

«Quien quiera apartarse de un precedente, tiene la carga argumentativa en su contra»¹¹⁰.

Este aspecto de las cargas de argumentación expresa la universalidad de la relación de prioridad condicionada resultante de la ponderación. En efecto, la regla que afirma la precedencia de P_i ante P_j en determinadas circunstancias C no solamente es válida para el caso concreto, sino que para todos los demás casos en que ambos principios vuelvan a colisionar bajo las mismas circunstancias C , en tanto no existan razones suficientes, referidas al caso, que justifiquen una decisión diferente.

Ambos aspectos de las cargas argumentativas se encuentran en una relación de implicación necesaria, ya que sin una relación de prioridad condicionada resultante de la afectación de un principio por otro, no se podrá estatuir una regla aplicable al caso que sirva de precedente para casos idénticos o análogos en el futuro.

Sin embargo, es posible que el grado de afectación de un principio sea igual al grado de la importancia de satisfacción del principio que se le contrapone. Cuando no se pueda determinar cuál de los principios contrapuestos es el que debe tener prioridad sobre el otro en un caso concreto, se abre el ámbito de discrecionalidad para la toma de decisiones correspondiente al legislador¹¹¹.

V. LÍMITES MATERIALES DE LA PONDERACIÓN

La problemática de la teoría de la ponderación consiste en que ella se enfrenta a límites de tipo material y de tipo epistémico. Ambos límites constituyen puntos de referencia para las objeciones dirigidas en contra de ella por los escépticos de la ponderación, específicamente las afirmaciones en torno a que, por un lado, la ponderación es un procedimiento irracional, subjetivo, retorico y que, por otro, la ponderación constituye una amenaza para el Estado de derecho. Alexy, en su Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, sostiene que estos límites expresan dos ideas contradictorias entre sí: «Lo demasiado excesivo y lo demasiado poco»¹¹². En las secciones subsiguientes se defenderá la siguiente tesis: mientras que los límites materiales de la ponderación se encuentran fuera de su estructura interna y están referidos más bien a la justificación externa de las premisas a ser incorporadas en la ponderación, los límites epistémicos de la ponderación se encuentran dentro de la estructura interna de la misma y se corresponden con los límites del propio conocimiento humano, el cual nos permite valorar y juzgar hechos de tipo em-

¹¹⁰ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 493; *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 265.

¹¹¹ ALEXY, «Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», pp. 57 y ss.; *Id.*, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», pp. 520 y ss., 547 y ss.

¹¹² ALEXY, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», pp. 511 y ss.

Ponderación - Frutos

pírico y hechos de tipo normativo¹¹³. En consecuencia, la ponderación sería un método racional para la aplicación de norma que se encuentra limitado únicamente por los límites del conocimiento humano.

1. La objeción de irracionalidad

La objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación y contra la teoría de los principios. Esta objeción sirve a su vez de fundamento para las demás críticas que acusan a la ponderación de ser un procedimiento subjetivo (la objeción de subjetividad), ser una figura retórica que enmascara decisiones arbitrarias (objeción de retoricidad), e incluso de ser un procedimiento a través del cual se comparan magnitudes inconmensurables (objeción de inconmensurabilidad). Por ello, en la medida que se pueda responder satisfactoriamente a la objeción de irracionalidad, se podrá demostrar la falsedad de las críticas derivadas de ella.

«La racionalidad de la ponderación no es condición suficiente para la refutación de las otras objeciones; pero ella es, en todo caso, una condición necesaria para esto»¹¹⁴.

Asimismo, las consecuencias de la irracionalidad de la ponderación serían devastadoras para la teoría de los principios. En efecto, si la ponderación se demostrara como irracional, la teoría de los principios que define a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, entraría en crisis y con ella el principio de proporcionalidad que por definición se deriva de la definición de principio.

1.1. Los principios como valores y la irracionalidad de la ponderación: la crítica de Jürgen Habermas

Jürgen Habermas dirige su crítica no solamente contra la ponderación como procedimiento racional de aplicación de normas con carácter de principio, sino también contra la teoría que sirve de fundamento a la ponderación, es decir, la teoría de los principios. En su crítica, Habermas diserta sobre la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán. Habermas, a diferencia de lo que sustenta Böckenförde, sostiene que el peligro para la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán no se encuentra en el cambio de paradigma¹¹⁵.

¹¹³ Esto se condice con aquello que DWORKIN entiende como el carácter argumentativo del derecho: «La práctica jurídica, a diferencia de otros fenómenos sociales, es argumentativa. Cada actor en la práctica entiende que aquello que sea permitido o exigido depende de la verdad o certeza de ciertas proposiciones que tienen sentido únicamente por y en la práctica: la práctica consiste en su mayor parte en discutir y argumentar en torno a proposiciones». Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 13. Crítico respecto a este enfoque: A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 1992, pp. 48 y ss.

¹¹⁴ R. ALEX, «La construcción de los derechos fundamentales», pp. 7 y ss.

¹¹⁵ «Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, las funciones que...

sino más bien ella metodológicos. Es riesgo la legitimidad para la reconstrucción posibles de ser po La objeción de un lado la distinción otro la racionalidad

1.1.1. La positivismo Habermas e identifican con Nicolai Hartmann dos en una escuela concreto de valores justifican orientan hacia

Los derechos de ellos debe ser los grados en encuentran en de ella. Esto principios) te ponderación una concreción

Con ello principios recon como valores fundamenta recho fund carácter de

«Igual zadas como

Los valores de un grupo

normativar ma jurídico los derechos 116 HA 117 Ibi 118 n

sino más bien ella se ve amenazada por la aparición de nuevos criterios metodológicos. Este nuevo criterio metodológico que pone en grave riesgo la legitimidad de las decisiones de la jurisdicción constitucional lo constituye la teoría de los valores que es la base, según Habermas, para la reconstrucción de los derechos fundamentales como principios pasibles de ser ponderados.

La objeción de Habermas se deja sistematizar en dos aspectos: de un lado la distinción entre normas principio y principios-valor, y por el otro la racionalidad de la ponderación.

1.1.1. La positividad de las normas y la debilidad de los valores

Habermas entiende a los principios como valores, valores que se identifican con los preceptos éticos desarrollados por Max Scheller y Nicolai Hartmann. Dichos preceptos éticos son pasibles de ser ordenados en una escala de importancia, ellos constituyen por ende un orden concreto de valores. Los derechos fundamentales (principios) al ser valores justifican decisiones valorativas. Dichas decisiones valorativas se orientan hacia una «ponderación de bienes»¹¹⁶.

Los derechos fundamentales como valores suponen que cada uno de ellos debe ser concretizado de la mejor manera posible. Sin embargo, los grados en los que dicha optimización deberá ser cumplida no se encuentran en la norma-valor-principio en sí, sino que se hallan fuera de ella. Esto significa que la ponderación de bienes jurídicos (valores-principios) tendría una naturaleza teleológica, es decir, se trata de una ponderación orientada a fines. Todo esto apunta, según Habermas, a una concretización de valores en un caso específico¹¹⁷.

Con ello se hace clara la postura de Habermas: La teoría de los principios reconstruye a los principios jurídicos (derechos fundamentales) como valores. Esto trae consigo que la interpretación de los derechos fundamentales se oriente a fines externos a ellos. Las normas de derecho fundamental, reconstruidas como principios-valores pierden su carácter deontológico para asumir un carácter teleológico.

«Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual, a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas»¹¹⁸.

Los valores suponen una jerarquización de preferencias en el marco de un grupo humano determinado. Con ello, los valores y su grado de

normativamente tienen asignadas». Cfr. J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 264. El paradigma jurídico indica entonces cómo, en el marco de tal modelo, pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho.

¹¹⁶ HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 278, 281 y ss.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 327.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 328.

importancia dependen del contexto social en el que sean reconocidos. Por otro lado, las normas solo pueden ser entendidas en un sentido binario: «válido-Inválido». Las normas, a diferencia de los valores, no pueden ser relativizadas en función a preferencias, es decir, ellas valen o no valen.

«Los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos los considera grados»¹¹⁹.

Mientras que los valores, debido a su naturaleza teleológica, pueden entrar en colisión, y de hecho esa es su naturaleza en una sociedad plural, las normas no pueden entrar en contradicción, ellas deben mantener una relación coherente entre sí.

Las diferencias entre normas y valores se reflejan a su vez en la forma en que ellas se aplican. La determinación de la corrección de una conducta específica es definida de manera distinta por los valores que por las normas. Dicha divergencia se debe a que los valores determinan qué es lo bueno para mí o para el grupo de personas que comparte mi estructura valorativa; las normas por el contrario determinan qué es lo bueno para todos en el marco de un sistema jurídico vigente, independientemente de que yo o el grupo de personas al que pertenezco compartamos la idea de «lo bueno» instituido por la norma. Esto es la esencia del derecho positivo según Habermas¹²⁰.

En tanto y en cuanto la jurisdicción constitucional asuma la idea de que los derechos fundamentales se pueden reconstruir como principios (valores), ella se transforma en una instancia autoritaria. La reconstrucción de los derechos fundamentales como principios-valor les quita su carácter deontológico. Al perder su carácter deontológico, pierden fuerza vinculante, por lo que la aplicación de principios está sujeta a la escala de valores que el aplicador del derecho tenga a bien aplicar en su interpretación.

«Pues si en caso de colisión *todas* las razones pueden cobrar carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos contrafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico»¹²¹.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Se podría objetar a esto que a la distinción de HABERMAS le hace falta un elemento que KELSEN consideraba como transcendental en la definición de norma jurídica y que los tratadistas contemporáneos consideran aún parte necesaria pero no suficiente para definir al derecho. Este elemento es el de la coerción. No basta que las normas tengan la característica de determinar el tipo de «idea de lo bueno» a todos los integrantes de la sociedad, además, y sobre todo, debe tener la capacidad de ser impuesta. Por el contrario, las normas morales carecen del elemento de la coerción. La definición de HABERMAS en este punto es incompleta o por lo menos no es clara, ya que para que un sistema normativo tenga vigencia debe tener validez y si tiene validez, las normas que lo conforman tienen la posibilidad de ser impuestas. Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, pp. 35 y ss.

¹²¹ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 332.

Con ello los derechos fundamentales como principios se debilitan y pasan a convertirse en juicios sobre valores sujetos a la subjetividad del operador jurídico.

1.1.2. La irracionalidad de la ponderación

El segundo aspecto de la crítica de Habermas a la reconstrucción de los principios jurídicos como mandatos de optimización pasibles de ser ponderados se dirige en contra de la racionalidad del método para su aplicación, específicamente en contra de la ponderación. Una vez los derechos fundamentales sean entendidos como principios-valor, la determinación de qué principio tendrá prioridad en el caso concreto, se da a través de un procedimiento subjetivo e irracional.

Las normas de derecho fundamental poseen un carácter deontológico, y por tanto, según Habermas, no pueden ser aplicadas a través de una ponderación. Según Habermas, estas normas tienen una estructura binaria, por lo que no podrían ser aplicadas en función a preferencias particularistas derivadas del caso concreto. Los derechos fundamentales, como normas, tienen una validez abstracta y general, no una validez caso por caso.

«Los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitorio con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, 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»¹²².

Por estas razones, Habermas sostiene que la reconstrucción de los derechos fundamentales como valores-principio y su posterior aplicación a través de la ponderación, lleva necesariamente a tomar decisiones irracionales en función a fines que están fuera del caso concreto y no en función a argumentos normativos.

En palabras de Alexy, los dos aspectos de la crítica de Habermas a la ponderación se sintetizan en el siguiente argumento:

«Los derechos fundamentales primero se debilitan al transformarse en mandatos de optimización y luego amenazan con desaparecer en la vorágine de la ponderación irracional»¹²³.

1.2. Racionalidad a través de graduación. Una respuesta a Jürgen Habermas

La crítica de Habermas a los principios como mandatos de optimización y a la ponderación de los mismos se basa en la tesis consistente

¹²² Ibid.

¹²³ ALEXY, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», p. 512.

en que los principios jurídicos y los valores son una misma cosa. En ese sentido, la crítica de Habermas al Tribunal Constitucional alemán se orienta hacia la teoría de los valores que dicho Tribunal estaría asumiendo para emitir sus fallos. Sin embargo, dicha crítica es anacrónica¹²⁴, ya que el Tribunal Constitucional alemán ha renunciado al concepto de orden de valores desde los años setenta¹²⁵.

La identificación que realiza Habermas de los principios como mandatos de optimización con la ética de valores de Scheller y Hartmann, tiene la intención de fundamentar la subjetividad valorativa que afecta a todo intento de preferir a un principio frente a otro en un caso concreto. En efecto, la ética de valores elaborada por Max Scheller y Nicolai Hartmann buscaba establecer una jerarquía de valores objetiva y cerrada. Habermas cree ver la misma estructura detrás de los principios como mandatos de optimización y ponderación. Ciertamente la crítica de Habermas, en lo que respecta a la teoría de los valores de Scheller y Hartman, es acertada. Si los principios como mandatos de optimización tuviesen una estructura de valor, entonces Habermas estaría en lo correcto. Sin embargo, basándonos en la distinción entre reglas y principios, vemos que los principios son un tipo de norma y, como tales, tienen un carácter deontológico. Habermas tendría que demostrar que los principios no se pueden distinguir de las reglas jurídicas y que por ello los principios son simplemente valores. Por tanto, la crítica de Habermas, en este sentido, no es acertada.

En lo que respecta a la pérdida de vinculatoriedad de los derechos fundamentales reconstruidos como principios, se tiene que dejar constancia que dicha tesis se corresponde con una concepción positivista del derecho. Habermas entiende, en consecuencia, al sistema jurídico como un sistema compuesto exclusivamente de reglas. Ello significaría que las normas no podrían ser cumplidas en grados distintos y que las mismas solo podrían ser aplicadas a través de un procedimiento subsuntivo. En consecuencia, se tendrían que saber de antemano todas las posibles antinomias que las reglas puedan tener y proveerlas introduciéndolas en el supuesto de hecho de las mismas a través de cláusulas de excepción. Sin embargo, como ya se demostró recurriendo a las colisiones y conflictos entre normas, tal sistema no es posible¹²⁶.

La parte más interesante de la crítica de Habermas se refiere a la inexistencia de parámetros o baremos para ponderar. Esto supone que es imposible establecer racionalmente grados de cumplimiento o de afectación en principios. En contra de esta crítica se puede argumentar que los principios o derechos fundamentales sí son pasibles de ser cumplidos o afectados en distintos grados. Esta afirmación se fundamenta en la posibilidad de establecer una escala triádica tal y como fue expues-

¹²⁴ AFONSO DA SILVA, *Grundrechte*...

¹²⁵

ta en el capítulo anterior. Con ella se hace posible comparar las intensidades de intervención con los grados de satisfacción o cumplimiento. La racionalidad de la ponderación reside precisamente en la capacidad de fundamentar racionalmente los distintos grados en que un principio (derecho fundamental) puede ser satisfecho o afectado.

«Más bien vale afirmar que la justificabilidad —a pesar del hecho de que no se la pueda equiparar a la demostrabilidad (*Beweisbarkeit*)— im- plica racionalidad y con esto objetividad, que está ubicada entre seguri- dad y arbitrariedad»¹²⁷.

En conclusión, la racionalidad de la ponderación reside en su estruc- tura. Es decir, la racionalidad de la ponderación se deriva de la ley de ponderación, de la fórmula del peso y de la ley de colisión.

2. La objeción del decisionismo subjetivo

La objeción de subjetividad puede ser deducida a su vez de la obje- ción de irracionalidad. En puridad ambas sostienen lo mismo: no existen criterios o parámetros racionales para realizar una ponderación. Los criterios que emplean los operadores jurídicos provienen de sus prejuicios y concepciones personales. La ponderación es por ello necesaria- mente irracional, ya que ella simplemente sirve para comparar juicios subjetivos sobre bienes colectivos o individuales que el juzgado consi- dere en el caso concreto como dignos de protección o como pasibles de ser limitados. Todo ello hace a la ponderación peligrosa y por tanto prescindible.

2.1. La prescindibilidad del principio de proporcionalidad en sentido estricto. La crítica de Bernhard Schlink

Schlink, al igual que Habermas, sostiene que la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto es un procedimiento irracional. Schlink ve en la ponderación un recurso innecesario y peligroso para la fundamentación de límites a los derechos fundamentales. Es peligro- so porque permite un alto grado de subjetividad al juez constitucional, quien podría introducir juicios y prejuicios personales para la funda- mentación de la intensidad de intervención o para la fundamentación de la importancia del motivo que subyace a la limitación.

«En el test de proporcionalidad en sentido estricto es solo la subjetivi- dad del aplicador la que puede, al final, ser efectiva. Las operaciones de evaluación y ponderación requeridas por el test de proporcionalidad en sentido estricto pueden ser logradas, solamente en forma decisionista»¹²⁸.

¹²⁷ ALEXY, «La construcción de los derechos fundamentales», p. 13.

¹²⁸ B. SCHLINK, «Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grund- rechtsfunktion», en *EuGRZ*, 11 (1984), pp. 457-468, 462; cfr. además *Id.*, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», pp. 460 y ss.

De otro lado, la ponderación sería prescindible porque el examen de proporcionalidad entre medios restrictivos y fines constitucionales deseados se resuelve a través de los subprincipios de adecuación y de necesidad. Por ello el principio de proporcionalidad solo estaría constituido por la razonabilidad del medio para alcanzar el fin deseado, así como los subprincipios de adecuación y de necesidad.

Para fundamentar dicha tesis, Schlink recurre a la distinción entre juicios de pronóstico y juicios de valoración. Los juicios de pronóstico son enunciados que expresan una realidad futura; dichos juicios se comprobarán como verdaderos o falsos en el futuro. Por el contrario, los juicios valorativos son decisiones en las cuales se favorece a una magnitud frente a otra. Tales decisiones basadas en valores no podrían ser ni falsas ni verdaderas. Tanto los juicios de pronóstico, como los juicios de valoración pueden ser optimizados. A través de evaluaciones empíricas respecto de lo ocurrido en el presente y en el pasado, se pueden elaborar predicciones acertadas para el futuro. A través del conocimiento de las consecuencias de las valoraciones y su relación con otras valoraciones, se incrementa la posibilidad de que dichas valoraciones se comprueben como acertadas. Sin embargo, los juicios de pronóstico, al basarse en comprobaciones empíricas sobre la realidad presente y pasada, son objetivos; mientras que los juicios de valoración, al basarse en su aceptación, son subjetivos y arbitrarios.

«Los pronósticos se comprueban o no se comprueban como acertados, si ellos son acertados o no, depende de la realidad. Las valoraciones se demuestran o no se demuestran en tanto ellas sean aceptadas o rechazadas, dicha aceptación o rechazo significa que otro también las acepte o desestime»¹²⁹.

Para Schlink el principio de proporcionalidad está constituido únicamente por juicios de pronóstico, que se comprueban en la realidad. Solamente los subprincipios de adecuación y necesidad se dejan reconstruir como juicios de pronóstico. La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, tiene una naturaleza de juicio valorativo y por tanto necesariamente subjetivo. Por ello el principio de proporcionalidad debe limitarse estrictamente al juicio de adecuación y necesidad, dicho principio no necesita de valoraciones ni de ponderaciones adicionales, ya que con ellos pierde objetividad¹³⁰. Asimismo, Schlink sostiene que si bien el juicio de proporcionalidad en sentido estricto juega un rol importante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal a nivel teórico, a nivel práctico dicho principio es irrelevante¹³¹.

Según Schlink, el factor decisionista y subjetivo de la ponderación entraña un peligro adicional. La ponderación o proporcionalidad en

¹²⁹ B. SCHLINK, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 455. Cfr. aquí también *Id.*, «Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion», p. 462.

¹³⁰ SCHLINK, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 458.

¹³¹ PIEROTH/SCHLINK, *Staatsrecht II*, p. 70 (nt. 304).

Yowell

sentido estricto supondría que la jurisdicción constitucional asuma tareas y prerrogativas propias de la legislación. Pues el Tribunal Constitucional no solamente sería un órgano de valoración de la relación medio-fin, sino que, también, estaría facultado para valorar las razones en que se basó el legislador para tomar su decisión. Así el Tribunal Constitucional sería juez y parte en el control de la constitucionalidad de las leyes¹³². Por ello, la ponderación debe ser separada de la estructura del principio de proporcionalidad y ser confinada al discurso político.

«La jurisdicción constitucional no es una parte constitutiva de la política, sino su contraparte dotada de legitimación y racionalidad propias»¹³³.

En conclusión, Schlink excluye a la ponderación del principio de proporcionalidad por su alto grado de subjetividad e irrelevancia al momento de evaluar la proporcionalidad de una afectación a derechos fundamentales. Según Schlink, los argumentos que son empleados para determinar dicha proporcionalidad en sentido estricto no son hallados por el juez, sino más bien inventados, siendo subjetivos en lugar de ser objetivos¹³⁴.

En contra del modelo planteado por Schlink se puede objetar que los subprincipios de adecuación y de necesidad no son suficientes para fundamentar la prioridad de un derecho fundamental frente a otro en los denominados «casos difíciles». El modelo requiere de un caso que sea pasible de ser resuelto empleando reglas. Respecto a los denominados «casos difíciles», Schlink sostiene que se debe garantizar una posición mínima a los derechos fundamentales¹³⁵. Así, por ejemplo, en intervenciones al derecho a la libertad de expresión que no se puedan resolver a través de los juicios de adecuación y de necesidad, se debe de buscar establecer como tercer paso la garantía de una posición mínima de dicho derecho fundamental y del derecho fundamental que justifica la intervención. El establecimiento de la posición mínima se realiza en cada uno de los derechos fundamentales contrapuestos, sin realizar una ponderación entre los mismos. En este extremo es llamativa la similitud entre la garantía de una posición mínima con la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales¹³⁶. De acuerdo a dicha teoría, los derechos fundamentales cuentan con un contenido predeterminado e inafectable que es indisponible. Si se afectase dicho contenido o núcleo, el derecho fundamental perdería su sentido. Schlink, al sostener que se debe de garantizar una posición mínima de los derechos fun-

¹³² SCHLINK, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», p. 462.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, p. 144.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 93

¹³⁶ Cfr. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 865 y ss.; M. STELZER, *Das Wesensgehaltsargument und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Wien, Springer, 1991, pp. 49 y ss.

damentales en colisión, adopta exactamente el mismo postulado que los defensores de la teoría absoluta del contenido esencial. Sin embargo, «es cuestionable el hecho de si es posible determinar una posición de derecho fundamental mínima o un contenido esencial absoluto sin recurrir a la realización de una ponderación»¹³⁷. Al recurrir a la idea de la posición mínima Schlink busca evitar realizar una ponderación. Él sostiene que en lugar de una ponderación, es decir, en lugar de determinar en función a las circunstancias del caso concreto cuál de los dos principios contrapuestos tiene prioridad, se debe determinar el contenido esencial absoluto de los principios contrapuestos antes de volver a aplicar el test de necesidad. Después de aplicado el test de necesidad se sabrá cuál de los contenidos esenciales absolutos es el que tendrá prioridad en el caso. Esto hace evidente que en el modelo de Schlink lo que ocurre es un traslado del test de ponderación al test de necesidad¹³⁸. Ciertamente, este postulado hace evidente una contradicción en la argumentación de Schlink. Si se realiza a nivel del test de necesidad una comparación entre contenidos esenciales absolutos ya no estaríamos hablando de un juicio de pronóstico, sino también, como ocurre en los «casos difíciles», de una decisión valorativa sobre los contenidos esenciales absolutos de los derechos fundamentales contrapuestos.

En lo que concierne a la supuesta irracionalidad de la ponderación, basta con remitirnos a los argumentos planteados para responder a la objeción de irracionalidad de Habermas, ya que en realidad los argumentos esgrimidos por Schlink se refieren a la inexistencia de criterios o parámetros racionales para ponderar, lo cual significaría que la ponderación es un procedimiento decisionista y arbitrario.

«Si no fuera posible realizar juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de la interferencia, segundo, el grado de importancia, y, tercero, la relación existente entre uno y otro principio, las objeciones elevadas por Habermas y Schlink estarían justificadas»¹³⁹.

Como se argumentó líneas arriba, la racionalidad de la ponderación se deriva de su estructura. Schlink tendría que demostrar al igual que Habermas, que la estructura de la ponderación no permite elaborar juicios racionales respecto a las intensidades de intervención y la importancia de satisfacción del principio que justifica la intervención. Tanto Schlink como Habermas no han abordado este punto.

2.2. *El decisionismo ponderativo y su escasa relevancia.* *La crítica de Juan A. García Amado*

Las objeciones realizadas por el profesor García Amado al procedimiento ponderativo giran esencialmente en torno a la irracionalidad

¹³⁷ AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 132.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 100.

¹³⁹ ALEXY, «La construcción de los derechos fundamentales», p. 9.

del mismo, así como en su irrelevancia para la interpretación de normas de derecho fundamental. Para fundamentar esta posición el profesor García Amado elabora las siguientes tesis:

2.2.1. La dependencia metodológica

García Amado sostiene que el resultado de la ponderación depende de la interpretación clásica de las normas.

«La ponderación (*Abwägung*), como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso»¹⁴⁰.

Con ello se da a entender que la ponderación básicamente depende de un método de interpretación más amplio, especialmente de los cánones de interpretación clásicos y del procedimiento de subsunción. De esta manera García Amado fundamenta su afirmación en el sentido de que la ponderación es un método de aplicación de norma irrelevante.

2.2.2. El argumento de la apariencia

Mediante el argumento de la apariencia García Amado postula que la ponderación simplemente es una apariencia que pretende aparecer como un método de fundamentación. La argumentación basada en la ponderación sería simplemente una reformulación de los métodos tradicionales de interpretación y subsunción. Además esta reformulación implica una pérdida de precisión argumentativa, dado que:

«[Se deja] de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas»¹⁴¹.

Esto reconduce la crítica de García Amado hacia la ya conocida objeción de subjetividad de la ponderación.

2.2.3. La tesis de la reducción

A partir de la tesis metodológica de la dependencia y de la tesis de la apariencia, García Amado deduce que no existe diferencia cualitativa y cuantitativa alguna entre reglas y principios, así como entre decisiones a nivel constitucional y decisiones a nivel del derecho ordinario¹⁴².

¹⁴⁰ GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», p. 250.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² «Si [la tesis de la dependencia metodológica y la tesis de la apariencia son ciertas], esto implica que no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre: a) Principios y reglas; b) Decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria». Cfr. *ibid.*

Según la reconstrucción de la teoría de los principios presentada por García Amado, se puede reducir normas a principios, por lo que no existiría diferencia entre el derecho constitucional y el derecho ordinario. En consecuencia, todos los conflictos normativos serían pasibles de ser solucionados mediante la ponderación. Esto expresa la idea de que tras toda regla jurídica hay un principio jurídico. En este sentido, si todas las reglas pudiesen ser reducidas a principios, entonces la tesis de la reducción planteada por García Amado sería correcta.

2.2.4. *La trivialidad del principio de proporcionalidad*

García Amado dirige sus objeciones no solamente en contra de la ponderación (principio de proporcionalidad en sentido estricto), sino que también las dirige en contra del principio de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, se opone también al test de adecuación y al test de necesidad. Su tesis principal se refiere a la dependencia que tiene el principio de proporcionalidad en sentido amplio de interpretaciones previas y de subsunciones. Según García Amado, tanto el test de adecuación y el test de necesidad evidencian la misma dependencia metodológica, la cual también se presenta en el procedimiento de ponderación. El resalta además que estas tres características de la proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) carecen de autonomía operativa y que —en un cierto sentido— serían triviales y prescindibles. Él argumenta que los pesos o valores numéricos que son aplicados en cada «característica» (es decir aquello que va a ser «ponderado») o el resultado de su aplicación (el «peso» resultante) están influidos por consideraciones preconcebidas y particulares. Lo que los tribunales en realidad hacen es recurrir a estas consideraciones preconcebidas, es decir que dependen de opiniones y valoraciones propias de cada tribunal¹⁴³.

Para fundamentar esta posición, García Amado analiza cada uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad. El autor plantea inicialmente la tesis de que el test de adecuación es un tipo de prueba de descarte, dado que en su opinión el tribunal se concentra en descartar a todos aquellos argumentos que difieran de su decisión previamente tomada. García Amado afirma que, según esta tesis, una decisión es tanto más convincente,

«cuanto más convincentes sean esos argumentos mediante los que el tribunal justifica el descarte de otros posibles candidatos a principio de contrapeso»¹⁴⁴.

Además, García Amado sostiene que el test de necesidad consiste simplemente en una búsqueda de alternativas, que depende de las dis-

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 251 y ss.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 260.

tintas perspectivas que adopten los participantes. Con ello busca probar que no solamente existen infinitas alternativas posibles que sirven de medio, sino que además existe una cantidad indeterminada de participantes potenciales que a su vez pueden tener opiniones divergentes sobre las alternativas posibles.

«La ponderación no es sino una valoración que puede ser aceptable o inaceptable como su contraria, pues no es epistémica, sino práctica: es la valoración preferida por el Tribunal. En otros términos, la relación entre dos magnitudes, m^1 y m^2 , que un sujeto S considera perfectamente proporcionada, otro sujeto S' puede verla como clarísimamente desproporcionada. Todo depende de dos factores: i) la valoración de S y S' hagan de m^1 y m^2 ; ii) las alternativas que sepan o quieran plantearse a la hora de organizar la interrelación entre m^1 y m^2 »¹⁴⁵.

Finalmente, García Amado critica al principio de proporcionalidad en sentido estricto. El autor sostiene que la argumentación que subyace a la ponderación no es otra cosa sino un ropaje retórico que contiene en realidad un procedimiento clásico de aplicación de normas, específicamente a la subsunción. García Amado fundamenta esta afirmación mediante dos tesis, propiamente la tesis de la apariencia y la tesis de la intercambiabilidad. La primera tesis postula que no existe diferencia alguna entre la ponderación y la subsunción y que la ponderación por tanto solo es una reconstrucción de la subsunción que le subyace, la cual no es una apariencia sino que es una verdadera construcción independiente. Mediante la tesis de la intercambiabilidad García Amado busca, partiendo de la tesis de la apariencia, reemplazar al modelo ponderativo mediante el modelo subsuntivo; tanto en el proceso de toma de decisiones a nivel constitucional como a nivel del derecho ordinario¹⁴⁶. Con ello, García Amado se muestra como un convencido «escéptico de la ponderación».

Basándose en las cuatro tesis expuestas, García Amado sostiene la existencia de una dicotomía estricta entre el modelo de la ponderación, el cual, según él, reconstruye a las normas constitucionales y a las ordinarias como principios ponderables, y el modelo de la subsunción, el cual entiende a la totalidad del sistema jurídico como un sistema basado en reglas aplicables mediante subsunción¹⁴⁷. Él mismo se adhiere a la segunda arista de esta dicotomía, específicamente al postulado que entiende que la subsunción es el único método correcto para aplicar normas¹⁴⁸.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 274 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 292 y ss.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 250 y ss.

¹⁴⁸ GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», pp. 323 y ss. Cfr. también *Id.*, «¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007, de 25 de abril de 2007», en *Palestra del Tribunal Constitucional*, 8 (2007), pp. 629-627 623 v ss.