



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

Manuel Atienza R. y Juan A. García Amado

UN DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN

EDICIÓN ESPECIAL
2018

Manuel Atienza Rodríguez / Juan Antonio García Amado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

Manuel Atienza R. y Juan A. García Amado

UN DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN

EDICIÓN ESPECIAL
2018

PUBLICACIÓN OFICIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

EDICIÓN Y PUBLICACIÓN INSTITUCIONAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

“UN DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN”

Deposito legal N° 3 1-344-18 PO.

ISBN: 978-99974-351-0-1



DATOS INSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Dirección: Avenida del Maestro No. 300

Teléfono: (591-4) 64-40455

Web: www.tcpbolivia.bo

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Diseño e impresión:

Conexión creativa • 64-65261 • Av. Germán Busch 505

Sucre - Bolivia

2018

ÍNDICE

	Pág.
Prefacio	7
Presentación de esta edición	9
A vueltas con la ponderación	13
Manuel Atienza Rodríguez	
Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza	43
Juan Antonio García Amado	
Carta Sobre la Ponderación.....	93
Manuel Atienza Rodríguez	
Respuesta a la epístola de Manuel Atienza	119
Juan Antonio García Amado	
Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado	143
Manuel Atienza Rodríguez	

PREFACIO

No se trata de escribir un prólogo para este libro titulado: Un debate sobre la ponderación, porque sus autores, Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García Amado, ya escribieron una presentación a la edición especial del citado trabajo académico; entonces, lo que se pretende es remarcar la importancia, de su difusión y el agradecimiento a estos reconocidos profesores de Filosofía del Derecho, el primero de la Universidad de Alicante, y el segundo de la Universidad de León, ambos del Reino de España; por su vocación de desprendimiento para que esta obra sea editada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en ocasión de celebrarse el I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: “Problemas actuales de la interpretación y argumentación jurídica”, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra durante los días 3, 4 y 5 de octubre de 2018.

Ciertamente, en la actualidad el tema de la ponderación junto con la interpretación y la argumentación jurídica ocupan el centro de la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional vinculado con la resolución de los procesos constitucionales donde se tensionan la pretensión de las partes en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales reconocidos por la Constitución Política del Estado y los instrumentos

internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Desde la experiencia de la práctica judicial boliviana y la litigación, la aplicación de la ponderación cobra relevancia cuando se deben resolver casos complejos, ante todo cuando la subsunción no conduce satisfactoriamente a poner fin a una controversia judicial bajo el criterio de razones que excluyen otras razones como uno de los principales de elementos del Estado Constitucional de Derecho.

Bajo esas consideraciones generales, expresamos nuestro sincero agradecimiento y reconocimiento a los citados profesores por su aporte en materia constitucional con la edición del presente libro para que sea difundido a los participantes del I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. “Problemas actuales de la interpretación y argumentación jurídica” organizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Sucre, septiembre de 2018.

Dr. Petronilo Flores Condori

Presidente

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

PRESENTACIÓN DE ESTA EDICIÓN

Este libro ha sido publicado en varios países latinoamericanos y están en camino las ediciones en portugués e italiano. Nos sentimos orgullosos y agradecidos por esta nueva edición, en Bolivia y de la mano del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

El de la ponderación es un tema que forma parte del núcleo actual de muchos y muy importantes capítulos de la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional, entre otras disciplinas jurídicas. Desde el punto de vista más estrictamente filosófico y de teoría ética, nos topamos con la ponderación en el debate entre objetivismo y no objetivismo moral y entre cognitivismo y no cognitivismo o, desde un punto de vista emparentado con esas cuestiones anteriores, hallamos la ponderación inserta en el contraste entre universalismo y particularismo. Por el lado de la más esencial discusión iusfilosófica, la ponderación se ha instalado como uno de los ejes de la contraposición entre teorías iuspositivistas y pospositivistas o iusmoralistas¹ del Derecho. Y si hablamos de las muy pujantes y actuales

1. A uno de nosotros, Manuel Atienza, le parece más adecuado hablar de pospositivismo, mientras que el otro, Juan Antonio G. Amado, prefiere usar la expresión iusmoralismo para referirse a las doctrinas opuestas al positivismo jurídico y que niegan la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral.

teorías de la argumentación jurídica y empezamos por su autor capital, Robert Alexy, vemos la cuestión de la ponderación aparecer en plena discusión sobre el modelo de racionalidad del razonamiento jurídico y del Derecho mismo que se asume desde las diversas teorías o visiones de la argumentación jurídica y en medio de la contraposición entre quienes son proclives a las que desde Dworkin se denominan teorías de la única respuesta correcta en Derecho y aquellos que afirman que la discrecionalidad judicial es insoslayable, al menos en los llamados casos difíciles.

En el ámbito constitucional, apenas es ya posible construir una teoría que no haga referencia a la peculiaridad de las normas constitucionales y a su tipología y que no tome partido en cuanto a la diferenciación, dentro de las normas de las constituciones, entre reglas y principios y, si acaso, también directrices. Es en el marco de una teoría constitucional que parte de tales distinciones donde ha ido cobrando cuerpo, a partir ante todo de Dworkin y de Alexy, la tesis de que es la ponderación el proceder o modo de razonar adecuado para decidir en aquellos casos constitucionales en los que concurren principios o en los que hay una oposición entre una regla y un principio. Está por estudiar en su plena dimensión la enorme importancia que tales planteamientos están teniendo en la jurisprudencia constitucional de los países iberoamericanos y los beneficios o perjuicios que dicha influencia ha acarreado para la configuración de los respectivos Estados de Derecho y para la eficacia de los derechos fundamentales.

A los dos autores de este libro nos une no solo el respeto académico y una honda amistad personal, sino que participamos también de la fe común en la democracia

deliberativa y el Estado social de Derecho. Compartimos gran cantidad de creencias en el plano político y político-jurídico y nuestras discrepancias, bien notorias en el texto que presentamos, en cuanto a la mejor teoría del Derecho o la mejor manera de abordar el trabajo práctico con los sistemas jurídicos y sus normas, pueden perfectamente entenderse como expresión de diferentes preferencias sobre medios entre quienes sí están de acuerdo sobre los fines esenciales.

Y otro convencimiento nos es común, el de que en la ciencia, y en particular en nuestro ámbito de las llamadas ciencias sociales y jurídicas, no hay progreso teórico o científico sin la contraposición de ideas y tesis, sin la discusión leal entre quienes pueden debatir sin límites porque en el fondo se sienten compañeros en la búsqueda de la verdad y de un mundo mejor. Entre nosotros dos, el iuspositivista sabe que no se puede hacer buena ciencia o buena teoría sin ciertas asunciones que tienen un carácter indudablemente moral, y el pospositivista bien conoce también que en un mundo sin reglas comunes y bien asentadas y en el que solo contara el afán de cada cual por encontrar “su” verdad o hacer el bien, ni sería posible la vida social mínimamente ordenada ni cabría practicar nada que mereciera el nombre de ciencia.

Este es un libro pequeño, sencillo, sin demasiadas complicaciones teóricas, pero del que estamos bien contentos, porque surge de una pasión intelectual que nos gusta cultivar y de un estilo académico que quisiéramos fomentar. En todos nuestros países hermanos queda mucho que hacer en el Derecho y con el Derecho, para que entre todos alcancemos la sociedad más equitativa que por igual anhelamos, aun cuando cada uno explique su personal

anhelo desde concepciones éticas o metaéticas distintas. Queda mucho que hacer a los legisladores, a los tribunales y a los ciudadanos mismos; y nos queda mucho que hacer a los profesores, hasta que logremos que el Derecho no resulte tan ajeno, distante, esotérico o frío como se suele considerar en cualquier lugar donde no se haya sabido dar una buena formación a los profesionales de lo jurídico y donde no se haya hecho una buena pedagogía jurídica para los ciudadanos todos.

Que esta pequeña aportación nuestra sea editada ahora por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y con ocasión de un importante congreso, el Primer Congreso de Derecho Procesal Constitucional, que reúne excelentes especialistas bolivianos y extranjeros, nos alegra y nos invita al optimismo. Quede, pues, constancia de nuestro agradecimiento.

Alicante y León, julio de 2018.

Manuel Atienza

Juan Antonio García Amado

A VUELTAS CON LA PONDERACIÓN

Manuel Atienza

– 1 –

Uno de los temas sobre las que más se ha escrito y discutido en los últimos tiempos, en el campo de la argumentación jurídica, es el de la ponderación. Hay partidarios y enemigos de la ponderación. Los primeros suelen vincularse con la defensa del llamado constitucionalismo (o neoconstitucionalismo), tienen una concepción principialista del Derecho (entendiendo por tal una que considera que el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios) y subrayan el papel de la razón (de la razón práctica) en el Derecho. Los segundos suelen proclamarse partidarios del positivismo jurídico,

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

– 2 –

Empezaré refiriéndome a dos casos judiciales recientes, que han tenido una considerable repercusión en la opinión pública española. El primero de ellos es el de dos periodistas de una cadena de radiodifusión, la cadena

Ser, que fueron condenados por un juez de lo penal de Madrid (a finales de diciembre de 2009; la sentencia está ahora recurrida) a una pena de un año y nueve meses más otra serie de penas accesorias, por el delito de “revelación de secretos”. Los periodistas habían publicado en la página web de la emisora una lista de militantes del Partido Popular (el partido conservador en España) que se habían afiliado irregularmente (o sea, sin seguir los procedimientos estatutarios) a esa organización política. La afiliación estaba ligada a un proceso de luchas internas en el PP y tenía también alguna conexión con un escándalo urbanístico. La argumentación del juez, en lo esencial, consistió en lo siguiente. Comenzó por establecer como probado el hecho de que los periodistas cedieron a la sociedad *Ser.com* ciertos datos sin contar con la autorización de los afectados. Esos hechos –continuó argumentando el juez– se subsumen bajo el supuesto de hecho de una norma penal (el art. 197 ap. 2 y 5 del Código penal español). Pero luego, a efectos de resolver el problema de si el haber obrado los periodistas en el ejercicio legítimo de un derecho puede considerarse o no como una eximente, es cuando la argumentación del juez adopta la forma de una ponderación: entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección de la intimidad. El juez se decantó en favor de este último derecho (entendió que el haber actuado en el ejercicio legítimo de un derecho no era una eximente, sino una simple atenuante) por estas tres razones: a) internet no es “un medio de comunicación social, sino universal”; b) revelar la afiliación a un determinado partido político afecta a la intimidad más estricta de toda persona, al tratarse de un dato de “absoluta privacidad”; c) la información facilitada (la lista de nombres) pudo ser necesaria para la confección de la noticia, pero lo que no era necesario era difundirla.

La sentencia recibió críticas muy duras, especialmente por parte de miembros de la profesión periodística, que argumentaron, en lo esencial: que el juez no había tenido en cuenta la prevalencia constitucional del derecho a informar sobre el de protección a la vida privada, cuando se trata de noticias relevantes y de interés general; que había pasado por alto también la veracidad de la noticia y la profesionalidad con la que había sido elaborada; y que calificar a internet de medio de comunicación no social, sino universal era un puro despropósito.

El otro ejemplo es el de las escuchas de las comunicaciones carcelarias entre tres imputados del caso Gürtel (un caso de corrupción política y en el que están implicados muchos altos cargos del PP) y sus abogados. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó (el 25 de marzo de 2010) un auto en el que anulaba las escuchas por considerarlas ilícitas, pero la decisión no fue tomada por unanimidad: uno de los tres magistrados que integraban el tribunal formuló un voto particular. En lo esencial, la motivación del tribunal consistió en sostener que la norma que se aplica al caso sería el art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor no pueden ser suspendidas o intervenidas “salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”; o sea, interpretó que, si no se daban esas dos condiciones (conjuntamente) no era lícito (nunca) la intervención de las comunicaciones; los magistrados de la mayoría hablan de ponderación, pero en relación a la necesidad que tiene el juez de ponderar diversos factores (necesidad de la medida, lesividad, etc.) para ordenar la intervención cuando ésta es posible (si el acusado no está en prisión o, aunque lo

esté, si se trata de un delito de terrorismo). Por el contrario, el magistrado discrepante entendió que no tenía sentido interpretar así ese artículo, pues eso suponía establecer “una inmunidad absoluta no prevista por la ley”. La intervención de la comunicación en ese caso estaría justificada (digamos, el deber o la finalidad de perseguir los delitos prevalece sobre el derecho a la defensa) por un cúmulo de razones que pueden sintetizarse así: los delitos por los que estaban acusados los internos –blanqueo de dinero– son de considerable gravedad; la medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que se trata de delitos de una gran complejidad, de manera que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; la proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa; la motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución); dos de los tres abogados defensores habían sido imputados con anterioridad por hechos relacionados con los delitos de los que eran acusados sus defendidos. También este caso tuvo una gran notoriedad en España pues, aparte del interés jurídico del mismo (los límites del derecho a la defensa), el juez que había autorizado las escuchas declaradas ilegales había sido el más famoso de los jueces españoles, Baltasar Garzón, y esa actuación había dado lugar a que se le acusara de prevaricación: una de las tres causas por delito de prevaricación que tiene abiertas ante el Tribunal Supremo se debe a eso.

La técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos –especialmente, en cortes supremas y tribunales constitucionales–, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad¹. Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del Derecho) los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación,

1. El último de los trabajos de Alexy al respecto creo que es su ponencia “Legal Principles and the Construction of constitutional Rights”, presentada en el seminario dedicado a discutir la obra de Alexy y celebrado en Tampere (Finlandia) en febrero de 2010.

siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador).

Un ejemplo que Alexy ha utilizado en numerosas ocasiones para explicar cómo funciona la ponderación es el del caso *Titanic*, resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán en 1986. Un oficial del ejército parapléjico había conseguido ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares y la revista satírica *Titanic* lo incluyó en su sección de “Las siete personalidades más lamentables” refiriéndose a él con su nombre y el añadido de “nacido asesino”. El militar interpone demanda contra la revista por daño a su honor, y ésta publica una nota en la que, entre otras cosas, llama al militar “tullido”. El Tribunal Superior

de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por dos ofensas al honor; mientras que el Tribunal Constitucional consideró que no había ofensa al honor en cuanto al calificativo de “nacido asesino”, pero sí en cuanto a “tullido”. La argumentación del Tribunal, en lo esencial, viene a ser la siguiente: la expresión “nacido asesino” tiene las notas definitorias de una sátira, aparece dentro de una sección permanente de la revista, usa un lenguaje habitual que aparece en otros momentos en la misma sección, tiene un propósito simplemente cómico y no ofensivo y, en definitiva, no debe interpretarse literalmente. Por el contrario, “tullido” (la correspondiente expresión alemana) no describe meramente la condición de inválido, como ocurrió en tiempos pasados, sino que esa expresión se usa ahora para insultar o degradar incluso a quienes no tienen ningún defecto físico²; la intención al emplear ese término fue la de vejar al demandante, esto es, a un individuo, y no a la clase de los soldados o a algún otro grupo de personas; no puede servir como disculpa el que el término apareciera en la revista como una reacción frente a la demanda de indemnización, pues en dicha demanda no había nada que pudiera considerarse agresivo o insultante³. Alexy entiende que lo que el Tribunal Constitucional alemán hace aquí es una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho general a la personalidad. En relación con la expresión “nacido asesino”, la afectación a la libertad de expresión (recuérdese que se trata de un recurso frente a una condena a indemnizar con una cierta cantidad de dinero) habría sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho

2. Quizás “tarado” exprese mejor en español esa connotación despectiva

3. Tomo estos datos del trabajo de Juan Antonio García Amado (que critica con dureza el análisis que hace Alexy de este caso): *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*: <http://geocities.com/jagamado>

a la personalidad sólo podría calificarse de media o de leve; lo que resulta es, pues, la prevalencia del principio de libertad de expresión. Por el contrario, la descripción del oficial como “tullido” fue considerado por el Tribunal Constitucional como una afectación intensa al derecho a la personalidad, de manera que tendría el mismo peso que la libertad de expresión, razón por la cual el Tribunal no aceptó el recurso (mantuvo la indemnización).

Pues bien, el esquema alexiano, con mayores o menores detalles, es, como antes decía, el que parecen haber acogido muchas cortes latinoamericanas. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional peruano, el esquema parece haber tenido un amplio uso a partir del caso PROFA de 1994. En un trabajo reciente, Pedro Grández⁴ ha descrito y analizado muchas decisiones de ese Tribunal basadas en el “*test alemán* de proporcionalidad” y que clasifica según que se refieran (en lo esencial), al primero de los subprincipios (idoneidad), al segundo (necesidad o indispensabilidad de la medida) o al tercero (el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación). En este último apartado incluye tres casos que, en su opinión, mostrarían que el Tribunal peruano habría reducido el examen de la ponderación a un *test de intensidades*, en el que se contraponen básicamente la intensidad en la limitación de un derecho frente a la intensidad o el grado

4. Pedro Grández, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”, en (M. Carbonell y Pedro Grández, coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010. El libro es de gran utilidad para informarse sobre las tesis de Alexy, sobre sus desarrollos y sobre las críticas que se le han dirigido. Para entender los mecanismos interpretativos del Tribunal constitucional peruano y su evolución me ha sido de gran utilidad el libro de Marcial Rubio, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, en el que se analizan los diversos principios interpretativos del Tribunal, incluyendo el de “proporcionalidad y razonabilidad”.

de satisfacción del otro. En uno de esos casos, el de la *calle de las pizzas* (STC 007-2006-AA/TC) se trataba de examinar una medida de la Municipalidad de Miraflores, que restringía el horario de atención a los establecimientos comerciales de la zona llamada así: calle de las Pizzas. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desarrollo de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los clientes) era leve, mientras que la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud de los vecinos era elevada. En el caso de *las azucareras del norte* (STC 579-2008-PA), lo que estaba en cuestión era la constitucionalidad de una ley que había suspendido la ejecución forzada contra una empresa azucarera de la que el Estado era accionista. La mayoría del tribunal entendió que se trataba de una intervención leve sobre el principio de cosa juzgada (la suspensión de la ejecución de la sentencia era de carácter temporal), mientras que con ello se alcanzaría en un grado elevado los objetivos pretendidos por el legislador: el desarrollo o reactivación de las empresas azucareras, la promoción del empleo y la disminución de la pobreza; hubo un voto discrepante de un magistrado por entender que la suspensión de la ejecución de la sentencia suponía una afectación grave y que la medida no era tampoco idónea para alcanzar esos fines, a la vista de la experiencia de los últimos años. Y el tercer caso (STC 815-2007-PHC/TC) se refería a una decisión judicial que, al amparo de un determinado artículo del Código Procesal Penal, obligaba a un procesado, presunto autor de un delito contra la libertad sexual, a someterse a la prueba de ADN. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque la satisfacción del interés público en la investigación del delito era “por lo menos equivalente al

grado de afectación del derecho a la intimidad”. Además, Grández hace referencia a otros dos casos que mostrarían que, bajo el test de proporcionalidad, el Tribunal ha llegado a soluciones dispares en casos sustancialmente similares. En uno de ellos (STC 01182-2005-AA), se trataba de un amparo frente a una medida de expulsión tomada por la dirección de un centro de formación industrial contra una estudiante a la que se había encontrado besándose con su enamorado en una de las dependencias de la institución. El Tribunal confirmó la constitucionalidad de la sanción, puesto que se habría tomado en “estricta observancia del principio de legalidad”; lo aplicado había sido un artículo del Reglamento del centro que consideraba faltas graves los “actos reñidos con la moral y las buenas costumbres”; el Tribunal consideró que tenía “el grado de certeza exigible”, pues “la conducta prohibida puede ser complementada mediante las reglas básicas del sentido común, toda vez que la Moral es la ciencia que trata del bien en general” (fundamento 15). Además, la medida no podía considerarse desproporcionada porque la expulsión “era la única sanción *posible* a imponerse a los alumnos infractores” (fundamento 17). Sin embargo, en otro caso similar (STC 00535-2009-AA), en el que un estudiante de una universidad había sido expulsado de la institución por haberse encontrado consumiendo marihuana, el Tribunal llegó a la decisión opuesta: ordenó la reincorporación del expulsado por considerar la medida como desproporcionada. La argumentación del Tribunal no es muy clara, pero las razones para haber decidido así parecen haber sido estas dos: 1) la sanción sería desproporcionada e irrazonable porque en el proceso disciplinario se omitió “la valoración de toda prueba o elemento contextual” (fundamento 23); 2) en el

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

– 3 –

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

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

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

sin lesionar –o sin lesionar tanto– a la intimidad), etc. ¿Pero es aceptable el concepto de ponderación que maneja Alexy? ¿Es la suya la mejor reconstrucción posible de esa técnica argumentativa?

En mi opinión, las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada; yo diría que sus errores han sido, fundamentalmente, de carácter retórico⁵. Lo que él llama la “fórmula del peso”, con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc. El propio Alexy ha escrito⁶ que su esquema –aritmético– vendría a ser el equivalente al tipo de inferencia deductiva –el modus ponens o silogismo judicial– de la subsunción. Es aproximadamente cierto; y digo “aproximadamente” porque, como en seguida se verá, el esquema de Alexy no es exactamente –como él dice– la “justificación interna” de la ponderación, sino más bien la “justificación externa” de una de sus premisas. Pero precisamente por ello, porque se trata de un esquema

5. Una exposición y crítica del planteamiento de Alexy puede encontrarse en mi libro *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

6. Robert Alexy, ob. cit., p. 11.

puramente formal (cuya base es una noción elemental de justicia o de racionalidad: los beneficios no deben superar a los costes), no puede usarse más que como una ayuda para resolver un problema, el de la ponderación, que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo. El esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar un problema de ponderación sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a ese tipo de problemas. O sea, Alexy nos muestra cuáles son los lugares, los tópicos, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes (entre X e Y): la medida M es idónea para alcanzar X; no hay otra medida M' que permita satisfacer X sin lesionar Y; en las circunstancias del caso (o bien, en abstracto) X pesa más –es más importante– que Y; etc. Pero nada más. Quiero decir que uno se puede muy bien ahorrar el esfuerzo contable y que tampoco tiene por qué pensar, por ejemplo, que la necesidad de la medida juega sólo en relación con las posibilidades de tipo fáctico y no a propósito de lo que Alexy llama ponderación en sentido estricto, y que se refiere a las posibilidades normativas, etc. Mi sugerencia es, por tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas.

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

teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias respectivas. Como ejemplo podría servir una decisión (por lo demás, una buena decisión) del Tribunal Constitucional de Ecuador (Sentencia-0005-2008-AN), de la que he tenido hace poco ocasión de ocuparme. El Procurador General del Estado había declarado “inadmisible” la posibilidad de una exención tributaria en relación con la importación de vehículos usados, establecida por una determinada ley en beneficio de los discapacitados. El Tribunal Constitucional entendió que la ponderación efectuada por el Procurador entre el derecho a la atención prioritaria de los discapacitados frente a los derechos del medio ambiente y del consumidor había sido equivocada, o sea, que debía prevalecer el primer derecho y considerar, en consecuencia, que la exención era constitucional. Pero para eso empleó un número elevadísimo de páginas en las que se explicaba con todo detalle la teoría de Alexy y su fórmula de la ponderación, se señalaba que el elemento del “peso abstracto” no podía hacerse jugar, pues según la Constitución ecuatoriana todos los principios y derechos son de igual jerarquía, y se pasaba luego a examinar con minuciosidad el resto de los elementos de la fórmula: afectación de tal derecho, satisfacción del otro, seguridad de las conexiones empíricas (entre importación de vehículos usados y daño al medio ambiente), etc. ¿Pero no hubiese bastado simplemente con decir que es absurdo pensar que esa medida pudiese tener un efecto negativo en el medio ambiente o en los consumidores, cuando resulta que el parque automovilístico del país mayoritariamente superaba los tres años de antigüedad y que no había ninguna razón para pensar que la importación de un auto usado atentara contra los derechos de los consumidores? ¿Se necesitaba semejante esfuerzo teórico para llegar a una

conclusión prácticamente de sentido común? A riesgo de ser malinterpretado, yo diría que, en no pocas ocasiones, la mejor teoría es la que no se nota. El mejor teórico del Derecho es el que hace fácil lo difícil y no difícil lo fácil.

Por lo demás, y debido quizás –al menos en parte– a esos problemas de presentación, la teoría de Alexy es malinterpretada por muchos de sus críticos. Juan Antonio García Amado, por ejemplo, le ha reprochado insistentemente que el método de la ponderación “no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso” y que cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan “siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo”. Pues bien, a mí me parece claro que para Alexy (y yo diría que para cualquiera) no se puede ponderar sin interpretar (aunque tenga sentido hablar de interpretar –en una de las acepciones del término– sin ponderar) y también que la ponderación no excluye la subsunción: como ahora veremos, la ponderación es un procedimiento argumentativo que consta de dos fases: la primera concluye con la formulación de una regla (de una regla general y abstracta) y, a partir de ahí (en la segunda fase), se procede a la subsunción. Por su lado, José Juan Moreso acusa a Alexy de “particularismo”, pues la ponderación en concreto que refleja el esquema de Alexy sería siempre *ad hoc*, en el sentido de que “una sola propiedad diferente puede comportar una solución diferente para el caso”⁷; por ello, en su lugar, Moreso defiende una estrategia especificacionista para la ponderación, que sería

7. José Juan Moreso, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007., p. 234.

capaz de superar el particularismo. Sin embargo, de lo que no parece darse cuenta Moreso es de que, en realidad, él está diciendo lo mismo que Alexy; o, si se quiere, Moreso está olvidando lo que antes señalaba: que la ponderación genera una regla general y abstracta y, por eso, no es *ad hoc*, en el sentido en el que él usa esta expresión. Luego volveré sobre esto.

Hay una crítica más de fondo que dirigirle a Alexy y que tiene que ver con su forma de entender los principios, todos los principios, como mandatos de optimización. Desde 1991 he escrito, en colaboración con Juan Ruiz Manero, una serie de trabajos en los que hemos defendido una concepción de los principios parcialmente opuesta a la de Alexy⁸: para nosotros, no todos los principios, sino sólo una especie de ellos, las directrices, deberían verse como mandatos de optimización. Hemos discutido desde entonces con Alexy en diversos lugares a propósito de este asunto y no es cuestión de entrar aquí en detalles. Sigo pensando que la doble articulación de los principios (en directrices y principios en sentido estricto) es preferible al modelo uniformizador alexiano pero, en realidad, las dos posturas, la de Alexy y la nuestra, son bastante similares a efectos prácticos. Al partir de esa distinción, nuestra postura tiene, me parece, una doble ventaja argumentativa: 1) la jerarquía que se establece en favor de los principios en sentido estricto (su prevalencia frente a las directrices) es lo que configura el elemento más importante del “orden débil” entre principios del que –con razón– habla Alexy; y 2) la dualidad interna de los principios permite mostrar (yo creo que con más nitidez que el modelo de Alexy)

8. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, n° 10, 1991; también, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

que la racionalidad de los principios no es sólo de tipo económico o instrumental, sino también político-moral. Pero si digo que nuestras posturas son muy semejantes es, por un lado (digamos, por nuestro lado), porque la prevalencia a favor de los principios en sentido estricto no puede verse como de carácter absoluto: las razones provenientes de una directriz pueden, en algún caso, tener una fuerza superior a las dimanantes de un principio (quizás podría interpretarse que esa es la cuestión que subyace a dos de las ponderaciones antes vistas: la del caso Gürtel y la del caso del ADN, si se acepta que la finalidad de perseguir los delitos debe prevalecer, en un caso, sobre el derecho a la defensa y, en el otro, sobre el derecho a la intimidad). Mientras que, por otro lado (por el de Alexy), aunque niegue en principio la distinción, la misma juega un papel destacado a través de los elementos del peso abstracto de los principios (digamos, los principios en sentido estricto tienen también para Alexy un mayor peso abstracto que las directrices) y de las reglas sobre la carga de la argumentación. De manera que, una vez más, a lo que se llega es a la conveniencia de hacer un uso instrumental, pragmático y desprejuiciado de las teorías. Lo que, por cierto, no quiere decir tomárselas menos en serio.

Y vayamos ya al esquema de la ponderación⁹. La clave para entender esta técnica argumentativa es verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva

9. Lo he expuesto con cierto detalle en *El Derecho como argumentación*, ob. cit. Ahí distinguía dos tipos de ponderación (entre principios en sentido estricto o entre directrices) y comparaba la ponderación con la adecuación o argumento medios-fines (cuando la premisa mayor es una regla de fin) y con la subsunción (cuando la premisa mayor es una regla de acción)

regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver. Veámoslo con un poco de detalle, ejemplificándolo con el caso Gürtel.

En la *primera premisa* del razonamiento ponderativo se establece que, en relación con un determinado caso (y por las razones de las que luego se hablará), existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una conclusión incompatible con la del otro: el de la protección del derecho a la defensa, a invalidar la intervención; el principio de hacer posible la persecución de los delitos, a considerarla válida. La *segunda premisa* señala que, en relación con ese caso, y dadas determinadas circunstancias, tal principio prevalece sobre tal otro. Aquí es donde entra en juego la fórmula de Alexy de la que, por ello, decía que no es la “justificación interna” de la ponderación, sino la justificación externa (si se quiere, el esquema de justificación externa) de su segunda premisa. Naturalmente, éste es también el punto crucial de la argumentación y, por tanto, el punto en el que suelen plantearse discrepancias; pero es importante resaltar que esas diferencias no suelen concernir a cuáles son los factores que deben entrar en la ponderación, sino más bien al peso relativo que se otorga a cada uno de ellos. Otro elemento importante de discrepancia (como ocurrió en el caso Gürtel) afecta a si el problema debe resolverse o no mediante una ponderación. Luego volveré sobre ello. En todo caso, como antes decía, las razones del magistrado discrepante para entender que la finalidad de perseguir los delitos prevalecía sobre el derecho a la defensa eran éstas: importancia del delito a perseguir; idoneidad y necesidad de la medida; proporcionalidad; motivación suficiente. Todas las cuáles pueden sin demasiadas dificultades reconducirse a alguno

de los ingredientes del esquema de Alexy. La *conclusión* del razonamiento (sólo implícita en la motivación del magistrado) es una regla (la *ratio decidendi* del caso) que empareja las circunstancias antes mencionadas con la consecuencia jurídica del principio prevalente. En nuestro ejemplo (aproximadamente) sería ésta: si se trata de investigar un delito grave, no hay otra medida disponible de parecida eficacia, se previene en lo posible el derecho a la defensa, hay razones objetivas para pensar que los abogados defensores pueden contribuir a ocultar pruebas o a colaborar en la comisión de los delitos, y la orden judicial que autoriza la intervención está razonablemente motivada, entonces la intervención de la comunicación entre un interno en un establecimiento penitenciario y su abogado es lícita y, en consecuencia, válida. A partir de aquí (segundo paso de la ponderación), lo que queda es una simple subsunción: su primera premisa es la conclusión del anterior razonamiento, la regla que se acaba de expresar; la segunda premisa diría que, en el caso Gürtel, se daban todas esas circunstancias; y la conclusión sería que, en consecuencia, se debió declarar las intervenciones lícitas y válidas.

3.2. Todo lo cual lleva a tratar de contestar a la segunda serie de preguntas: ¿Cuándo hay que ponderar? ¿Está justificado hacerlo? ¿Puede evitarse?

Puesto que la primera premisa del anterior esquema está configurada por la existencia en relación con el caso de dos principios (o conjuntos de principios) que tiran en direcciones opuestas, la contestación al primero de esos interrogantes es que hay que ponderar (mejor: el juez ha de ponderar; también el legislador pondera, pero este aspecto lo dejaremos aquí de lado) cuando, para resolver un caso,

no puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que (sin entrar en alguna precisión que aquí no es necesario hacer) permitiría un razonamiento de tipo clasificatorio o subsuntivo. Y la pregunta, entonces, es: ¿Cuándo ocurre esto? Pues bien, nos encontramos (el juez se encuentra) en esa situación cuando: 1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas); 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso. No voy a entrar aquí en detalles sobre esta tipología y simplemente aclararé que, si no he incluido supuestos de contradicción entre reglas, es porque los mismos pueden reducirse a casos de laguna: si la contradicción es fácil de resolver, entonces eso no supone ningún problema, y si no fuera así, entonces eso se debe a que existe una laguna (en el nivel de los criterios de resolución de antinomias). Por lo demás, si hiciéramos un repaso de los ejemplos de ponderación mencionados, cabría decir lo siguiente. Muchos de ellos parecen integrar supuestos de laguna normativa: típicamente es lo que ocurre cuando están en juego la libertad de expresión (y/o de información), por un lado, y los derechos al honor, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, por el otro. No se trata de un defecto por parte del legislador, sino de que no ha juzgado conveniente establecer al respecto reglas muy específicas, puesto que pueden surgir en el futuro muchas circunstancias relevantes e imposibles de predecir; digamos, que el legislador ha considerado que es mejor que ponderen los tribunales a la vista de las circunstancias del caso, a que lo haga él *in abstracto*. Eso

es lo que habría pasado con el caso de los periodistas de la cadena *Ser* o con el caso *Titanic*; y también con el caso de la calle de las pizzas (aunque aquí se trate de ponderar entre la libertad de trabajo y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, frente el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud, por el otro) o con el de las azucareras del Norte (en el que la ponderación se efectuaba entre el principio de cosa juzgada y el desarrollo económico). Otros podrían verse como ejemplos de laguna axiológica. Así ocurriría con el caso del ADN si se pensara que su regulación en las leyes procesales (la obligación a someterse a la prueba) puede ser contraria a los principios y valores del ordenamiento. Y también con los dos casos de expulsión de centros docentes; lo que en ellos se cuestionaba, en el fondo (y con independencia de cómo se haya resuelto), es la adecuación a los principios y valores del ordenamiento de ciertas reglas del sistema (las que ordenaban la expulsión en uno y otro caso). Ambos casos, por cierto, debería haberlos resuelto el Tribunal, en mi opinión, echando mano del principio de equidad que, como Aristóteles percibió agudamente en la *Ética a Nicómaco*, no es ni más ni menos que un principio (o meta-principio) interpretativo que viene a decir que hay circunstancias en las que las razones de justicia vinculadas a la singularidad de un caso pesan más que las de seguir estrictamente la ley; o sea –podríamos nosotros interpretarlo así– es un criterio para ponderar en un cierto sentido¹⁰.

10. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en su artículo 36, establece: “La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes”. El art. 37: “El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes”. Y el art. 40: “El juez debe sentirse vinculado no

Y, en fin, el caso Gürtel quizás pudiera verse como un ejemplo en que es dudoso si el supuesto está o no previsto por una regla. De hecho, como se ha visto, esa fue la tesis (que existía una regla) de la mayoría del tribunal (para negarse a efectuar la ponderación). Y fue también la tesis (pero en sentido contrario) del fiscal del caso, que entendió que había una determinada regla procesal del Derecho español que autorizaba la intervención de las comunicaciones en un establecimiento penitenciario, aun cuando no se tratara de delitos de terrorismo. Por lo demás, no hay que olvidar tampoco que hay supuestos en que son las mismas reglas del sistema las que ordenan o autorizan al juez a proceder a ponderar (dadas determinadas circunstancias). Y que la clasificación anterior (como ocurre siempre con las clasificaciones) no debe verse más que como un esquema de valor instrumental: puede ser discutible si un caso cae dentro de uno u otro de los anteriores tipos, y muchas veces nos encontramos con casos complejos que combinan elementos de una u otra de las categorías establecidas.

Lo importante es darse cuenta de que la ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios, como queda plasmado en la primera premisa del esquema de lo que se ha llamado la “ponderación en sentido estricto”. Y lo que tiene que hacer el que pondera (lo primero que tiene que hacer) es preguntarse si está justificado recurrir a la ponderación. Esta es una pregunta muy difícil de contestar, e imposible de hacerlo en abstracto. Quiero decir que no es lo mismo, por ejemplo, plantearse cuándo está justificado que un Tribunal Constitucional o un Tribunal Supremo

sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”.

pondere (y cree, por ejemplo, una laguna axiológica) y cuando lo está que lo haga un tribunal de rango inferior, o un órgano administrativo. La ponderación no es (como en seguida veremos al contestar la tercera tanda de preguntas) un procedimiento arbitrario, pero supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción y eso justifica que la ponderación de los tribunales tenga que ser mucho más limitada que la del legislador (este último sólo tiene el límite de la Constitución) y que la que efectúan los tribunales inferiores tenga también más limitaciones que la de los superiores: entre otras cosas porque las ponderaciones efectuadas por los segundos (los precedentes) son, con mayor o menor intensidad (dependiendo de cada sistema), vinculantes para los primeros.

En cuanto a si puede evitarse la ponderación, la respuesta, de acuerdo con lo anterior, sería que, al menos en muchos casos, sí; desde luego, podría hacerse cuando se trata de lagunas axiológicas en el nivel de las reglas. Pero lo que habría que plantearse, la pregunta que realmente importa, es si resulta conveniente hacerlo. Quiero decir con ello que evitar recurrir a una ponderación, y resolver el problema en el nivel de las reglas, puede suponer incurrir en formalismo; en formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia del moral) supone siempre un ingrediente formalista que, por lo demás, es una señal de identidad de la racionalidad jurídica moderna (llámese principio de legalidad o racionalidad formal del Derecho en el sentido de Weber). El formalismo en sentido peyorativo supone no prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas y de principios; o, dicho de otra

manera, tratar de resolver todos los casos sin recurrir a los principios y, por lo tanto, a la ponderación. El caso Gürtel (tal y como fue resuelto por la mayoría del tribunal), el de los periodistas de la cadena *Ser* y el de la expulsión de la estudiante por besarse con su enamorado son una prueba, en mi opinión, de las consecuencias indeseables del formalismo.

3.3. Queda entonces por contestar la tercera serie de preguntas: ¿Es la ponderación un procedimiento racional? ¿En qué consiste esa racionalidad?

Las críticas de Juan Antonio García Amado y de José Juan Moreso, a las que antes he hecho referencia, apuntan, en realidad, a poner en duda la racionalidad de la ponderación, el primero, y la racionalidad de la ponderación tal y como la entiende Alexy, el segundo. García Amado, porque considera que la ponderación no es otra cosa que una valoración y él es escéptico con respecto a la existencia de criterios objetivos de valoración: la razón no alcanza para establecer fines y valores de carácter objetivo. Por eso, en su opinión, la ponderación cumple una función esencialmente ideológica: “Y por eso también [además de los neoconstitucionalistas] es esta de la ponderación la doctrina que con más entusiasmo acogen los propios Tribunales Constitucionales, pues es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador”¹¹. Moreso porque, como hemos visto, considera que la ponderación tal y como la presenta Alexy incurre en particularismo, esto es, no pasaría el test

11. Juan Antonio García Amado, *ob. cit.*, p. 4, nota

de la universalidad ni, en consecuencia, todos los otros criterios de la racionalidad práctica.

No es posible, por supuesto, entrar aquí en detalles sobre una cuestión tan compleja. Hace algunos años escribí un artículo¹² en el que trataba de explicar en qué consistía esa racionalidad, a partir del análisis de una serie de casos resueltos por el Tribunal Constitucional español a propósito de la ponderación entre la libertad de información o de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, por el otro. Las decisiones del Tribunal y sus fundamentaciones constituían, en mi opinión, un buen ejemplo (que proponía como modelo para las comisiones de bioética) de cómo puede operar la racionalidad práctica. Ello era así en la medida en que el Tribunal había construido al resolver los casos verdaderas *reglas* aunque, naturalmente, no podía pretenderse que ellas estuvieran en condiciones de resolver en forma indubitada todos los casos futuros; pero una regla abierta –decía entonces– que se aplica o no se aplica con claridad a ciertos casos y deja a otros en la penumbra, sigue siendo una regla. En mi opinión, el método utilizado por el Tribunal Constitucional podía caracterizarse mediante dos pasos. El primero consistía en la construcción de una taxonomía que permitiera ubicar cada caso dentro de una determinada categoría: por ejemplo, podía tratarse de una contraposición entre la libertad de información y el honor, entre la libertad de información y la intimidad, etc. En el segundo paso, se elaboraban “reglas de prioridad”, como la siguiente:

12. Manuel Atienza, “Juridificar la bioética”, en *Claves de Razón Práctica*, 1996; está incorporado en mi libro *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra-Temis, Lima, 2004

“Cuando existe una contraposición entre la libertad de información y el derecho a la intimidad:

1. Hay una presunción *prima facie* a favor del derecho a la intimidad.
2. Sin embargo, la libertad de información puede prevalecer si:

2.1. La información tiene 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, Y

2.2. Es veraz.

- Una información es veraz si:
 - 1) es verdadera, o
 - 2) es falsa, pero se ha procedido con la diligencia debida al elaborarla, Y

2.3. No contradice los usos sociales”. Etcétera.

Allí señalaba también que esas reglas eran fragmentarias, incompletas y abiertas: muchos de los conceptos a los que aludían necesitaban aún ser desarrollados en sentidos imposibles de prever por el momento; cabía suponer que aparecerían, cuando

surgieran circunstancias que aún no se habían presentado, nuevas distinciones relevantes; algunos de los criterios establecidos por el Tribunal eran sencillamente discutibles y quizás fueran abandonados o modificados con el transcurso del tiempo. Pero eso –añadía– no privaba al procedimiento, y a sus resultados, de racionalidad. Por un lado, no estábamos en presencia de un conjunto de opiniones más o menos arbitrarias y subjetivas, sino que obedecían 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. Por otro lado, en la medida en que no constituían simplemente soluciones para un caso, sino que pretendían servir como pautas para el futuro, proporcionaban también un mecanismo –imperfecto– de previsión. Finalmente, al tratarse de decisiones fundamentadas, esto es, de decisiones a favor de las cuales se aducían razones que pretendían ser intersubjetivamente válidas (al menos, para quien aceptara los anteriores requisitos de coherencia, universalidad, bondad de las consecuencias y respeto de la Constitución), las mismas podían también ser (racionalmente) criticadas y, llegado el caso, modificadas.

Pues bien, lo mismo puede decirse (o el mismo test puede aplicarse) a los ejemplos de ponderación que antes ponía. En los ejemplos conflictivos, se trataría de contraponer la *ratio decidendi* de una ponderación a la de la otra (o a la *ratio decidendi* que subyace al procedimiento no ponderativo). Por ejemplo, en relación con el caso de la cadena *Ser*, se trataría de analizar si las razones

aducidas por el juez a favor del derecho a la intimidad (que constituiría la *ratio decidendi* de su decisión) tienen el peso que él les atribuye. Y me parece que es relativamente fácil mostrar que no: lo de que internet no es un medio de comunicación social, sino universal es una afirmación simplemente errónea y a la que no cabe atribuir ningún peso; tampoco parece aceptable que el dato de estar afiliado a un partido político pueda formar parte del núcleo duro de la intimidad (yo diría que por razones obvias); y, en fin, como ese dato no forma parte del núcleo duro, unido al hecho de que la información publicada era relevante y veraz, la consideración de si su divulgación tiene o no carácter necesario no puede hacerse en términos muy estrictos: quiero decir, que basta con considerar que esa divulgación no fue completamente gratuita (y los hechos del caso hacen pensar que no lo fue) para llegar a la conclusión de que está justificada, de manera que su peso en el balance, o es inexistente o es mínimo. Y a propósito del caso Gürtel, también me parece fácilmente compartible la tesis de que la *ratio decidendi* del magistrado discrepante resulta ser una regla universalizable, coherente con los valores del ordenamiento y capaz de producir consecuencias sociales positivas, lo que no ocurre con la *ratio decidendi* de la mayoría: sostener que, salvo que se trate de un delito de terrorismo, *nunca* es lícito intervenir las conversaciones entre un interno y su abogado defensor parece claramente una regla no universalizable, que atenta contra valores básicos del ordenamiento (entre otros, el principio de igualdad: supone dar un trato de privilegio a los acusados de un delito que están en prisión, pues a los acusados en libertad sí que cabe intervenirles en algún caso sus comunicaciones), y con consecuencias sociales

verdaderamente inasumibles: favorecer la impunidad para cierto tipo de delitos.

No pretendo, naturalmente, decir que todo esto sea indiscutible. Pretendo decir que los criterios de racionalidad de la ponderación no son –no podrían ser– otros distintos a los de la racionalidad jurídica en términos generales. Esos criterios (flexibles y abiertos, pero no inexistentes) son, por cierto, los que permiten ver el Derecho –los Derechos del Estado constitucional– como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas. Pero la objetividad del Derecho y la cuestión de la única *respuesta* correcta es un tema que bien puede quedar para otra ocasión.

SOBRE PONDERACIONES. DEBATIENDO CON MANUEL ATIENZA

Juan Antonio García Amado

1. Nociones elementales sobre fenomenología de la ponderación

1.1. Sopesando objetos.

Ponderar se parece más a sopesar que a pesar. Por otro lado, el gran debate actual en la teoría jurídica y jurídico-constitucional se radica en la ponderación relativa de principios en litigio para un caso.

Supongamos que tengo un lápiz y que quiero pesarlo para conocer su peso. Necesito: a) un instrumento de pesaje que b) aplique un patrón de peso establecido (por ejemplo, en kilos y con arreglo al sistema métrico decimal). O tengo esa balanza que dé una información objetiva y fiable del peso de mi lápiz o no podré pesarlo. Pero puedo sopesarlo.

Sopesar y ponderar son términos que funcionan como sinónimos a estos efectos.

Sopesar mi lápiz significa que lo tomo en mi mano y hago un cálculo a ojo, siempre aproximativo. Es mi experiencia, mi sensibilidad y mi habilidad lo que me pone en situación de calcular con más o menos acierto el peso de tal objeto, pero nunca voy a acertarlo con gramos o miligramos exactos.

Ese sopesar puede acontecer de dos modos o por dos razones. Yo puedo tener un motivo o interés para saber cuál es el peso de mi lápiz. A falta de báscula que me permita pesarlo, lo sopeso; es decir, a falta de conocimiento objetivo de tal dato, emito un juicio lo más aproximado que puedo, pero sin garantía ninguna de exactitud o precisión. Pero mi interés también puede ser, por la razón válida o comprensible que queramos, el de saber si mi lápiz pesa más que mi bolígrafo. Si tengo con qué pesarlos con precisión bastante, los peso. Si no, sopeso uno y otro y doy un juicio, fundado en esas sensaciones más al sopesar uno en cada mano o uno y otro en la misma mano, sucesivamente. Diré, por ejemplo, que (me parece que) pesa más el lápiz que el bolígrafo.

Haya pesado o haya sopesado, mi afirmación de que el lápiz es más pesado que el bolígrafo puede toparse con un interlocutor no convencido y que, en consecuencia, demande razones para aceptar tal enunciado mío con ese contenido. Si lo que afirmo se basa en un pesaje en una báscula con precisión suficiente para lo que se requiere, me bastará decir eso: que lo sé porque los pesé, y al pesar el lápiz y el bolígrafo *comprobé*, sin ningún género de duda, el mayor peso del primero. No necesitaré dar ninguna

razón justificativa del resultado más que esa alusiva a que se obtuvo con un instrumento y por un procedimiento que son garantía de objetividad. Si mi interlocutor quiere cuestionar ese resultado que le presento, no podrá hacerlo manejando razones directamente dirigidas contra el resultado en sí, sino aduciendo defectos o mal manejo de la balanza (por ejemplo, que está trucada) o del modo de usarla (por ejemplo, que le di a una tecla para medir densidad del objeto y no peso).

En cambio, si mi afirmación sobre el mayor peso del lápiz se apoya en que en mi mano lo sopesé y sopesé también el bolígrafo, ¿en qué situación estamos? ¿Podrá mi interlocutor preguntarme por qué mi sopesar me da ese resultado y no otro? Sin duda podrá, pero únicamente cabe que yo le responda que es lo que me *parece* a mí, y que me lo parece con toda honestidad y con la mayor sinceridad. Si él sigue dudando, no tendré más razón que darle y nada más que tendrá sentido que le pase a él los dos objetos para que, a su vez, los sopesen. Para ver qué es lo que le *parece* a él. Es decir, una impresión puramente subjetiva, como la que resulta al sopesar un objeto (o dos objetos comparativamente) no es susceptible de ser justificada con más razones que razones *personales*: lo que me parece, lo que siento, lo que opino... Eso puede mejorar, pero no cambia en lo sustancial si estamos de acuerdo en un método mejor para sopesar. Por ejemplo, que primero se ponga cada objeto en una mano, luego que se cambien de mano y después que se pongan juntos en la misma mano. Serían tres pasos del sopesar..., de la ponderación de objetos a falta de balanza con la que pesarlos.

Ahora sopesa mi interlocutor que no se había creído el veredicto resultante de mi sopesar. Lo hace con cuidado

y calma y concluye, con tan intachable honestidad y sinceridad como las mías, que es más pesado el bolígrafo. Le pregunto que por qué lo cree él, como yo antes, me da el único tipo de explicación que le cabe: que eso le *parece* francamente y por mucho que repita la operación y por gran de cuidado que le ponga.

Si estamos pasando el rato no hay problema, cada uno se va a casa con su opinión y aquí paz y después gloria. Si hay alguna razón que nos fuerce a un resultado único y, en consecuencia, a dirimir nuestra discrepancia, ¿qué haremos? La solución es obvia: puesto que se trata del peso de objetos, busquemos una balanza, vayamos donde haya una. Que quien sepa usarla con el mayor rigor nos pese el lápiz y el bolígrafo y tendremos un veredicto completamente seguro. Se zanjó sin vuelta de hoja la disputa.

Si no contamos con esa posibilidad en modo alguno, habremos de aplicar una regla para dirimir qué juicio predomina, el de cuál de los dos. Si está establecida una regla al respecto, la aplicamos; si no la hay, tendremos primero que acordar una y luego aplicarla. Esa regla puede tener múltiples formas: echar a cara o cruz el resultado, dar prevalencia a la afirmación del más viejo, pedir opinión dirimente a un tercero determinado o aleatoriamente designado, etc., etc.

Una última precisión es importante. Una discrepancia como la expuesta solamente tendrá razón de ser y sentido cuando el peso de los dos objetos que se comparan sea en principio, a simple vista o razonablemente, similar. Es decir, cuando la posibilidad de desacuerdo venga justificada por la ausencia de una *evidente* diferencia de peso. Si lo que

usted y yo andamos sopesando es un libro convencional de quinientas páginas en papel y un pelo humano, poco tendremos que discutir a la hora de establecer cuán de los dos objetos tiene mayor peso. Sobre lo evidente no se debate y cuando alguien niega lo empíricamente más obvio no se buscan árbitros, sino loqueros o médicos.

1.2. Sopesando entidades intangibles.

Ahora alguien me interroga sobre cuánto de importante es el amor romántico en mi vida, el amor a una pareja. Balanza propiamente dicha no tengo para dar un lugar y peso exacto a ese tipo de amor en las escalas de mi vida. Pero cabe que le asigne un lugar por relación con otro tipo de sentimientos o valores vitales: es para mí el valor más importante, es uno de los más importantes, o es bastante importante, o es medianamente importante, o poco o nada importante.

Le devuelvo la pregunta a mi interlocutor. Ahora le toca responder a él. Podemos coincidir en la asignación de uno de tales valores o no. Si coincidimos, esa coincidencia versará sobre el peso abstracto del amor romántico en nuestras vidas y por relación a otros valores vitales. Supongamos que los dos hemos dicho que es uno de los valores más importantes.

Pero podemos igualmente discrepar: yo lo he calificado como poco importante y él como muy importante. Tenemos una divergencia sobre el peso abstracto de ese valor vital. ¿Podemos razonablemente argumentar y debatir sobre ella? Sin duda. Cada uno podrá explicitar sus razones, o lo que siente como tales: por qué la vida le parece mejor realizada al lado de una pareja a la que se ama, qué sintió

cuando tuvo una, o varias, cómo se encontró cuando no tuvo pareja, etc., etc. Cada uno podrá o podría rellenar todo un muy razonable cuestionario sobre ese tipo de cosas que tienen gran relación con lo que se debate. Y, sin duda, se llegaría a una sabia y muy ponderada conclusión: esos dos sujetos *valoran distinto* porque son diferentes y/o porque han tenido experiencias muy diversas.

Hasta podríamos aplicar un método para ordenar esas valoraciones o asignaciones de “peso”. Podríamos ponernos de acuerdo en que cada uno responda a tres preguntas: a) si le parece que el amor es adecuado para contribuir a la felicidad; b) si se puede sustituir por otro sentimiento o experiencia que dé tanta o más felicidad; c) si es más o menos importante el amor que alguno de esos otros sentimientos o experiencias. Ordenaríamos el debate o la argumentación, pero *cada uno seguiría contestando diferentemente al esas tres preguntas y, en consecuencia, a la de fondo*; o como consecuencia de su distinta valoración de partida de la cuestión de fondo.

Ahora pongamos una situación que no verse sobre el peso abstracto de un valor vital, o de varios, sino sobre pesos concretos. Mi amigo tiene una pareja a la que ama entrañablemente, pese al largo tiempo que llevan unidos. Pero la angustia y la duda lo reconcomen, pues él siempre ha soñado con hacerse arquitecto, esa ha sido siempre su profundísima vocación y ahora, al fin, tiene los medios para pagarse los estudios en las condiciones mejores, pues acaba de tocarle la lotería. El problema es que tales estudios sólo puede realizarlos a quinientos kilómetros del lugar donde vive con la persona amada y esta, por circunstancias insuperables, no puede acompañarlo. Ella le ha dado un ultimátum: o la arquitectura o yo, pero a las dos cosas no

podrás estar. Él comprende las razones de su pareja, que, por ejemplo, está moralmente atada a la cama de su madre enfermísima que nadie más puede cuidar y a la que no quiere separar de su casa de siempre y de su compañía.

Mi amigo tiene que tomar una decisión y me consulta a mí para tratar de reforzar su juicio o verlo más razonable. Le respondo que debe cumplir su vocación y cursar la carrera de sus sueños. Se lo argumento: los amores pueden ser pasajeros, de poco sirve amar y ser amado si uno lleva consigo una profunda frustración vital y profesional, la ligazón moral de su pareja con su madre no tiene por qué importarle más a él que su propio futuro en un trabajo que lo llene más plenamente, si su pareja lo quisiera tanto como dice no lo pondría en ese brete. Etc., etc., etc. No lo convengo, pues él prefiere la decisión contraria, ya que ama mucho a su pareja, no se ve capaz de vivir sin ella, comprende bien su compromiso con el cuidado de su madre, piensa que tal vez en el futuro pueda hacer esos estudios que ahora desecha. Etc.

Hemos sopesado el peso de dos valores vitales en el caso concreto y a la luz de las precisas circunstancias que en él concurren. ¿Podríamos haber llegado a un acuerdo? Difícilmente, ya que cada cual está aplicando la escala que en abstracto estableció previamente, al sopesar en abstracto esos valores vitales.

¿Podrían haber coincidido nuestras ponderaciones? Sí, podrían, si se hubiera dado alguna de estas dos situaciones: o bien que nuestra personal jerarquización de esos valores hubiera sido la misma o muy cercana, o bien que las circunstancias hubieran sido tan extremas como para que uno de los dos hubiera visto que ellas convertían en

despropósito la aplicación de tales prioridades abstractas. Por ejemplo, si esa pareja a la que mi amigo ama lo maltratara sistemáticamente, si su madre no estuviera apenas enferma, si ella despreciara manifiestamente la vocación y los intereses de él, etc.; en suma, si fuera *evidente para cualquiera* que dar prioridad al amor de mi amigo sobre su vocación resulta *absurdo* para quienquiera que tomara en consideración esa situación concreta. Pero entonces tampoco tendría tanto sentido que él dudara y pidiera opinión ajena, salvo para *comprobar* que la suya no era en modo alguno errada. *Los pleitos y litigios, y también los dramas existenciales ligados a las decisiones propias, suelen presentarse nada más que cuando los casos son difíciles, cuando queda espacio razonable para las dudas.*

En otra oportunidad mi amigo y yo hemos debatido sobre un asunto que no tenía tan directas implicaciones personales, concretamente sobre si será compatible con la Constitución española la tortura en ciertos casos. Los dos conocemos que el art. 15 dice que nadie puede ser sometido a tortura, pero los dos hemos leído también unos escritos de Dershowitz y Brugger en los que estos autores ponen el caso de la bomba de relojería y el terrorista detenido que no confiesa dónde la colocó, de manera que o es rápidamente obligado a confesar, por cualquier medio, tortura incluida, o hay convencimiento de que docenas o cientos de personas inocentes pueden morir dentro de pocas horas. Él está a favor de que en una situación tan excepcional los interrogadores torturen al terrorista detenido, siempre que haya seguridad de todos los otros datos del caso. Le pregunto cómo puede llegar a esa conclusión y me responde que sólo hay que sopesar lo que por un lado y otro está en juego.

Como, además, ha leído a Robert Alexy, me lo fundamenta paso a paso y con detalle. Primero me explica que nadie podrá dudar de que esa tortura es idónea para salvar las vidas en peligro; después, que en las circunstancias del caso no hay una alternativa menos dañina para el derecho del terrorista detenido, pues está adiestrado para resistir la presión psicológica de los interrogatorios convencionales y, además, por el lado de la protección de las víctimas inminentes tampoco queda otra opción viable, ya que estamos en una gran ciudad llena de lugares muy concurridos y en unas pocas horas, las que creemos que faltan para que la bomba estalle, no hay tiempo para desalojar cada lugar concurrido o cada edificio de muchos vecinos; y, por si fuera poco, de la capacidad destructiva y mortífera de la bomba tampoco caben dudas razonables. Puestos a sopesar, parece un caso bien fácil, pues, para rematar, y como él me argumenta, si ponemos en un platillo de la imaginaria balanza el derecho de este concreto sujeto a no sufrir el maltrato de la tortura y en el otro el derecho a la vida y a la integridad física de docenas o cientos de ciudadanos completamente inocentes, nadie en sus cabales dudará del resultado. Es como pesar un sencillo lápiz contra un elefante.

Pero yo estoy radicalmente en contra de la tortura en cualquier caso y ocasión. ¿Qué puedo hacer? Negarme al juego del sopesar, oponerme a que se ponga en un platillo de la balanza ese derecho a no ser torturado y a que se compare su peso con el de otros derechos o el de los derechos de otros, incluso contra derechos tan fundamentalísimos como el derecho a la vida. Y, puesto que me doy cuenta de que él me ha invocado los esquemas de Alexy y que ha convertido ese derecho a no ser torturado

en un principio más, para poder sopesarlo por comparación con otros derechos-principios, como el derecho a la vida, contraataco con sus mismas armas doctrinales. Le recuerdo que Alexy no sólo habla de reglas y principios y de que un principio puede perder frente a otro principio o una regla, y que una regla puede perder ante un principio, sino que también menciona las que llama reglas de validez estricta, que son aquellas que jamás pueden ser derrotadas porque son imponderables, triunfos seguros. Son, las reglas de validez estricta, las que amparan derechos absolutos. Y remacho: la norma que prohíbe la tortura es una regla de validez estricta y, por tanto, no admite excepción, es inderrotable.

Entonces él me pregunta que dónde dice Alexy que la norma que veda la tortura es una regla de validez estricta y que tal derecho es absoluto. Tengo que reconocerle que, hasta donde llegan mis lecturas de ese autor o mi recuerdo de ellas, no lo afirma en ninguna parte, pero que así tiene que ser si no queremos vivir en un Estado horrible y muy peligroso para todos nosotros, etc., etc. Pero no ceja mi contendiente en su empeño y me pide que al menos le explique qué caracteres definitorios o notas estructurales tienen esas normas que son reglas de validez estricta y que no se ponderan, sino que se aplican mediante pura y dura subsunción, pues así, sabiendo cuáles son esas notas identificadoras, podremos discutir si la del art. 15 de nuestra Constitución es tal o es un simple principio o una regla del montón. Entonces le tengo que reconocer dos cosas. La primera, que en Alexy no hay tal caracterización estructural de las reglas de validez estricta, por lo que no podemos aplicar esa plantilla alexyana para ver si la prohibición de tortura se contiene en una de tales o no.

La segunda, que me da igual, pues *para mí* la tortura es suprema aberración moral y no admito que ni en un solo caso pueda hacerse excepción a su veto. Entonces él contraargumenta que *para él* también la tortura es práctica por lo común moralmente rechazable en grado sumo, pero que más terrible y moralmente reprochable le parece que no se ahorre la muerte cruel de muchos inocentes cuando puede evitarse torturando lo que sea necesario a uno solo que, además, es un malvado sin paliativos.

Él ha ponderado y yo me he negado a ponderar. En su personal escala moral y de valores la interdicción de la tortura no ocupa un lugar tan altísimo como en la mía. En la de él no caben derechos absolutos o, al menos, no entra ese derecho como derecho absoluto. En la mía, sí. Los acuerdos son imposibles mientras uno de los dos no altere sus personales preferencias morales, el sistema de valores en que se basan.

¿No hay sitio para ningún acuerdo posible? A lo mejor sí. A lo mejor podemos llegar a alguna transacción por vía de interpretación, es decir, precisando lo que por tortura puede entenderse en el art. 15 de la Constitución. Basta que él admita que en esa norma quedan prohibidos los casos claros e indiscutibles de lo que cualquiera y en su significado más propio puede llamar tortura, cosas tales como la picana o el llamado método de la bañera o clavarle alfileres debajo de las uñas o quemarle partes del cuerpo. Y que yo me avenga a admitir que fuera de esos casos claros que caen dentro del núcleo de significado, a lo mejor ya no se trata propiamente de tortura, ya no se está ante el “contenido esencial” del derecho. Por ejemplo, podemos acordar que en la situación descrita sea admisible alguna práctica de la llamada tortura psicológica. Mas entonces ya no estaremos sopesando o ponderando unos

derechos o principios contra otros derechos o principios, sino valorando razones para una interpretación más extensiva o más restrictiva del término “tortura” en el art. 15.

En términos de concepción de las normas y los derechos y en clave de exigencias de racionalidad argumentativa, ¿cambia algo? Sí, lo siguiente. Cuando lo que se ha de justificar mediante argumentos es la interpretación de una norma, el eje de la argumentación ha de ponerse en consideraciones generales sobre cómo queda configurada, después de tal o cual interpretación, esa norma que se interpreta. Predominan ahí las razones generales referidas a los efectos futuros de esa norma con tal configuración interpretativa. Las razones interpretativas que se aduzcan son razones en pro o en contra de una y otra interpretación. Por mucho que cuando la norma se interpreta para aplicarla a un caso concreto, como el que aquí debatíamos, ocurra aquel ir y venir de la mirada entre la norma y los hechos del caso, del que hablaba Engisch en expresión célebre, el acento no se pone en la circunstancias del caso, sino en la conformación genérica de la norma. La consecuencia para el caso concreto que se enjuicia es una más de las consecuencias que se valoran. El caso queda sometido a la norma que se ha interpretado para abarcar una generalidad de casos¹³, de los que el presente es uno más, aunque sea el que ahora toca resolver.

En cambio, el planteamiento es diferente cuando el énfasis argumentativo se coloca en las circunstancias de *este* caso. Entonces la regla se construye enteramente (o poco menos) para hacer justicia a este caso, con prescindencia de los otros. Cierto que se dirá que la regla así construida a partir del pesaje de las circunstancias del caso y bajo la que esos

13. Integrandos, incluso, los casos pasados a los que dicha norma ya se haya aplicado.

hechos se subsumen para extraer la solución de ese caso, es una regla con vocación de futuro y llamada a ser aplicada a casos futuros que presenten circunstancias perfectamente idénticas. Pero bastará una alteración de una de esas circunstancias para que se tenga que construir una regla nueva para el caso nuevo. En otras palabras, deja de haber normas (incluso normas constitucionales de derechos fundamentales, como las que aquí están en juego) con un núcleo o contenido esencial capaz de prever la solución de casos venideros. Cada vez que concurren razones de algún peso para hacer que pueda plantearse razonablemente la posibilidad de torturar, habrá que volver a valorar (a ponderar) los concretos hechos concurrentes, salvo que esos hechos del caso nuevo sean exactamente los mismos del caso anteriormente resuelto, lo cual nunca va a suceder, pues no hay (o casi no hay) dos casos perfectamente idénticos en todo.

Retrocedamos un poco, retornemos al debate entre mi amigo y yo. Yo me había negado al juego de la ponderación, al entender que la prohibición de tortura no se contiene en una norma, la del art. 15, que sea un principio o una regla derrotable por un principio. En *mi* sistema moral, la prohibición de tortura sólo puede ser absoluta. Pero ahora supongamos que sí estoy abierto a ponderar, sobre la base de asumir que tal norma es un principio más. Que tanto mi amigo como yo ponderemos ¿supone, con necesidad o alta probabilidad, que lleguemos al mismo resultado? No, ni siquiera en este caso que parecía tan claro en cuanto a los respectivos pesos de los derechos o principios en juego; o que le parecía tan claro a mi amigo imaginario.

Si en vez de adoptar la estrategia del veto, argumentando que la prohibición de tortura es una regla invencible, asumo que es un principio, pero quiero que

gane en la ponderación, debo argumentar para justificar *mi* pesaje alternativo de las circunstancias del caso. Tendré que discutir aquella *narración de los hechos* que había elaborado mi interlocutor. Cuestionaré que sea cierto que la policía pueda tener certeza plena de que el detenido haya colocado esa bomba, o de que la bomba vaya a explotar precisamente en una hora o dos, o que vaya a hacerlo en lugar muy concurrido, o que tenga la mortífera potencia, etc. Basta que pueda asirme a una circunstancia fáctica que admita una lectura alternativa, para que pueda justificar un balance diferente de las razones y los principios. Pues da la impresión de que los “ponderativos” a menudo olvidan también que, al igual que en el proceso las normas se interpretan, otro tanto ocurre con los hechos, salvo los contados que se nos ofrecen indubitadamente. De la misma forma en que vemos tantas veces a los tribunales que aplican el método ponderativo obviar la argumentación que justifique la interpretación de la norma, interpretación que ha sido dirimente o codirimente del resultado, es frecuente que los hechos que se ponen en la balanza como circunstancias determinantes del peso respectivo de los principios sean hechos sobre cuya prueba, consistencia o capacidad de convicción no se argumenta lo bastante o casi nada.

Frente al test de idoneidad y al de necesidad que ha aplicado mi interlocutor con resultados favorables para su tesis, pues nos ha contado que hay certeza de que falta solamente una hora o dos para que la bomba explote, yo puedo explicar que esa certidumbre no es tal y que seguramente hay más tiempo, con lo que en nada se beneficia el derecho de las víctimas potenciales, o que hay un medio más benigno para el derecho del detenido y que

tiene el mismo efecto protector para los ciudadanos, como, por ejemplo, pedirles que se refugien en sus casas y no acudan a lugares concurridos hasta que la policía localice, con sus medios legales, el explosivo.

¿Y el test de proporcionalidad en sentido estricto? No lo supera la medida en discusión si existe descompensación, desproporción, pero sí en caso de que el beneficio para un derecho (aquí, el derecho a la vida de las víctimas hipotéticas) no sea inferior al daño para el derecho de la otra parte (en este caso el del torturado o candidato a tal). Contesten en su fuero interno los lectores: ¿qué estiman más grave para un ser humano, más degradante, morir sin culpa en un atentado o ser torturado? Ahora desde el punto de vista del autor de la respectiva acción: ¿es más afrentoso para la esencia del Estado de Derecho y para los valores constitucionales principalísimos el matar a un inocente o el torturar a un presunto culpable con el fin de salvar vidas?

A mi interlocutor le sale que el balance es favorable a la tortura; la balanza mía da el resultado opuesto. Y ambos, puestos a ponderar, daremos la versión que a nuestra postura más convenga sobre los hechos del caso y sobre el peso abstracto de los respectivos principios. Porque, y aquí está el dato decisivo, *ni los principios pesan en sí ni las circunstancias del caso pesan en sí*; el respectivo peso se lo damos nosotros, al “sopesarlos”. Y en el peso que les asignamos podemos coincidir o no. En los casos muy evidentes, a tenor de los valores compartidos o del núcleo fundamental de los mismos, coincidiremos; en los casos difíciles y que, por tanto, requieran balanza de más precisión, discreparemos. Y no hay más tutía.

1.3. A modo de balance sobre pesos y balanzas

(i) Cuando se trata de objetos materiales, se puede pesar o sopesar.

- Para pesar hace falta una unidad de medida y un instrumento adecuado y suficientemente preciso (balanza).
- Dada la unidad de medida y el instrumento para pesar, el peso que con ellos se asigna a un objeto o a varios será indiscutible.

Sólo se podrá cuestionar (argumentar en contra) el resultado del pesaje poniendo en solfa el funcionamiento del instrumento o su adecuado manejo por quien pesó.

(ii) Con objetos materiales también se puede sopesar. Sopesar es atribuir peso a ojo de buen cubero o por aproximación: si el sujeto S es el que sopesa el objeto X, el resultado será: lo que a S *le parece* que pesa X.

- El resultado del sopesar será tanto más aproximado cuanto mayor sea la experiencia y habilidad o sensibilidad del que sopesa.
- Cuando un sujeto S' discute el resultado obtenido por S al sopesar X, cabe que S' sopesa, a su vez, el objeto X. El resultado será: lo que a S' le parece que pesa X.
- El mismo tipo de juicios se da cuando se trata de sopesar para establecer si pesa más X o Y.
- El tipo de razones con que S y S' justifican sus resultados son razones justificativas de su parecer, de su opinión o sensación subjetiva.

- Las discrepancias entre S y S', sean sobre el peso de X o sobre si pesa más X o Y, pueden dirimirse objetivamente mediante un instrumento apropiado para pesar con suficiente precisión (balanza).
- Si no se dispone de ese instrumento: se mantiene el contraste de pareceres.
- Si se mantiene el contraste de pareceres, pueden estipularse reglas para dirimir el litigio: echar a cara o cruz, someterse al veredicto de un tercero (al parecer dirimente de un tercero), dar prioridad al juicio del más viejo, etc., etc.
- Puede haber casos en que sea evidente para cualquier persona razonable que X pesa más que Y: que un elefante pesa más que una mosca. Lo perfectamente evidente para cualquier persona razonable no admite discusión.

(iii) También se puede decir, metafóricamente, que se sopesan entidades intangibles, inmateriales: valores, derechos, intereses inmateriales...

- Cada sujeto puede tener y suele tener una jerarquía de ciertas entidades inmateriales (ej.: ¿qué es más importante, el amor o la amistad? Para S puede ser el amor y para S' la amistad).
- S y S' pueden dar razones sobre tales preferencias personales.
- Cuando S y S' tienen que establecer en un caso concreto una preferencia entre X e Y, entidades inmateriales ambas, cada uno aplicará su personal escala de preferencias: S resolverá el caso a favor de X y S' a favor de Y.

Cada uno podrá justificar mediante razones su preferencia en el caso, pero serán razones dependientes de la escala personal abstracta de preferencias.

- El acuerdo entre S y S' sólo será posible si a) comparten la escala abstracta de preferencias, en lo referido al lugar relativo de X e Y; o b) las circunstancias hacen absurda para cualquier persona razonable la aplicación al caso de una de esas preferencias.

(iv) Cuando lo que S y S' debaten es si en un caso concreto, con sus circunstancias, es preferible torturar a un detenido para salvar vidas (caso de la bomba de relojería) o abstenerse, aun en esa tesitura, de torturar, estamos en la misma situación de (iii)

- Si S sopesa y concluye que pesa más el derecho a la vida de los unos que el derecho a no ser torturado del otro y si S' no está de acuerdo, S' puede adoptar dos estrategias argumentativas:
 - a) Convertir el derecho a no ser torturado en derecho absoluto (Alexy: regla de validez estricta) y negarse a ponderarlo contra ningún otro derecho.
 - Ese derecho a no ser torturado es absoluto (regla de validez estricta) para S' porque S' lo ha decidido así, aplicando su personal jerarquía de bienes o valores (en este caso, de derechos)
 - No hay señales estructurales que permitan la adscripción objetiva e indiscutible de esa condición a un bien o valor (en este caso, derecho).

b) S' puede también avenirse a sopesar y concluir que el derecho a no ser torturado pesa más que el derecho a la vida.

- Ese derecho a no ser torturado pesa más que el otro, para S', porque S' lo ha decidido así, aplicando su personal jerarquía de bienes o valores (en este caso, de derechos).
- El diferente resultado de sopesar o de la ponderación a que llegan S y S' puede ser justificado por cada uno aplicando los tres pasos del método de ponderación de Alexy: tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
 - Entre tribunales o magistrados de un mismo tribunal suele darse la misma situación: unos y otros ponderan siguiendo esos pasos y llegan a resultados contrapuestos.
- Si no hay una “balanza” suficientemente precisa, nuestra discrepancia no tienen solución mínimamente objetiva y no cabe acuerdo entre nosotros, salvo que la solución requerida en el caso sea *evidente para cualquier persona mínimamente razonable*.

(v) Podemos intentar un acuerdo por otra vía: la vía interpretativa. S y S' interpretan la norma que contiene la prohibición de la tortura (el derecho a no ser torturado) y diferencian entre casos claros de lo que sea tortura (núcleo de significado; “contenido esencial” del derecho) y casos dudosos (zona de penumbra) y acuerdan que la prohibición es absoluta y clara solo para el núcleo esencial, para los casos en que evidentemente se trataría de tortura.

- ¿Qué cambia en cuanto a exigencias argumentativas? No se debate sobre los hechos y sus consecuencias para otros derechos, sino sobre las razones para interpretar la norma de una u otra manera. No se argumenta sobre las consecuencias para el caso, sino sobre las consecuencias generales de una u otra interpretación. En otras palabras: la decisión no se reconduce a ser decisión de cada caso, decisión puramente casuística.

2. Algunas dudas y unas cuantas discrepancias con Manuel Atienza

2.1. La evanescencia de las reglas (o las normas legales) y la omnipresencia de los principios. O de cómo ponerle la zancadilla al legislador incluso cuando quiere proteger derechos fundamentales.

En un trabajo recientemente publicado y que se titula “A vueltas con la ponderación¹⁴”, mi buen amigo Manuel Atienza se dice sustancialmente de acuerdo con las tesis de Robert Alexy sobre los principios y su ponderación¹⁵ y trata de defender dicha doctrina frente a algunas críticas o ciertos malentendidos. La conveniencia y utilidad de identificar muchos conflictos jurídicos como conflictos entre principios y de emplear para su resolución el método de la ponderación, con los tres pasos sistematizados por Alexy (test de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto) es ilustrada por Atienza de la mano de una serie de ejemplos de

14. Manuel Atienza, “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 44, 2010, pp. 43-59.

15. Los desacuerdos básicos de Atienza con Alexy, poco relevantes para lo que aquí hemos de debatir, creo, se refieren a lo poco útil de los intentos de Alexy para presentar la llamada fórmula del peso como una especie de algoritmo y a que Alexy, a diferencia de Atienza y Ruíz Manero, no distingue entre principios y directrices ni diferencia su papel diferente ante la ponderación.

la jurisprudencia española e internacional. De ellos, utilizaré aquí, por economía, el que para los españoles puede resultar ahora más cercano y más polémico, el del llamado caso Gürtel.

Hay una norma, el art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria¹⁶, que establece que las comunicaciones de los presos con el abogado defensor no pueden ser suspendidas o intervenidas “salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. Podríamos entretenernos en buscar las interpretaciones posibles de esta norma, aunque no es cuestión que tenga excesivo interés con los planteamientos de Atienza, como luego veremos, ya que, con arreglo a ellos, lo que la norma diga o pueda significar en su dicción importa bastante menos que las razones de principio para hacer en

16. Artículo 51 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria.

“1. Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.

ciertos casos excepción a esa dicción o interpretación. Hagamos brevemente el ejercicio interpretativo, de todas formas.

La única duda posible parece, de mano, que puede suscitarla la conjunción “y”. ¿Quiere decirse que la intervención¹⁷ de las comunicaciones del interno en prisión y abogado puede acordarse tanto con mandamiento judicial en cualquier caso, como sin tal mandamiento cuando se trata de terrorismo? Es palmariamente absurda una tal interpretación y nadie la sostendrá seriamente, pues supondría que siempre puede el juez intervenir las comunicaciones del preso y su defensor, con lo cual la norma, en tanto que protectora del derecho a la defensa, quedaría prácticamente vaciada de sentido, y que cuando el interno está acusado de terrorismo ni siquiera hace falta esa orden judicial para grabar sus conversaciones con su abogado. Interpretación tan nulamente garantista no tiene cabida, repito. Así que habrá que entender que la única interpretación posible de lo que la norma *dice* es así: que la intervención de esas comunicaciones de abogado y su defendido encarcelado sólo está permitida cuando se suman estas dos condiciones: que se trate de supuestos de terrorismo y que un juez ordene esa intervención.

Sobre la base de una interpretación así decidió la mayoría de la Sala que resolvió el caso que mencionamos. Un juez de instrucción de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, ordenó “escuchas de las comunicaciones carcelarias entre tres imputados del caso Gürtel (un caso de corrupción política y en el que están implicados muchos altos cargos del PP) y sus abogados¹⁸”. Un auto del Tribunal Superior de

17. Lo referido a la suspensión de esas comunicaciones podemos dejarlo aquí de lado, aun cuando puedan valer para ella las mismas razones interpretativas.

18. Reproduzco las palabras de Atienza, op. cit., p. 45.

Justicia de Madrid, de fecha 25 de marzo de 2010 anuló esas escuchas basándose en la mencionada interpretación de aquel art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pero hubo un voto particular que Atienza, como veremos, considera más acertado y apoyado en una correcta ponderación. Oigamos cómo Atienza resume el acierto de ese magistrado discrepante: “Por el contrario, el magistrado discrepante entendió que no tenía sentido interpretar así ese artículo, pues eso suponía establecer <<una inmunidad absoluta no prevista por la ley>>. La intervención de la comunicación en ese caso estaría justificada (digamos, el deber o la finalidad de perseguir los delitos prevalece sobre el derecho a la defensa) por un cúmulo de razones que pueden sintetizarse así: los delitos por los que estaban acusados los internos –blanqueo de dinero– son de considerable gravedad; la medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que se trata de delitos de una gran complejidad, de manera que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; la proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa; la motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución); dos de los tres abogados defensores habían sido imputados con anterioridad por hechos relacionados con los delitos de los que eran acusados los defendidos¹⁹⁷”.

Hablamos de una norma, el art. 51.2 citado, cuya estructura podemos esquematizar así:

19. Manuel Atienza, “A vueltas con la ponderación”, cit., pp. 45-46.

Prohibido X salvo cuando concurren conjuntamente las circunstancias a y b.

¿Que el legislador ha querido establecer así una inmunidad absoluta para todos los casos en que no concurren conjuntamente a y b? Pues sí, sin duda. Como tantísimas veces. En cuanto interpretación propiamente dicha, creo que no tiene sentido es otra, pues cualquier otra no sería interpretación, sino sustitución de esta norma por una diferente, con esta estructura:

Prohibido X salvo cuando concurren conjuntamente las circunstancias a y b o cualesquiera otras (c, d...n) respaldadas por un principio suficientemente “pesado”.

Traducido a la norma de nuestro caso:

Las comunicaciones entre los internos y el abogado defensor no podrán ser intervenidas²⁰ salvo por orden de la autoridad judicial²¹ y en los supuestos de terrorismo o en cualesquiera otros suficientemente relevantes a tenor de un principio opuesto al que subyace a esta norma.

En el razonamiento del magistrado que agrada a Atienza, tenemos: (i) una orden judicial de intervención de las comunicaciones entre preso y abogado; (ii) en un supuesto que no es en modo alguno de terrorismo, pero en el que (iii) concurren una serie de circunstancias que aquella norma protectora del derecho de defensa no contempla como excepción posible, pero que se convierten en tales por obra del peso del principio aquí contrapuesto

20. O suspendidas, aunque ya hemos dicho que aquí no viene al caso esa otra posibilidad.

21. No se pierda de vista que si la norma es en todo un principio, también la necesidad de orden judicial podría obviarse cuando determinadas circunstancias, a la luz de un principio, pesen más que esta condición normativamente impuesta.

al del derecho a la defensa: el principio que establece la obligación estatal de perseguir el delito.

Ponga que a usted lo detienen bajo sospecha o acusación de un delito y que lo tienen en prisión preventiva. Se le acusa de un delito que no es de terrorismo, sino otro cualquiera, más grave incluso que el de blanqueo de capitales que, al fin y al cabo, no es peor que el de homicidio o violación, por ejemplo. Usted y su abogado hablan libremente en prisión sobre su culpabilidad o inocencia y sobre estrategias correspondientes de defensa. Confían en lo que *dice* una norma y en que, se interprete como se interprete, no justifica jurídicamente que se le pongan escuchas y que éstas puedan considerarse válidas en el proceso penal contra usted. Sin embargo, están en un error y no deben, bajo ningún concepto, hablar con libertad y confianza. Pero, si no hablan con libertad y confianza en la cárcel, ¿cuándo y cómo podrán hacerlo? No deben comunicarse tranquilamente porque, pese a lo que *dice* esa norma y pese a que usted no está ni de lejos acusado de un delito relacionado con el terrorismo, pueden darse unas circunstancias que hagan que el caso se resuelva con base en una regla distinta de esa del art. 51.2 y nacida de una ponderación entre principios en la que gana el principio opuesto al del derecho a la defensa que inspira ese artículo que *dice lo que dice*.

¿Qué circunstancias pueden ser esas? Las que sean. Sean las que sean, habrá que ponderar caso por caso y ver si pesa más el derecho a la defensa o la obligación estatal de perseguir el delito con eficacia. En la descripción que Atienza hace de aquella ponderación del magistrado discrepante que considera adecuada, esas circunstancias eran éstas, recordemos:

- 1) Los delitos por los que estaban acusados los internos –blanqueo de dinero– son de considerable gravedad;
- 2) La medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que se trata de delitos de una gran complejidad, de manera que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad;
- 3) La proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa;
- 4) La motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución);
- 5) Dos de los tres abogados defensores habían sido imputados con anterioridad por hechos relacionados con los delitos de los que eran acusados los defendidos.

Mire ahora cómo es el caso de usted. Se le acusa de un delito más grave que el de blanqueo de capitales, por ejemplo de uno de contrabando. Se sospecha que usted dirige una banda de contrabandistas de cigarrillos rubios americanos. Así que ya se cumple 1 y podemos decir que:

- 1) Los delitos por los que estaba acusado el interno – usted– , delitos de contrabando– son de considerable gravedad.

Como hay, se supone, organización delictiva complicada y que opera con artes bien estudiadas, se

satisface también la segunda condición y podemos mantener que:

- 2) La medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que se trata de delitos de una gran complejidad, de manera que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad.

El juez que mandó que les grabaran y transcribieran lo que dijeron, ordenó que no se anotara lo que particularmente se refiera a la estrategia de defensa, solamente lo referido a si ante su abogado usted se confiesa culpable o inocente o a cómo explica lo que usted en verdad hizo o no hizo. Así que cumplida queda también la condición tercera:

- 3) La proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa.

La orden del juez para intervenir esas comunicaciones aparece motivada en ese documento, se dan explicaciones y razones para disponerlo así. Se satisface la condición cuarta:

- 4) La motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución).

Por último, el abogado suyo también fue anteriormente imputado por algún delito relacionado con el contrabando o con la banda con la que supuestamente usted opera, aunque hay que suponer que no ha sido

condenado por ello, ya que en ese caso no estaría ahí tan campante y ejerciendo la abogacía. De ese modo, satisfecha queda la condición quinta y última:

- 5) El abogado defensor había sido imputado con anterioridad por hechos relacionados con los delitos de los que era acusado el defendido –usted–.

La conversión a tantísimas otras situaciones de un imputado o acusado es tan fácil porque, bien miradas esa cinco condiciones, se resumen sencillamente en lo siguiente:

- (i) Que el delito sea grave, poniéndose el umbral de gravedad, por el momento, en los delitos de blanqueo de capitales.
- (ii) Que el delito tenga una trama compleja o que estemos ante una trama delictiva compleja. ¿Cuánto de compleja? Bueno, digamos que compleja.
- (iii) Que el juez motive su mandamiento de intervenir las comunicaciones y que ordene que no se transcriban las comunicaciones referidas directamente a estrategias de defensa.
- (iv) Que el abogado también sea fundadamente sospechoso de estar en el ajo, en la trama, aunque en este momento se encuentre ejerciendo sin tacha legal.

Así que volvamos a rehacer la norma, tal como la deja Atienza:

Las comunicaciones entre los internos y el abogado defensor no podrán ser intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo o en los casos en que se den conjuntamente las circunstancias (i), (ii), (iii) y (iv).

O sea, en cientos o miles de casos cada año.

Pero, como luego diremos, esta no es más que la regla general y abstracta que, para este caso y *pro futuro*, resulta de la ponderación de las circunstancias de *este* caso. Mas esa lista de circunstancias es perfectamente abierta y cada una de ellas puede ser reemplazada por otra diferente. Con lo que, si integramos esa regla del caso con el principio que la fundamenta (el de persecución eficaz del delito), la verdadera norma que rige la materia de la intervención de las comunicaciones entre abogado e interno será de este jaez:

Las comunicaciones entre los internos y el abogado defensor no podrán ser intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo o en los casos en que se den conjuntamente las circunstancias (i), (ii), (iii) y (iv) o cualesquiera otras que, conjuntamente ponderadas desde el punto de vista del principio de persecución eficaz del delito, tengan un peso igual o superior a estas cuatro o, en todo caso, con su peso justifiquen la excepción a la prohibición de intervención de las comunicaciones.

Y me permito preguntar, malévolamente si quieren: ¿Y un poco de tortura? ¿En algún caso puede haber circunstancias que justifiquen que al detenido se le torture un rato para hacer así más eficaz la persecución de un delito que será muy difícil si el reo no confiesa?

Lo verdaderamente revolucionario de este principialismo ponderativo es que las normas que *fijan* condiciones aparentemente ineludibles o que, incluso, fijan límites a las limitaciones de derechos, se vuelven fluidas, provisionales y sometidas todas a una cláusula de excepción de este tipo: “*salvo que en las circunstancias del caso haya razón suficiente para que pese más un principio justificador de una solución opuesta*”.

O sea, la norma completa:

N: *En el supuesto S, X está mandado/prohibido/ permitido salvo que en las circunstancias del caso haya razón suficiente para que pese más un principio justificador de una solución opuesta.*

Consecuencia: *los derechos*, los tan cacareados derechos que serían esencia de este modelo de Estado constitucional, *se tornan rigurosamente provisionales*, incluso cuando hay norma legal que los desarrolla tratando de maximizar (u optimizar) su alcance. Pues otras veces, como en esta ponderación que comentamos, hay un interés estatal, respaldado por el correspondiente principio, que pesa más que el derecho (en este caso el derecho a la defensa) y que lo vence, excepcionando la clara dicción de la norma protectora. ¿Cabe mayor incompatibilidad con cualquier forma de garantismo? ¿Es pensable una postura más alejada de la llamada filosofía de los derechos? ¿Habría manera más sutil de terminar a la chita callando con la filosofía dworkiniana de los derechos como triunfos, aunque sea a base de usar contra Dworkin las armas que empezó a afilar el propio Dworkin?

Cuando Atienza sintetiza y simplifica (en el sentido no peyorativo de la expresión) los pasos de la ponderación en

Alexy, al señalar que son ociosas las fórmulas algorítmicas y las asignaciones de magnitudes cuantitativas para lo que en realidad hay que hacer, resume así el método: “El esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar un problema de ponderación sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a este tipo de problemas. O sea, Alexy nos muestra cuáles son los lugares, los tópicos, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes (entre X e Y): la medida M es idónea para alcanzar X; no hay otra medida M’ que permita satisfacer X sin lesionar Y; en las circunstancias del caso (o bien, en abstracto) X pesa más –es más importante– que Y, etc.²²”.

Empecemos por el final, alusivo al test de proporcionalidad en sentido estricto. En nuestro caso X era el principio de persecución eficaz del delito e Y el del derecho a la defensa, latente bajo la regla del art. 51.2. La pregunta crucial es ésta: ¿por qué podemos afirmar unos y otros que X pesa más que Y, sea en abstracto o sea en el caso concreto? En abstracto no ha de ser, pues supongo que entonces ese artículo sería inconstitucional. ¿Y en el caso concreto? Pues en el caso concreto no *podemos* decir, estando unos y otros de acuerdo, que el principio de persecución eficaz del delito pesa más que el de derecho a la defensa, porque a mí, con franqueza, me parece lo contrario, por más que pondero y repondo las circunstancias. Y la cuestión es: ¿estoy equivocado o simplemente aplico preferencias personales distintas de las de Manuel Atienza, de modo que en mi escala de valores los derechos individuales pesan o cuentan bastante más que los intereses estatales o comunes?

22. Manuel Atienza, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 50.

Sigamos con el test de idoneidad, que requiere que “la medida M sea idónea para alcanzar X”. En nuestro caso: que la intervención de las comunicaciones entre abogado e interno sea idónea para alcanzar una eficaz persecución del delito; se supone que por aportar algún tipo de prueba o indicio relevante. Aquí la cuestión es así: puesto que en un caso como este certeza no puede haber de que tal aportación de pruebas o indicios efectivamente acontezca, bien porque sean muy discretas tales comunicaciones, ante la sospecha de que pueda haber algún juez ponderador que se salte con alegría los límites de aquel artículo 51.2, bien porque no tengan nada que decirse que no se sepa ya por otras vías, bien porque sea inocente el concreto acusado al que se le interviene esa comunicación y no haga más que reiterar en ella tal condición, ¿qué grado de convencimiento o probabilidad de eficacia o idoneidad de la medida se requiere para que este test se supere? ¿Basta una probabilidad genérica o aleatoria o se debe acreditar algún indicio o sospecha de que se van a decir cosas muy determinantes? Pura cuestión de *valoración*. Es decir, el test dará un resultado u otro en función de estas previas valoraciones determinantes.

En lo que concierne al test de necesidad (“no hay otra medida M’ que permita satisfacer X sin lesionar Y”) estamos en las mismas: ¿con qué grado de certeza o verosimilitud se debe pensar que no existe dicha medida alternativa, igual de eficaz para la persecución del delito pero menos dañina para el derecho a la defensa? ¿Cuánto de convencido se debe estar, por ejemplo, de que el imputado no va a contar a unos buenos interrogadores judiciales o a un hábil fiscal eso mismo que le dice a su abogado?

Podrían multiplicarse los argumentos. Por ejemplo, subrayando la paradoja que de aquí resulta: en cuanto se

imponga la jurisprudencia que pondere en algunos casos contrariamente a la aplicación “literal” del art. 51.2 de la Ley General Penitenciaria, dejará de ser eficaz la intervención de esas conversaciones, sea en las circunstancias que sea. ¿Por qué? Porque en cuanto los abogados sepan que ese límite legal impuesto en dicho artículo puede ser desatendido cada vez que a un juez le salga de la ponderación, dejarán de hablar esas cosas que al juez instructor le pueden interesar. O de cómo la primera vez que una medida pase los tests de idoneidad y necesidad (si pensamos que los pasa) será la última que los pase. ¿Será ponderable este argumento? ¿Alude a una circunstancia fáctica que debemos tomar en consideración en las ponderaciones? ¿En cuáles? ¿En la del primer caso, en la de los sucesivos, en todos o en ninguno?

2.2. *Reglas que van y reglas que vienen.*

Ya lo he señalado antes, tanto Alexy como Atienza insisten en que la ponderación de principios termina en la creación de una regla que tiene como su supuesto de hecho las circunstancias del caso y como su consecuencia, la prevalencia de los efectos derivados del principio que venció. Cuando expone el “esquema de la ponderación”, Atienza explica que se trata de “un procedimiento con dos pasos: en el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver²³”. Ilustra Atienza esa explicación precisamente con el caso Gürtel.

Ahora expongamos nosotros la situación sin traicionar ni los datos ni la explicación de Atienza (y la de Alexy). Teníamos una regla, la del art. 51.2 de la Ley General

23. Manuel Atienza, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 53.

Penitenciaria. Llamémosla R. Según esta doctrina de Alexy y Atienza, a toda regla subyace un principio. A R. subyace “el de protección del derecho a la defensa²⁴”. En contra opera el principio opuesto, “el principio de hacer posible la persecución de los delitos²⁵”. La ponderación es posible porque no enfrentamos la regla con el principio contrario a ella, sino este último frente a aquel principio subyacente a R²⁶. De esa ponderación, basada en las circunstancias, aunque también pueda contar el peso abstracto de cada principio, nace una regla nueva R’, bajo la que se subsume y que dicta la solución del caso. Según Atienza, R’ es igualmente “una regla general y abstracta²⁷”. Es decir, no estamos ante lo que podríamos llamar una regla del caso, particular para ese único caso, sino frente a una regla general y abstracta y que, por tanto, se entiende como llamada a regir para todos los casos subsumibles en su mismo supuesto de hecho, para todos los casos en los que se den las mismas circunstancias fácticas.

Teníamos, pues, una regla para el caso, R, que es reemplazada por una regla R’ para el mismo caso. Las dos son generales y abstractas y tienen vocación de regir para los casos bajo ellas subsumibles. R’ ha vencido a R. R’ es una regla general y abstracta que tiene un supuesto de hecho más preciso, más detallado. La regla que dice que los coches deben circular por el carril derecho de las carreteras y la regla que dice que los coches rojos que lleven tres pasajeros no deben circular por el carril derecho son, ambas, generales y

24. *Ibid.*, p. 53.

25. *Ibid.*, p. 53.

26. En el planteamiento de Alexy, en realidad la ponderación sería entre el principio de persecución del delito, por un lado, y, por otro, el principio subyacente a R más el principio general de respeto al legislador. Pero Atienza no menciona este último y simplifica la operación como choque entre dos principios sustanciales, no institucionales.

27. *Ibid.*, p. 52.

abstractas, pero el supuesto de hecho de la segunda es más preciso que el de la primera y por eso introduce en ella una excepción. Pero si toda regla general y abstracta, más precisa en su supuesto o menos, puede ser excepcionada mediante la creación de otras reglas resultantes de la ponderación en cada caso, R' también podrá ser excepcionada en un caso bajo ella subsumible pero que presenta una circunstancia adicional particular: R' puede ser excepcionada por R'' que diga que los coches rojos con tres ocupantes varones deben circular por el arcén del carril derecho. Y así hasta el infinito en la cadena de reglas y excepciones: una regla particular para cualquier caso real y posible.

Cuando es el legislador el que formula reglas generales y abstractas y formula también otras reglas que son excepciones para las primeras, el número de excepciones posibles para cada regla es finito y, además, las excepciones para las reglas conocidas están también en reglas conocidas. Cuando es el *juez* el que, a base de ponderar, excepciona R y R', excepciona la regla y excepciona la regla que marca la excepción a la regla, se producen dos consecuencias: *las excepciones posibles son infinitas y las excepciones posibles no son conocidas de antemano*. Y no vale aducir que sí son conocidas porque los principios ya estaban ahí y cualquiera que para el caso los pondere podrá conocer de antemano los resultados de toda ponderación posible, porque eso en modo alguno es así. ¿Por qué en el caso Gürtel sólo un magistrado hizo la ponderación según Atienza correcta? ¿Acaso los otros obraron con mala fe, torcidamente o con prevaricación? Se podrá responder que en ese caso la mayoría no ponderó, sino que se lanzó directamente a subsumir bajo R, mientras que únicamente el autor del voto particular se avino a

ponderar como Dios manda. Pero, si los otros se hubieran puesto a ponderar entre los principios en lugar de subsumir bajo R, ¿habrían tenido necesariamente que llegar al mismo resultado que el discrepante? ¿La ponderación no tiene más que un camino? ¿No vemos todos los días sentencias del Tribunal Constitucional en las que corrige las ponderaciones realizadas, con todos sus pasos, por el Tribunal Supremo? ¿No vemos sentencias, del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, en las que todos los magistrados ponderaron y en las que, sin embargo, la mayoría llegó a un resultado y un magistrado o una minoría al otro? ¿Podemos afirmar con rotundidad que si se aplica bien el método de la ponderación, con todos sus pasos, nada más que se puede llegar a un único resultado correcto, que unas veces será el de la mayoría y otras el de la minoría? Los que se equivocan ¿se equivocan por torpes o por malintencionados? ¿Quién tiene las claves del método para saber cuál acierta y cuál yerra al ponderar? ¿Las tiene Alexy? ¿Las tiene Atienza? ¿Por qué puede Atienza, con qué base “objetiva” puede estar Atienza convencido de que en el caso Gürtel la respuesta correcta está en el voto particular? ¿Simplemente porque la mayoría no ponderó? ¿Y si la mayoría hubiera ponderado y hubiera llegado a la misma solución?

Sabemos dónde está la clave: o hay balanza o no la hay. O pesamos o sopesamos a ojo; a ojo de la moral y las preferencias de cada uno. Si el de la ponderación es un método de pesaje, pero la balanza no está, es como si tenemos las instrucciones de uso de un aparato pero el aparato nos falta.

2.3. *¿Se pondera cuando se quiere?*

Se pregunta Atienza muy oportuna y razonablemente cuándo hay que ponderar. Su respuesta: “Puesto que la primera premisa del anterior esquema está configurada por la existencia en relación con el caso de dos principios (o conjuntos de principios) que tiran en direcciones opuestas, la contestación al primero de esos interrogantes es que hay que ponderar (mejor: el juez ha de ponderar; también el legislador pondera, pero ese aspecto lo dejaremos aquí de lado) cuando, para resolver un caso, no puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que (sin entrar en alguna precisión que aquí no es necesario hacer) permitiría un razonamiento de tipo clasificatorio o subsuntivo. Y la pregunta entonces es: ¿Cuándo ocurre esto? Pues bien, nos encontramos (el juez se encuentra) en esa situación cuando: 1) no hay una regla que regule el caso, existe una laguna normativa en el nivel de las reglas; 2) existe una regla, pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas); 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso²⁸”

Analicemos tan sustancioso párrafo.

Primero. Si para que se pueda ponderar basta que concurren dos principios enfrentados, se puede siempre, o casi. Si lo que viene al caso con claridad y según sus términos es una regla, debe tenerse en cuenta que, según Alexy y el principialismo en su onda, debajo de toda regla late un principio, que es el que le da su sentido y razón de ser. Que haya regla no significa que no quepa ponderar, por tanto, sino

28. Ibid., p. 54.

que se puede ponderar con sólo sacar a relucir su principio y que concurra uno de sentido opuesto. Con lo que habremos de concluir que se puede ponderar siempre, o casi, pues, dada la heterogeneidad de los principios y lo “flexible” de sus contenidos, cada vez que se quiera contrariar la solución que nace de una regla (y del principio que tienen debajo) se nos va a ocurrir un principio. Otro dato más para entender que la vinculación del juez a las reglas (o a las normas del legislador, si se quiere ver más claro) es provisional y relativa: tiene que aplicarlas mientras no dé, en las circunstancias del caso, con un principio del que pueda sacar buenas razones para inaplicarla.

Segundo. Nos dice Atienza que hay que ponderar cuando, para resolver un caso, el juez “no puede partir directamente de una regla”. ¿Qué significa ahí “no puede”? Cabe que no haya tal regla y que tengamos una laguna propiamente dicha. No sucede así en el caso Gürtel, donde había regla, la del art. 51.2, y era claro el significado posible de sus términos, como antes hemos visto. Pero también es posible que la laguna sea de las llamadas axiológicas: hay regla, perfectamente constitucional y legítima y respaldada por un principio constitucional de los importantes, pero no resuelve “aceptablemente” el caso. ¿Aceptablemente? ¿Desde qué punto de vista? ¿Para quién? A mí me parece que la regla del 51.2 resuelve muy aceptablemente el caso Gürtel, pero debo de estar equivocado.

El razonamiento de fondo es así: (i) hay una regla que, en sus términos, claramente resuelve el caso; (ii) esa resolución del caso no la considera aceptable el juez o profesor de turno; (iii) no se ve posibilidad de alterar esa resolución mediante una interpretación propiamente dicha, jugando con las interpretaciones posibles de la norma; (iv)

se dictamina que hay una laguna axiológica, de resultas de que no se encuentra en el sistema ninguna regla (ni esa ni otra) que aporte la solución aceptable del caso; (v) se busca un principio del que pueda extraerse para el caso la solución que se considera aceptable; (vi) se pondera dicho principio contra la regla (y su principio) contraria e “inaceptable”; (vii) se concluye que pesa más aquel principio que esta regla (y su principio de fondo); (viii) se construye la regla del caso y con ella se resuelve el caso en sentido contrario a la regla preexistente.

De este esquema podemos sacar varias de las que podemos denominar *constantes del razonamiento ponderativo*:

- a) No se recurre a la ponderación cuando la solución deseada puede ser alcanzada mediante una interpretación posible de los términos de la norma. En tales ocasiones se ignora o se deja de lado que el caso puede ser presentado como de concurrencia de principios contrapuestos. En otras palabras, nunca se pondera para que gane el principio subyacente a la regla que da la solución que nos gusta: simplemente se aplica esa regla con un esquema interpretativo-substantivo. Y aquí paz y después gloria y como si no fuéramos principialistas.
- b) Siempre que se acude a la ponderación de un principio contra una regla (y su principio) es para que pierda la regla. Pues, como se acaba de decir, si la regla pudiera ganar, no se recurriría a la ponderación.
- c) La laguna axiológica no se constata, se crea: primero se determina que la solución que hay es inaceptable

y después se afirma que, puesto que es inaceptable la solución que hay, no hay solución: que existe una laguna (axiológica). ¿Para quién y para cuántos ha de ser inaceptable la solución que se trasmuta en laguna axiológica?

- d) Nunca se pondera para perder. Jamás veremos o leeremos entre líneas, en los “ponderativos”, una expresión así: la solución que a mí me parece más justa y aceptable es la solución S, pero después de ponderar he comprobado que pesa más (el principio que lleva a) la solución S’.

Sobre el caso Gürtel en particular nos dice Atienza que “quizás pudiera verse como un ejemplo en que es dudoso si el supuesto está o no previsto por una regla. De hecho, como se ha visto, esa fue la tesis (que existía una regla) de la mayoría del tribunal (para negarse a efectuar la ponderación). Y fue también la tesis (pero en sentido contrario) del fiscal del caso, que entendió que había una determinada regla procesal del Derecho español que autorizaba la intervención de las comunicaciones en un establecimiento penitenciario, aun cuando no se tratara de delitos de terrorismo²⁹”.

Mas que haya regla que cubra el caso o que no la haya no es especialmente relevante, a la postre, pues de otros casos de los que Atienza maneja como ejemplos (como el caso ADN o los dos de expulsión de centros docentes) reconoce que sí había regla, pero que se deberían haber resuelto “echando mano del principio de equidad que, como Aristóteles percibió agudamente en la *Ética a Nicómaco*, no es ni más ni menos que un principio (o meta-principio) interpretativo que viene a decir que hay circunstancias en las que las razones de justicia

29. Ibid., p. 55.

vinculadas a la singularidad de un caso pesan más que las de seguir estrictamente la ley; o sea –podríamos nosotros interpretarlo así– es un criterio para ponderar en un cierto sentido³⁰”.

Así pues, para introducir una excepción a la vigencia de una norma para un caso bajo ella subsumible ni siquiera hace falta buscar tal o cual principio constitucional, ya que es posible echar mano de esa especie de principio de cierre o “meta-principio” que es la equidad, como justicia del caso concreto, y ponderarlo contra la norma (y su principio subyacente) para que la derrote. La vigencia de cualesquiera normas –reglas– para solucionar casos y la vinculación del juez a la ley quedan sometidas a esta cláusula de excepción: *cualquier norma N debe aplicarse al caso salvo que la solución que para él brinde sea contraria a la equidad. ¿Cómo se mide o se pesa la equidad? Si es un patrón mínimamente objetivo, ha de mostrarse cómo se puede conocer de modo intersubjetivamente válido; si rige la discrecionalidad en grado amplio cuando se aplica la equidad, aquella cláusula de excepción queda de este otro modo: cualquier norma N debe aplicarse al caso salvo que la solución que para él brinde sea contraria a la equidad, a tenor del respectivo juicio discrecional del juez.*

Por otra parte, y aunque tal vez sea cuestión menor, la calificación de la equidad, así empleada, como principio (o meta-principio) “interpretativo” también es discutible. Los principios interpretativos sirven para justificar la elección entre interpretaciones posibles de una norma, llamando interpretaciones posibles las que patentemente no vulneran las reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas del lenguaje

30. Ibid., p. 55.

en que está formulada la norma. Ciertamente, en ese sentido la equidad es un principio interpretativo. Pero cuando la equidad se usa como justificación de lo que tradicionalmente se llamaría la decisión *contra legem*, no estamos ante un principio interpretativo, sino ante un argumento que sirve para justificar la creación de una norma opuesta a la que resolvía el caso, norma opuesta que al caso se aplica en detrimento de la preexistente.

Atienza resalta que “la ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios³¹” Pero entonces, como el propio Atienza plantea acto seguido, la pregunta capital es la de cuándo debe ponderarse y cuándo se debe subsumir bajo la regla preestablecida, si la hay. Si la hay, puede soslayarse la ponderación de principios aplicando la regla. Dice nuestro autor que aunque se aprecie una laguna axiológica, es posible aplicar la regla, ya que laguna en sentido propio no hay. Pero ¿es bueno o malo aplicar la regla en una tal situación? Si no entiendo mal, Atienza indica que no es conveniente: “evitar recurrir a la ponderación, y resolver el problema en el nivel de las reglas, puede suponer incurrir en formalismo; en formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia del moral) supone siempre un ingrediente formalista que, por lo demás, es una seña de identidad de la racionalidad jurídica moderna (llámese principio de legalidad o racionalidad formal del Derecho en el sentido de Weber). El formalismo en sentido peyorativo supone no prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas y principios; o, dicho de otra manera, tratar de resolver todos los casos sin recurrir

31. Ibid., p. 56.

a los principios y, por tanto, a la ponderación³². Es decir, no se debe aplicar la regla al caso bajo ella subsumible si la solución resultante es injusta, y entonces ha de prevalecer algún principio en contra de esa regla, alumbrándose así una nueva regla que resultó de la ponderación de este principio contra la regla aquella. En la solución dada por la mayoría del tribunal al caso Gürtel ve Atienza un buen ejemplo de lo improcedente del formalismo. Dice: el caso Gürtel, tal como fue resuelto por la mayoría del tribunal, es una “prueba, en mi opinión, de las consecuencias indeseables del formalismo”.

Por otra parte, si bajo toda regla late un principio³³, no se entiende bien la afirmación de que el formalismo de aplicar la regla suponga “no prestar razón a las razones subyacentes a las reglas”. ¿No es posible aplicar las reglas, aun frente a principios que se les puedan oponer, por razón de las razones –o principios– que a ellas subyazcan?

Volvamos al asunto de la discrecionalidad. Según Atienza, “la ponderación no es (...) un procedimiento arbitrario, pero supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción, y eso justifica que la ponderación de los tribunales tenga que ser mucho más limitada que la del legislador (éste último sólo tiene el límite de la Constitución), y que la que efectúan los tribunales inferiores tenga también más limitaciones que la de los superiores, entre otras cosas porque las ponderaciones efectuadas por los segundos (los

32. *Ibid.*, p. 56.

33. Admitamos que tal vez esta tesis es más de Alexy que del propio Atienza. Pero si bajo cada regla no hay –al menos– un principio, y si se puede ponderar una regla contra un principio opuesto, entonces deja de ser verdadero con carácter general lo que Atienza afirmó hace un momento: que “la ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios” (*ibid.*, p. 56).

precedentes) son, con mayor o menor intensidad (dependiendo de cada sistema), vinculantes para los primeros³⁴”.

Retóricamente podríamos preguntar a Atienza si cuando él sostiene que la decisión de la mayoría del tribunal en el caso Gürtel fue equivocada, está ejercitando su particular discrecionalidad o si cree que en ella hay un error que se habría evitado ponderando, o ponderando adecuadamente. Mas si esa mayoría resolvió discrecionalmente –pongamos– y si el voto discrepante –y Atienza– también resuelven al contrario pero igualmente de modo discrecional, ¿cómo se soluciona con un mínimo de objetividad o certeza el choque de discrecionalidades? ¿No es mayor el límite que a su discrecionalidad se pone quien aplica la regla al caso que bajo ella claramente se subsume, que quien la inaplica en aras de la equidad o ponderando con una “dosis de discrecionalidad”?

Incidentalmente, aunque no sea tema central aquí: por qué importa, como elemento para distinguir la frecuencia con que en perjuicio de las reglas pueden ponderar los tribunales inferiores y las superiores, el que las decisiones de éstos engendren precedentes vinculantes. El precedente vinculante es, al fin y al cabo, una regla más, esta vez sentada por vía jurisprudencial, y, como toda regla, puede ser posteriormente desatendida cuando choca con un principio opuesto y en la ponderación correspondiente éste gana. ¿O es que las reglas del legislador pueden dejarse de lado cuando dan solución injusta para un caso y, por el contrario, los precedentes jurisprudenciales vinculantes no? ¿No puede el tribunal inferior inaplicar la regla del precedente superior, pero sí le está permitido al tribunal superior inaplicar la regla contenida en la norma que proviene del legislador? ¿Implica eso

34. Ibid., p. 56.

que es mayor la legitimidad o ha de ser más alto el poder de los tribunales superiores que la legitimidad o el poder del legislador? Si es así, ¿por qué? ¿Se correspondería esa visión con el diseño constitucional de los poderes y las competencias? Alguno responderá que se compadece con la importancia que la Constitución da a los derechos. Pero ¿y los derechos políticos ligados a la soberanía popular? Eso sin contar que en el caso Gürtel y con la solución que Atienza –y el autor del voto particular– hubiera preferido, el que pierde es un Derecho, frente a un interés colectivo o difuso o un principio habilitador de poderes del Estado.

Se ocupa Atienza también del tema decisivo de si la ponderación es un procedimiento racional. Concluye que sí. Por ejemplo, cuando juzgamos soluciones judiciales como las que él pone como muestras “se trataría de contraponer la *ratio decidendi* de una ponderación a la de otra (o a la *ratio decidendi* que subyace al procedimiento no ponderativo)³⁵. Hay que ver si las “las razones aducidas por el juez” en favor de tal o cual derecho, razones que conforman la *ratio decidendi* de su decisión, “tienen el peso que él les atribuye”. Aquí está el núcleo de todo el asunto: ¿cómo se puede valorar, apreciar, medir o establecer –como queramos decirlo– si las razones con que el juez ha dado para resolver a su manera la ponderación –o para justificar la prioridad de la regla en el caso– “*tienen el peso que él les atribuye*”? Si el primer juez ponderó o valoró y se basó en las razones que mejor le parecieron, según su criterio *discrecional*, el segundo (o Atienza) no hará más de cotejarlas con el criterio *discrecional* suyo. Si hay discrecionalidad, la afirmación “la razón R tiene el peso P” equivale, bien desarrollada hasta el final, a esta otra: “la razón R tiene el peso P (o no tiene el peso P) según

35. Ibid., p. 58.

mi discrecional criterio”. Si es así, si hay esa discrecionalidad que Atienza ha reconocido, las razones o los principios y/o las circunstancias del caso vistas a la luz de esos principios no tienen un peso en sí, sino el peso que el juez o crítico de turno les atribuya. Ponderar, entonces, no es más que valorar subjetivamente –aunque sea con ánimo de respaldar esas valoraciones con razones que tienen una honesta pretensión de convencer a los interlocutores posibles– lo que los principios (en abstracto o en el caso) pesan. Pero, puestas así las cosas, la afirmación “la decisión del tribunal T en el caso C fue incorrecta porque no ponderó o no ponderó bien”, debe completarse con este pequeño matiz: “*a mi parecer*, la decisión del tribunal T en el caso C fue incorrecta porque no ponderó o no ponderó bien”. Y, si el contraste entre decisiones ponderativas se convierte en puro contraste de pareceres personales, cada uno de los cuales puede estar respaldado por razones admisibles o no completamente extemporáneas, para ese viaje a la discrecionalidad no hacía falta tanta alforja de método ponderativo y de apelaciones a la moral y la justicia.

A lo mejor me equivoco, pero no me parece que Atienza se resigne a la anterior conclusión ni se conforme con tan poca utilidad de los principios y su ponderación. El trabajo que estamos analizando concluye de esta guisa: “Pretendo decir que los criterios de racionalidad de la ponderación no son –no podrían ser– otros distintos a los de la racionalidad jurídica en términos generales. Esos criterios (flexibles y abiertos, pero no inexistentes) son, por cierto, los que permiten ver el Derecho –los Derechos del Estado constitucional– como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas. Pero la objetividad del Derecho y la cuestión de la única *respuesta* correcta es un

tema que bien puede quedar para otra ocasión”. A la espera quedamos.

Terminemos con el juicio final de Atienza sobre el caso Gürtel: “Y a propósito del caso Gürtel, también me parece fácilmente compatible la tesis de que la *ratio decidendi* del magistrado discrepante resulta ser una regla universalizable, coherente, con los valores del ordenamiento y capaz de producir consecuencias sociales positivas, lo que no ocurre con la *ratio decidendi* de la mayoría: sostener que, salvo que se trate de un delito de terrorismo, *nunca* es lícito intervenir las conversaciones entre un interno y su abogado defensor parece claramente una regla no universalizable, que atenta contra valores básicos del ordenamiento (entre otros, el principio de igualdad: supone dar un trato de privilegio a los acusados de un delito que están en prisión, pues a los acusados en libertad sí que cabe intervenirles en algún caso sus comunicaciones), y con consecuencias sociales verdaderamente inasumibles: favorecer la impunidad para cierto tipo de delitos³⁶”

No puedo estar más en desacuerdo, por mucho que pondero y pondero los principios o reglas y las circunstancias del caso. Pero, como se trata de “pesar” razones, “pesemos” esas de Atienza.

- (i) Tanto las razones de la mayoría como las del magistrado discrepante serán o no coherentes “con los valores del ordenamiento” según cuáles de esos valoreselijamos como vara de medir. Atrinchersarse en el “valor” del derecho de defensa del imputado y en la norma legal que lo protege es coherente con

36. Ibid., p. 59.

unos valores. Poner el acento en la eficaz persecución del delito es coherente con otros valores.

- (ii) ¿Por qué no es universalizable una proposición que diga que nunca deben ser intervenidas, salvo en los casos de terrorismo, las comunicaciones entre abogado y cliente?
- (iii) ¿Por qué atenta contra el principio de igualdad que a los internos en las cárceles no se les puedan intervenir las conversaciones con sus abogados, salvo en caso de terrorismo, y que a los que están en libertad sí se les puedan intervenir en ciertos casos? ¿Acaso no atenta tanto o más contra el principio de igualdad sostener que a unos internos se les pueden intervenir las comunicaciones y a otros no, diga lo que diga la ley general y según la ponderación que el juez haga caso por caso?
- (iv) ¿Hasta qué punto hay que dar beligerancia a las consecuencias sociales más o menos inasumibles? ¿Inasumibles por quién? ¿Cuántas más reglas penales y penitenciarias hemos de poder excepcionar basándonos en lo inasumible de sus consecuencias sociales? ¿No parece a muchos socialmente inasumible la presunción de inocencia, la irretroactividad de la ley penal, la ausencia de pena de muerte, el principio de resocialización de los presos, el principio de proporcionalidad de las penas... o la prohibición radical de la tortura, y no favorece todo ello “la impunidad para cierto tipo de delitos”? ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar a golpe de ponderación y cuánto nos puede costar a cada uno que ciertos principios con amplio

respaldo social, como el de eficaz persecución del delito y el de lucha contra la impunidad, se pongan tan “pesados”?

Al fin y al cabo, para el propio Alexy el principio de legalidad penal, sancionado en el art. 103 de la Constitución alemana es un principio más, sólo un principio y, como tal, derrotable. Pero eso ya no es culpa de Atienza, ciertamente.

CARTA SOBE LA PONDERACIÓN

Manuel Atienza

Querido Juan Antonio:

Hace tiempo que tengo en la cabeza (desde que nos vimos en León en el seminario de septiembre) contestar a tu comentario crítico a mi artículo a propósito de la ponderación. Pero no quería (no podía) hacerlo antes de haberme librado de una serie de compromisos que me han traído a mal traer durante todas estas semanas. Disculpa por lo tanto esta demora que inevitablemente va a suponer un retraso también en nuestro proyecto de escribir un librito sobre la ponderación que tenga la forma de una polémica entre nosotros dos con algún comentario externo. Estoy seguro, por lo demás, de que mi incumplimiento no te parecerá muy grave, entre otras cosas porque parece obvio

(en esto no creo que haya discrepancias entre nosotros) que la discusión sobre la ponderación –a pesar de la enorme cantidad de páginas que ya se han escrito sobre el asunto– no ha hecho, por así decirlo, más que empezar.

He pensado –de lo que ya te habrás dado cuenta– en darle a mi contestación una forma epistolar. Me parece que de esta manera podré exponer mis argumentos de una manera más personal y directa, aunque quizás menos sistemática de lo que resultaría si hubiese optado por un formato más convencional. Pero, al fin y al cabo, una exposición de este último tipo es lo que hice ya en mi artículo “A vueltas con la ponderación”, y puesto que será inevitable que repita muchos de los argumentos que aparecían allí (te anticipo ya que, después de leer tu crítica, sigo pensando sobre la ponderación de manera no muy distinta a como pensaba antes), al menos me propongo cambiar la manera de presentarlos. En definitiva, yo creo que el género epistolar puede prestarse bien para una polémica amistosa y desenfadada como es la nuestra.

Y ya que estamos, y puesto que ambos amamos las discusiones que se desenvuelven en un estilo directo y sin muchas contemplaciones, empiezo por señalarte algunas falacias que me ha parecido poder detectar en tu crítica. Son cuatro y te las enuncio ahora como de entrada, pues yo creo que volverán a salir en otros momentos de esta carta.

La primera es la que se suele llamar de “el hombre de paja” y, en mi opinión, la cometes en cuanto haces de mí un defensor de una versión del constitucionalismo ajena por completo a mi manera de pensar y que, además, he combatido en muchísimas ocasiones. O sea, me presentas en tu artículo como alguien que piensa que, para decidir un

caso jurídico, un juez puede prescindir tranquilamente de las reglas e ir sin más a los principios para encontrar allí (o para inventarse, tomando como excusa los principios) la solución que uno piensa es la justa. Sin duda, esa manera de construir la imagen del adversario (teórico) facilita las cosas a la hora de formular una crítica. Pero, como te decía, yo no soy el tipo de jurista (o de teórico del Derecho) que tú presentas: me tomo muy en serio las reglas y me tomo muy en serio al legislador, puesto que el Derecho –nunca he tenido ninguna duda al respecto– es obviamente una práctica autoritativa. No es sólo eso, pero el hecho de que sea eso supone un límite infranqueable para alguien que –como es mi caso– pretende jugar al juego del Derecho. Los principios y la ponderación, en definitiva, no son (o no deben verse o usarse como) instrumentos para prescindir de la autoridad del Derecho. O, para decirlo de otra manera, mi modelo de juez (o de jurista) no es en absoluto el del juez activista en el que tú pareces estar pensando, sino el del juez que evita tanto el formalismo como el activismo.

La segunda de las falacias (muy ligada a la anterior) es la de la exageración y probablemente tenga que ver con tu gusto por la ironía y por el argumento de reducción al absurdo. Conozco estas prácticas de cerca, pues se usan a menudo en el grupo de Alicante y es posible que yo también recurra de vez en cuando a ellas. Está claro que cuando se distorsiona, se exagera, una tesis es más fácil llegar, a partir de ella, a alguna afirmación absurda. Pero conviene preguntarse si el absurdo que se ha creído poder derivar arranca de premisas que son realmente las que el otro ha sostenido. Por ejemplo, si se parte de la premisa de que de una regla se puede prescindir sin más ni más (o de que no importa mucho si hay o no hay una regla

que se aplique al caso), entonces es fácil concluir que el contrincante está sosteniendo algo indefendible, absurdo. Pero como te digo –y en seguida volveré sobre ello– la premisa en cuestión es por completo ajena a lo que yo pienso (y creo haber escrito; también en ese trabajo que criticas) sobre el asunto. Te aclaro, por cierto, que no me siento en absoluto herido por tu ironía, que me agrada tu estilo desenvuelto y que me he reído de muy buena gana oyendo o leyendo cosas tuyas. A lo que me refiero es a que la ironía (y la exageración) corren el peligro de convertirse (si no se administran con mucho cuidado) en métodos más aptos para hacer reír que para contribuir a que una discusión racional pueda progresar.

Llego ahora a la tercera falacia, a la que podríamos llamar del paso de la posibilidad a la necesidad, esto es, de la afirmación (verdadera) de que se puede usar (de hecho, se usa en ocasiones) el método o el procedimiento ponderativo como un arma para decidir de manera arbitraria, a la afirmación (en mi opinión, falsa) de que ponderar implica siempre, necesariamente, actuar de manera arbitraria. No es cuestión de hacer crítica filológica de tu escrito, pero mi impresión de lector atento y espero que cuidadoso (lo he leído varias veces y he procurado, en la medida de lo posible, hacerlo sin prejuicios) es que tú das ese paso y en más de una ocasión.

Y la cuarta (y yo diría que la más importante) es una versión de la petición de principio que, yo creo, cometes una y otra vez en tu trabajo, en cuanto das por supuesto que en materia de valores no hay criterios racionales. O, para ser más exactos, que no los hay cuando se trata de valores últimos y no hay un acuerdo entre dos o más sujetos que discuten, a propósito de una determinada situación, sobre

si es el valor X o el valor Y el que tiene una superior jerarquía, un mayor peso. En tales casos, dices varias veces en el texto, lo único que hay son razones personales, preferencias que no cabe someter a un escrutinio racional. Y eso es algo que a mí me parece no se puede dar sin más ni más por sentado. Desde luego, si tuvieras razón al pensar así, probablemente toda nuestra discusión sería en vano, esto es, no habría mucho de que hablar. Pero me temo que lo mismo ocurriría en relación con cualquier discusión jurídica de algún interés. Pues yo no concibo ningún problema verdaderamente importante de carácter jurídico (por lo menos, ningún problema con alguna dimensión práctica) que no tenga alguna coloración axiológica. Pero, como te digo, ese es precisamente el centro o uno de los centros de la discusión: si está justificado asumir un punto de vista escéptico sobre los valores y, en consecuencia, sobre la argumentación jurídica.

La comisión de esas cuatro falacias (disculpa que adopte este tono casi de fiscal) va acompañada o ha sido facilitada por una actitud que yo calificaría (esto te lo digo con cierta “sorna asturiana”) como de esfuerzo por no entender al otro. Quiero decir, cuando te oigo discutir sobre estas cosas (y lo he hecho varias veces en tus participaciones en el curso de argumentación jurídica de Alicante y en otros sitios) tengo la impresión de que hay en ti algo así como un propósito deliberado de no entender, de buscar siempre la peor interpretación posible de lo que el otro ha dicho o escrito. Digamos, la inversión del famoso “principio de caridad” que, ciertamente, enuncia un requisito indispensable para que una discusión racional pueda progresar. Como en Alicante acostumbramos también a discutir de manera muy poco caritativa, puedo asegurarte

que sé muy bien de lo que hablo. Y, naturalmente, estoy dispuesto a revisar y, en su caso, a corregir todo lo que aquí escriba y que pudiera contravenir ese principio tan fundamental y que, por cierto, no sabría decir muy bien si puede o no ser derrotado en algún caso; me inclino a pensar que sí, aunque no creo que nuestra polémica pueda ser una de esas excepciones: no imagino ninguna circunstancia en la que alguno de nosotros dos estuviera justificado para comportarse con falta de caridad hermenéutica hacia el otro.

Y vayamos ya a cosas más concretas. La crítica que me diriges se centra en el análisis que en mi artículo presentaba del “caso Gürtel” y en el tipo de solución que proponía al respecto. No sé sinceramente si es el mejor ejemplo posible para discutir sobre la ponderación dadas todas sus connotaciones políticas y también, yo diría, gremiales. Pero, en fin, es uno de los ejemplos que yo utilizaba, y no simplemente *en passant*, de manera que no puedo ahora quejarme de que tú hayas decidido fijarte en él, como dices en tu artículo, “por economía”. Ahora bien, también por razones de economía he de decirte desde el comienzo que la presentación que haces del caso en cuestión me parece manifiestamente errónea. Y cuando te digo “manifiestamente” es porque creo que tú mismo vas a reconocer que es así, una vez que oigas (o que leas) lo siguiente.

En tu artículo das por sentado que “la única interpretación posible” del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria es que esa norma dice que “la intervención de esas comunicaciones de un abogado y su defendido encarcelado sólo está permitida cuando se suman estas dos condiciones: que se trate de supuestos de

terrorismo y que un juez ordene esa intervención”. Te haces poco después la pregunta (retórica): “¿Que el legislador ha querido establecer así una inmunidad absoluta para todos los casos en que concurran conjuntamente a y b [las dos anteriores condiciones]?” Y contestas: “Pues sí, sin duda”. Y todo ello, todas esas “obviedades”, serían las razones que te llevan a pensar (si no he entendido mal, sería la conclusión de tu argumento) que a mí me importa poco lo que digan las normas o, en todo caso, que, digan lo que digan las normas, siempre estaría dispuesto a contradecir su tenor, a excepcionarlas, basándome en razones de principio.

Pues bien, las premisas de las que partes son falsas. Como sabes, el Derecho penal me cae bastante cerca, y antes de escribir lo que escribí tuve oportunidad de enterarme de cómo estaban las cosas en relación con ese artículo. Y al respecto hay algunos datos de interés para lo que estamos tratando. Esa ley se dictó en 1979, recién aprobada la Constitución (cuando, por lo tanto, no se había desarrollado aún el sistema de derechos fundamentales que hoy conocemos) y en uno de los momentos álgidos del terrorismo de ETA; cuando se tienen esos datos en cuenta, no es nada implausible pensar que la intención de quienes aprobaron la ley fue la de permitir (a través del art. 51.2 en relación con el 51.5) que el director de un establecimiento penitenciario pudiese intervenir la comunicación entre un preso de una organización terrorista y su abogado defensor sin necesidad de contar con autorización judicial: esa fue, precisamente, la primera interpretación que hizo de ese artículo el Tribunal constitucional, en una sentencia de 1983. Ese tribunal cambió luego de opinión, pero no para sostener lo que a ti te parece tan obvio, sino simplemente

para decir que también en los supuestos de terrorismo se necesitaba la autorización judicial. Y, en fin, el nuevo reglamento penitenciario que se hizo de la ley (en 1996) recoge la interpretación que te acabo de señalar y, para que pueda intervenir la comunicación entre un abogado y un interno, requiere únicamente que la intervención haya sido judicialmente autorizada; no que se trate, además, de un delito de terrorismo. Si quieres ver con detalle los argumentos existentes en contra de la interpretación del artículo que a ti te parece tan indiscutible, puedes ir a un trabajo de José Jiménez Villarejo (en “El Cronista” de junio de 2010) y a otro de Carmen Juanatey (en la “Revista General de Derecho penal” de Iustel, en mayo de 2011). Quizás te sorprenda leer que ambos consideran que el tenor literal de ese artículo (su interpretación “gramatical”) a lo que lleva es precisamente a entender que lo que estaba diciendo el legislador es que la suspensión o intervención de las comunicaciones de los abogados con los detenidos tenía que ser ordenada por la autoridad judicial, *salvo* que se tratara de delitos de terrorismo.

Por supuesto, ya sé que esta última interpretación (no que se pueda intervenir las comunicaciones en casos de delito de terrorismo sin contar con autorización judicial – no es eso lo que sostienen– , sino que la prohibición de intervenir las comunicaciones cuando no se trata de delitos de terrorismo no es absoluta) es discutible; que hay una sentencia del Tribunal Supremo (de 1997) que sostiene lo que tú sostienes; que esa fue también la interpretación del Tribunal Superior de Madrid; etcétera, etcétera. Pero lo que me parecería extraño es que, después de haber leído lo anterior, siguieras pensando que tu interpretación –aunque puedas seguir considerándola como correcta o como la más

correcta— es “la única posible”. Creo que no puedes hacerlo además porque, dado tu escepticismo interpretativo, la falta de consenso al respecto en la comunidad jurídica te lo impide. Y si no es la única interpretación posible (como —insisto— creo estás obligado a conceder), entonces me parece que, al menos a propósito de este caso, dejas de tener razón alguna para pensar que yo mostraba una disposición a saltarme alegremente las normas. Mientras que, por mi parte, te estaría dando una buena razón para justificar mi afirmación de que incurres en la primera (y quizás en alguna otra) de las falacias que antes te señalaba. Más claro: si el legislador y/o el Tribunal Constitucional se pronunciara alguna vez de manera inequívoca en el sentido de establecer una inmunidad absoluta en ese supuesto, entonces yo pensaría que eso es, en efecto, lo que establece para el caso el Derecho español y lo que un juez debe aplicar: sería mal Derecho, Derecho injusto, pero Derecho. Pensaría que debería cambiarse (como lo pienso en relación con muchas normas incuestionablemente vigentes: sin ir más lejos, todas las de desarrollo del desdichado “Plan Bolonia” de nuestras universidades), pero no pensaría que ello pueda hacerse animando a los jueces y a otros funcionarios a que dejen a un lado las leyes y las sentencias del Tribunal Constitucional y se pongan a ponderar directamente los principios constitucionales. Hace algunos meses escribí un articulito a propósito de qué es lo que debe hacer un juez que tiene que decidir si puede considerar o no como saldada la deuda de quien, después de haber suscrito un crédito hipotecario con un banco para comprar una vivienda, deja de pagar las cuotas (obligado a ello por la crisis económica) y el banco se queda con la casa. Pues bien, mi opinión era que un juez no puede (sin salirse del Derecho) introducir la figura de la dación en

pago (sólo el legislador podría hacerlo), aunque tiene a su disposición alguna técnica –como el abuso del derecho o el enriquecimiento injusto– cuya utilización podría estar justificada en casos de particular gravedad: por ejemplo, cuando haya buenas razones para sostener que se trata de un uso anormal o excesivo del derecho.

Me doy cuenta que con esto último parecería estar llevando, por así decirlo, agua para tu molino, esto es, estaría dando a entender lo que antes negaba: que siempre puede encontrarse alguna manera de excepcionar las normas puestas por el legislador. Pero no creo que sea así. Nuestros Derechos –los Derechos del Estado constitucional– incorporan, en mi opinión, muchos recursos de los que puede (debe) valerse el jurista que opera en ellos para lograr casi siempre una respuesta correcta: una respuesta justa y conforme con el Derecho. Pero eso no quiere decir que todo valga, esto es, que no haya límites. Lo que sí es posible es que yo trace unos límites que parecen ser más flexibles que aquellos en los que tú estás pensando. Y esa mayor flexibilidad se ve, precisamente, en relación con el juego de las normas y de las excepciones. Me paro por ello un momento a examinar esta cuestión que me parece importante.

Tú parece pensar que las reglas (a diferencia –supongo– de los principios) no tienen excepciones implícitas, esto es, que todas las excepciones están dadas de antemano, han sido previstas por el legislador, y en eso ves una ventaja decisiva en relación con la manera de operar (con principios) a través de la ponderación: “Cuando es el legislador –escribes– el que formula reglas generales y abstractas y formula también otras reglas que son excepciones para las primeras, el número de excepciones

posibles para cada regla es finito y, además, las excepciones para las reglas conocidas están también en reglas conocidas. Cuando es el *juez* el que, a base de ponderar, excepciona R y R', excepciona la regla y excepciona la regla que marca la excepción a la regla, se producen dos consecuencias: *las excepciones posibles son infinitas y las excepciones posibles no son conocidas de antemano.*" También das a entender –lo que es una consecuencia de lo anterior– que hay normas (reglas) que no tienen excepciones de ningún tipo: la prohibición absoluta de intervenir la comunicación entre un abogado y su defendido que se encuentre en prisión que, según tú, contiene el ya comentado art. 51.2 de la LOGP; o, para poner un ejemplo que nos evite volver a la anterior discusión y que tú también usas (precisamente para mostrar las ventajas de no ponderar), la prohibición de tortura: si te he entendido bien, tú consideras que se trata de una prohibición absoluta, que no admite ninguna excepción, aunque parece aceptar que el significado de lo que sea “tortura” está (o podría estar) abierto, en el sentido de que hay casos claros de tortura y otros que caerían en la zona de penumbra; sugieres –por vía de hipótesis– algún caso de tortura psicológica, de manera que (insisto, si te he entendido bien), las circunstancias, o ciertas circunstancias, podrían hacer que “tortura” cambiase su significado: el intérprete iría precisando ese concepto a medida que fuera tomando decisiones en relación con qué casos son de tortura y qué casos no.

Bueno. La idea de que las reglas no pueden ser derrotadas (si sólo tienen las excepciones establecidas por el legislador –las excepciones son “finitas y conocidas”–, ello equivale a negar que puedan ser “derrotadas”, en el sentido en el que hoy suele usarse esa expresión) me

parece muy difícil de defender y, en caso de hacerse, ello conduciría a una concepción de tal rigidez que dudo pueda ser la tuya. Hace poco estuve releendo un texto de Alchourrón sobre esto de la derrotabilidad. Defiende ahí (el trabajo se llama “Sobre Derecho y lógica”; quizás lo hayas leído) un enfoque “disposicional” de la derrotabilidad, que le parece de particular interés en relación con la interpretación de normas jurídicas, y que viene a consistir en lo siguiente. Para él, todas o, por lo menos, la mayor parte de las normas (incluidas, pues, las normas legislativas) son derrotables, en cuanto poseen excepciones implícitas. Recuerdo que Alchourrón cita al respecto a Hart, cuando este último sostenía que todas las reglas tenían que ser leídas como si contuvieran una especie de cláusula de “a menos que...”; y, como bien sabes, esa es también la idea que Toulmin expresa con lo que llamaba *rebuttal* o “condición de refutación”, en cuanto elemento de su esquema de argumentación. Pues bien, según Alchourrón, una determinada condición (no expresada por el legislador) sería una excepción implícita –simplifico las cosas, pero me parece que no distorsiono la idea central de Alchourrón– si puede decirse que el legislador tenía, en el momento de promulgar la norma, una disposición a aceptarla. Habría también condiciones que no son excepciones (si la disposición del legislador fuese a no aceptarla). Y, en fin, condiciones que están indeterminadas como excepción (no cabría hablar de una disposición ni a favor ni en contra, por parte del legislador). Interpretando razonablemente lo que tú dices en tu artículo, me parece que podría entenderse que las excepciones implícitas de Alchourrón están incluidas en tu esquema (aunque, para ello, habría que dar un alcance bastante amplio a las expresiones “finitas” y “conocidas” que tú usas).

¿Pero qué hacer con las posibles condiciones que están “indeterminadas” desde la perspectiva del legislador? ¿No podrían ser nunca admitidas como excepciones, esto es, las convertirías todas en no excepciones? Me parece que eso sería, francamente, muy poco razonable.

Te acabo de decir que, según Alchourrón (y yo pienso igual que él o de manera muy parecida), todas o casi todas las normas son derrotables. Frente a eso cabría objetar – como se ha hecho muchas veces– que si es así, si las reglas también son derrotables, entonces no se entiende bien qué diferencia –o qué diferencia estructural– puede haber entre las reglas y los principios. Pues bien, la respuesta que a esa pregunta parece haber dado Alchourrón es que las reglas son *excepcionalmente* derrotables, mientras que los principios lo serían de manera *esencial*. Lo cual viene a coincidir con lo que más de una vez hemos escrito Juan Ruiz Manero y yo al respecto: que la vocación de las reglas es la de ser inderrotables (operar como razones excluyentes, protegidas o como se las quiera llamar: la idea central es que evitan tener que deliberar a la hora de aplicarlas), pero que en ocasiones esa pretensión podía quedar frustrada; mientras que lo característico de los principios es su derrotabilidad, esto es, con ellos no se pretende cerrar la deliberación sino que, justamente, plantean una necesidad de ponderación.

Bueno, no quiero meterme mucho en un tema que podría llevarnos demasiado lejos. Pero antes de dejarlo, querría referirme muy brevemente al ejemplo de la tortura que ocupa un lugar de cierta relevancia en tu texto. Precisamente escribí también, hace cosa de un par de años, un artículo con Juan en el que, a propósito de si la figura del abuso del derecho se podía aplicar a los

derechos fundamentales, nos planteábamos la cuestión de si la obligación de no torturar que se contiene en nuestra Constitución tiene un carácter absoluto y, por tanto, no puede excepcionarse en ningún caso. Nuestra respuesta era que no, que no tenía ese carácter absoluto, porque, al menos teóricamente, era posible concebir situaciones en las que se aplicaría el estado de necesidad o la legítima defensa: el caso del terrorista al que tú te referes. Sosteníamos no obstante que, por razones utilitaristas o de prevención, estaba justificado que existiera una regla pública que prohibiera de manera absoluta la tortura; es decir, era preferible que esas posibles excepciones no estuvieran explícitamente señaladas. Pero, en todo caso, la aplicación de la legítima defensa o del estado de necesidad a un caso exige, me parece a mí, un ejercicio de ponderación, aunque se trate de una ponderación guiada por el propio legislador al establecer los requisitos de esas figuras.

Y con esto llego a un punto de nuestra polémica que, me parece, tiene alguna relevancia. Es el siguiente: ¿existe realmente, al solucionar un problema como el de la prohibición de la tortura, la diferencia tan radical que tú señalas entre plantearlo como una cuestión de interpretación o bien de ponderación? Yo no lo creo. Tú insistes en que, si se ve como un problema de interpretación, entonces en la argumentación “predominan...las razones generales referidas a los efectos futuros de esa norma con tal configuración interpretativa”, mientras que si se abordase como una cuestión de ponderación, “el énfasis argumentativo se coloca en las circunstancias de *este caso*”, dejaría de haber normas “con un núcleo o contenido esencial capaz de prever la solución de casos venideros”, pues “bastará una alteración de una de esas circunstancias

[las circunstancias con las que se ha construido la regla creada por medio de la ponderación] para que se tenga que construir una regla nueva para el caso nuevo”. A mí, sin embargo, me parece que ponderación e interpretación son procedimientos que se entrecruzan y que en ocasiones –como ésta– se hace bastante difícil distinguirlos. Por supuesto, si es la propia ley la que establece un mecanismo de ponderación, siempre cabrá transformar el problema en uno de tipo interpretativo: cuándo puede entenderse que existe una posibilidad “menos lesiva” de obtener el mismo resultado, cuándo un bien es de “igual” o de “superior valor” que otro, etc. Pero no veo que con ello cambien mucho las cosas. Quiero decir que si se abordara el problema como si se tratara de interpretar (no de ponderar), pero para ello hubiese que determinar cuál es el “contenido esencial” de un determinado derecho (por ejemplo, a no ser torturado) pues, francamente, no veo cómo pueda hacerse si no es ponderando. Trataré de explicarme.

Lo que te estoy planteando incide, claro está, en la primera de las tres cuestiones que yo consideraba fundamentales a propósito de la ponderación: qué significa ponderar y si realmente es algo distinto a interpretar. Al respecto, empiezo por recordarte que yo no tengo mayor inconveniente en considerar la ponderación como un tipo específico de interpretación. O sea, si se entiende “interpretar” en un sentido suficientemente amplio, lo que se haría al ponderar sería interpretar: atribuir significado a un conjunto de enunciados, pasar de esos enunciados –esas disposiciones– a las normas expresadas por ellos. La diferencia con lo que, entonces, cabría considerar como interpretación en sentido estricto sería que en la ponderación (en la interpretación ponderativa) en el punto

de partida lo que tendríamos no sería reglas, sino principios. Yo diría, por otro lado, que tú mismo das motivos para relativizar la distinción entre interpretación y ponderación en cuanto vienes a decir (si no te he entendido mal) que la misma consistiría en una cuestión de grado o de énfasis: en el predominio (de hecho, empleas expresiones como “predominan” y “énfasis”) de razones generales o bien de razones casuísticas. Pero volvamos de nuevo al ejemplo de la tortura.

Si tú aceptas que ese término, “tortura”, está abierto a la interpretación, me parece que lo que quieres decir con ello es algo así como lo siguiente. Supongamos que una acción en la que se den las circunstancias a, b y c supone un caso de tortura y, en consecuencia, tal acción está prohibida; siempre que se den esas circunstancias, la acción está prohibida. Ahora bien, si se diera una configuración distinta de circunstancias como, por ejemplo, una acción caracterizada por a, b, c y d, entonces podría ocurrir que la acción no estuviera ya prohibida. Por ejemplo (es simplemente un ejemplo), alguien podría decir que una acción que causa un sufrimiento grave, físico o mental, a alguien para obtener una información es una tortura, pero que deja de ser tortura si a lo anterior se le agrega que se trata de una información que puede salvar la vida de muchos inocentes. Obviamente, a lo que se llegaría por esa vía (interpretativa) sería a lo mismo a lo que podría llegarse también ponderando: dadas todas esas circunstancias (a, b, c y d) las razones en favor de salvar la vida de personas inocentes pesan más que las razones a favor de no torturar. Ambas formas de argumentar serían equivalentes, pues para decir (interpretar) que la acción caracterizada por a, b, c y d no es una acción de tortura, lo que se estaría haciendo

no sería algo muy distinto de ponderar: atribuir más peso, en esas circunstancias, a la vida de los inocentes. Podrías decirme que eso no puede ocurrir si se entendiera que el “contenido esencial” de tortura viene dado por la presencia de las circunstancias a, b y c, y sólo por ellas. Pero, claro, también esas circunstancias serían interpretables (si se trata de un concepto abierto): a podría entenderse como a’ o bien como a”, etc., de manera que llegaríamos a lo mismo. La única forma de evitarlo sería considerar que la norma en cuestión no es derrotable pero eso, como antes te decía, me parece difícil de sostener. Para evitar malos entendidos a los que se presta quizás el ejemplo de la tortura: podría haber alguna norma que establezca alguna obligación o prohibición absoluta y que sea, en ese sentido, inderrotable; pero la inmensa mayoría de las normas jurídicas no lo son.

Con ello no estoy diciendo que sea lo mismo una cosa y la otra. Yo creo que hay muchos casos de interpretación –digamos– ordinaria o estricto sensu, en los que no tiene sentido hablar de ponderación. Y que cuando sí tiene sentido hacerlo es cuando la interpretación supone un ejercicio de discrecionalidad superior al de los otros casos. Pero yo veo la distinción en términos de grado, como un continuo: en un extremo estaría la interpretación estricto sensu y en el otro la ponderación, pero hay muchos casos que pueden situarse en zonas intermedias y respecto de los cuales puede haber razonablemente duda en cuanto a configurarlos de una u otra forma o, quizás mejor, son tanto una cosa como la otra. Lo que quiero decirte con todo esto, en definitiva, es que entiendo, naturalmente, que a ti (a los críticos de la ponderación en general) te preocupe el riesgo de la arbitrariedad. Pero yo creo que ese riesgo no se combate oponiéndose *in toto* a la ponderación, sino

oponiéndose a que se pondere cuando no debería hacerse (o por quien no debería hacerlo) y a que se haga de una manera inadecuada. De ahí la importancia de las otras dos cuestiones que planteaba en mi artículo, y a las que me referiré ahora.

Si aceptas que en el Derecho (en el nivel de las reglas) puede haber lagunas normativas y que éstas no pueden resolverse siempre acudiendo a la analogía en sentido estricto (la *analogía legis*), o sea, a una norma que regule un supuesto esencialmente semejante, entonces me parece que también tú tendrías que aceptar que en esos casos habría que ponderar, o, al menos, que los mismos no pueden resolverse echando mano de reglas, de pautas específicas. En realidad, como bien sabes, no se trata de nada nuevo, sino del tradicional recurso al conjunto del ordenamiento, a sus principios (*analogía iuris*), o bien a los de un sector del mismo (*analogía iuris imperfecta*). Quizás respecto de esto no haya entre nosotros muchas discrepancias, pues tus objeciones parecen referirse sobre todo (lo cual es muy comprensible) a las lagunas axiológicas, que era el otro supuesto en el que yo entendía podía surgir una ocasión para ponderar.

Ahora bien, respecto de esto último, tengo que confesarte que no me ha resultado fácil saber qué es realmente lo que piensas, y ello debido (al menos en parte) al tono burlón que adoptas. Te referes a las lagunas “llamadas axiológicas” así: “hay regla perfectamente constitucional y legítima y respaldada por un principio constitucional de los importantes, pero no resuelve ‘aceptablemente’ el caso. ¿Aceptablemente? ¿Desde qué punto de vista? ¿Para quién? A mí me parece que la regla del 51.2 resuelve muy aceptablemente el caso Gúrtel,

pero –dices sarcásticamente– debo de estar equivocado”. Y luego te quejas de que “siempre que se acude a la ponderación es para que pierda la regla”.

Pues bien, si digo que no sé muy bien cuál es tu postura es porque no me queda claro si lo que quieres decir es que *nunca* sería legítimo entender que hay una laguna axiológica, o bien que hay que ser sumamente cauteloso a la hora de identificar –o de crear– alguna. Si es *nunca*, el problema, como antes te decía, es el de cómo evitar caer en el formalismo. Podrías recurrir para ello a la interpretación sistemática o teleológica, pero no veo muy claro que pudieras hacerlo sin manejar el concepto de “aceptabilidad” o algún otro por el estilo: ¿no supone la interpretación teleológica alguna idea sobre qué es un fin o una consecuencia aceptable? Pero si lo que quieres decir es que sólo muy excepcionalmente podría configurarse una laguna axiológica, yo estaría de acuerdo contigo. Eso es precisamente lo que defendía en mi artículo, aunque es verdad que dejaba abierta la cuestión de en qué supuestos cabría hacerlo.

No lo hacía porque pensaba (y sigo pensando) que es imposible dar criterios precisos. Pero, de todas formas, algo sí que puede decirse al respecto. Por ejemplo, en un libro que escribí con Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, hacíamos una cierta tipología de situaciones que quizás pudiera servir para, a partir de ahí, construir algunas guías al respecto. Lo que a nosotros nos interesaba estudiar era tres figuras (el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder) que, de alguna manera, plantean supuestos de lagunas axiológicas: conductas permitidas *prima facie* por las reglas, pero prohibidas, una vez consideradas todas las circunstancias del caso,

por el juego de los principios. Hablando muy en general, quizás pudiera partirse, para fijar cuándo es admisible una laguna axiológica, de una distinción entre tres situaciones que, recurriendo a la terminología de Schauer, podrían expresarse como tres tipos distintos de desajustes: entre lo establecido en la regla y sus razones subyacentes; entre las razones subyacentes a la regla y las razones (los valores y principios) del ordenamiento jurídico; entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente las del ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral no incorporado en el sistema jurídico. O sea, en un caso se crearía una laguna axiológica por entender que, al regular una situación, el legislador no está dando el peso adecuado a los fines y valores que trata de alcanzar (dejemos de lado la cuestión de si hablamos de fines o funciones aparentes o latentes, aunque esta última sea una distinción interesante a la hora de construir una tipología adecuada); estas serían, en principio, las situaciones menos problemáticas. En el segundo caso, la construcción de la laguna axiológica llevaría a remontarse al ordenamiento en su conjunto (a la Constitución) lo que, obviamente, hace que la empresa resulte mucho más difícil de justificar. Y en el tercer caso se estaría abandonando el ordenamiento jurídico, de manera que la creación de esas lagunas axiológicas sería –desde una concepción como la mía– siempre una operación ilegítima.

Para no dar lugar a ningún malentendido, insisto en que lo anterior no pretende ser una respuesta precisa a la pregunta de ¿cuándo es legítimo recurrir (que un órgano judicial recurra) a la ponderación? sino, en todo caso, una respuesta abstracta, muy abstracta, orientada a buscar un equilibrio entre la dimensión autoritativa y la valorativa

del Derecho. Para resumirlo en una frase: el juez puede ir *más allá* del Derecho, puesto que contribuye –o debe contribuir– a su desarrollo, pero no puede ir *en contra* del Derecho. Ahora bien, los criterios de admisibilidad de lagunas axiológicas no dependen únicamente de la concepción del Derecho de que se parta, sino también del tipo de sistema jurídico en que se desenvuelva la actividad judicial. Así, la situación no es la misma si nos estamos refiriendo a un juez que actúa –como en el caso español– en un sistema de control de constitucional concentrado, que si se tratara de un juez que opera en un ordenamiento con control difuso. Como tampoco es la misma la situación según que el sistema jurídico y político de referencia proporcione o no recursos distintos a los judiciales para satisfacer los derechos fundamentales de la gente; creo que este último dato no puede pasarse por alto a la hora de enjuiciar el “activismo judicial” en materia de derechos sociales en muchos países latinoamericanos.

Por lo que se refiere a tu queja de que siempre que se crea una laguna (y se recurre a la ponderación) es para derrotar a la regla, diría que es infundada, pero simplemente por razones de definición. O sea, si se entiende que la regla como tal regula adecuadamente la situación, entonces, simplemente, no se necesita para nada crear una laguna axiológica. Si no fuera así, no estaríamos hablando de lo que estamos hablando. Otra cosa es la cuestión de qué es lo que debe hacer un juez cuando se enfrenta con casos para los que el Derecho vigente (las reglas y los principios) no le permite llegar a (fundamentar) una decisión justa (o perfectamente justa). Pues bien, lo que debe hacer –creo que ya antes lo había dicho– es reconocer esos límites. El Derecho es un fenómeno autoritativo y el reconocimiento

de lo que eso implica por parte del juez es el principal cortafuegos del activismo judicial; la función del juez no es hacer justicia a cualquier precio, sino dentro de los límites que le permite el Derecho: un juez debe ser justo, no justiciero. El otro lado de la medalla es que la vinculación del juez no es sólo a la letra de la ley, sino a sus razones subyacentes: esto último es, precisamente, lo que debería alejarle del formalismo.

Llego por fin a la última cuestión, la de la racionalidad del método ponderativo, de la argumentación con valores. No hace falta que te insista en que, naturalmente, yo no creo poseer ningún ponderómetro, y no sé tampoco de nadie que lo tenga. No existen ponderómetros. Pero lo que tú parece deducir de ahí, que “ponderar, entonces, no es más que valorar subjetivamente”, que de lo único de lo que cabría hablar entonces es de “un puro contraste de pareceres”, de pareceres subjetivos, me parece –como antes te decía– una inferencia equivocada y engañosa; por tanto, falaz. Yo creo que existen criterios objetivos con los que evaluar una ponderación pero, naturalmente, si me pidieras que dijera entonces cuáles son esos criterios y que los enunciara como se enuncian los que utilizamos para examinar la corrección de los enunciados de la lógica, de la matemática o de la física, tendría que contestarte que no puedo hacerlo. Pero es que esa pregunta, ese planteamiento, creo que no tiene sentido. Aristóteles, como sabes muy bien, escribió en la *Ética a Nicómaco* (1094b 12-27; tomo la cita de un trabajo que acabo de leer y que tengo a mano) algo que viene aquí muy a cuento: “Nuestra exposición será suficientemente satisfactoria, si es presentada tan claramente como lo permite la materia; porque no se ha de buscar el mismo rigor en todos los razonamientos, como

tampoco en todos los trabajos manuales. (...) Del mismo modo se ha de aceptar cada uno de nuestros razonamientos; porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones”.

Pues bien, lo que yo te diría al respecto es que cuando se muestra cómo funciona la ponderación en algún caso (podría servir el caso Gürtel o los decididos por el Tribunal Constitucional español y a los que me refiero al final de mi artículo), no creo que pueda decirse que se trata simplemente de criterios subjetivos y de una manera puramente casuística de proceder. Entiendo que discrepes de la manera como alguien (un juez o un jurista teórico) pretende resolver un problema de ponderación pero, francamente, no creo que tus afirmaciones sobre el método ponderativo den para nada cuenta de las argumentaciones llevadas a cabo, por ejemplo, por el Tribunal constitucional español al establecer las reglas de prioridad que yo creía poder identificar en los supuestos de conflicto entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro. No es cierto que estableciera esas reglas utilizando “las razones que mejor les parecieron [a los magistrados]” según su “discrecional criterio”, pues esas razones tenían la pretensión de universalidad, de coherencia y de producir consecuencias aceptables, lo cual permitía que fueran discutidas de una manera que, desde luego, no cabría si hubiesen sido fruto únicamente de su “discrecional criterio”; y, en fin, las reglas siguieron siendo aplicadas

(y en algún caso, desarrolladas) en casos posteriores, de manera que no pueden presentarse tampoco como un puro ejercicio de casuismo.

Creo que el defecto fundamental de una concepción escéptica como la tuya es que no puede dar cuenta de lo que son nuestras prácticas: la práctica del Derecho y la de la argumentación racional. Y como, naturalmente, nunca se me ha ocurrido pensar que tú te coloques fuera de esa práctica de la argumentación racional cada vez que discutes sobre cuestiones de valor (sobre valores últimos y no lo hagas “describiendo” que alguien asume tal valor o teorizando abstractamente sobre los mismos), no me queda más remedio que concluir que con mucha frecuencia incurres en contradicción: tu propia práctica desmiente lo que propugnas en teoría. Ya sabes: el típico argumento contra el escéptico.

Hace poco he leído un trabajo de Ferrajoli (es la contestación a las críticas que se le dirigían a un anterior artículo suyo sobre el constitucionalismo; todo el material lo vamos a publicar en un próximo número de *Doxa*) en que muestra también, como tú, una visión muy negativa acerca de la ponderación; aunque creo que la tuya es todavía más radical. Ferrajoli viene a decir que en relación con los valores puede discutirse racionalmente, pero sin pretensiones de verdad (ya sabes, lo del no-cognoscitivism ético); dice, por ejemplo, que los valores de dignidad, libertad o igualdad tienen un carácter “fundante”, pero no pueden ellos mismos ser “fundados” lo que, en mi opinión, supone incurrir en una contradicción parecida a la tuya (si no mayor): resulta que todo su magno proyecto consiste en desarrollar y hacer valer los derechos fundamentales...

que son algo que no se puede propiamente fundamentar. Bueno, si traigo a colación aquí a Ferrajoli es porque en los últimos tiempos he discutido bastante con él acerca de su teoría (positivista) del Derecho. Mi crítica, en lo fundamental, consiste en que al sostener una concepción escéptica de la moral, no puede dar cuenta adecuadamente del elemento valorativo del Derecho de lo que resulta, en definitiva, una visión empobrecida del Derecho. Pues bien, yo creo que la misma crítica (e incluso aumentada dado que, como te digo, tu escepticismo me parece que es superior al suyo) puede dirigírsele a tu versión del positivismo jurídico: la que defendiste hace unos días en Madrid, en el seminario del Coloquio Jurídico Europeo, frente a las tesis de Andrés Ollero. Como recordarás, yo me manifesté allí contra el “criptoiusnaturalismo” de Ollero, porque me pareció una concepción confusa del Derecho, y contra tu visión positivista, porque me pareció excesivamente simple: lo único que explica, en mi opinión, son aspectos bastante triviales del Derecho y deja fuera de su campo de interés lo que, en mi opinión, son los aspectos más interesantes de la práctica jurídica, incluido el procedimiento de la ponderación. Como en esa ocasión no tuviste ocasión de replicarme (la falta de tiempo es en ocasiones un temible enemigo de la discusión racional), se me ocurre que quizás pudieras hacerlo ahora. Me parece que puede venir bastante a cuento, dado que el tema de la ponderación es uno de los que –parece– marcan la frontera entre una concepción positivista y una no positivista del Derecho.

En fin, supongo que, después de haber leído esta carta, tus opiniones sobre la ponderación no van a haber

cambiado tampoco mucho, pues no creo que ninguno de los argumentos por mí esgrimidos te haya resultado nuevo. No descarto, sin embargo, que pueda haberte dado que pensar en relación con alguno de los puntos tratados. Y, en cualquier caso, espero con interés tu contestación que adivino crítica y bienhumorada.

RESPUESTA A LA EPÍSTOLA DE MANUEL ATIENZA

Juan Antonio García Amado

Querido Manuel:

También yo debo comenzar pidiéndote disculpas, y con más motivo, por el retraso con que te respondo. Algún día habría que cambiar este sistema de trabajo de los que en la Universidad aún trabajan, a fin de escribir menos por encargo y más por puro placer y de dar prioridad a la buena y amistosa polémica teórica frente al monólogo que, tantas veces, a casi nadie importa o, peor, ni siquiera alguien lee.

Conste por encima de todo que es un placer y un privilegio debatir contigo y, también, con todo el grupo de excelentes colegas y amigos iusfilósofos de Alicante. Y lo es por el buen estilo, el rigor y la caballerosidad y por la inusual capacidad de todos vosotros para separar la discusión doctrinal de la consideración personal. En lo

que estrictamente tiene que ver contigo, creo que a nuestro entendimiento en la discrepancia ayuda nuestra común condición de asturianos y la consiguiente familiaridad con el manejo de la ironía, de la chanza amistosa y punzante al tiempo.

Son tantos y tan cruciales los asuntos que en nuestro debate van saliendo, que en modo alguno será posible que los zanjemos aquí. Me concentraré, por tanto, en unos pocos puntos que considero especialmente relevantes, bien por su importancia de fondo, bien porque sirvan para explicar mejor nuestros desacuerdos.

1. Comienzo por una cuestión muy menor, pero que me resulta especialmente simpática. Ya en alguna ocasión me has oído decir o me has leído que tanto tú como el estupendo grupo alicantino sois campeones en lo que llamo el lanzamiento de falacias. Vosotros, en lugar de decirle a un interlocutor que, por ejemplo, estáis en desacuerdo con él en tres cosas, soléis comenzar vuestro alegato crítico hablándole de esta guisa: has cometido tres falacias. Retóricamente es muy efectiva esa que podríamos llamar la falacia de las falacias, pues desconcierta mucho más que a uno le digan falaz que el que simplemente le manifiesten un desacuerdo o una opinión contraria a la suya. Quien invoca la presencia de falacias en el razonamiento del interlocutor sugiere que hay en él algo objetivamente erróneo, tramposo incluso. Pero se acaba notando el truco.

Ni todos los errores son falacias ni todos los razonamientos con los que se discrepa pueden ser alegremente convertidos en portadores de falacias. No cabe aumentar *ad libitum* el repertorio de falacias creando y trayendo a colación en cada momento la que más convenga,

como humorísticamente acabo de hacer yo mismo al imputarte la práctica de la “falacia de las falacias”. Por otra parte, cuando al interlocutor se le atribuyen falacias hay que estar atento al rebote, pues la coherencia es también virtud de toda argumentación que se pretenda racional, como muy bien sabes. Por ejemplo, cuando primero mencionas que incurro, en tu contra, en la falacia de “el hombre de paja” y luego me asignas (con guasa asturiana que perfectísimamente entiendo y acepto) la peculiar característica de que mantengo un propósito deliberado de no entender y de que practico una versión invertida del “principio de caridad”, ¿estás usando conmigo la misma falacia de “el hombre de paja” para que me entere de lo que se siente o es que depende de quién sea el “hombre” para que pueda haber paja o no?

En este orden de las falacias, y sin que pueda ni quiera detenerme en exceso en los rigores y las vueltas de cada una de las que mencionas, me resulta llamativa la cuarta y, en tu opinión, más importante de las que cometo en mi escrito “una y otra vez”, y que sería “una versión de la petición de principio”, resultante de que doy por supuesto que en materia de valores no hay criterios racionales. ¿Eso es una falacia? ¿En eso consiste una petición de principio, en dar por supuesto algo? ¿Incurres tú mismo en esa “versión” de la petición de principio si das por supuesto que en materia de valores sí hay criterios racionales? El mero dar por supuesto, ya sea porque no hay tiempo o espacio para argumentar sobre cada concepto problemático que en un discurso aparece, ya sea porque no todo se puede demostrar o fundar hasta sus últimas consecuencias y al mismo tiempo, ya sea porque hay proposiciones indemostrables a

fin de cuentas, aun cuando tenga sentido argumentar sobre ellas, ¿es incurrir en petición de principio?

¿Y mi tercera falacia, la que recibe el nombre de falacia “del paso de la posibilidad a la necesidad”? ¿En mi texto está en verdad ese paso de afirmar que en alguna ocasión se puede hacer un uso arbitrario del procedimiento ponderativo, a sostener que ponderar implica siempre y necesariamente actuar de manera arbitraria? ¿Digo arbitraria o digo discrecional? ¿Equiparo discrecionalidad y arbitrariedad acaso? Y, si no lo hago (me parece que no), ¿no estarías cayendo tu mismo en una de las falacias supuestamente mías, la segunda de las que me imputas, la falacia de la exageración?

Pero dejémonos de falacias y cuentos y vayamos al grano de una vez y “a cosas más concretas”, como tú bien dices.

2. Uno de los efectos del retraso de mi contestación a tu muy interesante carta, efecto que en modo alguno he buscado, tiene que ver con las interpretaciones posibles del dichoso artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Ahora resulta que ha recaído sentencia del Tribunal Supremo en este caso de las escuchas del caso Gürtel (sentencia de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo, de fecha 9 de febrero de 2012), pero en lo que tiene que ver con la acusación de prevaricación contra el juez que las ordenó, Baltasar Garzón. Esa sentencia ha sido condenatoria y mucho me temo que la pasión popular y mediática que en ese asunto asoma dificulta bastante una sosegada discusión propiamente jurídica. Pero, aunque para nada deseo meterme en ese berenjenal, ahora ya tenemos que para el Tribunal

Supremo también hay una única interpretación posible de dicho artículo, coincidente con la que planteaba yo y proponía la gran mayoría de la doctrina (¿esto es un argumento de autoridad o es una “falacia de autoridad”?), con las respetabilísimas excepciones que tú mismo me señalas. Sería ideal que fuéramos capaces de razonar sobre esta importante cuestión jurídica con total independencia de que Garzón nos resulte simpático o antipático o de que militemos en la causa de los que lo adoran, en la de quienes abominan de él o en la de los más bien indiferentes, como es mi caso particular. Mi postura en este debate sobre el art. 51.2 LOGP no obedecía a ningún propósito de contribuir, modestamente, a justificar la condena de Garzón, igual que doy por sentado que Jiménez Villarejo, en el escrito suyo que mencionas, tampoco argumentaba movido por el propósito principal de facilitar la absolución del famoso juez, sino buscando las mejores, más convincentes y más pertinentes razones en derecho. Cuando hacemos teoría no debemos actuar como abogados de parte o, si lo hacemos, es requisito de honestidad y de (pretensión de) racionalidad argumentativa que lo reconozcamos de plano y de partida.

Sostenía yo que no hay más que una interpretación posible del art. 51.2 de la LOGP y lo hacía, según tu poco caritativa opinión (cuando, como en nuestro caso, hay afecto, la caridad sobra, por supuesto que sí), basándome en premisas falsas. Debemos de ser muchas las víctimas de tal falsedad de las premisas.

Tus argumentos para mantener que sí hay otra interpretación perfectamente posible de aquel artículo son los siguientes:

- Que la LOGP se dictó en 1979, cuando “no se había desarrollado aún el sistema de derechos fundamentales que hoy conocemos” y en un momento duro de la actividad terrorista, pudiendo ser intención del legislador la de permitir que el director de una cárcel pudiera ordenar intervenir las comunicaciones entre un preso de una organización terrorista y su abogado, sin necesidad de contar con autorización judicial.

Ninguna duda me cabe de que no es tu propósito impulsar el retorno a una interpretación “originalista” que retrotraiga nuestro sistema penitenciario y de garantías procesales a los tiempos en que era menor el desarrollo de nuestro sistema de derechos fundamentales. Así que, aplicando el principio de caridad con el que venimos bromeando, no te imputaré tal intención ni incongruencia ninguna. De modo que quedémonos en tu afirmación estrictamente tomada: con ese fundamento histórico y de interpretación basada en la voluntad presunta del autor de la norma, resulta que es perfectamente “posible” y razonable interpretar que el art. 51.2 LOGP autoriza que el director de un centro penitenciario ordene intervenir las conversaciones de un detenido por terrorismo y sus abogados, sin autorización judicial. ¿De verdad te parece que esa interpretación es y sigue siendo “posible”?

– Es verdad, como señalas, que allá por 1983 el TC así lo creyó, en un *obiter dictum* (no se trataba de un supuesto de intervención de las comunicaciones en prisión entre abogado e interno, sino de suspensión de las mismas e intervención de la correspondencia) en de la STC 73/1983. Como cierto es que desde su sentencia 183/1994 dicha interpretación quedó expresa y rotundamente proscrita por el propio TC. En esta

sentencia se trata exactamente esa cuestión, la de si es constitucionalmente válida o resulta lesiva para el derecho constitucional a la defensa la intervención de las comunicaciones del interno ordenada por la autoridad administrativa responsable del centro penitenciario. Ahí el TC deja sentada su doctrina hacia el futuro y mientras no la modifique por los cauces oportunos. El propio Tribunal señala (FJ 5º) que aquella su opinión anterior, en *obiter dictum*, se debía al error de confundir las comunicaciones generales del preso preventivo, a las que se refiere el apartado 5 del mismo art. 51 LOGP, con las comunicaciones entre el interno y su abogado, para cuya intervención el apartado 2 de ese artículo fija condiciones más estrictas, por constituir una seria limitación del derecho fundamental a la defensa: que se trate de acusados de terrorismo y que haya mandamiento judicial para la intervención. Y, con esa base, habla el TC ahí de “la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto [se refiere al art. 51.2 LOGP] en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de <<orden de la autoridad judicial>> y <<supuestos de terrorismo>>, que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún

caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones”.

En una cosa tienes razón: lo que el TC nos está diciendo es que en los casos de terrorismo no es posible la autorización administrativa como base para la intervención de las comunicaciones, sino que hace falta también la autorización judicial. Entiendo que sostienes que, sin embargo, fuera de los casos de terrorismo no se da esa acumulación de las condiciones y que basta una de ellas para que la grabación y escucha pueda ser legal y constitucional: que el juez lo ordene. Pero date cuenta de cuán descoyuntada queda la norma con tal interpretación y a qué absurdos nos lleva. Tendríamos las siguientes situaciones posibles:

(i) Casos de terrorismo: se necesita la orden del juez, no bastando en modo alguno la de la autoridad administrativa, el director de la prisión.

(ii) Casos que no sean de terrorismo: se necesita la orden del juez. Resulta claro que si no se admiten las escuchas por orden de la autoridad administrativa en los casos de terrorismo, menos se admitirán en los que no sean de terrorismo.

Conclusión: desde el momento en que no se admite en los casos de terrorismo que la orden de intervenir las comunicaciones entre interno y abogado pueda ser válidamente dada por la autoridad administrativa (y el TC taxativamente veda esa interpretación desde 1994), la distinción entre casos de terrorismo y casos de no terrorismo, que dicha norma hace, pierde absolutamente todo su sentido si resulta que van a tener el mismo

tratamiento las dos situaciones, la de que el juez puede, en ambas, decretar las escuchas de las conversaciones con los abogados. Es decir, lo único que mantiene un mínimo sentido de la norma que así diferencia entre dos situaciones es que ella les asocie dos tratamientos distintos: el juez puede ordenar la intervención en casos de terrorismo y no puede ordenarla en los demás casos.

Repito, las dos situaciones sólo se pueden diferenciar para asociarles regulaciones distintas. Y las posibilidades son dos:

a) Que en los casos de no terrorismo únicamente pueda ordenar la intervención el juez y en los de terrorismo también la autoridad administrativa. Esta interpretación ha quedado descartada en nuestro sistema por el TC a raíz de la mencionada sentencia de 1994. Pero además me pregunto si estarías tú dispuesto a defenderla si no tuviéramos ese irrefutable dato normativo. Me cuesta creerlo. Sea como sea, y puesto que te declaras y eres defensor de que el juez se someta a las reglas y te tomas estas muy en serio (me complace que en esto coincidamos), reconocerás conmigo que la mencionada interpretación dada por el TC al art. 51.2 tiene valor de regla de nuestro sistema, en virtud del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras normas que señalan la vinculación de los jueces y tribunales a la doctrina del TC.

b) Que en los casos que no sean de terrorismo no cabe bajo ninguna condición la intervención de las comunicaciones entre presos preventivos y abogados y que en los casos de terrorismo sí cabe, pero por orden del juez exclusivamente. Esa es la opinión que el Tribunal

Supremo viene manteniendo en numerosas sentencias, aunque tú incurres en lo que (por seguir con nuestro divertimento) podríamos llamar la falacia de citar un solo caso en contra de uno cuando hay muchos o son todos. No es sólo “que hay una sentencia del Tribunal Supremo (de 1997) que sostiene lo que tú [o sea, yo] sostienes” y “que esa fue también la interpretación del Tribunal Superior de Madrid; etcétera, etcétera”. No, querido Manuel, hay más, y bien relevante. Veamos.

La STC 58/1998 (FJ 1º, 2º, 4º, 7º) insiste en que nada más que en los casos de terrorismo cabe la intervención de las comunicaciones orales y personales entre interno y abogado y siempre con mandato judicial, por lo que vuelven a ser acumulativas las dos condiciones. Las sentencias del TC no son moco de pavo ni vulgar “etcétera”. Esa misma consideración de tales requisitos (terrorismo y orden judicial) como conjuntamente exigibles en todo caso la mantiene el Tribunal Supremo, Sala Penal, en toda una serie de sentencias: la 245/1995, de 6 de marzo, la 538/1997, de 23 de abril (“en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa”; “son condiciones <<acumulativas>>, el tratarse de supuestos de terrorismo y la orden judicial de intervención de dichas comunicaciones” y “la autoridad judicial solo podrá acordarlas en casos de terrorismo” –F 7º), la 513/2010, de 2 de junio (F 4º). Y en la muy reciente 79/2012, de 9 de febrero, que resuelve este caso que debatimos, y que lo resuelve con perfecto acatamiento de la doctrina del Constitucional y en plena sintonía con los autoprecedentes del Tribunal Supremo.

Sigue habiendo una cosa curiosa. Esa doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 51.2 LOGP se establece siempre a partir de casos en los que fue la autoridad administrativa la que ordenó intervenir las comunicaciones del preso y el abogado. ¿Por qué no habrá habido, antes que este de ahora, casos en los que se tratara del juez que ordena la intervención de esas comunicaciones orales y que no sean casos de terrorismo? Mi hipótesis es la siguiente: ni se le había ocurrido a nadie tal cosa, visto el tenor del art. 51 y sentada la referida doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Me preguntas, con buena maña retórica, si después de haber leído tus argumentos puedo seguir pensando que la mía (y la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo) es la única interpretación correcta, y me cuentas que te parecería “extraño” que perseverara yo en esa convicción. Pues qué quieres que te diga. De propina, agregas que no puedo seguir pensando así, ya que dado mi “escepticismo interpretativo, la falta de consenso al respecto en la comunidad jurídica” me lo impedirá. Esta última sí que es buena, e intuyo que puede haber falacia ahí y que no estaría mal que se me ocurriera un nombre para ella. Resulta que yo no puedo mantener la convicción de que una norma N tiene una única interpretación posible si hay en la “comunidad jurídica” una sola sentencia o un solo profesor o tratadista que haya sostenido que las interpretaciones posibles son varias y no sólo la que yo digo. Con lo cual, estoy condenado a perder siempre en una discusión así, ya que o bien está de acuerdo conmigo todo el mundo, en cuyo caso no hay discusión, o si

hay discusión pierdo siempre, puesto que la discusión implica que existe alguien en la “comunidad jurídica” que no está de acuerdo conmigo y yo, por escéptico, debo conceder que mis razones sólo son mejores o más coherentes o más convenientes cuando todos me las conceden, cuando mis razones coinciden con las de absolutamente todos. En qué poca cosa quedamos los escépticos.

- Un argumento más aportas para respaldar tu tesis de que hay otra interpretación posible del art. 51.2 LOGP: que el reglamento penitenciario, de 1996, que desarrolla dicha Ley, recoge la interpretación por la que tú abogas, de modo que, “para que pueda intervenir la comunicación entre un abogado y un interno, requiere únicamente que la intervención haya sido judicialmente autorizada; no que se trate, además, de un delito de terrorismo”. Estas son tus palabras. Pues veamos el reglamento. Lo que el art. 48.3 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero) dice es lo siguiente:

“Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial”.

No dice más y lo que dice se resume así: hace falta autorización judicial para intervenir esas comunicaciones y no basta la decisión administrativa al respecto. ¿Se sigue

algo más, quizá a sensu contrario? En modo alguno. ¿Dice algo este precepto sobre que los delitos hayan de ser o no de terrorismo? No, nada dice, pero de lo que calla nada se sigue tampoco. ¿O es que cuando un reglamento no reitera todas las palabras de la ley que desarrolla hemos de entender que no sólo la desarrolla, sino que la corrige y que, además, puede corregirla?

Y no sólo eso, sino que, al reiterar que las intervenciones no caben por orden administrativa se desprenden las consecuencias que hace un momento veíamos: la enumeración de dos condiciones que en la norma legal (art. 51.2 LOGP) aparecen se convierte en plenamente absurda si lo que quiere decir es que nunca podrá autorizar escuchas la autoridad administrativa, pero siempre podrá hacerlo el juez, tanto en los casos de terrorismo como en los de no terrorismo.

3. La madre del cordero, si me permites la expresión coloquial, está en la noción de “interpretaciones posibles”. Pero, antes de entrar un rato en esa materia, déjame que te señale una peculiaridad de tu razonamiento. Me dices que crees que yo estoy “obligado a conceder” que la que yo mantengo no es la única interpretación posible del 51.2, pues también está la tuya (y de otros dos respetabilísimos autores), sustentada en los argumentos que he repasado, y que si hay otra interpretación posible, además de la mía, dejo de tener razón para pensar que tú mostrabas (al menos en este caso) una disposición a saltarte “alegremente las normas”. Mas te declaras respetuoso con las normas y me alegro, tan respetuoso, que apostillas lo siguiente: “si el legislador y/o el Tribunal Constitucional se pronunciara alguna vez de manera inequívoca en el sentido de establecer una inmunidad absoluta en ese supuesto

[entendiendo que te referes al supuesto de conversaciones entre abogados y presos preventivos no relacionados con el terrorismo], entonces yo pensaría que eso es, en efecto, lo que establece para el caso el Derecho español y lo que un juez debe aplicar: sería mal Derecho, Derecho injusto, pero Derecho”, y pensarías que habría que cambiar esas normas, pero que los jueces deben aplicarlas y no ser ellos quienes las alteren a base de “ponderar directamente los principios constitucionales”.

Dos preguntas me surgen al hilo de tan rotundo testimonio tuyo. Una, que rebasa con mucho lo que aquí estamos debatiendo, es la de si francamente te parece tan injusto un derecho que trata de maximizar el derecho a la defensa y las correspondientes garantías de los presos preventivos. Y otra, la de si (permíteme que imite un poco tu estilo) con lo que te acabo de decir no te parece que efectivamente ya se da con creces la condición que tú pones para estimar que hay una norma clara, asentada y jurisprudencialmente aplicada de modo congruente y constante. ¿Acaso deben hablar todavía más alto el TC y el TS para que los entendamos, y eso si persistimos en que no está clara la clara norma del 51.2 LGOP? Pues, si con todo lo que llevamos visto, no lo está esta, no lo estará ninguna. Y a ese tema vamos al fin.

¿Cuántas interpretaciones posibles caben de un enunciado legal? ¿Cabe en algún caso rebasar las interpretaciones posibles?

Podrás corregirme si me equivoco, pero entiendo que en tu carta estás sosteniendo simultáneamente varias tesis, que paso a glosar.

Tesis 1.- Es tu parte normativista, si me concedes la forma de llamarla. Acabamos de ver que tú mismo explicas que si sobre un supuesto el legislador y/o el Tribunal Constitucional se pronuncia “de manera inequívoca” en un determinado sentido, ha de estarse a ese sentido y tienen los jueces que respetar la norma, la regla así puesta. Dicho de otra forma, y si no yerro en mi interpretación de tus palabras: que no es una interpretación posible la que haga decir a esa norma algo diferente de lo que claramente dice, y que el juez, por tanto, no podrá aplicarla con un sentido distinto y unas consecuencias diversas. Así pues (y sigo interpretándote), cuando hablamos de interpretaciones posibles nos referimos a los distintos significados que podemos dar a un enunciado legal en lo que este tenga de equívoco o indeterminado, pero no sería “interpretación” posible la que lo haga decir algo diferente de lo que “de manera inequívoca” dice.

Un ejemplo de nuestro caso. Vienes a sostener que si el art. 51.2 dijera (llamemos R a esta regla):

“Para que se puedan intervenir las comunicaciones entre preso preventivo y abogado deben darse en todo caso y conjuntamente la condición de que se trate de delitos de terrorismo y la de que haya orden judicial, sin que puedan tales intervenciones autorizarse ni por jueces ni por ninguna otra autoridad en ningún otro caso”

no habría más interpretación posible que la que yo propongo, y tú te opondrías a que se considerara válida y conforme a Derecho la intervención ordenada en un caso como el caso Gürtel que examinamos, que no era de terrorismo.

Tesis 2.- Manifiestas que te parecería “Derecho injusto” dicha norma, pero que sería una norma que va a misa, por así decir, y que el juez tiene, sí o sí, que acatar. Posiblemente hasta se podría defender que cometería prevaricación el juez que la violentara, digo yo.

Tesis 3.- Todas la reglas son derrotables y, por tanto, R es derrotable. Es decir, que esa regla, R, que decíamos que “iba a misa” y que tú concedías que el juez debía aplicar y no desobedecer o alterar, puede que en algún caso no tenga que ser aplicada por el juez. En otras palabras, que en algún caso cabe que el juez decida conforme a derecho al inaplicar una norma tan “inequívoca” (concédase que lo sea) como R. Todavía dicho de otra forma: que puede ser conforme a derecho que el juez sentencie contra la única interpretación posible de la norma o contra todas las interpretaciones posibles de la norma.

Al llegar aquí nos metemos de hoz y coze en el concepto de norma jurídica, y más vale que salgamos pronto y lo dejemos para otro día. Yo pongo como límite del respeto a la norma el respeto a sus interpretaciones posibles, por lo que cuando no hay más que una interpretación posible no tiene el juez margen de maniobra (con arreglo a derecho). Tú admites que si la norma es inequívoca no hay más que una interpretación posible, pero admites igualmente que esa norma, con su única interpretación posible, puede ser derrotada y que, aun así, se sigue decidiendo conforma a Derecho: contra R, pero de conformidad con el *ius*. De lo que se desprende que o bien la norma es algo sustancialmente distinto de su enunciado y de los significados posibles de ese enunciado, o bien en el sistema jurídico las normas-enunciado (de las constitucionales a la última norma reglamentaria) ocupan un lugar jerárquicamente inferior a

algo que no es enunciado, sino otra cosa: tal vez valor, algún género de ente de naturaleza axiológica probablemente.

Puntualizas que las reglas son excepcionalmente derrotables y que tienen “vocación” de inderrotables, aunque a veces la vocación se les frustre. En cambio, los principios son derrotables del todo y ellos lo saben, pues no tienen mayor “vocación” de ganar siempre, aunque en la ponderación cada uno pelee como un campeón.

Otro ejemplo de norma que, en tu opinión, sería derrotable, sea cual sea su vocación, trátese de regla o de principio, es la que prohíbe la tortura. Déjame que, de pasada, te diga algo sobre lo que tú cuentas de la tortura. Tu idea de la derrotabilidad se diferencia de la mía en que tú no solamente admites excepciones expresas a las normas, sino también las implícitas. Las excepciones de estado de necesidad y legítima defensa son excepciones expresas, no implícitas: están recogidas expresamente en el Código Penal. Lo bonito sería que habláramos de alguna excepción implícita a la prohibición constitucional de la tortura. Yo no afirmo que de hecho no sean las normas jurídicas derrotadas en la decisión de los jueces, a veces. Lo que sostengo es que cuando la regla que aplican contra la norma jurídica derrotada no está explicitada en otra norma jurídica que pueda hacerlo, los jueces no están *aplicando* derecho, aunque desde el punto de vista moral, político, económico, etc. podamos considerar loable el comportamiento de ese juez jurídicamente desobediente. Sencillamente, no es derecho todo lo que de hecho derrota a las normas jurídicas, ni siquiera todo lo que nos gusta que las derrote en tal o cual caso.

Lo esencial para mi argumento: por si acaso, y al hablar de la tortura, concedes que “podría haber alguna norma que establezca alguna obligación o prohibición absoluta y que sea, en ese sentido, inderrotable”, pero añades que “la inmensa mayoría de las normas jurídicas no lo son”. En general, te parece “difícil de sostener” que haya normas totalmente inderrotables. Dos rápidos apuntes sobre esto. Uno, que me gustaría muchísimo saber cómo puedo distinguir las normas inderrotables de las derrotables, al menos para no tener la tentación de llamar inderrotables a las que yo no quiero que pierdan nunca y derrotables a las que yo quiero excepcionar alguna vez. Y, dos, que, sea como sea, parece evidente que la R de mi ejemplo es derrotable sin vuelta de hoja.

Si R es derrotable, es inevitable esta pregunta: si en lugar de haber sido aplicable a nuestro caso Gürtel el art. 51.2, con el tenor quizá no completamente inequívoco que conocemos, hubiera sido aplicable R, ¿habría sido conforme a derecho la orden del juez para intervenir las comunicaciones de los internos y sus abogados? Esto es, ¿estaría justificada en ese caso la derrota de R? Discúlpame la osadía de sospechar que me responderías que sí. ¿Por qué? Por lo siguiente.

Tesis 4. Cuando hay una laguna axiológica está justificado resolver contra R y sus interpretaciones posibles. Según tú, quien rechace en todo caso las lagunas axiológicas cae en el formalismo, caída que hay que evitar. Sí te declaras partidario de hacer un uso moderado o excepcional de las lagunas axiológicas. Pero, ¿cuándo hay una laguna axiológica? Pues, creo, cuando una norma, como R, da solución para un caso, incluso solución inequívoca, pero dicha solución no es justa o es claramente injusta. La

norma da respuesta, pero no responde lo que debería, en la idea de que lo que las normas deben responder es lo justo o, más moderadamente y mejor dicho, lo no patentemente injusto.

¿Cómo tiene el juez que decidir una vez que ha decretado que laguna normativa no hay, pero que sí la hay axiológica? Ponderando. Cuando hay laguna normativa se pondera, dices, y yo no veo inconveniente a que llames ponderar a lo que tradicionalmente llamábamos valorar discrecionalmente. En el caso de laguna normativa se valora o pondera para colmar la laguna, para sentar la solución que en ordenamiento no estaba prevista. En el supuesto de laguna axiológica se pondera, pero no para colmar un hueco, pues no lo hay, sino ¿para? Para aplicar el derecho debido. Porque la laguna axiológica no obedece a la ausencia de solución normativa, sino a la contradicción de la solución normativa existente con el patrón de solución normativa debida: la justicia, la equidad, la moral o como quiera que lo llamemos. Por tanto, se pondera al servicio del patrón y para hacer valer su jerarquía, no para rellenar el hueco que en el sistema jurídico existía.

Es ciertamente interesante y útil la tipología de lagunas axiológicas que planteas, tanto la basada en tu teoría y la de J. Ruíz Manero sobre los ilícitos atípicos como la que se apoya en Schauer. Y explicas que cuando la base de la laguna axiológica la forma un sistema moral “no incorporado al sistema jurídico” se está abandonando absolutamente el sistema jurídico y esa será siempre “una operación ilegítima”. En cambio, sí resultará legítima la laguna axiológica proveniente de contraponer a la solución de una norma, R, los valores subyacentes al propio sistema jurídico.

Aquí está el núcleo principal o de fondo de nuestras discrepancias. Concédeme que, con ánimo dialéctico y sin propósito de tergiversación retórica, te lo plantee como pregunta. Sigamos llamando R a aquella reelaborada versión del art. 51.2 LOGP que la convertía en “inequívoca” o compatible con nada más que una interpretación posible (lo aceptábamos así). R da para el caso Gürtel una solución que a ti te parece injusta, entiendo. ¿Qué tendrías que hacer? Simplemente pensar que, para ese caso en particular, la solución de R se opone a algunos de los valores o principios que impregnan nuestro sistema jurídico, como pueda ser el de eficaz persecución del delito. Y, a partir de ahí, a ponderar: a ponderar para que R sea derrotada. Pero la derrota de R no resultará de la ponderación, sino que estaba predeterminada en el momento en que se decidió que su solución no era la solución jurídicamente debida porque suponía una laguna axiológica: era solución, pero no era la solución valorativamente debida, a tenor de los valores o la sustancia axiológica del sistema jurídico.

No deseo, hablando bien en serio, que me imputes la falacia del hombre de paja, esta vez con razón, al atribuirte a ti una propuesta sobre la aplicación de R en un caso como este caso Gürtel. Lo que sí intento describir, con toda la honestidad que puedo, son los pasos y conclusiones de una concepción del derecho y un modo de razonarlo que tienen bastante cercanía con la visión tuya, en mi opinión. Pero para saber cuánta justicia te hace a ti ese traje teórico que he diseñado no específicamente para ti, sino para el maniquí de paja, te pregunto: ¿crees, tú, que en el caso de R y de hechos idénticos a los del caso Gürtel estaríamos ante una laguna axiológica que justificaría la derrota de R

en ese caso y una solución contraria a la “inequívoca” que R aporta para él?

Si me contestas que sí, queda en poco aquella afirmación tuya con la que apuntabas tu respetuosa consideración de las reglas, la que hace un momento clasifiqué como “tesis 1”. Porque un respeto a las reglas que sólo las toma en cuenta cuando lo que disponen es positivamente valorado o aprobado por el intérprete, comentarista o aplicador es un respeto bastante blando o *light* o *prima facie* de las reglas. Me habría salvado yo, entonces, de incurrir en la falacia del hombre de paja, la primera de las que me atribuyes.

¿Y si me contestaras que no? Entonces nuestras posturas no estarían tan distantes, terminologías y pequeños matices aparte. Entonces nuestra divergencia, en lo que tienen que ver con el caso Gürtel que nos ha entretenido, vendría nada más que de lo siguiente: para ti había margen para decidir que la intervención de las comunicaciones era legal, pues así lo permitía una de las interpretaciones posibles del art. 51.2 LOGP, mientras que yo estimaba y estimo que esa no era una de las interpretaciones posibles, por las razones que he tratado de ir mostrando. Pero, tenga más razón quien la tenga, estaríamos los dos poniendo los significados posibles del enunciado normativo como límite para su aplicación, tal como acostumbramos a hacer los positivistas. O, mejor dicho, como límite para lo que se puede con propiedad llamar aplicación del derecho. Que a una parte de ese razonamiento interpretativo yo lo llame valorativo y tú lo denomines ponderativo sería cuestión menor sobre la que quizá no merecería la pena gastar tantas páginas.

Pero dudo muy sinceramente, y bien lo lamento, que nuestros acuerdos sean tantos y nuestras concepciones de lo jurídico tan cercanas.

4. Debe de ser que al único que aplico el principio de caridad es a mí mismo, pero créeme que, por más que me miro y me leo, no me veo (en estas cosas) tan incongruente ni hallo tan contradictorios a los positivistas en general. En el penúltimo párrafo de tu atenta carta me invitas a pronunciarme sobre recientes polémicas y objeciones a propósito del positivismo jurídico. Comprende que no pueda hacerlo en esta carta, cuya extensión ya rebasa tanto mis propósitos como la paciencia tuya o de cualquier considerado lector. Remito y te remito a alguno de los trabajos de mi autoría que aparecerán en el libro que recoja aquella polémica con A. Ollero y con otros amigos en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Así que nada más que una brevísima pincelada aquí.

Cuando se habla de nosotros, los “escépticos”, tenemos que definir “escéptico”. Si se trata, por ejemplo, de un escepticismo lingüístico o semántico que llegue a *decir* que todo lenguaje carece de sentido y que es imposible entenderse en nada al hablar, ese escéptico se contradice al *decir*. Pero lo que los escépticos en materia moral y iusfilosófica mantenemos es algo distinto: no que carezca de sentido que yo tenga mis preferencias morales, mi idea de la justicia, mi consideración sobre cuál es la solución más equitativa para el caso Gürtel o cualquier otro que me importe, sino que esas preferencias más poseen dos características decisivas: la primera, que no es racionalmente demostrable (en un sentido pleno o fuerte de “demostrar”) que mis preferencias sean superiores a las de otros, aun cuando mi convicción subjetiva sobre

ellas sea total y radical; la segunda, que aun cuando como preferencias morales fueran demostrablemente superiores a otras o a cualesquiera otras que se les opongan, no serían derecho, porque el derecho es otra cosa.

¿Que se trata de “una visión empobrecida del Derecho” y que sólo explica aspectos “triviales” del mismo? No me lo parece. Porque la carga de la explicación no corre de cuenta de quien dice que derecho es lo que está ahí afuera y nada más que lo que está ahí afuera y cualquiera puede ver, en el art. 51.2 LOGP o en R, por ejemplo, sino de quien mantiene que también es derecho algo que está “más allá” de lo que ahí fuera todos vemos y, porque lo vemos todos, a todos nos ata por igual.

No he cumplido con mi intención de ser breve. Me disculpa no solo el que considere que son muy importantes estos temas de los que andamos hablando, sino también la entidad de tus objeciones a mi postura y la calidad de tus apreciaciones propias. Pero es de estricta justicia (justicia de positivista) que tú tengas la última palabra en este grato debate, si te apetece, y que yo me retire ya, contento y agradecido por este intercambio de ideas con uno de los compañeros que más admiro y uno de los amigos que más estimo. Así es como se hace Academia, así se honra a la Universidad, así se rinde tributo a la Ciencia. En esto algunos hemos aprendido de ti y de unos pocos colegas más, y tendrán que ser muchos los que en el futuro todavía sigan tu ejemplo y el de esos otros maestros.

Un fuerte abrazo, querido Manolo. Ha sido un placer. Espero que muy pronto volvamos a vernos en León, en Alicante o en cualquier inesperado y lejano lugar, como tantas otras veces.

CONTESTACIÓN A LA CARTA DE JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Manuel Atienza

Querido Juan Antonio:

Muchas gracias por tu inteligente y bienhumorada contestación y también por la confianza que me muestras al dejarme “la última palabra” en nuestro amistoso debate. Bueno, lo que voy a decirte no pretende ser la última palabra y ni siquiera la penúltima sino que, más bien, tiene la pretensión de dejar el debate abierto. A la manera de algunos de los diálogos que tenían a Sócrates por protagonista: cuando volvamos a vernos en Alicante, en León o donde sea, seguiremos hablando sobre estas cuestiones que tanto nos interesan a los dos; y, entre tanto, te dejo aquí algunos brevísimos comentarios a lo que me

planteas, por si pudieran servir para seguir dándote qué pensar.

La “falacia de las falacias” merece, efectivamente, la pena de ser considerada como un candidato a algún nuevo elenco de las mismas y aunque, en relación con las falacias, yo no creo (y estoy seguro de que tú tampoco) que lo más importante sea clasificarlas. Lo importante es tener algún instrumento para detectarlas, cuando las mismas se producen (y también para contraatacar cuando a uno se le acusa de haberlas cometido). Queda claro que tú no eres precisamente un sujeto propicio para resultar víctima de un ataque infundado de haber incurrido en argumentación falaz. Es más, cualquier nuevo “lanzamiento” de falacias que te tenga a ti por destinatario tendrá que ver cómo superar el escudo antifalacias de carácter básicamente retórico (y lo digo sin ningún asomo de ironía) que con tanta habilidad has construido. Quizás nuestro debate en esto pueda tener un efecto no querido, pero no carente de interés: suministrar un material que podría ser de alguna utilidad para contestar a la pregunta de cómo identificar (más bien que definir) lo que es una falacia. Pues, ¿cómo podemos saber que lo que a primera vista podría parecer una falacia, realmente lo es (o no lo es)? ¿Existe algún procedimiento para determinar cuándo hay un propósito falaz en acusar a otro de cometer una falacia? ¿Y cómo podría detectarse el haber incurrido en una falacia –en un paralogsimo– cuando falta ese propósito? Etcétera.

En relación con el caso Gürtel y el juez Garzón, yo tampoco estoy ni entre quienes lo adoran ni entre quienes abominan de él. En mi opinión, su comportamiento (tanto en el caso Gürtel como en el de la memoria histórica) fue jurídicamente erróneo, pero creo también que el

Tribunal Supremo ha cometido un error al condenarle por prevaricación en el primero de ellos. Más en concreto, me parece que la sentencia del Supremo es aceptable (o más que eso) desde un punto de vista técnico, en el sentido de que el Tribunal construye para justificar su decisión una argumentación basada en los materiales jurídicos disponibles y que, en consecuencia, “cabe” dentro del Derecho. Pero esa no era, en mi opinión, la mejor decisión (y la mejor argumentación) que el Derecho español permitía. Para decirlo en términos dworkinianos: la interpretación del Tribunal Supremo en este caso (que es interpretación de las normas y de los hechos) no es la que contribuye a un máximo desarrollo de los valores que configuran la práctica jurídica española. No voy a entrar, por supuesto, en ningún detalle sobre ello, porque daría lugar a nuevos temas de discusión que no es cuestión de abrir ahora. Pero sí quiero precisar un extremo que me parece importante para entender nuestra discusión (la postura de cada uno), cuya “madre del cordero”, estoy de acuerdo contigo, radica en la noción de “interpretaciones posibles”. Pues bien, lo que yo juzgo equivocado es pensar que el artículo 51.2 LOGP pueda entenderse en el sentido de que establece una prohibición *absoluta* de intervenir las comunicaciones entre un preso preventivo y un abogado, cuando no se trata de un delito de terrorismo. Pero es verdad que a Garzón no se le condena por prevaricación por haber actuado en contra de esa interpretación (llamémosla I), sino por haber autorizado la intervención de las comunicaciones en relación con abogados respecto de los cuales no había ningún indicio para sospechar que pudiesen estar implicados en la comisión de algún delito (I’). Mi tesis era (y sigue siendo) que I es incorrecta (y, por tanto, no es la única interpretación posible) pero, por supuesto,

suscribo enteramente I'; quizás merezca la pena añadir que el primero de los autos por los que se procesó a Garzón iba contra I, y el segundo, contra I' (aunque el Tribunal Supremo hace con los dos una unidad). Y lo que ha venido a decir el Tribunal Supremo es, me parece, que I es la interpretación correcta de la norma, pero que no resulta imposible (no supone salirse de los límites establecidos por el Derecho) sostener no-I; y que, por el contrario, I' es la única interpretación posible y que un juez que vaya contra I' abandonaría el Derecho (y cometería prevaricación).

La pregunta entonces que tú planteas podría desdoblarse en las dos siguientes: 1) ¿Qué pasaría (qué actitud debería adoptar un juez, en mi opinión) si se produjera una modificación del art. 51.2, de manera que el mismo excluyera inequívocamente apartarse de I (lo que tú llamas R)?; insisto en que esa no parece ser la situación actual, incluso desde el punto de vista del Tribunal Supremo. 2) ¿Qué pasaría en relación con I', esto es, cabría en algún caso apartarse de I'?

Pues bien, en relación con 1), mi opinión es que los jueces estarían obligados en principio a seguir esa regla, pero la verdad es que no excluiría del todo que en algún caso (si se dieran ciertas circunstancias) no tuvieran que (no debieran) hacerlo. Por ejemplo, si se tratara de un precepto antiguo y hubiese en consecuencia razones para pensar que el mismo obedece a propósitos o a valores que ya no son los del ordenamiento; o que se trata de un error, esto es, que hay buenas razones para pensar que el legislador no quiso en realidad decir lo que dijo. En mi opinión –y con independencia de su acierto o desacierto– algo muy parecido a lo anterior es lo que habría hecho el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación

con el actual tenor del art. 51.2. Y, desde luego, la conducta (la interpretación a realizar) debería ser distinta según de qué juez se tratara; por ejemplo, parecería que la libertad interpretativa de un tribunal supremo o de un tribunal constitucional debería ser mayor de la que razonablemente correspondería a un juez de instrucción. Todo lo cual, por cierto, es compatible con pensar que existe siempre, o casi siempre, una única respuesta correcta para cada caso (pero a la vista de todas las circunstancias que lo caracterizan).

Y con respecto a 2), la respuesta sería en cierto modo parecida. Pues no parece fácil de imaginar una situación en la que pudiera considerarse que está justificado interceptar la comunicación entre un interno y un abogado defensor, cuando no hay ningún indicio de que éste último esté implicado en la comisión de algún delito (que tenga que ver con la escucha). Pero “ningún indicio” es, inevitablemente, un término abierto, potencialmente vago, de manera que, en definitiva, me parece que tampoco en este caso podría decirse que “el derecho es lo que está ahí afuera y nada más que lo que está ahí afuera y cualquiera puede ver”.

Y aquí es donde radica, efectivamente, nuestra diferencia de fondo: en la forma relativamente antitética que tenemos de ver el Derecho. Tú, como me parece que lo muestra la frase que acabo de entrecomillar, tiendes a considerar el Derecho como un tipo de realidad semejante a lo que es un libro (en cuanto conjunto de enunciados y de significados). Yo propendo a ver el Derecho no (o no sólo) como una realidad ya dada, sino más bien como una empresa; como la escritura de una novela (para emplear el famoso símil de Dworkin), o como la construcción de una catedral (como alguna vez sugirió Nino) o como una empresa de navegación (un símil de Jhering) o como la

actividad consistente en contribuir al desarrollo y mejora de una ciudad (que alguna vez he utilizado). Creo que con ello se entiende sin más que no considere que el Derecho sea algo “que está ahí afuera y cualquiera puede ver”. Por supuesto, hay elementos del Derecho que satisfacen esa descripción, pero –insisto– yo no concibo el Derecho simplemente (o fundamentalmente) como un sistema, sino, sobre todo, como una actividad, como una práctica. Y me parece que eso explica, por lo menos en parte, que la noción de “interpretación posible”, como en general la de “límite del Derecho”, que cada uno de nosotros tiene, no sean del todo coincidentes.

En todo caso, todo eso puede quedar, como antes te decía, para algún próximo debate. En relación con el presente, lo que en algún sentido podrían considerarse como “mis últimas palabras” irán dirigidas a la discusión racional y a sus beneficiosas consecuencias. Yo creo que, aun siendo distintas, nuestras posturas están, al final del debate, más cerca entre sí de lo que probablemente ambos pensábamos al inicio; la disciplina de escuchar al otro con interés y seriedad (lo que –como el lector habrá visto– no excluye las bromas, las ironías y hasta alguna que otra chanza) suele contribuir, en efecto, a acercar las posturas, probablemente porque a cada uno le permite ver aspectos que antes no había considerado de la situación y, en ese sentido, contribuye a “igualar” las perspectivas. Pero, de todas formas, aunque no se hubiese producido ese efecto, sino el contrario (afianzarse cada cual en su punto de vista inicial), ambos tendríamos, me parece, motivos para sentirnos satisfechos con el fruto de nuestra discusión: cada uno sabría mejor por qué discrepa del otro y conocería mejor también en qué consiste su propia postura. A todo

lo cual me queda todavía por agregar que esta discusión me ha supuesto un gran placer intelectual y me ha dado ocasión para admirar aun más las cualidades que siempre me ha parecido encontrar en ti: inteligencia, sentido del humor, pasión intelectual, buenas dosis de bonhomía y discernimiento, entendiendo por esto último la capacidad para sentir interés por las cosas que de verdad importan. ¡Hasta otra!



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

 Av. del Maestro N° 300  Línea gratuita 800-10-2223  (591) 4 64-40455 · Fax: 4 64-21871

 www.tcpbolivia.bo

 Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia