

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES DE CASOS DIFÍCILES: UN MODELO DE PROTECCIÓN AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

PROPORTIONALITY AND THE WEIGHTING IN JUDICIAL DECISIONS OF HARD CASES: A MODEL OF PROTECTION TO THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY

ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG*

RESUMEN: La seguridad jurídica es reconocida como un derecho humano y, en cuanto a la modalidad de justificación de las decisiones judiciales, consiste en la certeza de que los jueces motivarán debidamente dichas resoluciones sin violentar el Estado de derecho constitucional. Ante la inminente vulneración de la garantía de debida motivación de las decisiones judiciales de casos difíciles que puede presentarse bajo la óptica del formalismo o dogmatismo jurídico y el manejo de la discrecionalidad judicial, se realiza la presente investigación con el objeto de verificar si con los modelos de proporcionalidad y ponderación, y no con la discrecionalidad judicial, se asegura la debida motivación de dichas decisiones, garantizando la seguridad jurídica de obtener una sentencia correcta.

PALABRAS CLAVE: Proporcionalidad; ponderación; casos difíciles; seguridad jurídica.

ABSTRACT: *Legal security is recognized as a human right and, as for the method of justifying judicial decisions, consists in the certainty that judges will duly motivate such resolutions without violating the constitutional State of law. Given the imminent violation of the guarantee of due motivation of judicial decisions of difficult cases, that can be presented from the perspective of formalism and judicial discretion; the present investigation is carried out in order to verify whether, with proportionality and weighting models and not with judicial discretion, the due motivation of said decisions is ensured.*

KEYWORDS: *Proportionality; weighing; difficult cases; legal security.*

Fecha de recepción: 26/02/2018

Fecha de aceptación: 17/04/2018

* Licenciado en derecho, Magistrado de Circuito del Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Décimo Segundo Circuito, estudiante de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana.

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Alternativas de justificación de las decisiones judiciales de casos difíciles. III. La discrecionalidad judicial en la justificación de los casos difíciles. IV. La proporcionalidad y ponderación de principios en la justificación de los casos difíciles. 1. El principio de razonabilidad. 2. El principio de proporcionalidad. 3. El principio de ponderación. V. Conclusión. VI. Referencias.

Al Dr. Carlos María Pelayo Moller, ilustre catedrático de la Universidad Iberoamericana en la Maestría de Derechos Humanos en diversas materias impartidas al suscrito, por la orientación recibida para la elaboración del presente trabajo y su gran espíritu, entrega y vocación de servicio a la enseñanza de los alumnos.

Al Dr. Mauro Sandoval Ceja, ilustre catedrático de la Universidad Autónoma de Sinaloa por la orientación, consejos y sugerencias recibidos para la elaboración de este trabajo de titulación, sin los cuales este no hubiera podido salir a la luz pública.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

n nuestra cultura jurídica las decisiones judiciales, además de ser fundadas, deben ser justificadas o motivadas,¹ lo cual implica que el juzgador, mediante un ejercicio de interpretación y luego de argumentación, exprese tanto las disposiciones normativas como las razones que lo llevaron a la conclusión de que efectivamente la norma seleccionada en la deducción lógica es la que resulta aplicable al caso concreto.

Dicha justificación es exigida por nuestra ley fundamental en su artículo 16, como una garantía de legalidad y seguridad jurídica al establecer que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

A continuación, se analizarán brevemente las figuras de legalidad, seguridad jurídica y derechos humanos, para establecer que con la violación del principio de debida motivación de las decisiones judiciales se vulnera el correspondiente derecho humano.

¹ Los términos justificación y motivación se utilizarán como sinónimos en este trabajo. No pasa inadvertido que algunos tratadistas plantean algunas diferencias entre dichos conceptos.

En general, ‘legalidad’ significa conformidad a la ley. Se llama ‘principio de legalidad’ aquel en virtud del cual ‘los poderes públicos están sujetos a la ley’, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo pena de invalidez.²

Básicamente, el principio de legalidad consiste en que toda la actuación de la autoridad debe ajustarse a la ley, y desde luego a la Constitución, pues de no ser así, el acto de autoridad sería un acto arbitrario que afectaría la seguridad jurídica de las personas. Así, tenemos que la autoridad debe fundar y motivar su actuación.

En cuanto a la seguridad jurídica, en términos generales puede concebirse como la certeza de que la actuación de las autoridades no debe ser arbitraria, sino que debe ajustarse a derecho y ante esa seguridad las personas pueden prever la actuación de su vida diaria; y en particular, consiste en la certeza de que los jueces motivarán debidamente las decisiones judiciales sin violentar el Estado constitucional de derecho,³ aun tratándose de casos difíciles, las partes pueden tener la confianza y tranquilidad de recibir una sentencia correcta y prever anticipadamente el desarrollo de sus vidas.

Adame Goddard, considera que la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por los procedimientos regulares, establecidos previamente.⁴

Los principios de legalidad y seguridad jurídica son considerados derechos humanos. Así se ha reconocido en diversas jurisprudencias de los tribunales federales del país, como se aprecia en los rubros siguientes: DEMOCRACIA DELIBERATIVA. CUANDO EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN DE UNA LEY GENERAL, EL ÓRGANO LEGISLATIVO COMETE VIOLACIONES QUE TRANSGREDEN

² Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, p. 117, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/22/9.pdf> [19-nov-2016].

³ La expresión *Estado de Derecho Constitucional* alude a un nuevo paradigma del constitucionalismo que se ha desarrollado desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días y se manifiesta en pasar del *Estado Legal de Derecho* en el que impera la Ley, al *Estado Constitucional de Derecho* en el que impera la Constitución, lo que ha puesto en crisis el paradigma del Positivismo Jurídico para entrar al paradigma del Postpositivismo. Cfr. Aguiló Regla, Josep, “Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13160/1/DOXA_30_55.pdf [28-mar-2018].

⁴ Adame Goddard, Jorge, “Seguridad jurídica”, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, t. P-Z., citado por Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, *La seguridad jurídica: Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 125, disponible en http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Jur_13.pdf [19-nov-2016].

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

DICHO PRINCIPIO, ÉSTAS PUEDEN REPARARSE EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, AL VULNERAR LA APLICACIÓN DE ESA NORMA LOS DERECHOS HUMANOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD.⁵

Igualmente, dicho reconocimiento puede observarse en el rubro siguiente: LAUDO. SI EL ACTOR QUE FUE PARTE EN EL JUICIO DE DONDE ÉSTE DERIVA, RECLAMA UNA CUESTIÓN ACCESORIA Y RELACIONADA CON SU CUMPLIMIENTO, Y LA JUNTA, EN LUGAR DE TRAMITAR EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN CORRESPONDIENTE, DA APERTURA A UN EXPEDIENTE AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE PARA CONOCER Y RESOLVER DICHA PETICIÓN, VULNERA LOS DERECHOS HUMANOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD.⁶

Los derechos humanos, son concebidos objetivamente como normas que se encuentran en la Constitución y que protegen los bienes jurídicos fundamentales inherentes a la personalidad humana, con la finalidad de impedir los abusos del poder por parte de los funcionarios estatales y garantizar la vigencia del derecho.⁷

Los derechos humanos han adquirido bastante relevancia en México, sobre todo con las reformas de junio de 2011 a la Constitución, donde en el artículo 1o. se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la ley fundamental y por los tratados internacionales de los que México sea parte, así como de las garantías para su protección.

El ejercicio de los derechos humanos no podrá ni restringirse ni suspenderse, salvo que la propia Constitución lo establezca. Dicha reforma, introduce también el principio pro-persona que favorece en todo tiempo a las personas con la protección más amplia, así como el principio de interpretación conforme para que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de conformidad con la Ley Fundamental.

Sobre la motivación, el mencionado autor Adame Goddard menciona que “se ha definido como el razonamiento lógico-jurídico, mediante el que se ha concluido la adecuación del acto de autoridad con el precepto invocado”.⁸

⁵ Visible en el rubro de la Jurisprudencia con Registro 2007513, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, septiembre de 2014, p. 2152.

⁶ Visible en el rubro de la jurisprudencia con Registro 2005831, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, marzo de 2014, p. 1394.

⁷ Cfr. Arévalo Álvarez, Luis E., *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, 2a. ed., Universidad Iberoamericana Puebla/Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Puebla, 2001, p. 57.

⁸ *Idem*.

Doctrinariamente, la motivación de las decisiones judiciales se entiende de dos maneras: una concepción psicologista, que consiste en identificar la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión; y otra, llamada racionalista, que entiende la motivación como justificación, y en este sentido, una decisión motivada es aquella que cuenta con razones que la justifican.⁹

El realismo jurídico, especialmente el norteamericano, considera que la concepción psicologista de la motivación consiste en las causas que motivan la decisión del juez, tales como su ideología, contexto social, estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, etc. Por su parte, la concepción racionalista consiste en el argumento de las razones que justifican la decisión adoptada de dos modos: una decisión puede considerarse justificada si hay razones suficientes que la fundamenten; y otro, puede considerarse justificada no sólo si hay tales razones, sino que además éstas han sido analíticamente formuladas. De este modo, la motivación de la sentencia consiste en las razones que justifican la decisión adoptada, las cuales dependen de las premisas fácticas y normativas que se formulen.¹⁰ Esta última forma de motivación es la que interesa a nuestro estudio.

Desde luego que, la justificación de las decisiones judiciales en ocasiones no resulta ser una tarea fácil, como lo sería si se tratara de casos que en la doctrina se denominan fáciles, pues en ellos bastaría exponer un silogismo jurídico en el que las premisas conducen de manera pacífica a la conclusión mediante una operación de subsunción entre el caso y la ley.

Los casos fáciles, son aquellos en los que no existen dudas, ni en la premisa normativa ni en la premisa fáctica, al inferir deductiva y lógicamente de ellas la conclusión. Este tipo de razonamiento es el llamado silogismo aristotélico.¹¹

Los casos difíciles son los que sí presentan dudas en cualquiera de sus premisas, ya sea por la ambigüedad, la contradicción, o por ausencia de normas, en cuyos casos la debida motivación de la decisión requiere algo más que un razonamiento deductivo de lógica Aristotélica. Sobre este algo más, existen diversas opiniones que son explicadas según la concepción que se tenga acerca del derecho.

⁹ Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi, *Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales*, disponible en http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_344.pdf [19-nov-2016].

¹⁰ Cfr. *Idem*.

¹¹ El concepto fue creado por el propio Aristóteles en el siglo IV a. C.

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

Al respecto, se expondrán dos corrientes que consideramos las más representativas para los fines del presente estudio y que se refieren al positivismo jurídico y al no positivismo principialista, llamado también postpositivismo jurídico o neoconstitucionalismo.

En cuanto al no positivismo principialista, García Figueroa comenta que: “El no positivismo principialista establece una relación trilateral entre derecho, principios y moral”.¹²

Al respecto, Robert Alexy comenta que a pesar de la discusión de más de dos mil años que sobre el concepto de *derecho* ha existido, en la actualidad se siguen presentando dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista, en las que el problema de la polémica se centra en la relación entre derecho y moral; por un lado, las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación en la que el concepto de derecho debe ser definido sin incluir ningún elemento moral; en cambio, las teorías no positivistas sostienen la tesis de la vinculación, según la cual al ser definido el concepto de derecho debe contener elementos morales.¹³

Sobre el postpositivismo jurídico, Aguiló Regla hace notar que más allá de la discusión teórica sobre la necesidad o no de un cambio de paradigma jurídico, y cuya polémica se centra en determinar si los cambios son meramente cuantitativos o de grado o si se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se apprehenden y transmiten los fenómenos jurídicos; se comenta que a los que afirman la continuidad del paradigma se les llama positivistas o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de derecho como imperio de la ley, y que a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, se les conoce como postpositivistas o bien, neoconstitucionalistas, al ser partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de derecho como Estado constitucional.¹⁴

En cuanto al neoconstitucionalismo, Salazar Ugarte destaca que los modelos constitucionales de la posguerra contienen rasgos distintos, sobre todo por su rigidez y el contenido de garantías constitucionales que originaron un nuevo

¹² García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 46.

¹³ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, 2a. ed., Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 13-14.

¹⁴ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, nota 4.

paradigma jurídico; entre ellos, destaca un modelo garantista y neoconstitucionalista, los que, sin duda, comparten algunas premisas importantes, pero que no deben confundirse pues presentan algunas diferencias. La más elemental es que el garantismo es una teoría surgida en el ámbito del derecho penal y el neoconstitucionalismo, en cambio, es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa, con la finalidad de ofrecer una denominación común a un conjunto de concepciones y de agrupar la obra de un conjunto de teóricos.¹⁵

- *Objetivo general.* Se desarrollará el tema de la debida justificación de las decisiones judiciales de *casos difíciles* con el objeto de verificar si con los razonamientos de proporcionalidad y ponderación y no con la discrecionalidad judicial se asegura la debida motivación de dichas decisiones con la garantía de la seguridad jurídica de las partes.
- *Planteamiento del problema.* Del objetivo mencionado se deduce el problema de la inminente vulneración de la garantía de seguridad jurídica de debida motivación de las decisiones judiciales de *casos difíciles* que puede presentarse bajo la óptica del formalismo o dogmatismo jurídico con el manejo de la discrecionalidad judicial. Ante esta afectación, se plantea la siguiente pregunta: ¿Es con los razonamientos de proporcionalidad y ponderación de principios y no con la discrecionalidad judicial como se justifican las decisiones judiciales de los *casos difíciles* sin vulnerar el Estado de derecho constitucional?
- *Hipótesis.* Como propuesta de solución al problema planteado indicamos que con los razonamientos de proporcionalidad y ponderación de principios y no con la discrecionalidad judicial se justifican las decisiones judiciales de los casos difíciles sin vulnerar el Estado constitucional de derecho.

¹⁵ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/28.pdf> [26-mar-2018]

II. ALTERNATIVAS DE JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES DE CASOS DIFÍCILES

Hart y Dworkin son considerados los tratadistas más relevantes del positivismo jurídico y del no positivismo principialista,¹⁶ respectivamente, y han expresado en sus teorías que, por un lado, para la debida motivación de las decisiones judiciales de los casos difíciles, los jueces deben presentar argumentos derivados de su discrecionalidad judicial; y por el otro, que en esos casos difíciles la justificación de la decisión debe apoyarse en razonamientos basados en la ponderación de principios.

A continuación, se expondrán brevemente las opiniones de los mencionados tratadistas sobre la concepción del derecho y las propuestas de los modelos de decisión judicial de los casos difíciles.

Dichas propuestas han sido materia de debate entre ambos, pues mientras Hart concibe al derecho como un conjunto de reglas y que para la justificación de las decisiones de casos difíciles los jueces deben utilizar la discrecionalidad judicial, Dworkin, concibe al derecho no sólo como un conjunto de reglas, sino también de principios,¹⁷ siendo éste el pensamiento que viene construyendo el nuevo paradigma del derecho, que como se ha anotado, algunos denominan no positivismo principialista, y otros lo llaman neoconstitucionalismo o postpositivismo,¹⁸ y que para la justificación de los casos difíciles los juzgadores deben echar mano de la ponderación de principios. Aunque en esta corriente algunos tratadistas como Alexy incluyen el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad.¹⁹

¹⁶ “Para comprender la riqueza de la teoría jurídica de finales de siglo, se debe tener en cuenta la existencia del enfrentamiento entre dos corrientes de reflexión que han pugnado –en sentido kuhniiano– por convertirse en el paradigma dominante: las teorías del inglés H. L. A. Hart y la de su opositor el norteamericano Ronald Dworkin.” Véase Rodríguez, César, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores-Facultad de derecho de la Universidad de los Andes, Colombia, 1997, p. 16.

¹⁷ “Según Dworkin el modelo positivista hartiano es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho [...] En caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente [...] Cuando nos encontramos frente a un caso difícil no es una buena solución dejar libertad al juez. Y no es una buena solución porque el juez no está legitimado ni para dictar normas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva si es que nos tomamos la democracia –y su sistema de legitimación en serio [...] El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso.” Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de María Guastavino, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 13-14.

¹⁸ Véase *supra* notas 14 y 15.

¹⁹ Alexy comenta que “El procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee

III. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA JUSTIFICACIÓN DE LOS CASOS DIFÍCILES

Hart, considerado el autor positivista más influyente después de Kelsen,²⁰ concibe al derecho como un sistema de reglas que clasifica en primarias y secundarias. Las primeras, imponen deberes y se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer; y las segundas, confieren potestades.²¹

El profesor Fabra Zamora, comentando a Hart, dice que las reglas secundarias pueden clasificarse en tres tipos: i) reglas de adjudicación, las cuales proveen un mecanismo para determinar si una regla válida ha sido violada; ii) reglas de cambio, que le permiten a la sociedad crear, remover y modificar normas válidas; y iii) reglas de reconocimiento, las cuales especificarán las características que deben tener las reglas para considerarlas como reglas del grupo.²²

En cuanto a los casos fáciles que Hart denomina claros, dice que “parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser ‘automático’... respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.”²³

Al decir que este tipo de casos claros o fáciles no requieren interpretación, significa que no existe ninguna dificultad para resolver el caso al aplicar la regla, es decir, que si la regla es clara (no presenta ninguna ambigüedad ni contradicción) y el caso se subsume de manera pacífica en ella, entonces, sin mayor problema se aplica para solucionar al caso.

la teoría de los principios. Los principios son mandatos de optimización. Como tales, implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad [...] Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación [...] la regla de necesidad [...] y la regla de proporcionalidad en sentido estricto [...] la regla de adecuación y la regla de necesidad [...] están implicadas por el hecho de que los principios son reglas que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida fácticamente posible [...] la regla de proporcionalidad [...] se vuelve relevante cuando un acto realizado por el Estado es adecuado y necesario.” Véase Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 2002, pp. 36-37.

²⁰ Cfr. Pérez Jara, María Dolores, *Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart*, disponible en <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543/485> [12-nov-2016].

²¹ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, 2a. ed., Editorial Nacional, México, 1980, p. 101.

²² Cfr. Fabra Zamora, Jorge Luis, *Una visita al debate Hart-Dworkin*, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1185/1167> [12-nov-2016].

²³ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 158.

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

Respecto a los casos difíciles, Hart comenta que se producen ya por la indeterminación (ambigüedad) de los textos legislativos que denominan reglas de textura abierta o por las zonas marginales o zonas de penumbra que se presentan al momento de confrontar el derecho de las partes lo cual dificulta la decisión; o bien, por los casos no contemplados ni en las reglas ni en los precedentes.²⁴

Para la decisión de los casos difíciles, Hart sostiene que los jueces deben hacerlo mediante la discrecionalidad judicial que les permiten en su caso, crear una nueva regla en presencia de indeterminación o de ausencia de regla aplicable, lo cual se deduce al decir que:

[...] cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad de un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de estándares variables.²⁵

Sobre la facultad discrecional de los aplicadores del derecho, la profesora de filosofía Pérez Jara, comentando a Hart, menciona que es en relación con los casos difíciles o de penumbra donde se plantea el tema de la discrecionalidad judicial, al decir que:

En sus primeras obras, Hart admitió abiertamente que, en estos casos de penumbra, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto: La reaparición de <<cuestiones de penumbra>> nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles [...].²⁶

Véase que, desde sus primeras obras, Hart ya pronunciaba que en cuestiones de penumbra, las reglas resultan incompletas para la decisión del caso y que para resolverlo los jueces actúan discrecionalmente reconstruyendo o creando nuevas reglas; de donde resulta que tanto en las situaciones en que falta la regla o se trata de textura abierta o zonas de penumbra aparece la discrecionalidad judicial como forma de solución de dichos casos calificados como difíciles.

²⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 159-169.

²⁵ *Ibidem*, p. 169.

²⁶ Cfr. Pérez Jara, María Dolores, *op. cit.*

Lo anterior es visto y analizado por Dworkin, quien en su obra *Los derechos en serio* lo hace notar al mencionar que:

En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez —de acuerdo con esa teoría— tiene <<discreción>> para decidir el caso en uno u otro sentido.²⁷

Así, podemos concluir que la decisión de los *casos difíciles* bajo la óptica positivista del derecho y de acuerdo con la teoría de Hart es por medio de la discrecionalidad del juez para que, en casos de textura abierta o zonas de penumbra, pueda crear nuevas reglas (lo cual resulta con la reconstrucción de las existentes) o bien, para crear nuevas reglas en caso de ausencia.

IV. LA PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA JUSTIFICACIÓN DE LOS CASOS DIFÍCILES

Dentro de la corriente no positivista principialista tenemos a Dworkin, considerado el mejor representante.²⁸ Él sostiene que el derecho no sólo es cuestión de reglas, sino también de principios (y directrices políticas); lo que contrasta con la postura de Hart, pues considera que con la discrecionalidad judicial se invaden las facultades de creación de reglas del Poder Legislativo, se infringe el principio de no retroactividad al aplicar al caso concreto la nueva regla creada *a posteriori*, y se presenta la incertidumbre jurídica en la decisión de los casos difíciles por desconocerse la decisión que va a elegir el juez en ejercicio de la discrecionalidad.

Dworkin, propone el modelo de ponderación de principios para encontrar la respuesta correcta y salvar la incertidumbre jurídica de la decisión de casos difíciles.

Por su parte Alexy, en cuanto a la distinción entre reglas y principios, comenta que la aplicación de ambos es cuestión de grados, las primeras se cumplen en la medida establecida en la propia regla o no se cumplen; los segundos en cambio, se cumplen en la mayor medida posible de acuerdo con las posibili-

²⁷ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 146.

²⁸ Cfr. Pérez Jara, María Dolores, *op. cit.*

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

dades jurídicas y fácticas.²⁹ Es decir, que si la regla se aplica, se cumple sólo en la medida que lo indica, sin ampliarla o disminuirla; en cambio, los principios abarcan una dimensión más amplia que permite tomar la respuesta correcta en la decisión del caso, sin que ello implique la ampliación del principio.

El problema de las reglas surge cuando se presentan los casos difíciles y los jueces recurren a la discrecionalidad judicial para tratar de justificar sus decisiones con reglas creadas por ellos mismos, lo cual violenta al Estado constitucional de derecho con la invasión de competencias legislativas, y en todo caso, con la aplicación retroactiva de estas nuevas normas.

La decisión de los casos difíciles a través de la ponderación de principios es una nueva propuesta, o bien un nuevo paradigma de solución que dentro del positivismo jurídico nace a partir de los acontecimientos de la segunda guerra mundial como un modelo que viene a cimbrar o enfrentar el formalismo o dogmatismo jurídico, con el propósito de tomar decisiones justas. Así se desprende de la opinión de Vigo, al decir que:

Perelman comprueba que en los juicios de Nüremberg se pone en crisis el modelo jurídico que reducía el derecho a la ley, dado que ‘se hacía preciso para respetar el principio *nullum crimen sine lege*, afirmar la existencia de un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas, relativo al respeto y a la dignidad de la persona humana’. El inspirador de la ‘nueva retórica’ concluye que se inaugura a partir de la segunda guerra mundial un nuevo periodo en la concepción del derecho y el razonamiento judicial, caracterizado por la reacción contra el positivismo jurídico, y una de las notas destacables de esos nuevos vientos la representa el recurso cada vez más frecuente a los “principios generales del derecho”.³⁰

Vigo, comentando a Perelman y al referirse a los juicios de *Nüremberg* como el inicio de la crisis del positivismo jurídico y consecuente apertura del nuevo paradigma principialista, recuerda que al término de la segunda guerra mundial se inician una serie de juicios en contra de algunos protagonistas de las masacres ocurridas en dicha beligerancia, quienes trataron de justificar su participación alegando que se apegaba a la ley. Sin embargo, por la extrema

²⁹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 11-14.

³⁰ Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas insfilosóficas contemporáneas*, 2a. ed., Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 1.

gravedad y crueldad de los resultados, se hizo necesario modificar los criterios de interpretación del derecho para justificar con una serie de principios las decisiones judiciales dictadas en contra de los participantes de dichos crímenes catalogados como de lesa humanidad. Esto dio inicio a la construcción de un nuevo paradigma que permite concebir al derecho no sólo a partir de la ley, sino también de los principios, ello provocó la crisis del positivismo jurídico.

En México, dicho modelo de principios se ha venido impulsando y desarrollando, principalmente, con las reformas constitucionales de junio de 2011 que introducen una mayor protección a los derechos humanos, así como con las recientes resoluciones de nuestro máximo Tribunal que introducen el manejo de los principios jurídicos en sus decisiones, como el de proporcionalidad y el de ponderación, lo cual da una mayor certeza y seguridad jurídica a los gobernados.

La propuesta de Dworkin de justificar las decisiones judiciales de los casos difíciles mediante la ponderación de principios ha tenido aceptación en la judicatura mexicana, pues en no menos de 227 tesis de jurisprudencia de la judicatura federal, entre firmes y aisladas, aparece la ponderación, tal y como se refleja al buscar la voz ponderación en el sistema de consulta (antes *ius*).

El modelo de ponderación de principios propuesto por Dworkin para la decisión de los casos difíciles, se ha venido ampliando hacia otros principios como el de razonabilidad y proporcionalidad.

A continuación, aunque no forma parte del tema central del trabajo, trataremos brevemente el principio de razonabilidad, sólo para precisar su concepto y características; dejaré su estudio para otra ocasión.

1. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Los antecedentes del principio de razonabilidad se encuentran en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica como una garantía de debido proceso y como un esquema de justicia para determinar hasta dónde la autoridad puede restringir o afectar los derechos de las personas.³¹

³¹ Indacochea Prevost, Úrsula, “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”, *Revista de Derecho Themis*, núm. 55, disponible en http://www.academia.edu/6240046/_Razonabilidad_proporcionalidad_o_ambos_Una_propuesta_de_delimitaci%C3%B3n_de_sus_contenidos_a_partir_del_concepto_de_ponderaci%C3%B3n [19-nov-2016].

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

En ese sentido, “la razonabilidad implica evaluar si las restricciones que se imponen a los derechos o a la libertad de los individuos se adecuan a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan como injustificadas o arbitrarias, sino como razonables”.³²

Puede ocurrir que las causas que motivan la decisión judicial consistan en aspectos subjetivos del resolutor, como su ideología, su estado de ánimo, sus prejuicios y su cultura jurídica, entre otros aspectos, como también ocurre cuando se toman decisiones en la vida cotidiana que “escapan al análisis o control racional de las decisiones judiciales, por lo que se afirma que más bien los fallos derivan de causas psicosociológicas o de las posiciones ideológicas o políticas que se hallan detrás de los problemas jurídicos”.³³

De tal manera que, “la justificación del fallo... debe ser racional y razonable, a más de que en la medida que así lo sea le dará más sentido a la determinación y a la actuación del órgano jurisdiccional, validando su pronunciamiento”.³⁴

El autor ecuatoriano Mauricio Maldonado, comenta que “el profesor Bidart Campos sostiene que lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad. Así entendido, el principio es una exigencia de justicia jurídica”.³⁵

Algunos autores equiparan el principio de razonabilidad con el de proporcionalidad, aunque otros no lo consideran así. Sánchez Gil, por ejemplo, equipara ambos principios como si fueran uno mismo.³⁶ Por su parte, Úrsula Indacochea, en lo particular, considera que la razonabilidad y la proporcionalidad no se identifican.³⁷

³² *Idem.*

³³ González Hernández, Susana, *La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (distinguir para comprender)*, disponible en <http://cesmdfa.tjja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/laracionalidadylarazonabilidadenlasresoluciones.pdf> [28-mar-2018].

³⁴ *Idem.*

³⁵ Maldonado Muñoz, Mauricio, *El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas*, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4999999.pdf> [15-nov-2016].

³⁶ Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5893/7830> [19-nov-2016].

³⁷ Cfr. Indacochea Prevost, Úrsula, *op. cit.*

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Sánchez Gil comenta que se entiende por proporcionalidad, “la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”.³⁸ Aunque parece un tanto tautológica la definición de la voz “proporcionalidad” que aparece en el diccionario de la Real Academia Española, pues se puede deducir que se trata de la correspondencia o igualdad de magnitud entre las partes de un todo o de una cosa.

En el campo del derecho, la proporcionalidad, en opinión de Alexy, nace como un método hermenéutico o de interpretación cuando existe un conflicto de reglas o colisión de principios.³⁹ Según Alexy, el campo de aplicación del principio de proporcionalidad se amplía hacia las reglas y no sólo frente a la colisión de principios que propone Dworkin.

Algunos autores consideran que el origen de la proporcionalidad se encuentra en Prusia, en el derecho de policía, cuya función era orientadora sobre las intervenciones de la libertad individual.⁴⁰ Otros autores manifiestan que el principio de proporcionalidad “encuentra su origen en Alemania, siendo desarrollado por la jurisprudencia constitucional de ese país, para luego expandir su aplicación en el ámbito europeo, al sistema americano de derechos humanos y a los diversos países de Latinoamérica”.⁴¹

En cuanto al reconocimiento del principio de proporcionalidad en México, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea menciona que:

[...] el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como máximo garante de los derechos fundamentales ha obligado a transitar del modelo argumentativo de la subsunción [...] a modelos más sofisticados, adaptados a la estructura de las normas constitucionales formuladas en clave de principios. Entre las técnicas interpretativas que permiten hacer frente a estas nuevas necesidades hermenéuticas están la ponderación, en la que ante hechos susceptibles de adscribirse a principios constitucionales contrapuestos se establece cuál de ellos precede, a la luz de las características del caso particular, así como el principio de proporcionalidad, a través del cual se comprueba que las intervenciones

³⁸ Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=proporcionalidad> [15-nov-2016].

³⁹ Cfr. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica...cit.*, p. 11.

⁴⁰ Cfr. Rainer, Arnold *et al.*, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003 [15-nov-2016].

⁴¹ *Idem.*

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

en derechos fundamentales persigan fines legítimos, sean adecuadas e idóneas, necesarias y proporcionadas.⁴²

La opinión del Ministro Zaldívar destaca el cambio del modelo subsuntivo (positivista) a los modelos de interpretación y argumentación jurídica por medio de los principios de proporcionalidad y ponderación como una forma de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, y consecuentemente, la seguridad jurídica de los gobernados.

Por su parte, tratándose de colisión de principios, Alexy comenta que la solución debe ser de manera totalmente distinta a la contradicción de reglas, donde en todo caso, una deroga o invalida a la otra. De modo que en el caso de colisión de principios, uno de ellos debe ceder ante el otro, sin que esto signifique declarar la invalidez del principio desplazado, sino que, más bien, bajo ciertas circunstancias uno precede al otro, y bajo circunstancias distintas puede solucionarse de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el de mayor peso.⁴³

Al respecto, Sánchez Gil menciona que “el principio de proporcionalidad impone pautas de decisión a los órganos estatales que enfrentan la colisión de principios y/o bienes jurídicos con el objeto de armonizar su satisfacción”.⁴⁴ Las pautas de decisión buscan que la decisión de los casos difíciles sea la más adecuada para no vulnerar el Estado constitucional de derecho y se garantice la seguridad jurídica de las personas.

Sánchez Gil, continúa diciendo que en el ámbito constitucional “la aplicación del principio de proporcionalidad contribuye a la justa solución de los conflictos que se enfrentan los derechos fundamentales y otros principios constitucionales entre sí o con otros bienes jurídicos promovidos por una medida legislativa o administrativa que incida en la efectividad de aquéllos”.⁴⁵

De acuerdo con estas opiniones de Sánchez Gil, el principio de proporcionalidad aplica no sólo para justificar los casos difíciles relacionados con los derechos fundamentales y los derechos humanos, sino que se extiende a otros derechos.

⁴² Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, Prólogo a Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Porrúa, México, 2012, p. VII.

⁴³ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...cit.*, pp. 69-71.

⁴⁴ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007, p. 1.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 3.

En cuanto al fundamento para la aplicación del principio de proporcionalidad, no se encuentra expresamente en las constituciones de diversos países como España, Alemania y México, pero sí se ha aplicado, y para su justificación en los países mencionados se acude a los principios como Estado de derecho, la justicia como valor supremo, la dignidad de la persona, interdicción de la arbitrariedad y otros, con el propósito de brindar la protección más amplia de los derechos fundamentales y garantizar la seguridad jurídica de las personas.

Al respecto, la magistrada española Roca Trías dice que “el fundamento constitucional que el tribunal invocó para justificar la sujeción de normas y actuaciones a requisitos de razonabilidad y proporcionalidad fue normalmente el de la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) o el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)”.⁴⁶ Igual ocurre en Alemania según opinión de Sánchez Gil.⁴⁷

En México, el principio de proporcionalidad ha nacido producto de una evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría de los derechos fundamentales y se ha venido aplicando en diversas ejecutorias, tal y como se aprecia en los siguientes rubros de jurisprudencia: GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.⁴⁸ INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.⁴⁹ OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. EL JUEZ DEBE EVALUAR LA PERTINENCIA DE QUE SUBSISTA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.⁵⁰

El principio de proporcionalidad tiene su propia estructura, con influencia de la jurisprudencia alemana y en opinión de los autores Aguilera y López es la siguiente:

[...] el principio de proporcionalidad debe respetar las siguientes fases o pasos: 1. El subprincipio de idoneidad o adecuación [...] significa que

⁴⁶ Roca Trías, Encarnación, *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Conferencia Trilateral Italia/Portugal/España, Roma, 24 al 27 de octubre de 2013, p. 8.

⁴⁷ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de...*, p. 35.

⁴⁸ Jurisprudencia P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

⁴⁹ Tesis 1a. CCCXII/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2013, p. 1052.

⁵⁰ Tesis 1a. CCLIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 470.

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

cada intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. [...] 2. El subprincipio de necesidad [...] implica que toda medida de intervención en los derechos humanos debe ser lo más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. [...] 3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto [...] Significa que la intervención a un derecho fundamental debe ser justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.⁵¹

Para justificar debidamente las decisiones judiciales de los casos difíciles de acuerdo con el principio de proporcionalidad, los jueces deben ser muy cuidadosos de que se cumplan todos y cada uno de los tres subprincipios mencionados, *so pena* de que su justificación y resolución infrinjan la seguridad jurídica de la parte agraviada.

A esta actividad, digamos, supervisora, le llaman en el derecho comparado “test de proporcionalidad” y consiste precisamente en que los jueces deben cerciorarse de que en el caso concreto se cumplan efectivamente dichos subprincipios, de los cuales el tercero, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la ponderación, de la cual hablaremos a continuación.

3. EL PRINCIPIO DE PONDERACIÓN

La palabra ponderación deriva del latín *pondus* que significa peso. Cuando el juez pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Dworkin considera que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios en colisión. El principio que tenga un peso mayor será aquel que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto.⁵²

Vemos que etimológicamente el vocablo ponderación viene del latín *pondus* que traducido al español significa peso. Ahora bien, el significado de peso en

⁵¹ *Idem*.

⁵² Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*, disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/curso/2013/c-12-02-2013/lectura-1.pdf> [19-nov-2016].

el español mismo se refiere, en lo concerniente, a determinada presión que ejercen los objetos materiales hacia la tierra, tanto por su volumen como por su dimensión y por el sistema de gravedad.⁵³

En cambio, los principios (y reglas) son objetos ideales o subjetivos, que no tienen un espacio físico en el universo y por tanto no son susceptibles de medirse a través del peso, aunque sí de otros medios como el valor, la importancia, y la trascendencia que encierran en sí mismos. Esta aclaración nos lleva a establecer que el significado atribuido a la palabra peso en la teoría de Dworkin no es literal, sino más bien obedece a una interpretación analógica entre el peso y el valor, la importancia, y la trascendencia.

Bernal Pulido, comentando a Dworkin, dice que:

La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso [...] Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.⁵⁴

Establecido que los principios tienen un peso, es decir, tienen un valor, una importancia o trascendencia determinada, la ponderación se refiere entonces a valorar dichas cualidades entre los principios que entran en colisión para establecer cuál de ellos es más relevante o tiene un mayor peso en el caso concreto para justificar adecuadamente la decisión a favor del principio que tenga más valor, importancia o trascendencia en cada caso concreto.

La magistrada española Roca Trías comenta que con frecuencia se confunden la ponderación con el principio de proporcionalidad, incluso hay quien sostiene que son sinónimos. Lo cierto es que el principio de proporcionalidad es un método hermenéutico que se emplea cuando existe un enfrentamiento entre dos derechos fundamentales, mediante el cual —en un análisis meticuloso de las circunstancias, al que se denomina ponderación— se determina qué derecho fundamental debe prevalecer ante el otro que cede, sin declarar su invalidez.⁵⁵

⁵³ Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, *op. cit.*

⁵⁴ Bernal Pulido, Carlos, *op.cit.*

⁵⁵ Roca Trías, Encarnación, *op. cit.*, pp. 3-9.

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

Tras aclarar la confusión de equiparar los principios de proporcionalidad y ponderación expuesta por la magistrada Roca, se muestra que en realidad la ponderación es el tercer elemento de la proporcionalidad (sentido estricto) y que consiste precisamente en el examen meticuloso de las circunstancias para determinar cuál de los principios colisionantes tiene mayor peso o importancia para decidir a su favor.

Alexy⁵⁶ comenta que “para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación”.⁵⁷

Así como la proporcionalidad tiene su estructura con los tres subprincipios antes mencionados, la ponderación tiene a su vez su propia estructura con los elementos que señala Alexy, los cuales, en cada caso concreto, deben ser corroborados todos y cada uno de ellos para que, en su caso, se determine el peso (importancia, trascendencia o valor) de los principios que están en colisión y decidir a favor del más relevante, sin que ello implique la invalidez o derogación del otro. A esta actividad supervisora del cumplimiento de los elementos integradores de la ponderación se le denomina test de ponderación.

Esta es la teoría de la ponderación de principios que señala Dworkin como la más apropiada para resolver los casos difíciles sin vulnerar el Estado de derecho y respetando la seguridad jurídica de las personas involucradas. Teoría con la que Dworkin encuentra la respuesta correcta para todos los casos.

No pasa desapercibido que no es por todos admitida, que hay discusión y debate al respecto, por lo que en todo caso, consideramos conveniente proponer que con dicho método de ponderación de principios es posible encontrar la mejor respuesta para todos los casos difíciles. Respuesta con la que se justificarían debidamente las decisiones judiciales de los casos difíciles y

⁵⁶ No obstante que Alexy es considerado el representante con más reconocimiento del *no positivismo principialista* de la cultura jurídica continental, es fuertemente criticado por Juan Antonio García Amado, sobre todo por su teoría de la ponderación, en la que se “[...] presupone que los valores de la moral son reducibles a valores numéricos y pueden, por ende, ser tasados con ayuda de una fórmula matemática; pues para éste ni son números los valores de la moral, ni es posible llegar a una única respuesta correcta cuando se ponderan [...] no existe algo así como un ‘ponderómetro’. Cuando dos principios, valores o derechos se sopesan, lo único que hay es subjetividad pura y dura del ponderador.” García Amado, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Instituto de la Judicatura Federal-Consejo de la Judicatura Federal-Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 18.

⁵⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*

no se crearían nuevas normas ni se aplicarían retroactivamente, como sí ocurre con la discrecionalidad judicial que señala Hart.

V. CONCLUSIÓN

La justificación o debida motivación de las decisiones judiciales es un aspecto del principio de seguridad jurídica reconocido como un derecho humano, mediante el cual las personas tienen la certeza de que sus asuntos jurisdiccionales son resueltos sin alterar el Estado de derecho constitucional.

En el campo de las decisiones judiciales existen dos tipos de casos: unos denominados fáciles, porque no presentan dudas ni en la premisa normativa ni en la fáctica, mediante un silogismo jurídico se infiere pacíficamente la conclusión; y otros llamados casos difíciles, porque sí presentan dudas en cualquiera de las premisas, ya sea por la ambigüedad, la contradicción o la ausencia de normas, en cuyos casos la debida motivación de la decisión judicial requiere algo más que un razonamiento silogístico.

Para la debida motivación y consecuente decisión judicial de los casos difíciles existen distintos métodos que surgen de acuerdo con la concepción que se tenga del derecho. Desde la posición iuspositivista se conceden facultades discrecionales a los jueces para que resuelvan dichos casos difíciles, inclusive se pueden crear nuevas normas y aplicarlas retroactivamente al caso concreto, lo que violentaría el Estado constitucional de derecho. Desde la postura no positivista principalista o del neoconstitucionalismo, para la decisión de los casos difíciles se recurre a la ponderación de principios, en cuyo caso no se vulnera el Estado constitucional de derecho.

La ponderación es un subprincipio de la proporcionalidad, denominado proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en establecer que la intervención a los derechos fundamentales debe justificarse de acuerdo con la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención al respectivo derecho fundamental.

El modelo más apropiado para justificar y decidir los casos difíciles es el de la proporcionalidad, que incluye el de la ponderación de principios, pues con ellos, utilizados correctamente, se obtiene la mejor respuesta y se respeta la seguridad jurídica de las personas involucradas sin vulnerarse el Estado constitucional de derecho.

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

Para aplicar correctamente los principios de proporcionalidad y ponderación, los juzgadores deben cumplir con el test de proporcionalidad y el test de ponderación.

Por último, y a manera de comprobar el resultado de la investigación, silogísticamente se tiene que:

- Si con los razonamientos de proporcionalidad y ponderación de principios y no con la discrecionalidad judicial, se justifican debidamente las decisiones judiciales de los casos difíciles, entonces (a=b).
- Y, si la debida justificación de las decisiones judiciales de casos difíciles implica razonamientos que no vulneren el Estado constitucional de derecho, entonces (b=c).
- Así, tenemos que con los razonamientos de proporcionalidad y ponderación de principios y no con la discrecionalidad judicial se justifican debidamente las decisiones judiciales de los casos difíciles sin vulnerar el Estado constitucional de derecho (a=c).

VI. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, ITAM, México, 2002.

_____, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, 2a. ed., Gedisa, Barcelona, 2004.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

Arévalo Álvarez, Luis E., *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, 2a. ed., Universidad Iberoamericana Puebla/Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Puebla, 2001.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2012.

García Amado, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Instituto de la Judicatura Federal-Consejo de la Judicatura Federal-Tirant lo Blanch, México, 2017.

García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Carrió R., Genaro, 2a. ed., Editorial Nacional, México, 1980.

- Roca Trías, Encarnación, *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Conferencia Trilateral Italia/Portugal/España, Roma, 24 al 27 de octubre de 2013.
- Rodríguez, César, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Siglo del hombre editores- Facultad de derecho de la Universidad de los Andes, Colombia, 1997.
- Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007.
- Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2a. ed., Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, Prólogo a Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Porrúa, México, 2012.

ELECTRÓNICAS

- Adame Goddard, Jorge, "Seguridad jurídica", *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, t. P-Z., citado por Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, *La seguridad jurídica: Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 125, disponible en http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Jur_13.pdf
- Aguilera Portales, Rafael y López Sánchez, Rogelio, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana (límites y restricciones a los derechos fundamentales)*, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3706/8.pdf>
- Aguiló Regla, Josep, *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13160/1/DOXA_30_55.pdf
- Bernal Pulido, Carlos, *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*, disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/curso/2013/c-12-02-2013/lectura-1.pdf>
- Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=proporcionalidad>
- Fabra Zamora, Jorge Luis, *Una visita al debate Hart-Dworkin*, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1185/1167>
- Ferrer Beltrán, Jordi, *Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales*, disponible en http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_344.pdf
- GonzálezHernández, Susana, *La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (distinguir para comprender)*, disponible en <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/laracionalidadylarazonabilidadenlasresoluciones.pdf>
- Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/22/9.pdf>

LA PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES...
ENRIQUE CLAUDIO GONZÁLEZ MEYENBERG

- Indacochea Prevost, Úrsula, “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”, *Revista de Derecho Themis*, núm. 55, disponible en http://www.academia.edu/6240046/_Razonabilidad_proporcionalidad_o_ambos_Una_propuesta_de_delimitaci%C3%B3n_de_sus_contenidos_a_partir_del_concepto_de_ponderaci%C3%B3n
- Maldonado Muñoz, Mauricio, *El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas*, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4999999.pdf>
- Pérez Jara, María Dolores, *Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart*, disponible en <http://revistaselectronicas.ujjaen.es/index.php/rej/article/view/543/485>
- Rainer, Arnold *et al.*, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003
- Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/28.pdf>
- Sánchez Gil, Rubén, *Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México*, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5893/7830>

JURISPRUDENCIALES

- Jurisprudencia P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.
- Tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2013, p. 1052.
- Tesis 1a. CCLIV/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 470.