

Directores

Luis Vega
Hubert Marraud

Secretaria

Paula Olmos

Edición Digital

Roberto Feltrero

¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación

Juan Antonio García Amado

Departamento de Derecho Público

Universidad de León

Facultad de Derecho, Campus de Vegazana s/n, 24071-León (España)

jagara@unileon.es

RESUMEN

En la actual teoría jurídica predomina la idea de que gran parte de las normas constitucionales son principios y que la decisión judicial ha de tomarse ponderando principios contra principios o principios contra reglas. De esa manera se introduce en la práctica jurídica un tipo de razonamiento que es propio de la moral y completamente ajeno a la idea del derecho propia del Estado de Derecho. Además, por ese camino se alteran también las reglas de racionalidad argumentativa propias de la justificación de las decisiones judiciales.

PALABRAS CLAVE: decisión judicial, discrecionalidad, ponderación, subsunción, valoración.

ABSTRACT

According to a widespread and fashionable paradigm in current legal theory, most legal norms are to be properly described as principles, something which is then said to entail that courts should decide cases by means of weighing and balancing the underlying conflicting principles. As a result, a form of reasoning that pertains to the realm of morals (and which is hardly compatible with the regulatory ideal of the Rechtsstaat) is made part of the province of law. This move is pregnant with momentous consequences; in particular, a 'principled' understanding of law leads to a deep transformation of the standards of argumentative rationality governing judicial decision-making.

KEYWORDS: assessment, discretionality, judicial decision-making, subsumption weighing and balancing,



Copyright©JUAN_ ANTONIO_GARCÍA_ AMADO

Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a la Revista Iberoamericana de Argumentación), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

I.

Creo que los desacuerdos cuando en teoría del derecho (en el sentido más amplio de la expresión) debatimos sobre ponderación se deben, a fin de cuentas, a diferencias fuertes en la concepción del derecho que manejamos. Pero si los debates han de tener sentido y ser útiles, aunque sea para captar bien esa fuente de las discrepancias, debemos tratar de ponernos de acuerdo en el concepto de ponderación¹, en lo que ponderar significa, en el tipo de operación a la que con tal término aludimos. Lo que en este momento me propongo es antes que nada conseguir claridad conceptual. La segunda finalidad, subordinada a esa anterior, es la de poner de relieve el fondo del desacuerdo, en lo que tiene que ver con la idea del derecho que unos y otros asumimos.

II.

La expresión “ponderación” tiene una fuerte carga metafórica. Ponderar o bien es sopesar, o bien es pesar. Tomo, por ejemplo, un lápiz y me pregunto cuál es su peso. Si tengo algún aparato para pesar y lo utilizo, puedo saber cuál es el peso del lápiz, con tanta más exactitud cuanto más preciso sea ese aparato para medir pesos. Puede ser que me interese saber el peso del lápiz y que no tenga con qué pesarlo. En tal caso, lo sopeso en mi mano y, con base en mi personal experiencia y en mi sensibilidad a esos efectos, le asigno un peso aproximado. Diré, por ejemplo, que el lápiz pesa 50 gramos. Es posible que haya acertado, pero es más probable que me haya equivocado, sea en poco o en bastante. En cualquier caso, mi juicio “este lápiz pesa 50 gramos” puede acreditarse como verdadero o como falso. El lápiz pesa objetivamente lo que pesa, no lo que yo diga que pesa, y si quiero salir de dudas y comprobar si estoy o no en lo cierto con aquel juicio mío, solo tengo que echar mano de una balanza suficientemente precisa.

También es posible que de lo que se trate sea de un juicio comparativo sobre el peso de dos objetos. Por ejemplo, este lápiz y este bolígrafo. Si tengo balanza, elimino la duda de manera fácil y rápida. Si no la tengo, sopesaré uno y otro (por ejemplo, poniendo uno en cada mano) y formularé mi juicio: “este lápiz pesa más que este bolígrafo”. Será objetivamente verdadero o falso dicho juicio y de la duda podré salir

¹ Daré aquí por conocida la teoría estándar sobre la ponderación, tal como paradigmáticamente es expuesta por Robert Alexy. Por tanto, reduciré al mínimo las citas y las emplearé solamente para remitir a alguna lectura complementaria de lo que en el texto se expone.

del mismo modo, yendo a donde haya con qué pesar con precisión suficiente. Si no hay balanza que podamos emplear antes de que tengamos que decidir, caben algunos procedimientos auxiliares, como el de pedir que sopesen los dos objetos las personas que tengamos cerca. Si sopesan diez personas y las diez coinciden en que es mayor el peso del lápiz, es harto probable que sea verdad; pero no es seguro ni he empleado un procedimiento plenamente objetivo, aun cuando sea más objetivo que el que sopeso yo solamente.

III.

Cuando pesamos normas del tipo que sea o valores o principios o cualesquiera entidades normativas, no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, al modo como lo tienen el lápiz o el bolígrafo. Por eso en este ámbito normativo las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico. Eso, por sí, no es una gran objeción, ya que nuestro lenguaje normativo está plagado de imágenes o metáforas de fuerte contenido naturalista. Con suma frecuencia decimos cosas tales como que una norma está por encima de otra, que una norma vence a otra, que una norma derrota a otra, que una norma se impone a otra, etc.; o que una norma pesa más que otra en general o en un caso concreto. El problema no está en que usemos un lenguaje metafórico y de imágenes, sino en que nos creamos que las metáforas son literales, por así decir, o que las imágenes que por aproximación o por comodidad expresiva utilizamos son descripciones fidedignas de la realidad. Cuando en un alarde poético decimos que nuestra amada tiene perlas en la boca, normalmente no será porque se haya metido en la boca un puñado de perlas, sino que queremos representar con cierto fin lírico o estético el color, el tamaño o el brillo de sus dientes. Es un lenguaje poético que tiene su uso y su razón de ser, pero que raramente encontraremos en el odontólogo al hacer su trabajo: bien nos extrañaría que el dentista nos dijera que nos va a hacer un empaste en la tercera perla.

Lo que en el ámbito de los objetos materiales es, por ejemplo, pesar o medir o establecer la dureza, en el campo normativo es valorar. Valoramos cosas tales como si es más importante (la norma que manda) ayudar al prójimo o (la norma que manda) llegar puntual a las citas. O si, en un caso concreto, debo cumplir con la norma que me dicta ser puntual o con la que me manda detenerme para ayudar a un ciego a cruzar la calle. Valoramos continuamente y con las más diversas referencias o baremos. Yo valoro si prefiero que el partido de fútbol de mañana lo gane el Sporting de Gijón o el

Real Madrid, o si prefiero que mi empresa me permita tomar vacaciones en junio o en agosto. Valoro si es justa o no la norma que manda una cosa o la que permite otra.

Si consideramos que valorar y ponderar son términos sinónimos y que, en lo referido a juicios sobre acciones y normas, lo uno y lo otro viene a ser lo mismo, no se entenderá apenas por qué discutimos sobre la ponderación en estos campos. Si la expresión “valoro que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar puntual a una cita” es perfectamente intercambiable por la expresión “ponero que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar puntual a una cita”, los problemas de la ponderación y de la valoración, de los juicios de ponderación y los juicios de valor, son los mismos y habrá que tratarlos en común y no como distintos y hasta contrapuestos. En caso de que consideremos que la ponderación es un tipo de valoración y que, por tanto, comparte la naturaleza esencial y los caracteres estructurales de la valoración, deberemos analizar cómo y en qué se justifica esa especialidad dentro de lo genérico de la valoración.

Cuando yo peso un lápiz, o cuando peso para ver si son más los gramos del lápiz o del bolígrafo, no estoy valorando, en el sentido de que no estoy haciendo un juicio normativo o juicio de valor; estoy pesando. Cuando afirmo que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar con puntualidad a una cita, no estoy pesando, no estoy formulando un enunciado con base empírica cierta, estoy valorando normativamente.

IV.

Si pesamos algo que efectivamente tiene peso y si dicho pesaje se hace con el instrumental adecuado, no hay mucho que argumentar. Si alguien nos pide que justifiquemos que el peso de ese objeto es de doscientos veinte gramos, nos bastará apuntar hacia la balanza o aparato de pesaje de que se trate e indicarle así a nuestro interlocutor que lo compruebe él mismo. Podemos dar explicaciones de eventos, fenómenos y estados de cosas naturales, pero no tiene mucho sentido que los justifiquemos. En cambio, si usted tiene dos novios o novias, A y B, y decide casarse con A, alguien (su madre o su padre, sus amigos...) puede pedirle razones de su elección, de su preferencia. Usted podrá alegar que sopesó o ponderó los pros y contras de cada uno y que pesaron más las razones favorables a A, vistas y puestas en la balanza todas las circunstancias positivas y negativas de A y de B. Pero solo con eso difícilmente va a convencer a su interlocutor de que su elección fue adecuada o razonable, pues decir así que ponderó, sin más, es, para su interlocutor, como si usted

afirma que lanzó una moneda al aire y salió cruz. Eso puede funcionar, en parte, como una explicación de la elección, pero no como una justificación de la misma. Si usted considera a su interlocutor legitimado para pedirle razones, decir que ponderó no es razón. Tendrá que argumentar cabalmente, a fin de, como mínimo, desterrar la posible sospecha de que su elección fue arbitraria, puramente aleatoria, no libre o absurda. Sus argumentos habrán de ser admisibles para la comunidad de argumentantes de que se trate, pertinentes y suficientes. Y, con todo y con eso, usted no habrá demostrado que de modo enteramente objetivo e indiscutible A es preferible a B, sino que únicamente habrá justificado su preferencia como preferencia razonable, sin excluir por ello de raíz la razonabilidad de la preferencia contraria de otro que también eligiera entre A y B.

Podemos formular la regla siguiente: cuanto más pesamos, menos tenemos que argumentar; y donde más hemos de argumentar es porque menos objetivo es el pesaje. Ahí se halla una de las grandes tensiones de la actual teoría de la ponderación aplicada en el campo jurídico: si en verdad principios y valores jurídicos pesaran, poco habría que argumentar; y si mucho hay que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa, sino que valora personalmente con mayor o menor razonabilidad. Lo que no es honesto, en términos de racionalidad argumentativa, es que el ponderador se señale a sí mismo como quien indica una balanza objetiva y en perfecto funcionamiento; o que pretenda que sus razones son más que razones suyas, que son datos objetivos y demostrativos.

V.

De continuo hacemos un tipo de juicios que podemos llamar “de encaje”, y que dan lugar a enunciados del tipo “x es un Y”. Si sabemos o asumimos que todos los objetos o seres que reúnen las propiedades a, b y c pertenecen al conjunto de los J, cada vez que encontramos uno que tiene esas tres propiedades decimos que es un J. Y también incorporamos excepciones, como cuando asumimos que no pertenece a la categoría de los J el ser que tiene la propiedad d, aunque tenga cualesquiera otras. Entonces, de un x que tenga las propiedades a, b, c y d diremos que no es un J. Todo esto, en verdad, son obviedades, casi perogrulladas, pero veremos que conviene aquí explicitarlas e ir paso a paso.

También en el campo general de lo normativo realizamos, todo el rato, juicios de encaje, sea respecto de acciones, de estados de cosas o de sujetos. Si en el sistema normativo de referencia asumimos que el homicidio es una acción consistente

en matar a otro de modo intencional o imprudente, calificaremos como homicidio la acción por la que A mató a B intencional o imprudentemente. Olvidémonos en este momento de las disquisiciones de los penalistas sobre la ubicación de las eximentes y del problema de si estarán en la antijuridicidad, en la culpabilidad o dónde, y admitamos sin más que se acepta que no es homicidio la muerte intencional de otro hecha en legítima defensa. Si en la acción que analizamos, la acción por la que A mató a B, concurre legítima defensa, habremos hecho un juicio de encaje negativo porque además de las propiedades del homicidio, concurre una propiedad adicional que lo excluye.

En la teoría jurídica más tradicional, a lo que he llamado juicios de encaje se les llama subsunciones o juicios de subsunción. Subsunciones o juicios de encaje de ese tipo, positivos o negativos, los hacemos sin parar en todo el ámbito de lo normativo, no solo en el del derecho. Cuando, con pretensión de validez para nuestro juicio, decimos que una acción es indecente o que un sujeto es indecente, es porque en esa acción o ese sujeto concurren las propiedades que asumimos y nos sirven para calificar una acción o un sujeto como indecentes. El asunto no tiene más misterio. Por supuesto, puede haber problemas en cuanto al grado de precisión de esas propiedades definitorias o pueden resultar discutibles las propiedades a tal efecto supuestas o asignadas. O puede suceder que sistemas normativos diferentes empleen propiedades diferentes a esos fines. Así, dos sistemas morales pueden caracterizar la indecencia con propiedades divergentes, igual que dos sistemas jurídicos pueden tipificar diferentemente un mismo delito. Pero ese es otro tema que por el momento no nos importa.

VI.

Frecuentemente tenemos que realizar valoraciones complejas, con un tipo especial de complejidad. Aquí las voy a llamar, sin más, valoraciones normativamente complejas. Valoraciones complejas son necesarias cuando en una situación concurren dos normas entre sí no contradictorias, pero que en la concreta situación no pueden ser simultáneamente cumplidas. Supongamos que en el conjunto de mis personales normas de conducta hay una que me manda ayudar a los ciegos a cruzar la calle y hay otra que me manda ser lo más puntual posible en mis citas. Un día voy muy apresurado hacia una cita a la que ya casi llego tarde y veo un ciego que va a cruzar la calle. Para decidir lo que hago en ese caso concreto, seguramente valoraré cosas tales como si el cruzar esa calle es más o menos peligroso porque hay mucho o poco

tráfico, si hay otras personas cerca que puedan igualmente ayudar al ciego, cuánto de importante es mi cita o con qué retraso voy ya, etc., etc. Y en función de esas circunstancias valoraré lo que debo hacer y decidiré. Si queremos decir que ponderé todas esas circunstancias del caso para ver cuál norma en el caso debía prevalecer, no hay inconveniente. Ponderar será lo mismo que valorar, o lo mismo que valorar en una de tales situaciones normativamente complejas.

VII.

El derecho, mediante sus normas, sienta para mí pautas de conducta. Pero el derecho es eminentemente heterónomo y sus pautas me obligan aunque no sean “personales”, en el sentido de elegidas o asumidas por mí como propias. Eso significa que, para el sistema jurídico como tal, yo estoy (no moralmente, sino jurídicamente) obligado por sus normas con independencia de la compatibilidad de las mismas con otras normas de mi sistema personal de normas de conducta.

Pongamos la siguiente situación. Yo estoy absolutamente convencido, y creo que con verdad, de que X es un malvado asesino que ya ha matado a un buen puñado de personas inocentes y de que seguirá matando a bastantes más. También sé o estoy convencido de que, por las razones que sea, no servirá de nada que yo denuncie a X. Así que, con arreglo a mi sistema moral, considero que me está permitido matar a X o que, incluso, debo matar a X en cuanto se me presente una buena oportunidad. Como algo he estudiado de derecho penal, sé que no concurre eximente o atenuante penal para mi acción, ya que no voy a conseguir matarlo justo en el momento en que él fuera a ejecutar a una de sus víctimas, de modo que pudiera mi acción acogerse a la eximente de legítima defensa de tercero. El posible conflicto moral que en mi conciencia pudiera darse con base en la norma moral que me prohíbe matar y en la norma moral que me impele a matar para salvar la vida de inocentes ya lo he resuelto al decidir matar, eso ya lo he ponderado o valorado.

Soy consciente, sí, de que ese imperativo moral resultante entra en conflicto con una norma jurídica, la que me calificará como homicida y justificará que se me imponga la pena correspondiente si soy juzgado y se prueba mi delito. Y podré también valorar si esa amenaza de sanción penal me frena o no, mas esa ya es una valoración de otro tipo, es una valoración prudencial o instrumental, pragmática. Si por temor a la sanción jurídica decido no matar a X, no diré que ha pesado en mi decisión una razón *moral* para no matar a X. La razón moral ya había pesado para matarlo. Yo, en esa tesitura mía, habré decidido no actuar moralmente (moralmente según mi

parecer, mi valoración) a fin de no ser jurídicamente castigado. *Aunque las normas jurídicas vayan avaladas por razones morales, al sujeto las razones morales no se las dan las normas jurídicas, sino las normas morales.*

VIII.

Supongamos que una norma del sistema jurídico dice que todos los que tengan rentas anuales superiores a veinte mil euros deben tributar el diez ciento como impuesto sobre la renta. Yo he tenido, imaginemos, treinta mil euros y, según esa norma, debo pagar tres mil como impuesto. Derecho (positivo) en mano, yo debo tributar tres mil euros. Pero yo considero que hay toda una serie de circunstancias, ya sean referidas a mí y a mi situación particular o al Estado, que hacen inmoral que yo deba pagar y pague esa cantidad como impuesto.

Una primera pregunta quiero plantear en este momento: ¿merece la pena que explicité cuáles pueden ser esas circunstancias mías o del Estado? Si se trata de ver cuánto de razonable hay en mi juicio moral sobre la aplicación a mí de esa norma tributaria, puede ser interesante. Si se trata de ver qué relevancia jurídica pueden o deben tener esas razones mías, que son razones de carácter moral, el asunto se vuelve más dudoso. ¿Puede o debe un juez tomar en consideración esas razones que en ninguna norma jurídica encajan como excepciones para mi obligación tributaria? ¿Puede un juez acoger esas razones morales como razones jurídicas válidas, de manera que quepa que alguna de ellas obre como excepción justificada para mi obligación de pagar el impuesto?

Por de pronto, decir que sí tiene sus riesgos. Para verlo, nada más que hay que darle la vuelta al ejemplo. Hagámoslo. Imagínese que mis rentas anuales son de doscientos mil euros y que hay una norma en ese sistema jurídico que exime del impuesto las rentas obtenidas criando y vendiendo cerdos, tal vez porque se quiere fomentar en el país la ganadería porcina. Los que han ingresado veinte mil euros criando conejos o trabajando como ingenieros o como electricistas deben pagar el diez por ciento. Yo, que he tenido rentas de doscientos mil con la explotación de mi granja de cerdos, ni un euro habré de tributar por ese lado. Hacienda me reclama mi diez por ciento, del que la ley me exonera, pero alega Hacienda no sólo el agravio comparativo para tantos contribuyentes, sino circunstancias tales como que no hago ninguna inversión socialmente productiva con mis rentas ni las dedico siquiera a consumo, sino que guardo todo mi dinero en una caja de seguridad de un banco y soy un miserable que tengo hambrientos a mis hijos. Acordado que haya algo o mucho de inmoral en la

norma jurídica que me exonera y en mi propia conducta personal, ¿debería el juez en cuyas manos acabara el caso ponderar y decidir *contra legem*? Se dirá que no se lo permite el principio de legalidad tributaria, pero, a fin de cuentas, ¿qué es ese principio, sino un principio más, o una regla, si se quiere, pero tan ponderable como cualquier otra regla o cualquier otro principio, como cualquier otra norma del sistema jurídico, y una vez que hemos decidido que lo que importa no es la subsunción de los hechos bajo el supuesto de la norma, sino la ponderación que atienda a razones morales como razones jurídicamente válidas?

Si todas las normas jurídicas son derrotables y todas las excepciones a las normas jurídicas no necesitan estar tasadas en normas jurídico-positivas, y si las normas de las que salen esas derrotas de las normas jurídica son normas morales, la aplicación de toda norma jurídica está sometida a una reserva de compatibilidad con la moral o con las normas de algún sistema moral. No sabremos de qué moral, pues en un Estado constitucional y democrático de Derecho conviven con igual legitimidad sistemas morales bien diversos y heterogéneos. Y, segundo problema, si pueden ser excepcionadas por esa vía las normas que perjudican al ciudadano, por ejemplo fijándole obligaciones onerosas, también podrá serlo la que al ciudadano favorece, por ejemplo, brindándole derechos y garantías, como sucede con el principio de legalidad, las garantías contra la validez de la prueba ilícitamente obtenida², la presunción de inocencia, etc., etc.

IX.

Pero todavía no hemos llegado al meollo del debate sobre la ponderación en derecho.

En mi sistema moral, yo puedo considerar que hay buenas razones morales para que los ciudadanos paguemos impuestos y para que yo los pague. Pero puedo encontrarme ante una de aquellas que denominé valoraciones normativamente complejas, pues también hay en mi sistema una norma que me dice que debo atender adecuadamente el cuidado de mis hijos en cosas tales como la educación y la salud, y entiendo que no cumplo esta última obligación moral mía si destino al impuesto sobre la renta la cantidad que se me reclama. Valoro o pondero en función de las circunstancias del caso y concluyo que no debo pagar el impuesto. No soy un simple evasor, pues me considero moralmente justificado; o soy, en cierta manera, un evasor por razones morales, por razones de mi sistema moral.

² Véase el caso que da pie al debate sobre ponderación entre Manuel Atienza y yo: Atienza y García Amado, 2012.

Mi caso acaba ante un juez. ¿Debe el juez atender a la calidad de mis razones morales, en mi concreta situación, para calibrar si jurídicamente debo o no debo pagar? Si contestamos que sí, convertimos el razonamiento judicial en un razonamiento cuya esencia es la de ser un razonamiento normativamente complejo, tal como antes caractericé esta noción de razonamientos normativamente complejos. Es decir, la decisión del juez es de la misma naturaleza, moral, que mi decisión, que fue una decisión moral. Igual que yo valoré en conjunto o ponderé normas y consiguientes razones morales y concluí con una decisión que fue una decisión moral, el juez también valora o pondera así, entre normas y razones morales, pero con dos matices diferenciales.

Primer matiz diferenciador, el juez no valora como directamente implicado, sino con la distancia o la imparcialidad de un tercero. Segundo, el juez parte, como pauta o referencia, de la norma jurídica que me obliga a pagar el impuesto, pero viendo en ella una norma que, además o por encima de jurídica, es una norma con una dimensión moral que puede concurrir o competir con otras normas morales, aunque no sean normas positivamente juridificadas. Cuando la norma jurídica se pondera frente a la norma moral y las razones estrictamente o formalmente jurídicas se ponderan con razones puramente morales, es porque esos dos sistemas normativos, moral y jurídico, se han unificado bajo una naturaleza común, que es una naturaleza primariamente moral. Las razones jurídicas son razones morales por la misma razón que las razones morales son razones jurídicas. El derecho y la moral, como pautas del juicio normativo, no rigen independientemente, sino concurrentemente, y los conflictos entre normas morales y normas jurídicas se resuelven mediante una valoración que es moral, o que es la razón expresiva de la naturaleza en última instancia común, como razón práctica.

Y, conforme a las teorías iusmoralistas y ponderadoras de que estamos hablando, el juez, que debe estar sometido al derecho, tal como dicen nuestras propias constituciones, lo está en cuanto la norma de derecho no lleve en el caso a una decisión inmoral³. Por eso, para los defensores del principialismo antipositivista y de la ponderación, el razonamiento del juez es un razonamiento de naturaleza moral, aunque como razonamiento moral de un tercero, no del sujeto directamente implicado, y como razonamiento en el que el derecho aporta razones morales para la decisión, razones morales comparables con y ponderables con las razones que proporciona la moral.

³ Aquí podemos remitir a la idea de pretensión de corrección que Alexy predica de las normas y sistemas jurídicos y de las decisiones judiciales. Para una crítica a esa chocante y muy metafísica construcción de Alexy, véase García Amado 2014.

De esa manera se produce una curiosa asimetría. Veíamos antes que, para mí, para el individuo como tal, las razones provenientes de las normas jurídicas que jurídicamente lo obligan no tienen por qué contar como razones morales, como razones a considerar en el balance o ponderación que lleva a su decisión *moral*. Pero para el juez, según ese principialismo antipositivista, sí brinda el derecho razones morales que se balancean contra las demás razones morales. El ciudadano que toma su decisión moral la puede tomar con independencia de que el resultado de esa decisión sea antijurídico. Aunque lo que decidió moralmente sea contrario a derecho y aunque sea por ello jurídicamente sancionado, ese ciudadano puede seguir considerando que su decisión es plenamente moral.

Pero la tremenda paradoja surge por este otro lado: aunque para el ciudadano su acción, resultante de su decisión, sea perfectamente moral y aunque, además, con arreglo a la ley sea perfectamente jurídica, el juez podrá calificarla como antijurídica e imponerle a ese ciudadano la correspondiente consecuencia en derecho. Es lo que veíamos que le podía suceder al criador de cerdos de nuestro ejemplo de antes. Cuando la clave de la decisión judicial la da la ponderación y esa ponderación se hace en clave moral, nadie está a salvo.

X.

La teoría de la ponderación, tal como se expresa en autores como Alexy y tantos otros, está indisolublemente unida a la concepción del derecho que niega la separación entre derecho y moral, porque entiende que la naturaleza esencial o última del derecho es moral, que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general y que siempre pueden y deben las razones para la decisión resultantes de la norma jurídico-positiva cotejarse o ponderarse con las razones morales en general. Caiga quien caiga. Unas veces servirá ese expediente para ampliar algún derecho del ciudadano o para exonerarlo de alguna obligación frente al Estado, pero en otras oportunidades el resultado podrá ser el inverso, el de que al ciudadano se le deje de aplicar alguna garantía legal o constitucionalmente establecida o el de que al ciudadano se le imponga, frente al Estado, alguna obligación no jurídico-positivamente sentada. Un día, del ponderar con razones morales saldrá que bien está que yo no pague el impuesto al que legalmente se me obligaba, ya que en mi caso es una injusticia ese pago y así resulta al pesar mi obligación tributaria contra mi derecho a educar a mis hijos o a darles la mejor atención sanitaria; pero otro día me encontraré con que la suma de los pesos del principio de solidaridad, del

principio de Estado social y del principio de justa distribución de la riqueza vence al principio de legalidad en materia impositiva y resulta que debo yo tributar en mayor medida de la que la ley me reclama o por conceptos que la ley no me reclama. Ejemplos de este estilo hay ya a cientos en la actual jurisprudencia de los países y tribunales más dados a la ponderación y el ordeño de principios en detrimento de eso que se dice fría legalidad o estéril formalismo.

XI.

En la teoría jurídica y constitucional actualmente dominante, el principialismo y la ponderación van de la mano con la insistencia en que son las propias constituciones las que imponen esa deriva del razonamiento jurídico como razonamiento moral. Ya no es que haya fuertes razones morales para justificar los contenidos de las normas constitucionales. Eso es difícilmente discutible, igual que difícil será poner en duda que hay fuertes razones morales detrás o por debajo de las normas del Código Civil o del Código Penal. Esas razones morales de fondo, que siempre en mayor o menor medida están presentes debido a que las normas jurídicas ni caen del cielo ni las hace un legislador sin convicciones morales o ajeno a las de su medio, han sido normalmente vistas como base importante para la atribución de sentido a los enunciados jurídicos y como guía relevante para su interpretación, en primer lugar como interpretación teleológica.

No es eso. Lo que sostiene el actual constitucionalismo antipositivista, a menudo denominado neoconstitucionalismo, son tres cosas. Una, que, en su esencia o núcleo sustantivo, la Constitución es un orden objetivo de valores⁴ o un catálogo de objetivos morales, de modo que hasta las reglas constitucionales más elementales o precisas (pensemos en la norma constitucional que fija la mayoría de edad o la capitalidad del Estado) han de verse como enteramente subordinadas a y condicionadas por esos objetivos morales supremos, y hasta derrotables por ellos.

La segunda, que ese catálogo de supremos objetivos morales en que la Constitución en su esencia consiste proviene o es reflejo de la moral objetivamente

⁴ La caracterización de la Constitución como “orden objetivo de valores” apareció en 1958 en el comentario de Günter Dürig al párrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn y fue inmediatamente reproducida por el Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia del caso Lüth. Véase la “Sonderdruck” que la editorial Beck ha realizado del comentario de Dürig a los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn en el tratado Maunz-Dürig (Dürig, 2003) Dice Uwe Wesel que Dürig es el “inventor del «sistema de valores»» (*Wertsystem*) de los derechos fundamentales, noción de la que en adelante se sirvió el Tribunal Constitucional, a partir del caso Lüth (Cfr. Wesel, 2004: 131). En la doctrina en castellano se encuentra una excelente exposición a este respecto en el libro de Luis M. Cruz de Landázuri, *La Constitución como orden de valores* (Cruz de Landázuri 2005). Véase también García Amado 2010: 144ss).

verdadera, no de la histórica o coyuntural moral de esa sociedad o del poder constituyente o de la clase económica o políticamente dominante, etc. Es más, este nuevo constitucionalismo ha conseguido liberar a los sistemas jurídicos de toda sospecha de clasismo o de ser herramientas de las clases dominantes para asegurar su poder económico y político. Al contrario, si las constituciones son esencialmente morales y expresión de la moral objetivamente correcta, el derecho consume el viejo sueño racionalista y se libra de las garras de Marx y los suyos. Los anhelos que el movimiento codificador puso en los códigos civiles, que se querían suma expresión de la razón jurídica y que fueron ridiculizados y desenmascarados por Marx, entre otros, son las ensoñaciones del constitucionalismo actual, que ve en las constituciones de hoy la expresión de una razón indeleble, pero que ya no se quiere mera razón jurídica, sino sublime razón moral. A quién se le va a ocurrir hacer la revolución contra unos sistemas jurídico-políticos y económicos que tienen en su cúspide nada menos que la moral objetivamente verdadera y que, como guardianes de esas esencias moral-constitucionales, disfrutan de unos tribunales que manejan el certero instrumento de la ponderación, sin el riesgo ínsito en la malhadada y felizmente superada discrecionalidad a la que los positivistas del siglo XX, tan descreídos, se resignaban.

La tercera tesis o asunción del nuevo constitucionalismo es la de la armonía. Esos valores constitucionales, que son valores morales y que por igual inspiran los principios y las reglas presentes en la Constitución, están en el fondo en armonía, no en dialéctica tensión o en una contradicción que nos aboque a la decisión política por obra de las mayorías democráticas. Toda antítesis entre tan variopintos valores y principios constitucionales es solamente superficial, pues, en su fondo, el sistema se articula con plena coherencia y del cimiento moral congruente nace para cada caso y cada conflicto de derechos, obligaciones o principios una decisión correcta que es decisión correcta única y que nos libra de la dichosa discrecionalidad de los jueces. Esa decisión correcta única, de raigambre moral, a simple vista no se capta y el legislador suele desconocerla, pero ni se le escaparía el dworkiniano juez Hércules ni deja de aparecérselo al alexyano tribunal que pondera como Dios manda. La decisión correcta, porque la suponemos, la hay; porque la hay, la hallaría siempre un juez plenamente sabio; y porque los jueces de carne y hueso tan perfectamente sabios no son, tienen que ayudarse de un buen método que haga su decisión tan objetiva como una medición o un pesaje: la ponderación. Mano de santo.

XII.

Para los principialistas al estilo de Alexy, un sistema jurídico se compone de reglas, que son mandatos taxativos que o se cumplen o no se cumplen, y principios, que son mandatos de optimización que ordenan que algo se haga (o no se haga) en la mayor medida posible, teniendo en cuenta que la medida de lo posible viene marcada en cada tiempo y ocasión por las posibilidades fácticas y por la colisión con otras normas del sistema. Las colisiones con principios se resuelven ponderando a la luz tanto del peso abstracto de las normas, como de su peso en razón de las circunstancias peculiares de cada caso. Importa mucho también destacar que lo mismo se pondera principios contra principios que principios contra reglas. Lo que quiere decir que cualquier principio o cualquier regla puede en algún caso perder en la ponderación ante un principio opuesto, que en esa oportunidad haya tenido más peso. No hay, pues, norma que no pueda ser derrotada por otra norma alguna vez. Si a esto añadimos que los principios constitucionales tanto pueden ser expresos como implícitos y que la cualidad última de los principios es moral, la conclusión es aplastante: siempre habrá una norma moral que, traducida a principio constitucional a efectos de que sea con todas las de la ley derecho, puede derrotar a cualquier otra norma, constitucional o infraconstitucional, en algún caso.

¿Ciertamente el derecho funciona así? Funciona así si se quiere que así funcione. Cuando así se plantea, el razonamiento jurídico pierde casi toda su especificidad y tiene la estructura y caracteres del razonamiento moral ordinario. Si acaso, queda solamente el detalle diferenciador de que las normas legisladas, que generalmente van a ser vistas como reglas y no como principios, tienen una preferencia *prima facie* frente a los puros principios, sean expresos o implícitos. Esa preferencia *prima facie* significa que se les supone inicialmente más peso, y así se explica que las más de las veces deban ser aplicadas y no derrotadas en el caso; pero eso no impide que en ciertas ocasiones pueda asignarse mayor peso al principio en su contra concurrente y, de esa manera, la decisión *contra legem* es presentada como decisión perfectamente acorde con el *ius* y con la Constitución misma.

Así vista con su esencia moral, la norma suprema de la Constitución vendría a prescribir que no haya decisiones de casos que sean injustas, o marcadamente injustas. Lo que, a su vez, es tanto como mantener que las decisiones jurídicas y constitucionales de casos serían las mismas aunque la Constitución no tuviera más que una sola norma que dijera “Ninguna decisión judicial de un caso debe ser inmoral,

injusta”. Pues si lo que caracteriza a las normas constitucionales es el ser transcripción de los preceptos de la moral objetivamente correcta, va de suyo que ni siquiera hace falta el articulado de la constitución para que podamos suponer existentes las normas fundamentales que deben regir la solución de los casos. Serían sencillamente las normas de la moral objetivamente correcta. La constitución no lo es por ser decisión del poder constituyente, sino por ser decisión del poder constituyente que recoge los mandamientos de la moral objetivamente verdadera. Pero, ya que se niega la separación conceptual entre derecho y moral y puesto que, en consecuencia, la moral verdadera es parte constitutiva de cualquier autentico derecho, las supremas normas del sistema jurídico son tales por ser supremas normas morales, no por ser normas de la constitución; y la constitución merece su respeto no por razones de jerarquía formal ni de legitimidad de la decisión constituyente, sino porque su contenido es el que debe ser para que la constitución sea jurídica. En otras palabras, un sistema jurídico que formal o positivamente no tuviera constitución tendría materialmente la misma constitución, compuesta por las supremas normas morales objetivas y verdaderas. Lo mismo que el iusnaturalismo de toda la vida pretendía, con la única diferencia importante de que lo que el iusnaturalismo llamaba derecho natural ahora se llama constitución, y que las que eran denominadas normas de derecho natural ahora se denominan principios constitucionales. Habrán cambiado más de cuatro contenidos y se ha modificado la terminología, pero estructuralmente hay identidad entre aquel iusnaturalismo de antes y este constitucionalismo antipositivista de ahora.

XIII.

Esa transformación altera mucho la operatividad y la función del derecho. Y si los sistemas jurídicos no se han disuelto aun en casuismo e incerteza es porque el principialismo y la ponderación siguen siendo marginales en la práctica judicial, aunque hayan adquirido tanto dominio en la teoría jurídica y constitucional. Veamos por qué las cosas ni de hecho son ni pueden en verdad ser como los principialistas ponderadores nos cuentan.

Yo me doy la norma de no fumar, asumo que no debo fumar, ese pasa a ser un precepto personal que guía mi conducta. Pero un día debo hacer un trabajo muy difícil e importante para los demás y estoy nervioso, por lo que, con base en mi experiencia, considero que un par de cigarrillos durante esa jornada me tranquilizarían mucho. No debo fumar, debo cumplir bien mi importante misión y creo que para eso me ayudaría fumar un poco. Así que valoro o pondero si hay riesgo de que recaiga en el vicio del

tabaco, si puede afectar escasamente o en mucho a mi salud que fume hoy, si a alguien decepciono o no por echarme un cigarrillo, si habrá o no niños presentes, si en verdad me ayudará mucho o poco fumar hoy, etc., etc. Y decido fumar. Como han pesado más las razones para fumar que para abstenerme, no considero que esté actuando indebidamente, sino que me parece que hay una excepción justificada para mi norma de no fumar. Así razono con mis normas morales. En la práctica jurídica ni funcionan así las cosas ni puede funcionar así, sino es al precio de que lo común de las normas jurídicas quede al albur de lo incierto de las valoraciones morales de cada cual y del juez.

Pongamos que existe una norma jurídica que prohíbe fumar en los bares y locales públicos de esparcimiento. Yo fumé aquellos dos cigarrillos en un bar cercano al hospital, pues la tarea que me esperaba y me ponía tan tenso era una difícilísima operación quirúrgica, ya que soy cirujano. Se me sanciona por infringir la norma jurídica en cuestión (acéptese que en ese sistema jurídico las sanciones se aplicaran al fumador, no al responsable del local) y recurro mi sanción y termina el caso en los tribunales.

¿Debe el juez pararse a sopesar los derechos y principios constitucionales que se pueden invocar a mi favor, como el derecho genérico de libertad o el de libre desarrollo de la personalidad, y, por otro lado, el principio que justifica la norma prohibitiva, que sería seguramente el de protección de la salud, y debe también ponderar las circunstancias concurrentes, como que estaba nervioso por la operación tan complicada que debía realizar, que solo fueron dos cigarrillos, que uno lo apagué a la mitad, que la operación de después salió bien y eso benefició la salud de mi paciente, que apenas había otras personas en el bar cuando en él fumé, etc., etc.? Si decimos que sí, el juez está llevando a cabo un razonamiento estructuralmente igual al que yo hice cuando valoré la concurrencia de normas mías de conducta que me impelían a comportamientos distintos (una a no fumar y otra a fumar). Pero ni es así como el juez debe decidir ni es así como los jueces suelen decidir, por fortuna. El juez tiene que aplicar la norma y si no hay en el sistema otra norma que prevea expresamente una excepción para mi caso, debe sancionarme. Si no lo hace así, no aplica el derecho y no cumple con la tarea que constitucionalmente tiene encomendada, por mucho que desde el punto de vista moral o de razonamiento práctico general podamos ver su razonar y su decisión como intachables.

XIV.

Se dirá que la ponderación jurídica tiene de especial aquellos tres pasos que Alexy le prescribe, los llamados tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El problema está en lo sumamente incierta o aleatoria que resulta la aplicación de esos controles. Veámoslo mientras seguimos jugando con el mismo ejemplo.

Si ponderamos, ya no se trata de ver si cumplí o incumplí la norma que prohíbe fumar en los bares, sino si está o no está jurídica y constitucionalmente justificada mi acción de fumar en ese caso. Porque, ya lo sabemos, la ponderación sirve para que pueda revertirse la consecuencia de la norma que viene al caso, como es en esta ocasión la norma que prohíbe fumar y prevé sanción para la infracción de esa prohibición. La norma que dice “Prohibido fumar bajo sanción S” pasa a ser considerada así: “Prohibido fumar, bajo sanción S, a no ser que en el caso concurren razones de más peso que las que dan sentido a esa prohibición, avaladas por principios constitucionales (expresos o implícitos)”. Toda prohibición de hacer o de no hacer y todo permiso quedan sometidos a una cláusula de reserva: está prohibido hacer X a no ser para el caso en que, por tales o cuales razones reconducibles a principios constitucionales que tienen raigambre moral, resulte injusta esa prohibición o resulte injusto ese permiso.

Apliquemos el test de idoneidad, que nos dice que para que sea constitucionalmente legítima mi acción de fumar (y, por tanto, no sancionable pese a que vulnera la prohibición bien clara contenida en la regla) debe desprenderse algún beneficio para algún principio constitucional (expreso o implícito). ¿Hubo tal beneficio? Ciertamente mi libertad se expandió, como sucede cada vez que alguien sí hace lo jurídicamente prohibido. Solo por eso, ya podría considerarse que toda vulneración de una norma prohibitiva supera el test de idoneidad. Pero, además, resulta que aquella cirugía que realicé y para la que quería tranquilizarme o concentrarme fumando un rato, salió muy bien y conseguí salvar la vida al paciente. ¿Contamos eso como ganancia de un derecho, el del paciente, ligada a mi infracción? No se sabe, ya que es imposible conocer si en verdad me tranquilizó o no el cigarrillo y si habría resultado bien o no la operación si no hubiera fumado. Por ese lado, será la pura opinión o preferencia personal del juez la que determine si mi acción formalmente infractora supera o no el test de idoneidad.

Vamos con el test de necesidad. La pauta consiste en que no será

constitucionalmente legítima mi acción si el mismo efecto positivo para mi derecho o para los principios que me amparan hubiera podido lograrlo con una acción alternativa que dañara menos el principio opuesto. Es fácil pensar que, puesto a fumar para aplacar mi inquietud, podría haber fumado en la calle, donde ninguna norma vulneraba ni el derecho de nadie. Pero ¿y si llovía o eran heladas las temperaturas y podía resfriarme, con lo que se alteraría también el equilibrio y la concentración que para operar necesitaba? ¿Y si era insegura la calle y corría riesgo de que me asaltaran? ¿Y si en la calle me exponía a que alguien me importunara con su conversación o, peor, me recordara el gran desafío que en el quirófano me aguardaba? ¿Debería el juez considerar cada uno de esos factores y otros más de los que puede depender que la satisfacción de mi derecho fuera la que es, pero a un precio menor para otros principios? ¿Cuánta debe ser la seguridad del juez sobre la alternativa posible para mi acción y cuánta la imaginación que le ponga para configurar tal alternativa? Incertidumbres grandes para una operación que se pretende objetiva y bastante segura, demasiadas variantes para lo que habría de ser una mera comprobación.

Y el test de proporcionalidad en sentido estricto. El daño para el principio dañado, que quedamos en que es el que protege la salud de los que están cerca del que fuma, sumado al principio de deferencia con el legislador legítimo que prohibió fumar en los bares, tiene que ser compensado con un beneficio igual o mayor para el principio que con mi acción resultó expandido, que puede ser tal vez el que basa mi derecho a la libertad o al libre desarrollo de mi personalidad, o quién sabe si también el derecho a la salud del paciente que se beneficiará si lo opero menos nervioso y habiéndome relajado un poquillo con mis cigarrillos. ¿Cómo se pesan los principios que están en un platillo de la balanza o del otro y con qué certeza se establece que es mucha, regular o poca la afectación negativa de los unos o positiva de los otros? Con ninguna certeza. Y así ocurrirá siempre que el caso sea un poco difícil e intrincado, discutible desde el punto de vista de las preferencias *morales* que pueden concurrir.

XV.

No hay caso judicial que no pueda recomponerse como de conflicto entre principios o, las más de las veces, como de conflicto entre derechos. Si eso es así, y lo es, resultará que las normas que son principios y las que, como normas de principio protegen derechos, más que para resolver conflictos sirven para provocarlos a un nuevo nivel o en una nueva escala. La norma penal que castiga el homicidio sienta que el que mate debe ser penado, si no concurre una de las excepciones tasadas, una

eximente. Pero resulta que quien mato realizó su libertad al matar y, sobre todo, la pena con que se le amenaza limita un bien tan básico y un derecho tan fundamentalísimo como la libertad misma. Hay por ahí unas buenas razones para no castigarlo, contra lo que la norma estipula. Pero por el otro lado están el derecho a la vida que a la víctima se le vulneró, más los derechos a la vida y a la seguridad de los ciudadanos en general, víctimas potenciales del mismo homicida que ya mató una vez. Se nos insiste desde la teoría jurídica principialista en que debemos huir de los fríos formalismos y las ciegas subsunciones. Entonces, ¿ponderamos en cada caso de homicidio para ver si, en razón de las circunstancias y de su calificación moral y por encima de lo que diga la ley, debemos condenar al homicida o no debemos condenar al homicida, según que en el caso pesen más sus derechos o los principios que respaldan a la víctima, al ciudadano en general o al Estado⁵?

No se me ocurre cómo puede el principialista sugerir que ahí no ponderemos, sin contradecir sus tesis más básicas. Pero si a ponderar nos disponemos, el Derecho penal se nos disuelve como vía para solucionar conflictos y fijar con carácter general consecuencias jurídicas, penas, para ciertas (clases de) acciones. No, cada homicidio ya no sería un caso típico al que hay que dar la solución típica legalmente tasada, sino un conflicto moral en el que a cada homicida se le debe brindar el trato que moralmente merezca, siendo el juez el que averigua cuál es ese trato merecido, con ayuda de la ponderación.

Pero las cosas ni deben funcionar así, ni funcionan así de hecho, ni quiere hasta el mismísimo principialista que así funcionen. Y recuérdese que no vale decir que la clave está en que la norma que castiga el homicidio o cualquier otro delito es una regla y no un principio, ya que insisten Alexy y sus compañeros de doctrina en que también contra las reglas es posible ponderar principios y que los principios pueden derrotar a cualquier regla. Así que la regla que tipifica cualquier delito y su pena puede alguna vez ser derrotada por algún principio. Igual que, según esa misma teoría, por algún principio opuesto puede en alguna ocasión ser derrotada la norma que estipula el principio de legalidad penal y prohíbe castigar como delito lo que no esté tipificado en ley anterior. Sea ese que llamamos “principio” de legalidad una regla o sea un principio genuino, es por definición derrotable por principios que con intención opuesta puedan venir al caso.

Las cosas no suceden así, por suerte. El juez no está autorizado por el sistema

⁵ No anda muy alejada de ahí la propuesta de Heiner Christian Schmidt, que plantea que en todo juicio penal se aplique la ponderación que atienda al principio de proporcionalidad y que se constituya así una causa autónoma de exclusión de la antijuridicidad cuando un derecho del acusado pese más que el interés o bien con la pena defendido. Véase Schmidt 2008.

jurídico a absolver, sin concurrencia de eximente, al delincuente que se ha probado tal, por mucho que condenarlo parezca inmoral o pueda presentarse como fuertemente afrentoso para un principio constitucional expreso o tácito. Y el juez no está autorizado a condenar al que no haya cometido delito típico y establecido en norma anterior a la acción reprochable, por mucho que mil y un principios se confabulen a favor de esa condena y pesen más que el de legalidad penal. El juez que haga lo uno o lo otro prevarica. Y esto que raramente se discutirá cuando de Derecho penal hablamos, es así para cualquier otro ámbito jurídico. La diferencia es que en el Derecho penal se ve más claro el juego del sistema jurídico de un Estado de Derecho que en verdad lo sea, y que respecto del Derecho penal se captan mejor los riesgos generales del principialismo y la ponderación, tanto como riesgos para la función misma que justifica el Derecho como para las garantías y los más básicos derechos de los ciudadanos.

XVI.

Tomemos una vez más uno de esos ejemplos trillados, un caso en que supuestamente compiten la libertad de expresión y el derecho al honor. Alguien ha dicho públicamente que yo soy un X, siendo ese un calificativo fuertemente peyorativo. Ante mi demanda de compensación porque se ha dañado mi derecho al honor, la otra parte alegará su derecho a la libertad de expresión. Pero ese no es propiamente un conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión, salvo en el sentido de que cada una de las partes invoca a su favor uno de esos derechos. Es un conflicto entre partes que invocan derechos distintos, no es estructuralmente y según el diseño del sistema jurídico, un conflicto entre esos dos derechos. Explicaré a continuación por qué.

La Constitución dice que todos tenemos derecho al honor, no que todos tenemos derecho a la mayor protección posible de nuestro honor. Es un precepto normal y corriente, con la peculiaridad de que su consecuencia jurídica tendrá que ser concretada o bien en otra norma, o bien jurisprudencialmente. Por ejemplo, en España la LO 1/1982 concreta la consecuencia jurídica de la vulneración del derecho al honor al decir que toda intromisión ilegítima en el mismo da lugar a indemnización. Y en la vía penal otro tanto hacen aquellas normas que tipifican los delitos contra el honor y sus penas, como sucede con los delitos de calumnia e injuria. De que una norma que establece la licitud o ilicitud de una conducta no fije una consecuencia jurídica precisa para su vulneración para nada se sigue que dicha norma haya de aplicarse ponderando y no subsumiendo, generalmente previa interpretación. Si está prohibido dañarme el honor a mí, la norma que tal prohíbe se viola cuando a mí se me daña el

honor. Cuestión diferente, que en alguna otra parte o de alguna otra manera habrá que solucionar, es la de qué consecuencia jurídica se impone al vulnerador una vez que se ha probado y establecido que existió esa conducta suya ilícita.

Cuando un ciudadano ha dicho públicamente que yo soy un X y yo demando a ese ciudadano porque me ha dañado el honor, o me querello porque me ha injuriado o calumniado, lo único que corresponde es ver si en la acción que se juzga se dan los elementos de la calumnia o la injuria o si se da la intromisión ilegítima en mi honor que fundamenta la indemnización civil por daño. Ni más ni menos.

Por supuesto que el otro se ha expresado al decir que soy un X y que al expresarse libremente ejerció su libertad de expresión. Eso es poco menos que una trivialidad. Si no hubiera actuado libremente al expresarse, no habría caso contra él, ni penal ni, tal vez, civil. Pero que él haya ejercido su libertad de expresión ni cuenta ni se pondera ni nada de nada. Es obvio que solo expresándose de alguna forma (oralmente, por escrito, mediante dibujos o algún tipo de imágenes...) se puede dañar mi honor. Si resulta absuelto del delito no es porque, concurriendo los elementos de la calumnia o la injuria, su libertad de expresión haya pesado más a la luz de las circunstancias del caso. En modo alguno es así. Si se le absuelve será porque estima el juez que no concurren los elementos del delito, que falta la acción típica, que falta el dolo o *animus* requerido, que concurre una causa de justificación, etc. Nunca he visto (y espero que no veamos) una sentencia en la que el juez diga que habiendo sido dañado el honor de la víctima del modo que corresponde al delito de injuria o calumnia y dándose todos los requisitos para la condena, se absuelve al acusado porque en sus circunstancias pesa más un principio contrario a la condena.

Y otro tanto en el plano del juicio no penal. Si el juez condena a indemnizar es porque considera acreditado que ha habido atentado contra el derecho al honor, daño al honor, una vez definido e interpretado lo que por honor se pueda o se deba entender, etc., no porque le parezca que el honor pesó ahí más que la libertad de expresión. Y si el juez absuelve no es porque estime que la libertad de expresión fue el derecho que venció en la contienda de los pesajes, sino porque no hubo daño al honor. Siempre que el juez siente que hubo daño al honor (y no concurriendo una causa tasada de justificación o de exoneración de la responsabilidad) va a condenar, trátese de un juicio penal o de responsabilidad civil por daño. Y siempre que no condena (y si no se trata de que concorra una causa de justificación o de exoneración de responsabilidad) va a ser porque no hubo daño al honor, no porque sea mayor en esa oportunidad el peso de la libertad de expresión. La libertad de expresión, que es

un derecho de esos que podríamos llamar por defecto⁶, justifica y hace jurídicamente permisible toda expresión que no dañe ciertos derechos, como el derecho al honor en primer lugar. Cuando los daña, cede. Cuando no los daña, no tiene por qué ceder. Y si se trata de lo uno o de lo otro no se decide ponderando cuál derecho (o su principio) pesa más en el caso, sino qué significa honor y si bajo la norma que lo ampara y veda su merma se subsume o no la expresión que se enjuicia.

Pues bien, igual que este caso, todos. A no ser que queramos que ningún derecho tengamos firmemente protegido, ninguno de esos que operan como garantías del ciudadano (por ejemplo, que no se dañe su honor, su intimidad, su derecho a la propia imagen...) o como expectativas del ciudadano jurídicamente respaldadas, como la de que el Estado le deba hacer o no hacer algo. Pues, por seguir con el ejemplo del honor, si el que lo tengamos protegido no depende de que se sobrepase o no cierto límite, sino de que pese más o pese menos el principio que justifica que ese límite se traspase, aviados estamos y nuestros derechos quedan a merced de la báscula y de la pericia y sana intención del que la maneje. Ya no se trata sin más de que se haga dúctil el derecho o que se licue un poquito; es que se vuelve gaseoso, se nos evapora.

REFERENCIAS

- Atienza, M. y García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*. Lima/Bogotá, Palestra/Temis. Hay una nueva edición de esta obra bajo el título *Ponderación*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2016.
- Cruz de Landázuri, L.M. (2005). Luis M. Cruz de Landázuri, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares.
- Dürig, G. (2003) *Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz*, München, Beck.
- García Amado, J.A. (2010). "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en Juan A. García Amado, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, especialmente pp. 144ss.
- (2014). "Sobre la idea de pretensión de corrección en R. Alexy. Consideraciones críticas", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 7, pp. 6 - 40
- (2015). "Sobre los derechos fundamentales y sus conflictos y sobre ponderaciones en la resolución de sus casos", en C. Hermida, J.A. Santos (coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- Schmidt, H.Chr. (2008). *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe*, Baden-Baden: Nomos.
- Wesel, U. (2004). U. Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, München, Karl Blessing.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO: Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León. Ha publicado trabajos sobre temas de teoría del derecho, filosofía del derecho, filosofía política, derecho civil, derecho administrativo, derecho penal, derecho laboral, derecho y literatura, derecho y cine, etc. Mantiene el blog *Dura lex*.

⁶ Para la clasificación de los derechos y la tipología de sus relaciones véase García Amado, 2015: 1355-1378.