

¿Deberían todos los aplicadores del derecho ser competentes para ponderar? Una discusión pendiente***

Should all judges be competent to do balancing? A pending discussion

RESUMEN

El artículo presenta los alcances e implicaciones de los discursos que ofrecen respuesta a la pregunta de si todos, algunos o ningún aplicador del derecho deberían ser competentes para realizar ponderaciones como forma de crear una excepción a una norma o realizar un *distinguish* a un precedente. Asimismo, analiza cuáles son los riesgos que deben evaluarse para determinar: i) quiénes deben tener la competencia para resolver una laguna axiológica; y ii) si debe ser una competencia limitada o no (y qué tipo de límites regular). Para ello, presenta en qué tipo de casos se emplea la ponderación, qué quiere decir que un aplicador del derecho es competente para ponderar, qué riesgos produce dicha competencia y, finalmente, propone modelos de administración de riesgos en función a cómo se diseñe la norma que otorga competencia para ponderar.

PALABRAS CLAVE

Ponderación, normas de competencia, lagunas axiológicas, excepciones, *distinguish*.

ABSTRACT

The article presents the scope and implications of discourses that offer a response to the question of whether all, some, or any judge should be com-

* Doctor en derecho, investigador postdoctoral Juan de la Cierva – Formación en la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, garciayzaguirre@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4662-2919>

** Doctor en derecho, profesor asistente, Facultad de Derecho de la Universidad de Split (Croacia), marin.kersic@pravst.hr, <https://orcid.org/0000-0002-0964-4625>

*** Recibido 23 de abril de 2023, aprobado 26 de junio de 2023

Para citar el artículo: García Yzaguirre, V. y Keršić, M. ¿Deberían todos los aplicadores del derecho ser competentes para ponderar? *Una discusión pendiente*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 61, enero-abril de 2025, 5-32. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n61.01>

petent to carry out balancing as a means of creating an exception to a rule or distinguishing a precedent. It also analyzes which risks should be evaluated to determine: i) who should have the competence to resolve an axiological gap; and ii) if it should be limited competence or not (and what type of limits to regulate). To do this, it presents in what type of cases balancing is used, what it means that a judge is competent to do balancing, what risks such competence produces and, finally, it proposes risk management models based on how the competence norm is designed.

KEYWORDS

Balancing, competence norms, axiological gaps, exceptions, *distinguish*.

SUMARIO

Introducción. 1. Aplicadores del derecho y ponderación. 1.1. En qué casos se pondera. 1.2. Distinciones relevantes. 1.3. Ponderación(es) en sentido estricto. 1.4. Riesgos que genera la ponderación en sentido estricto en problemas de justicia. 2. Escenarios posibles de cómo asumir los riesgos. 2.1. Modelo de alto riesgo. 2.2. Modelo de riesgo moderado. 2.3. Modelo de rechazo al riesgo. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Entre los teóricos del derecho es un lugar común señalar que, frente a un conflicto entre principios (y, en especial, entre derechos), los aplicadores del derecho pueden, o incluso deben, realizar una ponderación como medio para justificar la solución que darán a la controversia. Sobre esto, es posible encontrar diversas teorías muy sofisticadas que lo sostienen y numerosas sentencias judiciales que así lo muestran.

La noción de ponderación puede entenderse de diferentes maneras. Salvo precisión en contrario, usaremos el término “ponderación” para referir a una de las ideas mínimas que suelen compartir los teóricos del derecho sobre ella: alude a un conjunto de métodos interpretativos usados para resolver, de forma racional, conflictos de razones contradictorias o contrarias entre sí.

Dentro de este tipo de literatura, llena de lugares comunes, hay una pregunta pendiente de resolver (en adelante PPR): ¿deberían todos los aplicadores del derecho¹ ser competentes para realizar una ponderación? Esta pregunta supone otras dos: i) pregunta descriptiva: ¿cómo identificamos las

1 Por aplicador del derecho entendemos aquellas personas que son competentes para resolver problemas normativos. Un problema normativo es una pregunta sobre cuál es la calificación jurídica de un conjunto de acciones o de una acción, es decir, es un pedido para determinar si

competencias de los aplicadores del derecho?; y ii) pregunta prescriptiva: ¿qué criterios normativos debemos usar para evaluar si es correcto ampliar, reducir o mantener las competencias que poseen determinados aplicadores del derecho?

La pregunta descriptiva resalta la necesidad de identificar las normas que determinan qué actos de resolución de problemas normativos de los aplicadores del derecho serán válidos². Estas normas pueden ser de dos tipos: por un lado, normas que atribuyen competencia a estos aplicadores del derecho. Esto supone, en materia de interpretación, la regulación que determina qué métodos interpretativos pueden ser utilizados y cuáles no en un determinado tipo de proceso para resolver problemas normativos. En caso de emplear un método interpretativo para el cual un determinado aplicador del derecho no es competente, entonces la decisión de resolución de un problema normativo será inválida³. Por otro lado, normas que limitan la manera en que dichas competencias pueden ser ejercidas. Es decir, normas cuyo contenido opera como límites sustantivos de los posibles actos a producir interpretativamente⁴.

La duda prescriptiva refiere, en cambio, a qué criterios valorativos se deben emplear para determinar la mejor manera de diseñar los sistemas de competencias de los aplicadores del derecho⁵. En materia interpretativa ello quiere decir preguntarse por: i) cuáles son los métodos interpretativos que un aplicador del derecho debería disponer (y cuáles no); y/o ii) cuál es la mejor manera de limitar el ejercicio de dichos métodos interpretativos.

Esto ya nos permite presentar de manera más clara la PPR: ¿es correcto que todos los aplicadores del derecho sean competentes para realizar ponderaciones?; ¿es correcto que lo sean solo algunos (y, en ese caso, cuáles)?; ¿o es correcto que ninguno deba serlo? En caso de que por lo menos algún tipo de aplicador del derecho deba ser competente, ¿es correcto que realice la operación de forma irrestricta o de manera restringida?

una acción, conforme al sistema jurídico, es obligatoria, prohibida, permitida o es facultativa. No analizaremos la ponderación realizada por los legisladores.

2 Válidos en el sentido de que son actos cuya emisión y contenido satisfacen las condiciones normativamente previstas que regulan quienes están autorizados para realizarlos, qué circunstancias se deben dar para que puedan realizarlos, y qué tipo de contenidos pueden tener.

3 Por ejemplo, los sistemas jurídicos usualmente regulan que los jueces penales son incompetentes para realizar interpretaciones utilizando el argumento analógico o el *a fortiori*.

4 Prieto Sanchís, L. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2009. Arraigada, M. B. *Las dos caras del precedente vinculante*. En Núñez Vaquero, Á.; Arraigada, M. B. y Hunter, I. (coord.), *Teoría y práctica del precedente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, 365-400.

5 Valoraciones que pueden ser de dos tipos: axiológicas o técnicas. Axiológicas si son valoraciones pensadas con base en un ideal de justicia. Técnicas si son valoraciones pensadas en una racionalidad de medios-fines. Sobre esta distinción no será necesario profundizar para los fines del artículo.

En la literatura especializada la PPR no ha sido discutida de manera suficiente⁶. Uno de los problemas de esta falta de discusión es la indeterminación sobre la validez de una decisión de un aplicador del derecho que usó la ponderación para: i) crear una excepción a una norma identificada a partir de una disposición legislativamente creada⁷; o ii) para realizar un *distinguish* a un precedente (norma identificada a partir de una disposición creada judicialmente). Ello ha supuesto amplios márgenes de discrecionalidad por parte de las instancias jurisdiccionales de revisión de decisiones y de los órganos de cierre jurisdiccionales para decidir si la creación de una excepción a una norma o un *distinguish* a un precedente es válida o no. Esto, a su vez, lleva a que la cuestión se resuelva, simplemente, conforme a su acuerdo o desacuerdo valorativo con las consecuencias producidas por tal acto.

El artículo no pretende identificar o jerarquizar todos los criterios normativos que deberían ser empleados para determinar qué aplicadores del derecho deberían tener la competencia para realizar ponderaciones. Consideramos que ello exige, por lo menos, evaluaciones normativas basadas en la cultura jurídica de cada lugar. En cambio, el artículo pretende explicitar algunas consideraciones mínimas que han de ser valoradas al resolver la PPR: qué riesgos se está dispuesto a asumir al momento de atribuirle competencia a un aplicador del derecho para que use la ponderación como método interpretativo de resolución de conflictos que impliquen, o bien crear excepciones a una norma identificada a partir de una disposición legislativamente creada, o bien un *distinguish* a un precedente.

El objetivo del presente artículo es explicitar las consecuencias teóricas y prácticas de otorgar la competencia para ponderar a un aplicador del derecho. De esta manera, nuestra contribución para responder la PPR será ofrecer claridad conceptual respecto a qué quiere decir que un aplicador del derecho sea competente para ponderar y presentar algunos de los riesgos a ser asumidos en el momento de responder la pregunta prescriptiva. Ello permitirá explicitar

6 Podemos rastrear un antecedente relevante en una discusión entre Álvaro Núñez Vaquero y Manuel Atienza. En extrema síntesis, Núñez Vaquero ha ofrecido razones para sostener que tal competencia debería estar reservada a fueros jurisdiccionales de alta jerarquía; en cambio, Atienza considera que los fueros jurisdiccionales de baja jerarquía también deberían ser competentes en determinadas oportunidades. Al respecto, Atienza, M. *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*. En Aguiló, J. y Grández, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, 2017a, 32-33; Núñez Vaquero, Á. *Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones*. En Aguiló, J. y Grández, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, 2017, 265, 269-72. Nosotros consideramos que discusiones de este tipo requieren de un paso previo: qué deberíamos analizar para determinar los parámetros de la discusión.

7 Estamos asumiendo la distinción entre disposición (enunciado normativo) y norma (significado atribuido al enunciado normativo) propuesta por Guastini, R. *Disposición vs. Norma*. En Pozzolo, S. y Escudero, R. (eds.), *Disposición vs. norma*. Lima: Palestra, 2011, 133-156.

que es posible identificar comunidades jurídicas amantes del riesgo y otras que son adversas al riesgo.

La evaluación de dichos riesgos es una discusión por realizar por las diferentes dogmáticas jurídicas de cada país. Si estos riesgos son asumidos o no podrá estar condicionado por condiciones socioeconómicas de cada país, área del derecho, cultura jurídica, entre otros. Como tal, nosotros pretendemos ofrecer los elementos mínimos para la elaboración de respuestas hipotéticas por cada comunidad jurídica. Para lograrlo, llevaremos a cabo un análisis conceptual⁸ organizado en los siguientes pasos: en la sección 1 analizaremos en qué tipo de casos se emplea la ponderación, qué quiere decir que un aplicador del derecho es competente para ponderar y qué riesgos produce dicha competencia. Finalmente, en la sección 2, propondremos modelos de administración de riesgos en función a cómo se diseñe la norma que otorga competencia para ponderar.

1. APLICADORES DEL DERECHO Y PONDERACIÓN

Para formular una propuesta de criterios mínimos a fin de evaluar a quién asignar la competencia para ponderar, es necesario realizar algunas clarificaciones previas. A continuación, en primer lugar, se formula un elenco de situaciones mínimas en las cuales los teóricos coinciden en que se requiere emplear una ponderación como medio útil para que los jueces formulen respuestas justificadas a un problema jurídico. En segundo lugar, se procederá a una desambiguación sobre qué quiere decir que un aplicador del derecho tenga/deba tener competencia para ponderar. En tercer lugar, se identificará qué tipo de operaciones implica ponderar. Finalmente, en cuarto lugar, se identificarán los riesgos que supone emplear la ponderación.

1.1. En qué casos se pondera

En la literatura especializada se suele señalar que los aplicadores del derecho realizan ponderaciones si se enfrentan a, por lo menos, uno de estos cuatro problemas: vaguedad, lagunas normativas, antinomias y lagunas axiológicas⁹. Veamos, brevemente, cada uno de estos casos:

⁸ Seguiremos de cerca la propuesta de Chiassoni, P. The Methodology of Analytic Jurisprudence. En *Analisi e Diritto*. 21(2), 2021.

⁹ Para ser más precisos, la literatura especializada suele señalar que se debe ponderar si estamos frente a un caso difícil. Estos son, en extrema síntesis, supuestos en los cuales no hay acuerdos mayoritarios en una determinada comunidad jurídica sobre cuál es la mejor regulación jurídica de una acción jurídicamente relevante (ver Lifante, I. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madrid: CEPC, 1999, 224-26). Al respecto ver Atienza, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, 432-39. García Yzaguirre, V. *Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis*. En *Revista Derecho pucp*, 87,

- a) Vaguedad: refiere a la falta de determinación del universo de objetos a los que hace referencia un determinado significado¹⁰. Se trata de problemas de las reglas de uso del significado (no dependientes de la información sobre el mundo exterior) que llevan a dudar, en ciertos casos, si un concepto es aplicable o no.
- No es necesario profundizar las diversas fuentes de esta indeterminación ni sus diferentes tipos. El punto a poner de relieve es que, frente a un caso de vaguedad, el aplicador del derecho debe tomar una de estas decisiones: i) define que el caso vago sea incorporado dentro del alcance de un significado; ii) define que el caso vago sea excluido del alcance de un significado; o iii) crea una nueva noción para referir a este tipo de supuestos. Para ello, deberá tomar en cuenta las razones a favor y en contra de cada opción y crear una preferencia entre ellas (ponderarlas).
- b) Lagunas normativas: desde una concepción principialista¹¹, este problema es entendido como un supuesto de indeterminación del sistema jurídico producto de dos condiciones: i) identificar un caso, jurídicamente relevante, para el cual el sistema jurídico no ofrece una regla aplicable; y ii) identificar principios jurídicamente aplicables a dicho caso que exigen una determinada calificación jurídica (que puede ser una obligación, prohibición, permiso o facultad de hacer una acción o actividad)¹².
- En este escenario, para resolver una laguna normativa, se deberán tener en cuenta los principios aplicables y ponderarlos. El resultado será la identificación de la regla aplicable al caso.
- c) Antinomias: refieren a casos en los cuales el destinatario de las normas no puede cumplir con dos o más obligaciones jurídicas aplicables en un mismo tiempo-espacio¹³. A nivel de principios, ello se manifiesta en casos donde un principio requiere, por razones conceptuales o empíricas, la

373-404. Como hemos indicado en el texto principal, por razones de claridad y brevedad solo presentaremos los cuatro problemas señalados.

10 De manera más precisa, es un problema de indeterminación del lenguaje natural que alude a la duda que posee un hablante nativo o experto sobre si un concepto es aplicable o no a un determinado objeto.

11 La noción de laguna normativa cambia si adoptamos una concepción sistémica-deductiva de los sistemas jurídicos. En este sentido, si adoptamos la noción de Alchourrón y Bulygin, por laguna normativa se entenderá a los supuestos en los que, al analizar un microsistema de normas aplicables a un caso, verificamos que un caso genérico relevante no está correlacionado con una solución normativa. Sobre esta noción se ha discutido extensamente y no es necesario profundizar en ello. Para un análisis exhaustivo de este tema, ver Garća Yzaguirre, V. *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica*. Lima: Palestra, 2022, 276 y ss.

12 Ver, por todos, Ruiz Manero, J. "Rule of law y ponderación". *Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar*. En Alonso, J. (coord.), *Imperio de la ley y ponderación entre principios*. Buenos Aires: Astrea, 2018, 21-46.

13 Con mayor profundidad en Garća Yzaguirre, V. *Apuntes conceptuales para la identificación de conflictos normativos entre normas*. En *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 15, 2021, 343-371.

no satisfacción de otro. Frente a ello será necesario crear un criterio de preferencia que determine cuál deberá usarse como premisa normativa en la resolución del caso individual, esto es, deberá ponderarse¹⁴. Sobre este punto volveremos luego.

- d) Lagunas axiológicas: desde una perspectiva principialista¹⁵, hacen referencia a los casos en los cuales una acción está regulada por una regla del sistema jurídico, pero dicha regulación no es conforme con lo previsto por los principios del mismo sistema normativo. Dicho de manera más precisa, esta noción supone la conjunción de estas dos condiciones: i) un caso jurídicamente relevante está regulado por una regla del sistema jurídico, es decir, es un caso determinado; y ii) la ponderación de los principios aplicables al caso supone que la calificación normativa debería ser distinta, debido a que la identificación del antecedente de la norma debió prever una distinción entre casos regulados que no ha previsto¹⁶. Ahora bien, las lagunas axiológicas, siguiendo la distinción de Jorge Rodríguez¹⁷, pueden ser descriptivas o prescriptivas. Serán descriptivas si los principios considerados para identificar la laguna axiológica son principios jurídicos. Serán prescriptivas si los principios considerados para identificar la laguna axiológica son principios extrajurídicos (por ejemplo, morales).

Todos estos problemas requieren utilizar razones a favor y en contra con base en principios. Pero no necesariamente todos comparten la misma metodología de solución: no es lo mismo resolver un problema de vaguedad que una laguna axiológica.

1.2. Distinciones relevantes

Este elenco de supuestos vistos en el apartado anterior permite mostrar algunas distinciones relevantes. En primer lugar, los diferentes discursos (descriptivos y prescriptivos) sobre casos a ser resueltos vía ponderación pueden ser diferenciados en ponderación en sentido amplio y en sentido estricto. Por

14 Alexy, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 50-59. Alexy, R. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. En *Ratio Juris*. 16, 4, 2003, 433-448; Atienza, M. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, 163-180; Bernal Pulido, C. *The Rationality of Balancing*. En *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 92, 2, 195-196; Martínez Zorrilla, D. *The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*. En *Law & Philosophy*. 30, 6, 2011, 729-731.

15 La noción de laguna axiológica cambia si adoptamos una concepción sistémica-deductiva de los sistemas jurídicos. Al respecto ver García Yzaguirre, V. *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica*. Lima: Palestra, 2022, Cap. IV.

16 Un supuesto habitual de laguna axiológica son los casos de vulneración al derecho a la igualdad (ver Guastini, R. *Breve lección sobre la igualdad*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 2013, 33-41).

17 Rodríguez, J. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: CEPC, 2002.

sentido amplio referimos a discursos sobre resolver conflictos de posiciones contradictorias entre sí sopesando razones. En cambio, por sentido estricto referimos a resolver un determinado tipo de conflicto y empleando una determinada metodología para ello. Por ejemplo, aludir a los cuatro casos de ponderación de manera genérica sería una forma de formular un discurso sobre la ponderación en sentido amplio. En cambio, aludir solo a las antinomias entre principios y al test de proporcionalidad (usando la metodología propuesta por Robert Alexy) como forma de resolverlas sería una manera de formular un discurso sobre la ponderación en sentido estricto.

En segundo lugar, dentro de la ponderación en sentido estricto podemos diferenciar discursos (descriptivos y prescriptivos) de dos tipos: ponderación en sentido estricto para obtener certidumbre y ponderación en sentido estricto para obtener justicia.

Por ponderación en sentido estricto para obtener certidumbre nos referimos a todas aquellas ponderaciones realizadas a efectos de determinar la calificación jurídica de un caso (determinar qué calificación jurídica se le aplicará a un caso, en función a los principios aplicables). En específico, aludimos a los casos de resolver problemas de vaguedad, lagunas normativas y antinomias. En cambio, por ponderación en sentido estricto para obtener justicia referimos a las ponderaciones realizadas a efectos de corregir la calificación jurídica de un caso, esto es, que sea axiológicamente aceptable. Con mayor precisión, aluden al proceso y resultado de que un aplicador del derecho cambie la calificación jurídica de un supuesto a efectos de hacerla conforme a sus criterios de valoración moral (resolver lagunas axiológicas).

Estas distinciones nos permiten clarificar posibilidades teóricas y prácticas. Veamos:

- a) “Los aplicadores del derecho, del sistema jurídico SJ, son competentes para ponderar en sentido amplio”. Este es un enunciado descriptivo ambiguo que puede ser interpretado de las siguientes maneras¹⁸: i) da cuenta de que los aplicadores del derecho son competentes para identificar y resolver los cuatro problemas indicados; y/o ii) da cuenta de que los aplicadores del derecho son competentes para resolver los cuatro problemas indicados usando una determinada metodología que suponga sopesar razones a favor y en contra. Lo que no describe es que formen parte del sistema jurídico normas que establezcan límites sustantivos a las formas en que se pueden resolver dichos problemas: es un discurso que no incide sobre la metodología a emplear.
- b) “Los aplicadores del derecho, del sistema jurídico SJ, no son competentes para ponderar en sentido amplio”. Este es un enunciado descriptivo am-

18 En este enunciado cabe precisar que “aplicadores del derecho” debe ser desambiguado, pues puede aludir a toda la judicatura, solo algunos integrantes de ella, u otro escenario. Sobre ello volveremos luego.

biguo que puede ser interpretado de las siguientes maneras: i) da cuenta de que los aplicadores del derecho no son competentes para los cuatro problemas indicados; y/o ii) da cuenta de que los aplicadores del derecho no son competentes para resolver los cuatro problemas indicados usando una determinada metodología que suponga sopesar razones a favor y en contra.

En caso que sean competentes para resolver los cuatro problemas identificados, pero no lo sean para usar algún método ponderativo, ello quiere decir que son competentes para resolverlos usando un método interpretativo diferente.

- c) “Los aplicadores del derecho, del sistema jurídico SJ, deben ser competentes para ponderar en sentido amplio”. Este es un enunciado prescriptivo que alude a tres exigencias: i) en el sistema jurídico de referencia debe incluirse una norma que atribuya competencia a los aplicadores del derecho para resolver los cuatro problemas indicados; ii) en el sistema jurídico de referencia debe incluirse una norma que atribuya competencia a los aplicadores del derecho para realizar ponderaciones para resolver los cuatro problemas indicados; y iii) debe estar prohibido derogar las normas de competencia indicadas en i) y ii).
- d) “Los aplicadores del derecho, del sistema jurídico SJ, no deben ser competentes para ponderar en sentido amplio”. Este es un enunciado prescriptivo que alude a tres exigencias: i) en el sistema jurídico de referencia no debe incluirse una norma que atribuya competencia a los aplicadores del derecho para resolver los cuatro problemas indicados; ii) en el sistema jurídico de referencia no debe incluirse una norma que atribuya competencia a los aplicadores del derecho para realizar ponderaciones para resolver los cuatro problemas indicados; y/o iii) debe ser obligatorio derogar las normas de competencia indicadas en i) y ii) en caso que formen parte del sistema jurídico de referencia.

En caso que sean competentes para resolver los cuatro problemas identificados, pero se prescriba que no deban ser competentes para resolverlos usando algún método ponderativo, de ello se puede inferir que se está prescribiendo que deban ser competentes para resolverlos usando un método interpretativo diferente.

- e) “Los aplicadores del derecho, del sistema jurídico SJ, son competentes para ponderar en sentido estricto”. Este es un enunciado descriptivo que da cuenta de que es posible identificar en un determinado sistema jurídico lo señalado en a), junto con normas que establecen los límites sustantivos a la metodología a emplear en cada uno de los problemas. Este tipo de descripciones serán más precisas si señalamos si son competentes para resolver problemas de certidumbre, de justicia o ambos.
- f) “Los aplicadores del derecho, del sistema jurídico SJ, no son competentes para ponderar en sentido estricto”. Este es un enunciado descriptivo

- que da cuenta de que es posible identificar en un determinado sistema juŕdico lo sealado en b), junto con describir que no hay normas que establecen ĺmites sustantivos a la metodoloǵa a emplear en cada uno de los problemas. Como podŕ notarse, este ́ltimo punto es ambiguo, pues esta descripci3n puede dar cuenta de que no hay normas que limiten las ponderaciones para: i) resolver problemas de certeza; ii) resolver problemas de justicia; o iii) resolver problemas de certeza ni de justicia.
- g) “Los aplicadores del derecho, del sistema juŕdico SJ, deben ser competentes para ponderar en sentido estricto”. Este es un enunciado prescriptivo que alude a tres exigencias: i) en el sistema juŕdico de referencia debe incluirse una norma que atribuya competencia a los aplicadores del derecho para resolver, por lo menos, alguno de los cuatro problemas indicados (problemas de determinaci3n, problemas de justicia, y/o ambos); ii) en el sistema juŕdico de referencia debe incluirse una norma que formule ĺmites sustantivos a la metodoloǵa a emplear en cada uno de los problemas indicados para los que sea competente (sea para resolver problemas de determinaci3n, de justicia, o ambos); y iii) debe estar prohibido derogar dichas norma de competencia.
- h) “Los aplicadores del derecho, del sistema juŕdico SJ, no deben ser competentes para ponderar en sentido estricto”. Este es un enunciado prescriptivo que alude a dos exigencias: i) en el sistema juŕdico de referencia no debe incluirse una norma que establezca ĺmites sustantivos a la metodoloǵa a emplear en cada uno de los problemas indicados para los que sea competente (sea para resolver problemas de determinaci3n, de justicia, o ambos); y ii) debe ser obligatorio derogar las normas de competencia indicadas en caso que formen parte del sistema juŕdico de referencia¹⁹.

Como podemos ver, la distinción entre ponderación en sentido amplio y en sentido estricto permite distinguir diferentes tipos de discursos y, con ello, diferentes maneras de entender cuáles son (y cuáles deben ser) las competencias de los aplicadores del derecho. Para mostrar de manera más clara la importancia de esta distinción, vamos a insistir un poco más sobre los discursos prescriptivos.

La formulación del enunciado prescriptivo “los jueces, del sistema juŕdico SJ, deben ser competentes para ponderar”, como hemos podido ver, es ambigua. Si es entendida como ponderación en sentido amplio, entonces

19 Cabe precisar que ser competente para realizar una ponderación en sentido estricto implica tener competencia para resolver, por lo menos, alguno de los cuatro problemas indicados, pero no viceversa. Si no es competente para ponderar en sentido estricto (usar una determinada metodoloǵa para ponderar), ello puede suponer uno de estos dos escenarios: i) no se es competente para resolver el problema (sea de determinaci3n, justicia o ambos); o ii) se es competente para resolver el problema, pero no para resolverlo usando la ponderaci3n (quiere decir que es competente para usar otro m3todo interpretativo para resolver).

estamos prescribiendo que deben ser competentes para resolver los cuatro problemas y de forma ilimitada. Si es entendida como ponderación en sentido estricto, entonces estamos prescribiendo que deben ser competentes para resolver los cuatro problemas (o alguno de ellos) y utilizando determinadas metodologías. Como podemos ver, el ser imprecisos en este punto nos puede llevar a problemas de suprainclusión.

En efecto, podemos estar comprometidos con que los aplicadores del derecho deban ser competentes para llevar a cabo ponderaciones en sentido estricto y no en sentido amplio: que sean competentes para usarla, salvo para resolver antinomias, por ejemplo²⁰. O podemos estar comprometidos con que los aplicadores del derecho deban ser competentes para llevar a cabo ponderaciones para resolver problemas de certeza, pero no para que resuelvan problemas de justicia²¹.

Insistimos: podemos imaginar un conjunto de discursos prescriptivos que sostengan que la oficina administrativa que recauda impuestos (un aplicador del derecho en sede administrativa) deba ser competente para resolver problemas de vaguedad y lagunas normativas, pero que no deba serlo para resolver lagunas axiológicas, esto es, que no sea competente para crear exenciones a tributos.

Como podemos ver, es necesario distinguir y ser precisos respecto a qué queremos decir con “competencia para ponderar”. Como podrá notarse, dependiendo de cómo se entienda esta expresión, nos comprometemos a asumir ciertas implicancias teóricas y, especialmente, riesgos diferentes. Ahora bien, para los propósitos del presente artículo solo nos concentraremos en los discursos prescriptivos sobre la ponderación en sentido estricto para resolver problemas de justicia. Dicho de manera más clara: ¿cuáles son riesgos que deben evaluarse para determinar: i) quiénes deben tener la competencia para resolver una laguna axiológica; y ii) si debe ser una competencia limitada o no (y qué tipo de límites regular)?

20 Una manera alternativa de resolver una antinomia entre principios sin usar la ponderación sería, por ejemplo, alguien que considere que los principios están jerarquizados por su orden de aparición en la Constitución. Por ejemplo, ver el método interpretativo-subsuntivo de García Amado, el cual, sostiene, debe ser usado en vez de la ponderación. Ver García Amado, J. A. *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*. En Alexy, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 297-316 y 316-322 para una reconstrucción y aplicación de esta aproximación.

21 Las distinciones en este punto son múltiples, pero por razones de espacio no podemos profundizar en ellas. Por ejemplo, podemos identificar un discurso prescriptivo de que los aplicadores del derecho judiciales de primera instancia deben ser competentes para identificar y resolver lagunas axiológicas en precedentes de la Corte Suprema (*distinguish*), pero que no deban serlo para precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Previo a responder ello, es necesario identificar qué tipos de ponderación en sentido estricto es posible identificar y cuáles los riesgos a los que nos comprometen al resolver lagunas axiológicas.

1.3. Ponderación(es) en sentido estricto

No todos los autores se refieren a lo mismo cuando hablan de ponderar en sentido estricto en problemas de justicia. Con el propósito de solo presentar en este punto²², diferenciaremos las propuestas de tres autores: a) Robert Alexy, b) Aharon Barak y c) Riccardo Guastini²³.

a) Robert Alexy

Robert Alexy contrasta la ponderación con la subsunción, entendiéndolas como dos operaciones básicas en la aplicación del derecho²⁴. Las reglas se aplican por subsunción, mientras que los principios se aplican por ponderación²⁵. La ponderación se realiza, según Alexy y en extrema síntesis, mediante la aplicación de la “fórmula del peso”²⁶.

De acuerdo con esta, la resolución del conflicto normativo entre dos principios depende de los pesos asignados a los principios en conflicto. El resultado de la fórmula del peso es un cociente de haber evaluado la intensidad de la interferencia de cada principio en conflicto, el peso abstracto de cada uno y la confiabilidad de los supuestos empíricos²⁷. Una vez realizada la asignación de valores y el cálculo, prevalecerá uno de los principios en conflicto.

22 Sobre este punto no profundizaremos en este artículo.

23 Esta lista no es de ninguna manera exhaustiva; simplemente muestra algunas de las interpretaciones bien conocidas sobre la ponderación. Cabe agregar, además, que hemos elegido estas tres aproximaciones a la ponderación en sentido estricto en atención a su impacto en la literatura especializada. Es decir, por ser teorías sobre las cuales se ha discutido (y se sigue discutiendo) y sobre las cuales se han construido nuevas propuestas teóricas.

Junto con ello, elegimos estas aproximaciones en vista de que discuten mutuamente sobre ciertas tesis teóricas y comparten una visión conflictivista de los derechos. Barak. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 5-6; Guastini, R. *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*. En Conte, G.; Fussaro, A.; Somma, A. y Zeno-Zencovich, V. (eds.), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*. Rome: RomaTrE-Press, 2018, 320. Ello sin perjuicio de que puedan identificarse otros autores que cumplan con estos mismos criterios, pero que resultaría imposible analizar en vista del espacio disponible en el presente artículo, por partir de visiones no conflictivas de los derechos y dado que no es nuestro objetivo realizar una reconstrucción completa de este punto.

24 Alexy, R. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, cit., 433-435.

25 Alexy, R. *A Theory of Constitutional Rights*, cit., 44-50. Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *A Theory of Legal Sentences*. Dordrecht: Springer, 1998, 1-25.

26 Alexy, R. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, cit., 433.

27 Alexy, R. *The Construction of Constitutional Rights*. En *Law & Ethics of Human Rights*. 4, 1, 2010, 30.

b) Aharon Barak

Aharon Barak ha desarrollado su teoría de la ponderación partiendo del marco teórico de Robert Alexy. Sin embargo, existen diferencias entre los dos, más notablemente visibles por el hecho de que la comprensión de Barak de la ponderación se basa en la noción de adecuación al propósito legislativo e interpretación intencional²⁸. Otra diferencia importante es que, en opinión de Barak, la ponderación se puede aplicar cuando las normas en cuestión son reglas y no solo principios, como argumenta Alexy.

Según Barak, los derechos en conflicto generalmente se concretan en leyes, y los jueces deben usarlas mediante un proceso que llama ponderación interpretativa²⁹. Ella consiste en que la adecuada interpretación de los actos legislativos que regulan estos derechos supone valorar su propósito subyacente³⁰. Para este autor, la ponderación es un proceso que coloca el propósito propio de la ley limitante en un lado de la balanza y el derecho limitado en el otro, a efectos de determinar el beneficio ganado por el propósito con el daño que causa al derecho³¹. Así, el “peso” de los derechos en conflicto está determinado por su importancia social relativa³².

c) Riccardo Guastini

A diferencia de Robert Alexy y Aharon Barak, Riccardo Guastini desarrolla una teoría descriptiva de la ponderación, y no una doctrina normativa³³. La ponderación, bajo esta propuesta, es una técnica utilizada (especialmente) por los tribunales constitucionales para resolver conflictos entre dos principios constitucionales³⁴. Para aclarar el punto, Guastini distingue cuatro operaciones intelectuales en la aplicación de los principios: identificar, interpretar, ponderar y especificar³⁵.

28 Sobre las similitudes y diferencias entre los dos enfoques, véase Alexy, R. *Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak*. En *International Journal of Constitutional Law*, 16, 3, 2018, 871, y Barak, A. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation*, cit., 20.

29 Barak. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation*, cit., 94-96.

30 *Ibid.*, 92.

31 *Ibid.*, 43.

32 Barak, A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005, 178.

33 Sardo, A. *Three theories of judicial balancing: A comparison*. En *Dignitas - The Slovenian Journal of Human Rights*, 53/54, 2012, 64-65.

34 Guastini, R. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè, 1998, 228.

35 Guastini, R. *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*. En Conte, G.; Fussaro, A.; Somma, A. y Zeno-Zencovich, V. (eds.), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*. Rome: RomaTrE-Press, 2018, 314.

La primera operación –la identificación de los principios– consiste en atribuir la condición de principio a una determinada disposición. La segunda –interpretación– consiste en la atribución de sentido a la disposición previa o contextualmente identificada como principio. La tercera, la ponderación, es la selección del principio que se va a aplicar. La cuarta y última operación es la especificación o concreción del principio elegido para su aplicación mediante la creación de una regla adecuada para resolver el caso concreto de que se trate.

La ponderación, de esta forma, supone formular un criterio de preferencia. Esta posee la siguiente estructura: “El principio P1 tiene más peso que el principio P2 en el contexto X”³⁶. Este criterio, como indica Guastini, es un juicio de valor comparativo cuya justificación tácita (en la mayoría de los casos) se encuentra en otro juicio de valor comparativo sobre la justicia o equidad de la decisión que resultaría de la aplicación de uno de los dos principios en conflicto. Es decir, primero se establece que el principio P1 conduciría a la decisión D1, mientras que el principio P2 conduciría a la decisión D2, y luego se elige D1 o D2, dependiendo de un juicio comparativo, generalmente no explicitado, de cuál de estas decisiones se considera más “justa” o “equitativa”³⁷.

Como podemos ver, “ponderación (en sentido estricto)” es una expresión teóricamente comprometida que, dependiendo de qué teorización se adopte, supondrá uso de diferentes razones y diferentes maneras de entender el “peso” de cada una. Esto se traduce en que otorgar competencia para ponderar en sentido estricto expresará autorizaciones de diferente tipo en función a cada teorización y supondrá, además, límites competenciales diferentes.

1.4. Riesgos que genera la ponderación en sentido estricto en problemas de justicia

La ponderación en sentido estricto, en cualquiera de sus versiones, está sujeta a diferentes tipos de críticas³⁸. Estas críticas permiten identificar cuáles son los riesgos que genera emplear estos métodos. Al respecto, para nuestros fines, vamos a resaltar dos de los principales: discrecionalidad judicial y debilitamiento de derechos³⁹.

36 Guastini, R. *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, cit., 320.

37 *Ibid.*, 320-321.

38 Para estas críticas, ver, por ejemplo, Aleinikoff, T. A. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. En *The Yale Law Journal*. 96, 5, 1987; Chiassoni, P. *La balanza inexistente*. En *Analisi e diritto*, 2019, y Moreso, J. J. *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism*. En *Ratio Juris*. 25, 1, 2012, 31-46.

39 Estos no son los únicos riesgos que se pueden identificar, pero sí son los riesgos mínimos que produce la ponderación.

a) El riesgo de la discrecionalidad judicial

El primer riesgo puede denominarse *riesgo de discrecionalidad judicial*, entendida como el peligro que supone que los aplicadores del derecho encubran e impongan sus preferencias valorativas en los procesos de resolución de conflictos. Veamos.

Reformulando la reconstrucción de Guastini⁴⁰ de los momentos de toma de decisión implicados en el proceso de ponderación, podemos utilizar dos: el momento de la interpretación y el de valoración. En primer lugar, los aplicadores del derecho interpretan, esto es, deciden qué principios están en conflicto. Ello supone un alto grado de control respecto a cómo entender el caso y de predeterminedar los resultados de la operación. En segundo lugar, los aplicadores del derecho valoran los principios, esto es, le atribuyen un peso determinado a cada uno, permitiéndoles formular un criterio de preferencia.

Un ejemplo de interpretación, en el sentido indicado, se encuentra en la Sentencia 0256-2003-HC/TC del Tribunal Constitucional del Perú. El caso trataba sobre la decisión de un hospital público de no entregar los cadáveres a los familiares hasta que ellos no pagaran la deuda generada por la atención médica. En este caso, ¿qué principio afectó la decisión del hospital: dignidad humana, libertad religiosa de los familiares, derecho a la integridad, derecho a la propiedad o algún otro? El aplicador del derecho deberá tomar una decisión al respecto, lo cual incidirá (de manera determinante) en la estimación del peso y en el resultado de la ponderación.

En segundo lugar, los aplicadores del derecho tienen un momento para decidir la valoración de los principios, esto es, la atribución de pesos a cada principio y la resultante creación del criterio de preferencia. Dependiendo del marco teórico al que se adscriba, el “peso” se puede asignar de diferentes maneras.

La idea de que las normas pueden tener “peso” ha de entenderse de manera metafórica⁴¹, ya que las normas no tienen peso en sí mismas, sino que los jueces les asignan “peso” cuando deciden los casos⁴². Dicho poder de

40 Guastini, R. *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, cit., 313-314.

41 Sobre la importancia y necesidad de esto, ver Chiassoni. *La balanza inexistente*, cit., 175-178. No parece posible traducir la metáfora del “peso” a términos no metafóricos sin terminar en una relación de preferencia entre las normas. Para una propuesta de traducción de la metáfora del peso y las diferentes ideas teóricas que cada traducción tiene, ver Kersic y García Yzaguirre. *El “peso” de los principios: descifrando la metáfora*, cit.

42 Chiassoni, P. *La balanza inexistente*, cit., 175; García Amado, J. A. *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*. En *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13, 2016, 2-4; Pino, G. *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010, 57-58. Ratti, G. B. *A Note on the Logical Form of Legal Principles*. En *Analisi e diritto*, 2010, 273-290.

decisión de los aplicadores del derecho ha sido criticado habitualmente como un proceso arbitrario⁴³.

Esta línea de crítica va más allá, ya que algunos autores han señalado que la idea principialista de los principios como tipos de normas que tienen “peso” y se aplican por ponderación pone en peligro la separación de poderes, ya que faculta a los jueces para crear normas a través del proceso de ponderación⁴⁴. En efecto, los aplicadores del derecho en el momento de determinar el grado de afectación y satisfacción de un principio en un determinado suelen utilizar valoraciones subjetivas o utilizan conceptos evaluativos cuyo significado es atribuido utilizando sus propias preferencias morales⁴⁵.

b) El riesgo de debilitar los derechos

El segundo riesgo puede denominarse *riesgo de debilitamiento de los derechos*. Si los derechos en conflicto se entienden como principios, cuyo conflicto debe resolverse mediante la ponderación, la fuerza normativa de los derechos se debilita. Esto se debe a que los jueces pueden operar con los derechos como una suerte de recomendaciones ético-políticas, permitiendo discrecionalidad en la aplicación de normas protectoras de derechos fundamentales⁴⁶.

Esto supone dos problemas diferentes, pero vinculados entre sí. Parafraseando una conocida metáfora principialista, los derechos pueden operar como escudos o como espadas. Los derechos como escudos se refieren a que el contenido de los derechos opera (debería operar) como límites a los poderes de toma de decisiones de quienes tienen poder por sobre los ciudadanos. Pero en los casos en los que un aplicador del derecho pondera y justifica su decisión en la protección de un derecho, la operación cambia. Los derechos ya no son límites al poder. En la ponderación, se convierten en razones para justificar lo que el juez considera correcto. Dejan de ser escudos frente al po-

43 Pino, G. *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., 196-197; Tuzet, G. *Alexy and Economics*. En *Rivista di filosofia del diritto*. 9, 2, 2020, 302-306; Aleinikoff, T. A. *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., 982-983; Martínez Zorrilla, D. *Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing*. En Duarte, D. y Silva Sampaio, J. (eds.), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*. Dordrecht: Springer, 2018, 188; Pino, G. *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., 198. Poscher, R. *Insights, Errors, and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*. En *Ratio Juris*, 22, 4, 2009, 444.

44 Ferrajoli, L. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, 44.

45 Moreso. *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism*, cit., 38.

46 Ferrajoli, L. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., 52, y Ferrajoli, L. *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neoiusnaturalismo*, cit., 352.

der y se vuelven espadas del poder judicial⁴⁷. Crear una excepción o hacer un *distinguish* como resultado de la ponderación es particularmente problemático porque estas excepciones se basan en consideraciones morales, y no legales⁴⁸.

La segunda cuestión se refiere a problemas generados por ausencia de ponderación. Los casos de laguna axiológica suponen preguntarse qué hacer respecto al resultado injusto que generaría aplicar una regla. Si decidimos no crear la excepción o realizar el *distinguish*, lo que estamos haciendo es imponer resultados que ofrecen reconocidas vulneraciones injustificadas a un principio. La ausencia de ponderación, entonces, lo que hace es comprometernos con violaciones de derechos.

2. ESCENARIOS POSIBLES DE CÓMO ASUMIR LOS RIESGOS

La exposición de las secciones anteriores permite constatar que la respuesta a la PPR requiere no solo diversas precisiones no siempre advertidas sino, además, importantes compromisos generalmente no explicitados. Asimismo, nos ha sido útil para mostrar que su respuesta no puede ser categórica, sino tentativa y parcial, en función de los riesgos que una determinada comunidad jurídica está dispuesta o no a aceptar. En fin, tal exposición pone de relieve que la manera de resolver la pregunta sobre quiénes deberían ser competentes para ponderar en sentido estricto en problemas de justicia es un reflejo de la forma de entender las normas y la forma de aplicar el derecho.

Esto nos lleva a la siguiente caracterización: la PPR es una manera de presentar la necesidad de administrar los riesgos de la ponderación en sentido estricto en problemas de justicia y determinar cuáles estamos dispuestos a asumir y cuáles no. En efecto, los riesgos identificados se incrementan, reducen o eliminan en función de cómo se asigne la competencia para poder ponderar y cómo se limita.

Para exponer de manera ordenada lo señalado hasta el momento, necesitamos modelos que nos permitan mostrar qué tipo de competencias (y límites) se han adoptado en un determinado sistema jurídico. Ello, a efectos de explicitar los riesgos a los que nos hemos comprometido y evaluar si estamos dispuestos a mantenerlos, aumentarlos o reducirlos.

47 García Amado, J. A. *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, cit., 9. As Tschentscher, A. *Interpreting Fundamental Rights – Freedom versus Optimization*. En Pünder, H. y Waldhoff, C. (eds.), *Debates in German Public Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014, 44-45 points out: “If a basic right is protected by a rule, the protection tends to be stronger than the protection afforded by a matter of principle. A legal rule can only be compromised by explicit exceptions specified in law. In contrast, a legal principle is always subject to balancing against other principles, so its protection cannot ever afford the same degree of legal certainty”.

48 García Amado, J. A. *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, cit., 9.

Ahora bien, como fue indicado líneas atrás, la dificultad que nos interesa analizar en materia de competencia para ponderar en sentido estricto en problemas de justicia es la identificación de quién(es) es(son) competente(s) para introducir excepciones a normas de origen legislativo o a precedentes (*distinguish*)⁴⁹. Al respecto, sobre creación de excepciones a normas de origen legislativo no incidiremos más, pues es el caso habitualmente estudiado por la literatura. En cambio, respecto a los precedentes, es oportuno introducir unas breves precisiones por razones de claridad.

La pregunta sobre quién es competente para ponderar engloba a la pregunta sobre quién es competente para hacer un *distinguish* a un precedente⁵⁰. Al respecto, consideramos que este punto es relevante por dos razones: i) permite esclarecer una operación usual que realizan los juristas; y ii) su respuesta posibilita explicitar el grado de obligatoriedad de los precedentes. El punto ii) requiere una ulterior precisión.

Una forma de explicar la obligatoriedad de los precedentes es considerar que los jueces (o por lo menos algunos de ellos) tienen competencia para condicionar la validez de las decisiones que otros jueces pueden tomar. En este sentido, siguiendo a Álvaro Núñez Vaquero en este punto, por obligatoriedad aludimos a cómo el seguimiento de un precedente condiciona la validez (entendida como pertenencia al sistema jurídico) de una decisión jurisdiccional⁵¹. De esta manera, la noción de obligatoriedad implica la

49 Cabe insistir en la precisión de que son normas de competencia diferente. Un aplicador del derecho puede ser competente para exceptuar normas de origen legislativo y no serlo para realizar *distinguish* de precedentes (o viceversa). Al respecto, ver Núñez Vaquero, A. *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons, 2022. Sin perjuicio de ello, ambas comparten en referir: i) competencia para resolver lagunas axiológicas; y ii) uso de la ponderación como medio para dicha resolución.

50 Por claridad, vamos a precisar los sentidos de los términos empleados. Para la noción de precedente y *ratio decidendi* seguiremos de cerca las tesis de Núñez Vaquero. Por precedente entenderemos una decisión jurisdiccional (conjunto de enunciados lingüísticos) que cumple con las siguientes condiciones: i) haya sido dictada por un órgano jurisdiccional competente para resolver casos usando normas procedimentales y normas sustantivas; ii) sea posible identificar en su contenido un acto de creación judicial del derecho, esto es, la formulación de una norma nueva; y iii) que el contenido no viole normas de competencia. Por *ratio decidendi* entendemos a las normas generales y abstractas, contenidas en una decisión jurisdiccional, que son relevantes para la decisión de otros casos, esto es, normas que operan como condición para la validez de otras decisiones jurisdiccionales. Ver Núñez Vaquero, A. *Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes*. En *Revista Discusiones*, 29, 2, 2022, 31-75. Por último, por *distinguish* entendemos a la operación y resultado de reducir el alcance de una *ratio decidendi* (resultado de haber introducido una distinción en el antecedente de la *ratio*, producto de haber resuelto una antinomia o una laguna axiológica). Sobre esta noción ver Iturralde Sesma, V. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, 77 y ss.; Summers, R. *Statutory interpretation in the United States*. En Summers, R. y MacCormick, N. (comp.), *Interpreting statutes. A comparative Study*. Nueva York: Routledge, 1991, 390 y ss.

51 Dicho condicionamiento, como bien ha señalado Núñez Vaquero, varía dependiendo del tipo de condición que suponga para la validez. Esta puede ser condición suficiente, necesaria, necesaria y suficiente, o meramente contribuyente. Núñez Vaquero, A. *Constitutive rules of*

capacidad de unos aplicadores del derecho de: i) dar normas sobre cómo es (normas constitutivas) o cómo debe ser (normas prescriptivas) el mundo; y ii) analizar la validez de una decisión de otro aplicador del derecho mediante la verificación de si la decisión siguió o no las normas previstas en i).

En este escenario, señalar que para un aplicador del derecho no es válido realizar un *distinguish* a un precedente es equivalente a decir que, para este tipo de aplicadores del derecho, el precedente es imponderable. En efecto, lo que estamos diciendo es que los jueces competentes para dictar dicho precedente lo son para dictar normas sobre cómo es y cómo debe ser el mundo, sin que ningún otro aplicador del derecho pueda hacer distinción alguna.

De esta forma, señalar que un aplicador del derecho carece de competencia para hacer un *distinguish* se refiere a que todas aquellas decisiones en las que realice tal operación pueden ser declaradas por una instancia superior como inválidas (por la razón de no haber seguido el precedente). Señalar que un aplicador del derecho sí es competente para hacer un *distinguish* es una manera de decir que este es un agente no plenamente controlado, sino que puede usar razones ulteriores para crear distinciones en las categorías con las que se clasifica el mundo y/o calificar normativamente una acción de manera diferente. En caso de ser competente, dependiendo de cómo se regule dicho acto, cabe la posibilidad de que las cargas de argumentación a satisfacer para llevar a cabo un *distinguish* de manera justificada sean diferentes dependiendo del tipo de precedente⁵².

Estas consideraciones permiten mostrar que la pregunta sobre la competencia para ponderar permite explicitar de qué modo cada comunidad jurídica ha regulado cómo son sus aplicadores del derecho y los riesgos que ha asumido por esta elección.

Vistas estas precisiones, consideramos que podemos diferenciar tres modelos de gestión de riesgos en los diferentes sistemas normativos: modelo amante al riesgo, modelo de compromiso moderado al riesgo y modelo de rechazo al riesgo⁵³. Para ordenar cada modelo vamos a presentarlo con tres indicadores: quiénes son competentes para ponderar; cuáles son los riesgos asumidos; y si el sistema jurídico prevé medios procesales para verificar la competencia para ponderar.

precedent. A non-prescriptivist account of stare decisis. En *Revus*, 46, 2022. Sobre este punto no profundizaremos.

52 Puede ser el caso que un aplicador del derecho sea competente para realizar *distinguish* a precedentes de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, y que tenga cargas de argumentación diferentes en cada caso.

53 Estas posibilidades representan casos claros, sin perjuicio de que puedan verificarse modelos intermedios.

2.1. Modelo de alto riesgo

Con este modelo agrupamos a los diseños normativos que otorgan competencias a los aplicadores del derecho para ponderar asumiendo un alto grado los riesgos identificados en el subapartado 3.4. De manera más precisa, es posible identificar dos escenarios posibles:

a) Escenario 1: todos los aplicadores son competentes para ponderar y de forma ilimitada

Quiénes son competentes. Cabe pensar en un escenario en el que todos los aplicadores del derecho, de un sistema jurídico, sean competentes para ponderar en sentido estricto en problemas de justicia. Para ilustrar este escenario, ello quiere decir que tanto un aplicador del derecho en sede administrativa, un juez de primera instancia y la Corte Suprema comparten la competencia para crear excepciones a normas legislativas como a precedentes.

Veamos un ejemplo con normas identificadas a partir de fuente legislativa. Imaginemos el caso de una persona que profesa un credo que considera pecaminoso el uso de la píldora del día después y que ha decidido abrir una farmacia⁵⁴. En atención a sus creencias, esta persona ha decidido que en su farmacia no haya existencias de dicho producto en el almacén ni lo oferte al público. Sucede que, conforme a la legislación sanitaria vigente en el sistema jurídico de referencia, todos los farmacéuticos deben: i) tener existencias de determinados productos, entre los cuales está incluida la píldora del día después; y ii) tienen la obligación de ofertar todos los productos que tengan en existencia obligatoria, es decir, están obligados a vender píldoras del día después.

Frente a esta situación, la persona es intervenida por las autoridades administrativas sanitarias y le ordenaron, bajo sanción de clausura del local, que revierta la situación que ha generado. Por su parte, la persona alega que sus omisiones están garantizadas por la libertad ideológica manifestada como objeción de conciencia. Ello fue llevado a contencioso administrativo para su solución.

Lo que hace la persona es presentar el problema normativo como un supuesto de laguna axiológica: la regla aplicable califica su caso de manera incorrecta, pues vulnera el contenido protegido de la libertad ideológica. En este sentido, la regla debería ser exceptuada, esto es, que se cree una distinción para su caso y se le autorice para poder realizar las mencionadas omisiones.

En el caso indicado ello supondría que: i) la autoridad sanitaria que resuelve el contencioso administrativo sería competente para ponderar en

54 Nos basamos, en parte, en los hechos resueltos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de España n.º 145/2015, de 25 de junio del 2015.

sentido estricto problemas de justicia en la legislación sanitaria; y ii) lo serían también todos los jueces que revisen el caso, bajo el supuesto de que la decisión sea judicializada⁵⁵.

Riesgos asumidos. Si esta competencia es ilimitada, ello quiere decir que: i) se puede emplear cualquier metodología para resolver los problemas de justicia; y ii) se pueden emplear principios jurídicos y no jurídicos, es decir, admite el uso de la moral crítica del aplicador del derecho como fuente normativamente relevante para generar corrección axiológica. Esto supone comprometerse, sin reserva, al riesgo de la discrecionalidad judicial y al riesgo del debilitamiento de los derechos.

Medios procesales para verificar la validez de las decisiones. En los sistemas jurídicos que puedan ser clasificados bajo este escenario no se prevén mecanismos institucionales a fin de evaluar la competencia para ponderar (incluida para hacer un *distinguish*), pues todos lo son⁵⁶.

b) Escenario 2: todos los aplicadores son competentes para ponderar y de forma limitada

En este escenario, la variable *Quiénes son competentes* es la misma que en el escenario anterior. Lo que cambian son las normas que limitan el ejercicio de la competencia. De tal manera, no cualquier ejercicio de la ponderación en sentido estricto ofrecerá resultados válidos.

A diferencia del escenario anterior, que la competencia sea limitada quiere decir que: i) se deben emplear determinadas metodologías para resolver los problemas de justicia; y ii) solo se pueden emplear principios jurídicos para identificar y resolver dichos problemas. En este escenario podremos diferenciar entre resultados de la ponderación válidos e inválidos.

Riesgos asumidos. Cabe anotar que los límites a las metodologías que ofrezcan resultados válidos no necesariamente comprometen con una determinada teoría de los principios y de la ponderación. Los límites a los que hace referencia implican qué se debe decir con discreción (esto es, de

55 Cabe insistir en la precisión de que este modelo también incluye ponderaciones para realizar *distinguish*. De manera más precisa, referiría a que son competentes para realizar un *distinguish* cualesquiera aplicadores del derecho. Esto supone que todos los aplicadores del derecho pueden crear excepciones a los precedentes, siempre que puedan satisfacer una carga de argumentación. Por ejemplo, ello presentaría el escenario de un sistema jurídico en el que un Tribunal Constitucional ha creado un precedente, supongamos que señala que es obligatorio realizar concursos públicos para contratar trabajadores de servicios públicos, y a la vez cualquier juez laboral de primera instancia puede generar una excepción: señala “a menos que el servicio público sea prestado por una entidad privada”, tras haber realizado una justificación suficiente para ello.

56 Cabe precisar que esto no implica que cualquier decisión sea válida. Las instancias de revisión analizarán otro tipo de posibles problemas. Por ejemplo, si las decisiones cumplen con las cargas de argumentación suficientes para justificar sus conclusiones.

manera justificada) y qú cuenta como acto realizado con discreci3n. Ello supone que la metodoloǵa que se va a emplear debe permitir evidenciar las razones tomadas en consideraci3n para resolver el problema, debe exigir del aplicador del derecho un razonamiento racional, y debe quedar evidenciado que no se usaron razones respecto de las cuales el aplicador del derecho no es competente para usarlas. De esta forma se mitigan, ḿnimamente, los riesgos de discrecionalidad judicial y de debilitamiento de los derechos.

Medios procesales para verificar la validez de las decisiones. En los sistemas juŕdicos que puedan ser clasificados bajo este escenario, como hemos podido ver, seŕ posible identificar normas que limitan el ejercicio de la competencia para llevar a cabo ponderaciones en sentido estricto a fin de resolver problemas de justicia. Ello supone que el sistema normativo ha de prever mecanismos procesales que, por un lado, permitan a los aplicadores del derecho que revisen el acto de declarar la invalidez de decisiones cuyo contenido est́ fuera del ĺmite (hayan usado razones que no eran competentes para usar); y, por el otro lado, permitan a los litigantes recurrir una decisi3n por no haber seguido los ĺmites de sus competencias normativas. Estos mecanismos procesales tienen un efecto constitutivo y pueden tener (dependiendo de cada sistema juŕdico) un efecto regulativo. El efecto constitutivo seŕ que la decisi3n sea declarada inválida. El efecto regulativo podŕa ser implementar una serie de sanciones a los aplicadores del derecho que ponderaron de una manera para la que eran incompetentes⁵⁷.

2.2. Modelo de riesgo moderado

Con este modelo agrupamos los diseños normativos que otorgan competencias a los aplicadores del derecho para ponderar asumiendo de manera parcial los riesgos identificados. De manera ḿs precisa, es posible identificar dos escenarios posibles:

a) Escenario 3: algunos aplicadores son competentes para ponderar y de forma ilimitada

Quiénes son competentes. Cabe pensar en un escenario en el que solo algunos aplicadores del derecho sean competentes. A manera de ejemplo: i) que lo sean solo los aplicadores del derecho judiciales (y no los administrativos); ii) que lo sean solo los aplicadores del derecho judiciales de jerarqúa media y ḿxima (corte de apelaciones y corte suprema); iii) que lo sean solo los aplicadores del derecho judiciales de ḿxima jerarqúa; entre otras posibilidades.

⁵⁷ Por ejemplo: multas, puntos negativos que son tomados en cuenta para impedir el ascenso en el escalaf3n profesional en el que se encuentre, ṕrdida del puesto de trabajo, ćrcel, entre otras.

En materia de precedentes, por ejemplo, este tipo de modelos puede suponer que solo sean competentes para realizar un *distinguish*: i) los propios aplicadores del derecho que emitieron el precedente⁵⁸; ii) aplicadores del derecho del mismo rango jerárquico del que emitió el precedente⁵⁹; iii) cualquiera de los casos anteriores junto con aquellos aplicadores del derecho de jerarquía inmediatamente inferior de los propios jueces que emitieron el precedente o jueces que poseen el mismo rango jerárquico; o cualquier otra posibilidad que suponga que haya aplicadores del derecho competentes para hacer un *distinguish* y quienes no.

Riesgos asumidos. Al limitar la variable *quiénes*, ello implica, en primer lugar, que el riesgo de discrecionalidad judicial se habrá limitado a las decisiones de quienes sí poseen la competencia para ponderar. Quienes no sean competentes para ponderar no generarán este tipo de riesgo.

En segundo lugar, el riesgo de debilitamiento de los derechos se manifestará de dos maneras. Por un lado, quienes sean competentes para ponderar generarán el riesgo de usar los derechos como espadas y no como escudos frente al poder político. Por otro lado, quienes no sean competentes para ponderar estarán sometidos a tener que aplicar resultados injustos o absurdos, es decir, frente a una laguna axiológica, solo podrán dictar una decisión válida que ellos mismos reconozcan que vulnera desproporcionadamente un derecho.

Medios procesales para verificar la validez de las decisiones. Los sistemas jurídicos que puedan ser clasificados bajo este escenario han de prever mecanismos procesales útiles para evaluar si la decisión fue dictada dentro de los alcances de un tipo de normas de competencia: las normas que atribuyen competencia a estos aplicadores del derecho para ponderar en sentido estricto los problemas de justicia. Los efectos de estos mecanismos, como ya hemos mencionado, serán constitutivos y, de manera contingente, regulativos.

b) Escenario 4: algunos aplicadores son competentes para ponderar y de forma limitada

Riesgos asumidos. En este tipo de escenarios, que replica la respuesta sobre *quiénes* pueden ponderar vista en el escenario 3, al implementarse normas que limitan la competencia a cómo ponderar, el riesgo de la discrecionalidad

58 Por ejemplo, un caso en el que solo el propio Tribunal Constitucional es el competente para realizar o autorizar que se realice un *distinguish* a uno de sus precedentes.

59 Por ejemplo, en el escenario de un precedente de una Corte Suprema dividida por salas y estamos frente a un precedente de la Sala Civil, entonces tendríamos como agentes competentes para hacer un *distinguish* a: i) los propios jueces supremos de la Sala Civil; ii) los jueces supremos de la Sala Laboral (o de cualquier otra Sala de la Corte Suprema); y iii) los jueces de cualquier Corte Superior (o cualquiera sea la denominación de la instancia inferior a la Corte Suprema). Cualquier otro juez quedaría impedido de hacer un *distinguish*.

dad judicial y del debilitamiento de derechos será mitigado respecto de los aplicadores del derecho competentes para ponderar.

En cambio, respecto de los aplicadores del derecho no competentes para ponderar, el riesgo de debilitamiento de derecho se mantendrá igual.

Medios procesales para verificar la validez de las decisiones. En los sistemas jurídicos que puedan ser clasificados bajo este escenario será posible identificar mecanismos procesales si la decisión fue dictada dentro de los alcances de dos tipos de normas de competencia: i) las normas que atribuyen competencia a estos aplicadores del derecho para ponderar en sentido estricto los problemas de justicia; y ii) normas que limitan el modo en que dichas competencias pueden ser ejercidas. Los efectos de estos mecanismos, como ya hemos mencionado, serán constitutivos y, de manera contingente, regulativos.

2.3. Modelo de rechazo al riesgo

Con este modelo agrupamos los diseños normativos que no otorgan competencias a los aplicadores del derecho para ponderar en sentido estricto en problemas de justicia. Ello como medio para rechazar, en un alto grado, los riesgos identificados. Cabe precisar que con rechazo del riesgo no queremos señalar la ausencia o negación del riesgo. A lo que hacemos referencia es a que no se está dispuesto a asumir los riesgos generados por las posibles ponderaciones que realicen los aplicadores del derecho. De manera más precisa, se puede identificar un escenario posible:

c) Escenario 5: ningún aplicador es competente para ponderar

Quiénes son competentes. Se regula que ningún aplicador del derecho está autorizado para llevar a cabo interpretaciones que supongan alguna forma de ponderación. Este escenario muestra un sistema jurídico bajo el cual los problemas de justicia son irrelevantes. Esto es, ningún aplicador del derecho está autorizado para resolver casos de lagunas axiológicas, lo que se traduce en que ninguno puede emplear metodologías orientadas a crear excepciones a normas legislativas ni *distinguish* a precedentes.

Riesgos asumidos. En este escenario, se rechaza por completo el riesgo de la discrecionalidad judicial. Al no ser posible resolver lagunas axiológicas, no cabe hablar de los peligros generados por este riesgo.

Ahora bien, este escenario se compromete, en un alto grado, al riesgo de debilitamiento de derechos. En efecto, al hacer inválida cualquier resolución de una laguna axiológica, lo que estamos diciendo es que solo serán válidas (en dichos supuestos) aquellas decisiones que supongan una afectación desproporcionada de un derecho.

Medios procesales para verificar la validez de las decisiones. Serán los mismos que los previstos en el escenario 3.

CONCLUSIONES

En el presente artículo pretendemos incitar una discusión teórica y dogmática respecto a quiénes deberían ponderar y quiénes no en casos de lagunas axiológicas. Para ello, hemos demostrado lo siguiente:

- a) Hemos caracterizado como casos de ponderación en sentido estricto en problemas de justicia a todos aquellos supuestos en los que un aplicador del derecho utiliza determinado tipo de técnica ponderativa para resolver un caso de laguna axiológica. Esto es, para crear una excepción a una norma de origen legislativo y/o para realizar un *distinguish* a un precedente.
- b) La forma de realizar una ponderación en sentido estricto es teóricamente comprometida. Ello implica que señalar que un aplicador del derecho es (o debe ser) competente y cuáles son (o deberían ser) sus límites variará dependiendo del tipo de marco teórico que se use para entender qué es y cómo usar la ponderación.
- c) Los diferentes métodos de ponderación en sentido estricto en problemas de justicia generan, por lo menos, el riesgo de la discrecionalidad judicial y el riesgo del debilitamiento de los derechos.
- d) Los riesgos indicados en el punto anterior son inevitables. Conforme lo señalado en el punto 2, los riesgos pueden ser administrados mediante normas de competencia que regulen: i) quiénes son competentes para ponderar; ii) los límites a la forma de ponderar; y iii) previendo mecanismos institucionales de revisión de decisiones que permitan verificar si se ejercieron adecuadamente dichas competencias o no.

REFERENCIAS

- Aleinikoff, T. A. *Constitutional law in the age of balancing*. En *The Yale Law Journal*. 96(5), 1987, 943-1005.
- Alexy, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Alexy, R. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. En *Ratio Juris*. 16(4), 2003, 433-449.
- Alexy, R. *Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak*. En *International Journal of Constitutional Law*. 16(3), 2018, 871-879.
- Alexy, R. *The construction of constitutional rights*. En *Law & Ethics of Human Rights*. 4(1), 2010, 21-32.
- Arraigada, M. B. *Las dos caras del precedente vinculante*. En Núñez Vaquero, Á.; Arraigada, M. B. y Hunter, I. (Coord.). *Teoría y práctica del precedente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, 365-400.

- Atienza, M. *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*. En Aguiló, J. y Grández, P. (ed.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, 2017, 11-42.
- Atienza, M. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *A Theory of Legal Sentences*. Dordrecht: Springer, 1998.
- Barak, A. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Barak, A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- Bernal Pulido, C. *The Rationality of Balancing*. En *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 92(2), 195-208.
- Chiassoni, P. *La balanza inexistente*. En *Analisi e diritto*, 2019, 165-231.
- Chiassoni, P. *The methodology of analytic jurisprudence*. En *Analisi e diritto*, 2021, 9-47.
- Ferrajoli, L. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 34, 2011, 15-53.
- Ferrajoli, L. *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neoiusnaturalismo*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 34, 2011, 311-360.
- García Amado, J. A. *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*. En *Revista Iberoamericana de Argumentación*. 13, 2016, 1-22.
- García Amado, J. A. *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*. En Alexy, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 249-331.
- García Yzaguirre, V. *Apuntes conceptuales para la identificación de conflictos normativos entre normas*. En *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. 15, 2021, 343-371.
- García Yzaguirre, V. *Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis*. En *Revista Derecho pucr*. 87, 2022, 373-404
- García Yzaguirre, V. *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica*. Lima: Palestra, 2022.
- Guastini, R. *Breve lección sobre la igualdad*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 4, 2013, 33-41.
- Guastini, R. *Disposición vs. Norma*. En Pozzolo, S. y Escudero, R. (eds.), *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra, 2011, 133-156.
- Guastini, R. *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*. En Conte, G.; Fussaro, A.; Somma, A. y Zeno-Zencovich, V. (eds.), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*. Rome: RomaTrE-Press, 2018, 313-324.

- Guastini, R. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè, 1998.
- Iturralde Sesma, V. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995.
- Keršič, M. y García Yzaguirre, V. *El “peso” de los principios: descifrando la metáfora*. En *Revista Ius et Praxis*. 28(1), 2022, 162-179.
- Lifante, I. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madrid: CEPC, 1999.
- Martínez Zorrilla, D. *Some Thoughts about the Limits of Alexy’s Conception of Principles and Balancing*. En Duarte, D. y Silva Sampaio, J. (eds.), *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*. Dordrecht: Springer, 2018, 171-192.
- Martínez Zorrilla, D. *The structure of conflicts of fundamental legal rights*. En *Law & Philosophy*. 30(6), 2011, 729-749.
- Moreso, J. J. *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism*. En *Ratio Juris*. 25(1), 2012, 31-46.
- Núñez Vaquero, Á. *Constitutive rules of precedent. A non-prescriptivist account of stare decisis*. En *Revus*. 46, 2022.
- Núñez Vaquero, Á. *Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones*. En Aguiló, J. y Grández, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, 2017, 245-276.
- Núñez Vaquero, Á. *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons, 2022.
- Núñez Vaquero, Á. *Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes*. En *Revista Discusiones*. 29(2), 2022, 31-75.
- Pino, G. *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010.
- Poscher, R. *Insights, errors, and self-misconceptions of the theory of principles*. En *Ratio Juris*. 22(4), 2009, 425-454.
- Prieto Sanchís, L. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2009.
- Ratti, G. B. *A note on the logical form of legal principles*. En *Analisi e diritto*. 2010, 273-290.
- Rodríguez, J. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: CEPC, 2002.
- Ruiz Manero, J. *Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar*. En Alonso, J. (Coord.). *Imperio de la ley y ponderación entre principios*. Buenos Aires: Astrea, 2018, 21-46.
- Sardo, A. *Three theories of judicial balancing: A comparison*. En *Dignitas - The Slovenian Journal of Human Rights*. 53/54, 2012, 60-95.
- Summers, R. *Statutory interpretation in the United States*. En Summers, R. y MacCormick, N. (Comp.). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Nueva York: Routledge, 1991, 390-406.

Tschentscher, A. *Interpreting fundamental rights – freedom versus optimization*. En Pünder, H. y Waldhoff, C. (eds.), *Debates in German Public Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014, 43-56.

Tuzet, G. *Alexy and Economics*. En *Rivista di filosofia del diritto*. 9(2), 2020, 293-308.