

Debates iusfilosóficos

*Sobre ponderación, positivismo jurídico
y objetivismo moral*

Manuel Atienza Rodríguez
Juan Antonio García Amado



5
Palestra2

Publicación
editada
en el Perú
por Palestra Editores



Cultura Paracas (entre los años 700 a.C. y 200 d.C.)

DEBATES IUSFILOSÓFICOS
Sobre ponderación, positivismo jurídico
y objetivismo moral

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

DEBATES IUSFILOSÓFICOS
Sobre ponderación, positivismo jurídico
y objetivismo moral



PALESTRA

Lima — 2021

DEBATES IUSFILOSÓFICOS

Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral

Manuel Atienza Rodríguez

Juan Antonio García Amado

Palestra Editores: primera edición Digital, noviembre 2021

© 2021: MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

© 2021: JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

© 2021: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Diagramación y Digitalización:

Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2021-12093

ISBN Digital: 978-612-325-229-8

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

PONDERACIÓN

A VUELTAS CON LA PONDERACIÓN

Manuel Atienza Rodríguez

SOBRE PONDERACIONES

Juan Antonio García Amado

1. Nociones elementales sobre fenomenología de la ponderación
2. Algunas dudas y unas cuantas discrepancias con Manuel Atienza

CARTA SOBRE LA PONDERACIÓN

Manuel Atienza Rodríguez

RESPUESTA A LA EPÍSTOLA DE MANUEL ATIENZA

Juan Antonio García Amado

CONTESTACIÓN A LA CARTA DE JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Manuel Atienza Rodríguez

IUSPOSITIVISMO

DIÁLOGO ENTRE MANUEL ATIENZA Y JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

OBJETIVISMO MORAL

OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO

Juan Antonio García Amado

1. Precisiones conceptuales
2. El valor de los enunciados morales. Realismo moral y objetivismo moral. Constructivismo
3. Concepciones de la moral y concepto de Derecho. Iuspositivismos vs. Iusmoralismos
4. Elementos para el debate con el Iusmoralismo objetivista de Manuel Atienza

Lista de referencias

GARCÍA AMADO Y EL OBJETIVISMO MORAL

Manuel Atienza Rodríguez

ORIGENES DE LOS TEXTOS

PRESENTACIÓN

Cuando, hace casi 10 años, Palestra acogió nuestro libro “Un debate sobre la ponderación” (la primera edición es de mayo de 2012), escribimos una presentación conjunta que decía lo siguiente:

“Hace algunos meses, los autores de este librito decidieron embarcarse en una discusión, por escrito, sobre un tema de actualidad en la teoría y en la práctica del Derecho que a ambos les interesaba y sobre el que, como habían podido constatar, mantenían posiciones contrapuestas: el de la ponderación. Consideraron también la posibilidad de acompañar sus textos con otras opiniones acerca de la ponderación y de sus respectivas posiciones para obtener así un panorama más completo sobre una cuestión que constituye, sin duda, uno de los núcleos fundamentales del debate contemporáneo en torno al positivismo jurídico. Pero diversas circunstancias les aconsejaron dejar las cosas en el estado de una simple polémica. Los autores son conscientes de los riesgos que ello supone, pero la lectura seguida de los cinco episodios que componen la discusión les ha llevado a pensar que podría haber también alguna ventaja en ofrecer lo que cabe considerar como un combate dialéctico “cuerpo a cuerpo”, peleado con dureza e incluso en ocasiones con ciertas dosis de agresividad, aunque respetando siempre las reglas del juego limpio. El inteligente lector, que sin duda será muy capaz de suplir o de superar las parcialidades y los excesos que, de manera inevitable, acompañan a una polémica, no ha de extrañarse tampoco de que los autores consideren que sus lazos de amistad y de aprecio profesional recíprocos se han ido incrementando a medida que avanzaba la discusión.”

Pues bien, esos lazos de amistad y de mutuo aprecio profesional han seguido creciendo después de aquella —muy satisfactoria— experiencia y han contribuido también a que hayamos seguido debatiendo sobre otros temas

iusfilosóficos, más o menos afines al de la ponderación: el positivismo jurídico y el objetivismo moral. El debate sobre el positivismo jurídico (y sobre algunas otras cosas) constituye el contenido de una entrevista que nos hizo Benjamín Rivaya para la revista *Diálogos Jurídicos*, editada por la Universidad de Oviedo (“Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado”, *Diálogos Jurídicos*, 1, 2016, pp. 229-256). Y la discusión sobre el objetivismo moral forma parte del número 27 (2020) de la revista *Teoría & Derecho*, editada por Tirant lo Blanch.

Por lo demás, y dejando a un lado la inclinación —esperemos que no malsana— que ambos sentimos por la polémica, nos parece que el conjunto de esos tres debates le permitirá al lector hacerse una idea de dos de las más importantes concepciones del Derecho que hoy se le ofrecen al jurista. Algo que —creemos— tiene un interés no exclusivamente teórico, sino también práctico. Pues hay muchas cosas en las que discrepamos, pero lo que sin duda tenemos en común, como hemos podido constatar en tantas ocasiones, es el convencimiento de que una formación en filosofía del Derecho es un ingrediente indispensable para el desempeño de cualquier profesión jurídica que merezca ese nombre.

Los Autores

PONDERACIÓN

A VUELTAS CON LA
PONDERACIÓN

Manuel Atienza Rodríguez

Uno de los temas sobre las que más se ha escrito y discutido en los últimos tiempos, en el campo de la argumentación jurídica, es el de la ponderación. Hay partidarios y enemigos de la ponderación. Los primeros suelen vincularse con la defensa del llamado constitucionalismo (o neoconstitucionalismo), tienen una concepción principialista del Derecho (entendiendo por tal una que considera que el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios) y subrayan el papel de la razón (de la razón práctica) en el Derecho. Los segundos suelen proclamarse partidarios del positivismo jurídico, alzapriman la importancia del imperio de la ley y el peligro que para ese valor central de nuestros ordenamientos supone la concepción principialista del Derecho, y tienden a limitar el alcance de la razón en la interpretación y aplicación del Derecho (o sea, son más bien escépticos con respecto a la llamada razón práctica: la razón en relación con fines y valores). Unos y otros están de acuerdo, por lo demás, en que ese procedimiento (que a veces recibe otros nombres: proporcionalidad, balanceo, etc.) es de uso frecuente en nuestros tribunales; especialmente en los tribunales supremos y constitucionales. No se trata, sin embargo, de un concepto (el de ponderación) del todo claro y eso explica en alguna medida (aunque sólo en alguna medida) la polémica a la que acabo de aludir. Lo que aquí voy a tratar de hacer es, en primer lugar, presentar una serie de ejemplos variados de ponderación, tomados de decisiones de órganos judiciales de diversos niveles jerárquicos, que versan sobre distintas materias jurídicas y en el contexto de varios sistemas jurídicos para, a partir de ahí, plantearme y tratar de contestar a las que, me parece, son las cuestiones esenciales al respecto: 1) ¿En qué consiste realmente la ponderación? ¿Cuáles son sus características? ¿De qué manera se diferencia (si es que se diferencia) de la subsunción? 2) ¿Cuándo hay que ponderar? ¿Está justificado hacerlo? ¿Puede evitarse? 3) ¿Es la ponderación un procedimiento racional? ¿En qué consiste esa racionalidad?

Empezaré refiriéndome a dos casos judiciales recientes, que han tenido una considerable repercusión en la opinión pública española. El primero de ellos es el de dos periodistas de una cadena de radiodifusión, la cadena Ser, que fueron condenados por un juez de lo penal de Madrid (a finales de diciembre de 2009; la sentencia está ahora recurrida) a una pena de un año y nueve meses más otra serie de penas accesorias, por el delito de “revelación de secretos”. Los periodistas habían publicado en la página web de la emisora una lista de militantes del Partido Popular (el partido conservador en España) que se habían afiliado irregularmente (o sea, sin seguir los procedimientos estatutarios) a esa organización política. La afiliación estaba ligada a un proceso de luchas internas en el PP y tenía también alguna conexión con un escándalo urbanístico. La argumentación del juez, en lo esencial, consistió en lo siguiente. Comenzó por establecer como probado el hecho de que los periodistas cedieron a la sociedad *Ser.com* ciertos datos sin contar con la autorización de los afectados. Esos hechos —continuó argumentando el juez— se subsumen bajo el supuesto de hecho de una norma penal (el art. 197 ap. 2 y 5 del Código penal español). Pero luego, a efectos de resolver el problema de si el haber obrado los periodistas en el ejercicio legítimo de un derecho puede considerarse o no como una eximente, es cuando la argumentación del juez adopta la forma de una ponderación: entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección de la intimidad. El juez se decantó en favor de este último derecho (entendió que el haber actuado en el ejercicio legítimo de un derecho no era una eximente, sino una simple atenuante) por estas tres razones: a) internet no es “un medio de comunicación social, sino universal”; b) revelar la afiliación a un determinado partido político afecta a la intimidad más estricta de toda persona, al tratarse de un dato de “absoluta privacidad”; c) la información facilitada (la lista de nombres) pudo ser necesaria para la confección de la noticia, pero lo que no era necesario era difundirla. La sentencia recibió críticas muy duras, especialmente por parte de miembros de la profesión periodística, que argumentaron, en lo esencial: que el juez no había tenido en cuenta la prevalencia constitucional del derecho a informar sobre el de protección a la vida privada, cuando se trata de noticias relevantes y de interés general; que había pasado por alto también la veracidad de la noticia y la profesionalidad con la que había sido elaborada; y que calificar a internet de medio de comunicación no social, sino universal era un puro despropósito.

El otro ejemplo es el de las escuchas de las comunicaciones carcelarias entre tres imputados del caso Gürtel (un caso de corrupción política y en el que están implicados muchos altos cargos del PP) y sus abogados. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó (el 25 de marzo de 2010) un auto en el que anulaba las escuchas por considerarlas ilícitas, pero la decisión no fue tomada por unanimidad: uno de los tres magistrados que integraban el tribunal formuló un voto particular. En lo esencial, la motivación del tribunal consistió en sostener que la norma que se aplica al caso sería el art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor no pueden ser suspendidas o intervenidas “salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”; o sea, interpretó que, si no se daban esas dos condiciones (conjuntamente) no era lícito (nunca) la intervención de las comunicaciones; los magistrados de la mayoría hablan de ponderación, pero en relación a la necesidad que tiene el juez de ponderar diversos factores (necesidad de la medida, lesividad, etc.) para ordenar la intervención cuando ésta es posible (si el acusado no está en prisión o, aunque lo esté, si se trata de un delito de terrorismo). Por el contrario, el magistrado discrepante entendió que no tenía sentido interpretar así ese artículo, pues eso suponía establecer “una inmunidad absoluta no prevista por la ley”. La intervención de la comunicación en ese caso estaría justificada (digamos, el deber o la finalidad de perseguir los delitos prevalece sobre el derecho a la defensa) por un cúmulo de razones que pueden sintetizarse así: los delitos por los que estaban acusados los internos —blanqueo de dinero— son de considerable gravedad; la medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que se trata de delitos de una gran complejidad, de manera que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; la proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa; la motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución); dos de los tres abogados defensores habían sido imputados con anterioridad por hechos relacionados con los delitos de los que eran acusados sus defendidos. También este caso tuvo una gran notoriedad en España pues, aparte del interés jurídico del mismo (los límites del derecho a la defensa), el juez que había autorizado

las escuchas declaradas ilegales había sido el más famoso de los jueces españoles, Baltasar Garzón, y esa actuación había dado lugar a que se le acusara de prevaricación: una de las tres causas por delito de prevaricación que tiene abiertas ante el Tribunal Supremo se debe a eso.

La técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos —especialmente, en cortes supremas y tribunales constitucionales—, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad¹. Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del Derecho) los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación, siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso

abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador).

Un ejemplo que Alexy ha utilizado en numerosas ocasiones para explicar cómo funciona la ponderación es el del caso *Titanic*, resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán en 1986. Un oficial del ejército parapléjico había conseguido ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares y la revista satírica *Titanic* lo incluyó en su sección de “Las siete personalidades más lamentables” refiriéndose a él con su nombre y el añadido de “nacido asesino”. El militar interpone demanda contra la revista por daño a su honor, y ésta publica una nota en la que, entre otras cosas, llama al militar “tullido”. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por dos ofensas al honor; mientras que el Tribunal Constitucional consideró que no había ofensa al honor en cuanto al calificativo de “nacido asesino”, pero sí en cuanto a “tullido”. La argumentación del Tribunal, en lo esencial, viene a ser la siguiente: la expresión “nacido asesino” tiene las notas definitorias de una sátira, aparece dentro de una sección permanente de la revista, usa un lenguaje habitual que aparece en otros momentos en la misma sección, tiene un propósito simplemente cómico y no ofensivo y, en definitiva, no debe interpretarse literalmente. Por el contrario, “tullido” (la correspondiente expresión alemana) no describe meramente la condición de inválido, como ocurrió en tiempos pasados, sino que esa expresión se usa ahora para insultar o degradar incluso a quienes no tienen ningún defecto físico²; la intención al emplear ese término fue la de vejar al demandante, esto es, a un individuo, y no a la clase de los soldados o a algún otro grupo de personas; no puede servir como disculpa el que el término apareciera en la revista como una reacción frente a la demanda de indemnización, pues en dicha demanda no había nada que pudiera considerarse agresivo o insultante³. Alexy entiende que lo que el Tribunal Constitucional alemán hace aquí es una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho general a la personalidad. En relación con la expresión “nacido asesino”, la afectación a la libertad de expresión (recuérdese

que se trata de un recurso frente a una condena a indemnizar con una cierta cantidad de dinero) habría sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho a la personalidad sólo podría calificarse de media o de leve; lo que resulta es, pues, la prevalencia del principio de libertad de expresión. Por el contrario, la descripción del oficial como “tullido” fue considerado por el Tribunal Constitucional como una afectación intensa al derecho a la personalidad, de manera que tendría el mismo peso que la libertad de expresión, razón por la cual el Tribunal no aceptó el recurso (mantuvo la indemnización).

Pues bien, el esquema alexiano, con mayores o menores detalles, es, como antes decía, el que parecen haber acogido muchas cortes latinoamericanas. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional peruano, el esquema parece haber tenido un amplio uso a partir del caso PROFA de 1994. En un trabajo reciente, Pedro Grández⁴ ha descrito y analizado muchas decisiones de ese Tribunal basadas en el “*test alemán* de proporcionalidad” y que clasifica según que se refieran (en lo esencial), al primero de los subprincipios (idoneidad), al segundo (necesidad o indispensabilidad de la medida) o al tercero (el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación). En este último apartado incluye tres casos que, en su opinión, mostrarían que el Tribunal peruano habría reducido el examen de la ponderación a un *test de intensidades*, en el que se contraponen básicamente la intensidad en la limitación de un derecho frente a la intensidad o el grado de satisfacción del otro. En uno de esos casos, el de la *calle de las pizzas* (STC 007-2006-AA/TC) se trataba de examinar una medida de la Municipalidad de Miraflores, que restringía el horario de atención a los establecimientos comerciales de la zona llamada así: calle de las Pizzas. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desarrollo de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los clientes) era leve, mientras que la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud de los vecinos era elevada. En el caso de *las azucareras del norte* (STC 579-2008-PA), lo que estaba en cuestión era la constitucionalidad de una ley que había suspendido la ejecución forzada contra una empresa azucarera de la que el Estado era accionista. La mayoría del tribunal entendió que se trataba de una intervención leve sobre el principio de cosa juzgada (la suspensión de la ejecución de la sentencia era de carácter

temporal), mientras que con ello se alcanzaría en un grado elevado los objetivos pretendidos por el legislador: el desarrollo o reactivación de las empresas azucareras, la promoción del empleo y la disminución de la pobreza; hubo un voto discrepante de un magistrado por entender que la suspensión de la ejecución de la sentencia suponía una afectación grave y que la medida no era tampoco idónea para alcanzar esos fines, a la vista de la experiencia de los últimos años. Y el tercer caso (STC 815-2007-PHC/TC) se refería a una decisión judicial que, al amparo de un determinado artículo del Código Procesal Penal, obligaba a un procesado, presunto autor de un delito contra la libertad sexual, a someterse a la prueba de ADN. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque la satisfacción del interés público en la investigación del delito era “por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad”. Además, Grández hace referencia a otros dos casos que mostrarían que, bajo el test de proporcionalidad, el Tribunal ha llegado a soluciones dispares en casos sustancialmente similares. En uno de ellos (STC 01182-2005-AA), se trataba de un amparo frente a una medida de expulsión tomada por la dirección de un centro de formación industrial contra una estudiante a la que se había encontrado besándose con su enamorado en una de las dependencias de la institución. El Tribunal confirmó la constitucionalidad de la sanción, puesto que se habría tomado en “estricta observancia del principio de legalidad”; lo aplicado había sido un artículo del Reglamento del centro que consideraba faltas graves los “actos reñidos con la moral y las buenas costumbres”; el Tribunal consideró que tenía “el grado de certeza exigible”, pues “la conducta prohibida puede ser complementada mediante las reglas básicas del sentido común, toda vez que la Moral es la ciencia que trata del bien en general” (fundamento 15). Además, la medida no podía considerarse desproporcionada porque la expulsión “era la única sanción *posible* a imponerse a los alumnos infractores” (fundamento 17). Sin embargo, en otro caso similar (STC 00535-2009-AA), en el que un estudiante de una universidad había sido expulsado de la institución por habersele encontrado consumiendo marihuana, el Tribunal llegó a la decisión opuesta: ordenó la reincorporación del expulsado por considerar la medida como desproporcionada. La argumentación del Tribunal no es muy clara, pero las razones para haber decidido así parecen haber sido estas dos: 1) la sanción sería desproporcionada e irrazonable porque en el proceso disciplinario se omitió “la valoración de toda prueba o elemento contextual” (fundamento 23); 2) en el Reglamento del centro no existía “una

definición clara y precisa sobre lo que la Universidad...considera como falta grave y...la sanción no está claramente establecida para cada conducta” (fundamento 38).

— 3 —

Los ejemplos podrían continuarse hasta el infinito, pero los anteriores son suficientes para lo que aquí pretendo: contestar a las tres preguntas, o grupos de preguntas, que me había hecho al comienzo.

3.1. Empecemos entonces por la primera: ¿En qué consiste la ponderación? ¿Cuáles son sus características esenciales? ¿De qué manera se diferencia (si es que se diferencia) de la subsunción?

La teoría más acreditada de la ponderación es la sostenida por Robert Alexy, cuyos elementos esenciales he presentado anteriormente. Era necesario — o conveniente-hacerlo, porque las referencias a ese autor y a muchos de los conceptos por él utilizados son hoy de uso frecuentísimo por parte de muchos tribunales latinoamericanos; de manera que sin tener esos elementos teóricos en cuenta, se haría difícil entender muchas de esas argumentaciones. De todas formas, aunque en otros sistemas jurídicos (por ejemplo, el español) no se haga un uso explícito —o no tan explícito— de esas categorías (el Tribunal Constitucional español no cita nunca doctrina jurídica), no resulta difícil reconstruir las argumentaciones en esos términos; por ejemplo, en el caso de los periodistas de la cadena Ser, cabría decir que el juez entendió que la afectación a la intimidad había sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho a informar, simplemente, media (pues podía haberse logrado sin lesionar —o sin lesionar tanto— a la intimidad), etc. ¿Pero es aceptable el concepto de ponderación que maneja Alexy? ¿Es la suya la mejor reconstrucción posible de esa técnica argumentativa?

En mi opinión, las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada; yo diría que sus errores han sido, fundamentalmente, de carácter retórico⁵. Lo que él llama la “fórmula del peso”, con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería

obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc. El propio Alexy ha escrito⁶ que su esquema —aritmético— vendría a ser el equivalente al tipo de inferencia deductiva —el modus ponens o silogismo judicial— de la subsunción. Es aproximadamente cierto; y digo “aproximadamente” porque, como en seguida se verá, el esquema de Alexy no es exactamente —como él dice— la “justificación interna” de la ponderación, sino más bien la “justificación externa” de una de sus premisas. Pero precisamente por ello, porque se trata de un esquema puramente formal (cuya base es una noción elemental de justicia o de racionalidad: los beneficios no deben superar a los costes), no puede usarse más que como una ayuda para resolver un problema, el de la ponderación, que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo. El esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar un problema de ponderación sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a ese tipo de problemas. O sea, Alexy nos muestra cuáles son los lugares, los tópicos, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes (entre X e Y): la medida M es idónea para alcanzar X; no hay otra medida M' que permita satisfacer X sin lesionar Y; en las circunstancias del caso (o bien, en abstracto) X pesa más —es más importante— que Y; etc. Pero nada más. Quiero decir que uno se puede muy bien ahorrar el esfuerzo contable y que tampoco tiene por qué pensar, por ejemplo, que la necesidad de la medida juega sólo en relación con las posibilidades de tipo fáctico y no a propósito de lo que Alexy llama ponderación en sentido estricto, y que se refiere a las posibilidades normativas, etc. Mi sugerencia es, por tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas.

Uno de los inconvenientes de no ver así las cosas es el de complicarse la vida inútilmente, hacer de esa fórmula un uso completamente innecesario. Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios llevan ahora a algunos tribunales a extensísimas motivaciones dirigidas probablemente a transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las