los jueces de realizar argumentaciones consistentes a nivel material. La estructura bajo la cual se pondera es una racionalización estructural que demanda de los jueces una capacidad argumentativa que ningún esquema puede suplir. En ese extremo, parece que es imposible exigir total previsibilidad a los modelos de ponderación, lo que mina totalmente su pretensión algorítmica.

El problema de la confianza de Moreso y Martínez en su modelo sería precisamente el mismo que le critican a Alexy: creer que la racionalidad de su construcción permite impermeabilidad a casos dudosos. Es más, en este caso, bajo el modelo alexyano, acusado de particularista, el juez, aun suponiendo una falta absoluta de imaginación a la hora de realizar el subtest de necesidad, pudo traer a colación alguna circunstancia extra que determinara el cambio de resultado, y que no estuviera contemplada en el universo de propiedades inicial.

Finalmente, Moreso (2010) concluye señalando que un modelo generalista de ponderación permite resolver todos los casos de las mismas propiedades relevantes a futuro (p. 827). Sin embargo, adelantándose a algunas críticas que se podrían hacer contra el mismo, el autor modera el nivel de generalismo de su propuesta mediante algunos ajustes de reducción. En ese sentido, las limitaciones para las razones categóricas surgidas del análisis de un sistema normativo serían las anulaciones (*overrides*), suspensiones (*underminers*), inversiones (*reversers*) y excusas. Todas estas figuras tienen la capacidad de revocar las razones que permitían la solución de todos nuestros casos en el sistema antes expuesto (Moreso, 2010, p. 828).

3. El rol de los condicionales derrotables y las lógicas no monotónicas en los procedimientos de ponderación entre principios

Varios de los problemas que enfrenta la propuesta especificacionista de Moreso están relacionados al uso o no de condicionales derrotables. Como este es un tema bastante controvertido, requiere un análisis algo más detallado, y a ello se aboca la presente sección.

A continuación, y en primer lugar, se presenta una distinción entre las lógicas no monotónicas y la derrotabilidad. Luego, se verá si la palabra «derrotabilidad» es usada en un solo sentido, o si más bien existen varias formas de derrotabilidad. En tercer lugar, se intentará responder a la pregunta sobre si es adecuado analizar la ponderación desde la perspectiva de la derrotabilidad o desde la de las lógicas no monotónicas. Finalmente, se volverá sobre la propuesta de Moreso y se la relacionará con la presentación de la ponderación que Manuel

Atienza ha realizado en algunos trabajos. Luego de ello, debe quedar claro por qué se ha considerado que la propuesta alexyana es más idónea que un modelo especificacionista y en qué aspectos puede resultar útil este último como un complemento a la ponderación alexyana. En conclusión, se defenderá un modelo que se puede llamar "ponderativo-especificacionista" de tratamiento de las colisiones entre principios.

3.1. Lógicas monotónicas y no monotónicas.

La lógica estándar o clásica es monotónica, y ello quiere decir que al agregar premisas a un razonamiento nunca se produce una reducción en el conjunto de consecuencias de este. Siendo así, todo sistema lógico en el que no se cumplan las relaciones de monotonicidad es una lógica no monotónica. Hage (2003) presenta la diferencia en los siguientes términos:

Monotonicity and non-monotonicity are characteristics of systems of (formal) logic. A system of logic is monotonic, if and only if it is such that if a set of sentences S' is a superset of S , the set of conclusions C' that follow according to this logic from S' is a superset of the set C of conclusions that follow from S . A system of logic is non-monotonic if and only if it is not monotonic. (p. 222)

Para aclarar la formulación resulta conveniente utilizar alguna formalización (Antonelli, 2012). Se dirá, entonces, que en la lógica estándar se cumple que si φ se puede inferir de un conjunto de premisas Γ y, además, cada elemento Γ de es también un elemento de Δ , entonces φ también se puede inferir de Δ . Es decir que si $\Gamma \vdash \varphi$ y $\Gamma \subseteq \Delta$, entonces $\Delta \vdash \varphi$. Para simplificar la presentación, se puede decir que, en un sistema lógico en que se cumpla la monotónia, no importa que se adhieran nuevas premisas a un conjunto de premisas de las que se puede inferir determinada conclusión. Estas nuevas premisas no alteran la derivabilidad de una conclusión, por lo que se cumple la propiedad lógica del reforzamiento de antecedente.

Ahora bien, el problema de sistemas lógicos tan estrictos como estos es que no logran captar las sutilezas de muchos razonamientos prácticos y cotidianos. Usualmente, existe la tentación o la obligación de concluir sobre la base de generalidades o de niveles de incidencia estadística. Lo que es más, muchas de las generalizaciones de la ciencia moderna se basan en que aún no se han establecido contraejemplos que podrían existir y contradecir ciertas leyes. Ahora bien, en el caso específico del derecho, se hace necesaria la presencia de lógicas que relajen las exigencias respecto de las relaciones de operadores condicionales. En ese extremo, Antonelli (2012) pone el ejemplo de los razonamientos en torno al principio de presunción de inocencia: el principio obliga a concluir que todo acusado en juicio es inocente hasta que se pruebe que es culpable (si se logra). Ello significa que la conclusión puede cambiar frente a la presencia de nuevas premisas, que, en el caso del derecho, pueden ser empíricas o jurídico-normativas. Lo importante es que, en la medida que los razonamientos jurídicos son sensibles a la adhesión de nuevas premisas que puedan alterar la inferibilidad de determinadas conclusiones, parece necesario utilizar sistemas de lógica que relajen la propiedad de la no monotonicidad.

Ahora bien, ello genera, según Antonelli (2012), dos tipos distintos de conflictos desde un marco no monotónico: (i) conflictos entre conclusiones derrotables y hechos concretos, algunos de ellos recién descubiertos o aprendidos; o (ii) conflictos entre potenciales conclusiones, contrarias y ambas derrotables. Mientras que el primer conflicto no presenta grandes problemas, pues finalmente un sistema de lógica en el que se relaja la exigencia de monotonicidad está pensado para ser sensible al contexto de cambio e inserción de nuevas premisas, el

segundo caso puede dar pie a dos actitudes que resultarán fundamentales en el análisis que se realizará más adelante. Antonelli (2012) menciona que, frente a los conflictos del segundo tipo, uno puede desarrollar una actitud escéptica o una actitud crédula. La actitud del crédulo guarda muchas similitudes con la que podría ser la tesis positivista de la discrecionalidad en el campo de la colisión de principios. Frente a dos juicios derrotables y contradictorios entre sí, el crédulo puede elegir cualquiera de ellos, pues las conclusiones extraíbles de ambos juicios son compatibles con la información disponible. Ello significa que no existe predilección por ninguna de las opciones, ni forma racional de controlar alguna de las elecciones.

Por su parte, el escéptico podría pensar que ambas inferencias, en cierta medida, «se cancelan» mutuamente, y que, por ello, se debe tener mayor cuidado al escoger alguna de las dos. Esta actitud lleva al escéptico a evaluar cuándo y en qué condiciones es razonable aceptar una conclusión transitoria o derrotable (*floating conclusion*). En el plano del derecho, aquí se podría ubicar a quienes plantean teorías procedimentales para el tratamiento de aparentes contradicciones en dos juicios derrotables contrarios entre sí. De entre estas metodologías, la ponderación ocupa un lugar especial, pues presenta una serie de pautas para seleccionar alguno de los juicios *prima facie* (derrotables), como aquel que es una mejor conclusión transitoria o derrotable. Aquí estarían, entonces, aquellos que, como Sieckmann, no creen en una tesis de la discrecionalidad (crédula) frente a conflictos entre conclusiones derrotables.

Un ejemplo puede ayudarnos a graficar la discrepancia entre crédulos y escépticos. Utilizaremos una versión modificada del “Diamante de Nixon” que presenta Antonelli y diremos que existe una situación que se encuentra, desde la perspectiva del principio permitida (es constitucional), mientras que desde la perspectiva del principio se encuentra prohibida (línea cortada de la derecha).

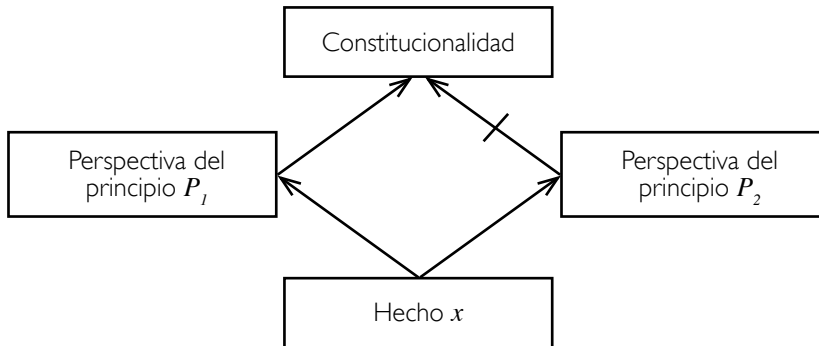


Figura 1. Diamante de conclusiones contradictorias

Mientras que el crédulo escogería cualquiera de las opciones contradictorias sin utilizar una metodología de resolución racionalizable a un nivel mayor que el de la expresión de la aporía inicial, el escéptico podría asumir dos posturas: por un lado, podría reconocer que el caso no tiene solución alguna, o, por otro, podría idear una estrategia o metodología de resolución de la aporía, una racionalización. Cuando un juez se enfrenta a una ponderación puede asumir cualquiera de estas actitudes. Por un lado, puede escoger sin mayores razones cualquiera de las opciones, pues, finalmente, la Constitución no resuelve el problema de forma coherente; o, por otro lado, podría

(i) renunciar a cualquier forma coherente de solución de la controversia o (ii) idear mecanismos de selección de la mejor alternativa. El primer caso guarda un gran parecido, como ya se ha apuntado, con la tesis de la discrecionalidad del positivismo, mientras que la segunda vía, en su segunda forma, es precisamente la propuesta de Robert Alexy. La vía (i) de la segunda opción es irrelevante para el derecho, pues los jueces están obligados a decidir los casos aun cuando se enfrenten a supuestos que presentan altas cuotas de incertidumbre normativa o fáctica.

Ahora bien, precisamente para tratar de racionalizar el tratamiento de supuestos en los que se hace necesario el uso de lógicas no monotónicas, se han ideado varias formalizaciones no monotónicas. De entre estos, los métodos de herencia o legado no monotónico y el de la llamada lógica «por defecto» han presentado las mayores perspectivas de investigación. El modelo de lógica «por defecto» parece, además, de especial utilidad en los problemas jurídicos, pues se basa en relaciones de justificación. La forma base de una inferencia «por defecto» (regla «por defecto») es, siguiendo a Antonelli (2012), la siguiente:

$$\frac{\psi : \phi}{\Omega}$$

Donde ψ es llamado «prerrequisito», ϕ es llamada «justificación», y es Ω la «conclusión». La regla dice que si se conoce ψ y no existe evidencia de que ϕ sea falso, entonces se puede inferir válidamente Ω . En los términos del problema que se ha venido analizando, si se conoce un hecho x que se encuentra dentro del espacio protegido de un derecho o principio, y no existe evidencia de que el hecho también represente una vulneración *prima facie* de otro principio, entonces x está permitido a nivel constitucional. Ahora bien, el proceso por el cual se concluye que una potencial vulneración *prima facie* se materializa en una vulneración efectiva es precisamente el proceso de ponderación. Así, se pasa de un conflicto *prima facie* a una afirmación categórica bajo la previa aplicación de una metodología de análisis que guarda similitudes estructurales con una operación aritmética de división. Es precisamente en ese espacio en el que la propuesta de Alexy enriquece el análisis que se plantea en el presente trabajo.

3.1.1. Formas de derrotabilidad.

Jaap Hage (2003) distingue entre la no monotonicidad y la derrotabilidad (p. 222). Para él, si bien uno de los sentidos de la derrotabilidad está asociado a la no monotonicidad, otros muchos casos se refieren a acepciones distintas de derrotabilidad, que se corresponden, además, con distintos contextos.

Así, existe una derrotabilidad ontológica o conceptual, que se refiere a una propiedad especial de ciertos estados en el derecho. Por ejemplo, Hart —sigue Hage (2003)* se refirió a la derrotabilidad en el sentido de «anulabilidad» cuando describía contratos que devienen inválidos luego de que una de las partes invoca causales tales como fraude en las tratativas u otras. Lo particular de este tipo de derrotabilidad consiste en que no se considera que el contrato válido devino inválido, sino que nunca tuvo validez. Es decir que, en este caso, la derrotabilidad se establece con efectos retroactivos, y afecta a la existencia misma del estado de cosas. Por ello cabe llamarla ontológica.

Luego, Hage (2003) menciona a las derrotabilidades epistémica y de justificación, y descarta la primera de estas como relevante en su estudio. La derrotabilidad epistémica se refiere

al estado psicológico de un sujeto que pasa de aceptar un conjunto de creencias a modificar algunas o todas ellas en un proceso de revisión (p. 223). Por su parte, la derrotabilidad de justificación es la forma más interesante en que se manifiesta el fenómeno, según Hage. Para este autor, la derrotabilidad de justificación se relaciona con la aceptación de algunas creencias, en la medida que pueden encontrarse justificadas. Ahora bien, si se deja de considerar justificadas dichas creencias, se deja también de aceptar las conclusiones que se derivan de estas. En el modelo de lógica «por defecto», que se ha presentado más arriba, lo que ocurre es que una nueva «justificación» lleva a modificar las conclusiones sobre algún asunto. Ahora bien, lo particular de este tipo de derrotabilidad es que, a nivel de macrocreencias (conjuntos de creencias agrupados en sistemas de conocimiento), se pueden mostrar inconsistencias. Es posible no ser plenamente consciente de los efectos que determinado cambio de creencias produce en algunas de las conclusiones que antes eran aceptadas, y es por ello que de la derrotabilidad de justificación no siempre se sigue una derrotabilidad epistémica. Lo interesante, entonces, es evidenciar aquellos casos en los que un agente mantiene creencias que han dejado de estar justificadas por las mismas premisas que él acepta. En la medida que la derrotabilidad de justificación es la que Hage considera más interesante para el derecho, en lo sucesivo la presentación y problematización se centrarán en ella.

3.1.2. Ponderación y derrotabilidad.

La pregunta por el uso del concepto de derrotabilidad en el derecho suele estar complementada por la identificación de distintos contextos en los que se dice que el razonamiento jurídico es derrotable. El uso relevante para la presente investigación es aquel en el que se proponen las reglas jurídicas como derrotables (Hage, 2003, p. 231). La discusión, aquí, se da sobre si es posible identificar excepciones implícitas a las reglas de un sistema jurídico. A esta pregunta, Hage responde afirmativamente, y señala que si, en general, las reglas presentan un adecuado balance de intereses en conflicto, existen casos en los que la respuesta de la regla va en contra de una suerte de interpretación sistemática de todo el sistema de reglas y principios. Si ello es así, existen elementos fantasma (Sotomayor, 2013, pp. 198 - 199) en la gran conjunción de la conformación de una regla que solo aparecen cuando se analiza un caso atípico. Por ello, las conclusiones asociadas a una consecuencia jurídica que se debe aplicar nunca son categóricas, sino siempre derrotables. A este problema es al que se ha referido Angeles Ródenas (2012) bajo el nombre de «derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas» (p. 40). La idea de Ródenas es ligeramente distinta a la de Hage: para ella existe una distancia entre la formulación lingüística de determinada regla y las intenciones del legislador respecto, por ejemplo, de los bienes jurídicos que se buscaban proteger con dicha regla. Ello hace que cuando estas finalidades no se encuentren vulneradas, a pesar de que la conducta calza como prohibida por la formulación lingüística de la regla, la misma se encuentre, aun con ello, permitida. Por su parte, Hage se refiere a una regla cuyo contenido se invalida cuando es interpretada a la luz de principios que pueden jugar en contrario, y que determinan espacios de conflicto en los que no puede prevalecer dicha regla. Frente a ello se pueden presentar hasta tres actitudes: (i) descartar a las reglas por completo, debido a su incompatibilidad con el contenido de un principio; (ii) aplicar siempre las reglas, así entren en conflicto con principios; y (iii) aplicar una solución intermedia en la que se parte de la regla, se busca una interpretación compatible con los principios que sean relevantes y, solo en caso

de que esta interpretación no sea posible, se recurre al abandono de la regla, no sin antes cuantificar el perjuicio que ello produce en la seguridad jurídica y en la institucionalidad del legislador (Hage, 2003, 232).

Ahora bien, este contexto de razonamiento jurídico derrotable lleva directamente a la pregunta de si es adecuado analizar las ponderaciones desde la perspectiva de la derrotabilidad. Se podría responder a esta pregunta de forma apresurada diciendo que, como se acaba de demostrar en los casos anteriores, es necesario que, por lo menos en aquellos supuestos en los que las reglas son evaluadas a la luz de principios que puedan entrar en conflicto con estas, utilizar un razonamiento sobre derrotabilidad y lógicas no monotónicas. Sin embargo, una respuesta de este tipo no tomaría en cuenta qué reglas y principios se comportan de forma distinta, a pesar de objeciones como la de García Figueroa (2013, p. 133).

Aun aceptando la distinción débil entre reglas y principios, es importante decir que las condiciones de aplicabilidad de las reglas suelen estar claramente definidas, lo que evidencia los casos límite en los que se debe recurrir a su abandono en pro de la protección de principios en contrario. En cierta medida, las reglas se encuentran por delante en el nivel de concreción respecto a los principios. Aun si ambos tipos de normas regulan comportamientos solo con carácter *prima facie*, los principios lo hacen de manera más abstracta que las reglas. Por otra parte, se podría señalar que decir si el razonamiento jurídico es derrotable o no se relaciona con si se asume un punto de vista de participante o de observador externo. En los ejemplos anteriores se concluye que es posible abandonar el contenido de una regla mediante un razonamiento sobre la derrotabilidad solo cuando quien evalúa la situación es alguien distinto de quien toma y fundamenta dicha decisión. Para este, su conclusión es la más compatible con el ordenamiento en su conjunto, entendido este de forma coherente.

Se entiende que hacia ello apunta Jan Sieckmann (2003) cuando concluye que la lógica no monotónica y el razonamiento derrotable son inadecuados para representar los razonamientos en la ponderación (pp. 211 - 219). Lo que él llama la «tesis de la deducción» consiste en que desde el punto de vista interno, el razonamiento judicial es deductivo, y que, por ello, no requiere de la elaboración o asistencia de lógicas no monotónicas (Sieckmann, 2003, p. 216). Es decir que, para Sieckmann, no es posible que un razonamiento judicial se base en consideraciones que se asumen transitorias. En todo caso, cada vez que se produce un aparente cambio en el razonamiento debido a la incorporación de nueva información, este se debe a un aspecto procedimental que es poco tomado en cuenta: la información adicional podría necesitar de una nueva justificación, distinta de la que dio origen a la conclusión original, o podría ser irrelevante (Sieckmann, 2003, p. 216). En el primer caso, en realidad, hay un razonamiento distinto al inicial, y que, por vías deductivas, arriba a una conclusión distinta de la de un caso inicial que, aunque parecido, nunca es igual en todos sus elementos. En el segundo caso, se hace necesario dudar sobre si las nuevas propiedades son relevantes para la toma de decisión (por ejemplo, si quien vulneró el derecho lo hizo vistiendo un pantalón rojo, mientras que en el caso anterior se había realizado vistiendo una falda escocesa).

3.2. Hacia un modelo ponderativo-especificacionista.

La discusión anterior lleva de vuelta a la propuesta especificacionista de Moreso, pero ahora será complementada con un análisis bastante parecido al que Atienza (2004) realizó respecto de discusiones en el campo de la bioética.

Se ha visto que en el modelo de Moreso se identifica un universo del discurso (UD) que consiste en la delimitación del problema normativo. Luego, a partir de este, se identifican principios o pautas *prima facie* aplicables al caso particular para, finalmente, elaborar una lista de propiedades relevantes para el análisis. Toda esta metodología está encaminada a la obtención de reglas que logren resolver todos los casos paradigmáticos que abarcan el universo del discurso de un caso particular. Por su parte, Atienza (2004) sostiene que la metodología de análisis de colisiones entre principios consiste, en un primer paso, en la elaboración de una taxonomía u ordenación de los distintos tipos de colisiones, según los principios de que se trate (p. 62). Luego, a partir de ello, se elaboran reglas de prioridad que «no suponen una ordenación lexicográfica, esto es, una jerarquización de los principios del tipo ‘el principio P1 prevalece siempre frente al principio P2’» (Atienza, 2004, p. 63). Atienza concluye que las reglas así obtenidas son fragmentarias e incompletas, y que pueden ser cambiadas o rechazadas en el tiempo, pero que ello no priva de racionalidad a los resultados.

La llamativa similitud de ambas propuestas permite contraargumentar sobre la base de errores comunes a ambos autores. El problema de las propuestas de Moreso y Atienza es que obvian la parte más importante de los análisis de ponderación: la ponderación en sí misma. En sus propuestas, un conjunto de reglas parece emanar *ex nihilo* de la estructura misma de un caso: de la colisión en bruto en el caso de Moreso y de la jurisprudencia en el caso de Atienza. Esta crítica es menos justa respecto del último autor, ya que trata de reconstruir un conjunto de razones en la jurisprudencia y ello le lleva a concluir que no se encuentra sólo frente a reglas-resultado sin razones para sostenerlas, ni tampoco frente a meros tópicos o lugares comunes de la jurisprudencia, sino frente a intentos de racionalización de espacios de colisión. Sin embargo, aun con ello, no se evidencia ningún sistema que resuelva los conflictos de forma predecible. Esto ocurre porque los criterios para establecer las relaciones de prevalencia en las colisiones de principios aparecen como una suerte de función desconocida (una función de caja negra) en los modelos de los autores españoles. En sus propuestas solo se conocen determinados datos de entrada y un sistema de ordenación de casos y prevalencias, que es la salida. No se sabe nada sobre lo que ocurre en el ínterin y de la forma en la que se resuelven los conflictos.

El resultado de esta metodología ciega puede ser la elaboración de reglas en las que las propiedades relevantes son fácilmente reconocibles, pero en las que la justificación de la «derrota» de uno de los principios queda oscurecida. Seguramente sin quererlo, sus propuestas se acercan mucho a la de una resolución crédula de conflictos de normas derrotables que se ha visto más arriba. Resulta indispensable complementar el análisis de Moreso y Atienza con una racionalización por la cual un conflicto entre normas derrotables (los principios) se decante en uno u otro sentido. Como se ha podido ver, esta es la forma más consistente de la actitud escéptica frente a la existencia de conflictos entre normas derrotables, y es la única forma de librarse de respuestas insuficientes, como una tesis de la discrecionalidad en la aplicación de principios. Esta propuesta de unificación de la ponderación alexyana y el especificacionismo de Moreso y Atienza podría ser llamada «modelo ponderativo-especificacionista». Su funcionamiento se acerca al del siguiente gráfico.

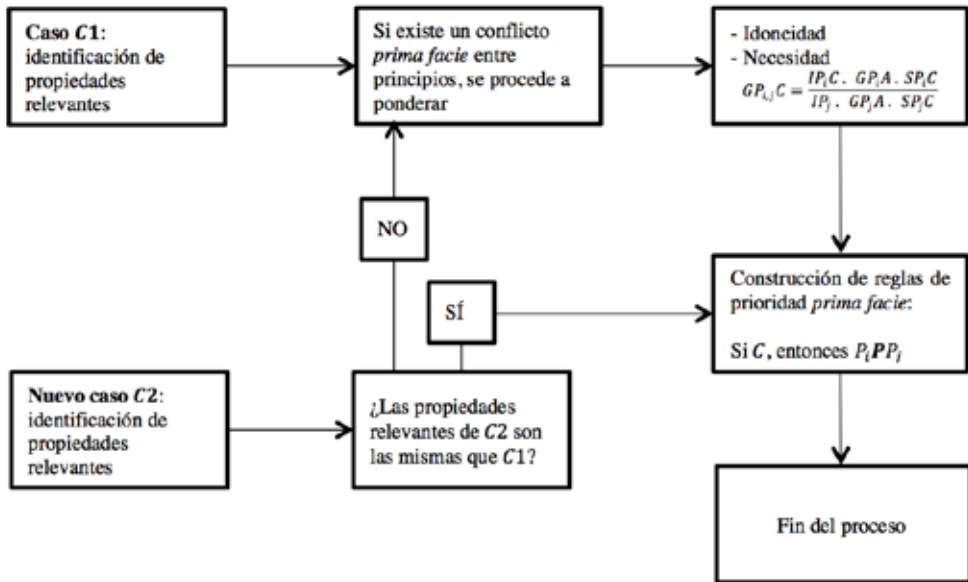


Figura 2. Funcionamiento del modelo ponderativo - especificacionista

Este modelo muestra que, frente a un caso *C1*, el juez identifica (i) un universo del discurso, (ii) las pautas *prima facie* aplicables y (iii) las propiedades relevantes. Sin embargo, ahora las reglas de precedencia no aparecen *ex nihilo*, sino que son el resultado de una ponderación que se constituye en el paso más importante de cara a la construcción de reglas de prioridad. Finalmente, el proceso termina, y en cada nuevo caso corresponde un análisis análogo. Si en *C2* el juez identifica que (i), (ii) y (iii) son iguales en los aspectos relevantes a los del caso, solo le quedará analizar (a) si la ponderación que se realizó en aquel caso era correcta en el sentido de razonable³⁴ y justificada. En caso contrario, el juez se aparta de la regla establecida en *C1*, pero no porque hubiese aparecido una nueva propiedad relevante que decide el caso en un sentido distinto al de la anterior jurisprudencia, sino debido a que el nuevo juzgador considera que la justificación de la resolución en *C1* es insuficiente o defectuosa. Si este no es el caso, (b) el juez ya tiene una regla formulada que solo debe aplicar en la nueva instancia; y, finalmente, (c) si las propiedades relevantes entre *C1* y *C2* no coinciden, estaremos frente a un caso que requiere un nuevo análisis. En este último supuesto, resulta irrelevante que, siguiendo a Sieckmann, consideremos que el juez razona de forma deductiva y que, por ello, las categorías de derrotabilidad y de lógicas no monotónicas no son de utilidad; o que consideremos que sí lo son y estructuremos nuestro análisis sobre la base de ellas. Finalmente, esta disputa puede evidenciar una discrepancia meramente aparente: la del observador externo frente al participante desde el punto de vista interno en la resolución de una ponderación. Lo que realmente importa aquí es que la actitud escéptica frente al conflicto lleva, a modo de ver de los autores de este

34 Para un acercamiento a la compleja noción de razonabilidad, véase Atienza (1987, pp. 189 - 200), Bazán y Madrid (1991, pp. 179 - 188) y Luther (2007, pp. 295 - 326).

trabajo, a un proceso de sana racionalización que no se conforma con la enunciación de reglas que aparecen sin justificación (de forma discrecional), sino que son cuidadosamente elaboradas a través de un exigente procedimiento basado en tres subtests. Finalmente, esto muestra que, a lo sumo, los modelos de Atienza y Moreso son clarificaciones de aspectos en los que una teoría general como la de Alexy no se podía detener; mas no reformulaciones de aspectos que sustancialmente no contenga la teoría alexyana. Es más, si se ha de escoger entre las metodologías presentándolas (de forma incorrecta) como rivales, resulta preferible optar por el minucioso y escéptico análisis alexyano, que por el crédulo modelo especificacionista.

4. Conclusiones

Luego del análisis efectuado en este trabajo, se puede concluir que la derrotabilidad juega un papel importante en la comprensión de las relaciones de colisión entre principios. Sin embargo, de ello no se deduce la necesidad de utilizar lógicas no monotónicas para su tratamiento. Lo más importante del razonamiento derrotable está asociado a la forma en que se canalizan las colisiones hacia resultados racionales. En ese sentido, es necesario superar la actitud crédula, pues sus resultados son muy parecidos a los de la tesis de la discrecionalidad del positivismo llevada a los conflictos constitucionales. En su lugar, una sana actitud escéptica lleva a revalorizar el papel de la justificación en la elección sobre la prevalencia de uno de los principios.

Es por ello que el mejor modelo de ponderación es aquel que no desconoce el lugar de la argumentación en la construcción de decisiones a partir de principios que colisionan. Esta razón lleva a que, a pesar de su refinamiento lógico, el modelo especificacionista fracase, en la medida que sus reglas aparecen sin ninguna fundamentación. Evidentemente, dicha crítica no descarta por completo la propuesta, pues también es cierto que la ponderación alexyana tiene un énfasis casuístico que hace difícil, en algunos casos, extender las conclusiones a otros casos similares. Es por ello que el aporte propuesto en este trabajo se dirigió a defender un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación. Con ello, sin descartar la dimensión argumentativa, se aíslan ciertas propiedades relevantes y se construyen reglas a partir de una argumentación que parte de una actitud escéptica, frente a las colisiones interprincipios.

REFERENCIAS

- Aguado, Teresa. (2010). El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano. En Miguel Carbonell y Pedro Grández (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Aguiló, Josep. (2013). Cuatro modos de debatir. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, pp. 211 - 227. Disponible en: https://www.academia.edu/6379434/Cuatro_modos_de_debatir
- Alchourrón, Carlos y Bullygin, Eugenio. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, Robert. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert. (2000). Derechos sociales fundamentales. En Miguel Carbonell y otros (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alexy, Robert. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), pp. 13 - 64.
- Alexy, Robert. (2003a). Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. En *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, Robert. (2003b). On balancing and subsumption: A structural comparison. *Ratio Juris*, 16(4), pp. 433 - 449.
- Alexy, Robert. (2006). Discourse theory and fundamental rights. En: Agustín Menéndez y Erik Oddvar (editores), *Arguing fundamental rights*. Países Bajos: Springer.
- Alexy, Robert. (2009). Sobre los derechos constitucionales a protección. En *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico europeo.
- Alexy, Robert. (2010a). *La teoría de la argumentación jurídica* (Manuel Atienza e Isabel Espejo, traductores). Lima: Palestra.
- Alexy, Robert. (2010b). The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, 23(2), pp. 167 - 182.
- Alexy, Robert. (2010c). La fórmula del peso. En *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Alexy, Robert. (2011). La doble naturaleza del derecho. En Carlos Bernal Pulido (editor), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra.
- Alexy, Robert. (2012). Rights and liberties as concepts. En Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (editores), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press.

- Antonelli, G. Aldo. (2012). Non-monotonic Logic. En Edward Zalta (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado el 13 noviembre de 2013 de: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/logic-nonmonotonic/>
- Asmus, Conrad y Restall, Greg. (2012). History of the Consequence Relation. En Dov Gabbay y John Woods (editores), *Handbook of the History of logic*, Vol. 11 (pp. 11 - 62). Oxford: Elsevier.
- Atienza, Manuel. (1987). Para una razonable definición de «razonable». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (4), pp. 189 - 200.
- Atienza, Manuel. (2004). Juridificar la Bioética. Una propuesta metodológica. En *Bioética, Derecho y Argumentación*. Lima-Bogotá: Palestra, Temis.
- Atienza, Manuel. (2010). A vueltas con la ponderación. En *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, (1), pp. 1 - 15.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (10), pp. 101 - 120.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ávila, Humberto. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Bazán, Luis y Madrid, Raúl. (1991). Racionalidad y razonabilidad en el derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 18(2), pp. 179 - 188.
- Benhabib, Seyla. (2006). El otro generalizado y el otro concreto. La controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría moral. En *El ser y el otro en la ética contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- Bernal, Carlos. (2006). On Alexy's weight formula. En Agustín Menéndez y Erik Oddvar (editores), *Arguing fundamental rights*. Países Bajos: Springer.
- Bernal, Carlos. (2010). La racionalidad de la ponderación. En Miguel Carbonell y Pedro Grández (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Bernal, Carlos. (2011). *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra.
- Büllesbach, Alfred. (1992). Enfoques de teoría de sistemas. En Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
- Burga, Angélica. (2011). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*, (47), pp. 253 - 267.
- Clérico, Laura. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, Universidad de Buenos Aires.
- Clérico, Laura. (2011). Los «casos» en el modelo de ponderación orientado por reglas. El modelo alexyano de la ponderación en comparación con el modelo «especificionista» de Moreso. En Carlos Bernal Pulido (editor), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra.

- Copi, Irving y Cohen, Carl. (2002). *Introducción a la lógica*. México D.F.: Limusa.
- Corredor, Cristina. (2011). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta.
- Diccionario de la lengua española* (23a ed.). (2014). Madrid: Real Academia Española. Disponible en: <http://dle.rae.es/>
- Dworkin, Ronald. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Espinoza, Juan. (2008). *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ferrajoli, Luigi. (2008). Principia iuris. Una discusión teórica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), pp. 393 - 434.
- Ferrajoli, Luigi. (2008). Sobre los derechos fundamentales. En Miguel Carbonell (editor), *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan. (2012). *Dos modelos de Constitucionalismo: Una conversación*. Madrid: Trotta.
- Figuroa, Alfonso. (2007). ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy. En Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Amado, Juan Antonio. (2007a) Derechos y pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo. En Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- García Amado, Juan Antonio. (2007b). El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Amado, Juan Antonio. (2012). Sobre ponderaciones. Debatido con Manuel Atienza. En Manuel Atienza y Juan A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, Temis.
- García Figuroa, Alfonso. (2007). ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy. En Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Figuroa, Alfonso. (2009). *Criaturas de la moralidad*. Madrid: Trotta.
- Giusti, Miguel y Tubino, Fidel (editores). (2007). *Debates de la ética contemporánea*. Lima: Estudios Generales Letras/Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Grández, Pedro. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. En Miguel Carbonell y Pedro Grández (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Grández, Pedro. (2013). La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.

- Habermas, Jürgen. (2010). *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (M. Jiménez Redondo, traductor) (6ta edición). Madrid:Trotta.
- Hage, Jaap. (2003). Law and defeasibility. *Artificial Intelligence and Law*, (11), pp. 221 - 243.
- Hart, H.L.A. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires:Abeledo-Perrot.
- Larenz, Karl. (2010). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona:Ariel.
- Lopera, Gloria Patricia. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Lopera, Gloria Patricia. (2010). *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*. En Miguel Carbonell y Pedro Grández (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Luther, Jörg. (2007). Razonabilidad y dignidad humana. *ReDCE*, (7), pp. 295 - 326.
- Marciani, Betzabé. (2004). *El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes*. Lima: Palestra.
- Martínez Zorrilla, David. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, Santiago. (2001). Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 03-06. Recuperado el 13 de abril de 2014 de: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html
- Morales, Félix. (2013). Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza. En: *Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 1*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Moreso, José Juan. (2001). In defense of inclusive legal positivism. Recuperado de: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-1/testi/moreso-testo.htm
- Moreso, José Juan. (2006). Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales. *Revista Direito GV*, 2(2).
- Moreso, José Juan. (2010). Conflictos entre Derechos Constitucionales y maneras de resolverlos. *ARBOR Ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXXVI(745).
- Patrón, Pepi. (2007). Iguales y diferentes: una ética atenta a la pluralidad de voces. En Miguel Giusti y Fidel Tubino (editores), *Debates de la ética contemporánea*. Lima: Estudios Generales Letras, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Portocarrero, Jorge. (2013). Racionalidad procedimental y ponderación de derechos fundamentales. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima, México D.F.: Palestra.
- Prieto Sanchís, Luis. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (4ta ed.). Madrid:Trotta.

- Rivers, Julian. (2007). Proportionality, discretion and the second law of balancing En: George Pavlakos (ed.), *Law Rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy*. Portland: Hart Publishing.
- Ródenas, Ángeles. (2012). *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Rubio, Marcial. (2013). *Nulidad y Anulabilidad*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sieckmann, Jan. (2003). Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments. *Artificial Intelligence and Law*, 11(2), pp. 211 - 219.
- Sotomayor, José Enrique. (2013). Sistemas expertos en el derecho: apuntes sobre un debate casi olvidado. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.
- Sunstein, Cass. (1996). *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press.
- Sunstein, Cass. (2007). Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. Recuperado el 15 de agosto de 2013 de: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/147.pdf>
- Touri, Kaarlo. (1989). Fundamental rights principles: disciplining the instrumentalism of policies. En Agustín Menéndez y Erik Oddvar (editores), *Arguing fundamental rights*. Dordrecht, Países Bajos: Springer.

COMENTARIOS

Heber Campos Bernal

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

El trabajo de Enrique Sotomayor y Noemí Anci intitulado «Hacia un modelo ponderativo especificacionista de ponderación entre principios» es una estupenda muestra del tipo de trabajos que debemos alentar y apoyar en nuestra facultad. Se trata de un trabajo riguroso, bien documentado y con un planteo inteligente que, ojalá, más temprano que tarde, pueda ser publicado en su versión original, para satisfacción no solo de sus autores, sino de la comunidad académica en su conjunto.

Conozco personalmente a Enrique y Noemí, por lo que puedo dar fe de su compromiso con la docencia y la investigación académica. Son dos excelentes investigadores jóvenes que, seguramente, de seguir en la senda iniciada con este trabajo, realizarán aportaciones valiosísimas para la comprensión y la práctica del derecho en nuestro país.

I.

El trabajo de Enrique y Noemí desarrolla una relectura del test de proporcionalidad de Alexy a la luz de las observaciones de algunos de sus más destacados críticos¹. A efectos de aclarar el argumento desarrollado en su trabajo, dividiré mi explicación en tres partes: (a) la primera se relaciona al planteo de Alexy del test de proporcionalidad; (b) la segunda se relaciona a las críticas en su contra avanzadas por José Juan Moreso y David Martínez Zorrilla; y (c) la tercera se relaciona a la reconstrucción —metodológica y teórica* del test de proporcionalidad alexyano, desarrollado por ambos autores a partir de dichas críticas.

I.1.

Alexy considera que, si bien los principios son normas que adolecen de vaguedad y ambigüedad, pueden ser interpretados y aplicados de forma objetiva mediante una estrategia argumentativa a la que denomina el test de proporcionalidad. Este test —y es bueno resaltarlo— no es una invención de Alexy, sino una reconstrucción de los pasos seguidos por la Corte Constitucional Alemana para resolver las colisiones entre principios. El test de proporcionalidad en el planteamiento de este autor se compone de tres pasos o subtests: (i) el juicio de idoneidad, (ii) el juicio de necesidad, y (iii) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto².

* Abogado y Magister en Ciencia Política y Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Candidato a Master en Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Universidad de Génova (Italia). Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la PUCP:

- 1 El texto que, a nuestro juicio, mejor describe y explica estas críticas es Bernal, Carlos. (2003). *El principio de proporcionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Junto con este importante trabajo, destaca también Carbonell, Miguel y Grández, Pedro (coordinadores). (2010). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- 2 Alexy, Robert. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

El juicio de idoneidad, en pocas palabras, consiste en determinar si existe una relación lógica (de adecuación formal) entre el fin de una medida y el medio elegido para su realización práctica. Se trata, por decirlo de alguna manera, de una relación de medio a fin. En palabras de los autores: «Una medida, M, es idónea cuando se encuentra en capacidad de generar un beneficio en uno de los principios analizados, cuantificable como un desplazamiento desde un punto X hacia un punto mejor que el anterior ($X + n$). El análisis de perjuicio o detrimento (y su cuantificación) en uno o más principios en contrario no pertenece al subtest de idoneidad»³. Un ejemplo puede ayudar a comprender en qué consiste este subprincipio: hipotéticamente, la Municipalidad de Lima aprueba una ordenanza que prohíbe la circulación de autos en Lima con la finalidad de evitar accidentes de tránsito. Para saber si esta medida supera el test de idoneidad se tiene que identificar si entre ella y el fin para el que fue creada existe una relación lógico-causal, es decir, si es posible determinar que, si se prohíben los autos en Lima, no se producirán accidentes de tránsito. Y lo que encontramos es que, en efecto, si una medida como esta fuera aprobada, entonces, no habría accidentes en Lima.

El juicio de necesidad, por su parte, consiste en determinar, en el ejemplo presentado, si una medida, «prohibir la circulación de autos en Lima», es, de entre todas las medidas idóneas posibles, la menos lesiva de los derechos que podrían entrar en conflicto con ella, esto es, el derecho a la propiedad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, etc.

Por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en palabras de Alexy, busca que: «cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro»⁴. La forma como se determina si, en efecto, una medida supera este subtest es a través de la denominada fórmula del peso, la cual, como señala Carlos Bernal, tiene la función de establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión⁵.

1.2.

Ahora bien, el planteamiento de Alexy ha sido objeto de diversas críticas. En el contexto del trabajo de Enrique y Noemí, destacan las críticas avanzadas por José Juan Moreso y David Martínez Zorrilla. Ambos autores se hallan profundamente comprometidos con el positivismo metodológico de Hart, por lo que algunas de sus observaciones se basan en cuestionar el contenido iusfundamental de la teoría del derecho de Alexy que subyace al test de proporcionalidad.

A efectos de la exposición que quiero llevar adelante, abordaré, entonces, las críticas de ambos autores por separado.

1.2.1.

Moreso considera que el test de proporcionalidad alexyano adolece de diversos problemas y vacíos —conceptuales y metodológicos. En su opinión, Alexy se equivoca al sostener que el test de proporcionalidad es un instrumento suficiente para dotar de claridad y objetividad a la interpretación y aplicación de los principios. Por ello, en su lugar, propone lo que denomina un modelo especificacionista. Este modelo consiste en incorporar una serie de elementos que, por

3 Sotomayor, Enrique y Ancí, Noemí. (En prensa). *Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios*. Lima: CICAJ, p. 7.

4 Alexy, Robert. (2010c). La fórmula del peso. En *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, p. 15.

5 Bernal, Carlos. (2010). La racionalidad de la ponderación. En Miguel Carbonell y Pedro Grández (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, p. 50.

caso, Alexy deja de lado. Para Moreso, la interpretación y aplicación de los principios, para ser válidas, deberían observar las siguientes pautas y criterios:

- (i) El primer paso consiste en la delimitación del problema normativo, o, como lo llaman Alchourrón y Bulygin, el universo del discurso. El objetivo de este paso es hacer el conflicto más manejable para el operador jurídico.
- (ii) El segundo paso consiste en identificar las pautas (principios) que, *prima facie*, son aplicables al caso. Solo cabe agregar que el modelo base de un conflicto supone dos pautas aplicables de forma contradictoria a un caso determinado. Mientras que la operación del modelo a este nivel es bastante sencilla, a medida que crece el número de pautas *prima facie* aplicables al caso, crece también la complejidad del análisis posterior.
- (iii) Luego, el tercer paso consiste en traer a colación un conjunto de casos paradigmáticos reales o hipotéticos que puedan ocurrir al interior del universo del discurso. Este paso se encuentra en una relación cercana con el establecimiento de ciertas propiedades relevantes que ahora se verán.
- (iv) La cuarta etapa del análisis consiste en establecer un conjunto de propiedades relevantes dentro del universo del discurso. Precisamente, este paso se lleva a cabo muy de cerca con el paso (iii) porque a partir del universo de propiedades relevantes (UP), podemos elaborar, sobre la base de sus distintas combinaciones, un universo de casos que agoten las posibilidades de expresión del conflicto (UC o universo de casos)⁶.
- (v) Finalmente, el quinto y último paso de la metodología consiste en la formulación de un conjunto de reglas que resuelvan de modo unívoco todos los casos del universo del discurso (UD)⁷.

1.2.2.

David Martínez Zorrilla, en la misma línea de Moreso, considera que el test de proporcionalidad deja muchos problemas sin resolver. En su opinión, dicha propuesta permite que los jueces encubran sus prejuicios sobre la base de un método que, si bien pretende ser objetivo, en la práctica no llega a cumplir ese objetivo. En opinión de este autor, el test alexyano no toma en cuenta que al menos uno de sus subprincipios —el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto— se halla sujeto a los prejuicios y discrecionalidad de sus intérpretes. Martínez Zorrilla considera, en ese sentido, que «la teoría alexyana adolece de criterios para determinar el grado de afectación o promoción de un derecho. Es decir que más allá de consideraciones generales basadas en su teoría de la argumentación, la teoría de la ponderación de Alexy no aporta criterios de justificación en la asignación de pesos a los principios en conflicto»⁸.

6 Esta precisión se debe a la reelaboración de Martínez. Véase Martínez Zorrilla, David. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, p. 206.

7 Sotomayor, Enrique y Ancí, Noemí. (En prensa). *Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios*. Lima: CICAJ, p. 17.

8 Sotomayor, Enrique y Ancí, Noemí. (En prensa). *Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios*. Lima: CICAJ, p. 16.

1.2.3.

Enrique y Noemí, por su parte, plantean una mirada o salida intermedia entre el test de proporcionalidad y las críticas vertidas en su contra. Sostienen, en esa medida, que es posible arribar a un modelo ponderativo-especificacionista. Este modelo mantiene el aliento argumentativo de la propuesta alexyana, pero no incurre en sus errores. La propuesta de Enrique y Noemí incorpora los dos pasos del test de proporcionalidad: el juicio de idoneidad y de necesidad, y reemplaza el tercero, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por la fórmula avanzada por Moreso, según la cual resulta necesario identificar propiedades relevantes y casos paradigmáticos para interpretar y aplicar los principios.

De esta forma, sostienen Enrique y Noemí, los jueces, al momento de resolver las colisiones entre principios, recurrirán al test de proporcionalidad solo cuando estos no hayan sido objeto de ponderación en el pasado, o, si lo hubieran sido, cuando no se haya considerado alguna (o algunas) de sus propiedades relevantes. Las ventajas de un planteamiento como este, sostienen, son de dos tipos: por un lado, se optimiza (entendiendo este término como «se mejora», «se corrigen sus limitaciones») el test de proporcionalidad; y, por el otro, se garantiza la seguridad jurídica y la certeza en el derecho. Los jueces pueden seguir utilizando el test de proporcionalidad para resolver las colisiones entre principios, pero tomando en cuenta las ponderaciones que, a su vez, otros jueces han realizado en el pasado. De este modo, sus decisiones, más que un invento, han de ser producto de una interpretación evolutiva en la que, como se verá a continuación, la práctica constitucional y el diseño institucional juegan un rol decisivo.

II.

Ahora bien, tras exponer, aunque someramente, los rasgos más saltantes de la investigación de Enrique y Noemí, me permitiré hacer algunas observaciones críticas al respecto. Debo indicar que estas observaciones en nada pretenden desmerecer el excelente trabajo de ambos, sino, más bien, introducir algunos elementos para su discusión y análisis.

Las observaciones que deseo hacer son, en esa medida, las siguientes: (a) considero que el trabajo de Enrique y Noemí obvia, quizá deliberadamente, el escenario institucional en el que se inscribe; y (b) considero que la actual práctica del derecho, por lo menos en nuestros países, no se puede entender al margen de la práctica que realizan las cortes y tribunales internacionales de derechos humanos.

2.1.

La primera observación que tengo se relaciona, en ese sentido, con la finalidad de la investigación de Enrique y Noemí. Ellos sostienen que, a través de la fórmula ponderativo-especificacionista se evitan los problemas asociados con el test de proporcionalidad de los que ya se ha hablado, y se optimizan sus ventajas mediante la identificación de propiedades relevantes y casos paradigmáticos. Su trabajo busca identificar un método que permita superar los problemas del test alexyano y, al mismo tiempo, potenciar sus virtudes. Así, de lo que se trata no es de rechazar por completo el test de proporcionalidad de Alexy, sino de llamar la atención sobre algunos problemas que, a la luz de los aportes de Moreso y Zorrilla, podrían ser resueltos.

Sin embargo, el planteamiento de Enrique y Noemí no toma en cuenta, pienso, un problema de la mayor importancia, y es que, en nuestro medio, el único órgano que podría verse afectado por una propuesta de este tipo sería el Tribunal Constitucional. Este Colegiado, como se sabe, es el responsable de llevar a cabo el control concentrado de constitucionalidad de las

leyes y de interpretar con carácter vinculante la Constitución. Los jueces ordinarios, a diferencia del Tribunal Constitucional, están impedidos de emitir precedentes. Esto hace que, al margen de que pongan en práctica este modelo, sus decisiones no puedan influir en las que adopten, a su vez, otros jueces.

De lo anterior, entonces, se desprende una paradoja: ¿qué sucede si el TC, en lugar de ser consistente con su jurisprudencia previa, resuelve los casos que son puestos a su consideración en base a razones prudenciales o a argumentos extrajurídicos? La respuesta parece obvia: nada. Al margen de que el TC cuente con una herramienta como el modelo ponderativo especificacionista, no tiene la obligación de seguir su línea jurisprudencial pasada. De hecho, el Perú, esa parece haber sido la nota característica de su práctica interpretativa.

El punto es que en el país no hay una práctica constitucional sólida. No se han establecido ni *leading cases* ni precedentes que se mantengan en el tiempo. Al contrario, lo que hay, más bien, es algo muy diferente: una práctica constitucional pobre, que recién, tímidamente, intenta delinear sus contornos básicos. Esperemos que esta se asiente para determinar si un modelo como el avanzado por Enrique y Noemí puede tener cabida en ella.

2.2.

La segunda observación que tengo se relaciona con la anterior en el sentido de que aun si el TC pudiera disciplinar su práctica jurisprudencial en virtud del test propuesto, eso no libera de los problemas que se desprenden de la práctica desarrollada por las cortes internacionales de derechos humanos. Estas, como se sabe, interpretan normas convencionales de derechos humanos, las cuales, a la luz del bloque de constitucionalidad, poseen rango constitucional en el sistema jurídico peruano. Esto hace, por tanto, que sus decisiones sean de aplicación vinculante en nuestro sistema jurídico.

Siendo ello así, parece inevitable preguntarse hasta qué punto resulta realista limitar la actividad jurisprudencial de estas altas cortes sobre la base de lo propuesto por Enrique y Noemí. A nuestro modo de ver, ello resulta muy difícil, y esta situación se agrava por la dependencia que existe entre la práctica jurisprudencial de los tribunales locales y la de las cortes internacionales. En el mismo sentido, no puede perderse de vista la tensión política que subyace a la misma y que se expresa, por caso, en la renuencia de los Estados a acatar las decisiones de la justicia internacional, y de las cortes locales de interpretar las normas en función de la doctrina convencional.

Solo para terminar, mi comentario busca incorporar en el debate un elemento que, a decir verdad, el trabajo de Enrique y Noemí no pretendía ni deseaba incorporar: el de la práctica interpretativa de nuestros tribunales. El único propósito de esta incorporación es resaltar un aspecto que también está presente en la reflexión que hizo Alexy del test de proporcionalidad: que la certeza, entendida en un sentido fuerte, no existe en el derecho. Esto no quiere decir que la interpretación y la aplicación de las normas no deban (o no puedan) propender a ese ideal regulativo, sino que en él intervienen también otros elementos o consideraciones valorativas.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Pocos meses antes de sustentar la tesis de pregrado en la que se basa “Hacia un modelo ponderativo especificacionista de ponderación entre principios”, el Grupo de Investigación en Epistemología Jurídica y Estado Constitucional (GIEJEC) —a través de Betzabé Marciani— nos formuló una invitación para exponer algunas de las conclusiones extraídas del tercer capítulo de dicho trabajo. Dicha discusión, en la que participaron los profesores Joel Campos, César Higa y Rocío Villanueva, resultó fundamental no solo para que formulemos correcciones sobre la sección expuesta y discutida, sino que nos brindó nuevas pistas para volver a la sección más analítica del trabajo, precisamente aquella en la que se basa el artículo ahora publicado. Hacemos esta larga referencia anecdótica sobre la génesis de distintas secciones de nuestro trabajo porque permite graficar cierta tensión que existe en la teoría del derecho contemporánea a la hora de afrontar problemas de investigación. Ello ocurre, desde nuestro punto de vista, porque al igual que en otras ramas de la filosofía, la filosofía y teoría del derecho constituyen un terreno de disputas teóricas y metodológicas que determinan los resultados a los que arriban los autores e investigadores. En lo sucesivo, tomaremos estas primeras reflexiones para plantear respuestas sobre los interesantes comentarios y críticas del profesor Joel Campos.

I.

Resulta importante comenzar por la última observación que Joel Campos formula en sus comentarios. En esta observación final, él plantea un esbozo de recompreensión discursivo-argumentativa del concepto de certeza, vinculado cotidianamente (es decir, en la práctica de operadores jurídicos y abogados) con el principio de seguridad jurídica. Desde este enfoque, resulta bastante clara la vinculación de las teorías analíticas y lógicas del derecho con una visión del principio de seguridad jurídica en el que se limita la arbitrariedad ideológica de los aplicadores del derecho. Precisamente, los modelos de sistemas normativos de autores como Alchourrón y Bulygin se aproximan —desde nuestro punto de vista— a la construcción de marcos teóricos y metodológicos en los que la aplicación de las normas a los casos concretos se simplifica y se hace más prístina, y, con ello, se limita la arbitrariedad. Esto último, además, y en palabras de Ferrajoli (2011), constituye una forma de garantizar los ideales políticos del liberalismo clásico¹.

Sin embargo, algunas de estas afirmaciones pueden conducir al error y es necesario moderarlas con algunos comentarios. En primer lugar, es evidente que los autores de corte más analítico no son ingenuos, y no creen realmente que es posible desaparecer la cuota de argumentación y la incorporación de ideologías jurídico-políticas a la hora de resolver casos en el derecho. Más aun, algunos de los aportes más resaltantes en la teoría del derecho de corte analítico se han dirigido a hacer explícito el espacio de discrecionalidad del que gozan los

¹ Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), p. 15 - 53.

aplicadores del derecho. Es imposible, en este punto, dejar de hacer referencia a la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad que ensaya (si con éxito o no es aún objeto de discusión) Hart en *El concepto del Derecho* (1968) y otras obras, o la ya clásica distinción entre norma y disposición normativa defendida —por poner solo un ejemplo— por la escuela genovesa de raigambre realista.

Sin embargo, una crítica que sí resulta bastante válida —y a la que entendemos que apuntan los comentarios de Joel Campos— consiste en afirmar que la desvinculación (y hasta el desdén) por los problemas ético-morales vinculados al derecho (y, en especial, al derecho constitucional) es un sello distintivo de algunos autores analíticos tanto de adhesiones positivistas (blandas y duras) como realistas. Evidentemente, la anterior afirmación no es categórica y absoluta, pues autores como Joseph Raz se han dedicado con igual fruición a problemas de corte más analítico, como de otros de corte más ético-político².

Es común en algunas escuelas contemporáneas de teoría del derecho la adhesión a teorías escépticas o hasta emotivistas éticas. En otros casos, los problemas éticos y morales son reservados a disciplinas con vocación más abstracta, como la metaética, como ocurre en algunas de las discusiones que ha planteado Luigi Ferrajoli, y que en nuestro medio afrontó con notable claridad el profesor Félix Morales³.

Volviendo a los comentarios de Joel Campos, este desdén por el plano ético-político ha venido de la mano con una defensa fuerte del ideal de certeza, en la medida que este pueda ser defendido, pues cada vez que se deja lugar para las argumentaciones ético-políticas, se deja con ello la puerta abierta para el ingreso de ideología, prejuicios e irracionalidad entre los tomadores de decisiones. Entonces, frente a ello, cabe la pregunta de si el panorama es realmente así. Alexy es uno de los autores que ha tratado de tender puentes entre los problemas más analíticos de la teoría del derecho y aquellos de corte ético-político. Su defensa no es solitaria y ha venido acompañada en la tradición anglosajona por autores como Ronald Dworkin o John Finnis, y, en el medio iberoamericano, por autores como Atienza y Ruiz Madero (entre muchos otros). Desde el punto de vista de los autores de esta segunda tradición, es posible plantear un control racional de la actividad argumentativa, aun cuando ella lidie en el plano jurídico con principios, con valores éticos o con conceptos jurídicos indeterminados. Tomando el vocabulario discursivo propuesto por Jürgen Habermas —otro de los autores que ha buscado tender puentes entre tradiciones filosóficas— es posible afirmar que, así como las proposiciones en el ámbito del lenguaje común plantean una pretensión de verdad, los valores en el ámbito de la moral plantean una pretensión de corrección, concepto sobre el cual se construye la teoría alexyana del derecho.

Es posible, entonces, abandonar la obsesión por la certeza y reemplazarla por una pretensión de corrección que demanda —como no puede ser de otra forma— una re-comprensión del principio de seguridad jurídica. Aquí apenas podemos hacer una breve referencia a un reciente trabajo de Isabel Lifante en el que se plantea una distinción entre

2 Ejemplo de lo primero lo tenemos en artículos como Raz, J. (2004). Can there be a Theory of Law? En M. Golding y W. Edmondson (editores), *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*. Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=1010287>. Entre lo segundo tenemos, por ejemplo, los varios ensayos publicados en Raz, J. (1995). *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Recuperado de: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198260691.001.0001/acprof-9780198260691>.

3 Morales, F. (2013). Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza. En *Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 1*. Lima: CICAJ, PUCP.

predictibilidad y seguridad jurídica. A partir de dicha distinción, Lifante construye un concepto sustantivado de seguridad jurídica en el que ya no prima una lectura descontextualizada de las reglas del derecho, sino una visión de conjunto que incorpora valores y principios constitucionales, pero también trozos de una cultura jurídica dada al momento de interpretar las reglas y principios del derecho (conceptos que harían huir a aquellos obsesionados con la certeza absoluta, que, desde nuestro punto de vista, pueden comprenderse como meros formalistas jurídicos)⁴. Precisamente, comprendemos el aporte del modelo ponderativo-especificacionista como una suerte de marco metodológico —aún bastante imperfecto— a partir del cual se hace posible incorporar razonamientos que toman lo mejor de una tradición lógico analítica (aislamiento de sistemas normativos y extracción de consecuencias lógicas de las interacciones entre pautas *prima facie* aplicables) y los conjugan con la riqueza del análisis discursivo que no teme el razonamiento con principios y valores constitucionales y políticos. Tomando —tal vez tendenciosamente— las palabras del profesor Joel Campos, hemos tratado de construir un modelo intermedio que aspira a funcionar como un estándar de control de racionalidad para las decisiones que afrontan conflictos entre principios.

II.

El segundo comentario que planteamos se refiere a la crítica que Joel Campos formula en el punto 2.1. de su ensayo. La crítica en este punto es acertada, pues compartimos la preocupación expresada respecto de la débil tradición judicial y de interpretación constitucional en nuestro medio. En efecto, los jueces pueden seguir precedentes —desde nuestro punto de vista— por dos razones distintas, que corresponden con dos formas de poder también divergentes: por razones autoritativas, es decir, porque el tribunal que dictó el precedente es de mayor jerarquía y ello obliga a seguir su jurisprudencia que goza de la calidad de precedente vinculante; o por razones constitutivas. En esta segunda vertiente, el tribunal que reproduce el precedente reproduce con ello un fragmento de práctica constitucional por el cual se comparte una determinada visión sobre la distribución de derechos y deberes en una sociedad dada. En otras palabras, cada vez que un juez se adhiere a un precedente por razones constitutivas, se convence de las buenas razones esbozadas en jurisprudencia precedente, y así se constituye activamente (es decir, participa) en la construcción de una tradición o lectura dada sobre los derechos fundamentales y principios constitucionales o, en términos dworkinianos, participa como el autor de un nuevo capítulo de una novela en cadena.

Con estos apuntes preliminares, podemos volver al problema metodológico que plantea nuestro trabajo. Diremos, entonces, que el nuevo caso puede ameritar una misma respuesta cuando el juez comparte (i) la convicción de que el universo del discurso ha sido adecuadamente delimitado; (ii) la afirmación de que el caso nuevo presenta el mismo conflicto inter principios respecto de un caso anterior (es decir que no hay principios —en este nuevo caso— que merezcan atención, y que no fueron tomados en cuenta antes); (iii) la argumentación sobre las pautas *prima facie* o reglas propuestas para resolver el caso, lo que solo será posible cuando el juez del primer caso hubiese argumentado cada una de estas reglas, empleando para ello tanto razones jurídico autoritativas, práctico-morales y hasta consecuencialistas; y, finalmente, (iv) la valoración sobre el equilibrio de principios y/o derechos fundamentales planteada por

4 Lifante, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), p. 103.

el juez a cargo de resolver el caso anterior. Si las cuatro condiciones precedentes se dan en el nuevo caso, el juez participa y constituye el espacio de razones de la práctica constitucional, y no queda excluido de este debido a que fue obligado por el precedente. En caso contrario, es decir, cuando el precedente es puro poder autoritativo, el juez del nuevo caso es dominado por un precedente que podría no compartir. Para continuar con la metáfora dworkiniana, en esta segunda vía no tenemos al autor activo de un nuevo capítulo de una novela en cadena, sino al escribano a cargo de la reproducción textual de un texto ya escrito y del cual este no ha participado. En conclusión, no podemos estar más de acuerdo con Joel Campos sobre el punto: en un entorno con una práctica constitucional endeble y sin líneas jurisprudenciales consolidadas sobre la base de la legitimidad (y no de la autoridad) de las resoluciones, es muy difícil que cualquier modelo metodológico florezca y se desarrolle.

III.

El comentario final que plantearemos, se vincula con la crítica y observación que Joel Campos nos formula en el punto 2.2. de su ensayo. Aquí se aborda el problema de las limitaciones del modelo metodológico propuesto respecto de las sentencias, observaciones e informes de cortes internacionales de derechos humanos, comisiones de expertos, etc. El problema es harto complejo pues implica —como trataremos de mostrar— una matización de las tesis defendidas en el punto anterior de este ensayo de réplicas.

Tal vez resulte conveniente partir por la pregunta de cuáles son las razones por las cuales los abogados estudian y emplean estándares internacionales, o hacen referencia a sentencias de cortes internacionales en materia de derechos humanos. Desde el punto de vista de un abogado litigante (¿el *bad-man* de Holmes?), los tratados sobre derechos humanos y algunas interpretaciones sobre el contenido de dichos derechos por parte de cortes internacionales constituyen derecho positivo, al igual que cualquier principio o derecho fundamental recogido en la constitución. Ello —evidentemente— libera al abogado litigante de plantearse preguntas de fundamentación, que son las que preocupan a los investigadores que se aproximan al problema desde un punto de vista teórico. Desde esta segunda perspectiva, sin embargo, uno de los problemas principales consiste en la legitimidad de las decisiones de cortes internacionales para normar y ordenar la práctica constitucional o judicial interna. Si ya, a nivel interno, se han formulado fuertes críticas contra el «elitismo» judicial por parte de teorías críticas, como la del constitucionalismo popular (véase, por ejemplo, el análisis de Gargarella⁵), resulta claro que una sentencia de, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfrenta a problemas de legitimidad, a primera vista, mayores. La respuesta a este problema demanda —desde nuestro punto de vista— un paso atrás en el planteamiento que esbozamos en II.

Decíamos en II que los jueces pueden afrontar la jurisprudencia anterior desde el punto de vista autoritativo —son soluciones a casos a las cuales se debe adherir, más allá de que resulten convincentes o no— o desde el punto de vista constitutivo, como cuando el juez del nuevo caso participa activamente de los argumentos, validando o legitimando su pertinencia y corrección normativa. Pues bien, la práctica de los derechos humanos contemporánea exige que, en muchos casos, las cortes nacionales e incluso la práctica de los gobiernos se adecue a

5 Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición.

estándares internacionales, sin que sea un requisito que los jueces o poderes nacionales participen (constituyan) el espacio de las razones por las cuales estas decisiones fueron adoptadas. Eso significa que, en todo caso, en un modelo complejo de interacción jurisdiccional (nacional-internacional) conviven tanto razones autoritativas como de corrección; conviven obligación y participación. Ello no es privativo de la interacción entre cortes internacionales de derechos humanos y cortes nacionales pues, si se ve con atención, es la misma relación que se establece entre los precedentes vinculantes que emite en nuestro país el Tribunal Constitucional respecto de los tribunales de menor jerarquía.

Lo interesante de ello, desde el punto de vista teórico, es que nos pone frente a una vieja discusión de la filosofía jurídica, que consiste en el deber de obediencia al derecho. Immanuel Kant sostenía, sobre este punto, que se debe obedecer al derecho —en general, y a pesar de que su seguimiento arribe a resultados injustos en algunos casos— porque los beneficios totales de este comportamiento son mayores que los del no seguimiento del derecho (véase el excelente análisis de Westphal⁶ al respecto). En su lugar, uno de los elementos centrales de la Ilustración consistía en la facultad de formular críticas de las instituciones existentes. Si ello se traslada a nuestra discusión, vemos que el concepto de práctica constitucional no involucra solo a los jueces o colegiados que ejercen función jurisdiccional, sino que involucra a la comunidad jurídica compuesta por abogados litigantes, estudiantes de derecho y académicos. Los estándares de cortes internacionales han de ser seguidos, pero si derivan en una débil protección de los derechos o en resultados incompatibles con los órdenes constitucionales nacionales, o incluso si imponen cargas excesivas sobre los estados encargados de su cumplimiento, pueden ser criticados y corregidos. Nuevamente, el concepto central para comprender esta interacción compleja es el de legitimidad. En la medida, por ejemplo, de que los órganos que permiten el funcionamiento del derecho internacional ofrezcan espacios de apertura cognitiva⁷ para recoger las opiniones de los estados parte, de organizaciones de la sociedad civil o de académicos especialistas, el derecho internacional de los derechos humanos deja de depender de su carácter autoritativo y su legitimidad descansa en premisas discursivas. En todo caso, el modelo metodológico propuesto permite la interacción de decisiones adoptadas tanto por razones puramente autoritativas (al que llamaríamos el peor escenario) como en aquellos otros casos en los que el juez del nuevo caso participa del espacio de las razones por el que se adopta una decisión.

Evidentemente, estos primeros apuntes sobre el tema requieren de una reflexión y tratamiento mucho más profundo del que permiten estas líneas. Por ahora, la única conclusión a la que podemos arribar consiste en que sistemas de interacción nacional-internacional demandan una propuesta compleja a dos niveles del modelo ponderativo-especificacionista. Si ello, a su vez, requiere de correcciones o ajustes a la propuesta, es algo que queda pendiente por investigar.

6 Westphal, K. (1992). Kant on the State, Law, and Obedience to Authority in the Alleged 'Anti-Revolutionary' Writings. *Journal of Philosophical Research*, (17), pp. 383 - 426.

7 Véase Luhmann, N. (1992). Operational closure and structural coupling: The differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, (13), pp. 1419 - 1441. También Ancí, N. y Sotomayor, J. (2014). *El problema de los empates ponderativos en Robert Alexy: dos propuestas de solución*. Lima: Tesis PUCP.

Consideramos pertinente concluir estos comentarios con un agradecimiento al profesor Joel Campos, gran amigo y persona con quien hemos tenido la oportunidad de discutir sobre estos y otros temas durante los ya varios años en que nos conocemos. Asimismo, consideramos pertinente extender el agradecimiento a Betzabé Marciani, quien fuera nuestra asesora de tesis y quien es capaz de ser corrosivamente crítica y cordial a la vez (tal vez un oxímoron), a Gorki González, quien nos introdujo a las complejidades de la teoría y filosofía del derecho hace ya varios años, y a Leandro Cornejo, con quien podemos conversar de temas como los de este artículo incluso en las situaciones más extrañas e inoportunas. A todas estas personas les guardamos el mayor de los aprecio.