Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

XVII

LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

Carlos BERNAL PULIDO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación.* III. *Racionalidad o hiperracionalidad de la ponderación.* IV. *Un modelo racional para la ponderación.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación.[1] Mientras las reglas

* He tenido la oportunidad de debatir versiones preliminares de este texto en el marco del seminario Albert Calsamiglia de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y del seminario de profesores de la Universidad de Alicante. Agradezco a los profesores José Juan Moreso (Barcelona), Manuel Atienza (Alicante), Juan Ruiz Manero (Alicante), Pablo Navarro (Córdoba, Argentina) y David Martínez (Barcelona) por sus valiosos comentarios y críticas. Asimismo, agradezco al Profesor Juan Antonio García Amado (León) por sus críticas a mis ideas y al Profesor Robert Alexy (Kiel, Alemania) por sus sugerencias a este texto. Este texto apareció originalmente como "La racionalidad de la ponderación" en *Revista española de derecho constitucional*, vol. 26, núm. 77, 2006, pp. 51-75

[1] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 s.; Robert Alexy, "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 93 y ss.; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (traducción de Marta Gustavino), Ariel, Barcelona, 1989, pp. 61 y ss.; Jan R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden Baden, 1990; Jan R. Sieckmann, *Modelle des Eigentumsschutzes: eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG*, Nomos, Baden Baden, 1998, pp. 37 y ss.; Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación constituye un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas o es un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales. Este es un interrogante filosófico jurídico que, sin embargo, irradia sus efectos sobre un segundo problema, relevante desde el punto de vista del derecho constitucional. El segundo problema se refiere a la legitimidad del juez, y sobre todo del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación. Más de un connotado autor ha sostenido que la ponderación no representa nada más que un juicio arbitrario y salomónico[2] y que, por lo tanto, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional están revestidos de suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento. Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes del Estado.[3]

El objetivo de este artículo es analizar si la ponderación puede concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas. Para tal fin, es necesario indagar, en primer lugar, por qué se pone en tela de juicio la racionalidad de la ponderación (II). En segundo término, debe determinarse hasta qué punto puede ser racional la ponderación y cómo puede ser esto viable (III). Finalmente, se examinará si la fórmula del peso, propuesta por Alexy, puede ser considerada como un modelo que soluciona en la mayor medida posible los problemas filosóficos y constitucionales relativos a la racionalidad de la ponderación (IV).

---

derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.a edición, 2005, pp. 571 y ss.

[2] Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, pp. 327 y ss.; Javier Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 73.

[3] Fried, Charles, "Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Courts Balancing Test", *Harvard Law Review*, núm. 76, 1963, pp. 759 y ss.; Peter Lerche, *Uber maß und Verfassungsrecht*, Carl Heymanns, Colonia *et al.*, 1961, p. 130.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

II. Las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación

De acuerdo con los críticos, la ponderación es irracional por una amalgama de razones. Las más prominentes se refieren a la falta de precisión de la ponderación, a la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados.

1. *La falta de precisión de la ponderación*

La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder[4] que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios.[5] Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura formal y vacía,[6] basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez.[7] Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera.[8] Como consecuencia, mediante la ponderación no se puede determinar una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

---

[4] Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 171.

[5] Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft, Buchhandlung des Weiseshauses*, Halle, 2.a edición, 1923, p. 447. En tiempos más recientes, Ernst W. Vöckenförde:, "Grund rechte als Grundsatznormen", en Ernst W. Vöckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie, Suhrkamp*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 184 y ss.; Ingeborg Maus, "Die Trenung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, pp. 197 y ss.; Kent Greenwalt, "Objectivity in Legal Reasoning", en Kent Greenwalt (ed.) *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1992, p. 205.

[6] Fritz Ossenbühl, "Abwägung im Verfassungsrecht", *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995, p. 905.

[7] Karl A. Betterman, "Die allgemaine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit", *Juristenzeitung*, 1964, pp. 601 y ss.

[8] Juan A. García Amado, "¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", *Archivo de Filosofía del Derecho*, tomos XIII-XIV, 1996-1997, p. 71.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

2. *La inconmensurabilidad en la ponderación*

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables.[9] La inconmensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos,[10] que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una "unidad de medida"[11], así como tampoco una "moneda común que posibilite la ponderación" entre los principios que en cada caso entre en colisión.[12]

3. *La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación*

La crítica final mantiene que la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Todos los resultados de la ponderación son particulares, dependen de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*,[13] que tiende a magnificar la

---

[9] Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismaßigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, pp. 72 y ss., 132 y ss., 153 y ss.; Nils Jansen, "Die Struktur rationaler Abwägungen", en Annette Brockmöller *et al*. (eds.): Ethische und struckturelle Herausforde rung des Rechts, *ARSP*, Beiheft 66, 1997, pp. 152 y ss.; Klaus Günther, *Der Sinn für Ange messenheit*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 275 y ss.; Lawrence Tribe, "Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency", *Harvard Law Review*, núm. 98, 1985, p. 595; Louis Henkin, "Infallibility under Law: Constitutional Balancing", *Columbia Law Review*, núm. 78, 1978, p. 1048; Louis Frantz, "Is the First Amendment Law? – A Reply to Professor Mendelssohn", *California Law Review*, núm. 51, 1963, p. 748.

[10] Sobre el concepto de inconmensurabilidad, *cfr.*, Joseph Raz, "Incommensurability and Agency", en Joseph Raz, *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 46.

[11] Jürgen Habermas, "Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposion der Cardozo Law School", en Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., 1996, p. 369.

[12] Thomas Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law en the Age of Balancing", *Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, p. 973.

[13] Herbert Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Franz Vahlen, Munich, 1977, p. 276; Hans Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Nomos, Baden-Baden, 1979, p. 23. Algunos autores utilizan la expresión "particularismo" para referirse a la objeción de la jurisprudencia ad hoc. *Cfr.* José J. Moreso, "Conflictos entre principios constitucionales", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003;

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho.

Existe un nexo entre estas tres objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debe a su falta de precisión conceptual y el factor principal que determina esta falta de precisión conceptual es la inexistencia de una medida común que posibilite determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto.

III. Racionalidad o hiperracionalidad de la ponderación

1. *Los límites de racionalidad de la ponderación*

Algunos aspectos de estas críticas contra la ponderación deben rechazarse por ser hiperracionales, y por tanto, irracionales. Alguien es hiperracional, cuando no reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites.[14] Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. Sin embargo, esto no significa que la ponderación sea irracional ni que esté basa da en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez. El silogismo también es formal en este sentido, porque tampoco puede excluir las apreciaciones subjetivas de quien lo lleva a cabo. No obstante, nadie se serviría de esta razón para afirmar que el silogismo es irracional.

Es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad representa un ideal que no puede alcanzarse[15] en ningún ámbito normativo[16] y, mucho menos, en un ámbito tan controversial como el de los principios,

---

Bruno Celano, "Defeasibility e bilanciamento. Sulla posibili ta di revisión stabili", *Ragione Prattica*, núm. 18, 2002.

[14] John Elster, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión* (traducción de Carlos Gardini), Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 11 y ss.

[15] Para profundizar sobre esta perspectiva escéptica acerca de una perfecta objetividad en la interpretación judicial, véase el planteamiento de Hans Kelsen sobre la "ilusión de la certeza jurídica" expuesto en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (traducción de Moisés Nilve), Eudeba, Buenos Aires, 1999, pp. 134 y ss.

[16] *Cfr.* Sobre los problemas de objetividad que se presentan en los ámbitos normativos: Jan R. Sieckmann, "Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung – Das Problem der Begrenzung der Besteuerung", *Der Staat*, núm. 41, 2002, pp. 392 y ss.; Martin Borowski: "La restricción de los derechos fundamentales" (traducción de Rodolfo Arango), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, p. 46.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

tan estrechamente vinculado con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinaran por el completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícita mente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva.[17]

Debe reconocerse que la existencia de un sistema jurídico de este talante es imposible e inconveniente. Es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Más aún, dichas disposiciones han sido expedidas en situaciones en que existen limitaciones de tiempo, de información y de acuerdo entre los Constituyentes o los miembros del Parlamento. En la práctica, ningún poder constituyente o constituido dispone del tiempo, la información y los acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que, de modo hipotético, puedan surgir en la aplicación de los principios. A ello debe aunarse que, si se observa desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho y de la Democracia, tampoco sería deseable que existiera un sistema jurídico que garantizara una perfecta objetividad. En una sociedad que dispusiera de un catálogo de principios constitucionales y legales totalmente determinados, que además estuvieran revestidos de un "efecto de irradiación"[18] sobre todo el ordena miento jurídico, se reducirían notablemente las posibilidades de deliberación política. Si los derechos fundamentales proyectaran asimismo su fuerza expansiva sobre la legislación, el margen de acción del Parlamento se comprimiría al mínimo. El legislador se transformaría en una autoridad competente sólo para ejecutar las regulaciones predeterminadas por la Constitución y se desvanecería su importancia como foro para la deliberación democrática. Más allá de ello, las disposiciones que establecen los principios constitucionales predeterminarían no sólo el contenido de la legislación, sino incluso el de las decisiones administrativas y judiciales. Como efecto colateral, el derecho se aprisionaría en el pasado y perdería su capacidad para adaptarse a las nuevas nece-

[17] Sobre las propiedades de un sistema ideal de esta índole, *cfr.* Klaus Günther, "Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special Case Thesis'", *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, pp. 151 y ss.

[18] Sobre el efecto de irradiación de los principios de derecho fundamental, *cfr.* Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, *op. cit.*, pp. 507 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

sidades de la sociedad. Todo cambio jurídico haría necesaria una reforma constitucional.

Como consecuencia, resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecerán indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo. También hay subjetividad en la subsunción. Por esta razón, no es apropiado pretender sustituir a la supuestamente incierta ponderación, por una supuestamente cierta subsunción. Todo aquél que pretenda excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez, incurre en hiperracionalidad. Es meridiano que la tarea de determinar el contenido normativo de los principios siempre depara al juez un margen de deliberación. Dentro de este margen, el juez adopta diversas apreciaciones normativas y empíricas, relativas a controversias concernientes a preguntas tales como de qué tanta libertad debe disponer el individuo en un Estado Constitucional, qué restricciones deben ser impuestas al principio de la mayoría, o hasta qué punto puede un Estado Social intervenir en la economía a fin de garantizar la redistribución de las condiciones materiales para lograr el bienestar y asegurar que cada individuo disfrute por lo menos de un mínimo existencial. No puede esperarse que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad.

2. *La pretensión de racionalidad de la ponderación*

Esta posición escéptica en relación con la perfecta objetividad en la aplicación de los principios no implica, sin embargo, que la única alternativa sea la irracionalidad. El hecho de que la perfecta objetividad sea utópica por naturaleza no significa que deba renunciarse a pretender alcanzarla en la mayor medida posible. La ponderación es un procedimiento común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en el derecho, sino también en el razonamiento práctico general. Esta circunstancia atribuye, entonces, sentido a preguntarse, cómo puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios median te la ponderación. Para contestar este interrogante, es necesario explicar primero qué significa racionalidad y qué exigencias de racionalidad deben ser respetadas en la ponderación.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

A. El concepto de racionalidad

El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica.[19] La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción.[20] Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de la racionalidad[21] que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas. Una misión de la teoría jurídica, y en especial de las teorías del razonamiento jurídico, ha sido enunciar las condiciones que las decisiones median te las que se aplican las normas jurídicas deben satisfacer para ser racionales. Debe reconocerse que no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico, acerca de las condiciones de racionalidad que estas decisiones deben satisfacer.[22] No obstante, en general se acepta que para ser racional, una decisión debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho.[23] Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes[24] y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y

---

[19] *Cfr.* Sobre la diferencia entre la racionalidad teórica y práctica: John R. Searle, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (traducción de Luis M. Valdés Villanueva), Ediciones Nóbel, Barcelona, 2000, pp. 109 y ss. De un modo similar: Jürgen Habermas, "Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla", en Jürgen Habermas, *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (traducción de Pere Fabra y Luis Díez), Trotta, Madrid, 2002, 1999, 103 y ss.

[20] Ota Weinberger, *Alternative Handlugstheorie*, Böhlau, Vienna, 1996, pp. 67 y ss.

[21] Kurt Baier, *The Rational and the Moral Order*, Open Court, Chicago La Salle, 1995, pp. 35 y ss.

[22] *Cfr.* Sobre la discusión acerca del concepto de racionalidad desde el punto de vista de las teorías de la argumentación jurídica: Ernst Tugenhat, "Zur Entwicklung von moralischen Begrüdungsstrukturen im modernen Recht", *ARSP*, Beiheft 14, 1980, pp. 1 y ss.; Ulfrid Neumannm, *Juristische Argumentationslehre, Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1986, pp. 94 y ss.

[23] Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht Boston, 1992, p. 209.

[24] Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 185 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

saturadas,[25] de observar las reglas de la lógica[26] y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia[27] y la coherencia.[28]

B. Las exigencias de racionalidad en la ponderación

Ambos sentidos de la racionalidad son relevantes en las críticas a la ponderación. La objeción concerniente a la falta de precisión conceptual se opone al uso de la ponderación con el argumento de que ésta no es racional desde el punto de vista técnico, por no ser clara ni tener una estructura precisa. Si se quiere superar esta objeción, es necesario proponer un modelo que dote a la ponderación de un concepto claro y una estructura precisa. Por otra parte, la racionalidad práctica es relevante desde la perspectiva de las tres objeciones antes expuestas. Las objeciones de falta de precisión conceptual, inconmensurabilidad e imposibilidad de prever los resultados de la ponderación mantienen que el acto mismo de ponderar es irracional en sentido práctico. Si se quiere superar estas objeciones, debe ofrecerse un modelo de la ponderación que revista una estructura determinada, que esté provista de una medida común para comparar los principios y que pueda dar lugar a resulta dos predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho.

Con base en estas premisas debe preguntarse si existe un modelo de la ponderación que pueda satisfacer estas exigencias teóricas y prácticas de

---

[25] *Ibídem*, pp. 185-187.

[26] Atienza, Manuel,: "Para una razonable definición de razonable", *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 193.

[27] Una fundamentación es consistente desde el punto de vista normativo, si se llega a los mismos resultados cuando tienen lugar los mismos hechos y cuando se justifican todos los resultados distintos. *Cfr.* Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 185; Alexander Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Springer, Vienna New York, 1983, p. 189; Neil Maccormick, "Coherence en legal justification", en Werner Krawietz *et al.* (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger* zum 65. Geburstag, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 43 y ss.

[28] Cuanto más se base una fundamentación en principios, reglas, decisiones, conceptos generales del sistema jurídico y premisas normativas y empíricas relevantes en este sistema, tanto más coherente será. *Cfr.* Robert Alexy, "Juristische Begrünndung, System und Kohärenz", en Okko Behrends *et al.* (eds.): *Rechtsdogmatik und Praktische Vernunft.* Symposion zum 80. Geburstag von Franz Wieacker, Vondenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1990, pp. 97 y ss.; Robert Alexy y Alexander Peczenik, "The Concept of Coherence and Its Signifi cance for Discursive Rationality", *Ratio Juris*, núm. 1, 1990, pp. 115 y ss.; Barbara Baum Levenbook: "The Role of Coherence en Legal Reasoning", *Law and Philosophy*, núm. 3, 1984, pp. 355 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

racionalidad. Aquí se analizará si la fórmula del peso propuesta por Alexy puede ser considerado como un modelo de estas características.

IV. Un modelo racional para la ponderación

En *La teoría de los derechos fundamentales*[29] y en otros escritos, Alexy expone una concepción bien desarrollada de la estructura de la ponderación. En su última versión, la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de la argumentación. Aquí es preciso concentrarse en el segundo elemento, es decir, la fórmula del peso (2). Sin embargo, de antemano es indispensable aclarar el concepto y la estructura general que reviste la ponderación en el modelo propuesto por Alexy (1).

1. *El concepto y la estructura de la ponderación*

A. El concepto de ponderación

De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización. Los principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que "algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes".[30] El ámbito de lo jurídicamente posible está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario. Por su parte, los enunciados fácticos acerca del caso determinan el ámbito de lo fácticamente posible.

A fin de establecer "la mayor medida posible" en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario. En una constelación semejante, estos principios entran en colisión. Ellos fundamentan *prima facie* normas incompatibles (por ejemplo, la norma N1 que prohíbe ø y la norma N2 que ordena ø), que pueden proponerse como soluciones para el caso concreto.

La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos

[29] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.
[30] *Ibídem*, p. 86.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

y todas las posibles incompatibilidades entre las normas *prima facie* que fundamentan. Una solución de este tipo para las colisiones entre principios[31] debe rechazarse, por presuponer algo imposible de concebir en el ordena miento jurídico de una sociedad pluralista: una jerarquía de todos los principios jurídicos que, a su vez, refleje una jerarquía de todos los valores. La ponderación no implica ni la validez de un orden lexicográfico de los derechos fundamentales ni de un orden lexicográfico de principios de justicia. Un modelo de esta índole fue propuesto por Rawls al defender la regla de la prioridad absoluta de su primer principio de justicia sobre el segundo y, en consecuencia, que "la libertad sólo puede ser restringida en razón de la propia libertad".[32] La idea de un orden lexicográfico debe descartarse asimismo, porque presupone la posibilidad de separar absolutamente las libertades de los derechos sociales (especialmente el derecho al mínimo existencial) y los bienes colectivos que se relacionan con el segundo principio de justicia. Esta posibilidad debe rechazarse, por cuanto la garantía del mínimo existencial es una condición para que las libertades no permanezcan sólo como aspiraciones retóricas.[33] Por oposición a este modelo, la ponderación es únicamente una estructura por medio de la cual no se establece una relación absoluta, sino "una relación de precedencia condicionada" entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso,[34] a fin de determinar el sentido de la decisión judicial.

B. La estructura de la ponderación

De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de la argumentación.

a. La ley de la ponderación

Según la ley de la ponderación:

---

[31] Para una defensa de esta solución hipotética, *cfr.*, Josef Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", en Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, vol. 5, p. 236.

[32] John Rawls, "The Basic Liberties and Their Priority", en John Rawls (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values,* Salt Lake City, 1983.

[33] *Cfr.* Robert Alexy, "John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten", en w. Hinsch *et al.* (eds.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1997, pp. 282 y ss.

[34] Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.[35]

De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que Alexy identifica con claridad:

> En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.[36]

Es importante advertir que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en: establecer la importancia de los principios en colisión. Con esta expresión nos referiremos en adelante a estos dos pasos.[37] Alexy sostiene que en ambos pasos puede alcanzarse la conmensurabilidad mediante la referencia a una escala triádica, en la que las intensidades "leve", "moderada" y "grave" especifican el grado de importancia de los principios en colisión.[38]

Ahora bien, la importancia de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación. La segunda es el "peso abstracto" de los principios.[39] El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo

---

[35] *Ibídem*, p. 161.

[36] Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales" (traducción de Carlos Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 32.

[37] De conformidad con la notación de Alexy, simbolizaremos el grado de no satisfacción o afectación del primer principio en el caso concreto como IpiC y la importancia en la satisfacción del segundo principio en el caso concreto como WPjC. *Cfr. Ibídem*, p. 40.

[38] Debe aclararse que también sería posible alcanzar la conmensurabilidad entre los dos principios mediante una escala compuesta por dos o más grados. Sin embargo, la utilización de una escala de dos grados para establecer una relación de precedencia condicionada entre dos principios sólo reiteraría la precedencia de un principio sobre otro en dicha relación, por cuanto el principio precedente siempre tendría el grado mayor y el principio derrotado el grado menor. Asimismo, la aplicación de una escala de cuatro o más grados genera dificultades mayores. Cuanto más aumente el número de grados de la escala, tanto más aumentará la dificultad de precisar, con base en premisas normativas y fácticas, el grado exacto de importancia de los principios en colisión, y, por lo tanto, fundamentar el resultado de la ponderación. Piénsese, por ejemplo, en lo difícil que resultaría graduar en 77 la importancia de un principio, en una escala de 1 a 100, y más difícil aún, poder diferenciar la importancia de 77 de la importancia que corresponde a los grados 76 y 78.

[39] De conformidad con la notación de Alexy, simbolizaremos el peso abstracto del primer principio como GPiA y el peso abstracto del segundo principio como GPjA. *Cfr.* Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", *op. cit.*, p. 41, nota 68.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. De este modo, por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo. De forma similar, los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana.

A lo anterior debe sumarse una tercera variable S, que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en la ponderación.

Ahora bien, le pregunta es: ¿cómo puede articularse la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia, a fin de obtener un resultado concreto en la ponderación? De acuerdo con Alexy, la fórmula del peso es la respuesta.

b. La fórmula del peso

Esta fórmula tiene la siguiente estructura:[40]

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

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del principio Pj, su peso abstracto y la

[40] *Ibídem*, p. 56. *Cfr.* También Robert Alexy, "Die Gewichtsformel", en Joachim Jickeli *et al.* (eds.): Geda¨ De Gruyter, Berlín, 2003, pp. 771 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2^0, es decir, 1; medio 2^1, es decir, 2; y grave 2^2, es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2^0, es decir, 1; plausible 2^{-1}, es decir ½; y no evidentemente falso 2^{-2}, es decir, ¼.[41]

Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el "peso concreto"[42] del principio Pi en relación con el principio Pj en el caso. Si el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj es mayor que el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi, el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio Pi. Si, por el contrario, el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi es mayor que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj, entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio Pj. Si Pi fundamenta la norma N1 que prohíbe ø y Pj fundamenta la norma N2 que ordena ø, en el primer caso debe prohibirse ø y en el segundo caso debe ordenarse.

c. La carga de la argumentación

El tercer elemento de la estructura de la ponderación es una carga de la argumentación. Esta carga opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico (o expresado formalmente GPi,jC = GPj,iC). Alexy parece defender dos diferentes formas de solucionar los casos en que hay empate, una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales* y otra en el *Epílogo* a esta obra, escrito quince años después de su publicación inicial. Esta doble solución resulta problemática, por cuanto puede implicar resultados incompatibles, tal como a continuación veremos.

En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy aduce argumentos que fundamentan una carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica. El principio "*in dubio pro libertate*"[43] expresaría el significado de esta carga de argumentación. De acuerdo con este principio, ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se

[41] Robert Alexy, "Die Gewichtsformel", *op. cit.*, pp. 789 y ss.

[42] Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, pp. 433 y ss.

[43] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 549 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

invoquen a su favor "razones más fuertes".[44] En otras palabras, los empates deben favorecer a la libertad y la igualdad jurídica. No obstante, en el Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales, Alexy defiende una carga de argumentación diferente. En todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como "no desproporcionada", y por tanto, debe ser declarada constitucional. Dicho de otro modo, los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor del principio democrático.[45] Es pertinente señalar que, desde el punto de vista de la estructura general del Estado Constitucional democrático esta segunda carga de argumentación parece más apropiada que la primera.

2. *La función y la estructura de la fórmula del peso*

A. La función de la fórmula del peso

De acuerdo con Alexy, la aplicación de la fórmula del peso es un procedimiento para determinar el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj, a la luz de las circunstancias de cada caso. De este modo, la fórmula del peso representaría un desarrollo complementario de la ley de la ponderación, que Alexy enuncia con base en la formulación clásica del tercer subprincipio de la proporcionalidad, es decir, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que se aplica en el derecho constitucional alemán.[46]

Sin embargo, a mi modo de ver, la fórmula del peso, tal como es descrita por Alexy, expresa una nueva ley de la ponderación. El objetivo de esta fórmula es establecer "una relación de precedencia condicionada" entre los principios en colisión la luz de las circunstancias del caso. Si se observa con atención, se advertirá que esta relación de precedencia no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto (o sea, "del grado de no satisfacción o de afectación de un principio" y "la importancia de la satisfacción del otro"), sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los

[44] *Ibídem*, p. 550.

[45] Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", *op. cit.*, pp. 43 y ss.

[46] *Cfr.* Por ejemplo la sentencia BVerfGE 30, 296 (316). *Cfr.* Asimismo, sobre el concepto de este subprincipio en el derecho constitucional alemán: Laura Clerico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, todo el capítulo III.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

principios. Esto implica que la fórmula del peso sea una reformulación del plantea miento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación. Esta reformulación es, en términos analíticos, más sofisticada, por cuando explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

La nueva formulación de la ley de la ponderación debe ser entonces la siguiente:

> Cuanto mayor sea el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi a la luz de las circunstancias del caso.

Esta nueva ley de la ponderación también puede expresarse así:

$$GPi,jC \leq GPj,iC$$

O, con mayor explicitud,

$$\frac{IPiC \bullet GPiA \bullet SPiC}{WPjC \bullet GPjA \bullet SPjC} \leq \frac{IPjC \bullet GPjA \bullet SPjC}{WPjC \bullet GPiA \bullet SPiC}$$

El funcionamiento de esta nueva ley de la ponderación puede aclararse con la ayuda de un ejemplo concreto. Imaginemos que la vida de un niño depende de una transfusión de sangre, que sus padres rehúsan en razón de sus creencias religiosas. Esta situación implica un conflicto entre el principio de protección de la vida y el derecho a la libertad de conciencia. Ante este conflicto puede preguntarse, si es contrario a la Constitución ordenar la práctica de la transfusión en contra de la voluntad de los padres. Un Tribunal Constitucional puede considerar que el grado de no satisfacción o de afectación del principio Pi (libertad de conciencia) es grave (4), así como la importancia de satisfacer el principio Pj (protección de la vida del niño) (4). Además, el Tribunal puede considerar que el peso abstracto de la libertad de conciencia Pi es medio (2) y que el del derecho a la vida es intenso (4); por último, puede estimar que las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de ambos principios son seguras (1). En este caso, la aplicación de la nueva ley de la ponderación llevaría a la siguiente conclusión:

$$\frac{4 \bullet 2 \bullet 1}{4 \bullet 4 \bullet 1} < \frac{4 \bullet 4 \bullet 1}{4 \bullet 2 \bullet 1}$$

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Esto quiere decir:

$$\frac{8}{16} < \frac{16}{8}$$

o sea:

$$\frac{1}{2} < 2$$

En el ejemplo, la medida consistente en ordenar la práctica de la transfusión de sangre satisface las exigencias de la ley de la ponderación, porque tras su aplicación: GPi,jC < GPj,iC. Por lo tanto, proteger la vida del niño debe considerarse como una medida constitucional.

B. La estructura de la fórmula del peso

La estructura de la fórmula del peso suscita varios interesantes problemas. El más importante es si existen criterios objetivos para determinar el valor de las variables que la integran. En esta sección exploraré las posibles respuestas para este interrogante, mediante una consideración específica de cada variable.

a. El grado de importancia de los principios en colisión

Debe admitirse que en ciertas ocasiones existen juicios racionales acerca del grado de importancia de los principios en colisión, o lo que es igual, existen casos fáciles en relación con el grado de importancia de los principios. Por ejemplo, en una colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, el hecho de que una revista satírica se refiera a un tetrapléjico con el apelativo de "tullido", claramente constituye una grave ofensa contra su honor (y por tanto, al ser grave, ameritaría la atribución del valor numérico 4), mientras que, al mismo tiempo, contribuiría muy poco al desarrollo de la libertad de información (y por tanto, el valor de este principio debería ser 1). No obstante, también existen casos difíciles en que las premisas fácticas y normativas, que deben considerarse para determinar la importancia de un principio, son inciertas. Un caso típico se presenta cuando la libertad de conciencia está en juego. Cabe dudar de si es posible determinar en abstracto el grado de intervención de cierta medida en la libertad de conciencia, sin tomar en cuenta las apreciaciones subjetivas del creyente, relativas a su experiencia religiosa. Por consiguiente, debe decirse que el grado de intervención en la libertad religiosa que pueda tener la práctica de una

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

transfusión de sangre forzosa, depende claramente de cómo los individuos viven su fe. Un acto como este puede ser intrascendente para muchos individuos, pero muy serio para un testigo de Jehová. En la determinación de este grado de intervención median desacuerdos genuinos. Este ejemplo muestra que, en un caso como este, la graduación de la importancia del principio de la libertad de conciencia sólo puede hacerse después de que se haya fijado un concreto punto de vista. La propia fórmula del peso no puede determinar este punto de vista ni el valor de esta variable. Como consecuencia, la aplicación de la fórmula del peso abre al juez un ámbito de deliberación en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política. No obstante, por ello no puede menospreciarse la fórmula del peso. La utilidad de la fórmula del peso en estos casos reside precisamente en esclarecer cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara al juez.

Del mismo modo, el juez goza de un ámbito de deliberación cuando no es claro si el caso es un caso fácil o un caso difícil en relación con la primera variable de la fórmula del peso, es decir, la importancia de los principios. Puede suceder que incluso si un caso parece ser fácil, después de considerar argumentos adicionales, se llegue a la conclusión de que se trata de un caso difícil. Este fenómeno puede verse con claridad en un caso concreto, la sentencia acerca del tabaco del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que Alexy cita como ejemplo de un caso claro.[47] En esta sentencia se analizaba si era constitucional el deber legal impuesto a los productores de tabaco, consistente en hacer conscientes a los consumidores acerca de los riesgos para la salud asociados con el fumar, mediante la inclusión de etiquetas de advertencia en los paquetes de tabaco. Alexy sostiene que la imposición de este deber es "comparativamente una intervención leve en la libertad de profesión u oficio",[48] en especial, si se compara como otras medidas alter nativas potenciales, tales como la prohibición de venta de tabaco o la imposición de severas restricciones a su venta. Asimismo, Alexy sostiene que es evidente que esta medida protege la salud con considerable intensidad. Es así como concluye que "el Tribunal Constitucional Federal no exageraba al sostener en su decisión acerca de las advertencias para la salud que "de acuerdo con los conocimientos médicos actuales, es seguro" que fumar causa cáncer y enfermedades cardiovasculares".[49] De este modo, en la ponderación se estaría en presencia de una intervención leve en la libertad de profesión u oficio y una protección intensa de la salud. A pesar de estas afirmaciones,

[47] Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", *op. cit.*, pp. 33 y ss.
[48] *Loc. cit*
[49] *Loc. cit*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

debe señalarse que es posible llevar a cabo otras consideraciones acerca de las variables relevantes en esta ponderación. Desde un punto de vista fáctico, podría decirse que no es tan cierto que el deber de advertir acerca de los riesgos del tabaco mediante etiquetas, en realidad contribuya de forma intensa a la protección de la salud de los consumidores. Podría catalogarse a esta medida como ineficiente, por ejemplo, porque los consumidores ya son conscientes de lo que las etiquetas pretenden informarles; o porque la adicción al tabaco persiste incluso si los consumidores están informados acerca de sus consecuencias, pues se trata de un asunto de debilidad de la voluntad y no de falta de información; o, en fin, porque incluso la información de las etiquetas puede hacer más apetecible el fumar. Como dice el refrán: lo prohibido es lo más apetecido. Si se observa desde este ángulo, el grado de protección de la salud no sería necesariamente alto. Sería posible discutir entonces acerca de la graduación de esta variable y, por esta razón, el caso se convertiría en este aspecto en un caso difícil.

Lo que de todas maneras resulta manifiesto es que el grado de importancia de los principios relevantes depende de premisas fácticas y normativas. En este punto es posible complementar la fórmula del peso, mediante la especificación del tipo de variables fácticas y normativas que el juez debe tener en cuenta. Un primer tipo de premisa normativa tiene que ver con el "significa do"[50] (*Si*) de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio, desde el punto de vista del "concepto de persona" presupuesto por el sistema jurídico y político.[51] En una sociedad liberal a la Rawls, debe atribuirse un peso mayor a los derechos liberales vinculados de manera estrecha con las capacidades morales de la persona. Estos derechos ostentan un significado sobresaliente y, por tanto, toda intervención del poder público en ellos debe considerarse como una intervención seria en el principio al que se adscriben. En una sociedad rawlsiana, cuanto más esté conectada con las capacidades morales de la persona una posición jurídica adscrita a un principio, tanto mayor deberá ser la importancia que debe atribuirse a tal principio.[52]

Una segunda clase de premisa normativa es la importancia de la posición jurídica (*Pf*), considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes. Por ejemplo, un acto de censura del gobierno en con-

[50] *Cfr.*, sobre el concepto de significado: John Rawls, *El liberalismo político* (traducción de Antoni Doménech), Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996, pp. 373 y ss.

[51] Carlos Bernal Pulido, , *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 762.

[52] Una observación análoga podría hacerse cuando se considera el concepto de persona desde un punto de vista diferente, es decir, como ciudadano cuya dignidad exige que sus derechos sociales sean protegidos

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

tra de un partido de oposición en época de elecciones representa una intervención más seria en la libertad de expresión que una regulación de estricta de las revistas que publiquen detalles acerca de la vida sexual de la gente famosa. Asimismo, una restricción al acceso a la educación básica para muchos niños constituye una afectación más seria del derecho a la educación que una regulación estricta de un programa de máster o de doctorado.

En cuanto se refiere a las premisas empíricas, debe señalarse que éstas tienen que ver con el efecto que tenga la medida bajo examen para los principios relevantes. Desde esta perspectiva, la importancia de los principios depende de la eficiencia (*E*), velocidad (*V*), probabilidad (*P*), alcance (*A*) y duración (*D*) con que la medida afecte y satisfaga, correlativamente, los principios en juego. Cuanto más eficiente, rápido, probable, potente y duradero sea el acto bajo examen para afectar y satisfacer, correlativamente, los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios.

En consideración de estas premisas normativas y empíricas debe decirse entonces que las variables IPiC y WPjC en la fórmula del peso pueden ser formuladas de un modo más explícito y extendido como sigue:

$$IPiC = (SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (EPiC \cdot VPiC \cdot PPiC \cdot APiC \cdot DPiC)$$

$$WPjC = (SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (EPjC \cdot VPjC \cdot PPjC \cdot APjC \cdot DPjC)^{53}$$

b. El peso abstracto de los principios en colisión

El juez también goza de un margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios. El peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto siempre depende de consideraciones morales e ideológicas y lleva necesariamente al juez a adoptar una posición acerca de la teoría sustancial de la Constitución. Desde luego, la variable del peso abstracto pierde su importancia cuando los principios en colisión son de la misma naturaleza. Ahora bien, los casos en que esto no sucede pueden ser fáciles o difíciles. Existen casos fáciles acerca de la determinación del peso

[53] En estas dos formulaciones, el objetivo del paréntesis es hacer explícitos los conceptos que funcionan como variables de IPiC y de WPjC. Sin embargo, ellos no desempeñan ninguna función matemática. El signo de multiplicación también tiene sólo un valor metafórico. Indica que todas esas variables deben tomarse en cuenta. No tiene un valor matemático, pues ello implicaría afirmar que el valor de cada variable debe ser idéntico. En este aspecto, este modelo de la fórmula del peso se separa del modelo de Alexy. Mientras las pretensiones del modelo de Alexy parecen ser más matemáticas, las de nuestro modelo son únicamente metafóricas.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

abstracto de los principios. Puede pensarse, por ejemplo, que a la protección de la vida o a ciertos derechos fundamentales relacionados de forma estrecha con los principios de la dignidad humana y la democracia deba otorgarse un peso abstracto mayor que el de otros principios.[54] Sin embargo, los casos fáciles de determinación del peso abstracto son la excepción. La regla general son los casos difíciles, en los cuales el juez goza de un margen de deliberación considerable. Este margen supone un límite para la racionalidad. Es obvio que no existe una escala preestablecida de los pesos abstractos de los principios que pueda formularse en los términos de la escala triádica. Es cierto que la protección de la vida merece el valor más alto (4), pero, a partir de allí, puede discutirse si debe atribuirse este mismo valor a los derechos estrechamente ligados con la dignidad humana o con el principio democrático. De la misma manera, puede preguntarse si es preciso atribuir a todos los derechos ligados con la dignidad humana o con el principio democrático el mismo valor o si éste debe variar en razón del grado de conexión con estos principios más abstractos. Y ¿qué decir de principios como la igualdad jurídica o el derecho a que el Estado persiga la igualdad real? ¿Qué peso abstracto debe atribuirse a estos principios? La determinación del peso abstracto de los principios en los términos de la escala triádica depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la constitución. Si se asume que esta teoría es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el contrario, esta teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. El juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la constitución. El problema, sin embargo, es que a veces no es fácil saber cuál es esa teoría. La respuesta correcta para estos casos es que de la Constitución no deriva ninguna respuesta correcta.

c. La seguridad de las premisas

También es posible identificar algunos límites de racionalidad en la determinación de la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios. Como ya se mencionó, desde el punto de vista empírico, la importancia de los principios depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que está en juego en cada caso. Aquí los límites de racionalidad tienen que ver con varios factores. En primer lugar, es difícil determinar la fiabilidad de las apreciaciones empíricas desde todas estas perspectivas. El

[54] Carlos Bernal Pulido, , *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 762, 772, 774.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

conocimiento del juez es limitado. A veces el juez no sabe cuál es el valor correcto que debe atribuirse a cada una de estas variables. En segundo lugar, la combinación de estas variables es un asunto complejo. Por ejemplo, ¿cuál debe ser la seguridad de una apreciación empírica plausible en relación con la eficacia de una medida, no evidentemente falsa en cuanto concierne a la velocidad, fiable en cuanto a la probabilidad, plausible en relación con su alcance y fiable en lo que concierne a su duración? Y, correlativamente, ¿la seguridad de esta apreciación sería la misma si las variables tuviesen los mismos valores pero en diferente orden?

Quizás esta complejidad explica por qué Alexy sólo tiene en cuenta la certeza de las apreciaciones empíricas. Sin embargo, también existen problemas epistemológicos concernientes a la certeza de premisas normativas relevantes para la ponderación, que determinan la importancia y el peso abstracto de un principio. La falta de certeza de estas premisas da lugar a un "margen de acción epistémico normativo"[55] del Parlamento y de los demás poderes públicos. En los casos concretos debe establecerse si las premisas normativas relevantes son fiables, plausibles o no evidentemente falsas. Si se distingue la seguridad de las premisas empíricas (SEIPiC y SEWPjC) de la seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en el caso concreto (SNIPiC y SNWPjC) y a su peso abstracto (SNPPiA y SNPPjA), tendríamos entonces una nueva definición más completa de la seguridad de las premisas, de la siguiente forma:

$$SPiC = SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA$$
$$SPjC = SEWPjC \cdot SNWPjC \cdot SNPPjA$$

V. Conclusión

Todas estas consideraciones llevan a proponer un modelo más completo de la fórmula del peso. Esta nueva fórmula establece lo siguiente:[56]

$$GPi,jC = \frac{(SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (EPiC \cdot VPiC \cdot PPiC \cdot APiC \cdot DPiC) \cdot GPiA \cdot (SNIPiC \cdot SNPPiA)}{(SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (EPjC \cdot VPjC \cdot PPjC \cdot APjC \cdot DPjC) \cdot GPjA \cdot (SNIPjC \cdot SNPPjA)}$$

[55] Robert Alexy, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 58.

[56] El objetivo del paréntesis es hacer explícitos los conceptos que funcionan como variables de la fórmula del peso. Sin embargo, ellos no desempeñan ninguna función matemática.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Esta fórmula persigue dar cuenta de las principales variables normativas y empíricas relevantes en la ponderación. Sin embargo, esta fórmula no puede determinar el valor de cada variable, así como tampoco, si el valor de cada variable debe ser el mismo. Es por ello que el signo de multiplicación sólo puede cumplir un papel metafórico. Este signo sólo expresa que en la ponderación debe tenerse en cuenta el valor de todas estas variables. En una ponderación racional, primero es necesario determinar el valor en cada variable y, luego, el valor de cada variable. Además, la complejidad de este modelo puede dar lugar a la objeción de que sus posibilidades de aplicación en la práctica no son evidentes. Con todo, debe reconocerse que la complejidad del modelo deriva de que la aplicación de los principios es en sí misma un procedimiento altamente complejo. Más allá de ello, es preciso enfatizar que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. No obstante, este hecho no reduce la racionalidad ni la utilidad de la fórmula del peso. Este es un procedimiento claro incluso en cuanto a que explicita con claridad sus propios límites. Asimismo, se ofrece como una estructura jurídica que dota a la ponderación de un concepto preciso, libre de toda contradicción. En esta estructura, la escala triádica es la medida común para determinar el peso de los principios relevantes. De igual modo, la fórmula del peso explicita cuáles son las variables relevantes en la ponderación. Como consecuencia, posibilita fundamentar correctamente en el derecho el resultado de la ponderación. Por medio de esta fórmula, puede estructurarse una fundamentación en términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas completas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras. Por último, la fórmula del peso es un buen ejemplo de cómo algunos problemas prácticos del derecho constitucional pueden resolverse con ayuda de consideraciones provenientes de la filosofía del derecho.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas