
LA PONDERACIÓN EN ROBERT ALEXY*

Eduardo DE LA PARRA TRUJILLO**

SUMARIO: I. Introducción. II. Distinción entre principios y reglas. III. La ponderación. IV. Conclusiones. V. Bibliohemerografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la ponderación es uno de los más actuales para los juzgadores, pues en sociedades heterogéneas (como la nuestra), la ponderación es la mejor herramienta de aplicación del derecho para casos de colisión de cierto tipo de normas jurídicas: los principios.

Como es sabido, Robert Alexy ha sido el académico que mejor ha estudiado y sistematizado el tema de la ponderación, convirtiéndolo en un referente obligado en la materia (se le atribuye la “teoría estándar del juicio de ponderación”). Por tal razón, y como un fruto de nuestra investigación doctoral, en el presente trabajo expondremos las ideas de Alexy sobre la ponderación, incluyendo los desarrollos más recientes.

Para realizar tal exposición, partiremos de la distinción entre principios y reglas, para luego entrar de lleno al estudio de la ponderación, tocando temas como su estructura (incluyendo la primera y la segunda ley de ponderación), la ley de colisión, la fórmula del peso, y los resultados de la ponderación cuando estamos en materia de derechos fundamentales.

* El presente trabajo es un avance de la tesis doctoral “Las restricciones al derecho de explotación: un estudio de derechos de autor y derechos fundamentales”.

** Estudiante de Doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor del Programa Único de Especializaciones de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

II. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Hoy en día, la teoría jurídica clasifica las normas jurídicas en principios y reglas. Esta diferenciación es clave para entender la ponderación, y distinguirla de la subsunción; de ahí que sea indispensable comprender la figura de los principios para poder entrar al pensamiento de Alexy en materia de ponderación.

Una consecuencia de la preponderancia del positivismo tradicional (Kelsen o el primer Hart), fue que durante mucho tiempo se concibió al derecho como un sistema de reglas. En la actualidad, se reconoce que, además de las reglas, existen otro tipo de normas jurídicas: los principios. Sobre el particular, Riccardo Guastini nos refiere:

“Como ya se ha mencionado, si se entiende por “norma”, como suele hacerse, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento, parece obvio que los principios no son más que normas o, si se prefiere, una *especie* del *género* normas: las “normas de principio”, específicamente.”¹

Aunque los principios no eran un tema desconocido en la teoría jurídica y en la praxis judicial, lo cierto es que estaban en una especie de abandono. Fue Ronald Dworkin quien, al atacar la postura positivista imperante que veía al derecho como un sistema de reglas, puso a los principios en el centro del debate jurídico y, desde entonces, son uno de los tópicos más importantes en la teoría del derecho contemporánea.

Una de las principales críticas que hizo Dworkin a la teoría del derecho de H.L.A. Hart, fue que el segundo desconocía la existencia de principios y su importancia en el razonamiento judicial.² Para demostrar su crítica, Dworkin utilizó como ejemplo de la distinción entre principios y reglas el caso *Riggs v. Palmer*, resuelto en 1889 por un tribunal de Nueva York. En este asunto, una persona

¹ Guastini, Riccardo, *Distinciendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, 1999, p. 144.

De igual forma, Alexy explica: “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas”. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, trad. Manuel Atienza, 3a. reimp., Fontamara, 2006, p. 9.

En el mismo sentido, *cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IJ-UNAM, 2005, p. 111.

² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002, p. 72. La traducción al español en la que nos basamos utiliza las expresiones “principios” y “normas”, cuando la versión original en inglés habla “*principles*” y “*rules*”; para mayor claridad en los conceptos y para seguir la terminología imperante en la teoría del derecho, nos alejaremos de la literalidad de la traducción española, y utilizaremos los términos “principios” y “reglas”.

había matado a su abuelo para obtener su herencia, toda vez que el abuelo lo había designado heredero en su testamento; sin embargo, el tribunal decidió que el homicida no recibiera la herencia, toda vez que aplicó un principio por virtud del cual nadie puede aprovecharse de su propio fraude, sacar provecho a su propia injusticia o adquirir una propiedad por su propio delito.³

Otro ejemplo proporcionado por Dworkin es el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, resuelto por un tribunal de Nueva Jersey en 1960. En tal asunto, Henningsen sufrió un accidente automovilístico, y reclamó a Bloomfield Motors, Inc. que se responsabilizara por los gastos médicos; pero, la empresa demandada alegó que había celebrado un contrato de compraventa con el actor, en el que se pactaba que la responsabilidad del fabricante por defectos quedaba únicamente limitada a la reparación de partes defectuosas, y que esa garantía “expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades”, por lo que no estaba obligada a cubrir los gastos médicos. El tribunal falló el asunto a favor de la parte actora, realizando una argumentación a partir de principios, y señalando, entre otras cosas, que la “libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne”, que “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches”, que “los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados”, que es un principio “que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia”, y que “los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un ‘pacto’ en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra.”⁴

Si bien a Dworkin le debemos que haya puesto a los principios en el centro del debate⁵, ha sido Robert Alexy quien mayores desarrollos y aportaciones ha hecho sobre el tema⁶, llegando a elaborar una *teoría de los principios* cuyos

³ *Ibidem*, p. 73.

⁴ *Ibidem*, pp. 73 y 74.

⁵ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 2.

⁶ Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, IJ-UNAM, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 893; Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 47; Sobrevilla, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 4, abril de 1996, p. 97; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 571.

postulados son comúnmente aplicados por jueces europeos y, como se verá más adelante, también se empiezan a utilizar por tribunales mexicanos.⁷

Así las cosas, es aceptado que la distinción entre principios y reglas es un tema clave⁸ de la hermenéutica jurídica, en general, y del constitucionalismo moderno, en particular.

Ahora bien, ¿cómo distinguir entre principios y reglas? Para mayor facilidad en el tratamiento de este tema, comenzaremos por caracterizar a las reglas.

Las *reglas* son un tipo de normas jurídicas a las que se *obedece*, pues nos indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en ciertas situaciones específicas.⁹ Se trata normalmente de mandatos definitivos, por lo que sólo pueden ser cumplidas o no (en caso de que sean válidas),¹⁰ pues su aplicación es *todo o nada*, es decir, de una forma disyuntiva.¹¹ Así, si se cumplen los supuestos fácticos indicados en la regla, entonces se aplican las consecuencias previstas en la misma.¹²

Por consiguiente, la estructura lógica de la regla es la de un juicio hipotético: “si A es, deber ser B”, lo cual se puede simbolizar como “ $A \supset B$ ” (en donde “ \supset ” es un conector que representa la condicional simple, que se lee “si...entonces”).¹³

⁷ Como el ejemplo más destacado, tenemos el caso de los militares con VIH resuelto por el Pleno de la Suprema Corte. Cfr. la 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”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

También hay precedentes de la Primera Sala de la Suprema Corte, de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, del Cuatro Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

⁸ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 6, p. 893; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003, p. 109.

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 8, p. 110.

¹⁰ Alexy, Robert, “On structure of legal principles”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 13, núm. 3, septiembre de 2000, p. 295.

¹¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 2, p. 75; Moreso i Mateos, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006, p. 158.

¹² Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 135.

Es por eso que Atienza y Ruiz Manero afirman que: “Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto a base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla”. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 2a. ed., Ariel, 2004, p. 35.

¹³ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003, pp. 59 y 60.

Por su parte, el maestro García Máñez, explica lo siguiente respecto de la estructura lógica de las reglas: “Ello indica que tienen dos partes o elementos: supuesto jurídico y disposición normativa. Supuesto jurídico es la

De manera que resulta evidente que, en estos casos, la labor del juez consiste básicamente en revisar si se cumple con la hipótesis normativa (A): si la respuesta es afirmativa, entonces se aplica mecánica y automáticamente la consecuencia jurídica (B); si la respuesta es negativa, resulta que la norma no es aplicable al caso concreto (y por lo tanto, $\sim B$). Es decir, en las reglas hay un hecho condicionante, y una consecuencia que se le sigue lógicamente.

Por lo tanto, la forma de aplicar las reglas es la *subsunción*.

Los conflictos entre reglas se resuelven ya sea introduciendo una excepción en una de las dos reglas que se contradicen, o declarando inválida al menos una de ellas.¹⁴ Los tres criterios clásicos de solución de antinomias entre reglas son el cronológico (*lex posterior derogat priori*), el jerárquico (*lex superior derogat inferiori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generali*).¹⁵ En todo caso, se excluye una regla en beneficio de la otra.

Por lo que hace a la caracterización de los *principios*, existen multiplicidad de tesis o criterios para distinguirlos de las reglas, muchos de los cuales suelen ser complementarios.¹⁶ Sin embargo, no es este el lugar apropiado para entrar al análisis detallado y crítico de cada uno de ellos, sino que nos enfocaremos a exponer el que en nuestra opinión es el más decisivo: el estructural.

Al exponer la tesis que caracteriza a los principios en atención a su estructura lógica, Guastini señala que:

“los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante (“Si se produce el hecho *F*, entonces se sigue la consecuencia jurídica *G*”), ya que o bien están, sin más privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto.”¹⁷

hipótesis cuya realización condiciona el nacimiento de las consecuencias de derecho; disposición normativa es la parte de la norma que abstractamente señala cuáles son los deberes (o las facultades) condicionados por la realización del supuesto”. García Máynez Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, 11a. ed., Porrúa, 1999, p. 264.

¹⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, p. 295.

¹⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 127. A estos criterios tradicionales, se les suele sumar otros como el de competencia y el de prevalencia. *Cfr. Idem*, y Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, México, trad. Lilliana Rivera Rufino, FUNDAP, 2003, pp. 168 y ss.

¹⁶ Por ejemplo, en virtud de su formulación, de su contenido normativo, de su estructura lógica, de su ubicación jerárquica, de su función en el razonamiento jurídico, etc. Para una revisión de estos criterios, *cfr.* Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 1, pp. 145 y ss.; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 1, pp. 111 y 112; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 5, pp. 9 y ss.

¹⁷ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 1, p. 145.

Alexy caracteriza a los principios atendiendo a su estructura. Siguiendo su *teoría de los principios*¹⁸ el jurista alemán indica que el punto decisivo para distinguir los principios de las reglas, es que los primeros son *mandatos de optimización* (utilizando la expresión *mandato* en término amplio, para incluir también permisiones y prohibiciones), es decir, los principios son normas “que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”¹⁹

Por lo tanto, a diferencia de las reglas, los principios pueden ser cumplidos en diferente grado, dependiendo esa medida del cumplimiento tanto en las posibilidades reales (fácticas) como en las posibilidades jurídicas (principios y reglas opuestas).²⁰ Es por eso que Guastini indica que, contrario a lo que sucede con las reglas, los principios no imponen obligaciones absolutas (definitivas) sino sólo obligaciones *prima facie*, que pueden ser superadas o derogadas por otros principios.²¹ Esta es, pues, la clave de la distinción entre principios y reglas, toda vez que mientras las segundas son *mandatos definitivos*, los primeros son *mandatos de optimización*.²²

Una consecuencia directa de concebir a los principios como mandatos de optimización, es la particular forma de solucionar las colisiones entre dos principios, lo que probablemente sea la característica que hace más evidente la distinción entre reglas y principios.²³ Las colisiones de principios se resuelven en forma diversa que los conflictos de reglas, pues no se invalidará uno de los principios ni se introducirá una cláusula de excepción, sino que un principio cederá ante el otro; es decir, bajo ciertas circunstancias un principio precede al otro, pero en otras circunstancias la precedencia puede ser al revés. Por ende, en cada *caso concreto* los principios tienen diferente peso y prevalece el principio con mayor peso; de ahí que se diga que, mientras los conflictos de reglas se resuelven en la dimensión de la validez, la colisión de principios tiene lugar en la dimensión del peso.²⁴

¹⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, pp. 294 y 295.

¹⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 86.

Coinciden también: Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 6, pp. 48 y 49; y Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 6, p. 895.

²⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 86.

²¹ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 1, p. 151. En este sentido, Borowski indica: “Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivo”, y añade: “Los principios son (...) gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de esta determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión entre principios”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 6, pp. 48 y 49. En el mismo tenor, *vid.* Moreso i Mateos, Josep Joan, *op. cit.*, nota 11, p. 158.

²² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, p. 295.

²³ *Idem*; y Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 6, p. 895.

²⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 89.

Es por eso que Dworkin advirtió con acierto que:

“Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de la protección a los consumidores interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.”²⁵

Así, de acuerdo con las circunstancias del caso en particular, el juzgador debe establecer una relación de precedencia condicionada, en la que se señalarán las condiciones en las que un principio precede al otro.²⁶ A esta actividad se le llama *ponderación*,²⁷ y sobre ella profundizaremos más adelante.

A esta tesis de que la diferencia entre principios y reglas consiste en que los primeros son mandatos de optimización, se le ha objetado que los mandatos de optimización tienen la estructura de reglas, pues se cumple con el mandato o no se cumple, es decir, el destinatario de la norma *optimiza o no optimiza* (y por lo tanto, hay una aplicación *todo o nada* como en las reglas).²⁸ Alexy, a nuestro parecer, ha respondido satisfactoriamente a esas críticas, como se demuestra a continuación.

²⁵ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 2, p. 77. Cfr. también Moreso i Mateos, Josep Joan, *op. cit.*, nota 11, p. 158; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 5, pp. 13 y 14.

²⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 92.

²⁷ La “ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad”. Prieto Sanchís, Luis, Voz “Ponderación (Juicio de)” en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, 2a. ed., Porrúa / IJ-UNAM, 2005, p. 479.

Por su parte, Carlos Bernal Pulido indica: “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”. Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” en Cáceres, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier, y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IJ-UNAM, 2005, p. 19.

En igual sentido, Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2002, p. 73.

²⁸ Esta crítica se encuentra en Aarnio, Aulis, “Taking Rights Seriously”, *Archives for philosophy of law and social philosophy*, suplemento 42, 1990, p. 187, citado por Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, p. 300.

Una crítica similar es formulada por Atienza y Ruiz Manero, quienes clasifican a los principios en directrices (“norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines”) y principios en sentido estricto (“norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico [...], de un sector del mismo, de una institución, etc.”). Para estos autores, el caracterizar a los principios como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, sólo vale para las directrices y no para los principios en sentido estricto; y ponen como ejemplo el principio de igualdad, afirmando que el mismo “exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple (o se realiza o no se realiza una acción discriminatoria), pero no caben modalidades graduables de cumplimiento”. Cfr. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 12, pp. 26, 27, 31 y 33.

Alexy distingue entre *mandatos a ser optimizados* y *mandatos de optimizar*. Los primeros son los objetos o materia de la ponderación, y pueden ser calificados como *ideales* o *deber ser ideales*. Un *deber ser ideal* es algo destinado a ser optimizado y, entonces, a transformarse en un *deber ser real*.²⁹

En cambio, los *mandatos de optimizar*, es decir, los mandatos de optimización, imponen la obligación de realizar en la mayor medida de lo posible su objeto (los mandatos a ser optimizados). Los mandatos de optimización no se optimizan, sino que se *cumplen* cuando se realiza la optimización.³⁰

Por lo tanto, los principios no son en realidad mandatos de optimización, sino el objeto de la ponderación (mandatos a ser optimizados). Hay una conexión indispensable entre el *deber ser ideal* (es decir, el principio propiamente dicho) y el mandato de optimización que es en realidad una regla. El principio implica el mandato de optimización y viceversa; son las dos caras de una misma moneda.³¹

El mandato de optimización no es lo que se pondera, sino lo que se pondera es el principio al cual va adherido el mandato de optimización.

Así, concluye Alexy que el mandato de optimización está comprendido en el concepto de principio. Sin embargo, por razones de simplicidad, recomienda designar a los principios como mandatos de optimización (como usualmente lo hace este autor), y sólo acudir a estas precisiones o tecnicismos cuando sea necesario.³² De manera que, la forma técnicamente correcta de caracterizar a los principios, es como mandatos a ser optimizados, en tanto que los mandatos de optimización son otro tipo de normas diferentes (pues son reglas), aunque hay un nexo necesario entre los mandatos a ser optimizados y los mandatos de optimización. Y con esto se aprecia que, estructuralmente, los principios son diferentes a las reglas.

III. LA PONDERACIÓN

En términos generales, la ponderación es un método de tomar decisiones que implica la contemplación del peso o importancia relativa de dos o más consideraciones a favor o en contra de cierta acción a tomar,³³ o como dice Prieto Sanchís,

²⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, p. 300.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*, pp. 300 y 301.

³² *Ibidem*, p. 301.

³³ Porat, Iddo, "The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law", *Cardozo law review*, Nueva York, vol. 27, núm. 3, 2006, p. 1393.

la ponderación es “la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas.”³⁴

Si bien es cierto que la ponderación es uno de los postulados centrales del neoconstitucionalismo de factura europea, cabe destacar que es un método que también se utiliza en otros sistemas jurídicos provenientes de familias jurídicas diferentes a la neorromanista. Por ejemplo, al menos desde 1920 la ponderación es conocida y aplicada en los EUA³⁵, tomando fuerza a partir del caso *Schneider v. State* (1939) resuelto por la Suprema Corte de este país. En la actualidad, en los EUA es cada vez más común el juicio de ponderación o *balancing test*.³⁶ Desde luego, la ponderación tiene sus rasgos propios en ese sistema jurídico.³⁷

Otro ejemplo relevante es el de Canadá, donde su Suprema Corte estableció la *prueba Oakes* o *juicio Oakes* en 1986.³⁸ A grandes rasgos y sin pretender ahondar en los tecnicismos y evolución de ese método, podemos decir que consiste en cuatro pasos para saber si una ley o acto de gobierno viola la Carta Canadiense de Derechos y Libertades: (a) la afectación a un derecho contem-

³⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007, p. 128. En términos similares, cfr. Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, nota 13, p. 352.

³⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 42 y 43.

³⁶ Chen, Alan K., “The ultimate standard: qualified immunity in the age of constitutional balancing tests”, *Iowa law review*, EUA, Universidad de Iowa, vol. 81, 1995, p. 268.

Asimismo, Cárdenas Gracia nos refiere que uno de los dogmas más comunes de la doctrina estadounidense es que el *balancing* es totalmente indispensable e inevitable cuando están en juego valores reconocidos en forma directa por el texto constitucional. Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 149.

³⁷ Según nos explica Iddo Porat, la ponderación tiene su origen en los Estados Unidos de América con el movimiento progresista en el pensamiento jurídico (Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y Harlan Fiske Stone), y en particular como una reacción contra la Suprema Corte de la llamada era *Lochner* (en el caso *Lochner* —de 1905— se dijo que era antijurídica la ley laboral de Nueva York por fijar un máximo de horas de trabajo en pastelerías, por lo que se resolvió que limitaba inconstitucionalmente la libertad de contratación), a la que se acusó de pervertir el texto constitucional para amoldarse a su ideología de *laissez faire*. Los críticos dijeron que los derechos constitucionales debían ser ponderados con las políticas públicas con las que entrarían en conflicto, y que esa ponderación no debería corresponder a la Suprema Corte, sino dejarse en manos de la mayoría legislativa (de hecho, se acusó a la Suprema Corte de intervenir en el derecho de la mayoría a convertir sus opiniones en leyes). Esa ponderación “temprana” (asociada a la restricción judicial y a la retórica anti-derechos constitucionales) se transformó y terminó asociada con la retórica de los derechos fundamentales y con el activismo judicial (ponderación “moderna”), lo cual es una consecuencia directa de la experiencia nazi, que generó conciencia en los Estados Unidos de América sobre la necesidad de proteger los derechos de las minorías frente a la tiranía de las mayorías. Cfr. Porat, Iddo, *op. cit.*, nota 33, pp. 1427 a 1432.

³⁸ Esta prueba nació en el caso *R. v. Oakes* (1986), pero se terminó de precisar en los casos *R. v. Edwards Books & Art Ltd.* (1986) e *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* (1989), todos de la Suprema Corte canadiense.

plado en esa carta debe atender a la consecución de un objetivo sustantivo y apremiante, de acuerdo con los valores de una sociedad libre y democrática; y (b) debe satisfacerse la prueba de proporcionalidad, misma que consiste en tres subpasos: (b1) que exista una conexión racional, es decir, que se hayan elegido cuidadosamente los medios para cumplir el objetivo sustantivo y apremiante, (b2) que la *afectación sea mínima*, o sea, que los medios a usarse para lograr el objetivo sean los que menos afecten el derecho en cuestión, frente a otras opciones que pudo haber tomado la autoridad, y (b3) que exista una proporcionalidad entre el objetivo a conseguir y los efectos que se ocasionarán, es decir, el beneficio de la medida debe tener mayor peso que la afectación al derecho.³⁹

Empero, dada la influencia que la dogmática constitucional europea (principalmente española y alemana) está comenzando a tener en la judicatura constitucional mexicana, en el presente trabajo nos centraremos exclusivamente en la concepción alexiana de la ponderación.

Como ya se dijo, la colisión entre dos principios se soluciona mediante la ponderación,⁴⁰ la cual es una técnica que no implica ni la invalidación ni la introducción de excepciones en alguna de las normas en colisión, pues ambas exigen su cumplimiento en el mayor grado posible. O como bien dice Carbonell: “Cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse en definitiva ninguno de ellos, sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible.”⁴¹ De “lo que se trata es de la

³⁹ Para más información sobre la prueba *Oakes*, cfr. Choudhry, Sujit, “So what is the real legacy of Oakes? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter’s section 1”, *Supreme Court law review*, Toronto, Universidad de Toronto, vol. 34, núm. 2, 2006, pp. 505 y ss.

De hecho, la prueba *Oakes* coincide en esencia con lo que nosotros conocemos como “principio de proporcionalidad” (del cual la ponderación es sólo un tercer paso o subprincipio).

⁴⁰ Sobre el particular, indica Alexy: “Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. (...) Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación”. Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 112.

Asimismo, Häberle nos indica que la ponderación soluciona los conflictos surgidos entre bienes jurídico-constitucionales que coexisten juntos. Cfr. Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003, p. 33.

⁴¹ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, 5a. ed., 2004, p. 211.

En el mismo sentido, cfr. Silva Meza, Juan N., “Derechos fundamentales: algunos retos institucionales para el siglo XXI”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 3, núm. 4, enero-junio 2007, p. 388.

ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto.”⁴²

Por lo tanto, se deben tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso particular, para resolver la colisión de principios estableciendo una *relación de precedencia condicionada* para ese asunto. O como indica Alexy:

“La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.”⁴³

Ahora bien, respecto de quién debe hacer el juicio de ponderación, Giancarlo Rolla hace una clasificación entre dos tipos de ponderación: la ponderación para solucionar un caso (*ad hoc balancing*) y la realizada por el legislador en virtud de disposiciones normativas puntuales (*definitional balancing*).⁴⁴ Y es que, si bien la doctrina ha puesto énfasis en la ponderación hecha por jueces,⁴⁵ no es raro que al dictar leyes el legislador pondere diversos principios constitucionales;⁴⁶ pero, la ponderación legislativa siempre estará sujeta al control judicial de la constitucionalidad de leyes, en donde los tribunales revisarán, también mediante una ponderación, lo fundada o no que haya sido la ponderación legislativa desde un punto de vista constitucional; amén de los casos en que los tribunales ponderan principios en situaciones diversas al control constitucional de leyes.

Coincidimos con Bernal Pulido en que, probablemente, es Robert Alexy quien ha expuesto la estructura de la ponderación en forma más clara y precisa,⁴⁷ al grado que se le atribuye la *teoría estándar del juicio de ponderación*.⁴⁸ Por tal

⁴² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 90.

⁴³ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁴ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 82.

⁴⁵ Por ejemplo, Prieto Sanchís indica que “la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial. No es que el legislador no pueda ponderar”, aunque “en sentido amplio, la ley irremediamente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 34, p. 140.

⁴⁶ Lo que no puede hacer el legislador, como bien advierte Prieto Sanchís, es resolver el conflicto de principios mediante una norma general, es decir, a través de una disposición que diga que siempre triunfará uno de ellos. *Idem*.

Y es que en esos casos no habría una verdadera ponderación (pues un principio *siempre* desplazaría al otro), lo que implicaría establecer, legislativamente, una jerarquía definitiva de principios constitucionales.

⁴⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 6, p. 21.

⁴⁸ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 35, p. 499.

razón, a continuación estudiaremos la figura de la ponderación en el pensamiento de Alexy.

1. La ley de colisión

Un primer elemento en materia de ponderación, es conocer la llamada *ley de colisión*, misma que se aplica a continuación.

Si utilizamos el símbolo “P” para representar la relación de precedencia, y “C” para identificar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro, podremos ilustrar así las dos opciones que se tienen:⁴⁹

(P1 P P2) C

(P2 P P1) C

En el primer caso, el principio *P1* tiene precedencia sobre el principio *P2*, por lo que en el asunto concreto prevalece *P1*, y *P2* tiene que ceder ante él, siempre que se reúnan las particulares condiciones específicas *C*. En cambio, en la segunda posibilidad, aunque los principios contendientes son los mismos, las específicas condiciones *C* de ese caso, hacen que *P2* preceda a *P1*.⁵⁰ Por lo tanto, la precedencia de uno u otro principio está determinada por las particulares condiciones del caso específico.

De lo anterior, Alexy desprende la *ley de colisión* que formula en los siguientes términos: “*Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.*”⁵¹

De igual forma, Brage afirma que el de Alexy es uno de los intentos más logrados de racionalizar el proceso de ponderación. Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 231.

Por su parte, Mijail Mendoza indica que las investigaciones de Alexy han llevado a la ponderación a un alto grado de sofisticación en su análisis y teorización, al grado de haber llegado a un modelo o teoría de la ponderación. Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007, pp. 95 y 95.

⁴⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 92.

⁵⁰ Esto es explicado por Alexy de la siguiente manera: “El principio *P1* tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto *P2* cuando existen razones suficientes para que *P1* preceda a *P2*, bajo las condiciones *C* dadas en el caso concreto”. *Ibidem*, p. 93.

⁵¹ *Ibidem*, p. 94.

Es decir, si $(P1 \text{ P } P2) C$ —o sea, si prevalece $P1$ —, y si $P1$ establece cierta consecuencia jurídica (a la que identificaremos como R), se puede formular una regla en donde C es el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica sería R , regla que se puede representar como $C \rightarrow R$ ⁵².

Con esto queda claro, en términos generales, cómo funciona la relación de precedencia condicionada y cómo de ella se puede desprender una regla que ha de aplicar el juez. Sin embargo, falta por establecer cómo se llega a esa relación de precedencia condicionada, es decir, los pasos que debe seguir el juzgador para determinar qué principio tiene mayor peso en el caso concreto; por lo que a continuación nos referiremos a la estructura de la ponderación según Alexy.

2. La estructura de la ponderación

En primer lugar, hay que atender la llamada *ley de ponderación*,⁵³ la cual es formulada por Alexy de la siguiente manera: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*”⁵⁴

La ley de ponderación indica que el juicio de ponderación se puede dividir en tres pasos, a saber:⁵⁵

- a) Definir el grado de la afectación o no satisfacción de uno de los principios.
- b) Definir la importancia de la satisfacción del segundo principio que entra en juego.
- c) Definir si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la afectación al primero.

⁵² *Idem*.

⁵³ O más precisamente, la “primera ley de ponderación”, conforme a la evolución y precisiones que Alexy ha ido introduciendo en su teoría de los principios. *Cfr.* Alexy, Robert, “On balancing and subsumption. A structural comparison”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003, p. 446.

⁵⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 161. En términos similares, indica Brage: “Cuanto más sensiblemente se afecte a los interesados en su derecho fundamental, tanto más intensamente deben ser puestos en peligro los intereses del bien común a los que sirva la regulación sujeta a examen para poder justificar una intervención”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 48, p. 223.

⁵⁵ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 32.

Por lo tanto, siempre que realicemos una ponderación, habrá que seguir esos tres pasos.

En el primer paso, existe la necesidad de graduar la intervención o afectación del primer principio, la cual puede medirse conforme a tres rangos: *leve (l)*, *medio (m)*, y *grave (g)*.⁵⁶ Así, el juez debe hacer el análisis respectivo, y calificar la intervención al principio como grave, media o leve.⁵⁷

Podemos simbolizar al principio intervenido como P_i , mientras que el grado de la intervención a ese principio se puede representar como I_i ⁵⁸ o como IP_i ;⁵⁹ y a pesar de no ser estrictamente necesario, Alexy añade la especificación C para expresar las circunstancias del caso concreto que han de ser relevantes para la decisión⁶⁰.

De esta forma, " IP_iC " significa "la intensidad de la intervención (I) en P_i en el caso (C), que deber ser decidido".⁶¹

Ahora bien, al graduar la intervención del principio conforme al modelo triádico (*grave, media o leve*) se les puede asignar a cada uno de esos rangos un valor numérico conforme a una secuencia geométrica: 20, 21 y 22, es decir, valores de 1, 2 y 4, de manera que el valor de cada rango de intervención sería: $l = 1$, $m = 2$ y $g = 4$ ⁶² Esto será de utilidad al llegar al tercer paso de la ponderación, en particular cuando se tenga que resolver la *fórmula del peso*.

En el *segundo paso* de la ponderación, también hay que hacer una graduación, pero en este caso la importancia de la satisfacción del otro principio. Este segundo principio en colisión se puede simbolizar con P_j , mientras que la importancia se representa con W , y se utiliza C para hacer referencia al hecho al que se le da importancia en el caso concreto a decidirse.⁶³

Por lo tanto, WP_jC significa la importancia concreta de P_j ,⁶⁴ es decir, del segundo principio en colisión.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 37; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 440.

⁵⁷ Un ejemplo de cómo medir la intervención nos es dado por Sánchez Gil: "una medida legislativa que prohíba totalmente a una persona ejercer una profesión, será gravemente intensa, en tanto una que sólo le impide ejercer su actividad bajo circunstancias particulares que representen un 10% del alcance de su ámbito profesional —por decirlo con números para hacerlo más simple y claro— permitiéndole sin mayores restricciones su ejercicio en el 90% restante, será de intensidad media o leve". Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IIJ-UNAM, 2007, p. 55.

⁵⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 440.

⁵⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 38.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Ibidem*, pp. 42 y 43; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 444.

⁶³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 38.

⁶⁴ *Idem*.

La importancia del segundo principio en el caso particular también puede ser graduada conforme al modelo triádico como *l*, *m* o *g*,⁶⁵ aunque en este caso los rangos serán *reducido*, *medio* o *elevado*, respectivamente.⁶⁶ Por lo tanto, el juzgador habrá de hacer el análisis correspondiente y calificar la importancia de la satisfacción del segundo principio como elevada, media o reducida.

Asimismo los valores que se le asignan a esos rangos son los mismos: *l* = 1, *m* = 2 y *g* = 4.⁶⁷

El *tercer paso* de la ponderación es determinar si la importancia de la satisfacción del segundo principio (*Pj*), justifica la afectación o no satisfacción del primer principio (*Pi*), para lo cual se utiliza la *fórmula del peso*.⁶⁸

Esta fórmula del peso está integrada por tres variables: (a) el grado de afectación de cada uno de los principios en colisión en el caso concreto, es decir, el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio; (b) el peso abstracto de los principios en cuestión, es decir, el valor de cada uno de ellos sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto; y (c) la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio en el caso concreto.⁶⁹

La primera variable de la fórmula del peso no es otra cosa más que asignarles valor a la afectación y el beneficio de los derechos involucrados, lo cual ya fue explicado previamente al exponer los dos primeros pasos de la ponderación. En cambio, hay que hacer unas breves referencias a la segunda y tercera variable de la fórmula del peso, para poder así tener en claro todos sus elementos y poderla comprender a cabalidad.

En cuanto al peso abstracto de los principios en cuestión, es decir, la variable (b) de la fórmula del peso, Bernal Pulido nos dice que aunque los principios puedan tener la misma jerarquía por cuanto a la fuente de donde provengan (por ejemplo, dos derechos fundamentales previstos en la Constitución), hay casos en que uno de ellos “puede tener una mayor importancia en abstracto, de

⁶⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁶ La utilización de los símbolos *l*, *m* y *g* tanto para graduar *IPiC* como para graduar *WPjC*, la hace Alexy para simplificar la exposición. *Cfr. Ibidem*, p. 37.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 40 y ss.; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, pp. 442 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 24.

⁶⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, pp. 41, 42 y 56.

acuerdo la concepción de los valores predominantes en la sociedad.”⁷⁰ A decir de Alexy, esta variable sólo se debe integrar a la fórmula del peso cuando los principios en colisión tienen abstractamente diferente peso, pues cuando tiene el mismo peso abstracto se reducen mutuamente y no influyen en el resultado.⁷¹ De cualquier forma, y con fines ilustrativos, consideramos pertinente incluir en la fórmula la variable del peso en abstracto en casos en que ambos principios tienen abstractamente el mismo peso, pues si bien no influirá en el resultado, y pudiera parecer ocioso, ayuda a comprender mejor la fórmula del peso.

Por lo que se refiere a la variable (c), es decir, la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio en el caso concreto, hay que decir que no se refiere a la importancia sustantiva de las razones o argumentos relativos al alcance de las intervenciones en P_i y P_j , sino a su calidad epistémica.⁷² Aquí, el juez debe valorar cuánto grado de certeza hay en las premisas relativas al peso de cada principio en el caso concreto.

La seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al primer principio en el caso concreto puede representarse como SP_iC , mientras que, seguridad en las en las apreciaciones empíricas relativas al segundo principio en el caso concreto puede representarse como SP_jC ⁷³. De aquí, Alexy deriva la *segunda ley de ponderación* o *ley epistémica de ponderación*, la cual reza: “*Cuanto mayor peso tiene la una intervención a un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes.*”⁷⁴

Para medir la seguridad de las apreciaciones empíricas, también se puede establecer un modelo triádico, en donde las apreciaciones pueden ser: *seguras o confiables (s)*, *justificables o plausibles (p)*, o *no evidentemente falsas (e)*, cuyos valores serían 20, 2-1 y 2-2, respectivamente.⁷⁵

⁷⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 23. Este autor pone como ejemplo el derecho a la vida que *en abstracto* tiene un peso mayor a la libertad, pues para poder ejercer la libertad es necesario primero tener vida. Otro ejemplo es el que “la jurisprudencia constitucional de diversos países ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático”. *Idem*.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo afirmado por Sánchez Gil, en el sentido de que la preferencia que en abstracto pueda tener un principio respecto de otro, es sólo de carácter metodológico y preliminar, pero de ninguna forma definitiva y sustantiva. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 57, pp. 52 y 52.

⁷¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 41.

⁷² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 446.

⁷³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 56.

⁷⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 446. La traducción al español es nuestra.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 447. De esta forma, el valor de *s* es 1, de *p* es $\frac{1}{2}$, y de *e* es $\frac{1}{4}$. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 24.

Una vez explicadas las tres variables que integran la fórmula del peso, podemos establecer dicha fórmula, en donde $G_{Pi,jC}$ significa el peso del primer principio con relación al segundo principio en las circunstancias del caso concreto. Así las cosas, la versión amplia de la fórmula del peso es⁷⁶:

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

Esto significa que el peso del primer principio con relación al segundo principio en las circunstancias del caso concreto ($G_{Pi,jC}$), es igual al resultado de multiplicar la importancia concreta del segundo principio ($WPjC$) por el peso abstracto del segundo principio ($GpjA$) por la seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al segundo principio en el caso concreto ($SPjC$), dividido entre el resultado de multiplicar la intensidad de la intervención al primer principio en el caso concreto ($IPiC$) por el peso abstracto del primer principio ($GPiA$) por la seguridad en las en las apreciaciones empíricas relativas al primer principio en el caso concreto ($SPiC$).

Pongamos a un ejemplo para ilustrar cómo funciona la fórmula del peso de Alexy, ejemplo que nos es proporcionado por Carlos Bernal Pulido. Se trata de un caso en que la afectación que podría sufrir el derecho a la vida de la hija de personas practicantes de la religión evangélica, si se permitiera al padre y madre no llevarla al hospital en respeto a su libertad de cultos. En este ejemplo, colisionaría el derecho a la salud de la hija (Pi) y el derecho a la libertad de cultos de su padre y madre (Pj); la intensidad de la intervención al derecho de la hija es *grave* por lo que se le asigna el valor 4 ($IPiC = 4$), el peso abstracto de ese derecho también es el máximo por lo que se le otorga un valor de 4 ($GPiA = 4$), y existe *seguridad* en las premisas empíricas, de forma que por ser *s* se le otorga un valor de 1 ($SPiC = 1$); en cuanto al segundo principio, la satisfacción de la libertad de cultos es *media* por lo que se le asigna un valor de 2 ($WPjC = 2$), el peso abstracto de dicho derecho es *medio* (pues se puede argumentar que la religión no es una cuestión de vida o muerte) por lo que también se le asigna un valor de 2 ($GpjA = 2$), y asimismo hay *seguridad* de las premisas que califican como intensa la afectación a la libertad de culto (pues es seguro que

⁷⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 56; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 24.

ordenarles al padre y madre llevar a su hija al hospital, es una restricción a esa libertad) por lo que se le asigna un valor de 1 ($SPiC = 1$).⁷⁷

Así, los resultados de la fórmula del peso del derecho a la vida de la hija, serían los siguientes⁷⁸:

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

De manera correlativa, el peso de la libertad de culto del padre y la madre sería el siguiente⁷⁹:

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

Por consiguiente, en este ejemplo, la satisfacción de la libertad de cultos (satisfecha sólo en 0.25) no justifica la intervención del derecho a la vida de la hija (afectado en 4), por lo que el resultado de la ponderación sería que el derecho a la vida precede en este caso concreto a la libertad de cultos, lo que serviría para concluir que en este asunto estaría ordenado por los derechos fundamentales ingresar a la hija al hospital.⁸⁰

Así, en el presente caso, la relación de precedencia condicionada sería ($P1 \text{ P } P2$) C , o más precisamente ($Pi \text{ P } Pj$) 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. En este sentido, si prevalece Pi y está ordenado al padre y la madre llevar a su hija al hospital, la regla que se desprende de la ley de colisión sería que, al reunirse las circunstancias C (que una hija esté en peligro de muerte, que pueda salvarse mediante atención médica, que su padre y madre tengan una religión que prohíba el ingreso a los hospitales, etc.) se debe aplicar, como consecuencia jurídica R , la obligación de ingresar a la hija al hospital, es decir $C?R$, como ya se explicó previamente.

⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 25.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.*

Ahora bien, existen casos en que, luego de aplicar la fórmula del peso, resulta que hay empate (un igual peso de ambos principios en colisión, es decir, $GP_i, jC = GP_j, iC$). En muchos de estos casos el empate es sólo aparente, pues casi siempre “existiría alguna pequeña diferencia o por lo menos una diferencia mínima entre el grado de intervención y la importancia concreta;”⁸¹ por lo tanto, ese aparente empate derivado de aplicar el modelo triádico se podrá resolver aplicando modelos más refinados.⁸² Si aun así, persiste el empate (es decir, si estamos ante un verdadero caso de empate en donde el peso de ambos principios es absolutamente igual) se debe acudir a las cargas de la argumentación,⁸³ las que nos indicarían cómo se debe resolver una colisión concreta en casos de duda.⁸⁴

Antes de concluir lo relativo a la estructura del juicio de ponderación, hay que señalar que esta técnica de aplicación de normas jurídicas ha recibido críticas y objeciones, sobre todo en el sentido de que puede llevar a resoluciones arbitrarias o irracionales, e incluso, decisionistas o subjetivas.⁸⁵

⁸¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 46.

⁸² Por ejemplo, podría aplicarse un “modelo triádico doble” que, al ser de orden geométrico, constaría de nueve grados, pues no sólo habría intervenciones leves (*l*), medias (*m*) y graves (*g*), sino muy graves (*gg*), medianamente graves (*gm*), menos graves (*gl*), de media intensidad situadas en el límite superior (*mg*), de media intensidad situadas en el ámbito medio (*mm*), de media intensidad situadas en el límite inferior (*ml*), leves que se ubican en un ámbito superior (*lg*), leves que se ubican en un ámbito medio (*lm*) y muy leves (*ll*). *Cfr. Ibidem*, pp. 46 y 47. Estos nueve grados se les aplicarían valores que irían de 20 a 28. *Cfr. Alexy, Robert, op. cit.*, nota 53, p. 445.

⁸³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 26.

⁸⁴ Destaca Bernal Pulido que Alexy parece sostener posturas diversas, pues en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* defiende una carga argumentativa a favor de la libertad y la igualdad jurídicas, en donde el empate jugaría a su favor (lo que coincide con la máxima *in dubio pro libertate*); mientras que en su artículo “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” Alexy sostiene que si la intervención aparece como no desproporcionada debe ser declarada constitucional, es decir, el empate jugaría a favor de la medida que se enjuicia. Bernal proporciona dos posibles interpretaciones sobre la posición de Alexy: “Por una parte Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha reevaluado su inclinación liberal y ahora privilegia el principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o en la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios”. *Cfr. Ibidem*, pp. 26 y 27.

Según nos refiere Lopera, Alexy advirtió esta contradicción y dio una propuesta de solución en una conferencia que pronunció en la Universidad de Alicante el 24 de mayo de 2004, indicando que “la prioridad prima facie de los derechos fundamentales frente a otro tipo de razones normativas ya viene garantizada mediante el mayor peso abstracto que se reconoce a los primeros en la ponderación, lo que permite mantener el *in dubio pro legislature* como única regla de decisión en caso de empate”. *Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, op. cit.*, nota 35, p. 541.

⁸⁵ *Cfr.* la crítica de Bernhard Schlink, en Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 436. Carla Huerta Ochoa parece compartir estas objeciones cuando afirma que la ponderación: “Como procedimiento, parece confiar más en la racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante”. *Cfr. Huerta Ochoa, Carla, Conflictos normativos*, México, IJ-UNAM, 2003, p. 175.

Robert Alexy refuta acertadamente estas ideas, no sin antes reconocer la importancia y papel predominante que ha tenido la ponderación en la práctica jurídica de los tribunales⁸⁶ e, incluso, advierte que si la ponderación fuera incompatible con la corrección y la justificación, no tendría lugar alguno en el mundo del derecho, y, por tanto, la evolución del derecho constitucional alemán en los últimos 50 años estaría contaminada, en su mismo núcleo, por el error. Si bien ese autor reconoce que la ponderación no es un procedimiento que conduzca exactamente a un resultado en cada caso, niega tajantemente que la ponderación no sea un procedimiento racional (irracional).⁸⁷

En efecto, la ponderación no es por sí misma irracional, pues tiene (como la tienen todos los juicios) una pretensión de corrección, y esa pretensión estaría basada en que los juicios acerca del grado de intensidad en las intervenciones a los principios son *razones*. Poniendo como ejemplo el caso *Titanic* resuelto por el Tribunal Constitucional alemán,⁸⁸ Alexy advierte que, al hacer la ponderación, el tribunal *dio una serie de argumentos* para concluir que ciertas intervenciones a la libertad de expresión fueron calificadas como graves y otras como leves, así como para concluir que algunas intervenciones al derecho general de la personalidad que se presentaron en el caso fueron leves y otras graves; al final no hubo ausencia de argumentos, e incluso, los argumentos conforme a los que se resolvió el caso fueron *buenos argumentos*, por lo que no se puede decir que esa ponderación fue arbitraria.⁸⁹

⁸⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 436.

⁸⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 157.

⁸⁸ En este caso, una revista de sátira, *Titanic*, describió a un oficial como "nacido asesino" y "tullido". El tribunal tuvo que ponderar la libertad de expresión de *Titanic* con el derecho general de la personalidad (vinculado con la dignidad) del oficial. Respecto de la expresión "nacido asesino" se estableció que intervenía el derecho a la personalidad en forma moderada o incluso leve, pues se introdujo en el contexto de una sátira y en forma "reconociblemente humorística", por lo que dicha expresión no podía ser vista como "como un daño ilícito, serio e ilegal al derecho a la personalidad"; mientras que en contrapartida, la intervención a la libertad de expresión sería grave, en tanto la condena al pago de daños podría minar la intención de seguir publicando la revista en la forma que se había hecho antes.

Por lo que hace al uso de la expresión "tullido", la cosa fue diferente, pues el Tribunal Constitucional determinó que la afectación al derecho de la personalidad del oficial fue seria y contraria a su dignidad, ya que al describir a una persona discapacitada como "tullido" se suele considerar actualmente como algo humillante y falto de respeto; y ante esa intensidad en la afectación del derecho de la personalidad, no hay razón que lleve a justificar la satisfacción de la libertad de expresión mediante el uso de la palabra "tullido". Por lo tanto, respecto del uso de la expresión "nacido asesino" la libertad de expresión tuvo precedencia sobre el derecho a la personalidad, pero en relación con el empleo del vocablo "tullido" el derecho a la personalidad tuvo precedencia sobre la libertad de expresión. *Cfr. Ibidem*, pp. 137 a 139.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 139. De igual forma, Luis Prieto Sanchís no cree "que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que conduzca a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza

Esto nos permite concluir que un juicio de ponderación no es irracional o arbitrario, siempre que el mismo esté basado en buenos argumentos o argumentos correctos, lo que nos lleva a la teoría de la argumentación jurídica. En efecto, será la teoría (o teorías) de la argumentación jurídica el instrumento que nos proporcionará cánones o parámetros para medir la *corrección material*⁹⁰ de la ponderación. Así por ejemplo, podemos comprobar si los argumentos que dio el tribunal para calificar una intervención como grave, media o leve, pueden considerarse correctos (y por lo tanto, concluir que el juez aplicó bien la ponderación) o si, por el contrario, los argumentos fueron falaces o incurrieron en deficiencias argumentativas (en cuyo caso, el juez no aplicó correctamente la ponderación).

Además, tal y como sucede con la subsunción (que es la otra forma de aplicar normas),⁹¹ la ponderación tiene una estructura que, si se sigue o respeta, nos permite medir la *corrección formal* de este juicio; esta estructura es la que ya se explicó previamente. La fórmula de la subsunción representa un esquema que trabaja con las reglas de la lógica, mientras que la fórmula del peso representa un esquema que trabaja con las reglas de la aritmética. Así, tanto la ponderación como la subsunción, tienen estructuras similares en cierto grado, pues en cada uno de estos juicios se pueden identificar una serie de premisas de las que se puede obtener el resultado; sin embargo, ni la estructura de subsunción ni la estructura de la ponderación contribuyen directamente a la justificación del

una y sólo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación)". Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 34, pp. 148 y 149.

⁹⁰ En materia de argumentación jurídica se puede distinguir entre corrección formal y corrección material de los argumentos. Las ciencias formales (la lógica y las matemáticas) nos dan los criterios para saber si un argumento es formalmente correcto, es decir, nos proporcionan la estructura adecuada de los argumentos, pero no nos dan criterios respecto al contenido o materia de los argumentos. Es por eso que hay que acudir a las teorías que se han desarrollado en materia de argumentación jurídica para ver si un argumento es materialmente correcto. Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, 1a. reimp., IIJ-UNAM, 2004, pp. 13 y 14.

En este orden de ideas, Luis Prieto Sanchís afirma que el Estado Constitucional de Derecho "reclama, entre otras cosas, una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido". Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 34, p. 155.

Igualmente, Alexy explica que el modelo de ponderación como un todo, nos da un criterio para vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 167.

En el mismo tenor, indica Lopera que "la ponderación, y el principio de proporcionalidad en su conjunto, necesariamente han de abrirse y apoyarse en una teoría de la argumentación práctica general". Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 35, p. 503.

⁹¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 432.

contenido de sus premisas, pues sólo proporcionan *criterios de corrección formal*.⁹²

Por consiguiente, tanto en la subsunción como en la ponderación, los jueces deben atenerse a la estructura formal de cada una de esas maneras de aplicación de normas. Asimismo, en ambos casos existirá el riesgo de que, para establecer las premisas de la subsunción (justificación externa de las premisas que integrarán el silogismo) y de la ponderación (atribución de valores o graduación de la intervención en los principios en colisión), el juez incurra en argumentos no válidos o no atendibles, lo que implicaría una incorrección material; pero ese riesgo es compartido tanto por la subsunción como por la ponderación. De esta forma, no se sostiene la opinión de que la ponderación sea una técnica más arbitraria o irracional que la subsunción.

Es por eso que, al referirse a la ponderación, Arturo Berumen afirma que “este modelo sale bien librado, (...) aunque no nos proporcione una total seguridad jurídica que, por otro lado, es sólo relativa en el ámbito de las prácticas sociales.”⁹³ De igual forma, Brage Camazano afirma que la técnica de ponderación no sólo no es contraria a la seguridad jurídica, sino que está al servicio de la justicia y controla que ningún poder invada inconstitucionalmente la libertad de los individuos, amén de que su aplicación progresiva ha permitido la construcción sistemática de reglas racionales de prevalencia, mismas que conducen a una mayor previsibilidad y seguridad jurídica.⁹⁴

3. Los resultados de la ponderación como normas de derecho fundamental adscritas

No sólo son normas de derecho fundamental aquellas directamente dictadas por disposiciones iusfundamentales, sino también las normas jurídicas que pueden adscribirse mediante una fundamentación iusfundamental correcta. En este sentido, si se hace una ponderación iusfundamental correcta, como resultado se puede formular una norma de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso. Por lo tanto, hay normas de derecho fundamental que son principios y otras que son reglas.⁹⁵

⁹² *Ibidem*, p. 448. En términos similares, *cfr.* Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 35, p. 503.

⁹³ Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, nota 13, p. 355.

⁹⁴ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 48, p. 351. *Cfr.* también Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 40, pp. 40 y ss., en donde se dan una serie de argumentos en contra de las críticas a la ponderación.

⁹⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, pp. 97 y 98.

IV. CONCLUSIONES

Hoy por hoy, es Robert Alexy quien más ha profundizado en el estudio de la ponderación, por lo que es importante conocer sus aportaciones, toda vez que tal ponderación es una de las herramientas que con mayor frecuencia utilizan los tribunales (principalmente constitucionales).

Por consiguiente es importante que los jueces (y demás operadores jurídicos) conozcan bien la estructura de la ponderación, máxime ante la necesidad de aplicar principios en un momento dado. Asimismo, se destaca que la ponderación no es un método irracional de aplicación del derecho, dado que al igual que la subsunción sólo nos sirve para medir la corrección formal de una decisión.

V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA BÁSICA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____, "On structure of legal principles", *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 13, núm. 3, septiembre de 2000.

_____, "On balancing and subsumption. A structural comparison", *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003.

_____, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002.

_____, *Derecho y razón práctica*, México, trad. Manuel Atienza, 3a. reimp., Fontamara, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

_____, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales" en Cáceres, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier, y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IJ-UNAM, 2005.

BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IJ-UNAM, 2005.
- CHEN, Alan K., "The ultimate standard: qualified immunity in the age of constitutional balancing tests", *Iowa law review*, EUA, Universidad de Iowa, vol. 81, 1995.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007.
- PORAT, Iddo, "The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law", *Cardozo law review*, Nueva York, vol. 27, núm. 3, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IJ-UNAM, 2007.
- VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003.