

**Análisis de la
ponderación desde la
perspectiva de un caso**



ANÁLISIS DE LA PONDERACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE UN CASO

ANALYSIS OF THE WEIGHING FROM THE PERSPECTIVE OF A CASE

RESUMEN

El presente trabajo expone un acercamiento teórico y empírico a la teoría de la ponderación del alemán Robert Alexy. Por medio del análisis de un caso práctico se explica a breves rasgos sus tesis para la resolución de conflictos entre principios. Se presentarán críticas a la ponderación motivadas fundamentalmente por la carga subjetiva que implica asignarle peso a un principio en sacrificio de otro. Por último, se reseñará la alternativa a la ponderación presentada por el autor Leandro Vergara por medio de su tesis del desarrollo de los derechos. En suma, el presente artículo postula un análisis acompañado de elementos críticos a la ponderación como método jurisprudencial de resolución de casos difíciles.

PALABRAS CLAVE: Ponderación; principios; fórmula de peso; desarrollo de derechos

Copyright © Revista San Gregorio 2018 ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The present work exposes a theoretical and empirical approach to the theory of the weighing of the German Robert Alexy. By means of the analysis of a practical case, the thesis of Alexy for the resolution of the conflict between principles is explained briefly. Criticisms will be presented to the weighing motivated fundamentally by the subjective burden that implies assigning weight to one principle in sacrifice of another. Finally, we will review the alternative to the weighing presented by the author Leandro Vergara through his thesis on the development of rights. In short, this article proposes an analysis accompanied by critical elements to the weighing as a jurisprudential method of solving difficult cases.

KEYWORDS: Weighing, principles, weight formula, development of rights

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



BRENNER FABIÁN DÍAZ RODRÍGUEZ



Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador



bfdz@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 1 DE FEBRERO DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Estado de Derecho Constitucional generó un cambio de escenario sustancial en la resolución de conflictos, se rompe con el paradigma positivista y se retoma la concepción iusnaturalista (en su vertiente racionalista) del derecho, que lo concibe unido a los principios morales. Este salto implica que el juzgador puede usar estas normas para la resolución de conflictos, especialmente aquellos denominados casos difíciles.

En el derecho contractual también se evidencia este fenómeno, incorporando una serie de principios que derivan de la libertad e igualdad, ellos son: la autonomía de la voluntad, la buena fe, la conservación del contrato, la equivalencia de las prestaciones, la confianza, la razonabilidad, la prohibición del abuso del derecho y el orden público.

El jurista Alemán Robert Alexy propuso el método de la ponderación, por medio del cual y, teniendo como base una fórmula de pesos, es posible (en los casos que impliquen conflictos entre dos principios), evaluar la relación que se establece entre el grado de lesión de un principio y el grado de satisfacción del otro. La teoría jurídica que adhiere a este sistema se ha denominado neoconstitucionalismo. Esta corriente ha impregnado la cultura jurídica de Alemania, España, Italia y algunos países latinoamericanos, pero también ha ganado un gran número detractores (Manfredi, 2014).

Ponderación aplicada al caso ANVISA – NEECBB

ANTECEDENTES

Las terapias de células madre constituyen hoy en día, una esperanza para la curación de numerosas enfermedades. El conflicto a analizar se presentó entre la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria de Brasil ANVISA y la NEECBB (New England Cord Blood Bank) de Massachusetts, Estados Unidos. Ciudadanos brasileños celebraron contratos con la compañía estadounidense para la preservación de células madre con el propósito de un futuro uso terapéutico. Según el laboratorio estadounidense, en Brasil no existía un sistema eficaz para dicho propósito, por lo que se hacía necesario remitir la sangre extraída del cordón umbilical a Estados Unidos.

El conflicto se generó cuando ANVISA obstaculizó (mediante la aplicación de un tributo o sellado) la recolección y transporte de las células madres provenientes de cordón umbilical de brasileños a otro país, aduciendo la relevancia pública del objeto del contrato que, extrapolaría los límites de la libertad individual. Por su parte, para la Vigilancia Sanitaria y Epidemiológica y la Salud del Trabajador de Brasil, el acto de la ANVISA estaba legitimado por la Ley 10.205 o Ley de Sangre, que se rige por los siguientes principios y directrices:

Se prohíbe la donación o exportación de sangre, componentes y hemoderivados, excepto en casos de solidaridad internacional o cuando haya excedentes en las necesidades nacionales en productos acabados, o por indicación médica con finalidad de elucidación diagnóstica, o aún en los acuerdos autorizados por el órgano gestor del SINASAN para procesamiento u obtención de derivados por medio de alta tecnología, no accesible o disponible en el país (Art. 14.XII.1°) (Brasil, Poder Legislativo, 2001)¹.

Es decir, desde la publicación de la ley se encontraba gravado (y por tanto limitado) el envío de sangre de cordón umbilical y placentario hacia el exterior, con el objetivo de almacenar células madre en bancos públicos o privados instalados fuera del territorio nacional brasileño, a menos que se tratara de uno de los casos de excepción.

1. Texto original Lei 10.205. Art. 14.XII.1°. É vedada a doação ou exportação de sangue, componentes e hemoderivados, exceto em casos de solidariedade internacional ou quando houver excedentes nas necessidades nacionais em produtos acabados, ou por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, ou ainda nos acordos autorizados pelo órgão gestor do SINASAN para processamento ou obtenção de derivados por meio de alta tecnologia, não acessível ou disponível no País.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DEL CASO BAJO LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE ALEXY

De acuerdo con Alexy las decisiones judiciales deben ser justas y razonables, sobre la base de discursos racionales. El autor incorpora la teoría del discurso conceptualizada como una teoría procedimental de la práctica racional. Presupone que una proposición sería verdadera solamente si se deriva de un discurso racional, en ese caso sería una teoría procesal de corrección práctica.

En este contexto y, con base en los antecedentes del caso, se haría necesaria la institucionalización de un sistema jurídico que superpone, prima facie, los fundamentos sustanciales presentados. Para el caso presentado, consideramos que el empleo del método de la ponderación permitiría resolver la colisión entre la libertad de contratar y la preservación del patrimonio genético brasileño.

De este modo y siguiendo a Alexy, corresponde explicar brevemente el método de la ponderación:

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina ley de la ponderación y que se puede formular de la siguiente manera: Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio (P_i) y la importancia concreta del principio contrario (P_j) (Alexy, 1997). (p.56).

La ponderación supone la verificación de los siguientes puntos: a) subprincipio de idoneidad o de adecuación, que significa que la elección del principio con mayor peso debe hacerse de forma adecuada. b) subprincipio de necesidad, que implica que la elección del principio se ha hecho de un modo que resulta la mejor alternativa posible, entre varias y c) principio de proporcionalidad en sentido estricto que supone que, las ventajas de la realización de un principio superan las desventajas del sacrificio del otro.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal arguyó:

[...] la inexistencia de ofensa al interés público, una vez que de acuerdo con la Resolución 153/2004 de la ANVISA la regla es el descarte del cordón umbilical después del parto, no se vislumbra así la utilidad de la sangre a la población nacional (Apelación en orden de seguridad, 2007).

Es decir, no encontró razones para que, la alegada preservación del patrimonio genético brasileño (soberanía, seguridad nacional, interés público) reclamada por ANVISA, tuviera tal peso, que hiciera jurídicamente justificable el sacrificio de la libertad de contratación, en este caso, para el envío de la sangre con células madre, a un laboratorio fuera del país.

APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN AL CASO CONCRETO

La ley de la ponderación "alexiana" señala que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (Vergara, 2016). De esa manera se justifica, según la tesis de Alexy, el sacrificio de un principio (derecho) por otro en un caso concreto, pues es imposible establecer una jerarquización de principios de manera abstracta.

Según (Vergara, 2016)

[...] la ponderación alexiana es una fórmula que se concreta en tres variables: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy, además, le atribuye a la afectación de los principios un determinado valor numérico, una medida de peso. La divide de acuerdo a cómo se percibe la carga: leve, media o intensa (p.9).

Ahora, aplicando dichos valores a nuestro caso concreto, podemos establecer, primero, que el sellado impuesto por ANVISA para contratar con bancos de crioconservación extranjeros alcanzó el grado máximo de limitación a la libertad de contratación. En la escala del modelo triádico, se podría decir que la actitud de la Agencia consistió en la más seria de las interferencias, traducida por el sellado o no satisfacción de dicho principio.

En el segundo lugar, evaluando la importancia de la satisfacción del principio de la supremacía pública, de la salud pública, de la seguridad nacional y de la integridad del patrimonio genético brasileño (Berumen Campos, 2015). Se pone de relieve que se trata de conceptos abiertos. Se refiere únicamente a las cuestiones vinculadas a la soberanía de los países, que, desde hace mucho, por lo menos desde la década de los ochenta, no tienen el mismo significado, principalmente por la globalización y la apertura de las fronteras.

En este sentido, se considera lo que sería, en el modelo triádico, la interferencia de los contratos en cuestión con los principios colisionados por ANVISA. Una interferencia a la salud que podría considerarse grave sería, por ejemplo, la aparición de una epidemia a nivel nacional. Ilustrativamente, situaciones de ese tipo constituirían una interferencia a la salud pública que justificaría la afectación de derechos (como la libertad de contratar) por parte de ANVISA o cualquier otra institución pública de la forma en que lo hizo en el caso analizado.

Dicho de otra manera, el envío de sangre de cordón umbilical hacia el exterior (por medio de un contrato) no estaría incluido en el grado grave del modelo triádico, concluyendo que, o está en el grado leve o moderado de interferencia en el principio de seguridad jurídica.

Finalmente, el último paso definido por Alexy sería determinar si la importancia del principio satisfecho, justifica, a su vez, el sacrificio o la no satisfacción del otro principio (Fernandes de Azevedo Souza, 2010). Sobre este punto no se hace necesario ahondar más.

CRÍTICA AL MÉTODO

Aparentemente, el uso de la teoría y método de ponderación de Alexy permitió solucionar el conflicto que representa la colisión de principios dentro de casos concretos, sin embargo, esta fórmula, a nuestro juicio, presenta elementos que le dotan de un alto grado de subjetividad.

Realizando un nuevo análisis del caso, está claro que la libertad de contratación ha sido seriamente afectada por el gravamen impuesto por ANVISA. Asumamos que en Brasil existen instituciones que permiten la crioconservación y el manejo de células madres, pero

que los contratos con laboratorios extranjeros han provocado que la demanda por laboratorios nacionales disminuyera ostensiblemente. Por lo tanto, la contratación del servicio en el extranjero no afectaría el patrimonio genético brasileño, sino el desarrollo de la biotecnología en el país. En este caso un juez no estaría del todo desacertado si considerara grave la afectación del segundo principio, lo que no quita veracidad al análisis previo.

Según la ponderación de Alexy es necesario otorgarle un valor matemático (20, 21, 22) al grado de satisfacción de un principio y de lesión de otro, pero esa cuantificación se realiza de acuerdo con los valores morales de los que juzgan, luego el resultado no sería muy diferente al que se obtiene preguntando directamente qué principio se considera que debe prevalecer. (Beade, 2011).

La teoría de Alexy es considerada como el desarrollo en el plano jurídico del concepto económico “óptimo de Pareto”. Pero si se analiza el modelo económico en el cual se obtiene toda la mejoría que se puede lograr para un individuo sin que se afecte la situación de otro; queda claro que no sucede lo mismo con el método de Alexy, en el cual la prevalencia de un principio justifica el sacrificio o la lesión de otro, por consiguiente, no se trataría de una situación calificable como óptima.

En este sentido Gorra señala que:

Lo que podemos advertir es que dependerá de la subjetividad y arbitrariedad del juez o tribunal a cargo de la ponderación, el de considerar que determinadas expresiones pueden llegar a no a ser violatorias del derecho fundamental a la personalidad. A pesar de esta observación, Alexy considera que esto no implica irracionalidad por parte de la ponderación. Lo que explica Alexy es que basta con la justificabilidad de las premisas para demostrar la racionalidad y objetividad. Con ello la ponderación se erige como una forma de argumentación jurídica (Gorra, s.f).

Los juicios de valor no son ni serán concreciones matemáticas, no adquieren rango de constante, sino que se trata de variables que dependerán del sujeto que las emite. En el contexto de los valores, la incógnita no es el peso matemático del valor, sino las posiciones relativas de las entidades a las que le asignamos la cualidad de valor. Por tanto, en el proceso

lo único que se obtiene es la percepción del valor que se analiza. El resultado del proceso depende en única instancia de la valoración moral de los jueces ya que no existe ninguna forma determinar una jerarquía que no sea la ponderación del que juzga. (Beade, 2011).

Como alternativa a la ponderación (Vergara, 2016) propone:

Entonces, mejor que postular una derrota, corresponde aludir a un supuesto de desplazamiento por inaplicabilidad. La aplicación de un sistema normativo coherente y bien estructurado no sufre derrotas, sólo aplica la norma correcta al caso concreto. No hay en esto medios y fines. La utilización de una regla no implica un costo ni una derrota de la regla que no se aplicó. (p.6).

En el caso previamente descrito esta solución es factible, por cuanto se puede partir de la premisa de que nunca estuvo comprometida la seguridad nacional o la herencia genética brasileña, por lo tanto, nunca hubo colisión con la libertad de contratación. Pero en el caso supuesto, ¿Cómo se establece el desplazamiento por inaplicabilidad? A nuestro juicio, nuevamente se presenta la dificultad que supone la aplicación de los juicios de valor provenientes del bagaje de creencias y conocimientos de quien juzga.

En todo caso, la propuesta de Vergara supone construir reglas a partir de los principios, de manera que, una vez obtenidas dichas reglas y aplicadas al caso concreto, el uso de la una no trae como consecuencia la derrota de la otra, sino que simplemente la última no fue aplicable. Cuestión que supondría alcanzar un argumento que asuma la corrección, es decir, una interpretación que supere epistemológicamente el razonamiento del costo-beneficio (Vergara, 2016) que es, en definitiva, la tesis de Alexy.

CONCLUSIONES

El establecimiento del Estado constitucional supuso una derrota al iuspositivismo en su versión más ortodoxa e implicó el retorno a las tesis del iusnaturalismo que consideran que los principios forman parte del derecho y que, como norma jurídica, son perfectamente aplicable por los jueces a la hora de administrar justicia.

La inclusión de los principios dentro del concepto de Derecho, supone que estos puedan ser considerados como normas que, sin embargo, de gozar de igual jerarquía, pueden colisionar en casos concretos, dejando al juez la labor de determinar en aquellos casos difíciles cuál principio debe primar por sobre el otro.

Para responder a la solución de los denominados casos difíciles en los que se ven enfrentados dos principios, el jurista alemán Robert Alexy ha propuesto su denominada teoría y método de ponderación, que supone que, por medio de la asignación de pesos a los principios, es posible determinar, en el caso concreto, cuál de ellos debe ser sacrificado para la satisfacción del otro.

A pesar de que las tesis de Alexy han encontrado una gran acogida en la jurisprudencia internacional, también han sido objeto de críticas en el sentido que, a pesar de que, a primera vista, pareciera tratarse de un método lógico matemático, la asignación de pesos a los principios en conflicto, obedece en último caso a la apreciación subjetiva del juzgador.

En el caso analizado, los principios en conflicto eran la libertad de contratación y el patrimonio genético (interés público). Aplicado a dicha colisión el método de Alexy, resulta derrotado el segundo, pues el destino de la sangre de cordón no utilizada era el ser desechada, por lo cual, el peso del patrimonio genético cede ante la libertad de contratación.

A propósito de las críticas de las que han sido objeto las tesis de Alexy, el autor Leandro Vergara, sugiere reemplazar la ponderación (por lo que significa sacrificar un principio por otro) por el desarrollo de derechos, es decir, a partir de los principios se podrían construir reglas, cuestión que superaría el riesgo de colisión, pues las reglas no colisionan entre sí, sino que, para el caso concreto, una es aplicable y la otra no. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.
- Apelação em mandado de segurança, AMS 11040 DF 2005.34.00.011040-7 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 7 de mayo de 2007).
- Beade, G. (2011). El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana. Bogotá, Colombia. Recuperado el 16 de septiembre de 2017. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-beade-castellano.pdf>
- Berumen Campos, A. (2015). (2015). Ponderación de principios y tónica jurídica. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(143), 531-546. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000200002
- Brasil, Poder Legislativo. (21 de marzo de 2001). Lei 10.205. Lei do sangue. Brasília, Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - Eletrônico - 22/3/2001, Página 1.
- Covarrubias Cuevas, I. (2015). El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere. *Revista de derecho (Valparaíso)*(45), 261-287. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000200010>
- Fernandes de Azevedo Souza, S. (2010). Liberdade de contratar vs. Proteção à saúde da coletividade: uma ponderação à luz de Robert Alexy. *REVISTA DE DIREITO DOS MONITORES DA UFF*, 3(9). Recuperado de <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/viewFile/106/67>
- Gorra, D. (s.f.). www.miguelcarbonell.com. Recuperado el 14 de septiembre de 2017, de http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf
- Manfredi, L. N. (2014). La resolución por principios: casuística en materia de contrato de servicios. *Cartapacio de Derecho*, 25. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1449/1878>
- Vergara, L. (2016). El desarrollo de los derechos. En J. García Amado, *Razonar sobre derechos* (págs. 81 - 115). España: Tirant lo Blanch.



