

LA PONDERACIÓN JURÍDICA

*Víctor Manuel Villagrán Escobar**

SUMARIO: I. Introducción; II. Contextualizando la ponderación; III. La ponderación individual; IV. La ponderación en los sectores público y privado; V. Problemática de la ponderación jurídica; VI. Derechos fundamentales y derechos absolutos; VII. Conclusiones; VIII. Fuentes de consulta.

* Licenciado en Derecho, maestro en Administración Pública y doctor en Derecho con mención honorífica por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Facilitador Acreditado en Promoción de la Cultura de la Legalidad en el Servicio Público por México Unido Contra la Delincuencia, A.C. Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., autor del libro "La Cultura de la Legalidad en México. Teoría, Realidad y Perspectivas."

Recibido: 9 de julio de 2015
Aceptado: 5 de noviembre 2015

Resumen: En los últimos tiempos la discusión académica sobre los derechos fundamentales ha sido abundante y enriquecedora, lo cual ha beneficiado en gran medida al fortalecimiento del constitucionalismo moderno. Sin embargo, al lado del desarrollo teórico de tales derechos han surgido diversos cuestionamientos éticos y filosóficos que en muchas ocasiones han tratado de ser respondidos sobre la base de premisas sumamente debatibles y efímeras. Tanto la prevalencia epistémica de ciertos derechos como la configuración estructural de diversos bienes jurídicos siguen siendo interrogantes sin resolver de manera satisfactoria en el ámbito jurisdiccional. En el presente artículo se abordan las generalidades de dicha problemática y se esbozan algunas ideas que buscan contribuir a la reflexión.

Palabras clave: derechos humanos, constitucionalismo, derechos absolutos, ponderación.

Abstract: In recent times academic discussion about fundamental rights has been abundant and enriching, which has benefited in large measure to the strengthening of modern constitutionalism. However, beside the theoretical development of such rights, it have emerged various ethical and philosophical questions that on many occasions have been answered on the basis of weak and ephemeral premises. Both epistemic prevalence of certain rights and the structural configuration of diverse juridical goods are still being questions with unsatisfactory answers in jurisdictional field. In the present article are addressed the generalities of the said troubling and are drafted some ideas that search contributing to reflection.

Key words: human rights, constitutionalism, absolute rights, balancing.

I. Introducción

Si bien el tema de la ponderación jurídica lleva ya varios años desarrollándose en la academia, sus fundamentos en muchas ocasiones han sido tratados de forma dispersa y asistemática, lo cual ha derivado en una comprensión más bien pobre de dicha técnica argumentativa. No obstante lo anterior, el estudio de la ponderación reviste una gran importancia en razón de que en nuestro sistema jurídico siguen emergiendo disímiles y variados conflictos entre derechos fundamentales, mismos que se perfilan a ser resueltos eventualmente a la luz de dicho esquema de resolución jurisdiccional.

El objetivo que se persigue en el presente artículo es desarrollar de una forma didáctica y secuencial las generalidades de la ponderación. De esta forma, se da inicio explicando las definiciones básicas en la materia y posteriormente se abordan temas complejos relacionados con la misma. Ello con el fin de que los interesados en el tema, sobre todo los que se acercan por primera vez a él, puedan encontrar reunidos diversos puntos de vista y se encuentren en aptitud de elaborar conclusiones propias que les permitan ampliar sus perspectivas sobre esta área de la teoría legal.

II. Contextualizando la ponderación

En el transcurso de nuestras vidas, los seres humanos debemos tomar una gran cantidad de decisiones relacionadas con diversos aspectos de nuestro entorno. Necesitamos tomar decisiones que se relacionan con nuestros empleos, con nuestras familias y con nuestros momentos de relajación y esparcimiento. Comúnmente nos encontraremos optando por alternativas que versen sobre asuntos sencillos de nuestra cotidianidad, tales como elegir entre beber una taza de café o un refresco. En otras ocasiones, sin embargo, el acto de realizar una elección con el fin de lograr un objetivo o resolver un conflicto puede tornarse sumamente complejo, en razón de la variedad de elementos materiales e incorpóreos involucrados en una determinada situación. La dificultad en la toma de decisiones se eleva aún más cuando nos encontramos ante escenarios novedosos, pues en ellos

no hay caminos transitados con anterioridad, lo cual impide echar mano de soluciones probadas o al menos suficientemente medidas o cognoscibles.

Si, por ejemplo, nuestro objetivo consiste en tomar unas vacaciones, deberemos tener en cuenta diversos factores, tales como el tiempo con el que contamos para ello, los recursos financieros de que disponemos al efecto y algunas otras circunstancias estimativas, como podrían ser el clima del lugar al que decidimos acudir o su afluencia de visitantes en relación con la disponibilidad efectiva de acomodaciones. Cuando realizamos una reflexión tal como "siento deseos de vacacionar en la playa, pero en esta época del año es difícil encontrar reservaciones, además, viajar resulta costoso y debo ahorrar dinero por que necesito comprar un auto para trasladarme a mi lugar de trabajo", estamos analizando la situación y determinando los costos y beneficios de cada posibilidad. Es así que para tomar la decisión sobre el lugar en el que habremos de tomar nuestras vacaciones deberemos antes realizar un cálculo contrapuesto de viabilidades emergentes. Dicho de otra forma, resultará indispensable realizar un ejercicio de ponderación.

Ponderar deriva del latín *ponderare* y en una de sus acepciones corrientes significa pesar. Así, ponderar significa "pesar mentalmente, considerar cuidadosamente".¹ Son muchas las situaciones de nuestra vida diaria que contienen un cierto grado de complejidad y que por ello deben ser consideradas con detenimiento, si es que en verdad deseamos tomar las decisiones correctas, ya que, como señala Enrique Haba:

Cuando se toma una decisión o se sostiene una tesis, se dan razones en pro, pero suele haberlas también en contra, de manera tal que ni las unas ni las otras consiguen ahí ser decisivas en forma indubitable. Esto hace necesario que cada uno, cuando se enfrenta a dicha clase de problemas, *pese* los argumentos en juego, someta a una «balanza» la fuerza de las razones a favor junto con la fuerza

¹ CLASSEN, Constance, *Worlds of sense. Exploring the senses in history and across cultures*. Londres, Routledge, 1993, p. 70.

de las que hay en contra, para decidirse hacia el lado de aquéllas que *le* parecen más plausibles.²

Generalmente, nos encontraremos tomando decisiones que solo tengan relación con nuestro entorno individual. A nivel colectivo, sin embargo, los seres humanos también debemos tomar decisiones en diferentes circunstancias. Ello implica desde luego una elevación de la dificultad en el proceso de ponderación de opciones. Esto sucede así debido a que a nivel personal, tomaremos en cuenta solamente nuestras propias necesidades, las cuales pueden estar ligadas a ciertos aspectos materiales o bien a determinados factores psicológicos o ideológicos individuales, pero al tratar de conciliar los objetivos de varias personas involucradas en una misma situación, los factores a considerar se multiplican de forma exponencial. Así, en una comunidad o en un Estado cualquiera, surgirán continuamente una gran cantidad de intereses de grupo que deben ser ponderados al momento de elegir un rumbo de acción en los ámbitos jurídico, político o económico. Es por ello que en toda sociedad existirán siempre pensamientos y puntos de vista divergentes sobre las acciones que deben ser realizadas a fin de mejorar la vida social. En dicho contexto, los gobernantes, al diseñar políticas públicas, los legisladores, al establecer alcances de los derechos en razón de ciertos fines colectivos e individuales y principalmente aquéllos encargados de la impartición de justicia, tales como jueces y magistrados, al emitir sentencias de la más diversa índole, deben ser capaces de tomar decisiones que beneficien a la colectividad considerando y valorando la gran multiplicidad de elementos sociológicos y filosóficos presentes en su propia realidad comunitaria.

III. La ponderación individual

Los individuos nos servimos de la experiencia acumulada durante el transcurso de nuestras vidas para decidir sobre cual es la mejor opción a tomar en una situación compleja que requiere de una respuesta adecuada.

² HABA Müller, Enrique Pedro, *Elementos básicos de axiología general. (Axiología I) Epistemología del discurso valorativo práctico*, Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004, p. 154.

Cuando somos niños, tomamos decisiones de manera trivial e intrascendente. Por ejemplo, sabemos que si no obedecemos las reglas del hogar nos haremos acreedores a una sanción, por lo tanto es probable que en base a tal panorama optemos por seguir las reglas. Sin embargo, a medida que conocemos más aspectos del mundo exterior, adquirimos nuevas herramientas cognitivas que nos permiten pensar con mayor lucidez y optar por alternativas más estructuradas y permanentes.

Se entiende que para que los individuos puedan desarrollar una conciencia adecuada de las normas sociales y jurídicas, estos deben poseer un desarrollo moral que les permita comprender su significado e implicación. José Cantillo,³ señala que para alcanzar el desarrollo moral se requiere de una educación moral, la cual se desarrolla en base a dos principios: el primero, denominado "conflicto cognitivo como catalizador para el desarrollo moral", expresa que el razonamiento moral se pone en marcha solo ante situaciones problemáticas en las que hay que decidir entre dos valores enfrentados, y por tanto es difícil tomar una decisión con respecto a la acción; el segundo, conocido como "principio de la hipótesis más uno", nos dice que en la discusión sobre dilemas prácticos, los individuos de estadios morales más altos pueden influir en los de estadios más bajos, favoreciendo su desarrollo.

María Victoria Gordillo,⁴ nos recuerda los siguientes seis estadios de desarrollo moral descritos por Lawrence Kohlberg: 1. Moralidad heterónoma. En ella, la motivación para actuar es el temor al castigo o el anhelo del premio. 2. Relativismo instrumental. Es una etapa individualista. El individuo desea lo que le satisface pero entiende que para llegar a obtenerlo necesita de concesiones hacia los demás. 3. Moralidad interpersonal. Se busca aprobación social. Se actúa de conformidad con lo que los demás esperan de la propia persona. 4. Orientación hacia el

³ CANTILLO Carmona, José, et. al., "Dilemas morales. Un método para la educación en valores" *Dilemas morales. Un aprendizaje de valores mediante el diálogo*, España, Nau Llibres-Edicions Culturals Valencianes, S.A., 2000, p. 21.

⁴ GORDILLO Álvarez, María Victoria, *Desarrollo del altruismo en la infancia y la adolescencia: Una alternativa al modelo de Kohlberg*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1996, p. 73.

factor legal. Las buenas acciones son aquéllas que se realizan de conformidad con las leyes, que han sido establecidas para bien de la comunidad. 5. Contrato social. Se llega a la capacidad de ponderar entre el interés individual y las leyes establecidas de forma democrática. Nace la inquietud por modificar leyes que son consideradas injustas. 6. Orientación legal de carácter universal. En dicha etapa, el sujeto razona de acuerdo con su propia conciencia siguiendo principios libremente elegidos como la justicia y el respeto de la dignidad de la persona humana.

IV. La ponderación en los sectores público y privado

En la toma de decisiones de impacto colectivo la racionalidad juega un papel determinante. A decir de Teresa Santiago,⁵ la racionalidad debe ser comprendida como un concepto-categoría cuyo fin es dotar al mundo de significados que puedan orientarnos sobre la elección de los medios idóneos para obtener nuestros objetivos. Por su parte, María Bonome⁶ añade que la racionalidad puede revestir un carácter epistémico o cognitivo, en relación con las pruebas empíricas disponibles; puede además adquirir un revestimiento práctico, en atención a los fines que se deseen conseguir tomando en cuenta los medios al alcance o bien puede tener un carácter evaluativo, que incorpora la valoración de los fines por alcanzar. Al lado de dichos pensamientos, Stephen Robbins y Mary Coulter⁷ señalan que existen, al menos, cuatro tipos diferentes de fundamentación ética para la toma de decisiones en el ámbito privado y empresarial. Primeramente encontramos la noción utilitaria de la ética, que pone de relieve para la toma de decisiones la consideración de fines específicos y consecuencias. En esta fundamentación se pensará así que una decisión ética es aquella que busca el mayor bien para el mayor número de personas. La crítica a dicha fundamentación es que podría dejar en peligro los intereses de ciertos

⁵ SANTIAGO, Teresa, "La guerra: ¿Entre lo racional y lo irracional? (Algunos comentarios a las concepciones sobre la guerra de Kant y Von Clausewitz)" *Alcances y límites de la racionalidad en el conocimiento y la sociedad*, México, Plaza y Valdéz, S.A. de C.V., 2000, p. 212.

⁶ BONOME, María, "La racionalidad humana en la caracterización de Herbert A. Simon" *La racionalidad en la toma de decisiones: Análisis de la Teoría de la decisión de Herbert A. Simon*, España, Netbiblo, S.A., 2009, p. 45.

⁷ ROBBINS, Stephen y COULTER, Mary, *Administración*, 8ª edición, México, Pearson Educación de México, S.A de C.V., 2005, pp.110-111.

sectores minoritarios. Según una segunda fundamentación ética de toma de decisiones, la fundamentación legalista, las decisiones deben ser tomadas teniendo en cuenta, por ejemplo, ciertos derechos como la libertad de expresión, en la cual podría quedar enmarcada la denuncia de los superiores por apartarse de leyes y reglamentos. El inconveniente, se dice, es que los trabajadores pueden llegar a poner en riesgo la productividad al prestar demasiada atención a los derechos establecidos. Una tercera postura ética que sirve de fundamento a la toma de decisiones se relaciona con la teoría de la justicia. Una decisión en cuanto a salarios se realizará tomando en cuenta el principio de que a trabajo igual corresponde salario igual, sin establecer criterios discriminatorios y arbitrarios de distinción sistemática. Tal postura presenta el problema de que la iniciativa de algunos empleados puede venirse abajo pues saben que sus esfuerzos podrían sencillamente no ser reconocidos en el avance de la empresa debido a la prevalencia de principios jerárquicos inamovibles. Una última postura que fundamenta la toma de decisiones es la denominada teoría de los contratos sociales integrados, que toma en cuenta tanto la reglamentación de la empresa como los factores sociales imperantes, resultando en una postura ecléctica, que busca conciliar diversos factores, mismos que quizás no siempre pueden ser conciliables.

En la administración pública, existe una problemática similar en el proceso de toma de decisiones, en razón de la necesidad de ponderar intereses colectivos e individuales sin dejar de prestar la atención debida a la racionalidad y la eficiencia estatal. Así, las administraciones públicas se enfrentan día con día a la ardua tarea de conciliar objetivos diversos, tales como el cuidado del medio ambiente, mismo que podría contraponerse con los intereses de los grandes industriales o de las poderosas empresas transnacionales. En tal sentido, Eberhard Schsmidt-Assman señala:

De un lado, la administración ha de observar en su ponderación las directrices normativas que sean de aplicación al caso, y entre las que el principio de proporcionalidad –en cuanto ley material básica de la ponderación propia del Estado de Derecho- destaca de manera singular. De otro, también esta obligada, por imperativo

legal, a aplicar y a traducir en decisiones concretas los criterios de corrección «extrajurídicos» que, con frecuencia, se establecen legalmente, aunque sea en forma implícita, cuando se le encomienda que cumpla una función o ejerza un cometido en términos de discrecionalidad, esto es, cuando la ley no predetermina la respuesta y le atribuye a la Administración la última palabra en un asunto concreto [...]⁸

V. Problemática de la ponderación jurídica

En materia jurídica revisten especial importancia los denominados "conflictos de intereses externos". Estos, a diferencia de los conflictos de intereses internos, -los cuales típicamente afectarán el ámbito personal de un sujeto-, trascienden al mundo legal, pues logran incidir de manera directa en el espacio vital de otros sujetos. "Considerando el espectro donde los intereses se resisten y provocan el conflicto externo" –apunta Juan Colombo-⁹ "este puede producirse por la acción de un sujeto sobre otro, dentro del grupo familiar o social, en su relación con el Estado, entre los Estados y conflagrados en el mundo".

En muchas ocasiones encontraremos conflictos, por ejemplo, entre la libertad de expresión y el derecho al honor: por un lado el oficio periodístico reclamará información de personas de interés público, pero del lado opuesto, la información revelada podría perjudicar la esfera privada de las personas en cuestión. Es entonces tarea del jurista determinar el alcance de la libertad de expresión a fin de que no se expanda al grado de invadir otro tipo de derechos y libertades. Su deber consistirá así en ponderar intereses para lograr un justo medio que nos permita a todos vivir en sociedad de manera viable y adecuada.

⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo, Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Javier Barnes (Ed.), España, Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006, p. 95.

⁹ COLOMBO Campell, Juan, *La jurisdicción en el derecho chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p.4.

Sin duda uno de los mayores exponentes de las técnicas de ponderación en materia jurídica es Robert Alexy. Su obra ha sido analizada a profundidad por diversos autores. Para él, la ponderación proporciona criterios para tomar decisiones correctas basada en la argumentación racional, cuando existen principios o derechos contrapuestos; así, refiere Martha Díaz:

Robert Alexy considera que para determinar cual de los principios ha de prevalecer en el caso enjuiciado hay que tener en cuenta tres elementos:

- 1) Una "ley de la ponderación", según la cual, "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".
- 2) Una fórmula de "peso" de los principios, puesto que Alexy atribuye un valor numérico en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto de los mismos, según que aquél o éste sea leve, medio o intenso, y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, se clasifican, según el caso concreto, de seguras, plausibles o no evidentemente falsas.
- 3) Las que llama "cargas de la argumentación". Según Alexy, la prioridad de un principio sobre otro depende de tres elementos o variables: la afectación de los principios, el peso abstracto de los mismos y la mayor o menor certeza de las afirmaciones empíricas.¹⁰

Como podemos darnos cuenta, un concepto que va de la mano con la ponderación es el de la argumentación. Esta es fundamental en el desarrollo de la dogmática y de la técnica jurídica, dado que en el mundo jurídico las ideas deben ser debatidas con base en razonamientos que permiten acceder

¹⁰ DÍAZ Villafana, Martha Cristina, "Derecho y Argumentación." *Argumentación Jurídica*, SOCORRO, Juan Carlos y CRUCETA, José Alberto (coords.), Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, 2007, p. 101.

al conocimiento verdadero en los casos específicos. En tal sentido, Robert Alexy señala: "en Derecho, la ponderación se basa en la argumentación, y no en ningún tipo de medición posible sin dicha argumentación, por ejemplo, a través de la observación, del empleo de instrumentos o la intuición."¹¹

Argumentar denota el acto de clarificar. Si tenemos que el latín *arguere*, base de nuestro concepto, significa aclarar, y el sufijo *mentum* evidencia un medio, un *argumentum* es un medio para dejar en claro alguna posición. Argüir es así tratar de convencer mediante el uso del discurso racional. Al respecto, María Elena Vigliani señala:

La palabra argumentación proviene del latín *arguere* –de raíz indoeuropea *arg-* (la misma de *argentum*, "plata", y de *arcilla* o *arena*, que significa "dar brillo, aclarar" –y *mentum*- "método" pero Luis María Bandieri nos invita a considerar el carácter polémico de la etimología del término; si nosotros proponemos "aclaración", él nos dice: *argumentum* deriva del verbo latino *arguere* que, en principio, significó actuar, perseguir, echarse sobre otro (ruere), demandarlo en justicia.¹²

Tal como ha sido señalado, para Robert Alexy, la llamada "fórmula del peso" es una herramienta cuantitativa que permite conocer a cabalidad la prevalencia de ciertos derechos en casos judiciales problemáticos. La fórmula del peso queda enunciada de la siguiente forma: El peso concreto (G) de Pi¹³ en relación al peso concreto de Pj¹⁴(j), resulta de dividir el valor de la intensidad de la intervención¹⁵ en Pi (IPiC) entre el valor de la

¹¹ ALEXY, Robert, "Sobre los derechos constitucionales a protección." *Derechos sociales y ponderación*, 2ª. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 62.

¹² VIGLIANI DE LA ROSA, María Elena, "Estrategias para la argumentación y el debate." *Lengua y sociedad*, Alejandro Parini y Alicia Zorrilla (coords.), Buenos Aires, Editorial Áncora, 2006, pp. 83-84.

¹³ Principio o derecho cuya vulneración se examina.

¹⁴ Principio contrario.

¹⁵ También llamada "afectación".

importancia de Pj dadas las circunstancias del caso concreto (WPjC), o sea:

$$GPi, jC = \frac{IPiC}{WPjC}$$

La importancia de la satisfacción del principio opuesto puede ser de magnitud concreta o abstracta. Por ejemplo, la vida humana tendrá –a decir de Alexy- un peso superior en abstracto (un peso social mayor) con respecto a la libertad de hacer lo que se desee. Para nuestro autor, los Tribunales Constitucionales admiten intervenciones en derechos fundamentales en razón de márgenes de acción basados en el conocimiento de hechos relevantes. Estos son denominados márgenes de acción epistémicos de tipo empírico. Un ejemplo de estimación empírica consiste en el hecho de que se ha comprobado que existen peligros para la salud debido al uso constante de ciertas drogas. De dichas apreciaciones emana la denominada Ley Epistémica de la Ponderación, según la cual, "Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan".¹⁶ Al agregar los pesos abstractos de Pi (GPiA) y de Pj (GPjA), así como la seguridad de las apreciaciones empíricas (S) la fórmula queda así:

$$Pi, jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Como señala Alexy, el peso concreto de Pi (GPi,jC) se deriva mediante la asignación en la fórmula del peso a IPiC y WPjC de los valores 1, 2 y 4. A los casos en los que a Pi le corresponda la prioridad sobre Pj (cuando su valor sea mayor a 1),¹⁷ será cuando emerjan los valores siguientes:

$$g / l = 4 \quad g / m = 2 \quad m / l = 2$$

¹⁶ ALEXY, Robert, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", Carlos Bernal Pulido (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Año 22, (núm. 66) Septiembre-Diciembre de 2002, p. 55.

¹⁷ ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 91, enero-abril 2011, Fecha de consulta: 17/16/2012 Disponible en: http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas_electronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741 ISSN: 0211-5743, p. 17.

Un principio tendrá un peso concreto elevado (4) si le son impuestas intervenciones profundas (g) debido a una razón de poca importancia (l). El peso relativo disminuirá (a 2) si una intervención profunda (g) se realiza en razón de una importancia media de la satisfacción del principio opuesto (m). El mismo valor (2) se obtendrá en el supuesto de la existencia de una intervención media (m) frente a la cual existe una razón de poca importancia (l). En el modelo epistémico referente a las cargas de la argumentación existen tres grados valorativos: certeza o seguridad (g), justificable o plausible (p) y no evidentemente falso (e) A cada caso corresponden relativamente los valores de 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} ($1, \frac{1}{2}, \frac{1}{4}$)

Para ejemplificar la aplicación de la fórmula del peso, Carlos Bernal Pulido¹⁸ ha utilizado un caso llevado ante la Corte Constitucional Colombiana en el año 1994, sobre una niña que presentaba un cuadro clínico severo, pero al ser sus padres evangélicos, se oponían a someterla a tratamiento en un hospital.¹⁹ Se enfrentaban pues el derecho a la salud de la niña y la libertad de creencias de los padres. Según las valoraciones estudiadas, la protección del derecho a la vida de la niña tiene un valor de intervención profundo si no se le protege, por lo que le corresponde un valor de 4. Así mismo, el peso en abstracto de la vida tendrá un valor de 4, por que es muy importante en la comunidad. Por último, la certeza empírica de que de no atender a la niña esta podría morir tiene un valor de 1, es decir, de seguridad o certeza. Por la otra parte, en el caso del principio que juega en contrario, la libertad de creencias, tiene una importancia de satisfacción media, es decir, de valor 2, así mismo tiene un peso en abstracto de valor 2, medio también y las premisas sobre la seguridad de su restricción conllevan un valor de 1 puesto que en definitiva se afecta su derecho de libre creencia al obligarlos a atender a la niña. Los valores quedan así:

$$GPI, jC = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

¹⁸ BERNAL Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, No. 26, pp. 6-7.

¹⁹ Corte Constitucional, República de Colombia. Sentencia No. T-411/94.

Ello expresa que el peso relativo del derecho a la salud de la niña con respecto al derecho a la libertad de creencias es de 4, mientras que por otro lado:

$$GPj, iC = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Como vemos, en sentido inverso, el peso relativo del principio que juega en contrario, la libertad de creencias, es menor que el derecho a la salud, en el caso abordado. En tal situación, como apunta Eduardo de la Parra, "la relación de precedencia condicionada sería $(P_i P P_2) C$, o más precisamente, $(P_i P P_j) C$, pues conforme a las circunstancias del caso, el derecho a la vida de la hija precede a la libertad de culto de su padre y madre."²⁰

En definitiva surgen muchos cuestionamientos en lo tocante a dicho caso. Para empezar es un hecho evidente que supone un etnocentrismo ideológico que consiste en pensar que los propios argumentos son los más importantes. Carlos Bernal Pulido lo expresa puntualmente:

[...] De ordinario, la gravedad de una intervención en la libertad religiosa no es susceptible de determinarse en abstracto, con base en criterios objetivos o, si se quiere, intersubjetivos, sino que, por el contrario, es algo que solamente podría establecer el creyente involucrado y que dependería de su subjetividad. La gravedad de obligar a un evangélico a llevar a su hija al hospital o a un testigo de Jehová a autorizar la práctica de una transfusión de sangre para su hijo o para sí mismo, es algo que solo el titular de la libertad religiosa puede precisar. Para un creyente puede ser más importante la muerte bajo el cumplimiento de sus reglas religiosas, que la continuación de una vida impura, en pecado, a la que sobrevenga una condena eterna. [...] ²¹

²⁰ DE LA PARRA Trujillo, Eduardo, "La ponderación en Robert Alexy", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 4, No. 7, Julio-Diciembre 2008, p. 48.

²¹ *Op. cit.* nota 18, pp. 18 y 19.

El caso presentado revela una diferencia en cuanto a los pesos abstractos de los derechos fundamentales. Para ejemplificar un "caso típico de empate",²² Alexy recurre al siguiente ejemplo:

La popular revista satírica *Titanic* llamó primero «asesino nato» y luego, en una edición posterior, «tullido», a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista *Titanic*, en razón de una demanda interpuesta por el oficial de la reserva, a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes. La revista *Titanic* interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una «ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto» [...] entre la libertad de expresión de la revista implicada [...] y el derecho al honor del oficial de la reserva [...]. Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y los puso en relación.²³

La condena a pagar una indemnización fue considerada profunda, como una intervención grave a la libertad de expresión. En dicho tenor de ideas, el insulto de asesino nato no fue considerado tan grave debido a que la revista usualmente utilizaba calificativos de carácter peyorativo. Sin embargo, en lo que respecta al insulto "tullido", este se consideró de manera diferente. Según el Tribunal, llamar tullido a una persona que padece minusvalía grave si es una humillación muy fuerte. Por tal insulto no fue admitido el amparo promovido por la revista y a final de cuentas debió cubrir la indemnización. Al respecto, José Moreso ha cuestionado: "¿Por qué denominar al oficial "asesino nato" es una interferencia moderada o leve [...] mientras tildarle de "tullido" es gravísima [...]?"²⁴ Ante interrogantes de dicha naturaleza Alexy ha respondido que "Las estimaciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y sobre el grado de la importancia

²² *Op. cit.* nota 17, p. 19.

²³ *Op. cit.* nota 16, p. 34.

²⁴ MORESO, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación", en ALEXY, Robert, *op. cit.* nota 11, p. 237.

del principio contrario no son arbitrarias",²⁵ ya que obedecen no solo a la aplicación irreflexiva de los precedentes jurisprudenciales sino también a "su propia corrección".²⁶ No obstante que dicha explicación parece convincente, también podríamos preguntarnos por el hecho de que, si como el mismo Alexy señala, en derecho solo importa la argumentación, entonces, ¿qué sentido tiene respaldar con valores numéricos a las diversas razones presentadas en los diferentes casos? ¿qué acaso no sería suficiente, como bien ha sido señalado por Manuel Atienza, utilizar tan solo el sentido común?²⁷

Los problemas suscitados en torno a la falta de formulación racional de los métodos ponderativos, son en realidad la extensión de una problemática más básica referente a la estructura interna de los derechos fundamentales. No existe en el mundo real una base objetiva que permita sustentar el *corpus* integral de cada derecho, y por lo tanto no existe un límite intrínseco que impida afectarlo. El resultado es que la valoración de cada derecho es atribuida muchas veces en base a circunstancias ajenas a cada *status* normativo. Tal valoración, que podríamos llamar reflectante, es completamente cambiante en razón de un gran sinnúmero de factores políticos, económicos y sociales. Esto nos lleva a deducir que, como bien afirma Juan Cruz Parceró,²⁸ actualmente impera una concepción débil de los derechos, en virtud de la cual cualquier derecho podría dejarse de lado si el interés o beneficio social se afecta en proporción mayor al beneficio que conlleva el disfrute de un derecho individual.

VI. Derechos fundamentales y derechos absolutos

Cuando los juristas discuten sobre derechos fundamentales, una y otra vez emergen voces que establecen, en el caso de colisión, que los derechos

²⁵ ALEXY, Robert. "La fórmula del peso" (Miguel Carbonell, ed.) *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 18.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ ATIENZA Rodríguez, Manuel, "A vueltas con la ponderación", *La razón del derecho*, Revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas, Chile, No. 1, 2010, ISSN 0718-8919, p. 8.

²⁸ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "La argumentación sobre derechos fundamentales: la ponderación de los derechos y los intereses generales", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 13, enero de 2003, pp. 151-152.

no son absolutos. Tal frase, misma que suele emitirse sin clarificación alguna, encierra un complejo entramado de significados que pensamos que es oportuno delinear. En nuestra opinión, resulta impreciso enunciar que los derechos, *in genere*, carecen del atributo de ser absolutos ya que los derechos o principios, admiten diversos grados de realización fáctica. Es por ello que hablar sobre la absolutidad de los derechos implica discernir cuidadosamente sobre el contenido de los derechos y sobre la forma en que estos habrán de ser limitados.

En materia constitucional, existen derechos que para su ejercicio pueden ser relativos o absolutos y otros que solamente pueden ser ejercidos si se les reconoce de forma absoluta. No nos referimos aquí a la oposición material de los derechos humanos -que deriva desde luego de la forma clásica de la absolutidad *erga omnes* preconizada por Bernhard Windscheid-, sino al carácter absoluto de su reconocimiento normativo inicial.²⁹ Como sabemos, históricamente han existido dos perspectivas sobre el tema: una que bien podríamos llamar constitutiva y otra que pudiera denominarse extensiva. Así, en palabras de César Landa, "se puede hablar de una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de un derecho fundamental, y de una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales que justifiquen limitar los derechos fundamentales".³⁰

Abundando en nuestro planteamiento, diremos que con la declaración "los derechos no son absolutos" se puede hacer referencia a cuatro significados distintos:

1. Primeramente puede hablarse de que los derechos no son absolutos.
 - a. Puesto que se ciñen a un marco constitucional general (legalidad).
 - b. Puesto que su ejercicio no puede ser ilimitado al grado que afecte otros derechos (relatividad).

²⁹ Tal absolutidad inicial o fundante debe diferenciarse también de la absolutidad ejercitativa, misma que evidentemente puede verse disminuida en razón de restricciones legítimas, verbigracia, cuando el derecho a la libertad se ve restringido mediante una pena de prisión.

³⁰ LANDA Arroyo, César Rodrigo, "Teorías de los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, número 6, enero-junio 2002, pp. 62 y 63.

2. En segundo lugar podemos decir que los derechos no son absolutos en referencia a un ámbito territorial. Así, puede decirse que los derechos en un determinado sistema jurídico son, de hecho, no absolutos.
3. En tercer lugar, podremos hacer referencia al carácter axiológico del enunciado: los derechos *no deben* ser absolutos.
4. En cuarto lugar podríamos referirnos a la factibilidad de la absolutidad: los derechos *no pueden* ser absolutos.

Con el fin de ahondar en el análisis estructural de los derechos fundamentales proponemos la siguiente nomenclatura:

Tenemos, en cuanto a la posibilidad de ejercicio, dos tipos de derechos fundamentales diferentes: Derechos Fundamentales Fraccionables (DFF) que son aquéllos que pueden ejercitarse en diversos grados y formas y Derechos Fundamentales No Fraccionables (DFNF) que son aquéllos que sólo pueden ejercitarse en un único grado, es decir, se ejercitan o no se ejercitan, ante lo cual estaríamos ante un caso de todo o nada.

Como ejemplo de un DFF podemos mencionar a la libertad de ocupación o trabajo. Esta representa un derecho fundamental que puede ser fragmentado en su ejercicio sin por ello dejar de existir por completo. Así, si se dice que la libertad de trabajo no es absoluta, ello es cierto ya que encuentra ciertos límites como la licitud y el límite territorial, en vista de que un ciudadano mexicano puede tener la libertad de trabajar en México, pero no por ello la tendría también para trabajar en los Estados Unidos de América.

Así lo señala el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 5º. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque

la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. [...] ³¹

Por otra parte, un ejemplo claro de DFNF es el derecho a la vida. Un ser humano no puede ejercitar a medias su derecho a la vida; tampoco podría estar vivo en México sin estarlo en los Estados Unidos de América. Como consecuencia lógica de la clasificación expuesta, existirán diversas formas en la que pueden ser reconocidos los derechos fundamentales. Así tenemos que los DFF, en razón de su inherente conformación segmentable, pueden ser reconocidos constitucionalmente de forma relativa, es decir, no son reconocibles de forma necesariamente absoluta (RNNA). La propia virtud de esos derechos de ser ejercitados en diversos grados permite que al reconocerse solo uno o algunos de esos grados el derecho fundamental no se vea completamente afectado. En el caso de los DFNF, por otro lado, el reconocimiento constitucional que se les debe otorgar es de carácter necesariamente absoluto (RNA). Esto es, dado que la vida o se tiene o no se tiene, o se ejercita o no se ejercita, el único reconocimiento que le es útil en todo caso es el reconocimiento necesariamente absoluto. Otorgarle un reconocimiento no absoluto es igual a no otorgarle reconocimiento, "pues cualquier limitación o restricción a dicho derecho implicaría su privación". ³² El hecho de reconocer la vida por grados -puesto que esta no se puede poseer por grados- agota de manera absoluta la posibilidad de satisfacción del derecho y tal reconocimiento se convierte así en una intervención de gran intensidad que "viola el núcleo del derecho fundamental", ³³ por tanto, si la vida ha de reconocerse, ese reconocimiento solo puede tener el carácter de absolutidad. Y no entramos aquí al estudio

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>, (fecha de consulta: 29/05/2015 18:00 hrs.)

³² MONTÓYA Rivero, Víctor Manuel, "El derecho a la vida en la Constitución Mexicana. Un proyecto luminoso de resolución", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Número 11, enero-junio de 2009, ISSN: 1870-8390, p. 250.

del deber ser de la absolutidad,³⁴ tan solo establecemos la necesidad lógica de absolutidad para la concreción efectiva de ciertos derechos.

Con el fin de aplicar de manera práctica la diferenciación entre los DFF y los DFNF, contrastamos el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con el caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *In Vitro*") vs. Costa Rica, de fecha 28 de noviembre de 2012, sobre los alegatos de violación a los derechos humanos de los costarricenses como consecuencia de la prohibición de la fecundación *in vitro* vigente en Costa Rica del año 2000 al 2011.

El artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su párrafo 1, refiere: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. [...]"³⁵ En contraparte, en el caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *In Vitro*") vs. Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa lo siguiente en el párrafo 264 de su sentencia:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el

³³ HARTWIG, Matthias, "La "proporcionalidad" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania", en: VON Bogdandy, Armin et. Al., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, tomo I, p. 790.

³⁴ En cuyo caso y siguiendo a Carlos Masinni, "El derecho a la vida *es un derecho absoluto*, en el sentido de que no tolera excepciones y se tiene siempre y para siempre. Por ello, no es moralmente lícito matar a un ser humano para que se salven cien o todo un pueblo, tal como lo propuso cínicamente Caifás, y lo proponen hoy algunos utilitaristas [...]" MASINNI Correas, Carlos Ignacio, "Los derechos humanos y la Constitución Argentina reformada. Consideraciones en ocasión de un aniversario", *Persona y derecho*, No. 58, 2008 ISSN 0211-4526, p. 90.

³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, (fecha de consulta: 4/03/2015 16:00 hrs.)

momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.³⁶

Tal y como podemos observar, la Corte Interamericana llega a una conclusión debatible, ya que no es posible brindar el tratamiento de RNNA (reconocimiento gradual o fraccionable) a un DFNF, en razón de que ese tratamiento solo es admitido estructuralmente por los DFF. Cuando expresa que "la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo" pasa por alto el hecho de que en este caso la graduación es imposible de corroborar desde el punto de vista interno de la estructura del derecho en cuestión. La graduación en este caso solo es realizada al momento del balance entre derechos fundamentales, pero no en cuanto a las necesidades propias de cada derecho fundamental, ya que, ¿contra que podría ponderarse la validez de un derecho fundamental al interior de su propia estructura constitutiva?

En relación al tema de los derechos absolutos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país ha establecido lo siguiente:

**RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE
TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.**

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Artavia Murillo y otros ("Fecundación *In Vitro*") vs. Costa Rica (Serie C, No. 257).

restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

AMPARO EN REVISIÓN 173/2008 Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 1215/2008. Jorge Armando Perales Trejo. 28 de enero de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: José Ramón Cossío Díaz; en su ausencia hizo suyo el asunto el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 75/2009. Blanca Delia Rentería Torres y otra. 18 de marzo de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

Amparo directo en revisión 1675/2009. Camionera del Golfo, S.A. de C.V. 18 de noviembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1584/2011. 26 de octubre de 2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

Tesis de jurisprudencia 2/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de ocho de febrero de dos mil doce.³⁷

Para terminar este punto diremos que, efectivamente es cierto que los derechos *no son* absolutos, pero las autoridades jurisdiccionales deberían explicar el verdadero trasfondo de dicha declaración. Lo cierto es que los derechos *no pueden* ser absolutos por que eso haría imposible la supervivencia de cualquier Estado, y por ello, algunos derechos

³⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 1, Libro V, Primera Sala, Clave 1a. /J. No.2/2012 (9ª.), febrero de 2012, p. 533.

necesariamente habrán de sucumbir ante otros, incluso por motivos injustos o poco claros. En ese contexto vale la pena preguntarnos si es correcto denominar derechos fundamentales a los derechos humanos, en virtud de que la expresión "fundamental" conlleva un carácter connotativo demasiado intenso que resulta claramente incompatible con los objetivos de las administraciones públicas modernas. La etiqueta "derechos fundamentales" se acerca peligrosamente a la de "derechos absolutos" y no debemos olvidar que, como apunta Francisco Laporta, "Cuando decimos que los derechos humanos son derechos absolutos, lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer. Y queremos decir que los desplazan y anulan *en todo caso*. Este es el problema".³⁸

VII. Conclusiones

La tendencia a englobar a todos los derechos fundamentales en una misma categoría puede resultar perjudicial en la consolidación de los sistemas jurídicos modernos. Los elementos constitutivos de cada derecho fundamental deben ser identificados, analizados y desarrollados de manera particular. Pensamos que en el medio de los avances constitucionales de los últimos tiempos suscitados a escala global, sería muy recomendable estudiar de manera más profunda y detallada la fundamentación de todos los derechos. No parece pertinente seguir repitiendo en el espectro constitucional mexicano fórmulas vacías propiciadoras de ideas sin acciones, de leyes sin sentido, o, como bien habría de señalar Octavio Paz, de mentiras elevadas a la categoría de instituciones públicas.³⁹ Lo cierto es que para desarrollar una verdadera ciencia de los derechos fundamentales es necesario cuestionarnos sobre su estructura, sobre su verdad y sobre todo, sobre su real funcionamiento. No tenemos más que revisar ciertos artículos de la Constitución Mexicana para darnos cuenta

³⁸ LAPORTA San Miguel, Francisco Javier, "El concepto de derechos humanos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, No. 4, 1987, p. 39

³⁹ RODRÍGUEZ Ledesma, Xavier, *El pensamiento político de Octavio Paz. Las trampas de la ideología*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, p. 454.

de que en su texto se exhiben claras incongruencias y complejidades extremas. Tal es el caso del artículo 24 constitucional, referente al Derecho Fundamental Fraccionable de la Libertad de Convicciones Éticas y Religiosas,⁴⁰ mismo que otorga al ciudadano una amplia facultad de elección que con posterioridad puede ser injustificadamente coartada:

Art. 24. Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.⁴¹

Desde tal perspectiva cabe preguntarnos, ¿Hasta cuando los países occidentales van a sostener la postura de que existe una libertad ideológica cuando en realidad es el empirismo –usualmente dirigido como un movimiento para-religioso en el sentido descrito por Arthur L. Greil-⁴² el que se impone una y otra vez? Tal situación queda de manifiesto cuando en la fórmula del peso se hecha mano de los antecedentes empíricos para apoyar una determinada decisión, al mismo tiempo que se subestiman -sin

⁴⁰ A decir de Miguel Carbonell, la libertad religiosa depende en buena medida de la libertad ideológica, y para él, ésta última consiste en "la posibilidad de que toda persona tenga su propia cosmovisión y entienda de la forma que quiera su papel en el mundo, su misión – si es que considera que tiene alguna- en la vida y el lugar de los seres humanos en el universo". CARBONELL, Sánchez, Miguel, México, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 519.

⁴¹ *Op. cit.* nota 31, (fecha de consulta: 29/05/2015 13:00 hrs.)

⁴² Oxford Dictionary of Sociology, SCOTT, John y GORDON, Marshall (eds.), 3ª ed., Estados Unidos, Oxford University Press, 2009, p. 546.º

hacerlo demasiado explícito- los datos no empíricos, que pueden englobar tanto supuestos metafísicos, así como creenciales e ideológicos e incluso vagamente probabilísticos. Ello es lógico si pensamos que este tipo de datos son de muy difícil o de imposible comprobación, agregando el hecho de que los gobiernos, en razón de costos político-electorales emergentes, temen socavar de manera directa el único ámbito verdaderamente libertario del ciudadano común: la imaginación. Por ello es que suele llegarse a soluciones controvertidas como la señalada por Carlos Bernal Pulido en el caso de los padres evangélicos y la niña enferma. Semejante solución quizás pueda encuadrar de manera impecable en el marco de un Estado – incontrovertiblemente laico- de Derecho, pero a los padres de la niña y a muchos otros críticos, tal "dimensión empírica"⁴³ de la justicia no les convence en absoluto, y es posible que les asista la razón.

VIII. Fuentes de Consulta

Bibliográficas

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert, "La fórmula del peso, en CARBONELL Sánchez", Miguel (comp.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008.

ALEXY, Robert, "Sobre los derechos constitucionales a protección." *Derechos sociales y ponderación*, 2ª. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

BONOME, María, "La racionalidad humana en la caracterización de Herbert A. Simon" *La racionalidad en la toma de decisiones: Analisis de la Teoría de la decisión de Herbert A. Simon*, España, Netbiblo, S.A., 2009.

CANTILLO Carmona, José, et. al., "Dilemas morales. Un método para la educación en valores" *Dilemas morales. Un aprendizaje de valores*

⁴³ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 32.

mediante el diálogo, España, Nau Llibres-Edicions Culturals Valencianes, S.A., 2000.

CARBONELL, Sánchez, Miguel, México, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, 2009.

CLASSEN, Constance, *Worlds of sense. Exploring the senses in history and across cultures*, Londres, Routledge, 1993.

COLOMBO Campell, Juan, *La jurisdicción en el derecho chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

DÍAZ Villafana, Martha Cristina, "Derecho y Argumentación." *Argumentación Jurídica*, SOCORRO, Juan Carlos y CRUCETA, José Alberto (coords.), Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, 2007.

GORDILLO Álvarez, María Victoria, *Desarrollo del altruismo en la infancia y la adolescencia: Una alternativa al modelo de Kohlberg*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1996.

HABA Müller, Enrique Pedro, *Elementos básicos de axiología general. (Axiología I) Epistemología del discurso valorativo práctico*, Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004.

HARTWIG, Matthias, "La "proporcionalidad" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania", en: VON Bogdandy, Armin et. Al., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, tomo I.

MORESO, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación", en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*. 2ª. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Oxford Dictionary of Sociology, SCOTT, John y GORDON, Marshall (eds.), 3ª ed., Estados Unidos, Oxford University Press, 2009.

ROBBINS, Stephen y COULTER, Mary, *Administración*, 8ª edición, México, Pearson Educación de México, S.A de C.V, 2005.

RODRÍGUEZ Ledesma, Xavier, *El pensamiento político de Octavio Paz. Las trampas de la ideología*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.

SANTIAGO, Teresa, "La guerra: ¿Entre lo racional y lo irracional? (Algunos comentarios a las concepciones sobre la guerra de Kant y Von Clausewitz)"

Alcances y límites de la racionalidad en el conocimiento y la sociedad, México, Plaza y Valdéz, S.A. de C.V., 2000.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo, Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Javier Barnes (Ed.), España, Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006.

VIGLIANI DE LA ROSA, María Elena, "Estrategias para la argumentación y el debate." *Lengua y sociedad*, Alejandro Parini y Alicia Zorrilla (coords.), Buenos Aires, Editorial Áncora, 2006.

Hemerográficas

ALEXY, Robert, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", Carlos Bernal Pulido (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Año 22, (núm. 66) Septiembre-Diciembre de 2002.

ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 91, enero-abril 2011, Fecha de consulta: 17/16/2012 Disponible en: http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas_electronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741 ISSN: 0211-5743.

ATIENZA Rodríguez, Manuel, "A vueltas con la ponderación", *La razón del derecho*, Revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas, Chile, No. 1, 2010, ISSN 0718-8919.

BERNAL Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, No. 26.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "La argumentación sobre derechos fundamentales: la ponderación de los derechos y los intereses generales", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 13, enero de 2003.

DE LA PARRA Trujillo, Eduardo, "La ponderación en Robert Alexy", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 4, No. 7, Julio-Diciembre 2008.

LANDA Arroyo, César Rodrigo, "Teorías de los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, número 6, enero-junio 2002.

LAPORTA San Miguel, Francisco Javier, "El concepto de derechos humanos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, No. 4, 1987.

MASINNI Correas, Carlos Ignacio, "Los derechos humanos y la Constitución Argentina reformada. Consideraciones en ocasión de un aniversario", *Persona y derecho*, No. 58, 2008 ISSN 0211-4526.

MONTOYA Rivero, Víctor Manuel, "El derecho a la vida en la Constitución Mexicana. Un proyecto luminoso de resolución", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Número 11, enero-junio de 2009, ISSN: 1870-8390.

Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Jurisprudenciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Artavia Murillo y otros ("Fecundación *In Vitro*") vs. Costa Rica (Serie C, No. 257).

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 1, Libro V, Primera Sala, Clave 1a. /J. No.2/2012 (9ª.), febrero de 2012.

Resoluciones judiciales

Corte Constitucional, República de Colombia. Sentencia No. T-411/94.