

SOBRE “CASOS” Y PONDERACIÓN. LOS MODELOS DE ALEXY Y MORESO, ¿MÁS SIMILITUDES QUE DIFERENCIAS?*

On “Cases” and Balancing. Alexy’s and Moreso’s Models,
More Similarities than Differences?

Laura Clérico

Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Investigadora del CONICET

Resumen

El propósito del trabajo es rescatar la importancia de los casos en el modelo de la ponderación alexyano, la cual, a mi entender, quedó opacada por su preocupación por el desarrollo de la ponderación como forma de argumento. Esto permitirá compararlo con la versión que desarrolla Moreso a través de los casos paradigmáticos y mostrar que ésta guarda con el modelo de Alexy más parecidos de familia que diferencias. Se concluye que ni el modelo de Alexy está tan abocado al particularismo como a veces se asume, ni el de Moreso es tan definicional como pretende.

Palabras clave

Casos, ponderación, Alexy, Moreso.

Abstract

This article retrieves the relevance of cases within Alexy’s balancing theory, which in my opinion has been over-shadowed by his focus on the development of balancing as a rational form of argument. This allows for a comparison with Moreso’s paradigmatic cases model, which, it will be argued, has more resemblances than differences with Alexy’s model. The conclusion is that Alexy’s theory is not as particularistic as it is sometimes assumed, nor Moreso’s model is as definitional as the author claims it to be.

Keywords

Cases, balancing, Alexy, Moreso.

* Agradezco a Martín Aldao, Paula Gaido, Leticia Vita, Federico De Fazio, Jan Sieckmann y a los evaluadores anónimos por los comentarios y críticas a este escrito.

En un escrito reciente, Alexy vuelve la mirada sobre los “casos”. Se plantea si las operaciones básicas en el derecho son dos o tres, es decir, la subsunción y la ponderación, o si además debe ser incluida la analogía/comparación.¹ Así la forma de aplicación de las reglas sería la subsunción, la de los principios la ponderación y la forma de aplicación de los casos la comparación. Cada una de estas formas de aplicación se correspondería con los conceptos de reglas, principios y casos.

Sin embargo, el análisis de los casos como una de las formas de aplicación del derecho se encontraba ya presente como forma de argumento en sus escritos de juventud, más precisamente en la *Teoría de la argumentación jurídica*. El “caso” aparecía como “precedente” y como una forma de argumento especial del discurso jurídico. Esta forma de argumento estaba más relacionada con la subsunción que con la ponderación, que era incluida, aunque de manera embrionaria, en este trabajo.² La relación entre la ponderación y la comparación de casos aparece con mayor fuerza en la *Teoría de los derechos fundamentales* y, según entiendo, en la ponderación reconstruida como un “modelo de la ponderación orientado por reglas”. Según sostendré, el modelo de la ponderación en Alexy no opera frente a cada una de las colisiones de derechos desprovisto de toda atadura, sino que es un modelo de la ponderación fuertemente orientado por reglas, entre otras, por *reglas-resultados de anteriores ponderaciones* que bien pueden ser reconstruidas como una *red de casos*.³

¹ R. Alexy, “Two or Three?”, *ARSP*, núm. 119, 2010, pp. 9-18; véase, además, R. Alexy, “Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung”, en *ARSP*, núm. 100, 2005, pp. 47-66; R. Alexy, “Grundrechte und Verhältnismäßigkeit”, en Schliesky/Ernst/Schulz (ed.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*, Heidelberg 2011, pp. 3-15 [traducción al español de Jorge A. Portocarrero Quispe: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 91, 2011, pp. 11-29, nota al pie 17.

² Véase, sin embargo, estudios de Alexy sobre la ponderación en otros autores, R. Alexy, “R. M. Hares Regeln des moralischen Argumentierens und L. Nelsons Abwägungsgesetz”, en P. Schröder (ed.), *Vernunft, Erkenntnis, Sittlichkeit. Internationales philosophisches Symposium aus Anlaß des 50. Todestages von Leonard Nelson*, Hamburgo, 1979, pp. 95-122.

³ Véase L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001, cap. 3. [en español: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, cap. 3].

Así, en este artículo no discutiré si el derecho está conformado sólo por reglas, principios y/o casos, entre otros elementos. Me basta con presuponer que las reglas, los principios y los casos son elementos del modelo de la ponderación pues, precisamente, el objetivo del trabajo es reconstruir en qué tipo de relación se encuentran. Tampoco discutiré en este artículo si la subsunción, la ponderación y la comparación son tres formas básicas de aplicación del derecho: me basta con suponer que son importantes formas de aplicación. *Mi propósito es rescatar la importancia de los casos en el modelo de la ponderación alexyano, la cual, a mi entender, quedó opacada por su preocupación por el desarrollo de la ponderación como forma de argumento.*

Para desarrollar esta tesis analizo primero la relación entre la ponderación y la comparación de casos en el modelo de resolución de conflictos de derechos fundamentales en Alexy para reconstruirlo como un modelo de la ponderación orientado por reglas. Luego la comparo con la versión que intenta desarrollar Moreso⁴ a través de los casos paradigmáticos, para concluir que son más los parecidos de familia que las diferencias entre éste y el modelo desarrollado a partir de la propuesta de Alexy. Con esto muestro que ni el modelo de Alexy está tan abocado al particularismo como se lo quiere presentar ni que el de Moreso es tan definicional como pretende, en tanto asume como obvio o indiscutible lo que justamente conforma el objeto de la argumentación en los conflictos sobre derechos constitucionales.

I. El lugar de los “casos” en la teoría de Alexy: ¿hacia una periodización?

La importancia del caso relacionado con la forma de aplicación del derecho aparece en Alexy en tres momentos distintos que develan desarrollos teóricos diferentes que el autor presenta con carácter acumu-

⁴ J. Moreso, “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism”, *Ratio Juris*, 25, 2012, pp. 31-46; J. Moreso, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, septiembre-octubre, 2010, pp. 821-832, 824; J. Moreso, “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, en *Revista Direito GV*, jul.-dic. 2006, pp. 13-30, 18.

lativo. Los casos aparecen en la *Teoría de la argumentación jurídica*⁵ como una forma de argumento, el argumento del precedente, pero teniendo como trasfondo aún el modelo de la subsunción como modelo dominante, aunque limitado, de aplicación del derecho. Luego aparecen en la *Teoría de los derechos fundamentales*, según interpreto, como una forma de evitar la ponderación. En el trasfondo de esta obra el modelo de la subsunción aparece superado por el modelo de la ponderación para la resolución de los conflictos de derechos constitucionales. En un tercer momento y con un alto nivel de abstracción, el tema es retomado por Alexy en su escrito “Two or Three?”, donde presenta la comparación de casos como la tercera forma básica de aplicación del derecho, junto con la subsunción y la ponderación.⁶ Dejaré de lado este último desarrollo, pues a los efectos de la comparación con la propuesta de Moreso alcanza con los dos primeros.

1. Los “casos” en la *Teoría de la argumentación jurídica*

La *Teoría de la argumentación jurídica* surge, según su autor, por la inquietud acerca de si es posible la racionalidad del discurso jurídico. Está planteada, sin embargo, en términos limitados: el autor está pensando en la argumentación jurídica en el contexto del proceso de decisión judicial,⁷ esto es, en un contexto que se ocupa específicamente de la interpretación y aplicación de las *leyes o reglas* en una contienda en-

⁵ R. Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation*, 3ª ed., Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1996 [Hay traducción al español realizada por M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989].

⁶ R. Alexy, “Two or Three?”, ARSP, núm. 119, 2010, pp. 9-18. Discuten este trabajo, C. Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, Baden-Baden, Ed. Nomos, 2008, p. 298; B. Brožek, “Analogy in Legal Discourse”, ARSP, 94, 2008, pp. 188-201; T. Bustamante, “Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies Between Cases”, en ARSP 119, 2010, pp. 63-77 (71); T. Bustamante, *Finding Analogies between Cases: On Robert Alexy’s Third Basic Operation in the Application of Law*, 2012, en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017469>.

⁷ Sobre el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica en el ámbito legislativo, véase D. Oliver Lalana, “Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes”, en Cardinaux/Clérico/D’Auria (comp.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho/UBA, 2006.

tre partes sobre un *caso particular* (caso individual).⁸ La respuesta a la pregunta sobre la racionalidad de la argumentación jurídica es afirmativa y dio origen a lo que se conoce como “la tesis del caso (o supuesto) especial” (*Sonderfallthese*): la argumentación jurídica es un procedimiento racional en la medida en que sea concebida como un supuesto del discurso práctico general, es decir, del discurso acerca de lo que es debido, permitido o prohibido. El concepto de argumentación práctica racional estaría definido por medio de un sistema de veintiocho reglas y formas. La razonabilidad del resultado de esa argumentación no estaría dada por la correspondencia con alguna teoría moral material, sino por ser el resultado de un procedimiento argumentativo en el que se observaron esas veintiocho reglas, con lo que en algunos supuestos son discursivamente posibles varias respuestas correctas e incluso respuestas incompatibles entre sí.⁹

El “caso” (como precedente) irrumpe en el carácter “especial” o “peculiar” de la tesis. El discurso del derecho es un supuesto especial porque guarda una vinculación al argumento del significado literal de la ley, de los precedentes y de la dogmática. ¿Por qué sujetarse a esos argumentos? Para ello hay que dar buenas razones, es decir, argumentos morales; de lo contrario el derecho no elevaría ninguna pretensión de corrección, sino de mero ejercicio de poder. El “caso” irrumpe así, como una forma de argumento: el argumento del precedente. Sin embargo, aún no es del todo relevante para el modelo de la pondera-

⁸ En este trabajo utilizo en forma reiterada la palabra “caso”. Como acertadamente sostienen Alchourrón y Bulygin (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 56) y Martínez Zorrilla (*Metodología jurídica y argumentación*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, p. 26), la palabra “caso” es ambigua. En este artículo me refiero a caso, por lo menos, en tres sentidos. En un sentido hablo de “caso” como supuesto. Por ejemplo, cuando Alexy se refiere a la “tesis del caso especial”, utiliza caso para hacer referencia a la argumentación jurídica como un supuesto dentro del discurso práctico general. En otro sentido utilizo la palabra “caso” como caso individual, es decir, como “un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y en un momento determinado” (Alchourrón/Bulygin, *Introducción a la metodología*, p. 56). Este es el sentido atribuido cuando se dice “la jueza debe resolver el caso x”. Por último, utilizo la palabra “caso” como caso genérico. Es decir, como un conjunto o clase de situaciones definidas por ciertas propiedades relevantes (Alchourrón/Bulygin, *Introducción a la metodología*, p. 56).

⁹ Con posterioridad, Alexy cargará de materialidad su teoría del discurso cuando admita que hay algunos resultados de la argumentación necesarios que se refieren al núcleo de derechos humanos y al principio de la democracia, en tanto el discurso no sería posible sin el respeto a esos contenidos.

ción. En la *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy seguía teniendo como trasfondo un modelo predominantemente subsuntivo; los llamados “casos difíciles” se resolvían a través de su vinculación con el discurso práctico general. La tesis de las normas como principios y su relación con el modelo ponderativo se encontraba todavía en proceso de elaboración.

La comparación de casos como argumento del precedente se justifica en esta obra desde el principio de universalidad: lo igual debe ser tratado en forma igual. Se advierte, sin embargo, que como no hay dos casos idénticos *la clave pasa por la relevancia de las semejanzas o las diferencias*. Así, en virtud del principio de universalidad, quien quiera apartarse del precedente tiene la carga de la argumentación, ya sea para justificar que los hechos se diferencian en alguna circunstancia relevante o para sostener que un cambio en la valoración de las circunstancias requiere entonces una solución alternativa. Detrás de todo se encuentra una forma especial de argumento jurídico: la analogía. No hay una teoría especial del precedente —que no era la finalidad de la tesis de la *Teoría de la argumentación jurídica*.

2. Los “casos” en la *Teoría de los derechos fundamentales*: el modelo de la ponderación

Los “casos” ocupan, según interpreto, un lugar de mayor importancia en la *Teoría de los derechos fundamentales* que en la *Teoría de la argumentación jurídica*. En este punto el modelo de Moreso se acerca al de Alexy, aunque como veremos, el modelo del primero se queda a mitad de camino para resolver los conflictos de derechos que no encuentran una solución convincente a través de la comparación de casos. Veamos primero dónde emergen los casos en una reconstrucción posible de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy: el modelo de la ponderación orientado por reglas.

Conforme a la teoría desarrollada en esta obra, el *primer paso* de la ponderación es determinar con precisión de la colisión entre, por lo menos, dos normas iusfundamentales (la que justifica el fomento del derecho promovido y la que se refiere al derecho afectado por la promoción del primero), que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y

bajo las mismas circunstancias de forma completa.¹⁰ Un paso adelante en la realización de uno exige la disminución de la realización del otro (es decir, su restricción) y a la inversa.¹¹ Este primer paso implica determinar el problema que debe ser resuelto. Hasta aquí se diría que es un problema más definicional que ponderativo o comparativo.¹²

¹⁰ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1992, pp. 79, 100, 122-125, 146, 152. [R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007]. Véase L. Prieto Sanchis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 133, sobre identificación y resolución de la colisión entre derechos fundamentales en el contexto de un caso concreto.

¹¹ Así, los derechos fundamentales, en la parte que tienen carácter de principios, son realizables en forma gradual. Si el derecho fundamental es una regla, entonces se aplica el procedimiento de la subsunción. Por ejemplo, el contenido mínimo del derecho tiene el carácter de regla; las reglas resultados de las sentencias que implican desarrollo interpretativo de los principios colisionantes tienen también el carácter de regla. Véase O. Parra Vera, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en C. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2006, pp. 53-78.

¹² En este punto hablo de colisiones (conflictos) entre derechos fundamentales sin hacer distinción entre los conflictos “especialmente intensos” y los “simples” (aquí encajarían los “casos difíciles”). Algunos llaman a los conflictos especialmente intensos “dilemas”, ya sea porque existe un problema de indeterminación de la respuesta para la justificación racional de la solución del conflicto o por el sacrificio o tragedia que implicaría no poder satisfacer una de las partes del conflicto. Por lo general, quienes trabajan con dilemas suelen utilizar ejemplos actuales de bioética, entre ellos, el caso de las dos gemelas siamesas que morirían si no son separadas, pero que, a su vez, la supervivencia de una exigiría necesariamente la muerte de la otra. Así, “los dilemas muestran este aspecto trágico; un mal inevitable y grave del que no podemos escapar, hagamos lo que hagamos” (Martínez Zorrilla, *Dilemas constitucionales...*, p. 71). Este tipo de conflictos presentarían un límite para la argumentación jurídica (incluso para la “ponderación estructurada” de Alexy, límite que L. Zucca parece encontrar en Alexy cuando éste afirma la existencia de casos en los que los argumentos conducen a un “estancamiento”), en los demás conflictos es posible su resolución por medio de la argumentación. Véase L. Zucca, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en Zucca, Álvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, 2011, pp. 9-36. Con un análisis en parte crítico de la obra de Zucca, véase G. Lariguet, “Dos concepciones de los dilemas constitucionales. Comentarios a algunas tesis de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Álvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (eds.) *op. cit.*, pp. 38-65 y D. Martínez Zorrilla, “Dilemas constitucionales y ponderación. Algunos comentarios sobre la obra de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Álvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (ed.), *op. cit.*, pp. 67-90. No puedo abordar en este trabajo las diversas clasificaciones ensayadas sobre conflictos entre derechos fundamentales. En todo caso, quedo en deuda con una línea de investigación conformada por los trabajos de Lariguet, Martínez Zorrilla, Zucca, Álvarez, entre otros, que ponen especialmente la mirada en los conflictos entre derechos en los casos trágicos o en situaciones dilemáticas. A los efectos del propósito muy humilde de este artículo, comparar la propuesta de Alexy con la propuesta de Moreso, me basta con admitir supuestos de colisiones entre derechos fundamentales. Admito, sin embargo, que Alexy suele trabajar con ejemplos que se corresponderían

El *segundo paso* para la resolución del conflicto de derechos se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima-facie* para la *solución de la colisión sin ponderación*. Estas reglas reflejan resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla (llamada en anteriores trabajos *regla-resultado de la ponderación*),¹³ según la siguiente fórmula: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.¹⁴ La consideración de las *reglas-resultados de la ponderación* conforma un supuesto de la aplicación de precedentes.¹⁵ La referida aplicación resuelve la colisión sin ponderación. Este sería el punto de arranque, según interpreto, de la teoría de Moreso. Esta posibilidad no es descartada por Alexy. Es claro en su teoría que algunas colisiones de derechos se resuelven por comparación con casos (jurisprudenciales o hipotéticos) resueltos en el pasado. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que los casos relevantes (¿paradigmáticos? según Moreso) que nos ayudarían a resolver la colisión de derechos, no existen o su construcción es incipiente porque existen fuertes dudas acerca de la fuerza de los argumentos que sustentan esa solución.¹⁶

La vinculación a la regla resultado de la ponderación y, por ende, su aplicación, debe poder ser justificable a la luz de las similitudes de las circunstancias del caso anterior con las de la nueva colisión, lo cual supone interpretación y examen crítico de la justificación de la *regla-*

con los conflictos simples y que Moreso incluye también ejemplos más cercanos a los conflictos especialmente intensos, por ejemplo, el caso del niño Marcos que por razones de objeción religiosa se opone a una transfusión de sangre diagnosticada como urgente.

¹³ Véase L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, cap. 3.

¹⁴ Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pp. 79-83.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 504/505; Alexy/Dreier, “Precedent in the Federal Republic of Germany”, en N. McCormick/B. Summers (comps.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, 1997, pp. 17-64; C. Bernal Pulido, “Precedents and Balancing”, en Bernal y Bustamante (eds.), *On the Philosophy of Precedent*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 51-58.

¹⁶ En otros casos, el tribunal prefiere ponderar a resolver por comparación porque está más interesado en sentar criterios de resolución para futuras colisiones semejantes que en desarrollar argumentos por analogía, aunque por ambos caminos argumentativos llegue a la misma solución.

resultado de la ponderación.¹⁷ Ahora bien, si el nuevo caso presenta características que se diferencian con justificación de las circunstancias de la (aplicable) *regla-resultado de la ponderación*, entonces es posible apartarse de esta última. También puede ocurrir que la *regla-resultado de la ponderación* no sea aplicable para la solución del caso nuevo porque resulta incorrecta y su justificación criticable. Quien disiente tiene la carga de la argumentación:¹⁸ por ello la vinculación tiene un carácter *prima facie*. Si no existen en la *red* reglas-resultados de la ponderación aplicables al caso por resolver o las existentes resultan incorrectas, entonces se pasa a la siguiente etapa.

El *tercer paso* está así conformado por la ponderación entre los principios colisionantes. En este contexto no resulta plausible la solución a través de una suerte de prioridad absoluta de uno de los dos principios. El peso del principio depende también, aunque no exclusivamente, de las circunstancias del caso (lado concreto de la ponderación). Sin embargo, tampoco se presenta como una ponderación totalmente libre que implique que en algunos casos “la balanza” se inclinará, por ejemplo, hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra. Desde el comienzo la ponderación está fuertemente orientada por reglas que determinan la intensidad de la restricción y peso de la libertad de expresión, e independientemente de las particularidades del caso concreto (lado abstracto de la ponderación).

Por ello, se requiere volver sobre los pasos de la argumentación para solucionar la colisión, que *en parte* ocurre sin ponderación en el caso concreto cuando: a) se identifica la colisión entre principios y el problema en concreto, b) se identifica y se aplica una regla-resultado de la ponderación anterior que resuelve la colisión sin ponderación, c) se determina la intensidad de la restricción del derecho afectado en abstracto, d) el peso abstracto del principio afectado (por ejemplo, la libertad

¹⁷ Esta concepción de la vinculación *prima facie* supera a una vinculación meramente atada al pasado y acrítica. Por lo demás, aquí cobra especial importancia la dogmática iusfundamental, pues de ella no sólo se espera un trabajo de mera sistematización de las decisiones iusfundamentales, sino de crítica de su justificación, lo que debería debilitar cualquier intento de petrificación de la red de reglas resultados de la ponderación.

¹⁸ Sobre la carga de la argumentación, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 507; C. Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, 26, 2003, pp. 225-238.

de expresión), e) el peso abstracto del principio que se busca proteger por medio de la medida estatal (y que colisiona con la libertad de expresión, por ejemplo, el derecho a la honra), g) la formulación de la regla-resultado de la ponderación y entre e) y g) ocurre f) la *ponderación propiamente dicha*, en la que se enfrentan el peso abstracto y la intensidad de restricción del principio afectado con el peso abstracto del principio que se busca promover, por un lado, y el peso concreto y la intensidad de restricción de ambos, por el otro. Es decir, de un total de seis pasos, sólo uno tiene que ver con la ponderación en concreto. Además, en más de uno de esos seis pasos los “casos” desempeñan un papel relevante. Veamos.

El *cuarto paso* se refiere a la *determinación de la intensidad de la restricción al derecho en abstracto*. El grado de realización de un principio responde a una formulación positiva. En cambio, el grado de restricción es el grado de no realización: el grado en que no puede realizarse a causa de la restricción que le produce la realización del principio que colisiona con él. Así, el grado de restricción formula la relación entre la restricción (la no realización) de un principio y su posible realización total. Entre estos dos extremos se puede hablar de restricciones: insignificantes, más o menos leves, medias, intensivas, muy intensivas e intensivas en forma extremas.

Esta caracterización del grado de restricción (o del grado de realización) de un principio se mueve en un plano *conceptual-analítico*. Se trata así de la comparación entre una restricción total y parcial; o, visto desde el otro punto de vista, de una realización total y parcial. Con la idea de precisar, se habla de un “criterio de extensión”: cada una de las restricciones en la escala incluye a la siguiente y expresa una mayor restricción y así sucesivamente. Por ejemplo, una prohibición de circular en bicicleta por el bosque implica una restricción más leve que una prohibición de circular en bicicleta en toda la ciudad incluido el bosque. En principio suena plausible. Sin embargo, *no siempre la extensión en general, significa la misma intensidad de la restricción en particular*. Por ejemplo, se puede aceptar en general que una prohibición de viajar al exterior respecto de todos los países del mundo, excepto el país x, implica una restricción más intensiva a la libertad de

locomoción que una prohibición de viajar al exterior sólo respecto al país x. Pero en un caso concreto esta última prohibición puede ser mucho más intensiva que la general, si el afectado proviene del país x y quiere visitar a su familia y amigos en ese país. Una prohibición de viajar al país x implica en este caso una restricción más intensiva que la de viajar a todos los países excepto uno en particular. Se considera así que una valoración en concreto es inevitable para determinar la *intensidad* de la restricción iusfundamental en el caso, pues variables como la duración de la restricción o la urgencia en la satisfacción de un grado mayor de realización del derecho pueden desempeñar un papel importante.¹⁹

Sin embargo, esa intensidad puede estar también determinada en parte y desde el comienzo por argumentaciones que no dependen de las circunstancias concretas del caso individual y que con frecuencia tienen que ver con la relación entre el principio restringido y otros principios. En el supuesto de la colisión de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público y el derecho a la honra de un funcionario, la libertad de expresión suele presentar desde el comienzo defensas argumentativas preventivas contra su restricción. Este derecho admite limitaciones, pero “estas restricciones tienen *carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario*, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”.²⁰ A su vez, las defensas argumentativas se relacionan con un argumento de tipo democrático:

dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado *no sólo debe minimizar las restricciones* a la circulación de la información sino también *equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo*.²¹

¹⁹ C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, p. 763.

²⁰ Por ejemplo, véase caso *Kimel vs. Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2/5/2008, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc>.

²¹ *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*

Todo esto lleva a sostener que la restricción a ese derecho debe ser vista con especial cautela. Para determinar la restricción a la libertad de expresión derivada de la aplicación de una sanción a un periodista por dichos emitidos por la prensa sobre asuntos de interés público, también debe tenerse en cuenta el carácter estigmatizante de la sanción penal²² y el efecto disuasorio que la sanción produce para futuras expresiones. Por ello la restricción a la libertad de expresión de un periodista sobre asuntos de relevancia pública que afectan a un funcionario público suele ser grave. En suma, para determinar el grado e intensidad de interferencia y la importancia de realización de los principios se utilizan argumentos que no poseen una característica específica de ponderación. Todos los argumentos disponibles en el marco de la argumentación jurídica pueden ser alegados; es decir, argumentos que provienen de la dogmática, de precedentes, prácticos en general, empíricos,²³ formales. *Nuevamente aquí aparecen los “casos”²⁴ no ya para resolver la colisión de derechos sin ponderación, sino para identificar qué tan intensiva es la restricción del derecho en cuestión.* Si en casos similares la restricción fue justificada como muy intensiva por qué no aplicar esos casos y sus justificaciones para fundamentar que en el presente también se trata de una restricción intensiva.

El *quinto paso* trata de la *determinación del peso abstracto del derecho afectado*. Esta interpretación está orientada por argumentaciones que no proceden del caso concreto²⁵ y se puede determinar por:²⁶ (i) la justificación mediante la fuerza de los intereses, (ii) la justificación del

²² Véase L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, cap. 3.

²³ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 144, 149/150, 267.

²⁴ Aquí me refiero a los “casos” como casos genéricos.

²⁵ Aquí me refiero al caso concreto como caso individual.

²⁶ Martínez Zorrilla critica a la teoría de Alexy por resultar insuficiente. Por ejemplo, sostiene acertadamente que Alexy “no aporta criterios relativos a la determinación [...] de los grados de importancia de satisfacción y afectación de los principios”, véase D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 249-250. Véase criterios en J-R. Sieckmann, “Zur Begründung von Abwägungsurteilen”, *Rechtstheorie* 26, 1995, pp. 45-69 [J-R. Sieckmann, “Sobre la fundamentación de juicios ponderativos” (Tr. de C. Bernal Pulido), en Sieckmann, *El modelo de los principios*, Bogotá, Ed. del Externado, 2006, pp. 159-205] y J-R. Sieckmann, “Abwägung von Rechten”, ARSP 81, 1995, pp. 164-184; N. Jansen, “Die Abwägung von Grundrechten”, *Der Staat*, 36, 1997, pp. 27-54; L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 178-198; C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, p. 763.

peso del principio mediante la conexión con otros principios,²⁷ (iii) la justificación mediante sentencias anteriores.²⁸ La conexión que otorga un peso abstracto alto a un principio adquiere sentido en el marco de una determinada práctica constitucional o práctica regional de protección de los derechos humanos. Así en Estados con democracias constitucionales, los principios que otorgan un peso abstracto alto a otros con los que están conectados son, como mínimo: el principio de protección y respeto de la dignidad, el de autonomía, el principio democrático, el de especial protección a grupos desaventajados por desigualdad estructural (por ejemplo, mujeres, niños, ancianos, pueblos originarios, personas con discapacidad). Por ejemplo, otorgar un peso abstracto “especialmente alto” a la libertad de expresión de una opinión en la arena política se justifica en tanto la “discusión libre es el fundamento propiamente dicho de la sociedad libre y democrática”.²⁹ Adquiere todavía más peso cuando se trata de una contribución “a la lucha intelectual de opiniones en una cuestión que toca en especial al público”.³⁰ En varias de las prácticas constitucionales, por ejemplo, la del sistema interamericano, la libertad de expresión es también un derecho especialmente protegido. De este modo, al tratarse de una restricción grave, sumada a un peso abstracto alto de la libertad de expresión, la restricción despierta cuestionamiento desde un principio y desafía desde antes de la ponderación en concreto a cualquier contra-argumento (que hable en favor de la restricción).³¹

En el *sexto paso* se trata de *determinar el peso abstracto del principio contrario*. Aquí también se aplican los mismos tres criterios expresados en el paso quinto. La determinación procede por la acumulación

²⁷ Véase L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, cap. 3.I.4.1.1.1. y reglas (HR²) (HR³) y (HR⁴).

²⁸ El peso abstracto se justifica como contenido de una decisión que es fruto de una ponderación anterior en el marco de un procedimiento argumentativo. El peso no se le atribuye por la mera autoridad de quien toma la decisión, sino por las características del procedimiento deliberativo. Esta distinción debe ser tenida en cuenta como un argumento para la imputación de un peso abstracto distinto; según la legitimidad discursiva del resultado de la solución. Véase L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 182, 299-305, 346, y cap. 3.I.4.1.1.2.

²⁹ BVerfGE 90, 1 (20/21).

³⁰ BVerfGE 7, 198 (212); 12, 113 (125); 20, 56 (97); 42, 163 (169); 54, 129 (139); 60, 234 (241); 82, 272 (282), 86, 1 (10), entre otros.

³¹ Véase caso *Kimel vs. Argentina*, Corte IDH, 2008.

de principios que pueden aumentar o debilitar desde el comienzo el peso del derecho a la honra del funcionario que se siente afectado por los dichos de un periodista sobre un asunto de interés público. El peso abstracto del honor de un funcionario sobre un asunto de interés público es *bajo*. Esto surge de la relación del derecho al honor con el principio democrático y se resume en la fórmula de especial tolerancia que debe soportar quien voluntariamente desempeña un cargo público. El umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza el funcionario. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene construyendo —y justificando— este peso bajo del derecho a la honra mediante una cadena de precedentes.³²

El *séptimo paso* se refiere a la *ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados (ponderación propiamente dicha)*. Este paso está conformado por la aplicación de la “ley de la ponderación”, la cual, según la reconstrucción de Alexy, establece que: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.³³ La ley de la ponderación establece una *relación entre grados de realización o afectación e importancia de la realización de dos (o más) principios*. No dice qué tan pesada o intensa es la interferencia o restricción iusfundamental en el caso concreto. No puede determinar, por sí y a causa de su estructura comparativa, la relación de prioridad condicionada que pone fin a la tensión de los principios. En este sentido, la ley de la ponderación no ofrece una pauta material para la solución de la colisión, sino un *procedimiento para la justificación* —y en su caso, la correspondiente *crítica*— de la decisión del conflicto entre principios. La misma determina que para justificar debidamente una no realización o no satisfacción muy grave de un derecho no basta con que la realización

³² *Kimel vs. Argentina*, Corte IDH, 2008, consid. 87), con cita de caso *Herrera Ulloa*, párr. 128, 129, caso *Canese, Ricardo* párr. 98°, 103.

³³ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 146, 267, 270 y ss., 316 y ss., 319, 324, 409, 423 y ss., 468 y ss.; cfr. p. ej.: BVerfGE 11, 30 (43), formulaciones similares pueden encontrarse en, BVerfGE 7, 377 (404); 17, 232 (242); 17, 306 (313 y ss.); 20, 150 (159); 23, 50 (56); 26, 259 (264); 30, 227 (243); 30, 336 (351); 32, 1 (34); 33, 171 (187); 35, 202 (226); 36, 47 (59); 40, 196 (227); 41, 251 (264); 41, 378 (395); 70, 297 (307 ss.); 72, 26 (31).

del principio colisionante sea poco importante, débil. Así, quien realiza una ponderación debe preguntarse si se tuvo en cuenta el peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan y la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado, de modo de no exigirle, además, tolerar una restricción insoportable.³⁴

Por ello es especialmente importante tomar en consideración el peso y la intensidad de restricción de los derechos en abstracto, pues determinan el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación al derecho.³⁵ Así, por ejemplo, si se considera el peso abstracto alto de la libertad de expresión y la restricción es grave, no basta con que del otro lado esté la realización del derecho al honor de un funcionario alcanzado por la crítica al ejercicio de su función en conexión con un tema de interés público, que posee un peso abstracto bajo.

La importancia y peso abstracto de los principios pretenden influir en el resultado de la ponderación. Sin embargo, esta pretensión puede verse relativizada por la consideración que merecen las circunstancias especiales del caso: el peso concreto de los principios colisionantes, la intensidad de restricción concreta de los principios colisionantes,³⁶ la duración de la restricción al derecho,³⁷ la posibilidad de haber evita-

³⁴ BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92) BVerfGE 90, 145 (173); 48, 396 (402); 83, 1 (19).

³⁵ Alexy ha propuesto la “fórmula del peso” (*Gewichtsformel*), en la que reconstruye la manera para encontrar el peso concreto de un principio que colisiona con otro en el marco de una ponderación. Véase R. Alexy, “Die Abwägung in der Rechtsanwendung”, en *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meeij Gakuin Universität*, 17, 2001, pp. 69-83; R. Alexy, “Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales” (Tr. de C. Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, Madrid, 2002; para un análisis detallado de la fórmula del peso, véase C. Bernal Pulido, “The Rationality of Balancing”, en *ARSP*, vol. 92, 2006, pp. 195-208 y uno crítico por su carácter superfluo e inadecuado, véase J. Sieckmann, “Concepciones de la ponderación: optimización y la fórmula del peso de Robert Alexy”, en Beade/Clérico, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. del Externado, 2011, pp. 189-230.

³⁶ Véase R. Alexy, “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, en Sieckmann (comp.): *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, 2007, pp. 105-121 [traducción al castellano de D. Oliver Lalana en J-R. Sieckmann, *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 119-135].

³⁷ C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, p. 776, aunque aquí sólo se toma la regla propuesta por el autor en relación con la determinación de la intensidad de la restricción; es decir, “Cuanto más tiempo impida o dificulte la intervención legislativa el ejercicio de la posi-

do la restricción al derecho por un medio alternativo, el carácter (in)soportable de la restricción al derecho para el afectado,³⁸ la urgencia que requiere la satisfacción del derecho³⁹ o el grado de intensidad con la que se controla la ponderación realizada por el legislador legitimado democráticamente o por el tribunal preopinante. En este sentido, la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de “instancia falibilística irrenunciable”.⁴⁰ Esto no convierte al modelo de la ponderación orientado por reglas en un modelo particularista. Considerar las circunstancias del caso concreto implica tener que volver a pensar el peso de los argumentos que sostenían las soluciones que se dieron a las colisiones semejantes anteriores. No se trata simplemente de que la particularidad de las circunstancias puedan imprimir nuevos contornos al problema normativo sujeto a solución y así desafiar al peso de los argumentos que sostienen las soluciones preestablecidas. En todo caso se trata de la aplicación de la regla de la argumentación de saturación de todos los argumentos posibles.

En esta etapa se trata en definitiva de determinar, en términos simples, si los argumentos que hablan a favor del derecho fundamental colisionante (derecho a la honra) son más pesados que los que hablan a favor de una mayor realización del derecho limitado (libertad de expresión). La ponderación culmina cuando se ha agotado el sopesamiento de los argumentos que hablan a favor y en contra del peso de los principios y de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto. Por ello, una *restricción grave* a la libertad de expresión de un periodista cuando aborda un asunto de interés público (por ejemplo, la tramitación de una causa sobre hechos ocurridos durante la últi-

ción iusfundamental *prima facie*, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá atribuirse al derecho fundamental en la ponderación.”

³⁸ Véase caracterización de la prohibición de “exigir lo insostenible” (*Unzumutbarkeit*) en L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 228, 246, 347, y cap. 2.III.2.2.1.1.3, cap. 3.II.3; G. Beade, “El carácter deontológico de la ponderación”, en Beade/Clérico (ed.), *Desafíos a la ponderación*, pp. 253-297 (293); M. Aldao, “La ponderación en el estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales”, en Beade/Clérico, *Desafíos a la ponderación*, pp. 467-484 (480).

³⁹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 466; R. Arango, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 226, 227, 238, 239.

⁴⁰ R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1995, p. 69.

ma dictadura militar en Argentina respecto de “temas de notorio interés público”) no puede ser justificada por la *importancia leve, moderada* de realizar el derecho al honor de un funcionario (por ejemplo, el honor del juez que entendía en la causa y que debe soportar y tolerar la crítica respecto de la forma en que ejerce un cargo público: “como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso”).⁴¹

El *último paso* del modelo de la ponderación orientado por reglas gira en torno a la reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar colisiones futuras. El procedimiento argumentativo de la ponderación no se ve satisfecho si el resultado de la resolución de un conflicto entre principios no puede ser reformulado en una regla-resultado de la ponderación —nuevamente aquí reaparece la importancia del caso entendido ahora como una suerte de “precedente” en la *Teoría de los derechos fundamentales*.⁴²

Esta regla-resultado de la ponderación vincularía a reglas a quien realiza una ponderación, y en este sentido, limitaría su discrecionalidad, en tanto sería incoherente que no estuviera dispuesto a aplicar *prima facie* para la solución de casos futuros similares el resultado de la colisión que está decidiendo en el presente.⁴³ En este sentido, se apli-

⁴¹ *Kimel vs. Argentina*, Corte IDH, 2008 consid. 86).

⁴² R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 83.

⁴³ La respuesta a la pregunta de si una *regla-resultado de la ponderación* es aplicable para la solución de una colisión de principios, trata sobre todo de *comparación y justificabilidad*. La comparación comprende, por un lado: el caso anteriormente decidido, la regla-resultado de la ponderación aplicable, su justificación y el contexto de esa decisión. Y por el otro lado: el caso que debe ser resuelto, el actual contexto, y la hipotética regla-resultado de la ponderación como solución del caso y su justificación. La operación que realiza quien aplica el derecho se puede ilustrar a través del círculo hermenéutico de “ida y vuelta de la mirada” entre cada uno y todos estos elementos. Ese “ida y vuelta de la mirada” entre las similitudes y las diferencias se orienta por la máxima de igualdad, aplicada como metarregla. Significa que lo *relevantemente* igual, debe ser tratado como igual y lo *relevantemente* desigual debe ser tratado como desigual. A su vez, un desigual tratamiento de lo igual, y un igual tratamiento de lo desigual, requiere de una justificación suficiente. Se puede diferenciar así dos pretensiones en el marco de este proceso de reflexión, que pueden estar en tensión. Por un lado, se eleva la pretensión de aplicación de la regla-resultado de la ponderación para la solución de otros casos (más allá del caso de donde surge la regla). Ésta es una *pretensión de generalización*. Se enfatizan las similitudes entre ambos casos, de manera tal que lo *relevantemente* “igual” según las posibilidades sea tratado como igual. Por el otro lado, se eleva una pretensión de ponderación en el caso concreto. Se enfatizan, así, las diferencias de cada caso. Se trata de una *pretensión de concretitud*. En esta línea de argu-

ca la regla de la *Teoría de la argumentación jurídica* que dice: “(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse”. Así, la consideración del resultado-regla de la ponderación conforma un supuesto de la consideración de precedentes —o, si se quiere, de casos paradigmáticos, en la línea de Moreso— que incluso puede conformar una red de reglas-resultados de la ponderación.

II. Los casos en la red de reglas-resultados de las ponderaciones iusfundamentales: la necesidad de apertura

Una red de reglas-resultados de la ponderación podría ser estructurada mediante cadenas de relaciones de prioridad condicionadas. Alguien podría objetar la utilidad práctica de este tipo de red, en tanto su reconstrucción es muy trabajosa y su fuerza de validez *prima facie* es acotada. En este sentido, no habría por qué esperar más de un orden de relaciones de prioridad en términos de reglas-resultados de la ponderación condicionadas, pero justamente ahí radica su atractivo: facilita la información y la argumentación acerca de la historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisio-

mentación, la regla-resultado de la ponderación no alcanza para la solución del nuevo caso: deja de lado características de la situación concreta, que la regla no contempla y que para la solución del caso son relevantes. Visto sólo desde esta pretensión, la regla-resultado de la ponderación no sería aplicable. Detrás de esta tensión se encuentra una más general entre la justicia generalizadora y la justicia en el caso concreto. El modelo de la ponderación orientado por reglas no se decide por la primacía definitiva de alguna de las dos pretensiones, aunque se incline por una consideración *prima facie* (aunque no en forma definitiva) de la primera pretensión, que como se advirtió anteriormente requiere de la consideración de las circunstancias del nuevo caso para determinar la aplicación de la regla-resultado de la ponderación. En este sentido, se diría que se pone el énfasis en el procedimiento de justificación, pues estructura la *justificación* de la decisión de primacía condicionada a través de reglas de la “Teoría de la argumentación jurídica”. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 339 y reformulación [en L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 153, 345] en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto como (AR): cuando un medio es adecuado técnicamente y es el menos lesivo y hay que determinar, si la restricción iusfundamental que causa la medida estatal es proporcional en sentido estricto con el fin estatal y una regla-resultado de la ponderación presenta similitudes relevantes con las circunstancias del caso, entonces esa regla debe ser considerada para la solución de la colisión y, si no se la aplica o sigue, entonces hay que justificar su inaplicabilidad o seguimiento en concreto.

nantes. Si se dan condiciones similares y su aplicación es justificable, ofrece una solución para la colisión; cuando su aplicación se descarta, muestra en qué sentido se debe justificar. De este modo, no sólo contribuye a reconstruir la historia de prioridad (o en su caso de preteridad) condicionada de los principios iusfundamentales, sino también a exigir publicidad en la justificación del peso concreto de los principios, y en ambos sentidos, limita la discrecionalidad del operador jurídico que realiza una ponderación iusfundamental.

Ahora bien, una red de reglas-resultados de las ponderaciones iusfundamentales tiende con el paso del tiempo y en el marco de una práctica constitucional estable a una suerte de fijación y a una posible petrificación de sus contenidos. A primera vista, este proceso presenta cierto atractivo, porque en tanto promueva continuidad y estabilidad de la práctica constitucional posibilita prever las soluciones de las colisiones iusfundamentales. Así, la red gana en confianza. A su vez, debilita la objeción en contra de los resultados de las ponderaciones iusfundamentales en términos de disminución del principio de previsibilidad.

Sin embargo, es cierto que, por más estable que sea la red de reglas-resultados de las ponderaciones iusfundamentales, ello no debilita la objeción que señala la disminución en el grado de realización del principio de seguridad jurídica, si se interpreta en la forma “tradicional” como mera previsibilidad del resultado de la decisión. En el contexto de un modelo procedimental de la ponderación, el principio de la seguridad jurídica colisiona con otros principios. Quien sostiene una prioridad definitiva del principio de la seguridad jurídica, interpretado en el sentido “tradicional”, supone una concepción material (y conservadora) de la ponderación. Pero si la seguridad jurídica se interpreta en el sentido de una “seguridad jurídica dependiente de un procedimiento”,⁴⁴ el modelo de la ponderación puede facilitar un “pro-

⁴⁴ Sobre la “seguridad jurídica dependiente del procedimiento”, véase J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 270; además, M. Atienza, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 181-183, propone una reinterpretación del concepto de seguridad jurídica en el contexto de estados constitucionales como la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles los otros valores, es decir, la libertad y la igualdad. Así la seguridad jurídica sería un valor adjetivo con respecto a los otros y entonces “la justicia podría definirse como la seguridad de que el Derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad”.

cedimiento de justificación” que en cuanto a su estructura es determinable con anterioridad y sugerir posibles resultados de las colisiones e indicar las que no pueden ser justificadas. En el marco del juego argumentativo de las “razones y contrarrazones” se puede justificar por qué hay que apartarse de la aplicación de un resultado-regla de la ponderación a la luz de las diferencias (justificables) del caso concreto. En este sentido, un modelo de la ponderación orientado por reglas contribuye a la realización de una previsibilidad procedimental, aunque siempre susceptible de ser desafiada por razones provenientes de las restricciones por acción u omisión a los derechos fundamentales.

Una red de reglas-resultados de las ponderaciones tiene, además, una “función de descarga”. ¿Por qué realizar una ponderación si la misma es justificadamente redundante?⁴⁵ Y lo es si las circunstancias del *caso* que alberga una colisión pueden ser subsumidas bajo el antecedente de una regla-resultado de la ponderación existente. Pero, aún más, la función de la descarga contribuye en el sentido advertido por Hesse: se puede evitar el recurrir repentino a los “valores” a través de la aplicación de un grupo estable de “puntos de vistas y reglas”. Y a su vez, esto se logra mediante una jurisprudencia iusfundamental y constitucional continua.⁴⁶

Sin embargo, no todo son ventajas en la aceptación de una red de reglas-resultados de las ponderaciones. La continuidad irreflexiva y la estabilidad contribuyen a la *petrificación*. Ésta se produce si la red no es en la práctica porosa a la aceptación de nuevas reglas-resultados de las ponderaciones divergentes de las reglas-resultados de las ponderaciones ya existentes. Así, un tratamiento irreflexivamente igual de los *casos* lleva a no ejercitar la toma en consideración de *diferencias relevantes* entre las circunstancias de los casos. La búsqueda irreflexiva de una previsibilidad de las decisiones tiende hacia una aplicación automática de las reglas-resultados de las ponderaciones que con frecuen-

⁴⁵ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 507; pero bajo la advertencia de que quien aplica el derecho no puede neutralizar su responsabilidad ocultándose detrás de la aplicación de una regla.

⁴⁶ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995, p. 127, párrafo 299.

cia podría llevar a resultados de colisiones entre principios sin una justificación iusfundamental suficiente.⁴⁷

Por ello, es cierto que en la práctica existe el peligro de que una red se incruste en sí misma. Sin embargo, este problema también aqueja a un modelo de la ponderación orientado por reglas. Esta suerte de “canonización” se trata de evitar enfatizando el carácter *prima facie* de la vinculación a las reglas-resultados de las ponderaciones, que contribuye a la “apertura”, a la “historicidad”, al “movimiento” de la red. Las razones son bien conocidas.

Por un lado, las reglas no alcanzan para registrar todas las características de un nuevo caso que puede justificar apartarse de aplicar la regla existente; además, las reglas-resultados de las ponderaciones pueden ser incorrectas desde el punto de vista iusfundamental. En este sentido, la pertenencia a una red no convierte automáticamente a la regla-resultado de la *ponderación* incorrecta, por problemas en su justificación, en una decisión con una correcta justificación iusfundamental.

Por el otro lado, la vinculación a las reglas-resultados de las ponderaciones puede ser interpretada como histórica o normativa. Una concepción histórica priorizaría la aplicación de la regla-resultado de la ponderación por ser parte de una práctica constitucional que, a su vez, posibilita continuidad. Para una concepción normativa esto no alcanza. La vinculación a la regla y, por ende, su aplicación debe poder ser justificable a la luz de las similitudes relevantes de las circunstancias de la nueva colisión iusfundamental, lo cual supone interpretación y examen de la justificación de la regla-resultado de la ponderación. Esta concepción de la vinculación supera a la primera, pues promueve la aplicación crítica de la regla, y concilia dos lados del discurso iusfundamental: la justificación y la aplicación de la regla-resultado de la ponderación.⁴⁸

⁴⁷ L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, cap. 3; [L. Clérico, *El examen de proporcionalidad*, cap. 3, pp. 192-195]; véase en materia de control de constitucionalidad de leyes penales y los cambios jurisprudenciales, M. Maxit, *El deber de reparar condenas ilegítimas. Los cambios de jurisprudencia y su impacto en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2009, pp. 85-97.

⁴⁸ Por último, puede ocurrir, que el operador jurídico se decida por la aplicación automática e irreflexiva de las *reglas-resultados de las ponderaciones*. Esta objeción no se dirige contra una característica específica del modelo de la ponderación, sino contra cualquier modelo que implique aplicación de reglas y precedentes. Por lo demás, aquí cobra especial importancia la dogmá-

En pocas palabras: por un lado, un modelo de la ponderación iusfundamental orientado por reglas requiere de la reconstrucción de una red de reglas-resultado de la ponderación con fuerza vinculante *prima facie*. En este sentido, la ponderación iusfundamental en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto supone una suerte de racionalidad en cadena de sus decisiones a fuerza de reconstrucción, interpretación, aplicación y justificación, lo que aleja el modelo de uno de “mera ponderación” y disminuye considerablemente la posible arbitrariedad del operador jurídico. Por el otro lado, si la aplicación de una regla-resultado de la ponderación puede ser justificada y sirve para la solución de la tensión entre principios —y a los efectos de determinar si la restricción al derecho logra ser justificada por la importancia y peso de los argumentos que hablan a favor de otros principios—, entonces no hay ponderación. De lo contrario hay que ponderar.

En cualquier caso, es posible afirmar que a pesar de todo la red no es inútil en estos supuestos. En este sentido se puede hablar de una *red de puntos de vista* que surgen de las razones de las reglas de los resultados de las sentencias y que sirven para determinar la importancia de la realización, la intensidad de la restricción y el peso de los derechos fundamentales (segundo pilar del modelo de la ponderación orientado por reglas).⁴⁹ Por ejemplo, en relación con una ponderación entre la libertad de expresión de una opinión en el ámbito público y la protección del honor personal se sostiene que “[e]l resultado de la ponderación no se puede anticipar de forma general y abstracta a causa de su conexión con el caso. Sin embargo, han sido desarrollados en la jurisprudencia una serie de puntos de vista que suministran criterios para la ponderación concreta”.⁵⁰ A su vez, el análisis, por vía de ejemplo, del control de la justificación a la limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión, sugiere que el resultado de la ponderación es poroso a la aplicación de criterios independientes de la ponderación que se hace en el caso concreto. Si bien estos criterios y su formulación y justifica-

tica iusfundamental, pues de ella no sólo se espera un trabajo de sistematización de las decisiones iusfundamentales, sino de crítica de su justificación, lo que ayudaría a debilitar el intento de petrificación de la red.

⁴⁹ L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, cap. 3.

⁵⁰ BVerfGE 93, 266 (293) - sentencia “Los soldados son asesinos”.

ción suponen valoraciones, el modelo de la ponderación orientado por reglas adquiere con ello un mayor grado de racionalidad. Estos criterios son preexistentes e independientes de la ponderación que se realiza para la solución del caso concreto. Es decir, no se originan con posterioridad a la ponderación, por lo que no se podría predicar que son meras construcciones *ad-hoc* del que pondera. Estos criterios pretenden determinar —y en este sentido limitar— la ponderación en el marco de una práctica constitucional estable. Así, el resultado de la ponderación puede determinarse mediante criterios preexistentes sobre grado de realización, grado de restricción, importancia de la restricción, peso y valor de realización; y esto ocurre, en parte, por medio de la comparación de casos. A través de las ponderaciones y las reconstrucciones críticas se constituye con el correr del tiempo una red de puntos de vista concretos y reglas (sin embargo, que debe permanecer abierta) para la aplicación del respectivo derecho fundamental.

En suma, en el modelo de la ponderación orientado por reglas que surge de una reconstrucción posible de la interpretación de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy, los casos precedentes (como casos genéricos) pueden evitar recurrir a la ponderación a los efectos de solucionar una determinada colisión de derechos. Si un caso precedente no es relevante para la solución de la colisión, igualmente las cadenas de casos desempeñan un papel importante para calibrar la intensidad de la restricción y el peso de los derechos en colisión. Veamos ahora la posición de Moreso, que a mi entender presenta similitudes con la parte de la teoría de la ponderación de Alexy que supone la aplicación de casos.

III. El modelo de Moreso

Moreso propone la solución de colisiones de derechos a través de un modelo intermedio entre una “concepción subsuntiva” y una “concepción particularista”. Su propuesta sería supuestamente “superadora” de la propuesta de Alexy. Sin embargo, la propuesta de Moreso presenta más parecidos de familia que diferencias con *parte* del modelo de la ponderación de Alexy —claro está, incluyendo la porción en la que

este último autor se refiere a las reglas de precedencia que surgen de las soluciones de anteriores conflictos de derechos y a la red conformada por esos resultados.

Para entender la posición de Moreso es preciso ubicarla entre dos modelos que él niega que sean candidatos plausibles para la reconstrucción de las formas de aplicación de normas de derechos fundamentales: el subsuntivo y el particularista. Su propuesta se ubicaría entre estos dos modelos, que representan los extremos opuestos de la paleta de posibilidades. En una nueva versión de su artículo ubica al modelo de Alexy, que llama enfoque “proporcionalista”,⁵¹ como un modelo intermedio —antes lo clasificaba como una concepción particularista.⁵²

La concepción subsuntiva es ya ampliamente conocida, como lo son sus limitaciones para resolver colisiones entre derechos fundamentales. Se trata de subsumir el caso particular en una pauta general. La tarea del intérprete consistiría en una suerte de armado de un mosaico. Cada pieza del mosaico estaría constituida por una norma de derecho fundamental cuyo contorno es importante porque trazaría el alcance de los comportamientos incluidos en esas normas. Una vez realizada la tarea de limar los contornos de todas las normas de derechos fundamentales, quedaría armado el mosaico, cada pieza con su respectivo contenido, y a su vez las normas ya no estarían más en colisión. Los derechos fundamentales quedarían adecuadamente delimitados (especie de teoría interna).⁵³ Sin embargo, esta forma no ha sido realizada en su forma “pura”, según Alexy.⁵⁴ Como bien se pregunta Moreso en términos críticos: “¿cómo es posible realizar una interpretación de todas las nor-

⁵¹ J. Moreso, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, septiembre-octubre, 2010, pp. 821-832, 824.

⁵² J. Moreso, “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, en *Revista Derecho GV*, jul.-dic. 2006, pp. 13-30, 18.

⁵³ Sobre una explicación detallada y crítica de las teorías internas de los derechos fundamentales, véase C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, pp. 442-486.

⁵⁴ R. Alexy, “Die Konstruktion der Grundrechte”, en L. Clérico/J.-R. Sieckmann (ed.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*, Baden-Baden, 2009, pp. 9-19 [traducción al castellano de L. Clérico y J. Sieckmann: en L. Clérico/J.-R. Sieckmann/D. Oliver-Lalana (ed.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 1-14].

mas que establecen derechos fundamentales de modo que los comportamientos por ellas regulados encajen perfectamente entre sí?”⁵⁵

Como posible respuesta a las limitaciones de la posición subsuntiva aflora la posición particularista, para la cual la corrección de una acción no depende de que el caso caiga bajo el supuesto de una pauta general. Para los particularistas, la relevancia de las propiedades siempre depende de las circunstancias del caso concreto. Si una circunstancia fue tomada como relevante para la solución de un problema normativo, esto no asegura que lo será necesariamente para la solución de problemas futuros semejantes: todo depende del contexto. Moreso se refiere al caso del niño Marcos que profesa la religión Testigo de Jehová y que se encuentra en grave estado de salud y requiere ser transfundido. Los padres tienen la obligación de hacer todo lo posible para salvar la vida de su niño y si no lo hicieran su conducta sería jurídicamente reprochable. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español argumenta *en el contexto del caso de Marcos*, que el hecho de que los padres no quisieran convencer al niño de someterse a la transfusión de sangre no es punible porque se trata de un supuesto del ejercicio de la libertad de religión. Y como los contextos son muy diversos, sostienen los particularistas, no sería posible “atrapar” un principio válido en todos los contextos de manera invariable.⁵⁶ La crítica a esta posición —y más allá de la resolución del caso del niño Marcos— viene más que nada desde la perspectiva de los destinatarios de los derechos fundamentales (tanto sujetos titulares como obligados). Los destinatarios quedarían al arbitrio de los aplicadores, porque cualquier contexto se presentaría lo suficientemente resbaladizo como para ser encastrado en la ilusión del mosaico de los defensores del modelo subsuntivo.

Todo lo cual lleva a pensar en opciones intermedias, entre ellas la de Alexy y la de Moreso. La característica de estos enfoques —más allá de las diferencias— sería que los principios colisionantes mantienen su fuerza, su validez, a pesar de que uno salga vencedor y el otro venci-

⁵⁵ J. Moreso, “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, *cit.*, nota 52, p. 18.

⁵⁶ J. Moreso, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, *cit.*, nota 51, p. 823; cfr. D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, p. 178.

do, pues el vencido sólo ve reducido su alcance en esa colisión, aunque lo mantenga para otras. Veamos el procedimiento sugerido por Moreso, consistente en los siguientes cinco pasos: a) la delimitación del problema normativo que presenta el caso; b) la identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a); c) la consideración de determinados “casos paradigmáticos”, reales o hipotéticos, del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función la de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles; d) la determinación de las propiedades relevantes del problema normativo; y e) la formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso.

a) La delimitación del problema normativo que presenta el caso y que tiene la función de hacer el caso “manejable”. Es lo que Alchourrón y Bulygin identifican como Universo del Discurso. Por ejemplo, en el caso de la colisión de la libertad de expresión de un periodista con el derecho a la honra de un funcionario que se siente afectado por los dichos del primero, nos interesa saber en qué circunstancias al periodista le está permitido publicar la investigación que afecta a otra persona sin ser sancionado y cuándo puede ser pasible de sanción —nos interesa saber si esta acción está permitida o no, nos interesa el estatus deóntico de la acción. Esta acción puede realizarse dentro de un conjunto de situaciones. Esto es el Universo del Discurso. Las circunstancias de Universo del Discurso comparten una cierta propiedad que es la definitoria del Universo del Discurso. No se trata de todas las acciones posibles, sino de las que comparten la propiedad común de ese universo. Por ejemplo, en el caso del periodista, el Universo del Discurso podrían ser las acciones de opinión o acciones de información en medios gráficos sobre asuntos que afectan a las personas. Se refiere a la determinación del conjunto de acciones humanas relevantes para la solución de la colisión de derechos y referida a la pregunta acerca de la prohibición, la permisión o la obligatoriedad de la acción.⁵⁷ En el modelo de la ponderación orientado por reglas arriba ensayado, la delimitación del problema se encuentra en el inicio del procedimiento argumentativo

⁵⁷ C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 32.

y se podría enriquecer utilizando los conceptos desarrollados por Alchourrón y Bulygin. En todo caso este paso no parece ser algo distintivo de la propuesta de Moreso.⁵⁸

b) La identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a). Se trataría de la identificación de las normas aplicables para la resolución de la colisión de derechos. Moreso explica este apartado con el ejemplo del fallo Titanic del Tribunal Constitucional Federal alemán⁵⁹ utilizado en reiteradas oportunidades por Alexy. Moreso afirma que “obviamente” son aplicables el principio que establece la libertad de expresión e información y el que protege el honor de las personas. En nuestro esquema éste sería el paso de delimitación del conflicto entre principios, que por supuesto requiere identificar las normas aplicables. Por ejemplo, los principios colisionantes son la libertad de expresión y el derecho a la honra. En este sentido, la propuesta de Moreso no se distingue de la de Alexy.

c) La consideración de determinados “casos paradigmáticos”, reales o hipotéticos, del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles. Las admisibles serían sólo aquellas que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente. En el problema normativo delimitado en el caso del periodista que publicó su opinión crítica sobre la forma en que un juez llevó una causa sobre una matanza durante una dictadura militar, se podrían considerar como casos paradigmáticos los siguientes:

— Publicar *opinión* sobre la base de una investigación acerca de la tramitación de una causa en la que se investigaban hechos ocurridos durante la última dictadura militar (en Argentina) respecto de “temas

⁵⁸ Véase, sin embargo, D. Martínez Zorrilla, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, p. 206; véase una posición similar a la de Moreso en D. Mendonca, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003.

⁵⁹ La revista satírica *Titanic* llamó “asesino nato” y “tullido” a un oficial parapléjico, de la reserva, que a pesar de su discapacidad logró que lo convocaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. Un tribunal alemán condenó a la revista *Titanic* a pagar al oficial de reserva. La revista *Titanic* interpuso un amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una ponderación entre la libertad de expresión y la protección a la personalidad. BVerfGE 86, 1 (11).

de notorio interés público” ejemplifica un supuesto en el cual la libertad de expresión desplaza al derecho al honor de un funcionario.

— Publicar *información* verdadera sobre la tramitación de una causa respecto de temas de notorio interés público aunque afecte el honor del juez de la causa ejemplifica un supuesto en el cual la libertad de expresión desplaza al derecho al honor.

— Publicar una *información* falsa sobre la tramitación de una causa respecto de temas de notorio interés público, habiendo sido diligentemente contrastada y sin la intención de dañar al afectado sobre la tramitación de una causa sobre temas de notorio interés público ejemplifica un supuesto en el cual la libertad de expresión desplaza al derecho a la honra.

— Publicar una *información* falsa a sabiendas de su falsedad y con la intención de dañar al afectado ejemplifica un supuesto en el cual el derecho al honor desplaza a la libertad de opinión.

La idea de “casos paradigmáticos” puede ser pensada en el marco de una red de reglas resultados de las sentencias como anteriormente se reconstruyó en el modelo de la ponderación orientado por reglas.⁶⁰ En este sentido, las propuestas de Moreso y Alexy se acercan.

d) La determinación de las propiedades relevantes del problema normativo; según Moreso ésta haría posible la determinación de las soluciones normativas. A renglón seguido afirma que son claramente relevantes: la relevancia pública de la noticia, que la noticia sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada, y que la noticia no sea injuriosa.⁶¹ Ahora bien, la determinación de la relevancia implica argumentación. Moreso sin aportar una justificación habla de “claramente” relevantes y lo son, porque ya hay una historia de casos decididos por diversos tribunales en los que se aplicó con matices la teoría de la real malicia construida a partir del caso *New York Times vs. Sullivan*. Con todo, los problemas de relevancia (por entrar al juego de similitudes y diferencias) no son ajenos al modelo anteriormente ensayado. Nueva-

⁶⁰ Como acertadamente señala G. Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEC, 2005, pp. 141-143.

⁶¹ J. Moreso, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, *cit.*, nota 51, p. 827.

mente el modelo de Moreso y el reconstruido a partir de Alexy se acercan.

e) La formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del Universo del Discurso. Se trata aquí de reconstruir la regla bajo la cual se pueda subsumir el caso sujeto a resolución y todos los otros casos pertenecientes al mismo universo de casos. Por ejemplo, en relación con el fallo “Titanic”, propone dos reglas: R1) las informaciones de relevancia pública, veraces (verdaderas o si falsas diligentemente contrastadas) y no injuriosas están permitidas; y R) 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.

Esta última etapa argumentativa —más allá del contenido de las reglas que el autor propone que podrían ser discutibles— coincidiría, según entiendo, con la formulación de la regla resultado de la sentencia y con el mandato de resolver casos similares (es decir, los pertenecientes al Universo del Discurso) con las mismas reglas. Nuevamente esto acerca los modelos, no los aleja. Veamos:

Estas cinco etapas constituyen un modo de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten otorgar coherencia a la función judicial, aunque reducen el alcance de los principios. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso. Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.⁶²

⁶² J. Moreso, “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, *cit.*, nota 52, p. 24.

¿Es el esquema de Moreso de ponderación? ¿O acaso se trata de subsunción con comparación de casos? Esta última parece ser la respuesta más plausible, ya que no hay ponderación propiamente dicha en el sentido usado por Alexy. Nos encontramos en la etapa del proceso de argumentación iusfundamental que trata de evitar la ponderación a través de la resolución por reglas-resultados de sentencias anteriores que constituyen una red de casos. Esto está presente en el modelo de Alexy, aunque no se le haya prestado la debida atención (tal vez porque no fue ésta la parte de su modelo más atacada, sino la que recibiera más críticas es la de la ponderación propiamente dicha). Así el modelo de Moreso no suplanta a la ponderación propiamente dicha cuando no es posible resolver el conflicto de derechos a través de precedentes reales o imaginarios.⁶³

Sin embargo, el autor insiste en sostener diferencias que se desvanecen a poco de ser analizadas. Por ejemplo, en el modelo de Alexy una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. La propuesta de Moreso no estaría vinculada con este tipo de “particularismo”: “en un ámbito determinado y con determinados principios en liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados”.⁶⁴ Sin embargo, no se entiende bien entonces lo anteriormente sostenido en el sentido de que un caso del Universo del Discurso puede ser solucionado de otra manera si se demuestra “una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo

⁶³ Por eso no resulta claro cuando el autor sostiene que cree que sería “mejor pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios —pautas con las condiciones de aplicación abiertas—, a reglas —pautas con las condiciones de aplicación clausuradas— con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado”. J. Moreso, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *op. cit.*, p. 826; en todo caso, véase R. Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris* 16, 2003, pp. 433-449 y H. Stück, “Subsumtion und Abwägung”, *ARSP*, vol. 84, 1998, pp. 405-419.

⁶⁴ J. Moreso, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, *cit.*, nota 51, p. 827.

diverso”.⁶⁵ En ambos modelos la generalidad es limitada,⁶⁶ aunque el apartamiento requiera justificación. En todo caso, la propuesta de Moreso *enriquece* una parte del modelo de la ponderación orientado por reglas.⁶⁷ En esta parte ambos modelos se mueven en el ámbito de la subsunción, de la comparación de casos, de la analogía y de la limitada generalidad.

Ahora bien, donde creo que los modelos difieren es en su posición frente a lo que está más allá de la resolución de conflictos de derechos fundamentales mediante casos paradigmáticos —o, en nuestra propuesta, de casos relevantes que conforman la red de reglas resultados de las sentencias. Moreso respondería que toda solución de conflictos entre derechos fundamentales puede ser reconstruida a través de su propuesta. Sin embargo, existen casos en donde poco se ha discutido sobre la “relevancia” de las propiedades; no todos los casos son como el *Titanic* del Tribunal Constitucional Alemán u otros casos que en más o en menos se asemejan a la doctrina del caso *New York Times vs. Sullivan* —con sus miles de matices.

Moreso se permite en su artículo algunas apelaciones a la aceptabilidad de la plausibilidad de premisas que sostiene, pero que no justifica; suele decir, respecto de la relevancia de las propiedades, que “son claramente relevantes las siguientes...”⁶⁸ y las enumera, pero no justifica su relevancia. Luego cuando reconstruye las reglas señala: “R1 y R2 sostiene una regla, me parece que indiscutida”; “también indiscutida”.⁶⁹ La razón por la cual aceptamos estos giros es que los casos paradigmáticos de trasfondo son muy conocidos. Sin embargo, frente a otros casos no estaríamos tan dispuestos a aceptar la justificación de lo que

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Véase D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, p. 215, 178; cfr. B. Celano, “Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico”, *Ragion pratica* 13, 2006, pp. 133—50.

⁶⁷ Incluso este punto puede ser complementado por los desarrollos de Martínez Zorrilla sobre casos paradigmáticos en relación con la propuesta de Susan Hurley, véase D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, p. 252; D. Martínez Zorrilla, “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 86, 2009, pp. 119-144; D. Martínez Zorrilla, *Metodología Jurídica y argumentación*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, pp. 161, 171.

⁶⁸ J. Moreso, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, *cit.*, nota 51, p. 827.

⁶⁹ *Idem.*

sostiene, por ser los casos novedosos o trágicos o sumamente difíciles. En estas ocasiones la ponderación propiamente dicha parece ser —por ahora— inevitable.⁷⁰

IV. Consideraciones finales

El modelo de la ponderación ha sido presentado como un modelo de la ponderación orientado por reglas, en comparación con un “mero modelo de la ponderación” fuertemente abocado al particularismo. Para este último, los resultados de la ponderación como reglas no tienen importancia alguna; para el primero, en cambio, desempeñan un papel fundamental. Primero, posibilitan la aplicabilidad del resultado de la ponderación a la resolución de colisiones de derechos similares. Segundo, no toda nueva colisión requiere así de una ponderación —ello sería redundante, si las condiciones de un resultado de una ponderación se dan en el nuevo caso, en tanto se pueda subsumir el caso nuevo bajo el antecedente de un resultado-regla de una ponderación, entonces, y, en principio, no se pondera en concreto. Tercero, se puede hablar de un aumento de la racionalidad del modelo de la ponderación en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto, en la medida en que la justificación de determinaciones sobre la intensidad de la restricción y el peso de los principios pueda realizarse mediante criterios generales y de la aplicación de los correspondientes puntos de vista, independientes del juicio de la ponderación que pretende solucionar la colisión en el caso concreto. Sin embargo, se ha fundamentado en este trabajo que el peso concreto de los principios no puede ser dejado de lado. En este sentido, la determinación abstracta del peso de los principios vale en principio. En algunas circunstancias puede no coincidir el peso abstracto con el peso concreto de un principio y llevar a la determinación de otra relación de prioridad condicionada. En estos casos, el peso concreto del principio hace las veces de argumento en contra de la relación de prioridad, que resulta de la determinación abstracta del peso de los principios.

⁷⁰ Véase los pasos cuatro a siete del apartado I. 2. de este trabajo.

El modelo de la ponderación orientado por reglas presenta una solución intermedia entre dos modelos extremos: por un lado, el modelo en el que no se construye regla alguna a raíz de una ponderación; por el otro lado, un “modelo que no admite ponderación alguna”, extremadamente generalista.⁷¹ Ninguna de las dos posiciones extremas logra una reconstrucción convincente de la práctica constitucional. La primera, porque implica admitir una práctica que empieza con cada ponderación. La segunda no resulta convincente debido a la indeterminación de las normas iusfundamentales.⁷²

Recepción: 23/09/2011

Aceptación: 02/04/2012

Correspondencia:

Laura Clérico

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Buenos Aires, Argentina.

Correo electrónico: <lauraclerico@yahoo.com>

⁷¹ Sobre la ponderación *ad hoc* y la ponderación definicional, véase Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, 96, *Yale L.J.* 943 (1987); además, sobre la ponderación racionalmente justificada, véase G. Maniaci, “Algunas notas sobre coherencia y balance en la Teoría de Robert Alexy”, *Isonomía*, núm. 20, 2004; G. Maniaci, “Bilanciamento tra principi e argomentazione razionale. Una replica alle obiezioni di Giulio Itzcovich”, en <http://www.dirittoquestionipubbliche.org/D_Q-3/contributi/contributi-set.htm>.

⁷² Véase R. Alexy, *Die Konstruktion der Grundrechte*, pp. 1-14.