

POSICIÓN DE MANUEL ATIENZA FRENTE A LOS PRINCIPIOS Y A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN

Rolando Pelaez Ayala

Magister en Derecho Constitucional
y Procesal Constitucional

Tabla de Contenido

1. Introducción.
2. Iusnaturalismo y Positivismo.
3. Teoría de la ponderación
4. Reflexión final. Bibliografía

Introducción. -

Manuel Atienza es un reconocido filósofo y jurista español, catedrático de filosofía del derecho en la Universidad de Alicante y miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España.

Atienza ha realizado importantes aportes a la filosofía del derecho, la teoría del derecho y la argumentación jurídica, así como también ha sido un crítico de la teoría del derecho natural y el iuspositivismo, corrientes filosóficas que se ocupan del estudio del derecho.

Entre sus obras más destacadas se encuentran "Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica" (1991), "El sentido del derecho" (1995), "Curso de argumentación jurídica" (2006).

En su obra, Atienza ha abordado tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico. Según este autor, el iusnaturalismo es una teoría que defiende la existencia de un derecho natural que existe por encima de las leyes positivas, y que sirve como base para juzgar la validez y justicia de las normas jurídicas. Esta teoría sostiene que hay principios universales y eternos que deben ser respetados por todas las leyes y que, en caso de conflicto, deben primar sobre estas últimas.

Por otro lado, el positivismo jurídico sostiene que el derecho es un fenómeno social y que su validez depende exclusivamente de su origen en el sistema jurídico positivo de un Estado. Según esta teoría, no existe un derecho natural y los

En el presente documento se abordará el estudio del aporte que realiza Atienza en relación al iusnaturalismo y positivismo, así

como referente a la teoría de la ponderación.

Iusnaturalismo y Positivismo. -

Atienza se ha manifestado sobre la polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, señalando que este debate puede analizarse desde diferentes niveles y perspectivas, de manera que ambos términos suelen usarse con significados extremadamente distintos. Los iusnaturalistas, a lo largo de su historia milenaria, parecen haber estado de acuerdo en afirmar lo siguiente:

1) Que además y por encima del derecho positivo (ley humana) existe un derecho natural, esto es, un conjunto de normas o principios válidos para todos los tiempos y lugares.

2) Que el derecho positivo solo es tal si concuerda, mínimamente en sus principios fundamentales, con el derecho natural, es decir, si es justo. En otro caso no pasa de ser apariencia en el derecho, corrupción de ley, etc.

Por el contrario, para los iuspositivistas, las afirmaciones clásicas serían:

1) Que el derecho es simplemente el o más bien los derechos positivos, entendiendo por tales los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto a fenómenos sociales y variables históricamente.

2) Que, en consecuencia, la clasificación de algo como derecho es independiente de su posible justicia o injusticia (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

Hay una clara identificación entre la idea de justicia sobre el derecho natural, aunque aclara que al haber diferentes concepciones de justicia, no se pueden identificar todos los principios de justicia como derecho natural (Atienza, 2012). Sostiene que si parte de un concepto de derecho sin referencia a la justicia o la moral, se corre el grave riesgo de no comprender o dejar de lado aspectos sobresalientes. Son ideas morales o de justicia las que determinan, en muchos casos, la aparición de normas jurídicas, o las que llevan al juez a tomar una u otra decisión.

Para Atienza existe una concepción

necesaria entre el derecho y la moral (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012). Considera que existe una amplia zona de coincidencia que se explica por la existencia de ciertas reglas de conducta que toda organización social que tiene que contener para ser viable y a la que Hart llama contenido mínimo de derecho natural.

A diferencia de otros iusnaturalismos de tipo más ortodoxo, postula un pluralismo moral. La moral es un fenómeno esencialmente pluralista y el derecho siempre refleja algún tipo de moral vigente en la sociedad.

En la búsqueda de qué debe ser el derecho y cuándo un derecho es justo, se traslada al campo de los valores. Ellos son cualidades que se predicen de ciertas cosas, personas o acciones. Asimismo, asigna a los valores las características de polaridad (bueno - malo) y de jerarquía.

La justicia es del valor jurídico por antonomasia, aunque reconoce las dificultades para conceptualizar el término justicia (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012). Como valor social, la justicia específicamente jurídica. Ese criterio para valorar un sistema jurídico; en otras palabras, vendría a ser la especificación de los valores morales, es decir aquellos que hacen referencia a relaciones, normas o actos jurídicos.

Junto con la justicia actúan en otros valores, como la igualdad, la libertad o la seguridad. Sobre las diversas concepciones de justicia y la dificultad de agrupar todas las doctrinas del derecho natural, Atienza considera que, si bien hay un derecho natural se lo puede detallar como un descriptivismo moral ético y cognoscitivo, ambas expresiones son vastas; primero, porque no hay un solo descriptivismo ético, y luego, porque hay diferentes niveles de cognitivismo. Sin embargo, identifica características en común entre los diferentes tipos de iusnaturalismo, a saber:

1) Los gustos se identifican con una serie de principios que deriva de la naturaleza y que son cognoscibles por el hombre.

2) Estos principios son verdaderos en la medida en que describen fidedignamente la naturaleza.

3) Alguno de estos principios tiene carácter inmutable y universal.

El iusnaturalismo, señala, ha estado presente a lo largo de la historia por algunos caracteres que le han permitido sobrevivir. En primer lugar, porque los valores que recogen no se encuentran únicamente en el derecho positivo, si no que suministra una vía para criticar el derecho positivo y justificar la desobediencia a los mandatos de la autoridad que se desvíen del derecho natural.

En segundo lugar, se refiere al carácter blando que tiene la ideología del derecho natural, argumento importante para justificar su gran fortuna histórica. Lo que tienen en común los naturalistas es saber fundado de manera análoga norma y principio de justicia y con frecuencia contrapuestos. De ahí que puedan distinguirse dos naturalismo conservadores (Tomás de Aquino) o reformistas (Rousseau).

Luego, en tercer lugar, habría una razón psicológica que explicaría el fuerte atractivo de la doctrina iusnaturalista. La creencia en una ley natural, fija e inmutable, satisface el ansia de encontrar algo seguro, sólido. Por último, la palabra naturaleza tiene un valor emotivo muy grande, de manera que es apta para el uso persuasivo del lenguaje jurídico y político, en el que la calificación de natural tiene comúnmente el mismo significado que bueno o correcto.

en materia de principios, considera a estos como normas de mandato y los clasifica de la siguiente manera:

1) Principios en el sentido estricto y normas pragmáticas, los primeros que expresan valores de una comunidad y lo segundo que son contenidos en la constitución.

2) Principios en el sistema primario o sistema del súbdito y principios en el sistema secundario o el sistema del juez.

3) Principios explícitos (formulados expresamente) e implícitos (interpretación de las normas)

Atienza establece que entre los principios y las reglas hay una triple distinción: estructural, funcional y política.

La distinción estructural es aquella en la que los principios son enunciados que se correlacionan con casos genéricos, con una calificación normativa pero en ellos no está fijada las condiciones de aplicación, sino la conducta prohibida. Las reglas son cerradas, es decir, tienen un conjunto finito de propiedades. Los principios, en sentido de directrices o normas programáticas, configura condiciones abiertas de aplicación, como el modelo de conducta prescripta.

Desde el punto de vista funcional, las reglas de acción y las definen son perentorias e independientes del contenido; perentorias, porque constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida y de segundo orden para suprimir argumento por parte del destinatario, a favor o en contra de la acción que se debe realizar. Las reglas de fin se diferencian de las de acción por trasladar al destinatario el control de las consecuencias de la conducta.

En el sistema de principios explícitos e implícitos, lo primero son razones para la acción, pero no perentorias (no excluyen la deliberación del órgano jurisdiccional y deben ponderar su aplicación); en cambio, los implícitos, si bien son razones para la acción, no son perentorias y tampoco independientes de los contenidos (se ponderan en relación con las reglas y los principios).

Ante los principios de primer orden, a diferencia de los secundarios, la gente no justifica su comportamiento conforme a las reglas, porque son razones perentorias. Los principios operan como razones de primer orden; son ponderados frente a otros.

En sentido estricto, los principios operan como razones de corrección; son razones finales en la consideración del sujeto. En cambio, las directrices son razones para la acción de tipo utilitario.

En materia política, Atienza considera que las relaciones de las normas jurídicas con el poder se dan de la siguiente manera:

a) Las normas jurídicas son manifestaciones de poder y de intereses

b) Las normas jurídicas son relaciones de poder

c) El ejercicio del poder produce alteraciones en las relaciones de poder y los intereses sociales.

Las normas jurídicas serían estructuras de poder que afectan a intereses de individuos o grupos sociales y deberían articular los intereses entre los grupos e individuos, por medio de las reglas de acción y sin necesidad de ponderación. Pero, frente a conflictos que pueden suscitarse entre intereses, las reglas de acción no son suficientes, por cuanto se deben estar establecer reglas de fin y directrices, para establecer límites en la ponderación de intereses.

Frente a las directrices están los principios en sentido estricto, que son los valores que recogen las normas y que deben prevalecer ante cualquier interés que pueda dañar los. Los valores serían razones categóricas que

pueden resolver conflictos ponderando los valores en juego.

Es importante destacar, como el autor señala, que en materia de principios implícitos, estos pueden encubrir valores e intereses en el ordenamiento jurídico por las relaciones de poder, lo que se pone de relevancia con el análisis ideológico del derecho. También puede advertirse la contracción que puede haber entre estos principios y el ordenamiento jurídico.

Teoría de la Ponderación.-

La técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos, 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 proporcionalidad (Atienza & García Amado, Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado, 2016).

Como ya se manifestó anteriormente 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. 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 como ser una ley, una sentencia, que limita un derecho para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas.

La estructura de la ponderación, 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, 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 (Alexy, 2007).

La teoría más acreditada de la ponderación es la sostenida por Robert Alexy, cuyos elementos esenciales se ha presentado anteriormente. Era necesario remitirse a este autor, porque las referencias al mismo 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 (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

En opinión de Atienza (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012), 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 retórico.

Es decir, 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 que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no 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.

Por ello, Atienza, sugiere seguir la teoría de Alexy en su uso más pragmática y no en su excesivo afán sistematizador.

De acuerdo a Atienza, se debe ponderar en el caso en que dos principios vayan en

direcciones opuestas, para ello, en ese caso el juez se puede encontrar en una situación en la que 1) no hay una regla que regule el caso ; 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica ; 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso.

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 es preguntarse si está justificado recurrir a la ponderación.

En cuanto a si puede evitarse la ponderación, la respuesta, 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. Sin embargo, 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 del principio de legalidad o racionalidad formal del Derecho (Atienza & García Amado, Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado, 2016).

Como ya se ha precisado, Manuel Atienza mantiene una posición antagónica a la de García Amado, en relación a los principios y a la ponderación. En primer lugar, Manuel Atienza considera que los principios son una pieza fundamental de los derechos y más todavía de los derechos del Estado Constitucional y de acuerdo a este teórico, esta es tesis imposible de no sostener, puesto que los principios son muy importantes en el contexto de la Justicia Constitucional, ya que al revisar la Constitución de cualquier se puede ver un número importantísimo de los enunciados de los artículos, incluso los más importantes, son precisamente principios (Atienza & García Amado, Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado, 2016).

De acuerdo a Manuel Atienza, existe una falacia de la falsa oposición entre principios y reglas, ya que muchas veces se plantea la cuestión como si en el derecho se tuviese dos opciones: ser partidario de los principios o ser partidario de las reglas o de un derecho basado en principios o más bien un derecho que pivota sobre la regla, Atienza cree que esto es absolutamente falso, ya que en el derecho se necesita tanto principios como

reglas, tanto es así que no sería posible abordar cualquier problema jurídico sin manejar tanto reglas como principios. Entonces el problema teórico y práctico no es el de optar por principios o reglas sino el de cómo combinar los principios y las reglas, esta es una matización muy importante (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

Así mismo, se debe tener en cuenta que el derecho es un fenómeno muy complejo, en el cual no solamente convergen reglas y principios sino, que existen otros tipos de enunciados que mejor no encajan como pueden ser los valores, como pueden ser las definiciones, donde se tendría la incerteza sobre si es un principio o es una regla no digamos. Por otro lado los enunciados jurídicos no son solamente los enunciados del legislador, también se debe incluir todo lo que es el lenguaje de los juristas. Por lo tanto, el derecho es un fenómeno extraordinariamente complejo y los principios constituyen una pieza particularmente relevante pero efectivamente no es la única y solamente se pueden entender los principios en relación con las otras piezas.

Entonces, partiendo de la premisa de que en el derecho existen principios y juegan un papel muy fundamental, porque si solo existieran únicamente reglas se conseguiría satisfacer alguno de los valores característicos c del sistema jurídico, es decir, lo que se suele llamar seguridad jurídica pero se estaría ante un sistema muy rígido. Por lo tanto, para evitar esa rigidez y para hacer posible que los aplicadores y los usuarios del derecho a través de ese instrumento consigan llegar a soluciones razonables necesitan flexibilizar esas reglas y para ello están los principios.

Por lo tanto, no se trata de si alguien tiene mayor preferencia por los principios o mayor preferencia por las reglas, es decir, sería imposible manejar el derecho sin ambos. En el derecho se necesita certeza, así como también flexibilidad e instrumentos que permitan a llegar a soluciones.

De acuerdo a Atienza, la inmensa mayoría de las normas jurídicas son derrotables y entonces puede haber alguna circunstancia en la que efectivamente surja alguna situación en la que se tenga que introducir una excepción. Atienza cita un ejemplo, como el famoso caso alemán donde el policía tiene detenida a una persona que sabe que es el autor de un secuestro y dónde está el riesgo la vida de muchos niños, y él piensa que si ejerce una presión para obtener información, es posible que obtenga una información donde están detenidos y evite la muerte de inocentes. En este caso, el policía alemán pensó que lo más importante era poder salvar la vida de los niños, y los jueces alemanes condenaron al policía

(Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

Se debe ser lo suficientemente inteligentes y prudentes como para poner límites frente a las posibles inseguridades que generen la aplicación de los principios, por lo tanto, no se debe ser entusiasta de los principios, como tampoco ser entusiastas de las excepciones a las reglas, pero estar dispuestos, llegado el caso, de aplicarlos, y es ahí donde aparece la teoría de la ponderación, para manejar los principios se suele decir que es ponderándolos, es decir, la ponderación es un ingrediente completamente necesario cuando se tiene que resolver problemas prácticos que es lo que ocurre en el derecho, cuando se tiene que deliberar, sobre todo en los casos difíciles, cuando no está absolutamente clara cuál es la decisión, pues entonces tiene que ponerse a investigar cuáles son las razones que habría en favor de esta decisión y cuáles los que hay en favor del otro y entonces se hace un ejercicio que es el ponderar y entonces como fruto de ese juicio reflexivo, se opta por aquello en favor de lo cual están las razones. Por ello, Atienza considera que la ponderación es un elemento completamente necesario, sin embargo, se debe tener en cuenta cuando ponderar y cuando no. En todo caso, si se puede subsumir, sería lo ideal, pero sucede que a veces no se puede y entonces cuando no se puede resolver o argumentar un caso subsumiendo y se tiene que ponderar. Es necesario distinguir dos tipos de lagunas que se pueden dar, las lagunas normativas y las lagunas axiológicas. En el primer caso, cuando hay lagunas en las reglas o no hay una solución satisfactoria, entonces se tiene que ponderar porque no hay ninguna regla que haya previsto el caso que hay que resolver y por lo tanto, no queda otra opción. Si los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos y resulta que no tienen ninguna regla que se aplique a un caso concreto, pues tienen que crear la regla y la crean a través de los principios. Es precisamente en eso en lo que consiste el procedimiento de la ponderación.

En relación a las lagunas axiológicas, es decir, cuando sí existe la regla pero esa regla no se ajusta conforme a los principios y valores del ordenamiento jurídico, en este caso el mecanismo consiste en construir la laguna y mediante el ejercicio de la ponderación, llenar esta laguna con los principios. Atienza considera que lo anterior es inevitable, por lo tanto, es necesario aceptar la importancia de los principios y la necesidad de la ponderación siempre en el marco de la prudencia (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

Atienza se diferencia de los llamados neo constitucionalistas, quienes creen que mientras más principios maneja un juez y

cuanta más ponderación haga, tanto mejor y a la hora de evaluar a los jueces había establecer quien es el que más ha ponderado y por lo tanto considerarlo mejor juez.

Para Atienza el hecho de que alguna vez haya que introducir una flexibilidad en una regla, no significa que la regla o la norma quede derrotada o el derecho quede violado. Una de las críticas de Atienza para aquellos que están en contra de los principios y de la ponderación es que creen que al introducir principios y ponderarlos no se podrá estar seguro de cuales son los derechos de las personas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que los derechos no son meramente principios, los derechos son más bien valores y para protegerlos se establece un conjunto normativo de principios y de reglas. En este sentido, lo de vincular derechos con principios tiene sentido, si se piensa en los conflictivos en que un posible derecho choca o colisiona con otro.

Para Atienza todas las normas tienen que tener excepciones, sin embargo, cuando se hace la ponderación, no se puede salir de los principios y valores del ordenamiento jurídico, y en este sentido, se debe tratar a los principios de manera prudente y ordenada y esto no solo respecto a los principios explícitos, sino también frente a los principios implícitos.

Reflexión Final.-

Manuel Atienza es un destacado filósofo del derecho español que ha trabajado en diversas áreas de la filosofía, incluyendo la teoría del derecho y la teoría de la argumentación. En cuanto a su visión sobre el iusnaturalismo y el positivismo, se puede sintetizar de la siguiente manera:

En cuanto al iusnaturalismo, Atienza lo entiende como una corriente de pensamiento que sostiene que el derecho tiene una base moral o ética, es decir, que existe un conjunto de normas jurídicas que se fundamentan en valores o principios universales. Según Atienza, el iusnaturalismo tiene una serie de problemas conceptuales, como la dificultad de establecer qué principios o valores son realmente universales y la falta de criterios claros para determinar cuándo una norma es verdaderamente "natural". En cuanto al positivismo, Atienza lo entiende como una corriente de pensamiento que se basa en la idea de que el derecho es un fenómeno social que se crea y aplica a través de las normas positivas que dictan los órganos competentes. En este sentido, el positivismo considera que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, sino que el derecho debe ser analizado en términos puramente jurídicos, sin recurrir a criterios morales o éticos.

En general, Atienza ha destacado que tanto el iusnaturalismo como el positivismo tienen aspectos valiosos y limitaciones, y que es necesario adoptar una perspectiva crítica y reflexiva sobre cada uno de ellos para comprender la complejidad del fenómeno jurídico y las distintas formas de abordarlo desde la teoría del derecho.

Bibliografía

Alexy, R. (2007). Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. (2012). Dos modelos de constitucionalismo. Revista de Estudios Constitucionales Hermeneutica e Teoría do Direito, 44-45.

Atienza, M., & García Amado, J. (2016). Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado. Alicante: Universidad de Alicante y Universidad de León.

Gorra, D. (2019). Resocialización de condenados. Buenos Aires: Trotta.

Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico. Madrid: Trotta.