

Ponderación *versus* subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?

*Sebastián López Hidalgo**

RESUMEN

El presente artículo pretende poner de manifiesto dos cuestiones básicas en la teoría de la interpretación constitucional relacionadas con el principio de seguridad jurídica y un criterio de certeza en el ordenamiento jurídico. Dichas cuestiones, aunque aparentemente de sobra conocidas por los teóricos, merecen un breve análisis: i) La insuficiencia del método clásico de la subsunción jurídica propugnado desde el positivismo clásico y el formalismo ingenuo, pensado para un tipo de normas (reglas) con autonomía semántica, frente a formas de razonamiento diversas como la ponderación constitucional, óptimas cuando se trata de procurar una solución frente problemas que tienen que ver con normas abiertas y generales como los principios constitucionales; y ii) La superación de la dicotomía subsunción-ponderación como dos cuestiones aisladas que no guardan una relación en materia interpretativa.

PALABRAS CLAVE: ponderación, subsunción, interpretación jurídica, interpretación constitucional, crisis del Derecho.

ABSTRACT

This article intends to bring to light two basic issues in constitutional interpretation theory which are related to the principle of legal security and a criteria of certainty in the legal order. Said questions, although apparently sufficiently know by theorists, deserve a brief analysis: i) The inadequacy of the classic juridical subsumption method promoted by classical juridical positivism and the ingenuous formalism conceived for a type of norms (rules) with semantic autonomy, vis a vis diverse techniques such as constitutional weighting, which are optimal when it comes to provide a solution facing problems that are related to general open norms such as constitutional principles; and ii) The overcoming of dichotomy subsumption-weighting, as two isolated issues that are not related in the interpretive field.

KEYWORDS: weigh, subsumption, legal interpretation, constitutional interpretation, the crisis of law.

FORO

* Docente de la Universidad del Azuay.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha entendido –o entendido mal–, en el campo de la práctica jurídica, que los jueces, al momento de resolver los denominados casos fáciles, tienden a echar mano sin mayor problema de la subsunción jurídica, en tanto que –cuando ha sido aceptado de buen recibo–, en los casos difíciles, el juicio de ponderación habría hecho su entrada como una particular técnica argumental incompatible abiertamente con una idea de subsunción jurídica.

Según se podrá observar, aun cuando la subsunción jurídica –como una apuesta a la actividad racional del legislador y a una concepción mecanicista de la decisión judicial– es viable en determinados supuestos en donde intervienen un cierto tipo de normas cerradas, concretas y específicas, y resulte insuficiente cuando se trata de procurar una solución correcta a problemas que tienen que ver con categorías normativas abiertas, generales y abstractas como los principios, la complementariedad de los modelos argumentales de fundamentación –subsunción y ponderación– es una exigencia de la realidad jurídica, puesto que la práctica más importante se mueve en una multiplicidad de casos que involucran la intervención armónica de los mismos en fases distintas de la aplicación del Derecho.

LA SUBSUNCIÓN COMO UNA APUESTA A LA RACIONALIDAD JURÍDICA

De manera muy general podría decirse que, para el positivismo jurídico de carácter formalista,¹ la inferencia lógica deductiva del razonamiento jurídico se deriva como una necesidad básica de concebir al orden jurídico rigurosamente escindido entre fuentes de creación y órganos de aplicación del Derecho.²

-
1. El formalismo jurídico hace referencia a una cierta concepción de la estructura del orden jurídico. Según esta concepción, el Derecho está compuesto, exclusiva o predominantemente, por preceptos legislativos, o sea, por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados; y no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. El orden jurídico sería un sistema autosuficiente capaz de proveer la solución unívoca para cualquier caso concreto. Bobbio ha denominado a esta concepción “positivismo teórico” porque involucra una cierta teoría acerca de la estructura de todo orden jurídico. A respecto véase Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Ariel, 1983), 36. Sobre la relación formalismo jurídico y positivismo jurídico puede consultarse Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, No. 12 (México: Fontamará / Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1991), 37 y s.
 2. Aun así, el propio Kelsen indicaría que “desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero este también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad,

Dicha construcción positivista solo se lograría al precio de imaginar al legislador y su obra como un acto racional supremo del cual nada cabe cuestionar, ocultando algunos aspectos prácticos que tienen que ver con el ejercicio de la actividad jurídica cotidiana.

Los actos lógicos de subsunción describirían así el momento crucial del proceso de administración de justicia en el que los hechos probados, luego de ser valorados,³ aparecen insertos en una norma racional previamente individualizada que contiene la solución al caso concreto.

Consecuentemente, en esta visión del ejercicio del Derecho, una decisión judicial estaría justificada si se deriva de una disposición jurídica válida,⁴ y se adapta a la descripción de una conducta específica subsumible para el tipo abstracto previsto en aquella.⁵

Cobraría sentido el modelo básico de razonamiento judicial propio de una teoría cognitiva de la interpretación⁶ en donde “la sentencia constituye un sencillo razonamiento silogístico en el que los hechos funcionan como premisa menor que se subsume en la premisa mayor formada por la norma general y que da lugar a una simple conclusión jurídica denominada –fallo–”.⁷

puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general”. Ver Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1976), 169. También en Kelsen, dado que el Derecho aparece como una estructura de tipo jerárquico en la que cabe distinguir diversas “gradas” como la Constitución, la legislación, la jurisdicción, etc., muestra que la oposición entre creación y aplicación del Derecho es simplemente relativa. La mayor parte de los actos jurídicos lo son tanto de creación como de aplicación del Derecho. Las únicas excepciones son, por abajo, los actos de ejecución que son mera aplicación de normas individuales y, por arriba, la norma que ocupa el vértice de la pirámide y que, obviamente, no puede ser aplicación de ninguna otra. Véase Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, 2a. ed. (Barcelona: Ariel, 2003), 288.

3. E. Alchourron y Eugenio Bulygin se inclinan a pensar que en muchos casos (aunque no en todos los casos) los jueces no valoran, sino, que se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen. En otras palabras, no formulan juicios de valor, sino proposiciones axiológicas y tales proposiciones son puramente descriptivas. Dichas observaciones están destinadas a mostrar que el papel desempeñado por las valoraciones en el razonamiento judicial es bastante más modesto de lo que comúnmente se cree. Ver E. Alchourron y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 316.
4. Válida no en el sentido de perteneciente al sistema jurídico en el momento en el que el órgano jurisdiccional funda su decisión, sino más bien, en el sentido de aplicable al caso, puesto que pueden existir normas que perteneciendo a un sistema jurídico dado, no resulten aplicables al caso.
5. Paolo Comanducci, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”. En *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 17.
6. En los supuestos de la teoría cognitiva, la actividad interpretativa no es más que un acto puro de conocimiento racional en donde los enunciados interpretativos: las normas, producto de la actividad interpretativa, contienen un valor de verdad. Ver Ricardo Guastini, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. En *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Isabel Lifante Vidal (Lima: Palestra, 2010), 147.
7. Alfonso Ruiz Miguel, “Creación y aplicación en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984): 7.

De esta forma, los juristas decimonónicos eludirían algunas “dificultades” presentes en el sistema jurídico como las lagunas o contradicciones normativas, pero también negarían algunos otros como la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje, asumiendo que el ordenamiento jurídico ofrece siempre una única solución correcta⁸ que se obtiene luego de indagar la voluntad única del legislador, descubriendo el sentido objetivo –norma– que incorpora la disposición normativa.⁹

Para un modelo de juez mecánico¹⁰ en donde las decisiones judiciales pueden tomarse conforme a las reglas inferenciales de la lógica deductiva, la subsunción como el silogismo jurídico aparecería como la única garantía de racionalidad en el razonamiento jurídico encargado de dotar de seguridad y certeza al sistema jurídico.¹¹

Este dogma, de que los jueces solo aplican el Derecho legislado, ha sido apoyado por un modelo subsuntivo-deductivo de argumentación con el fin de obtener su más obvia consecuencia jurídica de carácter procesal: la sentencia o fallo,¹² evidenciada como el resultado de una fórmula aritmética que se obtiene de agregar hechos más normas.

Pero ¿es esta la realidad de la práctica jurídica contemporánea? ¿Es el método subsuntivo de razonamiento el único que permite alcanzar una solución correcta a todos los problemas jurídicos concretos? ¿Cómo operan realmente los jueces dentro de los denominados casos difíciles en el mundo del Derecho?¹³

-
8. García Amado sostendría que, tanto las doctrinas del formalismo decimonónico como las doctrinas axiologistas que representa Dworkin aparentemente como opuestas, guardan profundas coincidencias en su acepción como solución metódica. “Las unas y las otras beben de un mito, aquellas del siglo XIX en el mito del legislador racional inmanente a un Derecho ideal; estas, de la segunda mitad del XX y comienzos del XXI se apoyan en la creciente fuerza del mito del juez racional y ambas son formalistas”. Ver Antonio García Amado, “¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?”, *Revista Isegoría*, No. 35 (2006): 168.
 9. La norma no es el presupuesto mismo de la interpretación, sino su resultado; es decir, la norma resulta ser el producto de la actividad interpretativa de determinado texto, existiendo, por lo tanto, una relación interpretativa entre *disposición normativa* y *norma*. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete. Ver al respecto Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (México: Porrúa, 2000), 11.
 10. Un modelo de juez que se limita a subsumir hechos a normas abstractas y generales para obtener su consecuencia –fallo o decisión–.
 11. Juan Igartua Salaverría, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional* (Madrid: Civitas, 1998), 100.
 12. “Lo que el juez expresa en su sentencia es la convicción formada por su entendimiento de las pretensiones de las partes, de las pruebas sobre los hechos que las constituyen, y del sentido que estima correspondiente a ley aplicable”. Véase Cesáreo Rodríguez-Aguilera, *El lenguaje jurídico* (Barcelona: Bosch, 1969), 55.
 13. El grado de problematicidad que haya en un caso será lo que le atribuya la propiedad de ser fácil o difícil. Los denominados casos fáciles son aquellos en donde aparece formulado en términos relativamente sencillos la construcción silogística de premisa mayor, premisa menor y consecuencia, de manera que es posible una única solución correcta. Por el contrario, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución. Es decir, no aparece determinado de forma clara la premisa mayor, premisa menor y la consecuencia capaz de procurar una única solución correcta al caso. Se presentan con una zona de certeza o núcleo duro y una zona de penumbra. Estos casos difíciles son tales porque: no hay una respuesta correcta para él; las formulaciones normativas son ambiguas y los conceptos que expresan son vagos; el

De hecho, la práctica judicial como una actividad relacionada con hechos reales y situaciones complejas no supone solamente una actividad lógica de subsunción y posterior deducción metodológica. Por el contrario, la actividad judicial “se expresa mediante una serie de operaciones complejas, cognitivas y volitivas, que difícilmente pueden ser sometidas a un modelo unitario de comprensión”.¹⁴

El ejercicio de las funciones jurisdiccionales en el conocimiento de los casos prácticos no empieza y termina con una atribución de significado como una actividad puramente racional.¹⁵ “Ese constituye tal vez el momento central, pero para llegar a él han de verificarse algunas operaciones que condicionan o –casi– prejuzgan el resultado final”.¹⁶

Como se evidencia, el acto de subsunción está presente en la compleja operación jurídica. Sin embargo, no constituye la única variable que define todo el proceso como *subsuntivo*, con el fin de asegurar la ansiada seguridad jurídica y certeza en el Derecho.

El que la subsunción sea una forma tradicional para resolver los denominados casos fáciles, por sí misma no dice nada en su contra ni sirve para desecharla; no obstante, muchos de los compromisos actuales del Derecho se cifran en articular otras técnicas de argumentación en torno a la tarea interpretativa, vinculada a criterios de racionalidad controlable. “Desde luego, la parte más importante y más interesante de la práctica constitucional no es el conjunto de casos fáciles, son los casos difíciles los que vale la pena explicar, es decir, aquellos en los que no hay nada manifiesto, sino en los que aparecen los problemas interpretativos”.¹⁷

Sin duda se trata de realidades del sistema que desnudan la supuesta racionalidad del legislador y evidencian una labor que puede estimarse como “creativa”¹⁸ en el

Derecho es incompleto o inconsistente; no hay consenso en la comunidad de juristas sobre su solución; no es un caso rutinario o de aplicación mecánica; es necesario sopesar disposiciones jurídicas en conflicto; requiere para su solución un razonamiento basado en principios; involucra juicios morales, etc. Ver al respecto Francisco Laporta, *El imperio de la ley una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007), 204 y s. También puede consultarse Atienza, *El sentido del Derecho*, 264-5.

14. Luis Prieto Sanchís, *Interpretación jurídica y creación judicial* (Lima: Palestra, 2007), 179.

15. Ni siquiera para los casos de control abstracto de norma en materia constitucional, puesto que se requiere más que una simple actividad cognitiva de contraste lógico formal de normas contrapuestas. Se trata de un ejercicio que está más allá de la sola actividad de conocimiento de un texto, en donde pueden surgir un sinnúmero de situaciones posibles: desde una laguna normativa hasta la determinación de normas implícitas o normas adscritas. Por otro lado, como lo indica Eros Grau, “el intérprete interpreta también el caso, necesariamente, además de los textos, al emprender la producción práctica del derecho”. Ver Eros Grau, *Interpretación y aplicación del Derecho* (Madrid: Dykinson, 2007), 222.

16. Prieto Sanchís, *Interpretación jurídica y creación judicial*, 180.

17. Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 100.

18. Por creación judicial del derecho, tal como lo sostiene Alfonso Ruiz Miguel, se entiende al menos cuatro acepciones: 1. creación formal: cuando la sentencia se considera un mandato –o, en la terminología kelseniana, una

momento de la adjudicación judicial que se encuentra más allá de la simple actividad de subsunción jurídica.¹⁹

Ahora bien, ¿qué supone esto para el Derecho? ¿Qué tipo de normas sugieren una actividad interpretativa que escapa a la simple lógica deductiva racional que no genere al mismo tiempo inseguridad jurídica dentro del sistema? ¿Cuáles son esos métodos alternativos de razonamiento jurídico para los denominados casos difíciles en donde intervienen normas generales y abstractas?

TEORÍA DE LAS NORMAS: LAS REGLAS, LOS PRINCIPIOS,²⁰ Y SUS MÉTODOS

Aun cuando no es objeto de esta exposición debatir en profundidad la problemática acerca de la distinción entre reglas o principios,²¹ —distinción que no se funda en el carácter normativo, ya que en ambos casos es jurídica—,²² la dualidad reglas y principios puede ser desarrollada a partir de unas características básicas propuestas por R.

norma particular—, cada decisión judicial es un acto jurídico tan nuevo como una ley o una concesión administrativa y produce un cambio en la situación o relación de las personas que han sido partes en el proceso; la decisión judicial es formalmente creativa de Derecho por el simple hecho de tratarse de una decisión; 2. creación material para un caso concreto por especificación de criterios jurídicos abstractos preexistentes: según la conocida tesis de Kelsen, el proceso dinámico de producción normativa es a la vez aplicativo y creativo porque las normas inferiores siguen criterios establecidos en normas superiores, pero a la vez deben especificar alguno de sus distintos significados posibles; 3. creación material para un caso concreto por inexistencia de criterios jurídicos abstractos preexistentes: representados en el lenguaje jurídico como (lagunas, antinomias y redundancias); 4. creación material de criterios jurídicos abstractos: ocurre cuando una determinada sentencia que crea Derecho en el sentido anterior funciona además como precedente a seguir en casos posteriores similares. Ver Ruiz Miguel, “Creación y aplicación en la decisión judicial”, 16-7.

19. Sin embargo, como ideal al que aspirar, sigue vigente en cualquier caso en su sector de la doctrina, el sistema de normas sin lagunas, perfecto, necesitado quizá de interpretación, pero nunca de complemento. Ver Arthur Kauffman, *Hermenéutica y Derecho* (Granada: Comares, 2007), 68.
20. No seguimos aquí de forma rígida la clasificación propuesta por Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza en donde los principios admiten una clasificación entre: 1) principios en sentido estricto; y, 2) principios programáticos o normas directrices. Como una opción metodológica, la clasificación se orienta a los dos grandes “grupos” de normas: reglas y principios. Ver Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel, 1996).
21. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han establecido algunas diferencias básicas que son articuladas o agrupadas en torno a tres categorías: i) como diferencias estructurales; ii) diferencias como razones para la acción; y, iii) diferencias como normas que se vinculan con relaciones de poder. Véase Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho...*, 7 y s. También puede verse Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998).
22. Paloma Biglino Campos, *Los vicios en el procedimiento legislativo* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991), 66.

Dworkin, como son: la aplicabilidad disyuntiva de las reglas, y la dimensión de peso o importancia de los principios.²³

Distinción de la que R. Alexy también participaría subrayado la diferencia cualitativa que supone que las reglas sean aplicadas mediante un proceso de subsunción lógico, mientras que en los principios, para la solución de sus casos, haya de recurrirse a otros procedimientos como el juicio de ponderación.²⁴

Así, para el caso del conflicto o colisiones entre reglas jurídicas el tema puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción, lo cual elimina el conflicto, o mediante la adopción de los denominados clásicos criterios de solución de las antinomias que producen la invalidez de alguna de ellas.²⁵

Las reglas jurídicas se presentarían como un tipo de normas proclives a una exclusión mecánica de “todo o nada”. Si se hace efectivo el supuesto de hecho previsto en la regla el juez debe aplicarla subsumiendo por completo el caso. Si, por el contrario, el supuesto de hecho previsto no se verifica, el juez debe excluir su aplicación.²⁶ Consecuentemente, las reglas constituyen razones excluyentes de manera que si se presentan las condiciones, estas se aplican o no, sin necesidad de entrar a otras consideraciones posibles.

De acuerdo con esta idea, las normas tipo regla se presentan de forma binaria en tanto determinan su condición de aplicabilidad regido por una lógica *out-out* respondiendo a un ideal de subsunción jurídica.²⁷

Por su parte, las colisiones o conflictos entre normas y principios deben ser resueltos de manera totalmente distinta, ya que no se definen como normas con una validez

23. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984), 74-5. Sobre tal distinción puede consultarse también García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 199.

24. Se dice que las tesis de Alexy constituyen una reelaboración teórica más profunda y consistente del inicial planteamiento de Dworkin para poder distinguir las reglas de los principios. Es decir, Alexy da cuenta del porqué de las diferencias anotadas por Dworkin profundizando en la metáfora del “peso e importancia” encaminándolo a lo que ha denominado “mandatos de optimización”. Al respecto puede consultarse García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 185 y s. En este mismo trabajo, García Figueroa destaca algunos aspectos fundamentales de la concepción alexiana de los principios, tales como: la graduabilidad; la optimización; el deber ser ideal; el carácter *prima facie*.

25. Los clásicos criterios de solución de antinomias son: criterio de jerarquía, criterio de cronología, criterio de competencia y criterio de especialidad. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador los contempla en su artículo 3 numeral 1 (*lex posterior derogat legi priori; lex specialis derogat legi generali*).

26. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 573.

27. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 164.

definitiva sino solo *prima facie*. Por tanto, “que una norma iusfundamental tenga una validez *prima facie*, significa que no puede aplicarse mediante la subsunción”.²⁸

Decir que un principio tiene una validez *prima facie*, supone que las pautas de conducta que contienen los principios establecen obligaciones que son *derrotables*;²⁹ consecuentemente, las reglas, como su opuesto, establecerían condiciones inderrotables con un carácter “definitivo”.³⁰

Los principios por su carácter de norma general y abstracta serían el “gran depósito de condiciones implícitas que pudieran alterar la correlación entre el caso genérico y la solución normativa”.³¹ Un tipo de normas cuyas condiciones de aplicación no pueden ser determinadas *ex ante*,³² ya que solo aparecen como determinables.³³

Cuando dos principios entran en colisión... uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.³⁴

En el caso de los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas,³⁵ el tema de su posible colisión no se resuelve mediante la aplicación de la norma válida, sino en relación a una dimensión de peso o importancia³⁶ dado que

28. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 587.

29. Juan Carlos Bayón, rastreando el origen del término derrotable identifica como “intercambiables” los conceptos “norma derrotable”, “*prima facie*” y “norma abierta”. La revigorización actual de la idea de derrotabilidad se ha producido en el marco de las discusiones –suscitadas fundamentalmente a partir de los trabajos de Dworkin y Alexy– a cerca de la distinción entre reglas y principios, la interacción entre ambos y el papel de cada uno de ellos en el razonamiento jurídico. Ver Juan Carlos Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, No. 13 (2000): 87 y s. Por su parte, Francisco Laporta identifica una derrotabilidad epistémica y la derrotabilidad lógica. De acuerdo con la primera lo derrotable es nuestro conocimiento; en tanto que, de conformidad con la segunda acepción lo derrotable es la norma misma. En este caso, si alguna de las condiciones contribuyentes que conforman las presuposiciones subyacentes a la norma no está presente, entonces la correlación del caso con la solución tampoco puede ser concluida. Ver Laporta, *El imperio de la ley una visión actual*, 203.

30. Jorge Rodríguez, “Derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Isonomía*, No. 6 (1997): 150-67.

31. Laporta, *El imperio de la ley una visión actual*, 204.

32. Alfonso García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”. En *El canon neoconstitucional*, coord. por Miguel Carbonell y Leonardo García (Madrid: Trotta, 2010), 192.

33. *Ibid.*, 195. Como es advertido por Alfonso García, ello supone asumir que el contenido de las normas puede depender de ciertas particularidades en que la norma sea aplicable. Sin embargo, se puede presentar algún problema y con ello caer en un realismo jurídico extremo o un nihilismo extremo.

34. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 89.

35. *Ibid.*, 86.

36. Con referencia al concepto de peso de los principios puede verse Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, 77. Resulta pertinente también una referencia específica anotada por Ricardo Guastini en relación al juicio de

estos, no suministran razones excluyentes, sino razones que deben ser sopesadas unas con otras.³⁷

Esta dimensión de peso que incorporan los principios remite de forma inmediata el problema a la cuestión de la ponderación³⁸ como el procedimiento más adecuado de fundamentación racional para resolver los conflictos entre este tipo de normas. Tal como lo concebirá Alexy: una forma de entender la diferencia de los principios y las reglas más funcional que morfológica.³⁹

Así, el “sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales”.⁴⁰

Lo que significa, según la regla constitutiva de la ley de la ponderación, que, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴¹

No se trata de establecer jerarquías abstractas respecto de los derechos contenidos mediante fórmulas principales, sino de una jerarquía móvil o axiológica articulada al caso concreto.⁴²

Sobre el juicio de ponderación muchas veces se ha objetado que no constituye un procedimiento racional o controlable;⁴³ es decir, allí donde comienza la ponderación

la ponderación cuando dice: “la ponderación no es una operación estrictamente interpretativa. La clave de la ponderación no es la atribución de significado a las disposiciones que expresan los dos principios en conflicto, es más bien un juicio de valor comparativo (El principio P1 tiene más valor que el principio P2), que es algo diferente a un enunciado interpretativo (El texto T expresa la norma N)”. Ver Ricardo Guastini, “Interpretación de la Constitución”. En *Interpretación y razonamiento jurídico*, ed. por Santiago Ortega (Lima: ARA, 2010), 61.

37. Manuel Atienza, *El sentido del Derecho...*, 81.

38. Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En *El canon neoconstitucional*, coord. por Miguel Carbonell y Leonardo García (Madrid: Trotta, 2010), 111: indica que, en el Derecho Constitucional alemán, la ponderación es parte del principio general de proporcionalidad que a su vez consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Los tres expresan la idea de optimización.

39. Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), 50.

40. Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”. En *Teoría del neoconstitucionalismo*, coord. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 220.

41. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 161.

42. Ricardo Guastini, “Los principios en el Derecho positivo”. En *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1999), 170.

43. Jürgen Habermas por ejemplo, ha indicado que “la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado. En la medida en que un tribunal constitucional adopta la –teoría de los valores– o –teoría del orden valorativa– y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicio irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos... En cambio,

cesaría la posibilidad de un control racional de las decisiones jurisdiccionales abriéndose paso la discrecionalidad judicial⁴⁴ y la inseguridad jurídica.

Bien es verdad que no existe un ponderómetro, como lo afirma García Amado,⁴⁵ que elimine la discrecionalidad judicial, no obstante, ello no significa que la ponderación sea irracional y por lo mismo, descartable.⁴⁶

A la final, el silogismo y la subsunción tampoco excluyen apreciaciones subjetivas y un halo de discrecionalidad, no obstante, de tal afirmación no se colige que la subsunción deba ser desechada por irracional.

Si bien la ponderación no es una actividad que pueda estimarse como de plena objetividad, puesto que dicho ideal solo sería alcanzable en un marco normativo ideal que establezca con exactitud todas las actividades prohibidas o permitidas con anterioridad a los hechos, lo cual resulta altamente improbable; como procedimiento de fundamentación, encuentra un grado de objetividad y por ende, susceptible de un control racional.

Más aun, un sistema que integra un amplio catálogo de derechos fundamentales mediante cláusulas de principios hace imprescindible la utilización de métodos o técnicas argumentales diversos a la subsunción clásica, capaces de procurar una solución adecuada para cada caso.

Si se han reconocido las ventajas de que los derechos estén redactados mediante fórmulas abstractas, debido a que facilitan el diálogo abierto y plural en una sociedad democrática, lo ideal es la existencia de un modelo útil de razonamiento, racional y controlable cuando concurren principios-derechos en conflicto.

Por ello, no parece sensato sacrificar el espacio deliberativo democrático de configuración y pluralismo que brindan los principios a pretexto de una supuestamente cierta y segura subsunción de normas. Adicionalmente, un sistema de normas concretas, cerradas y específicas que regulan el sinnúmero de actividades sociales no solo

en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis –costes-beneficios–. Ver Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1998), 332; y, una respuesta a la posición de Habermas, adoptada por Alexy puede consultarse en Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, 106-16.

44. Un análisis interesante de la crítica y defensa al juicio de ponderación, así como un debate más amplio respecto del modelo neoconstitucionalista mantenido entre García Amado y Prieto Sanchís en sus tesis centrales, puede verse en Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho...*
45. Juan Antonio García Amado, “Derechos y pretextos”. En Miguel Carbonell, coord., *Teoría del Neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2007).
46. García Amado dice que medida o ponderación son palabras que valen como metáforas, no como descripción rigurosa de lo que el juez hace al fallar. Para explicar esa su labor –dice el autor–, es más exacto y honesto usar el término de siempre: valoración, juicio valorativo. Ver García Amado, “¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?”, 171.

que sería imposible y poco deseable, sino que correría el riesgo de asfixiar el proceso político de deliberación.

A la final, el debate en el mundo del Derecho es esencialmente argumentativo, incluso dentro del propio juicio de subsunción a efectos de alcanzar la ansiada legitimidad de la justicia y el control racional sobre el ejercicio de la función jurisdiccional.

Todo esto no supone una defensa sin más de cualquier argumentación que se esconda bajo el rótulo de “ponderación”, lo cual ha llevado a plantearse parámetros de racionalidad fundados en distintas fórmulas de justificación.⁴⁷

En tal sentido, un modelo articulado de principios y de reglas considerados de forma contextual parece lo correcto. Así, del “hecho de que, a través de las disposiciones iusfundamentales se estatuyan dos tipos de normas, es decir, las reglas y los principios, fundamenta el carácter doble de las *disposiciones* iusfundamentales”.⁴⁸

El recelo a la existencia de normas fin como los principios no se justifica en nombre de un posible judicialismo perverso, puesto que en la argumentación constitucional se encuentra el gran depósito de legitimidad.⁴⁹

Desde luego, existirán casos que se presenten con mayor apertura a los procesos de subsunción lógica, sin embargo, existirán otros en donde la diversidad de procedimientos utilizados, asuman un rol central en la argumentación de la decisión.

El razonamiento jurídico y la interpretación jurídica contemporánea no pueden consistir solamente en una deducción silogística básica –justificación interna–, pensada para un tipo de normas-reglas, que de hecho también hacen parte de una Constitución, sino además, unas técnicas de interpretación y unos métodos alternativos de razonamiento y fundamentación racional orientados en la búsqueda de una síntesis adecuada y razonada que integre un marco de justificación externa domeñada por una Constitución material de principios.⁵⁰

47. Sin que ello sea la solución final al debate, dado la discrecionalidad siempre latente en el órgano jurisdiccional encargado de resolver los casos, la *ley de la ponderación* en Robert Alexy y su *fórmula del peso* han significado en esfuerzo interesante en reducir los márgenes de discrecionalidad.

48. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 135.

49. García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, 203.

50. Alexy se ha referido al tema de la justificación interna y externa diciendo: “Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación *interna* y la justificación *externa*. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa...”. Ver Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 214 y s. También puede consultarse Paolo Comanducci, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo* (México: Fontamara / Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2004), 71 a 84. El marco de justificación interna constituye una inferencia a partir de premisas dadas; en tanto que la justificación externa es la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de las premisas dadas. Las primeras se adscribirán a lo que se ha denominado casos simples y la segunda a los denominados casos difíciles.

SUPERANDO LA DICOTOMÍA PONDERACIÓN *VERSUS* SUBSUNCIÓN

¿Son excluyentes el juicio de ponderación y la subsunción jurídica? La subsunción como el ingrediente principal del silogismo no puede comparecer siempre a la escena jurídica como el método único de razonamiento jurídico o excluyente en perjuicio de otras herramientas argumentales alegando mayores credenciales justificatorias al momento de juzgar el grado de seguridad y certeza dentro del ordenamiento.

Se ha vuelto común afirmar que la ponderación es el juicio alternativo a la subsunción, o que se trata simplemente de modelos de fundamentación irreconciliables. Como se observó, las normas-reglas serían objeto de subsunción en donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla. Los principios, en cambio, serían objeto de ponderación, donde la solución es construida a partir de razones en pugna.

Sin embargo, si bien es verdad lo manifestado –al menos parcialmente–, no parece prudente indicar sin más que el juicio de ponderación constituya una alternativa siempre opuesta a la tradicional subsunción, diciendo algo así como que el operador jurídico de adoptar entre uno u otro camino.⁵¹

Ahora bien, que no siempre se precise de la ponderación es correcto, pero cuando existe un problema entre principios hay que ponderar. Y no por ello la subsunción ha de quedar arrinconada, como bien lo anota Prieto Sanchís, sino al contrario: “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir”.⁵² Es decir, constatar que el caso se encuentre en el campo de la aplicación de los principios.

Así, por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite excesivo al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una sino dos veces: en el tipo penal, por ejemplo, y en el derecho fundamental invocado, para luego ser ponderada con los principios en pugna que respaldan la vigencia de tal disposición.⁵³

51. Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”. En Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 103.

52. *Ibíd.*, 104.

53. *Ibíd.*

Y aún más si antes de ponderar era preciso subsumir de alguna manera, aun cuando sea en un sentido débil del término –de verificación del caso–, “esto es, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna”, después de ponderar, habrá nuevamente que subsumir. Operarían entonces en fases distintas del proceso argumentativo.

Como lo expresara Alexy, “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.⁵⁴

Dicho en otras palabras, el propio juicio de ponderación se orienta a la formulación de una posterior regla. Una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se posterga la aplicación de uno de los principios en pugna para dar paso al otro, y, superada la antinomia, opera como una premisa normativa de la posterior subsunción.

Concluyentemente, “ponderación y subsunción no parecen como operaciones incompatibles, sino más bien propias de contextos de justificación diversos”⁵⁵ de manera que la ponderación no elimina la subsunción, sino que constituye el razonamiento que hace posible la construcción de la regla que funciona como premisa mayor del razonamiento jurídico.

La complementariedad de los métodos de razonamiento y solución de los conflictos de normas es una exigencia de la realidad jurídica dado que la práctica más ardua e importante se debe al conjunto de los denominados casos difíciles en los que se presentan especiales problemas interpretativos que requieren de una argumentación racional, más allá de la sola subsunción sin sacrificar la certeza y seguridad en el ordenamiento jurídico.

Además, aun cuando estos procedimientos argumentales mantienen una independencia para ciertos casos, puesto que donde no existe un problema de principios no aparece como necesario un juicio de ponderación, una consideración binaria o excluyente al estilo “o subsunción o ponderación” parece una idea fragmentada del Derecho.

CONCLUSIONES

El dogma clásico de que los jueces son simplemente *bouche de la loi* parece no tener más cabida hoy en día. La labor del ejercicio jurisdiccional no puede ser reducida en un mero servicio al legislador y su voluntad racional.

54. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 116.

55. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 199.

Por otro lado, que el ordenamiento es un sistema completo, coherente y cerrado, sin ambigüedades o vaguedades, capaz de regular siempre todos los supuestos concretos mediante actos legislativos previamente concebidos, tampoco parece ser posible.

Más allá de la utilidad que pueden brindar ciertas herramientas del razonamiento jurídico como la subsunción clásica, la realidad de la práctica jurídica contemporánea muestra como los jueces se encuentran constantemente avocados a hacer uso racional y controlable de una variedad de técnicas argumentales capaces de mostrar como la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible.

Así, la subsunción jurídica para los denominados casos fáciles y la ponderación para los casos difíciles, en los cuales cobran especial relevancia las normas iusfundamentales de carácter principialista en el marco de una Constitución con fuerza normativa, constituyen herramientas argumentales que no se miran como irreconciliables, sino que, bien entendidos, son complementarios en el discurso de los juristas.

La comparecencia armónica de la subsunción y la ponderación en los casos que corresponda puede contribuir favorablemente a construir una idea integral y no fragmentada del ordenamiento jurídico, y redundar en un ideal de certeza y seguridad jurídica que el sistema debe proporcionar.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourron, E., y Eugenio Bulygin. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En Miguel Carbonell y Leonardo García, coord., *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).
- Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*, 2a. ed. Barcelona: Ariel, 2003.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Biglino Campos, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, No. 12. México: Fontamará / Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 1991.
- Carlos Bayón, Juan. “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”. *Isonomía*, No. 13 (2000).
- Comanducci, Paolo. “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”. En *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- . *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*. México: Fontamará-Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2004).
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- García Figueroa, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”. En Miguel Carbonell y Leonardo García, coord., *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- . *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- García Amado, Antonio. “¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?”. *Revista Isegoría*, No. 35 (2006).
- García Amado, Juan Antonio. “Derechos y pretextos”. En Miguel Carbonell, coord., *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- Grau, Eros. *Interpretación y aplicación del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 2000.
- . “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. En Isabel Lifante Vidal, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima: Palestra, 2010.
- . “Interpretación de la Constitución”. En Santiago Ortega, edit., *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima: ARA, 2010.
- . “Los principios en el Derecho positivo”. En *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.
- Igartua Salaverría, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.
- Kauffman, Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Laporta, Francisco. *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1983.
- Prieto Sanchís, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. En Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2007.
- . “El juicio de ponderación constitucional”. En Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

---. *Interpretación jurídica y creación judicial*. Lima: Palestra, 2007.

---. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Rodríguez, Jorge. “Derrotabilidad de las normas jurídicas”. *Isonomia*, No. 6 (1997).

Rodríguez-Aguilera, Cesáreo. *El lenguaje jurídico*. Barcelona: Bosch, 1969.

Ruiz Miguel, Alfonso. “Creación y aplicación en la decisión judicial”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984).

Fecha de recepción: 26 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 21 de marzo de 2016