

La ponderación en conflictos de principios constitucionales

Giancarlos Buitrón Zarzoza

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Sobre la ponderación; III.- La ponderación en sentido estricto; IV.- De la ponderación a la subsunción normativa; V.- La subjetividad en los operadores de justicia en la aplicabilidad de la ponderación; VI. - Conclusiones; VII. - Bibliografía

RESUMEN: se analizan los supuestos de aplicabilidad de la ponderación en principios constitucionales, siguiendo los enfoques de J. Moreso; C. Bernal, y de la Corte Suprema de la República de Perú, como también un análisis sobre la subsunción normativa en principios constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Ponderación - conflicto - principios - constitucional

I.- Introducción

La ponderación y su aplicabilidad en el sistema jurídico se desenvuelven en la optimización de su aplicación en antinomias que desarticulan la seguridad jurídica en la ciencia penal, referidos a la incompatibilidad de principios constitucionales que expresan un contenido contradictorio. Siendo así, es menester recordar, que existen dos maneras de aplicar el derecho en un caso en específico, siendo la primera forma, la subsunción fáctica con una norma penal, y la segunda referido al tema objeto de análisis, que versa meramente en la elección de dos o más principios contradictorios, para resolver un problema fáctico concreto con relevancia penal.

En ese marco, este trabajo trata por una parte de analizar los supuestos de aplicabilidad de la ponderación en principios constitucionales, siguiendo los enfoques de J. Moreso; C. Bernal, y de la Corte Suprema de la República de Perú, como también un análisis sobre la subsunción normativa en principios constitucionales, acotando además una posición crítica respecto a la materialización de los planteamientos dogmáticos y doctrinarios, en la práctica.

II.- Sobre la ponderación

La ponderación es el camino para la aplicación de un principio jurídico, a un caso en específico, pasando por el análisis racional de la elección bajo una estructura y límites, para la optimización de la aplicación del derecho.

Siendo así, y para adentrar al análisis dogmático de la ponderación es importante tener presente que deben de existir dos a más supuestos contrarios, que lleven a la materialización de un principio, a un hecho jurídico, precisando, además, que un principio no establece un mandato imperativo sino una manera genérica con parámetros flexibles para la mejor aplicación de una norma penal a supuestos genéricos.

Entonces, la ponderación se caracteriza por realizarse entre dos principios en conflicto, donde sus contenidos se contraponen entre sí, donde un claro ejemplo es el propuesto por el profesor C. Bernal, en su trabajo la “Estructura y Límites de la Ponderación”, citando a la Sentencia T-411 de 1994, de la Corte Constitucional Colombiana, el cual alude a los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar que corre peligro de muerte.

A Clara vista, respecto a este caso analizado por la Corte Constitucional Colombiana y por el profesor C. Bernal se puede acotar, a modo de sentar bases para el análisis central del presente trabajo, que en la gran mayoría de países el ejemplo propuesto traería a colisión dos principios esenciales que son el principio a la libertad de culto o de religión “Perú”, como también el principio al libre desarrollo de la personalidad, contra el principio del derecho a la vida, en el vértice de la salud de la niña.

Respecto a ello, y un claro ejemplo de la ponderación teórica descrita en líneas precedentes, es la aplicación de solo uno de los principios citados, debiendo de evaluarse previamente la necesidad de preservar solo uno, y obviar en el plano de la no aplicación a los demás, sin embargo, es de advertir que la ponderación no se

adhiera al océano de la sistematización de las normas jurídicas, pues, en el plano de la ponderación debe de analizarse caso por caso, es decir, la aplicación de la ponderación en un supuesto fáctico debe de analizarse y aplicarse dependiendo el caso en concreto; justificación que nos hace ingresar de manera efímera al razonamiento del porqué las normas son subsumidas y los principios son ponderados; que a nuestra posición académica, y siguiendo el lineamiento del profesor Manuel Atienza, luego de la primera ponderación realizada por un operador de justicia, las demás causas que surgiesen en un futuro, y que presenten las mismas características deberán de observar la ponderación ya realizada, y subsumir el hecho fáctico, al principio constitucional beneficiado conforme a lo decidido en sentencias firmes, que obviamente no es una posición *iure et de iure*, donde las problemáticas de esta afirmación se desarrollarán en el acápite IV del presente trabajo académico.

III.- La ponderación en sentido estricto

En la actualidad existen múltiples tesis respecto a la ponderación, y su aplicabilidad en la práctica, sin embargo, desde un panorama crítico, su división en estructuras, como la clasificación que desarrollan los teóricos hace que el estudio de la metodología de la investigación científica se vuelva poco transitada, y de poco interés por los estudiosos del derecho, donde a opinión personal la ponderación en sentido estricto debe entenderse de manera universal como el análisis racional que los operadores de justicia realizan al momento de decidir una causa, como también el análisis racional que realizan los letrados al proponer su tesis ante un órgano decisor.

J. Moreso, citando a Guastini, indica que la ponderación presenta tres características: I) la ponderación se realiza entre dos principios con antinomia parcial, que tienen el mismo rango jerárquico; II) la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, donde debe de realizarse un juicio de valor entre ambos, es decir el principio situado con una mayor jerarquía, desplaza al situado en menor rango; III) la jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que es establecida en la aplicación de un caso en concreto.

Asimismo, y en complemento a ello, el profesor C. Bernal, citando a Robert Alexy, indica que este último ha expuesto con mayor claridad y precisión la estructura de la ponderación, dividiéndolo en tres elementos que forman parte del mismo, sin embargo, en el presente ítem solamente se procederá a analizar el primer elemento, que es la ley de ponderación. Éste tiene tres puntos, donde el primero es definir el

grado de afectación y satisfacción de uno de los principios; el segundo es identificar la importancia del principio beneficiado, y el tercero es analizar si la satisfacción del principio elegido justifica la afectación del principio obviado, determinándose en una escala de tres intensidades “leve, medio, intenso”. Asimismo, al tercer punto se agrega un segundo modo de analizar si la afectación del primer principio, justifica el beneficio del segundo, aludido a analizar la variable del peso abstracto, referido a los valores preponderantes en la sociedad, el cual quiere decir que dentro de un conflicto entre principios, la regla general es que los mismos tienen un mismo valor, sin embargo, a ojos de la sociedad uno de ellos que se encuentra en contraposición siempre tendrá más valor que el otro de manera abstracta, el cual a punto de opinión podemos señalar que para que dicho valor en abstracto pueda materializarse necesariamente requiere analizarse el caso en específico para racionalizar subjetivamente el peso en abstracto en beneficio de un principio, y dicho de esa manera, no siempre dicha elección al principio ponderado de manera positiva, deberá ser el precedente obligatorio para futuras ponderaciones en el vértice de la variable en un peso en abstracto, empero, si la causa futura presenta las mismas características y versa respecto al mismo bien jurídico protegido, debería de subsumirse la ponderación ya realizada y afianzar un lineamiento jurisprudencial respecto a la materia concreta.

Siendo así y como tercera variable para racionalizar la justificación del principio afectado, está el análisis que se tiene que realizar al resultado y la posible gravedad que traería consigo preferir un principio y afectar el otro, debiendo de calcularse sobre la escala triádica o de tres intensidades descritas en líneas antecesoras. Que, un claro ejemplo sería el descrito por el profesor C. Bernal, respecto al caso analizado por el Tribunal Constitucional Colombiano, donde la afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá de considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital.

Respecto a este primer elemento de la estructura de la ponderación, podemos indicar que es donde se encuentra el mayor análisis objetivo que tiene que realizar el operador de justicia, como el letrado quien desea plantear su teoría del caso ante un órgano decisor, pues se tiene que desarrollar un camino ponderativo con el fin de justificar la afectación o la satisfacción de un principio; considerando así al segundo, tercer elemento que es la fórmula del peso, y las cargas de argumentación, como elementos accesorios al primero, pues, sin la identificación de principios en colisión, ergo, sin definir el grado de satisfacción o afectación de uno de ellos, es imposible pasar al análisis del segundo y tercer elemento de la estructura de la ponderación;

que no suelen ser menos importantes, empero, a discernimiento personal, sirven más que todo para dar respuesta a la supuesta irracionalidad con la que fue criticada la tesis de la ponderación, referido a los peligros y límites de la ponderación. *“La objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación. Esta objeción sirve a su vez de fundamento para las demás críticas que acusan a la ponderación de ser un procedimiento subjetivo, ser una figura retórica que enmascara decisiones arbitrarias, e incluso de ser un procedimiento a través del cual se comparan magnitudes inconmensurables”*, crítica que hubiese sido devastadora si con probabilidad alta se habría acreditado la supuesta irracionalidad de la ponderación, que en contrapeso a ello el segundo elemento de la estructura de la ponderación “la fórmula de peso”, ha tenido una presencia esencial, a pesar que los teóricos no hayan resaltado su importancia, para resistir y asentar la tesis de la ponderación, en contra de las críticas académicas allegadas, pues, dicho elemento, en conformidad con su estructura matemática, ha contrarrestado la subjetividad con la que fue acusada la tesis de la ponderación, pues, es imposible la existencia de subjetividad en problemas lógicos exactos.

Siendo así, la ponderación en sentido estricto vela por la mejor aplicación de un principio en conflicto, optimizando su contenido para resolver una causa específica, el cual deberá de recorrer un camino ponderativo racional que permita al operador de justicia elegir el principio más satisfactorio y menos lesivo a derechos fundamentales.

Por otro lado, cuando hay ausencia de colisión entre dos valores o bienes jurídicos fundamentales, la ponderación exige el mayor grado de satisfacción de los aludidos mandatos de optimización, los cuales, de acuerdo con Robert Alexy, *“ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”*, existiendo en igual sentido la necesidad de optimizar el principio constitucional velado en una causa, por más de la inexistencia de un conflicto con otro principio sucedáneo.

IV.- De la ponderación a la subsunción normativa

“La aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado.” “Para tal fin se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce con el nombre de subsunción.”

“Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial los principios que establecen derechos), se argumenta, a veces, que la operación de la subsunción no es adecuada y que debe sustituirse por otra operación denominada ponderación”

Siendo así, existen muchas posturas, referido a que la subsunción normativa solo es aplicable a reglas, y que los principios son ponderados entre sus iguales, esta es una posición que hasta la fecha se sigue, sin embargo, siguen existiendo contemporáneamente vertientes que se inclinan en otro extremo, respecto que los principios también pueden ingresar al método deductivo de la subsunción en semejanza a las reglas.

Ahora bien, mencionando al profesor S. López Hidalgo, quien, citando a Prieto Sanchis, en su artículo “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?”, indica que cuando existe un problema entre principios hay que ponderar. Y no por ello la subsunción ha de quedar arrinconada, 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”*. Es decir, constatar que el caso se encuentre en el campo de la aplicación de los principios.

Siguiendo la misma línea, y como lo expresara Alexy, *“las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”*, donde a modo de comentario de ello, la ponderación tiene el fin de sentar parámetros de una regla implícita, donde a futuro se deberá de seguir el lineamiento plasmado, postergando la aplicación de uno de los principios en conflicto si, subsisten características de la decisión ponderada con anterioridad, a la causa desenvuelta con posterioridad.

A ejemplo de ello, el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia 143-1991, en un juicio ponderativo, por la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de la información, dejó plasmado jurisprudencialmente que el derecho al honor, cede ante la libertad de información cuando ésta es veraz, referido al deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida: veracidad subjetiva conforme a una verificación razonable, y se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias sobre las que versa o por las personas que en ella intervienen.

Siguiendo esa línea de idea, y a modo de comentario de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional Peruano, se puede afirmar que respecto a la

incompatibilidad entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de la información, ya existe una ponderación realizada por el máximo intérprete de la Constitución Política de Perú, donde a partir de la fecha los futuros casos nacientes han subsumido dicho criterio en casos en específicos y no han realizado una nueva ponderación, aun cuando en la práctica se sobreentiende que la decisión que realiza un operador de justicia antes de aplicar un principio en conflicto con otro, es la ponderación en sentido estricto, la cual es una posición que no comparto, pues, no se puede hablar de ponderar de una manera tan dócil, como si fuese el amanecer de todos los días. Entender que se puede ponderar por diestra y siniestra todos los principios que presenten colisión con otros, declinaría la seguridad jurídica en un sistema procesal, pues existirían muchos pronunciamientos contradictorios entre sí, teniendo en consideración que la jerarquía jurisdiccional es importante al analizar este aspecto, pues, si la Corte Suprema, o el Tribunal Constitucional de un Estado, procede a ponderar una antinomia entre principios en conflicto, dicho pronunciamiento es de observancia obligatoria por las propias Cortes máximas, donde vuelven a citar su ya pronunciamiento realizado para seguir un lineamiento jurisprudencial ponderativo; pues imaginándose la no realización de ello, se estaría ante decenas de pronunciamientos ponderativos respecto a los mismos principios donde en las Salas y Juzgados inferiores existiría una contradicción subjetivista en las resoluciones, pues algunos aplicarían ponderaciones que según su criterio están en lo políticamente correcto, y otras jurisdicciones aplicarían otras ponderaciones aplicadas por las máximas Cortes, según sus convicciones idealistas, creando así un caos jurisprudencial.

Sin embargo, lo que sucede correctamente en la práctica no es la ponderación en sentido estricto, es decir las Salas Superiores y Juzgados Especializados no vuelven a ponderar lo ya realizado por las Salas Supremas, sino eligen dicho pronunciamiento ponderado, y lo aplican a los casos en curso que se desenvuelven en su jurisdicción, subsumiendo así lo ponderado precedentemente.

En ese orden de ideas, la *“ponderación y subsunción no parecen como operaciones incompatibles, sino más bien propias de contextos de justificación diversos 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”*.

Razonamiento que hace posible la conjugación entre la ponderación y subsunción entre principios, en casos concretos que permite optimizar la aplicación de justicia de una manera uniforme, brindando seguridad jurídica a un Estado.

V.- La subjetividad en los operadores de justicia en la aplicabilidad de la ponderación

“La objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación. Esta objeción sirve a su vez de fundamento para las demás críticas que acusan a la ponderación de ser un procedimiento subjetivo, una figura retórica que enmascara decisiones arbitrarias e incluso de ser un procedimiento a través del cual se comparan magnitudes inconmensurables.”

En ese marco de ideas, J. Portocarrero, citando a Habermas indica que *“la reconstrucción de los principios jurídicos como mandatos de optimización pasibles de ser ponderados se dirige a la metodología de su aplicación. 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”*.

La subjetividad en la aplicación de la ponderación ha sido muy tocada dentro de la doctrina siendo, asimismo, muy criticado, pues a resumen, existe un sector que indica que, al momento de ponderar, los operadores de justicia se inclinan en posiciones parcializadas según su postura moderada o liberal, existiendo irracionalidad en tal sentido al momento de ponderar principios que se encuentran en colisión.

Respecto a ello, y de manera académica podemos señalar que una tesis que ha servido esencialmente para contradecir esta subjetividad que se le incrimina a la ponderación, es la estructura de la ponderación en sí, y en especial el elemento segundo de dicha estructura, referido a “la fórmula del peso”, que trajo consigo un razonamiento lógico, que disminuye la posible subjetividad humana que puede ser pasible de un operador de justicia.

En esa línea, la lógica del peso trae consigo indirectamente un punto positivo a la ponderación, de las críticas y debates académicos que existieron en su momento, sin restar importancia a la ley de ponderación, y las cargas de argumentación, que en igual sentido su conjugación fue esencial para declinar las críticas contra la racionalidad de la ponderación, que en conclusión al existir un análisis lógico dentro de la estructura de la ponderación brindó una dosis analítica matemática, y dejaron de ser completamente criterios subjetivos especializados, motivo por el cual a modo de conclusión la racionalidad de la ponderación reside en la estructura. *“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.”*

VI.- Conclusiones

La ponderación en conflictos de principios constitucionales es la manera como se aplica un principio en específico a un caso en concreto, que dentro de la doctrina comparada existen posiciones donde hay vértices quienes indican que la ponderación solo es aplicable a principios, y las reglas son pasibles a subsunción. Posición que no comparto, y tal como he desarrollado, sigo el otro lado del vértice que se inclina por el lado que los principios también pueden ser subsumidos en un caso en concreto, siempre y cuando ya exista una ponderación realizada por una máxima Corte, que puede ser el Tribunal Constitucional o la propia Corte Suprema.

En ese aspecto, cuando ya existe una ponderación respecto a dos principios que se encontraban en conflicto, dicho pronunciamiento es de observancia obligatoria para los juzgados de inferior rango legal, como también por la propia máxima Corte, cuando existan futuros casos con las mismas características, y respecto a los mismos principios, debiendo en tal sentido de subsumir los puntos que describen cuando un principio cede ante el otro con el objeto de preservar la seguridad jurídica de un estado, y evitar pronunciamientos contradictorios entre sí.

VII.- Bibliografía

- Juan Pablo Alonso, (2017): Principios Implícitos y Fuentes Sociales del Derecho. Buenos Aires, Argentina.
- José Juan Moreso. Conflictos entre Principios Constitucionales. Barcelona, España.
- Carlos Bernal Pulido. Estructura y límites de la ponderación. Bogotá, Colombia.
- Manuel Atienza, (2019): Cuándo y cómo ponderar. España, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=-sjc8l5PnPI>
- Jorge Alexander Portocarrero Quispe, (2011): Peligros y límites de la ponderación análisis de la aplicación del juicio de ponderación en casos paradigmáticos del Tribunal Constitucional Peruano. Lima, Perú.
- Victor Eduardo Orozco Solano, (2013): La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: Una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa. Revista judicial N° 109, setiembre, Costa Rica.
- Sebastián López Hidalgo, (2015): Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho? Quito, Ecuador.
- Robert Alexy, (2002): La Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, España.

- Jorge Alexander Portocarrero Quispe, (2015): ¿Peligros de la ponderación? la racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales. Lima, Perú.