

Dilemas constitucionales y decisiones judiciales ¹

Por ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Este artículo analiza las situaciones de conflicto entre derechos fundamentales, que se denominan dilemas constitucionales. Se aproxima al concepto de derechos como valores incommensurables en sentido débil. El conflicto entre principios es interpretado en dos niveles: sopesamiento y ponderación. Se analiza su posible conceptualización como un dilema de sacrificio. En este contexto, es útil la categoría de contenido esencial de los derechos.

Palabras clave: Derechos fundamentales, incommensurabilidad, ponderación, principios, dilemas morales, pluralismo de valores.

ABSTRACT

This article analyzes the situations of conflicts between fundamental rights, that they are called constitutional dilemmas. It approximates to the concept of rights as a values incommensurable in a weak sense. The conflict

¹ Este trabajo se enmarca dentro del *Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos»* (CSD2008-00007) y está vinculado al proyecto de investigación «Historia de los Derechos Fundamentales, siglo XX». La referencia del proyecto es DER2008-03941.

between principles is interpreted in two levels: weighing and balancing. It's analyzed its possible conceptualization as a sacrifice's dilemma. In this context is useful the category of the essential content of the rights.

Keywords: *Fundamental rights, incommensurability, weighing, principles, moral dilemmas, value pluralism.*

1. DERECHOS, CONFLICTO Y FUNCIÓN JUDICIAL

Es una función habitual de los jueces y tribunales resolver casos mediante argumentos jurídicos donde, por lo general, se han presentado varias pretensiones contrapuestas de justificación por las partes que originaron el conflicto. El Derecho se convierte en una forma de solución de conflictos mediante argumentos con unas características específicas. La función judicial está comprometida con algunas dimensiones básicas. Una de ellas es que los jueces deben decidir todos los casos que se presenten, es decir, no rige el principio *non liquet*. La consecuencia de esta dimensión básica es que no debería haber un conflicto sin una solución, lo cual no es asunción inocua. Otra consecuencia es que las decisiones deben justificarse con argumentos basados en Derecho. Las diversas concepciones del Derecho tienen distintas versiones para explicar, de forma adecuada, el papel de los jueces en la aplicación del Derecho. Algunas posiciones, que Lariguet sintetiza, consideran que: a) Los jueces realizan un ejercicio de delimitación y especificación de las condiciones donde resulta legítimo ejercer un derecho, por lo que no existen *auténticos* conflictos de derechos –*tesis de la delimitación*–, b) Los derechos son compatibles, por tanto, para satisfacer un derecho no se requiere «sacrificar» otros derechos –*tesis de la compatibilidad*–, c) Los valores o principios forman redes coherentes y ordenadas –*tesis de la armonía*–, d) Los valores o principios no resultan incompatibles, sino que son bienes unitarios y comparables –*tesis de la comparabilidad*–, e) Si los conflictos fuesen posibles, ello no dice nada sobre su posible resolución, que vendría de la ponderación o balance –*tesis de la resolución*–².

Si los jueces deben proveer soluciones justificadas a los conflictos, parecería más adecuado partir de una concepción del Derecho que afirme que los derechos son compatibles, están en armonía y son bienes unitarios y comparables. Ha sido Dworkin el que ha presentado un modelo que se asemejaría a las tesis expuestas con su idea de que para los casos difíciles existe una única *respuesta correcta*³. Su posición

² LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, Lima, Palestra, 2008, pp. 262-267.

³ Dworkin da argumentos a favor de su teoría de la única *respuesta correcta* que tiene un compromiso con el objetivismo moral. En ese sentido, afirma que «alguien

interpretativista del Derecho buscaría concebirlo más cercano a la coherencia y la armonía que al conflicto y la indeterminación⁴. Las decisiones judiciales tienen una pretensión de corrección, ya que necesitan proveer razones que sean aceptadas por otros como persuasivas. Sin embargo, como señala Scharfs, el juez Jackson dijo que la Corte Suprema «no es final porque es infalible, sino que es infalible sólo porque es final»⁵. Es decir, existen otras concepciones del Derecho que admiten que, si bien todo conflicto planteado a los tribunales debe tener una solución, ésta no necesariamente es la *correcta*⁶.

En un conocido ensayo, Hart explicaba diversas concepciones del Derecho, a partir de la función judicial, que se sintetizaban, por un lado, en la visión de la *Pesadilla* donde los jueces *crean* el Derecho que ellos aplican a los litigantes y en la que no aparecen como imparciales y objetivos declarantes del Derecho existente⁷ y, por otro, en la visión del *Noble Sueño*, donde los jueces aplican a los casos el Derecho existente y no crean nuevo Derecho, aun cuando el texto de las previsiones constitucionales, las leyes o los precedentes parecen no

que defienda una pretensión global de indeterminación sobre moral o ética o estética –es decir, que nunca existe una respuesta correcta para cualquier cuestión sobre lo que debemos hacer o cómo debemos vivir o qué es hermoso– tiene siempre un gran problema, y su necesidad para una teoría más abstracta que aporte conclusiones globales es cada vez más evidente. Estas son verdaderamente heroicas pretensiones, de una extensa pretensión teórica, e intentar vestirlas con las modestas ropas del sentido común y practicalidad es más cómico que persuasivo» DWORKIN, R., «Objectivity and Truth: You'd better believe it», *Philosophy and public affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996, p. (87-139), 139.

⁴ Dworkin sostiene que «el argumento necesario para defender el pluralismo debe ser muy largo y complejo. Ese argumento debe mostrar, en el caso de que cada uno de los valores tenga algún tipo de conflicto conceptual con otro, porqué la interpretación de ese valor que produce el conflicto es el más apropiado. Nada es más fácil que componer definiciones de libertad, igualdad, democracia, comunidad y justicia que estén en conflicto con otras. Pero no mucho, en filosofía, es más difícil que mostrar porque esas son las definiciones que debemos aceptar. No hay fórmulas mágicas para esa demostración. Quizá, después de todo, las más atractivas concepciones de los valores liberales más importantes son coherentes en la forma correcta. Aún no hemos dado razón para abandonar esa esperanza». DWORKIN, R., «Do liberal values conflict?», en LILLA, M.; DWORKIN, R.; SILVERS, R. (ed.), *The legacy of Isaiah Berlin*, New York, New York Review of Books, 2001, p. 90.

⁵ SCHARFFS, Brett G., «Adjudication and the problems of incommensurability», *William and Mary Law Review*, núm 42, 2000-2001, p. (1368-1435) 1411.

⁶ Para una perspectiva crítica de esta cuestión desde diversos enfoques: RAZ, Joseph, «Speaking with one voice: On Dworkinian integrity and coherence», en BURLEY, Justine (ed.), *Dworkin and its critics*, Oxford, Blackwell, 2004, pp 285-291. KORNHAUSER, L. A., «No best answer?», *Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1997-1998, pp. 1599-1637. PECZENICK, A., «One rights answer to all legal questions?», en PECZENICK, A., *On law and reason*, Kluwer, Dordrecht, Boston London, pp. 302-307. POSNER, R., «Are there rights answers to legal questions?», en POSNER, R., *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993, pp. 197-214.

⁷ HART, H. L. A., «American Jurisprudence thought English eyes: The Nightmare and the Noble Dream» en HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, pp. (123-144) 127.

ofrecer una guía determinada⁸. A partir de este panorama, Hart concluye su aproximación calificando las dos visiones mencionadas como ilusiones «que tienen mucho valor para enseñar a los juristas en sus horas de vigilia»⁹. Los jueces harían algunas veces una cosa y otras veces otra, pero la clave para Hart es qué, cuándo y cómo lo hacen. Como es fácil suponer, la cuestión de si los jueces aplican o crean Derecho ha motivado múltiples reflexiones¹⁰, tras la que subyace la cuestión del grado de indeterminación del Derecho y el alcance de la discrecionalidad judicial.

Una de las cuestiones que convertiría en discutible la visión del *Noble Sueño* tendría que ver con posiciones que defendiesen la relevancia filosófica y jurídica de la noción de *pluralismo* de valores. Como afirma Asís, el disenso juega un papel en el discurso de los derechos, que debe conjugarse con el consenso, sin que esto deba producir una disminución en el disfrute de los derechos¹¹. Desde esta perspectiva, el liberalismo otorga un papel relevante al pluralismo. En la versión de Rawls del *Liberalismo político*, frente al hecho de un pluralismo razonable habría un consenso entrecruzado sobre la concepción pública de la justicia de las doctrinas comprensivas razonables¹². La estrategia liberal es privatizar el conflicto¹³. No obstante, existen otras posiciones tras las que subyace una visión más robusta del papel del pluralismo de una sociedad democrática y otorga un papel más preponderante a los que deben solucionar los casos de conflicto entre derechos fundamentales, que son los jueces. La cuestión relevante es qué consecuencias comporta a los decisores judiciales la adhesión a alguna tesis cercana al pluralismo de valores.

La importancia de esta versión del pluralismo se correspondería con la noción de que no es posible una ordenación jerárquica de los valores, ya que éstos no son comparables. De esta forma, no es predi-

⁸ HART, H. L. A., «American Jurisprudence thought English eyes: The Nightmare and the Noble Dream». *op. cit.*, p. 132.

⁹ HART, H. L. A., «American Jurisprudence thought English eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *op. cit.*, p. 144.

¹⁰ Una aproximación a esta cuestión en el ámbito español se puede encontrar, entre otros, en: PECES BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Poder judicial*, núm. 6, 1983, pp. 17-26. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987. ASIS ROIG, R. de, *Jueces y normas*, Marcial Pons, 1995. ANSUATEGUI ROIG, Javier, «La creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma», en AA.VV., *El derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Dykinson, 2006., SEGURA ORTEGA, M., «La creación judicial del Derecho» en AA.VV., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 1065-1075.

¹¹ ASIS ROIG, R. De, «Derechos y fuerzas: Doce problemas de los derechos fundamentales», *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, p. (111-116) 114.

¹² RAWLS, J., *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1.996, traducción de Antonio DOMENECH, p. 189, 179-180.

¹³ Me he ocupado en esta cuestión en PEREZ DE LA FUENTE, O., *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 256-278.

cable respecto de dos valores que uno «es mejor que», «peor que» o «igual que» el otro. Estos valores estarían en conflicto y no podrían ser reducidos a un tercer valor de cobertura¹⁴. Esto supone un fallo en la transitividad entre las opciones. Este fenómeno aplicado a la teoría racional de la elección social es explorado por Arrow, que elaboró el *Teorema de la Imposibilidad* o la conocida como paradoja de Arrow¹⁵. Este enfoque comporta que la racionalidad tiene límites, mientras que existe una posición, que Elster denomina *hiperracionalidad*, que implica la creencia irracional en la omnipotencia de la razón. Esto sería algo así como *la ineptitud para reconocer la ineptitud*, ya que, según Elster, la primera tarea de la razón consiste en reconocer sus propias limitaciones y trazar los límites dentro de los cuales puede operar¹⁶.

Esta visión del pluralismo de valores es un compromiso metaético con la noción de que los valores son objetivos, pero están en conflicto. De esta forma, no se pueden jerarquizar, ni reducir a un solo valor prioritario. Es una visión del liberalismo *agonista*, en el sentido de la etimología clásica que implicaría *lucha* y *combate*. Es una posición que han defendido Berlin¹⁷, Gray¹⁸, Galston¹⁹. Es concepto clave sobre el que pivota la relación entre los conceptos, según esta versión, es la noción de inconmensurabilidad²⁰. Cabe plantear, en la línea de

¹⁴ Según Raz, «Dos opciones valiosas son inconmensurables si (1) ninguna es mejor que la otra, y (2) existe (o podría haber) otra opción que es mejor que una pero no es mejor que la otra» RAZ, J., *Morality of freedom*, Oxford University Press, 1988, p. 326.

¹⁵ ARROW, K. J., *Social Choice and individual values*, Yale University Press, 1963.

¹⁶ ELSTER, J., *Juicios salomónicos*, Barcelona, Gedisa, 1991, traducción de Carlos Gardini, p. 24.

¹⁷ BERLIN, I., *El fuste torcido de la humanidad*, Ediciones Península, traducción de José Manuel Álvarez Florez, p. 197. BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, traducción de Julio Bayón, pp. 224-225.

¹⁸ GRAY, J., *Las dos caras del liberalismo Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Barcelona, Paidós, 2001, traducción de Mónica Salomón.

¹⁹ GALSTON, W. A., *Liberal pluralism*, Cambridge University, 2002. GALSTON, William, *The practice of liberal pluralism*, Cambridge University Press, 2005.

²⁰ Algunas obras que han analizado la cuestión de la inconmensurabilidad en el ámbito jurídico y filosófico, entre otros, se pueden encontrar en: ADLER, M., «Law and Incommensurability: Introduction», *Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, pp. 1169-1184. 1169. ADLER, M., «Incommensurability and Cost-Benefit Analysis», *University of Pennsylvania Law Review*, núm., 146, 1998, pp. 1371-1640. ANDERSON, E., «Practical reason and incommensurable goods», en CHANG, R., *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997, pp. 90-109. ALEXANDER, L., «Banishing the bogey of incommensurability», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1997-1998, pp. 1641-1649, CHANG, R., «Comparison and the justification of choice», *University of Pennsylvania Law Review*, núm., 146, 1998, pp. 1569-1598. CHAPMAN, Bruce, «Law, incommensurability and conceptually sequenced argument», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, pp. 1487-1528., CRASWELL, R., «Incommensurability, Welfare economics and the Law», *University of Pennsylvania Law Review*, núm., 146, 1998, pp. 1419-1464. ENDICOTT, T., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2003. FARBER, D., «Saving Overton Park: A comment on environmental values», *University of Pennsylvania Law Review*,

Scharffs, que la naturaleza plural y conflictiva de valores se hace más aparente en el Derecho que en ningún otro lugar, ya que los jueces deben elegir ciertos valores que son promovidos o vindicados, mientras otros son subordinados o sacrificados²¹. Se dan situaciones en las que es imposible realizar simultáneamente todos los valores que se promoverían a través de una elección o de otra²². Por todo lo cual, según Scharffs, el Derecho se convertiría en un buen laboratorio para explorar muchos de los enfoques disponibles para afrontar los problemas de incommensurabilidad²³.

Desde su visión del *Noble Sueño*, que incorpora la tesis de la *respuesta correcta* para cada caso, Dworkin plantea si ¿es sensato o justo que el Estado haga valer la decisión de determinado grupo de jueces en un caso difícil, aun cuando un grupo diferente, igualmente razonable

núm. 146, 1998, pp. 1671-1685, FINNIS, J., «Commesuration and public reason», en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, incomparability and practical reason*, London, Harvard University Press, 1997, pp. 215-233. GARDBAUM, S., «Law, incommensurability and expression», *University of Pennsylvania Law review*, núm., 146, 1998, pp. 1687-1700, GEORGE, R. P., «Does the “incommensurability thesis” imperil common sense judgements?», *American Journal of Jurisprudence*, núm. 37, 1992, pp. 185-195. JOHNSTON, J. S., «Million-dollar mountains: Prices, sanctions, and the legal regulation of collective social a environmental goods», *University of Pennsylvania Law Review*, núm., 146, 1998, pp. 1327-1369. KITCHER, P., «Implications of incommensurability», *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 1982, pp. 689-703. LUKES, S., «Comparing the incomparable: Trade-offs and sacrifices», en CHANG, Ruth, *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997, pp. 184-195. LEITER, B., «Incommensurability: Truth or consequences?», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, num 5, 1998, pp. 1723-1733. MATHER, Henry S., «Law-making and incommensurability», *McGill Law Journal*, 2002, núm. 47, pp. 345-388. MILLGRAM, E., «Incommensurability and practical reasoning», en CHANG, R., *Incommensurability, incomparability and practical reason*, Harvard University Press, 1997, pp. 151-169. POSNER, E. A., «The strategic basis of principled behavior: A critique of the incommensurability thesis», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, num. 5, 1998, pp. 1185-1214. RAZ, J., «Disagreement in politics», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, 1998, pp 25-52, RAZ, J., *Engaging Reason*, Oxford University Press, 1999, pp. 46-66. RAZ, J., «The practice of value», in WALLACE, Ray (ed.), *The practice of value*, Clarendon Press, Oxford, 2003, pp 15-62, SCHMIDT, D. J. «Can Law survive? The incommensurability and the idea of Law», *University of Toledo Law Review*, núm.26, 1994-1995, pp. 147-158, SMITH, N., «Incommensurability and alterity in Contemporary jurisprudence», *Buffalo Law Review*, núm. 45, 1997, pp. 503-553, WARNER, R., «Incommensurability as a jurisprudencial puzzle», *Chicago Kent Law Review*, núm 68, 1992-1993, pp. 147-170. WARNER, Richard, «Does incommensurability matter? Incommensurability and public policy», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, pp. 1287-1325. WILLIAMS, Joan Chalmers, «At the fusion of horizons: Incommensurability and the public interest», *Vermont Law Review*, núm. 20, 1995-1996, pp. 625-646.

²¹ SCHARFFS, B. G., «Adjudication and the problems of incommensurability», *William and Mary Law Review*, núm. 42, 2000-2001, p. (1368-1435) 1411.

²² SCHARFFS, B. G., «Adjudication and the problems of incommensurability», *op. cit.*, p. 1410.

²³ SCHARFFS, B. G., «Adjudication and the problems of incommensurability», *op. cit.*, p. 1367.

y competente, hubiera llegado a una decisión diferente?²⁴ Con lo que no se debería perder de vista que el objetivo, en el ámbito jurídico, es que los jueces deben proveer la mejor y más persuasiva justificación de sus decisiones que suelen basar en argumentos jurídicos en forma de reglas, principios, directrices, derechos y valores. Sin embargo, es discutible concebir que los principios y los derechos puedan ser jerarquizados de una forma definitiva; como señala Asís, no es posible, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos, ya que se trata de un problema a resolver en cada caso concreto²⁵. La cuestión que se plantea es cuál es el tipo de estructura que relaciona los diversos elementos que componen los argumentos jurídicos que utilizan los jueces para justificar sus decisiones.

Un compromiso con la tesis del irreductible pluralismo de valores y su explicación de la inconmensurabilidad de las opciones aplicado a la cuestión de la justificación de las decisiones jurídicas, supondría que los jueces, en ocasiones, carecen de *criterio* para resolver los conflictos. Lo cual comportaría, según Moreso, algo más fuerte que *discreción* en los casos difíciles, ya que entonces la solución no sólo queda indeterminada sino que, en algún punto, será *arbitraria*²⁶. En este contexto, es necesario distinguir las dos versiones de la inconmensurabilidad en el sentido que propone Waldron. La inconmensurabilidad, en sentido fuerte, supone que los valores son genuinamente incomparables en el mundo práctico, dejándonos paralizados a la hora de su competición²⁷. Sin embargo, la inconmensurabilidad, en sentido débil, hace referencia a la ausencia de una dimensión de medida que admitiría compensaciones entre los diversos valores, pero permite que se relacionen unos con otros, estableciendo un orden discernible o niveles de prioridad como «el orden de los palos en un juego de bridge o el orden de letras en el alfabeto»²⁸.

Concebir los valores en el sentido inconmensurable –en el sentido fuerte de incomparabilidad– implica un conflicto trágico, como explica Lariguet, donde hay *elección* de un valor o principio en detrimento

²⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, traducción de Marta Guastavino, p. 398.

²⁵ ASÍS ROIG, R. De, «Sobre los límites de los derechos», *Derechos y Libertades*, pp. (111-130) 123.

²⁶ Según MORESO, «son situaciones en la que carecemos de criterio –no sólo de criterios *jurídicos*, sino también de criterios *morales*– porque es un caso de dilema moral» MORESO, José Juan, «El encaje de Las piezas del Derecho. Primera parte», *Isonomía*, núm. 14, 2001, p. (135-157) 148.

²⁷ Una aproximación a las situaciones de inconmensurabilidad, en sentido fuerte, que suele aducirse es la que provee la *phronesis* aristotélica. He analizado esta cuestión en PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.

²⁸ WALDRON, J., «Fake incommensurability: A response to Professor Schauer», *Hastings Law Journal*, núm. 785, 1993-1994, pp. (813-824) 817.

del otro, en un puro acto *decisionista*²⁹. En cambio, la inconmensurabilidad en sentido débil implica la inexistencia de una métrica simple que sea común a los valores analizados –Sustein³⁰–. Los valores así concebidos no se pueden traducir en unidades de utilidad, placer o dinero. En cambio, sí pueden relacionarse entre sí de diversas formas. En este contexto, Schauer se plantea las relaciones entre los derechos, la inconmensurabilidad y la ponderación desde una perspectiva de los resultados que comportaría optar por una concepción u otra. Concluye su argumentación afirmando que el reconocimiento del carácter inconmensurable y, por tanto, no ponderable, de los derechos redundaría en su protección y la creencia en su conmensurabilidad supondría menor protección para los derechos individuales³¹. Según esta interpretación, existiría una cercana afinidad entre el utilitarismo y la democracia mayoritaria, frente a los que los derechos tendrían el carácter de derechos fuertes, deontológicamente derivados e inconmensurables³². La clave, desde esta perspectiva, es que esta función que permite interpretar las diferentes relaciones entre los valores, según Waldron, les corresponde a los jueces³³. Por tanto, si se acepta una versión débil de la inconmensurabilidad para la explicación de los derechos no podría considerarse adecuado que éstos pudieran medirse en una única dimensión como pretenden el utilitarismo o algunas versiones de los partidarios de la ponderación. En cambio, Waldron propone que los derechos, en este contexto, puedan ser explicados en tres formas: a) *prioridad lexical* –Rawls–, b) *restricciones laterales* –Nozick– y c) *triumfos* –Dworkin–³⁴.

Una versión de los derechos como inconmensurables, en sentido débil, la propone Rawls con su idea de orden lexicográfico de los principios de la justicia³⁵. Esto se interpreta conforme a que los principios

²⁹ LARIGUET, G., «Conflictos trágicos y Derechos. posibles desafíos», *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. (317-348) 323.

³⁰ SUNSTEIN, C. R., «Incommensurability and valuation in Law», *Michigan Law Review*, núm. 779, 1993-1994, pp. 779-861.

³¹ SCHAUER, F., «Commensurability and its consequences», *Hastings Law Journal*, núm. 785, 1993-1994, pp. (785-812) 792-793.

³² SCHAUER, F., «Commensurability and its consequences», *op. cit.*, pp. 796-797.

³³ Waldron afirma que «la única élite creíble para los objetivos de la propuesta del profesor Schauer, que después de todo intentan estar vinculados a asuntos de sopesamiento y ponderación en derecho constitucional, es una élite judicial. Pero desde que los jueces en nuestro sistema adoptan puntos de vista en respuesta a un argumento adversarial, es inconcebible que pudiera haber un modo de argumentación entre jueces que no fuera compartido por abogados, y por litigantes, y por el resto de la población. Si los jueces conocen la verdad sobre la inconmensurabilidad, entonces será difícil guardarla del resto de nosotros, cualesquiera que sean las ventajas instrumentales de hacerlo» WALDRON, Jeremy, «Fake incommensurability: A response to Professor Schauer», *op. cit.*, p. 823.

³⁴ WALDRON, Jeremy, «Fake incommensurability: A response to Professor Schauer», *op. cit.*, p. 816.

³⁵ Los principios de la justicia según RAWLS son: «Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea

habrán de ser dispuestos en un orden serial, dando prioridad al primer principio sobre el segundo. Esta ordenación significa que las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas en el primer principio, no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas³⁶. Existe una prioridad del primer principio que lleva a Rawls a hablar de «el valor absoluto de la libertad con respecto a las ventajas sociales y económicas»³⁷, que implica que el cumplimiento de los derechos y libertades del primer principio deben estar garantizados para poder aplicar el segundo principio. Como explica Waldron, el término lexicográfico se refiere a la organización de un diccionario. De forma similar, si dos o más principios son ordenados lexicográficamente, está prohibido considerar la aplicación de ningún principio dado, hasta que se hayan asegurado las demandas de todos los principios priorizados en la ordenación que hayamos encontrado³⁸. Esta teoría supone que no es posible una transacción entre las ventajas del segundo principio respecto de la restricción de las libertades del primer principio.

La propuesta de los derechos como inconmensurables en sentido débil tiene una de sus manifestaciones en la visión de los derechos como restricciones laterales –*side constraints*– que propone Nozick. Frente al «utilitarismo de los derechos» que justificaría la violación de los derechos de un individuo si se minimiza la cantidad (medida) total de violaciones de derechos en la sociedad, supone que los derechos son restricciones laterales a las acciones a realizarse, ya que los derechos de los otros determinan las restricciones a nuestras acciones³⁹. Esto significa que las restricciones laterales expresan la inviolabilidad de los otros en las formas que se especifiquen, lo cual se traduciría por la visión de que las personas son fines y no meros medios. Podría expresarse en un lema como: «minimice el uso de formas especificadas de las personas como medios»⁴⁰. Esta visión afirma que no existe un sacrificio justificado de alguno de nosotros por otros, ya que existen diferentes individuos con vidas separadas y, por tanto, nadie puede ser sacrificado por otros⁴¹. Esta es una visión deontológica frente a posiciones que defienden el utilitarismo. Desde esta perspectiva, la

compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que : *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos». RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1978, traducción de María Dolores Gonzalez, p. 82.

³⁶ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 83.

³⁷ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 85.

³⁸ WALDRON, J., «Fake incommensurability: A response to Professor Shauer», *op. cit.*, p. 817.

³⁹ NOZICK, R., *Anarchy, state and utopia*, Basil Blackwell, 1990, p. 29.

⁴⁰ NOZICK, R., *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 32.

⁴¹ NOZICK, R., *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 33.

violación de un derecho no puede traducirse en términos que se justifiquen en forma del aumento del bienestar general.

Una de las expresiones que ha tenido más éxito en la propuesta de Dworkin es la idea de que los derechos individuales son triunfos políticos frente a las mayorías. Desde esa perspectiva, según este autor, los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio⁴². Este es un argumento frente al utilitarismo que considera que el bienestar general, que orienta la justificación de determinadas decisiones políticas, puede vencer al interés de un individuo en particular. Frente a esto los individuos tienen *triumfos* frente a estas consideraciones utilitaristas⁴³. Para Dworkin, es una estipulación que capta la idea de los derechos individuales que está vigente en la práctica constitucional norteamericana⁴⁴.

La cuestión que sugiere esta aproximación es qué, cómo y quién se determina el catálogo de derechos como *triumfos* políticos. Parece, por razones conceptuales, que no pueden provenir de las mayorías, pero como argumenta Asís Roig, los jueces encargados de declarar los derechos que se poseen serían parte del poder ante el que se desea triunfar, ya que la decisión sobre quiénes son los componentes del Tribunal Constitucional, o de la Corte Suprema, en el caso norteamericano, se lleva a cabo a través de procedimientos políticos⁴⁵. En palabras de Asís Roig, «la determinación de los derechos de las personas dependería en definitiva de la decisión de un juez, con una serie de criterios políticos, partiendo de lo que se dispone en el texto constitucional (texto fruto de un poder político) y ayudándose en otras sentencias judiciales (en algunos casos fundadas en criterios políticos del juzgador)»⁴⁶.

En cuanto a la cuestión de cómo se determina el catálogo de derechos, Dworkin afirma que su caracterización de los derechos es formal, y que no supone que los derechos tengan ningún carácter metafísico especial⁴⁷. En este contexto, Asís especifica que tras la teoría de los derechos como *triumfos* subyace la defensa de una moral objetiva que se sitúa por encima del Estado y que es la que determina no ya aquello que es correcto o incorrecto desde el punto de vista ético, sino

⁴² DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 37.

⁴³ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 492.

⁴⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 493.

⁴⁵ ASÍS ROIG, R. De, «Dworkin y los derechos como triunfos», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, 1993, pp. (161-181) 169.

⁴⁶ ASÍS ROIG, R. De, «Dworkin y los derechos como triunfos», op. cit., p. 175.

⁴⁷ DWORKIN afirma que es formal «en el sentido de que no indica qué derechos tiene la gente, ni garantiza siquiera que tengan alguno». Y sobre el carácter metafísico «considera que la teoría que defendemos en estos ensayos se aparta, por ende, de otras teorías de los derechos más antiguas, que se apoyan efectivamente en tal suposición» DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 37.

también desde el jurídico⁴⁸. Desde este punto de vista, cabe poner en relación dos tesis defendidas simultáneamente por Dworkin como son la idea de la única *respuesta correcta* y los derechos como *triumfos*. Esta última idea denota una visión de inconmensurabilidad, en sentido débil, frente a la primera idea que comporta una armonía y coherencia de los valores. Esta cuestión otorga un papel destacado a los jueces en los casos difíciles como intérpretes del Derecho, pero la cuestión que se plantea es cuál es la mecánica de interpretación judicial cuando se plantea un conflicto de derechos, es decir, si cabe establecer una jerarquía entre los *triumfos*. En su visión, Dworkin caracteriza el Derecho como integridad en base al equilibrio o la coherencia de tres valores: la justicia, la equidad y el debido proceso. Iglesias Vila afirma que si estos tres principios sustantivos no pueden ser reducidos a un solo valor o medidos en función de otro valor axiológicamente superior, es necesario reconocer la imposibilidad de dirimir un conflicto irreductible entre éstos⁴⁹.

Precisamente las situaciones donde las dos partes tienen una carta de *triumfo* y la aplicación de un derecho comporta la violación del otro, son denominados por Zucca *dilemas constitucionales*⁵⁰. Esta visión niega la *tesis de la compatibilidad* antes enunciada y vendría a explicar que, en determinadas situaciones, los procesos judiciales no pueden ser solucionados sin el sacrificio de alguna de las pretensiones presentes en el conflicto o, de otra forma, en estos casos, no cabe el ejercicio pleno y simultáneo de los derechos fundamentales que alegan las partes.

Se ha adoptado la denominación de *tragedias constitucionales* cuando se producen conflictos genuinos entre derechos fundamentales. Atienza ha propuesto considerar caso trágico a aquella situación en la que no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista *jurídico y/o moral*⁵¹. Esto supone que haga lo que haga el agente, no se evitará un mal. Es lo que se denomina inescapable *wrongdoing* o tesis del mal inevitable⁵². La alternativa sacrificada queda como un «residuo» y «recordatorio» de que se hizo algo malo⁵³.

⁴⁸ ASÍS ROIG, R. De, «Dworkin y los derechos como triunfos», *op. cit.*, p. 171.

⁴⁹ IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 242.

⁵⁰ ZUCCA afirma que «Cuando los Derechos Legales Fundamentales (DLF) están en conflicto con otro nos dejan sin guía. Llamó a estos casos dilemas constitucionales. Estos se caracterizan por un profundo desacuerdo sobre cómo decidir estos asuntos, y en qué manera. Es más, los dilemas constitucionales comportan un punto muerto donde una solución no puede ser encontrada sin sacrificar uno u otro DLF en juego» ZUCCA, L., *Constitutional Dilemmas*, Oxford University Press, 2007, p. xi.

⁵¹ ATIENZA M., «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», en VAZQUEZ, R. (comp.), *Interpretación y decisión judicial*, México, Fontarama, 2002, p. (187-213) 201.

⁵² LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, *op. cit.*, pp. 57.

⁵³ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, *op. cit.*, pp. 151.

Como afirma Williams «los conflictos morales no son sistemáticamente evitables, no todos son solucionables sin resto»⁵⁴.

En la caracterización de estos casos trágicos es habitual recurrir a situaciones con valores inconmensurables como incomparabilidad en las que, como explica Martínez Zorrilla, se produce una ausencia de (meta)criterios, mecanismos o procedimientos que determinen una ordenación prevalente o definitiva de los elementos en juego⁵⁵, lo cual comporta que no hay «respuesta correcta» y existe discrecionalidad a la hora de escoger entre las alternativas ya que, en estos casos, los tribunales no pueden, por razones conceptuales, ofrecer una justificación de la decisión tomada, puesto que existe otra/s igualmente (in)justificadas⁵⁶. Sin embargo, más allá de estas situaciones, Lariguet es partidario de una estrategia que caracteriza a los dilemas, aunque existan procedimientos, escalas o criterios para determinar la obligación, valor o principio a seguir en el caso, poniendo el énfasis en la cuestión de sacrificio o residuo⁵⁷.

La cuestión, desde esta perspectiva, no es que el conflicto no pueda tener una solución, sino, más bien, que, como afirma Bix, ésta es vista con «remordimiento»⁵⁸. En su caracterización de los dilemas morales, Searle afirma que su solución le supone «compunción» y crea un deber de compensar⁵⁹. El significado de compunción tiene que ver tanto con la idea de arrepentimiento y contrición como con el sentimiento que causa el dolor ajeno. Sin embargo, la propuesta de Lariguet distingue el componente psicológico de la *culpa*, *remordimiento* o *pesar* de la categoría de residuo, en un sentido normativo, que apunta a la ontología de las obligaciones que quedan pendientes y son recordatorios de que la decisión no ha sido aceptable o «del todo aceptable»⁶⁰.

Desde esta perspectiva, habría *dilemas de inconmensurabilidad* y *dilemas de empate* que supondrían un sacrificio no gradual y *dilemas de sacrificio* con un sacrificio que podría graduarse y que permiten algún tipo de comparabilidad entre las alternativas, lo que supone soluciones del tipo del *mal menor*⁶¹. Atienza afirma, como regla de decisión en los casos trágicos, que supone precisamente optar por el

⁵⁴ WILLIAMS, B., «Ethical consistency» en GOWANS, C. (ed.), *Moral dilemmas*, Oxford University Press, 1987, pp. (115-137) 129.

⁵⁵ MARTINEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 362-263.

⁵⁶ MARTINEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *op. cit.*, p. 369.

⁵⁷ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, *op. cit.*, p. 386.

⁵⁸ BIX, B., «Dealing with inconmensurability for dessert and desert: Comments on Chapman and Katz», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 146, 1998, p. (1651-1670) 1653.

⁵⁹ SEARLE, J., «Prima facie obligations», en RAZ, J., *Practical reasoning*, Oxford University Press, 1978, p. (81-90) 83.

⁶⁰ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, *op. cit.*, p. 184.

⁶¹ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, *op. cit.*, pp. 123-129, 152.

*mal menor*⁶², a lo que Lariguet criticó que esto presupone la comparabilidad en algún ejercicio de balance o ponderación que un caso genuinamente trágico no permitiría⁶³. Sin embargo, la nueva categoría de *dilemas de sacrificio* sí que permitiría considerar criterios, procedimientos y valores que permiten calibrar la respuesta como mejor o peor, siempre que se contemple también la noción de sacrificio o residuo que se corresponde con la tesis del mal inevitable.

Existen casos en los que se produce un conflicto entre derechos fundamentales que pueden ser calificados de *dilemas constitucionales*, ya que sea cual sea la solución se producirá un residuo normativo que implica que la solución adoptada no es irreprochable debido a que se ha sacrificado algún elemento fundamental del conflicto. Este residuo normativo comporta, bajo determinadas circunstancias, un deber de compensación.

Es habitual concebir que los dilemas están relacionados con situaciones de empate e incommensurabilidad de las alternativas que usualmente comportan indeterminación. No obstante, la estrategia de Lariguet hace hincapié en los dilemas en relación con el sacrificio, aun cuando sea posible encontrar criterios para encontrar una solución.

Desde este punto de vista, en las siguientes líneas se analizará el mecanismo de ponderación desde la perspectiva de los *dilemas de sacrificio*.

2. SOBRE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS: LA METÁFORA DE LA BALANZA

La Justicia suele representarse con la imagen de una mujer con los ojos vendados, una balanza en una mano y una espada en la otra. Es interesante que la balanza componga un elemento de este imaginario porque es habitual la utilización de la metáfora de la ponderación, el peso y el balance de los principios y los derechos por parte de jueces y juristas. Para delimitar la metáfora deberíamos diferenciar dos actividades que tienen implicaciones diversas relacionadas con la balanza.

⁶² ATIENZA afirma que «El hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O, dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podemos decir que unas son peores que otras, de manera que lo que debemos –lo que un juez debe– hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el *mal menor*». ATIENZA M., «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», *op. cit.*, p. 209.

⁶³ Lariguet afirma que «hablar de respuestas que son mejores que otras, o menos peores, supone que se ha activado el método del balance, o la ponderación. Pero precisamente la existencia de un caso genuinamente trágico trata de mostrar la imposibilidad o la banalidad de creer que se pueda activar el balance». LARIGUET, G., «Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica», *Isonomia*, núm. 24, 2006, pp. (93-113) 109-110.

La primera actividad –*weighing*– sería, como indica Mendonca, la imagen es la de un juzgador que pone los derechos en una balanza y determina la manera como ésta se inclina⁶⁴. Las implicaciones de esta visión es que los principios y los derechos son magnitudes comparables e incluso que se desarrollan en una sola dimensión, precisamente la de su peso. Cuestión no exenta de polémica, que algunos defienden como parte de una explicación metafórica de la actividad de los jueces y otros defienden. La segunda actividad –*balancing*–, como explica Mendonca, trata de la búsqueda de un equilibrio entre los derechos involucrados. En este caso, la imagen es la de un juzgador que consigue equilibrar la balanza con los derechos en conflicto, calibrándola prudentemente⁶⁵. En este caso, el resultado de la actividad de los jueces supone un intento de armonización de los derechos en conflicto, dadas las circunstancias. Las implicaciones de esta solución suponen un cumplimiento gradual de los derechos en juego según su peso relativo.

Para la resolución de los conflictos de derechos, se daría una primera actividad que se denominará *Sopesamiento* y que se vinculará con la *Ley de la colisión*⁶⁶. Y una segunda actividad que se denominará *Balance* y que se vinculará a la *Ley de la ponderación*⁶⁷. El comportamiento de los principios en situaciones de conflicto es objeto de una intensa polémica doctrinal que va desde posiciones que niegan que el *sopesamiento* deba tener lugar, por considerarlo subjetivo o irracional, hasta posiciones que niegan el *balance* entre derechos, por considerar que el principio vencedor debe cumplirse plenamente.

El conflicto entre reglas se soluciona introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida una de las reglas⁶⁸. Según Dworkin, las normas son aplicables a la manera de disyuntivas –*todo o nada*–. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión⁶⁹. En cambio, si dos principios entran en colisión, uno de los principios debe ceder ante otro. Esto no tiene que ver con la validez de los principios, ni con la necesidad de

⁶⁴ MENDONCA, D., *Los derechos en juego*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 59-60.

⁶⁵ MENDONCA, D., *Los derechos en juego*, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁶⁶ En estas líneas no se persigue reconstruir globalmente la teoría de ALEXY, ya que esto comportaría mayor desarrollo de sus postulados. Se centrará el análisis en las actividades de *sopesamiento* y *balance*. Para ampliar sobre este autor: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 94. ALEXY, R., «On balancing and subsumption. A structural comparison», *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449. ALEXY, R., «On the structure of legal principles», *Ratio iuris*, vol. 13, núm. 3, 2000, pp. 294-304. ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, núm. 5, 1998, pp. 139-151.

⁶⁷ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 160-161.

⁶⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 75.

introducir cláusulas de excepción, sino más bien con que los principios tienen la dimensión de peso y, dadas las circunstancias de un caso concreto, un principio tiene prioridad sobre otro. Mientras que, dadas otras circunstancias, puede cambiar el sentido de la prioridad entre esos mismos principios. Como sostiene Alexy, entre reglas, se dirimiría los conflictos en la dimensión de validez y entre principios, los conflictos tendrían su solución según la dimensión de peso⁷⁰. En cambio, Raz diría que las diferencias entre reglas y principios, en casos de conflicto, no tienen que ver con sus diferencias lógicas sino que es un resultado de una política jurídica⁷¹.

La actividad de *sopesamiento* supone que para resolver un conflicto, según Dworkin, se debe tener en cuenta el peso relativo de cada principio⁷². Esto significa, para Alexy, que entre los principios se establece una relación de *precedencia condicionada*, dadas las circunstancias que concurren en el caso en cuestión. El juez debe determinar las condiciones que, en el caso concreto objeto de litigio, suponen que un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia entre los principios puede ser solucionada inversamente⁷³. Esta es una operación que consiste, siguiendo la metáfora, en comprobar qué principio tiene más *peso*. La función judicial supone un ejercicio en el que, dadas unas circunstancias concretas, se establece la prioridad de un principio para resolver un caso. Desde esta perspectiva, Alexy afirma en la *Ley de la colisión* que *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*⁷⁴. Esta *Ley de colisión* supone que el resultado final de un conflicto de principios es una regla que permite resolver el caso. Como sostiene Alexy, como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso⁷⁵. Esto puede parecer paradójico desde las posiciones que consideran que subsunción y ponderación son actividades antitéticas, en las que una tendría que ver con reglas y la otra, con principios. Frente a este punto de vista, Prieto Sanchís afirma la importancia de la subsunción

⁷⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 89.

⁷¹ RAZ, J., «Legal principles and the limits of Law», *Yale Law Journal*, 1971-1972, núm. 81, p. (823-854) 834.

⁷² «Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro, será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esa dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene» DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 77-78.

⁷³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 92.

⁷⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 94.

⁷⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 98.

antes –en la indentificación del caso– y después de ponderar –en la aplicación de la regla del resultado de la ponderación–⁷⁶. En este sentido, Atienza afirma que la ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas⁷⁷.

La *Ley de la colisión* supone convertir los principios en conflicto en una regla, describiendo una serie de propiedades relevantes en el caso. Según Moreso, la ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas⁷⁸. A la operación consistente en transformar los principios en reglas es a lo que Atienza y Ruiz Manero denominan *concreción*⁷⁹. Una vez explicitadas y concretadas las propiedades relevantes en un conflicto entre principios, se determinarán unos casos genéricos y sus soluciones normativas. La aplicación de los principios consistirá en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. En este sentido, Moreso concluye que si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales –entonces por razones conceptuales– no hay aplicación del Derecho sin subsunción⁸⁰.

Una forma distinta de entender la solución del conflicto entre principios la propone Guastini cuando afirma que la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto⁸¹. Esto supone, según Moreso, que la ponderación para Guastini sea el resultado de una actividad radicalmente subjetiva ya que la jerarquía axiológica entre principios es el resultado de un juicio de valor del intérprete, según su concepción escéptica de la interpretación⁸². Otra característica de la ponderación según Guastini es el particularismo jurídico⁸³. Esto supone que el conflicto no es resuelto

⁷⁶ Prieto Sanchís afirma «Pero si *antes* de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, 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 creo que aparece de nuevo la exigencia de subsunción». PRIETO SANCHIS, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial» en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 145.

⁷⁷ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 170-171.

⁷⁸ MORESO, J. J., «Conflictos entre principios constitucionales», en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. (99-122) 121.

⁷⁹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 31.

⁸⁰ MORESO, J. J., «Conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, p. 121.

⁸¹ GUASTINI, Riccardo, «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales», *Palestra del Tribunal Constitucional*, núm. 8, 2007, pp. (631- 637) 636. También GUASTINI, R., *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, pp. 201-235.

⁸² MORESO, J. J., «Conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, pp. 101-103. También MORESO, J. J., «Guastini sobre ponderación», *Isonomía*, núm. 17, 2002, pp. 227-249.

⁸³ MORESO, J. J., «Conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, pp. 103-104.

definitivamente: cada solución vale sólo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura⁸⁴. Esto supone concebir que subsunción y ponderación son procedimientos contrapuestos y que no es posible construir casos genéricos a partir de las propiedades relevantes de los casos singulares, ya que no se pueden universalizar o generalizar las circunstancias especiales del caso en concreto.

Frente a estas posiciones, Habermas critica por irracional, la ponderación o sopesamiento de valores que se efectúa, «o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquía a los que se está acostumbrado»⁸⁵. En concreto, sobre Alexy, afirma que no es de mucha utilidad el tipo de ponderación que ha propuesto en términos de un modelo economicista de fundamentación, ya que los llamados bienes jurídicos carecen de unidades de medida unívocamente aplicables⁸⁶. Con esto se hace referencia a que Alexy ha propuesto un modelo de ponderación que incluye una *formula de peso* donde se incluyen valores numéricos que representan las diferentes intensidades de los elementos en cuestión⁸⁷. Esto supone que los principios comparten alguna dimensión en la que serían medibles, es decir, son conmensurables y el resultado de la ponderación sería una especie de algoritmo⁸⁸. Sin embargo, como afirma Atienza, la clave no sería el cálculo en sí, sino la asignación de los valores numéricos, ya que se trataría de un uso metafórico del lenguaje matemático⁸⁹. Los límites de la racionalidad del mecanismo de ponderación, como reconoce Bernal Pulido, vendrían de que, en esas

⁸⁴ GUASTINI, Riccardo, «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, p. 637.

⁸⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2000, traducción de Manuel Jimenez Redondo, p. 332.

⁸⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 332. Nota a pide 33.

⁸⁷ ALEXY, R., «On balancing and subsumption. A structural comparison», *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003, pp. (433-449) 447.

⁸⁸ Alexy se separa de esta visión que califica de orden estricto «Los problemas de una jerarquía de valores jurídicamente relevantes se han discutido con frecuencia. Se ha mostrado así que no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente a un resultado –a tal orden habría que llamarlo “orden estricto”–. Un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición de peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que no es más que una ilustración de un resultado ya encontrado. El fracaso de los órdenes estrictos no significa sin embargo que sean imposibles teorías de los principios que sean más que un catálogo de topoi. Lo que es posible en un orden débil que consiste en tres elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad; 2) un sistema de estructuras de ponderación, y 3) un sistema de prioridades *prima facie*» ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Mexico, Fontamara, 1993, p. 16.

⁸⁹ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 173-174.

valoraciones, el intérprete pueda hacer valer su ideología en la determinación del peso abstracto de los principios⁹⁰.

Frente a la metáfora de la ponderación, Habermas considera que en la interpretación de los principios se debe aplicar aquel que sea adecuado en un conflicto, pero no se debe buscar el mejor equilibrio de bienes o la mejor relación de jerarquía entre valores. Según su punto de vista, todas las normas deberían articularse en un sistema concreto y coherente que, por su propia idea, sólo permita a cada caso una única solución correcta⁹¹.

La segunda actividad de la metáfora de la balanza es el *balance* de derechos. Supone que, una vez *sopesados* los principios, se debería llegar a un equilibrio entre los principios según su peso relativo. De esta forma, el resultado de los conflictos entre principios se resuelve con la aplicación gradual de los principios de que se trate. Alexy ha establecido la *Ley de la ponderación* que afirma 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*⁹². Según esta caracterización, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos⁹³.

Frente a esta actividad del *balance* de derechos, Habermas plantea que las normas aplicables, y aquellas que han sido candidatas a ello, deberían entenderse como normas que, sin perder la validez, son «adecuadas» o «inadecuadas», pero no como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso⁹⁴. Por su parte, Atienza y Ruiz Manero, sostienen que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto⁹⁵. Según esta visión, una vez establecida la regla de prevalencia entre principios, ésta exige un cumplimiento pleno. *Tertium non datur*⁹⁶. Desde su visión de la ponderación, Guastini considera que ésta no consiste en «poner de acuerdo» los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de «equilibrio» entre ellos, con un sacrificio parcial de ambos. Uno de ellos es aplicado, el otro es ciertamente acantonado⁹⁷.

⁹⁰ BERNAL PULIDO añade que también se da esa subjetividad en la graduación en la afectación de los principios, la certeza de las premisas empíricas y a la elección de la carga de argumentación PULIDO BERNAL, C., «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, núm. 26, 2003, p. (225-238) 238.

⁹¹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 334.

⁹² ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 160-161.

⁹³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁴ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 333-334.

⁹⁵ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁶ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁷ GUASTINI, R., «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*, p. 637.

Frente a esta visión del triunfo de uno de los principios, se puede defender la idea de la aplicación gradual de los principios. Es el caso, que presenta Prieto Sanchís, de la STC 53/1985, sobre despenalización del aborto en determinados supuestos, donde se establece un conflicto entre principios. Por un lado, la vida humana como «valor superior del ordenamiento jurídico» y, por otra, el «valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona». Como resultado de su ponderación el Tribunal concluye con un compromiso de ambos principios, ya que el aborto resulta posible en determinados supuestos y es castigado en los demás, lo que supone su cumplimiento gradual y no la prioridad absoluta de uno de los principios implicados⁹⁸. Desde la perspectiva de Prieto Sanchís, el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, lo cual supone que los jueces deberían buscar una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno de los principios alegados, sino que procurase la más liviana lesión de ambos⁹⁹.

Frente a la idea del cumplimiento pleno del principio, en el caso de conflicto de principios en sentido estricto, Moreso expone el ejemplo de la doctrina *Sullivan* de la Corte Suprema norteamericana, donde se produce un compromiso entre la libertad de expresión y el derecho al honor en los supuestos en los que se permite la publicación de noticias equivocadas sobre personajes públicos, siempre que los informadores no lo hubieran hecho con *actual malice*¹⁰⁰, se exige –en la versión del Tribunal Constitucional español– que la información sea veraz (verdadera o, si resulta falsa, diligentemente contrastada), aunque sea en detrimento de la tutela de la reputación¹⁰¹.

En este contexto, explica la propuesta de Schauer, trata de conseguir que las personas públicas difamadas cobren una indemnización en todo caso de negligencia por parte del informador y no sólo en los de negligencia grave y mala fe, como estableció Sullivan. Y también busca quedarse con las ventajas que Sullivan ofrece a la libertad de

⁹⁸ PRIETO SANCHÍS, L., «Dúplica a los profesores, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, p. (315-325) 323.

⁹⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, 2003, p. 192.

¹⁰⁰ Para ilustrar la doctrina Sullivan, se analizará los hechos de un caso similar. Es el caso *Ocala Starvan*, donde Leonard Damron, alcalde de Crystal River (Florida) se había presentado a las elecciones para un cargo en el condado. El 17 de abril de 1966, un periodista llamó por teléfono al diario *Star-Banner* y dijo que James Damron –hermano del alcalde– había sido arrestado y acusado de cometer falso testimonio. El redactor encargado de la sección correspondiente escribió la noticia pero confundió a James con Leonard. La publicación de la noticia arruinó las posibilidades de Leonard Damron de ganar las elecciones. La Corte Suprema aplicó la doctrina Sullivan y al tratarse de una figura pública y no haber *actual malice* desestimó la indemnización que debían pagar los editores que sí había decidido una instancia inferior. SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 68.

¹⁰¹ MORESO, J. J., «El encaje de Las piezas del Derecho», *Isonomia*, núm. 14, 2001, pp. (135-157) 151-152.

expresión, a fin de evitar autocensura. Como afirma Salvador Coderch, «el autor pretende alcanzar dos objetivos que, desde luego, son muy difíciles de compatibilizar»¹⁰². Para conseguirlo, Schauer propone en primer lugar, disociar la responsabilidad de las empresas de medios de comunicación de las responsabilidades que correspondan a sus redactores. En segundo lugar, considera la posibilidad de contratar un seguro de responsabilidad civil por difamación –que incluso pudiera estar subvencionado por el gobierno– y, en tercer lugar, que se cree un fondo estatal de compensación a las víctimas y que no sean los editores quienes paguen los costes de la difamación¹⁰³.

La visión de Schauer busca *desacoplar* la libertad de expresión, lo cual esta relacionado con la idea de separar las funciones de disuasión y compensación y de eliminar el vínculo entre lo que el demandado paga y el demandante recibe¹⁰⁴. Es una propuesta original que ahora se analiza en el caso de conflicto de principios, donde Moreso ha argumentado que es un ejemplo de que no se da un cumplimiento pleno de ningún principio ya que ninguno consigue desplazar a otro completamente en el conflicto, sino que la mejor solución viene de una especie de *trade off* entre ellos¹⁰⁵.

En este contexto, si he entendido bien la propuesta de Schauer, ésta no busca cambiar la doctrina *Sullivan* en sede judicial donde es un precedente clásico. Los jueces resolverían el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, declarando la prioridad del primer principio y su cumplimiento pleno. Otra cuestión es que extrajudicialmente se estableciera, como propone Schauer, un sistema de seguros contra la difamación en los casos de negligencia periodística. Me parece que este es un caso paradigmático que puede servir para explicar los *dilemas de sacrificio* donde se provee una solución a un dilema como resultado de una ponderación, donde, como apunta Lariguet, la alternativa sacrificada queda como un «residuo» o «recordatorio» de que se hizo algo mal, según la tesis del *mal inevitable*¹⁰⁶. La cuestión que subyace es que una ponderación de principios que concluya con el cumplimiento pleno del principio priorizado supone un sacrificio no graduable de la alternativa y, en cambio, si la ponderación de principios comporta un equilibrio de los principios según su importancia en el caso, esto comportaría un sacrificio graduable del principio preterido.

El dilema de *Sullivan* es que se prioriza la libertad de expresión frente al derecho al honor, salvo en el caso de dolo o culpa grave¹⁰⁷; sin embargo,

¹⁰² SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, op. cit., pp. 70-71.

¹⁰³ SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, op. cit., pp. 70-71.

¹⁰⁴ SCHAUER, F., «Uncoupling free speech», *Columbia Law Review*, núm. 92, 1992, p. (1321-1357) 1325, nota 12.

¹⁰⁵ MORESO, J. J., «El encaje de Las piezas del Derecho», op. cit., pp. (135-157) 152.

¹⁰⁶ LARIGUET, G., *Dilemas y conflictos trágicos*, op. cit., pp. 151.

¹⁰⁷ Como explica Salvador Coderch citando la sentencia *Sullivan*, «enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, pero deben ser protegidos si hay que dejar aire para que puedan respirar y sobrevivir. La protección del público no sólo exige una mera discusión sino además información: Errores de hecho son inevitables y

como explica Salvador Coderch, lo que *Sullivan* jamás ha explicado, ni mucho menos justificado, es por qué las personas difamadas y sólo ellas deben pagar individualmente por unos beneficios que obtiene toda la sociedad¹⁰⁸. Es decir, se considera que la tutela de la libertad de expresión comporta mayores beneficios sociales que una estricta tutela de la verdad, para evitar la autocensura que provocaría hacer cargar al informador con los costes de su error¹⁰⁹. La propuesta de Schauer supone que, una vez dada la solución judicial al conflicto de principios, que primaría la libertad de expresión, exista un deber de compensación, solucionado extrajudicialmente, para los perjudicados, que asumiría la sociedad en su conjunto y no los autores de la información.

Una reconstrucción de la solución al conflicto de principios con un cumplimiento graduable podría darse en el conflicto de la libertad de expresión y el derecho al honor. En un esfuerzo de síntesis y de racionalidad práctica¹¹⁰ sobre los casos que ha resuelto el Tribunal Constitucional español, Atienza propone una serie de «reglas de prioridad», que no suponen una ordenación lexicográfica o jerarquización de principios. Desde esta perspectiva, afirma que: «Cuando existe una contraposición entre la libertad de información y el derecho al honor:

1. Hay una presunción *prima facie* a favor de la libertad de información.
2. Sin embargo, el derecho al honor puede prevalecer si:
 - 2.1 La información carece de relevancia pública.
 - Una información tiene relevancia pública si:
 - 1) Afecta a una personalidad pública, o
 - 2) A alguien que, sin serlo, desempeñe un cargo o profesión de interés público.
 - Una información no tiene nunca relevancia pública si:
 - 1) Contiene extremos que afectan al honor de las personas, y
 - 2) Son innecesarios.
 - 2.2 Es inveraz.
 - Una información es veraz si:
 - 1) es verdadera, o
 - 2) es falsa, pero se ha producido con la diligencia debida»¹¹¹.

especialmente lo son en lo que se refiere a los estados y procesos mentales del hombre. Todo lo que se añade al campo del libelo, se quita del campo del debate libre». SALVADOR CODERCH, S., *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 259.

¹⁰⁸ SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, op. cit., 68.

¹⁰⁹ SALVADOR CODERCH, S., *El derecho de la libertad*, op. cit., 67.

¹¹⁰ Mendonca afirma que «constituye un buen ejemplo de cómo puede operar la racionalidad práctica sin necesidad de partir de una previa jerarquización de los derechos, pero sin limitarse a un mero catálogo de máximas». MENDONCA, D., *Los derechos en juego*, op. cit., p. 73.

¹¹¹ ATIENZA, M., «Juridicar la bioética», *Isonomía*, 8, 1998, p. (75-99) 90.

La cuestión es que si se interpreta esta interesante propuesta en el sentido que se analiza el comportamiento de los principios, en sentido estricto, en caso de conflicto, se podría aportar que en España se regula un derecho de rectificación que, en cambio, no es reconocido en los EE.UU. Efectivamente, la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, faculta a cualquier persona natural o jurídica para ejercitar el «derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que se consideren inexactos, y de cuya divulgación pueda causarle perjuicio» (art. 1) ¹¹². Esto supone que en los casos de noticias falsas, aunque se haya seguido la diligencia profesional para obtenerlas, la ponderación de los principios hace prevalecer a la libertad de expresión, siguiendo la doctrina Sullivan, pero supone el cumplimiento gradual del principio del derecho al honor que comporta el ejercicio del derecho de rectificación. Es interesante, como apunta Salvador Coderch, que en Derecho español es una cuestión de hecho que pueden considerar los tribunales, si se tiene en cuenta la rectificación como elemento ponderador de los daños ¹¹³.

La reconstrucción que se analiza, Atienza la caracteriza como un conjunto de soluciones –de reglas– fragmentarias, incompletas, abiertas, que necesitarían desarrollo ulterior, a partir de circunstancias que no se han presentado, donde pueden presentarse nuevas distinciones relevantes. No obstante, añade, no estamos en presencia de un conjunto de opiniones más o menos arbitrarias y subjetivas, sino que obedecen a una idea de racionalidad que podría caracterizarse así: las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables, y (por supuesto) no contradicen ningún extremo constitucional ¹¹⁴. Cabe suponer que el modelo podría reformularse con la incorporación del derecho de rectificación sin mucha dificultad, pero lo interesante es que esto supondría algún compromiso con la idea de cumplimiento gradual de los principios en caso de conflicto.

Un argumento más a favor de esta visión se propone con la idea de que los derechos fundamentales tienen un *contenido esencial*. El artículo 53.1 de la Constitución española establece «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su

¹¹² Salvador Coderch afirma que «ello permite contrarrestar, al menos, en parte, los posibles efectos perjudiciales de cualquier falsedad difamatoria publicada por un medio de información. Tanto el uso de este derecho como su dejación voluntaria sin datos que el juzgador podrá tener en cuenta a la hora de valorar los perjuicios causados por la difamación. Lo anterior sugiere que la diferencia de régimen jurídico entre los casos de difamación de personajes públicos y los relativos a simples particulares podría ser, tal vez, menor en España que en EE.UU.: estos últimos tienen aquí un elemento que allí carecen» SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, op. cit., p. 275.

¹¹³ SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, op. cit., p. 282, nota 277.

¹¹⁴ ATIENZA, M., «Juridicar la bioética», op. cit., pp. 90-91.

ejercicio» de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II. La Ley Fundamental de Bonn, en el artículo 19, párrafo 2, establece que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial». En una interpretación del precepto, Alexy expone una teoría absoluta según la cual existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado¹¹⁵. Para Prieto Sanchís, esto serviría de contrapunto a los argumentos económicos o ponderativos; sería algo así como la traducción jurídico positiva de la secular vocación de los derechos humanos como derechos absolutos, al margen del regateo político y del cálculo de intereses sociales para decirlo en palabras de Rawls¹¹⁶. Desde esta perspectiva, el contenido esencial de los derechos podría ser contemplado como un caso de inconmensurabilidad en sentido débil y la forma de operar con esta institución estaría más cercana a los *triunfos* –Dworkin–, las *restricciones laterales* –Nozick– y el *orden lexicográfico* –Rawls–. Serían fundamentaciones deontológicas frente al utilitarismo del bienestar general y, este es un elemento importante, no admitirían compensaciones, transacciones o *trade off* entre la vulneración del contenido esencial de un derecho y la aplicación del otro derecho en conflicto.

Sin embargo, Alexy se desvincula de la teoría absoluta¹¹⁷ y defiende una teoría relativa donde el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación¹¹⁸. La garantía del contenido esencial no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales. Pero, afirma Alexy, como es equivalente a una parte del principio de proporcionalidad, es una razón más a favor del principio de proporcionalidad¹¹⁹. Este principio se vincula¹²⁰ con la *Ley de la ponderación*, que muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el

¹¹⁵ ALEXY sostiene que «las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad. Como, de todas maneras, este vale, el artículo 19, párrafo 2 LF, tiene simplemente una importancia declaratoria» ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 288.

¹¹⁶ PRIETO SANCHIS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, p. 60.

¹¹⁷ ALEXY afirma que «la convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas –y sólo estos son derechos absolutos genuinos–, puede que sea considerada autovinculante para un individuo que tiene libertad de sacrificarse en aras de determinados principios, pero no puede valer desde el punto de vista del derecho constitucional.» ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 291.

¹¹⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 288.

¹¹⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 291.

¹²⁰ ALEXY afirma que «el subprincipio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio es idéntico a la ley de la ponderación». ALEXY, R., *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, traducción de Carlos Bernal Pulido, p. 48.

primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro¹²¹. En este contexto, Prieto Sanchís considera que la cláusula del contenido esencial tiene una función fiduciaria que implica una exigencia de «mayor justificación» y un «especial escrutinio» en las razones que justifiquen una limitación de un derecho fundamental cuanto más se acerquen a su contenido esencial y, al propio tiempo, por la reserva de ley que prevee la Constitución española, debe impedir que «el derecho legal» deje de ser adscribible al tipo del «derecho constitucional»¹²².

Desde este punto de vista, la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales podría argumentarse como un valor relevante a tener en cuenta en la ponderación de los principios por parte de los jueces, que podría interpretarse en favor de que la solución de los casos debería comportar un cumplimiento gradual según las posibilidades fácticas y jurídicas. No sería un límite a la ponderación, sino un motivo cualificado en favor de un principio, sin el cual éste perdería la caracterización que lo haría reconocible. Lo cual supone que los jueces deberían realizar un ejercicio de *especial justificación* para alegar motivos que lo desvirtúen. Para Alexy, la garantía del contenido esencial se reduce a la aplicación del principio de proporcionalidad, aun cuando en un caso particular no dejen nada del derecho fundamental¹²³. Esto supondría, siguiendo la metáfora de la balanza, que del balance de los principios, todo el peso lo tendría una de las alternativas. No obstante, estas situaciones, que pueden darse en los casos fáciles, no caracterizarán las situaciones de *dilemas constitucionales*. Es en este contexto donde se da un papel preponderante al intérprete judicial para argumentar a favor y en contra, examinar los motivos y considerar como una de sus funciones garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, se puede defender la tesis de que más allá de la ponderación, como medición de pesos entre principios, el contenido esencial de los derechos fundamentales puede funcionar mejor desde la perspectiva de la noción de

¹²¹ ALEXY, R. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, traducción de Carlos Bernal Pulido, p. 49.

¹²² PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *op. cit.*, p. 61.

¹²³ ALEXY sostiene que «las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad. Como, de todas maneras, este vale, el artículo 19, párrafo 2 LF, tiene simplemente una importancia declaratoria» ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 288.

inconmensurabilidad, en sentido débil. En este punto serían variables explicativas interesantes las aportaciones del *orden lexicográfico* –Rawls–, *triumfos* –Dworkin– y *restricciones laterales* –Nozick–.

Estas visiones de la inconmensurabilidad de los derechos implicarían, en palabras de Raz, que «su existencia contribuye a una actitud que es una barrera al intercambio»¹²⁴. Desde esta perspectiva, sería algo paradójico que la solución de los dilemas consistiera en una especie de compensación entre derechos. Sin embargo, los jueces, en ocasiones, llegan a soluciones de compromiso que suponen un *trade off* o transacciones que sacrifican una alternativa en términos de otra. Como expone Waldron, existen diferencias entre las compensaciones que comporta la teoría utilitarista y el tipo de compensación que puede adoptarse en la solución de los conflictos de derechos. La visión utilitarista supone que existe una conmensurabilidad cuantitativa de todos los valores¹²⁵. Frente a la visión de que todos los valores pueden ser ponderados en una dimensión de peso, la idea de los derechos fundamentales como inconmensurables en sentido débil, con especial referencia a su contenido esencial, ponen de relevancia que la función de los jueces comporta establecer «prioridades cualitativas»¹²⁶ que los garanticen. Desde esta visión, el sacrificio de una alternativa en los conflictos entre derechos fundamentales debería comportar un escrutinio estricto, por parte de los jueces, especialmente reforzado en su contenido esencial, en la tesitura de que la solución de los *dilemas constitucionales* permite comprobar a los individuos con qué derechos cuentan realmente.

Fecha de recepción: 30/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

¹²⁴ RAZ, J., *Morality of freedom*, *op. cit.*, p. 346.

¹²⁵ WALDRON, J., «Rights in conflict», *Ethics*, vol. 99, núm. 3, 1989, p. (503-519) 509.

¹²⁶ WALDRON, J., «Rights in conflict», *op. cit.*, p. 519.

