

Francisco Javier Urbina*

Una crítica a la perspectiva de la ponderación**

En los sistemas positivos modernos no es raro que se produzca lo que la doctrina ha llamado “conflicto de derechos fundamentales”, es decir, que en un caso concreto ambas partes puedan esgrimir en su favor un determinado derecho fundamental, cuya aceptación por parte del tribunal traería necesariamente la postergación del de la contraparte. En la mayoría de los casos, el problema consistirá en que una acción protegida por un derecho fundamental, daña un bien de otra persona el cual también se encuentra protegido por un derecho fundamental, o perjudica el ejercicio de una acción de otra persona, ejercicio que se encuentra a su vez protegido por un derecho fundamental.

En estas situaciones ambas partes reclamarán frente al juez esgrimiendo un derecho constitucionalmente garantizado. La pregunta es: ¿a quién privilegiar en un caso así? Es interesante constatar que el dilema es especialmente complejo si se considera que en la mayoría de los casos, el juez no tendrá una pauta positiva dentro de los derechos para limitar uno u otro. Existen muchos casos en donde la acción realizada por una de las partes aparece protegida por un derecho fundamental (digamos, por ejemplo, que constituye un acto de emisión de opinión protegido por el 19N°12 CPR) y sin embargo, este mismo acto daña algún bien protegido también por la Constitución (digamos, la honra de otro, protegida por el 19N°4 CPR).

Esta situación ha sido ampliamente reconocida por lo que no hay nada de original en lo que acabo de explicar. Lo interesante es el estudio de las soluciones que se han dado. En este trabajo me interesa analizar sólo una: la ponderación. Creo que ha tenido una gran influencia y parece ser enormemente sugestiva. Además, la idea ha sido defendida brillantemente y se ha logrado una enorme sofisticación en sus planteamientos. De

* *Ayudante,
Facultad de Derecho
P. Universidad
Católica de Chile.*

** Agradezco la valiosa ayuda de Ignacio Urbina en la investigación de este trabajo, y los comentarios de Tarek Yúsari.

alguna manera, ha sido exitosa frente a muchas de las críticas que se le han planteado, especialmente por parte de quienes temen que con esta fórmula se esté abriendo desmesuradamente la puerta a la discreción del juez. La elaboración que se ha dado al método de la ponderación permite encontrar en él pautas racionales desde las que se puede entender y criticar un juicio hecho en conformidad con esta idea.

Sin embargo, creo que la idea es susceptible de una objeción muy profunda: no es una idea jurídica y la perspectiva que asumimos al ponderar no es la perspectiva del Derecho. Esta tesis requiere una justificación que daré en las próximas páginas.

La Ponderación

La idea de ponderación es bastante simple y tal vez por eso nos parece tan sugestiva. Implica que frente a un conflicto de bienes (o valores, o principio, o derechos, etc.) lo racional es escoger aquél que “pese” más, el que tenga una mayor importancia en el caso concreto. En inglés se habla de “balance”, aludiendo con mucha fuerza también a la idea de poner los dos bienes en una balanza y “pesarlos”, para terminar escogiendo aquél en cuyo favor la balanza se inclina.

Esta idea parece conformarse con nuestras intuiciones morales, especialmente en lo que se refiere a nuestras decisiones personales: frente a la opción de quedarme estudiando para mi examen mañana o salir a festejar con mis amigos, parece que muchas veces mi razonamiento se encaminará a decidir en función de qué bien me parece más “importante” atendido el momento y las circunstancias. El día antes del examen, el estudio pareciera ser lo más relevante, pues si no estudio podría comprometer mi carrera, que me parece un bien especialmente importante. El festejo con mis amigos es menos relevante; me puede parecer un bien de menor importancia, del cual además podría disfrutar en otras instancias.

Un diabético puede verse en la encrucijada de optar entre el placer que le produce comerse un gran pastel, o conservar su salud, la cual requiere mantener adecuados niveles de azúcar y por lo tanto no comer dicho pastel. Parecería racional que optara en el caso concreto por el bien de la salud y no por ese placer momentáneo. El razonamiento del diabético puede ser explicado en términos de ponderación: escogió la salud pues en ese contexto tiene una mayor importancia que el placer momentáneo del pastel.

En ambos ejemplos el agente pondera los bienes en juego y decide cuál le parece “más beneficioso” para sí mismo. No discutiré esta explicación del razonamiento moral. Simplemente me interesa constatar que no nos parece extraña y que parece coincidir con nuestras intuiciones morales. Naturalmente, “escoger el mayor bien” se puede entender de muchas maneras distintas¹ y tal vez parte importante de la discusión moral

¹ En este ámbito de la elección individual, la consideración del bien no se refiere necesariamente a “maximizar las consecuencias favorables”. La tradición ética del derecho natural también opera por referencia a bienes. Véase Gómez – Lobo, Alfonso. *Los bienes humanos: ética de la ley natural*, Mediterráneo, Santiago, 2006.

se centra en esta pregunta. Sin embargo, no es necesario comprometerse con ninguna doctrina moral específica al afirmar la enorme fuerza intuitiva que tiene para nosotros la lógica de la ponderación de bienes: si en un caso concreto me toca elegir entre dos bienes, elegiré el más importante. Es casi una trivialidad.

En este sentido, parece sugestivo aplicar el mismo razonamiento a un caso de conflicto de derechos. En efecto, si a la hora de escoger entre bienes distintos ponderamos para elegir el “más importante” ¿por qué no hacer lo mismo con los derechos?

Sin embargo, este razonamiento que parece tan evidente en el ámbito de las elecciones individuales de cada persona, se vuelve mucho más problemático a la hora de aplicarlo en el contexto de un proceso judicial. Ahondemos en este punto.

En el caso de la elección individual un solo agente debe escoger entre dos bienes. Para escoger entre ellos los pondera y ve cuál “le es más beneficioso”. La pregunta esencial es ¿por referencia a qué se pondera? La respuesta en este caso es sencilla: el criterio según el cual se pondera es el mismo bien (o bienestar) del agente. Si debo escoger entre comerme una manzana o una pera, lo racional sería que escogiera comerme aquella que más me beneficie (la que más me guste, la que me haga mejor, etc.). Sería irracional que buscara otro criterio de ponderación (me comeré la que sea más roja, la que pese más, o la que más le gusta al señor de la esquina). En la elección de dos bienes el agente tiene una pauta clara según la cual medir ambos bienes: su propio bien.

Ahora miremos el caso del juez. Se presentan en juicio dos personas. Ambas fundamentan su posición en un determinado derecho fundamental. Ambas pretensiones son incompatibles y por lo tanto el juez debe escoger sólo una. ¿Por referencia a qué debe ponderar el juez? Obviamente, en este caso no se puede dar la misma respuesta que en el caso anterior. El juez no puede escoger un derecho por sobre el otro por referencia a qué opción se acomode más a “su” bien. No puede fallar a favor del señor X porque es su vecino y así tendrá mejores relaciones con él. Tampoco resultaría racional fallar a favor de Y porque esgrime el derecho a la honra y el juez estima que si ese derecho primara sobre el derecho de X a criticar el desempeño de quien realiza una labor pública probablemente él mismo quedaría en una posición de inmunidad que lo beneficia. Ninguna de estas opciones es aceptable. Lo que nos parecía perfectamente racional en la elección de bienes a nivel individual, no nos parece aplicable al obrar de un juez en la solución de un conflicto de derechos.

Entonces subsiste la pregunta: ¿por referencia a qué debe ponderar el juez? Me parece que aquí la teoría de la ponderación puede dar dos respuestas distintas.

- 1) El juez es un representante de la comunidad. En ese sentido, el juez debe optar por la solución que maximice el bienestar de la comunidad toda. Frente a un conflicto de derechos de X e Y, el juez debe elegir aquél derecho que en ese momento determinado parezca más relevante para la comunidad.

Este criterio de ponderación parece razonable. Aquí se pesan los derechos por referencia al bienestar de la comunidad toda y eso nos puede parecer sensato como forma de elección para un agente, el juez, que desempeña precisamente una función pública la que en tanto tal, se halla vinculada con nociones como el bien común y la búsqueda de mejores condiciones para todos.

- 2) La segunda opción es pesar los derechos “en sí mismos”. Aquí el esfuerzo consistirá en buscar cuál de los dos es el más “importante” en el momento asumiendo la perspectiva de ambas partes, cada una respecto de su derecho. Frente a la pregunta ¿cuál es más importante para *quién*? no existe una respuesta clara. El análisis consistirá en mirar los derechos de ambas partes y su grado de afectación, con el objeto de dilucidar cuál de las partes tiene un interés más imperioso sobre su derecho; cuál de los intereses protegidos en el caso concreto resulta ser el más relevante para la parte que lo detenta.

Como se ve, la estructura de 1) difiere mucho de la de 2). En la primera se busca el interés de la sociedad y se “pesan” los derechos en relación a su mayor o menor aporte al bien de la comunidad toda. En 2) la sociedad no aparece; el juez no cuenta los intereses de un tercero fuera de las partes. Simplemente buscará cuál de las partes tiene un interés mayor por el respeto de su derecho; cuál se vería más afectada por su postergación.

En muchos casos no se realiza la distinción y se pueden encontrar razonamientos en doctrina y jurisprudencia que parecen confundir ambos modelos, argumentando a favor de un derecho con alegatos que apuntan tanto a demostrar su importancia para la vida en sociedad como al alto valor que tiene para la parte que lo alega. Sin embargo resulta importante distinguirlos, pues como veremos, reflejan criterios de asignación distintos, y por lo tanto, ambos funcionan autónomamente: las razones que se dan para una ponderación de acuerdo al modelo 1) no dicen nada respecto de las razones que se pueden dar en el modelo 2). Dicho de otra manera: si he decidido que lo correcto es decidir los conflictos de derechos de acuerdo al modelo 1) (interés de la sociedad), no tengo ninguna buena razón para considerar los argumentos relacionados con otra cosa que no sea eso y por lo tanto debiera excluir los argumentos basados en el valor que tiene para una de las partes el derecho fundamental que alega. Lo mismo ocurre si elijo el modelo 2): no tengo ninguna buena razón para atender los alegatos fundados en el interés de la comunidad en que se respete un determinado derecho.

Naturalmente, ambos modelos pueden coexistir y se puede buscar un “equilibrio”. El asunto es que las razones que fundamentarían una elección a favor del modelo 1) son distintas de las que lo harían a favor del modelo 2), y por lo tanto, la adopción de uno no implica la adopción del otro. En este sentido, el aplicar ambos modelos conjuntamente requeriría de una fundamentación adicional. Esa

tarea tal vez es posible, tal vez no, dependiendo de si las razones que justifican la elección de un modelo no excluyen a las que justifican la elección del otro. No profundizaremos en ello. Nos basta constatar y distinguir ambos modelos de ponderación para contrastarlos con un tercero y ver qué tan racionales resultan desde la perspectiva del Derecho. Eso es lo que haremos a continuación.

Las perspectivas de adjudicación

Luego de revisar lo que es la ponderación y la perspectiva que asume a la hora de “pesar” los derechos en juego, corresponde dar una mirada general. La ponderación es sólo uno de los muchos modelos que se pueden proponer para solucionar conflictos de intereses en sede jurídica. Lo que interesará acá es precisar la “perspectiva” que la ponderación nos obliga a asumir y contrastarla con otras posibilidades, para luego juzgar su racionalidad.

Existen al menos tres “perspectivas de adjudicación”. Esta perspectiva se caracteriza porque de ella depende qué tipo de criterios serán buscados para solucionar el asunto y decidir a favor de quién se realizará la adjudicación. La perspectiva de adjudicación es la que señala por referencia a qué se realizará la adjudicación. En este sentido es relevante para ver qué criterios serán excluidos o no serán considerados. Por ejemplo, si debo adjudicar un premio de belleza, lo racional sería que sólo considerara la belleza de las distintas candidatas, sin referencia a su inteligencia, elocuencia u otros factores. Por el contrario, si me corresponde adjudicar un puesto de profesor de ética, lo racional es que elija al candidato que tenga mayores méritos académicos en esa área, sin considerar otros factores, como podrían ser su belleza o fealdad.

En este sentido, la perspectiva de adjudicación es esencial a la hora de resolver el conflicto, pues establece qué es lo que en definitiva deberá argumentarse en el proceso y cuál será el criterio que utilizará la persona a la que le corresponda adjudicar.

Creo que existen por lo menos tres perspectivas de adjudicación. Puede haber más y mi análisis no es exhaustivo². Pero estas tres perspectivas que mencionaré son las que se relacionan específicamente con el problema del que trata este artículo. Las tres están caracterizadas por un ejemplo paradigmático que ilustra el tipo de razones que esa perspectiva considera.

La primera perspectiva es la del “licitante”. El “licitante” es un tercero imparcial que resuelve un problema de adjudicación entre dos o más personas por referencia a los intereses de un tercero al cual representa. El licitante no mira los intereses de las partes. Tampoco mira su interés propio. Sólo mira los intereses de un tercero al cual representa.

² En realidad, pueden haber tantas como razones, combinaciones de razones, y combinaciones de razones y exclusiones de razones, pueden haber, en relación a una cosa por referencia a la cual se decide.

En este sentido, el licitante privilegiará a aquél cuya pretensión sea la más compatible con los intereses de su representado.

Es interesante destacar que el licitante tampoco mira si existe una pauta o derecho por el cual sea “justo” adjudicar a alguno de los postulantes. En principio, ninguno de ellos tiene un “derecho” a esgrimir frente a los otros (a lo más tendrán un derecho a que se les trate con imparcialidad y a que se respeten las bases de la postulación): la única manera de obtener la adjudicación es probando que la propuesta que se sustenta es la que mejor satisface los intereses que representa el licitante.

La segunda perspectiva es la del “benefactor”. Al benefactor le interesa asignar gratuitamente un beneficio a alguna de las partes. Un ejemplo de esto puede ser una institución de beneficencia que debe decidir a qué alumno otorgará una beca, o algún órgano del Estado que asigna un subsidio habitacional. Para el benefactor un criterio racional es la necesidad o interés de las partes. Frente a la necesidad de elegir entre dos personas, el benefactor no mira su propio interés (ni el de su representado), sino que intentará determinar el interés o necesidad de las partes, otorgando el beneficio a aquella que más lo necesite.

Esta perspectiva de asignación no excluye necesariamente otras razones (por ejemplo, al asignar una beca se puede ver la calidad académica de los postulantes, junto con su necesidad económica). Lo esencial de la perspectiva, así como la hemos caracterizado, es que considera el interés de las partes. Con esta caracterización queremos capturar las distintas perspectivas que, a la hora de adjudicar, consideran cuán imperioso les resulta a los postulantes la asignación del beneficio.

Esta segunda perspectiva, al igual que la primera, excluye argumentos de “derecho”. Es decir, argumentos que intenten demostrar que a alguien le “corresponde” ese beneficio. En principio, el beneficio no corresponde a nadie, y a lo más que tienen “derecho” (en sentido estricto) los postulantes es a solicitar un trato imparcial y a que se respeten los mecanismos de asignación prometidos (es decir “al respeto a la palabra empeñada”, pero no al beneficio concreto). En principio, ninguno de los alumnos que postula a una beca de su universidad tiene un “derecho” sobre ella antes de que le sea adjudicada. Si lo tuviera, no postularía a la beca, sino que acudiría a los tribunales... Eso nos lleva a la tercera perspectiva.

La tercera perspectiva de adjudicación es la del “juez”. Algo hemos adelantado. El juez resuelve el conflicto buscando un criterio racional de justicia que le permita establecer a quien “corresponde” aquello que debe adjudicar. Frente a las pretensiones de las partes el juez no evalúa cuál lo beneficiaría más a él (o a quien él representa, v.gr. a toda la comunidad), ni cuál de las partes tiene una necesidad más imperiosa sobre aquello que debe adjudicar. El juez debe explorar a quién le “corresponde” que se le satisfaga su pretensión, quién tiene “derecho” a ello.

Tomemos dos ejemplos basados en el caso paradigmático de conflicto jurídico: una parte reclama la existencia de una deuda y solicita al tribunal que el deudor le pague.

Ejemplo 1: El acreedor (una empresa constructora) acude a la justicia para obtener el pago por parte de su deudor moroso. El deudor (una institución que trata a niños con cáncer) sostiene que pagar la deuda perjudicaría su desempeño, el cual permite grandes bienes a la comunidad. ¿Puede el juez considerar este último argumento?

Ejemplo 2: Un acreedor rico solicita al tribunal que se obligue a su deudor a realizar el pago. El deudor, un hombre pobre, argumenta que él necesita ese dinero mucho más que el acreedor, para quien la suma es insignificante, atendiendo al monto de su fortuna. ¿Puede el juez considerar este argumento?

Desde la perspectiva del juez, la respuesta a las dos preguntas planteadas es “no”. El juez sólo puede considerar si el dinero efectivamente se debe por una parte a la otra. Si es así, no le queda al juez más remedio que declararlo y ordenar al deudor hacer el pago.

El juez no puede considerar el argumento de la mayor utilidad social (ejemplo 1) ni el de la mayor necesidad (ejemplo 2) precisamente porque ambos argumentos son inoponibles a la contraparte. En efecto, al acreedor no le es oponible que su deudor esté en una situación de necesidad, así como tampoco el hecho de que terceros (la comunidad o un grupo dentro de ésta) se beneficien más con la pretensión de la contraparte que con la suya.

Las distintas perspectivas que se pueden asumir a la hora de elegir a favor de quién se adjudicará se fundamentan de distinta manera según la decisión que se debe tomar o la naturaleza de la función que corresponde desempeñar a quien le corresponda adjudicar. Naturalmente, si mi función es solucionar los problemas de pobreza en un país determinado, entonces es natural que adopte la perspectiva del benefactor. Si represento al Estado en una licitación, lo natural es que adopte la perspectiva del licitante. Lo mismo si soy el tutor de un menor que debe vender parte de sus bienes, y dos personas se han ofrecido a comprárselos.

Pero a quienes les corresponde velar por la vigencia del Derecho deben adjudicar asumiendo la perspectiva del juez, y resolver los casos concretos según un criterio racional de justicia. Criterio que deberá fundarse en algún título que permita establecer a quién le “corresponde” que se dé un fallo en su favor. En esto el juez vela porque a cada uno se le respete “lo suyo” en la sociedad.

Una crítica a la perspectiva de la ponderación

¿Qué perspectiva asume el juez al realizar una ponderación? Esto es lo mismo que preguntar “por referencia a qué” se está ponderando. ¿Qué argumentos se aceptan a la hora de fundamentar el mayor “peso” de los derechos?

Para analizar la perspectiva de adjudicación que se asume en la ponderación, debemos distinguir entre los dos modelos de ponderación que analizamos anteriormente.

A esta altura resulta fácil constatar que el modelo 1) de ponderación (la ponderación por referencia a los intereses de la sociedad) es un modo de adjudicar que asume la “perspectiva del licitante”. En efecto, en ella el juez resuelve el conflicto de derechos considerando cuál de los derechos de las partes, en ese caso concreto, beneficia más a la comunidad. El juez, como representante de la comunidad, se constituye en un tercero imparcial que decide cuál de las dos “propuestas” será la más beneficiosa para su representado. La argumentación de las partes y las consideraciones del juez se orientarán a determinar la importancia de los derechos en juego y de su ejercicio en el caso concreto, así como el perjuicio que se derive de su afectación, por referencia a los intereses de la sociedad.

En cambio el modelo 2) de ponderación (la ponderación por referencia a los intereses de las partes “en sí”) requiere adoptar la “perspectiva del benefactor”. El juez considera los intereses de las partes como algo determinante a la hora de resolver el conflicto de derechos. Los perjuicios que se sigan para una parte de la afectación de su derecho fundamental tienen un papel central en la argumentación según este modelo. Desde esta perspectiva lo relevante para cada parte es demostrar que su interés en el respeto al derecho fundamental que esgrime es más apremiante que el de la contraparte; que sufriría un perjuicio mayor que ella de obtener un fallo en contra.

Mi crítica a la ponderación se centra en el hecho de que ellas no consideran la “perspectiva del juez”. Asignar de acuerdo con alguno de los modelos de ponderación implica adoptar una perspectiva que precisamente implica excluir los argumentos que la perspectiva del juez requiere, y a la vez incluir argumentos que la perspectiva del juez excluye. En este sentido, la perspectiva del juez es incompatible con la perspectiva del litigante y con la del benefactor.

Naturalmente, se podría objetar a esta crítica que la ponderación es precisamente el método que determina lo que es correcto, es decir, lo que le “corresponde” a cada parte³. Por lo tanto no existe realmente una incompatibilidad entre la perspectiva del juez y otra perspectiva que el juez decidiera asumir complementariamente con el objeto de establecer qué es lo correcto en ese caso. En los casos de conflictos, lo “correcto” sería adjudicar a favor de aquél cuyo derecho pesa más en el caso en concreto.

Esta crítica soslaya el punto que he intentado demostrar en este artículo. Cada una de las perspectivas señala qué es lo que resulta determinante a la hora de adjudicar; en qué debe fijarse la persona que resuelve. En este sentido, cada una de las perspectivas muestra aquello por referencia a lo cual se debe adjudicar (el interés de un tercero, la mayor necesidad de alguna de las partes o postulantes, la existencia de una pauta

³ Alexy, Robert. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, en *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 2, junio 2003, p. 138 y 139.

racional de justicia o la existencia de un título, etc.). En este sentido se ha dicho que cada una de las perspectivas permite ciertos argumentos de las partes (aquellos que fortalezcan su posición respecto de aquello por referencia a lo cual se juzga; v.gr. la mayor necesidad de una de las partes, desde la perspectiva del benefactor) y excluye otros (aquellos que no se relacionan con aquello por referencia a lo cual se juzga: v.gr. la mayor necesidad de una de las partes, desde la perspectiva del juez). Naturalmente, el resolver el caso concreto considerando adecuadamente aquello por referencia a lo cual se juzga es lo que le otorga *corrección* al juicio para cada una de las perspectivas. Es decir, la corrección de un juicio depende de la perspectiva de adjudicación que se asuma⁴. Así, por ejemplo, desde la perspectiva del benefactor un juicio correcto será el que reconozca mejor cuál de las partes es la más necesitada.

En este sentido, decir que la ponderación es el modo “correcto” de asignación se puede entender de dos modos:

- a) De la manera que lo hemos descrito recién, es decir, que de acuerdo a determinada perspectiva (la del benefactor o la del licitante) lo más racional es “pesar” los derechos en juego (sea por referencia al interés de las partes o por referencia al de la comunidad).
- b) Que la ponderación es la forma en que se deben resolver los problemas de adjudicación cuando existe un conflicto de derechos.

Creo que a) es trivial. Cada perspectiva determina la forma correcta de realizar la adjudicación; la forma correcta desde la perspectiva del licitante y desde la del benefactor puede ser alguno de los modelos de ponderación antes descritos. Sin embargo, de ahí no se sigue b), es decir, que en los casos de conflictos de derechos debamos asumir alguna de las dos perspectivas.

En este sentido, tanto los críticos de la ponderación como sus defensores han debatido principalmente sobre si la ponderación es un método racional, es decir, si los resultados a los que llega pueden ser fundamentados racionalmente⁵. Este trabajo supone que eso es posible (aunque no sin las dificultades que entraña todo acto de juzgar): cada una de las perspectivas señala aquello por referencia a lo cual el juez deberá decidir, y en este sentido ilustra qué argumentos están permitidos y cuáles prohibidos. Este “rayado de cancha” permite un debate racional entre las partes y una evaluación racional del juicio por parte de quienes deseen analizarlo críticamente.

⁴ Asimismo, la pretensión de corrección del juicio también dependerá de la perspectiva que se asuma. Cumplirán con la pretensión de corrección aquellos que se fundamenten en argumentos admitidos por la perspectiva que se asume. Para la noción de “pretensión de corrección”, véase Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 43 y sig.

⁵ Véase Alexy, *ibid.* También su *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 157 y sig.

Sin embargo, ninguno de los argumentos que se pueden dar en favor de la racionalidad de la ponderación dicen algo respecto de si esta es la solución adecuada para los conflictos de derechos fundamentales. El hecho de que sea un método que permite una solución racional accesible a todas las personas sólo nos dice que se ha adoptado una perspectiva que permite resolver por referencia a algo conocido por los demás y que permite una argumentación en este sentido. Lo mismo se puede decir del juez en un concurso de belleza, que debe resolver considerando a la candidata que parezca más atractiva: esto es un hecho que permite un margen de discreción, sin embargo también puede ser evaluado y criticado por quienes observan el concurso. La pregunta es si ésta es la perspectiva adecuada. Así, siguiendo con nuestro ejemplo, podemos preguntarnos si el juez del concurso, frente a dos candidatas que le parecen igualmente lindas, podría elegir a la que le parezca más inteligente. Ésta decisión implicaría un cambio en la perspectiva: este cambio de perspectiva debe ser fundamentado adicionalmente y no basta con decir que se puede saber cuál es la más inteligente de manera muy precisa. Hay que fundamentar por qué es relevante en caso de empate en belleza, elegir a la más inteligente y no, por ejemplo, a la más simpática.

Lo mismo se puede pensar siguiendo las perspectivas que hemos analizado anteriormente. Un licitante puede encontrar dos propuestas igualmente beneficiosas para su representado. En la duda, podría asignar la licitación a aquél que note que tenga una mayor necesidad de obtenerla. La pregunta es si ese cambio de perspectiva se justifica.

Creo que éste es el punto de fondo en el debate sobre la ponderación. En último término, se debe decidir cuál de las perspectivas es la que se debe adoptar. Quienes defienden la ponderación como modo de resolver los conflictos de derechos fundamentales deben justificar por qué en estos casos se debe adoptar la perspectiva del licitante, la del benefactor, o la de ambos conjuntamente.

El asunto es especialmente complejo pues, como hemos visto, la perspectiva del juez se opone a las otras dos. El Derecho excluye ciertas razones de la argumentación y admite otras. Precisamente excluye las razones de interés de la comunidad y las razones de interés (o necesidad) de las partes⁶, que son las que caracterizan a la perspectiva del benefactor y a la del licitante. En este sentido, la ponderación debe resolver por qué en los conflictos de derechos fundamentales se justifica un cambio de perspectiva en la manera usual que tiene el derecho para adjudicar.

En realidad, parece ser que en los casos de conflictos de derechos fundamentales la exclusión de razones que impone la perspectiva del juez opera con la misma fuerza que en los problemas más comunes que resuelve el Derecho (como los ejemplos entre acreedor y deudor que vimos más arriba).

⁶ El problema será si consideramos o no que ese interés está protegido por el Derecho. Para la relación entre interés y derecho, véase Raz, Joseph, *The Nature of Rights in The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 180 y sig.

Tomemos primero la perspectiva del licitante. Resolver los conflictos de derechos desde esta perspectiva implicaría ponderar los derechos fundamentales por referencia al interés de la colectividad, adjudicando a favor de aquél que pueda demostrar que su postura es la que beneficia más a la colectividad, y perjudicando a aquél cuya postura se opone (sea porque causa un perjuicio o porque beneficia menos) a los intereses de la sociedad.

Sin embargo, excluir esta perspectiva parece ser la misma finalidad de establecer derechos fundamentales. Precisamente la virtud de los derechos es la limitación del poder de la colectividad. Asegurar cierto estado de cosas básico que no puede ser vulnerado ni aun bajo el argumento de que ello redundaría en un mayor bien para el conjunto⁷. Ahora, dada su formulación positiva, los derechos fundamentales parecieran tener un contenido tan amplio que requieren de cierta limitación: si somos rigurosos, tal vez nunca se podría detener a alguien, pues se atentaría con su derecho a la libertad; ni nunca se podría expropiar, pues se atentaría contra el derecho de propiedad (salvo que la Constitución lo permita, como ocurriría en el caso chileno). Sin embargo, nada permite suponer que la única manera de que sea posible limitar (o entender el verdadero alcance) de los derechos fundamentales sea la ponderación. De hecho, si el sentido de los derechos fundamentales es precisamente evitar esa referencia a la ponderación, entonces deben ser limitados *por referencia a otra cosa*. De otra manera se pervierte su sentido y los derechos pierden su razón de ser.

¿Pero qué sucede en los casos en que la ponderación se realiza considerando la importancia de los derechos de las partes “en sí mismos”? En este caso ya no sirve la objeción anterior. Aquí son dos derechos, ambos garantizados a individuos concretos, los cuales colisionan. ¿Resulta razonable cambiar la perspectiva del juez, y comenzar a mirar los intereses de las partes para encontrar quién recibiría un mayor agravio de obtener un fallo desfavorable?

Me parece que no, pues a las partes no le es oponible el mayor interés o necesidad de la parte contraria. El interés de la contraparte sólo resulta oponible en la medida en que ese interés esté protegido por el Derecho. En este sentido, la resolución del conflicto debe centrarse en establecer hasta dónde resultan protegidos los intereses de las partes, y no cuál de las partes tiene un mayor interés.

Esto se puede ilustrar muy bien con el conocido ejemplo del violinista de J.J. Thomson⁸. Un violinista padece de una enfermedad mortal y necesita estar conectado algún tiempo a mi organismo. Un grupo de admiradores, de manera subrepticia, lo conectan a mí una noche. ¿Tengo derecho a solicitar que él sea desconectado?

J.J. Thomson utiliza el ejemplo como parte de una estrategia argumentativa a favor del aborto. Asume que todos estaremos de acuerdo en que, si bien sería virtuoso que yo le

⁷ Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 207.

⁸ Thomson, Judith Jarvis. *A Defence of Abortion*, en Dworkin, Ronald (ed). *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1977, p. 113 y sig.

permitiera seguir conectado a mi organismo, no tengo ninguna obligación de hacerlo. Es más, tengo el derecho a exigir que sea desconectado⁹. En su réplica al artículo de Thomson, John Finnis enfatiza el hecho de que el violinista (a diferencia del óvulo fecundado, embrión o feto) tiene el “deber” de no estar conectado a mi cuerpo¹⁰. De ahí que nos parezca de inmediato ilícita su conexión. Si bien ambos autores discrepan respecto de si los principios en juego en el caso del violinista son los mismos que se aplicarían en el caso del aborto, podemos seguir manteniendo la conclusión de Thomson circunscrita al ejemplo: yo tendría derecho a solicitar la desconexión del violinista.

Sin embargo, si veo el asunto como un conflicto de derechos ya no es tan sencillo. El violinista puede tener un interés más imperioso sobre su vida del que puedo tener yo sobre mi derecho a la libre disposición de mi cuerpo en ese caso concreto. De hecho, el interés concreto que estoy persiguiendo puede no ser más que mi comodidad. Puesta en la balanza contra la vida del violinista, parece discutible que se pueda fallar en mi favor. La perspectiva del benefactor obligaría a un fallo contrario.

Naturalmente, se puede buscar siempre un argumento para ponderar de manera distinta. Por ejemplo, se podría considerar que de fallarse en mi contra se expondría a un riesgo similar a todos quienes tienen organismos similares compatibles con otras personas que necesitaran conectarse un tiempo a ellos. Sin embargo, aun en ese caso es discutible que la vida de todos los que se podrían conectar deba valer menos que ciertas manifestaciones de la libertad física. De hecho, lo más consecuente para la ponderación sería analizar caso a caso, para ver los intereses comprometidos.

En todo caso, se podría construir el ejemplo hipotético con un solo caso. El violinista es la única persona que padece la enfermedad y yo soy el único organismo compatible: una coincidencia así no se volverá a dar. Creo que aun en ese caso J.J. Thompson pensaría que su ejemplo es tremendamente persuasivo de un caso en que todos estaríamos de acuerdo en que yo tengo derecho a desconectar al violinista. Sin embargo, de adoptar la perspectiva del benefactor, tengo pocas posibilidades de ver respetado mi derecho.

Conclusión

La ponderación no es un método correcto para resolver los conflictos de derechos fundamentales. Esto por cuanto obliga al juez a cambiar su perspectiva por otras que consideran argumentos que la misma perspectiva del juez lo obligaba a excluir. Naturalmente, se podría argumentar que en esos casos resulta preferible realizar ese cambio de perspectiva. No conozco una fundamentación tal, y no creo que sea posible. El esfuerzo de la última parte de este artículo apunta a demostrar la ilicitud del cambio de perspectiva específicamente en casos de derechos fundamentales.

⁹ Ibid, p. 119.

¹⁰ Finnis, John. *The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson*, en Dworkin, Ronald (ed). *The Philosophy of Law*. Oxford University Press, Nueva York, 1977, p. 149.

