

ALGUNAS NOTAS SOBRE PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN

*Dr. Roberto Lara Chagoyán**

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrito a la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

I. INTRODUCCIÓN

A nivel teórico, no supone ninguna novedad afirmar que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios. Tampoco que en la aplicación del Derecho en casos concretos, la argumentación no se reduce al esquema deductivo-formal como el de la subsunción, puesto que el razonamiento finalista y la ponderación son utilizados sobre todo por tribunales constitucionales. Sin embargo, en países como el nuestro la práctica jurisdiccional sigue resistiéndose al uso de estas herramientas, considero, básicamente por dos razones: 1) por el desconocimiento de la herramienta y de su efectividad práctica, y 2) por un ideológico arraigo a lo que se conoce como “tradición”. Luchar contra ese arraigo representa un desafío de tal magnitud que ni la filosofía del Derecho, con su comprobado poder transformador, puede superar. La primera razón, en cambio, puede ser tomada como una meta más plausible.

El propósito que persigo con este trabajo es aportar algún tipo de ingrediente que despierte el interés de quienes operan con casos prácticos y eluden la argumentación en la que intervienen principios jurídicos. Así, este artículo no está especialmente dirigido a los teóricos, sino a los prácticos celosos de la tradición jurisdiccional que por lo regular son escépticos de la teoría y en general del mundo académico.

La estrategia argumental que emprenderé pasará por una reconstrucción muy apresurada —y quizás un tanto obvia— de la distinción entre reglas y principios (2); posteriormente, expondré las diferencias entre algunos modelos de razonamiento como son la subsunción, el razonamiento finalista y la ponderación (3); en seguida, me referiré a la ponderación propiamente dicha, sus características, su ley, su fórmula, etcétera (4); expondré algunos casos prácticos resueltos mediante este modelo (5), y finalmente plantearé, a manera de conclusión, una reflexión sobre las bondades y limitaciones del manejo de la herramienta, a la que llamaré: “precauciones y advertencias” (6).

II. UNA DISTINCIÓN INCÓMODA

Como se sabe, desde sus orígenes en Inglaterra, el positivismo jurídico dejó en claro que las normas jurídicas se presentaban como reglas. John Austin, por ejemplo, entendió la idea de norma como mandato. Según sus propias palabras:

Cada disposición o norma (...) es un mandato. O, más bien, las disposiciones o reglas, propiamente así llamadas, son especies de mandatos (Austin, 1995, p. 21).

Una ley es un mandato que obliga a una o varias personas a un *curso* de conducta (Austin, 1977, p. 96).

Si tú expresas o formulas un deseo de que yo haga u omita algún acto, y vas a infligirme un daño en caso de que yo no cumpla tu deseo, la *expresión o formulación* de tu deseo es un mandato. Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por el estilo en el que el deseo se manifiesta, sino por el poder y el propósito por parte del que lo emite de infligir un daño o castigo en el caso de que el deseo no sea atendido (Austin, 1995, p. 21).

Por su parte, Hans Kelsen, al caracterizar al ordenamiento jurídico como un orden de la conducta humana, coactivo y normativo,¹ considera que cada una de las normas que lo componen son también coactivas.² El concepto de norma de Kelsen es, en algunos aspectos, similar al de Austin, aunque presenta también algunas diferencias. Para Kelsen, debe distinguirse entre enunciados descriptivos y enunciados prescripti-

¹ Es un orden de la conducta humana en la medida en que es un sistema social que “sólo regula positivamente la conducta de un hombre en tanto y cuanto se refiere inmediata o mediatamente, a otro hombre [...]; es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto de esta regulación” (Kelsen, 1960, p. 46); es un orden coactivo por cuanto la nota común de los sistemas sociales designados como «Derecho» es que reaccionan con un acto coactivo ante ciertas circunstancias que se consideran indeseables (Kelsen, 1960, pp. 46-47); y, finalmente, es un orden normativo porque “el sentido de un orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, deben infligirse ciertos males; que, formulado con mayor generalidad, determinados actos coactivos deban ser ejecutados bajo determinadas condiciones. Éste no es sólo el sentido subjetivo de los actos mediante los cuales se instaure el Derecho, sino también su sentido objetivo. Justamente al entenderse así su sentido objetivo, son reconocidos como actos instauradores de Derecho, productores de normas o ejecutores de normas” (Kelsen, 1960, p. 57). Véase, Lara, 2004, p. 186.

² Tal consideración, como es sabido, le ha merecido la crítica de incurrir en la falacia de la distribución: que el Derecho en su conjunto sea un orden coactivo, no permite sin más inferir que necesariamente sean coactivos cada uno de los elementos que lo componen.

vos o de deber ser (y a propósito de la ciencia jurídica, introdujo la categoría de “enunciados descriptivos de deber ser”). Las normas jurídicas son enunciados prescriptivos en los que se establece que un determinado sujeto *debe hacer* una determinada acción. La principal diferencia con Austin es que para Kelsen las normas no son expresión de una voluntad real y subjetiva (la del soberano), sino que se independizan de la autoridad que las dictó. Para este autor todas las normas jurídicas (sin excepción) tienen la siguiente estructura: “Si A es debe ser S”, donde S representa una sanción. Por tanto, para Kelsen todas las normas jurídicas establecen sanciones.

A partir del principio de imputación (*Zurechnung*), que vincula la sanción con el ilícito, no como un mero efecto sino como un efecto que *debe ser*, la sanción kelseniana representa una verdadera revolución en la teoría del Derecho. Esta revolución consiste en afirmar que el juicio formulado en una norma jurídica, es un juicio de *deber ser* fundado en la atribución de una consecuencia (la sanción) a una condición (el ilícito). Y uso la palabra “revolución” porque para Kelsen existe un ilícito no porque lo sea en sí mismo, sino porque le es imputada una sanción. Así las cosas, Kelsen llama “primarias” a las normas sancionadoras que la tradición positivista –Austin, por ejemplo– había llamado secundarias; y llama secundarias a las normas que prescriben o prohíben un comportamiento y que la tradición había llamado primarias (Lara, 2004, pp. 135 y 136).

Más tarde, Herbert L. A. Hart, al lanzar su conocida crítica contra la teoría del Derecho de Austin –que, por cierto, alcanzan también a Kelsen y a Ross–, sostuvo, por un lado, que el modelo de las órdenes no es un modelo adecuado porque los sistemas jurídicos, además

de contener normas que establecen sanciones, contienen también normas que confieren poderes (públicos o privados). Y, por otro, señaló que el hábito general de obediencia y la noción de soberano no permite explicar la persistencia del Derecho cuando cambia el legislador. Para mejorar lo anterior, propuso la noción de “regla social” para explicar el Derecho, así como su validez y obligatoriedad.

Hart sostuvo, por otro lado, que para dar cuenta adecuadamente de la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos de normas: las primarias, que establecen cuáles son las obligaciones de sus miembros, y las secundarias, que podrían solucionar los defectos de un sistema jurídico (normas de reconocimiento, de adjudicación o de cambio). En palabras del autor:

Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo que quieran o no. las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las primeras, o son secundarias en relación con ellas. Pues las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversa maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones (Hart, 1963, p. 101) .

La evolución del concepto de norma jurídica no había sufrido hasta aquí un cambio esencial. Es hasta 1967 cuando el artículo de Ronald Dworkin *¿Es el Derecho un sistema de reglas?* (Dworkin, 1984) vino a introducir un aspecto fundamental en la discusión sobre lo que las normas jurídicas son: los principios.³ El tema despertó gran interés, acompañado de una gran polémica: para algunos introducir el tema de los principios al análisis jurídico implica mezclar de manera indebida el Derecho con la moral, por lo que no debieran en modo alguno ser tomados en cuenta; para otros, por el contrario, la incursión de los principios había sido incorrectamente postergada tanto en la teoría como en la práctica del Derecho.

En efecto, autores como Atienza y Ruiz Manero consideran que Hart postergó el análisis de los principios en su obra *El concepto de Derecho*, lo cual, de suyo, es criticable en el que se considera fundador de la filosofía analítica del Derecho.⁴ Por su parte, autores como Kelsen o Alchourrón y Bulygin representan las posturas “anti-principios” más importantes en la teoría contemporánea y se ubican, respectivamente,

³ Como señalan Atienza y Ruiz Manero, los “principios jurídicos” o los “principios generales del Derecho” son “viejos conocidos” de los juristas, puesto que de ellos ya hablaban los códigos civiles de Austria (1811), de Italia (1865) y de España (1889). Asimismo, dicen estos autores, se habla de principios en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia constitucional. Finalmente, en la teoría y filosofía del Derecho anterior a Dworkin, también se hablaba de ellos: Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, vol. I, Milano, 1958; Esser, Joseph, *Grundsatz und Norm in der richter Fortbildung des Privatrechts*, J. C. B. Mohr, Ubingen, 1956; Bobbio, “Principi generali di diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966. Atienza y Ruiz Manero (1991, p. 101).

⁴ Estos autores consideran que el origen del debate derivado del artículo de Dworkin se debe a que éste lo lanzó con el propósito de oponerse frontalmente a la teoría del Derecho en el momento, concretamente, a la obra *El Concepto de Derecho* de Hart. Sin embargo, sostienen, Dworkin no acertó porque caracterizó mal la concepción del Derecho de Hart y del positivismo jurídico en general (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 101).

antes y después de la referida obra de Hart. Para tales autores, los principios son o bien *normas no coactivas*, o bien ni siquiera son normas. En el primer caso, se trataría de enunciados que prescriben conductas en determinados casos genéricos sin establecer sanciones, mientras que en el segundo caso no tendrían influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 102).

Ronald Dworkin fue, como se sabe, sucesor de Hart en su Cátedra de la Universidad de Oxford, y basó su concepción del Derecho en la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho, al estilo de los realistas. Consideró que para tener una comprensión adecuada del ordenamiento jurídico resultaba indispensable atender a la práctica judicial, es decir, ver cómo resuelven los jueces los casos y qué normas aplican para resolverlos. Puso especial cuidado en los llamados “casos difíciles”, es decir, aquellos en los que las reglas aplicables no dan una solución determinada y concreta, ya sea porque faltan normas aplicables, o bien porque hay varias normas aplicables que ofrecen soluciones distintas. Por ello, sostuvo que además de las reglas los ordenamientos jurídicos incluyen otro tipo de normas: los principios.

Para él las reglas y los principios apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan. Las reglas —dice— son aplicables a la manera de “todo-o-nada”. Si se actualizan los hechos que una regla estipula, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión. Pero los principios no operan de esta manera. Ni siquiera aquéllos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condi-

ciones previstas están satisfechas. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios, quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno; las reglas no tienen esa dimensión (Dworkin, 1984, pp. 77 y ss).

Dworkin distingue, a su vez, dos tipos de principios: los principios en sentido estricto, que son aquellos que hacen referencia a la justicia y la equidad, y las directrices, que establecen los objetivos sociales que se deben alcanzar y se consideran beneficiosos. Los principios (sean de uno u otro tipo) cumplen la función de solucionar casos en los que se presenta alguna laguna y ayudan a interpretar las reglas. Incluso los principios pueden llegar a desplazar a las reglas cuando se considera que violan un valor importante.

No obstante lo anterior, no ha resultado nada sencillo clarificar el significado del concepto “principio”. Una de las obras que más han contribuido con esta empresa es, sin duda, *Las Piezas del Derecho* de Atienza y Ruiz Manero. En ella, entre otras cosas, exponen que “principio jurídico” es una expresión regularmente utilizada para referirse a las siguientes cuestiones (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 3-4):

- Norma muy general
- Norma dictada en términos particularmente vagos
- Norma programática o directriz
- Norma que expresa valores superiores

- Norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable
- *Regula iuris* (máxima sistematizadora del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo)

Por otro lado, la obra ofrece una triple perspectiva para poder distinguir las reglas de los principios. La siguiente tabla intenta resumir dicho análisis:

Criterio de distinción	Reglas	Principios
1. Desde el punto de vista de la estructura según las “condiciones de aplicación” (von Wright).	Hipotética	Categorica
2. Desde el punto de vista de la “característica especial” (Dworkin).	“Todo o nada”	Peso
3. Desde el punto de vista de las “razones para la acción” (J. Raz).	Son razones perentorias e independientes del contenido	Son razones independientes del contenido, no perentorias, en el caso de principios explícitos; y razones no perentorias ni independientes del contenido, en el caso de principios implícitos.

Veamos esto más detenidamente.

1. De conformidad con la estructura, conviene recordar la caracterización que de los elementos de la norma llevara a cabo George Henrik von Wright a mediados del siglo XX. Según este autor, la mayoría de las normas jurídicas son prescripciones que tienen los siguientes elementos: a) *carácter*: representa la modalidad deóntica que indica que algo debe hacerse (obligatorio), que algo no debe hacerse (prohibido) o que algo puede hacerse (permitido); b) *contenido*: aquella acción u omisión que la norma indica que está prohibida, que es obligatoria o que está permitida; c) *condiciones de aplicación*: el conjunto de circunstancias que han de darse para que la norma deba ser cumplida; d) *autoridad*: la persona u órgano de la que emana la norma; e) *sujeto normativo*: es el destinatario de la norma; f) *ocasión*: localización espacio-temporal en el que es aplicable la norma; g) *promulgación*: la formulación de la norma en un lenguaje (oral o escrito); y h) *sanción*: la consecuencia que se sigue del incumplimiento o del cumplimiento (Von Wright, 1970 y 1951; Atienza, 2001, pp. 65 y ss).

Según la condición de aplicación, las normas pueden ser *categorías* o *hipotéticas*. En el caso de las primeras, sus únicas condiciones de aplicación son aquellas que se desprenden del propio contenido de la norma; por ejemplo “cierra la puerta” tiene como únicas condiciones de aplicación que exista una puerta y que esté abierta). Las normas de estructura hipotética añaden condiciones de aplicación adicionales. Por ejemplo, “cierra la puerta, si hace frío”. Así pues, las reglas tienen una estructura hipotética mientras que la de los principios es categórica. La formulación lógica es:

Reglas: $P \longrightarrow Q$

Principios: P

2. En cuanto a la “característica especial”, Dworkin sostuvo, como vimos, que las reglas se aplican a la manera de todo-o-nada, mientras que los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de *peso* o importancia (Dworkin, 1984, pp. 77 y ss).

3. Finalmente, desde el punto de vista de las “razones para la acción”, ha de decirse que tanto las reglas como los principios pueden ser de acción o de fin. En la terminología de Atienza y Ruiz Manero, cuando hablamos de principios de acción nos estamos refiriendo a los principios en sentido estricto, y cuando hablamos de principios de fin, a las directices (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 12 y ss). Así, las reglas y los principios suponen razones para la acción de distinto tipo: las reglas constituyen razones perentorias (aquellas que, según Raz, permiten superar los conflictos que se presentan entre las llamadas razones de primer orden); los principios, por su parte, suministran razones más débiles, es decir, razones no perentorias que deben ser sopesadas con otras razones.⁵

Las reglas, tanto de acción como de fin, además de que constituyen razones perentorias, son independientes de su contenido porque los órganos jurisdiccionales que las aplican lo hacen atendiendo solamente a la autoridad que las emitió; esto es, son aplicadas porque son

⁵ Cuando son aplicadas, las razones perentorias determinan por sí mismas un curso de acción; las razones no perentorias, en cambio, contribuyen a la decisión pero no la determinan por sí mismas (Atienza, 2006, p. 211).

normas válidas dispuestas por el legislador precisamente para resolver los conflictos y, digámoslo así, son el material de primera mano que un juez emplea en su trabajo cotidiano. Entre las reglas de acción y las de fin existe una importante diferencia: las primeras permiten simplificar el proceso de decisión de sus destinatarios o de quien ha de aplicarlas, ya que sólo deben comprobar que se hayan dado determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias; las reglas de fin, por su parte, trasladan a su destinatario el control o la responsabilidad por las consecuencias de su conducta. Los principios explícitos, es decir, los formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, son razones para la acción también independientes de su contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido por la misma razón que lo son las reglas; pero no son razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar. Sólo constituyen razones de primer orden⁶ para resolver en un determinado sentido, y su fuerza respecto de otras razones del mismo tipo, es decir, de otros principios, ha de ser ponderada por el juzgador. Los principios implícitos (extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico) son razones para la acción que no son perentorias ni tampoco independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque cuando entran a formar parte del razonamiento de los jueces no lo hacen en función de su origen

⁶ Las razones de primer orden se presentan cuando en un proceso de decisión se mezclan deseos que tiran en sentido contrario y que se resuelven mediante una deliberación en la que se toman en cuenta todos los factores que están implicados en el proceso decisorio mediante la atribución de un determinado peso. Esta idea fue en principio desarrollada por Raz y posteriormente por Carlos S. Nino y Juan Carlos Bayón (Atienza, 2001, pp. 74-75).

en fuente alguna sino, precisamente, por cierta cualidad de su contenido (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 12-13).

III. DISTINTOS TIPOS DE RAZONAMIENTO PARA DIFERENTES TIPOS DE ENUNCIADOS JURÍDICOS

A decir de Atienza, la argumentación subsuntiva o clasificatoria se utiliza cuando una regla de acción va a ser aplicada a un caso concreto. Esa regla establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación (un caso genérico) entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción. La estructura de ese razonamiento sería, desde el punto de vista lógico, la misma que del *modus ponens* (Atienza, 2006, pp. 164 y 165).

- Premisa mayor: si se dan una serie de propiedades, X (que configuran un caso genérico), entonces es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.
- Premisa menor: en este caso se dan las propiedades X (o sea, el caso concreto se subsume en el caso general).
- Conclusión: por tanto, es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.

Este tipo de razonamiento es el más comúnmente usado por los órganos jurisdiccionales. Representa el llamado silogismo judicial formado por una premisa normativa (la mayor), una fáctica (la menor) y una conclusión normativa que será la norma individualizada que constituye la sentencia. Este modelo tiene toda la fuerza aristotélica del silogismo

clásico y, desde luego, es sumamente útil en la práctica judicial. Lo cuestionable no es el modelo, sino el abuso que de él se hace por los llamados “imperialistas de la lógica” (Atienza, 2006, p. 178). Lo cuestionable es pretender resolver todos los problemas (fáciles, difíciles o trágicos) con este modelo exclusivamente.

Pretender resolver un caso difícil sólo desde esta perspectiva formal orilla al juzgador a atender el problema desde una posible solución que el sistema da sin tomar en cuenta los casos de la llamada zona de penumbra. Si por ejemplo un juez analiza el problema del aborto desde esta perspectiva, estaría posiblemente satisfecho con mostrar los diferentes supuestos jurídicos y las correspondientes consecuencias; analizaría los casos de excepción, las causas de justificación y las reglas técnicas en torno a la figura; quizás pondría de relieve la evolución histórica que la figura jurídica ha sufrido en el sistema y la interpretación que los jueces han hecho al respecto. Podría, incluso, establecer con toda precisión un baremo para determinar cuándo estamos ante un caso de aborto permitido y cuándo estamos ante un caso prohibido. Sin embargo, dejaría de lado importantes cuestiones que el sistema no resuelve automáticamente, señalando simplemente que el caso amerita (de forma maniquea) la sanción o la no sanción. Por ejemplo, ¿qué sucede con la mujer que es inseminada artificialmente en contra de su voluntad y quiere abortar? Si llegara a hacerlo y fuera juzgada por nuestro juez formalista, éste diría algo así: “es culpable porque esa excepción a la regla no está contemplada en el sistema”. Pero lo delicado del asunto no es la opinión misma del juez, sino que su sentencia producirá consecuencias en el mundo que quizás no constituyan la mejor respuesta que el Derecho puede llegar a dar en un caso como ese.

No obstante lo anterior, tampoco parece razonable abandonar del todo el esquema formal, ya que si el juez no atendiera en absoluto la zona de claridad y se fijara sólo en la zona de penumbra, entonces la resolución presentaría otro tipo de déficit. En efecto, un enfoque exclusivamente valorativo del mismo problema podría dejar de lado las respuestas que el Derecho válido da al problema, abandonando quizás la discusión propiamente jurídica para tornarse en un discurso moral. Sin que deje de ser interesante esa perspectiva, poco interés podría despertar para el juez que necesita resolver un problema con los elementos que le da el sistema. Si el juzgador no atiende en absoluto las cuestiones estructurales del sistema, las soluciones que pueda dar no tendrán asidero jurídico y, por ende, estarán posiblemente destinadas a no ser tomadas en cuenta.

Precisamente para no caer en ninguno de estos excesos, se han ideado modelos de razonamiento (teóricos y prácticos) como la argumentación finalista o la ponderación, que están diseñados para analizar (y resolver) esos casos.

Cuando el juzgador opera con una regla de fin, su argumentación no podría ser, pues, subsuntiva o clasificatoria, sino finalista. Este esquema sigue el modelo del razonamiento práctico aristotélico, con la diferencia de que la primera premisa, es decir, la que marca el objetivo a cumplir, no es un deseo sino una norma (Atienza, 2006, pp. 165 y ss.). El esquema sería el siguiente:

- En las circunstancias X, es obligatorio procurar alcanzar F.
- Si no se realiza la acción M, no se alcanzará F.

- En este caso concreto se dan las circunstancias X.
- Por lo tanto, es obligatorio realizar la acción M.

Véamos un ejemplo. Los padres no han llegado a un acuerdo respecto de cuál de los dos ejercerá la custodia de su hijo menor de 7 años, y ha quedado demostrado en autos que la madre es alcohólica.

Para resolver este conflicto, el juez aplica el contenido del último párrafo del artículo 282, del Código Civil Federal que dice: “Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre”, el cual es claramente una norma de fin.

Su razonamiento podría quedar formulado de la siguiente manera:

- Los menores de 7 años quedarán bajo la custodia de la madre, salvo que corran un peligro grave para su normal desarrollo (art. 282, último párrafo, CCF).
- Si el juez de lo familiar no toma en cuenta que la madre es alcohólica, no se alcanzará el fin de procurar el normal desarrollo del menor.
- En este caso concreto se da la circunstancia de que la madre es alcohólica.
- Por tanto, es obligatorio tomar en cuenta que la madre es alcohólica y disponer que la custodia corresponde al padre.

Por último, tenemos el juicio de ponderación que, como se verá en seguida, adopta una estructura que no se corresponde ni con la subsunción, ni con la argumentación finalista.

IV. ¿QUÉ ES LA PONDERACIÓN?

A partir de las tesis de los principios de Dworkin, Robert Alexy desarrolló el tema de la ponderación para poder operar con aquéllos. Para este último autor los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 2002, p. 95).

La ponderación es, pues, la forma argumental diseñada para aplicar los principios y así resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos cuando juegan en sentido contrario. La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso. Se trata de una 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, 2005, pp. 96-97).

Manuel Atienza lo expresa del siguiente modo (Atienza, 2006, p. 171):

En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 –que tienen condiciones de aplicación abiertas– establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q).

En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, P2 sobre P1).

Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q.

Los elementos que forman la estructura de la ponderación, según Alexy, son los siguientes: a) la ley de la ponderación; b) la fórmula del peso, y c) las cargas de argumentación.

La ley de la ponderación: “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” (Alexy, 2002, p. 161 y ss). Siguiendo esta ley, la ponderación puede dividirse en tres pasos (Alexy, 2002b, p. 32):

- *Primer paso*: es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- *Segundo paso*: se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- *Tercer paso*: debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Por su parte, Manuel Atienza ve estos tres pasos de la siguiente manera (Atienza, 2006, p. 170):

- *Primer paso:* se constata que ante una determinada situación existen principios, valores, que tiran en direcciones opuestas y que necesitan algún tipo de ajuste, pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo.
- *Segundo paso:* se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias; y se aducen las razones para ello.
- *Tercer paso:* se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente.

La fórmula de peso todavía tiene tres variables:

- *Primera:* (A) El grado de *afectación* de los principios en el caso concreto.
- *Segunda:* (Pes) El *peso abstracto de los principios relevantes* (según la concepción de valores predominante en la sociedad: por ejemplo, a la vida puede asignársele un valor superior al de la libertad).
- *Tercera:* (S) La *seguridad de las apreciaciones empíricas* que se refieren a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes.

La fórmula del peso viene a decir que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto,

resulta del cociente entre el producto de esas tres variables referidas al principio P_i , por un lado, y el producto de las mismas variables referidas al otro principio, P_j , por el otro:

$$P_{e\ i, j} = \frac{A_i \times P_{e\ i} \times S_i}{A_i \times P_{e\ j} \times S_j}$$

Alexy atribuye, además, un determinado valor numérico a las variables que bien puede resumirse de la siguiente manera:

En cuanto a la afectación de los principios

Afectación o peso leve	= 1
Afectación o peso medio	= 2
Afectación o peso intenso	= 4

En cuanto a la afectación del peso abstracto

Afectación o peso leve	= 1
Afectación o peso medio	= 2
Afectación o peso intenso	= 4

En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas:

Seguras	= 1
Plausibles	= 1/2
No evidentemente falsas	= 1/4.

¿Qué pasaría en caso de un **empate** entre los dos valores? Es decir, ¿qué pasaría si el peso de los dos principios fuera idéntico? La respuesta

está en lo que Alexy ha llamado “cargas de la argumentación”, que se refieren a ciertas reglas orientadoras que permiten a los operadores decantarse por uno de los principios en conflicto con base en ciertas prioridades que son generalmente aceptadas. Por ejemplo, la regla que establece una prioridad en favor de la libertad, el principio *pro homine*, el mínimo vital, etcétera.

Me parece que conviene detenernos un poco para comentar que la asignación de valores a las variables ha supuesto no pocas críticas al modelo de Alexy. Algunos consideran que dicha asignación es arbitraria y que se echa en falta algún criterio objetivo (al estilo de las reglas) mediante el cual quien aplica la ponderación pueda en todos los casos asignar el mismo valor a cada una de las variables. Eso, sin embargo, es imposible porque lo que caracteriza a los valores es su graduación y su polaridad. Por eso no siempre se puede operar con ellos mediante un modelo de reglas. Me parece que Alexy no hizo más que proponer un modelo formal para operar racionalmente con las variables una vez que el operador ha tomado la determinación de asignarles un grado de importancia, lo cual, desde luego, implica la presencia de cierta dosis de discrecionalidad, que no debe confundirse con la arbitrariedad. A mi juicio, ello no resta méritos a la tesis de Alexy, sólo supone que la herramienta propuesta no puede operar de manera aislada y por sí misma no garantiza la correcta resolución de conflictos. Más adelante volveré sobre este punto.

V. ALGUNOS EJEMPLOS

Ejemplo 1. Bernal Pulido narra un interesante ejemplo que, a su vez, comenta Atienza de la siguiente manera (Atienza, 2006, p. 173):

[I]maginemos un caso en el que entran en conflicto el derecho a la vida y a la salud de un menor, por un lado, y el derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad, por el otro; se trata de resolver si los padres tendrían la obligación de ingresar al menor en un hospital, dado que existe un riesgo para la salud de este último y que la intervención médica que habría que realizar supondría ir en contra de las convicciones religiosas de los padres. Los valores respectivos del derecho a la vida y a la salud (tomados conjuntamente) serían: 4,4 y 1; del derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad, 2, 2 y 1. Entonces, el peso del primer principio sería $16/4 = 4$; y el peso del segundo principio $4/16 = 0,25$; de manera que lo que resulta es claramente que el primer principio prevalece sobre el segundo: los padres deben ingresar al menor en el hospital. Ahora bien, en el caso de que existiera un empate entre los dos valores (el peso de los dos principios es idéntico; una situación, por lo demás, no tan rara), entonces entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, una regla que establece una prioridad en favor de la libertad, o (si se enjuiciara un caso de posible inconstitucionalidad de una ley), en favor de la ley, de considerar que esta última es constitucional.

De forma esquemática podría quedar así:

Principio 1. Derecho a la vida y a la salud (tomados conjuntamente) serían:

En cuanto a la afectación de los principios: 4 (peso intenso)
En cuanto a la afectación del peso abstracto: 4 (peso intenso)
En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras)

Principio 2: Derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad serían:

En cuanto a la afectación de los principios: 2 (peso medio)
En cuanto a la afectación del peso abstracto: 2 (peso medio)
En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras)

Entonces, el peso del primer principio sería:

$$\frac{4 \times 4 \times 1}{2 \times 2 \times 1} = \frac{16}{4} = 4$$

Y el peso del segundo principio sería:

$$\frac{2 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Claramente, el primer principio prevalece sobre el segundo: los padres deben ingresar al menor en el hospital.

Ejemplo 2. El señor Leon Degrelle, antiguo miembro de la SS, realizó unas declaraciones a una determinada publicación en las que, entre otras cosas, negó la existencia de campos de concentración en la Alemania Nazi y realizó algunos comentarios respecto a los judíos; la señora Friedman, persona judía cuyos familiares perecieron en Auschwitz, estimó que lo anterior atentaba contra su honor. El asunto llegó al Tribunal Constitucional español, el cual mediante sentencia de 11 de noviembre de 1991 decidió que el derecho al honor de la señora Friedman debía prevalecer sobre el derecho a la libertad de expresión del señor

Degrelle. En este caso se da un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.⁷

Principio 1. Derecho a la libertad de expresión:

En cuanto a la afectación de los principios: 2 (peso medio)

En cuanto a la afectación del peso abstracto: 2 (peso medio)

En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras)

Principio 2: Derecho al honor:

En cuanto a la afectación de los principios: 2 (peso medio)

En cuanto a la afectación del peso abstracto: 2 (peso medio)

En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1/2 (plausibles)

Entonces, el peso del primer principio (d. honor) sería:

$$\frac{2 \times 2 \times 1}{2 \times 2 \times 1/2} = \frac{4}{2} = 2$$

Y el peso del segundo principio (d. libertad de expresión) sería:

$$\frac{2 \times 2 \times 1/2}{2 \times 2 \times 1} = \frac{2}{4} = 0.5$$

El primer principio prevalece sobre el segundo: se afecta el derecho al honor de la señora Degrelle.

⁷ El ejemplo lo he tomado de Manuel Atienza (Atienza, 2006, p. 169).

Ejemplo 3. Antes de narrar el siguiente caso, conviene advertir que lo que voy a presentar es una reconstrucción del mismo a través del modelo de la ponderación de Robert Alexy. Fue resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y aclaro que en la sentencia no se advierte el ejercicio que aquí se presenta. Creo, sin embargo, que en el caso concreto sí se llevó a cabo un ejercicio de ponderación aunque no de manera explícita.

El caso es el siguiente: el señor Witz, en abril de dos mil uno, publicó en la revista *Criterios* un poema relativo a los símbolos patrios. Considerando el poema como ultrajante de la bandera, una asociación civil denunció a Witz ante la Secretaría de Gobernación. Posteriormente dicha autoridad dio vista del asunto al Ministerio Público, el cual consignó al poeta por la comisión del delito de ultraje al pabellón nacional. Seguidos los trámites legales fue condenado, por lo que solicitó un amparo ante la justicia federal. Una vez negado el amparo, el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual determinó que existía una contradicción entre el derecho a la libertad de expresión y el respeto a la moral y a la paz pública, y que debía prevalecer el segundo principio sobre el primero. Si formalizáramos el razonamiento podríamos representarlo de la siguiente manera:

Principio 1: Respeto a la moral y a la paz pública:

En cuanto a la afectación de los principios:	4 (peso intenso)
En cuanto a la afectación del peso abstracto:	4 (peso intenso)
En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas:	1 (seguras)

Principio 2. Derecho a la libertad de expresión:

En cuanto a la afectación de los principios:	4 (peso intenso)
En cuanto a la afectación del peso abstracto:	2 (peso medio)
En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas:	1 (seguras)

Entonces, el peso del primer principio (moral y paz pública) sería:

$$\frac{4 \times 4 \times 1}{4 \times 2 \times 1} = \frac{16}{8} = 2$$

Y el peso del segundo principio (d. libertad de expresión) sería:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1} = \frac{8}{16} = 0.5$$

El primer principio prevalece sobre el segundo: el derecho a la moral y paz pública limita el derecho a la libertad de expresión.

La resolución de la mayoría de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación coincide en lo esencial con esta formalización. Una minoría formada por el Ministro José Ramón Cossío Díaz y el Ministro Juan N. Silva Meza votó en contra.⁸ En lo personal, considero que en la sentencia, o bien se forzó una suerte de ponderación que quizás no era necesaria ante un caso claro de violación de la libertad

⁸ Véase Cossío Díaz, José Ramón, “Libertad de expresión y símbolos patrios”, en *Letras Libres*, núm. 85, año VIII, diciembre de 2005, pp. 60-65.

de expresión (en realidad la libertad de expresión no se oponía a otro principio del mismo grado), o bien, se erró en la asignación del peso, aceptando que la colisión se daba ente un principio y una directriz.

El caso narrado puede mostrar, por un lado, que la ponderación no es útil para cualquier caso que quiera resolverse y, por otro, que el instrumento no asegura necesariamente una solución justa, pues no posee un poder transformador de ideas o posturas morales.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN: PRECAUCIONES Y ADVERTENCIAS

Recuerdo que una vez, hablando con Ernesto Garzón Valdés, me preguntó si estaba yo de acuerdo con las tesis de Alexy, a lo que le contesté presuroso un “desde luego”. El viejo y sabio profesor me hizo entonces las siguientes preguntas: ¿No crees que la propuesta de Alexy se olvida de algo esencial? Si alguien es un impresentable ¿no podría defender una causa iliberal utilizando el modelo de Alexy y así blindar su postura? El efecto socrático tuvo de inmediato resultados: el ingrediente esencial –pensé– es haber asumido una teoría de la justicia, cuestión que Alexy quizás da por supuesta. La herramienta es sólo eso: un mero instrumento que, como la teoría de la argumentación jurídica o las falacias, puede ser utilizado para bien o para mal.

Por ello, el último ejemplo narrado sirve como base para poder expresar que la ponderación, al igual que otras herramientas argumentativas, ha de utilizarse de manera prudente. No es extraño que en países como el nuestro, cuando los teóricos incursionamos en el terreno práctico, seamos foco de críticas. Muchas de éstas se deben a que algunos

juristas prácticos abusan de las herramientas o simplemente no las han entendido bien; sin embargo, ninguna de estas razones puede llevarnos a concluir que las herramientas no sirvan. De hecho, lo mismo pasa con el manejo habitual de las fuentes del Derecho: su mal uso no puede implicar, sin más, su inutilidad.

Coincido con Bernal Pulido que la ponderación tiene, al menos, las siguientes limitaciones: a) deja a veces demasiado abierta la discrecionalidad de los jueces; b) no puede tomarse más que como un esquema de argumentación y no como un método algorítmico que por sí mismo resuelva problemas de derechos fundamentales; c) se rige por ciertas reglas que requieren ser aplicadas racionalmente, pero de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación; d) la graduación de la afectación de los principios, la de terminación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad, y e) permite o posibilita un espacio a la subjetividad (Bernal Pulido, 2005, p. 110).

Pero más allá de estas críticas, considero, como Garzón Valdés, que lo más delicado de la ponderación es que presupone que los jueces se interesen por el estudio de la metaética, que conozcan las diferentes teorías de la justicia y que en buena hora se adscriban a una de ellas. Lo peor es contar con jueces autómatas, enfermos de formalismo jurídico que ven a la ley en sentido ideológico; aquéllos que consideran que para que algo (la teoría, por ejemplo) pueda ser utilizado en la resolución de conflictos antes debe ser convertido en ley, como quien admite que lo único valioso es lo que ha sido tocado por el dedo del rey Midas.

Como he dicho en otras ocasiones, lo que necesitamos no son jueces a secas sino buenos jueces: aquéllos que puedan ser calificados como virtuosos en atención a la calidad de su trabajo, a lo justo de sus decisiones; jueces que realmente cumplan con el principio de motivación de las decisiones, principio que sintetiza, desde mi punto de vista, los aspectos técnicos y éticos de la buena argumentación; jueces que además de estar al día en el conocimiento de la dogmática jurídica y del Derecho positivo, abreen en la buena teoría; jueces conocedores del mundo; jueces cultos; jueces lectores que vivan, a través de la literatura, otras vidas; jueces que conozcan al ser humano y al mundo en el que vive; jueces que adopten el punto de vista interno de su trabajo; jueces comprometidos; jueces vocacionales; en una palabra, jueces virtuosos (Lara, 2006, pp. 453-454).

Así, cuando no se conocen (o al menos no adecuadamente) las herramientas teóricas como la ponderación, y así se opera con ellas, se corre el doble riesgo de hacer parecer a la teoría como algo que “es mejor no utilizar para evitar barbaridades”, como algunos afirman, y de no resolver de la mejor manera el problema planteado. Me parece que para que las herramientas teóricas muestren su gran utilidad práctica deben, en primer lugar, ser difundidas y bien aprendidas; luego deben ser puestas en acción eligiendo adecuadamente el tipo de problema al que van a aplicarse; posteriormente, quien las utiliza debe ser consciente de que la herramienta no funciona de manera mágica y que es muy conveniente emplear la herramienta acompañada de la prudencia; y finalmente, antes de resolver un caso difícil con ellas, es muy conveniente reflexionar sobre la tesis que se quiere sostener. Este último tipo de reflexión, por cierto, regularmente escapa de las técnicas argumentativas: tiene más bien que ver con la postura moral y cultural de cada quien. Hasta donde yo sé, para esto último no hay manuales ni mucho menos fórmulas exactas al estilo de las reglas que uno pueda seguir.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2002): *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- _____ (2002b): “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, traducción de C. Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66, 2002.
- Atienza, Manuel (2001): *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- _____ (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (1991): “Sobre principios y reglas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, Universidad de Alicante, 1991.

- _____ (1996): *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Austin, John (1977): *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, compendio de la edición de Robert Campbell, Londres, Edición orifinal de John Murray, 1913, Michigan, Scholarly Press, Inc., 1977.
- _____ (1995): *The Province of Jurisprudence Determined*, Edición de Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, 1995.
- Bernal Pulido, Carlos (2005): *El derecho de los Derechos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Dworkin, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (traducción castellana de M. Guastavino de la versión inglesa de 1977).
- Hart, Herbert L.A. (1963): *El concepto de Derecho* (trad. de G. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Kelsen, Hans (1960): *Teoría Pura del Derecho, Introducción a la ciencia del Derecho*, 10^a. ed., Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- Lara Chagoyán, Roberto (2004): *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2004.

- _____ (2006): “Argumentación jurídica y ética judicial”, en *Instituciones, legalidad y Estado de Derecho*, compilación de Gustavo Fondevilla, Fontamara, México, 2006. pp. 437-454.