Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

Capítulo cuarto

OBJECIONES ADICIONALES

I. La ponderación como cálculo

La aplicación del principio de proporcionalidad es frecuentemente desacreditada señalándola como mero procedimiento mecánico. Especialmente, para la ponderación se acentúa que aspira a la ilusión de la precisión de las ciencias naturales, pero sin poderla alcanzar.[115] Para Webber, la ponderación trata en vano de transformar la aplicación de los derechos fundamentales en "administración y medición matemática".[116]

Afonso da Silva ya indicó que esta objeción es en efecto equivocada, porque no se puede aspirar seriamente a una precisión matemática para la argumentación jurídica en general ni para la ponderación en especial.[117] Por tanto, la objeción se asemeja a un hombre de paja elaborado con el solo el fin de prenderle fuego.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que a primera vista se puede oponer esta objeción al modelo ponderativo de la teoría de los principios; al cabo, ésta opera con cifras y una fórmula del peso.[118] No obstante, sería errado seguir de esto que la teoría

[115] Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 468: "illusion of some kind of mechanical weighing".

[116] Webber, *op. cit.*, nota 17, p. 191.

[117] Afonso da Silva *op. cit.*, nota 37, p. 254, n. 77.

[118] Véase *supra*, nota 67.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

de los principios necesariamente considere el procedimiento de ponderación como un empeño matemático o uno mecánico.[119]

De hecho, por la distinción entre la justificación interna y la externa es patente que la teoría de la ponderación no sostiene un exceso de precisión.[120] Según ella, la ponderación sólo puede ser precisa en la medida en que lo sean las justificaciones externas de sus premisas. La ponderación hereda casi todas las deficiencias o debilidades a que conduce la fundamentación externa de la gradación de la intervención o de la importancia de un principio justificante.[121] Esto, sin embargo, no es defecto del modelo; por el contrario, es una de sus ventajas, ya que dichas deficiencias o debilidades argumentativas pueden reconocerse más claramente.

Las cifras de la fórmula del peso son únicamente un instrumento heurístico. Ellas *representan* estimaciones en los grados leve, medio o grave. De esta manera, explicita la estructura interna de la ponderación y confiere más racionalidad a toda la argumentación.[122] No obstante, el modelo funciona igualmente bien sin empleo alguno de cifras. Especialmente su función medular, los tres pasos singulares[123] para precisar la ponderación, es independiente del uso de cifras.

La determinación del carácter mecánico o completamente matemático de la ponderación no acompaña este empleo númerico. A decir verdad, este modelo depende de la posibilidad de que se vayan encimando afirmaciones racionalmente fundadas sobre la intensidad de la intervención y de los pesos, y su rela-

---

[119] Alexy, Robert, "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, Oxford, Hart, vol. 3, núm. 1, julio de 2009, p. 9; y Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3.

[120] Véase *supra*, capítulo segundo, apartado III.

[121] *Cfr.* Alexy, Robert, "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 3, núm. 4, octubre de 2005, p. 577: "balancing is as rational as discourse".

[122] *Ibidem*, p. 576.

[123] *Cfr.* Alexy, "Die Gewichtsformel", *op. cit.*, nota 65, pp. 773-774 y 776; e *idem*, "La fórmula del peso", *op. cit.*, nota 65, pp. 16, 17, 20 y 21.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

ción.[124] Puede discutirse sobre esta posibilidad en general y en casos particulares; pero esto sería otro tema.

Un importante argumento adicional se pronuncia contra el reproche de que la ponderación exigiría una precisión que no podría cumplir. Ésta es la circunstancia de que también en la teoría de la ponderación se reconocen márgenes epistémicos y estructurales.[125] Si los principios en colisión tuvieran el mismo peso concreto se daría entonces una situación de empate en la cual, en virtud de la Constitución, ninguno de estos principios debería tener primacía. En el margen estructural vinculado a lo anterior, quien toma la decisión tiene libertad para elegir entre salvaguardar la prevalencia de un principio o la del otro.[126] En consecuencia, la Constitución se interpreta como un orden marco; precisamente por esto, la afirmación de la precisión irrealista no podría hacerse valer.[127]

II. Interpretación amplia

Finalmente, se critica que la ponderación conduzca a que los derechos fundamentales sean definidos muy ampliamente. Además, se reconoce que está permitido restringir los derechos fundamentales en razón de los de otro sujeto. Estos últimos representan, en este sentido, un fin legítimo para restringir derechos fundamentales. Se

---

[124] *Cfr.* Alexy, *op. cit.*, nota 121, p. 574.

[125] Para la relación de la proporcionalidad y los márgenes véanse Klatt y Schmidt, *op. cit.*, nota 66; Alexy, *A Theory…*, *cit.*, nota 40, pp. 394-425; Rivers, Julian, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", en Pavlakos (ed.), *op. cit.*, nota 6, pp. 169 y ss.; *idem*, "Proportionality and Discretion in International and European Law", en Tsagourias, Nicholas (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, R. U.-Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 107.

[126] Alexy, *A Theory…*, *op. cit.*, nota 40, p. 410.

[127] Sobre los tres ámbitos de la necesidad, la imposibilidad y la posibilidad véase *ibidem*, pp. 393 y 394.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

argumenta que la ponderación implica amplias definiciones de las cláusulas de restricción,[128] y con ello, asimismo, amplias definiciones de los ámbitos de protección de los derechos fundamentales. Mediante lo anterior se incluirían numerosos intereses en los ámbitos de protección iusfundamental, que por consiguiente serían considerados en la ponderación.[129] De esta manera, iría demasiado lejos la elección de los puntos de vista que han de atenderse en la ponderación en el plano del fin legítimo.[130]

Se hace valer entonces que los derechos fundamentales, como restricciones a los derechos fundamentales ajenos, son interpretados muy ampliamente.[131] Se trata por lo tanto de la cuestión básica de si los derechos fundamentales debieran definirse estrecha o ampliamente.[132] En total seis argumentos hablan a favor de interpretar los derechos fundamentales más bien de modo amplio y de prescindir de definiciones estrechas.[133]

En primer lugar, las definiciones estrechas sólo de manera aparente se hallan libres de ponderación.[134] Las definiciones estrechas de los derechos fundamentales siempre son el resultado de una ponderación, ya que se basan en razones a favor y en con-

---

128 Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 480. En términos similares en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Von Bogdandy, Armin, "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", *Common Market Law Review*, Alphen del Rin, Kluwer-Universidad de Leiden, vol. 37, núm. 6, 2000, p. 1332.

129 Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 482 y 488.

130 *Ibidem*, p. 488.

131 Lo mismo se ha criticado en relación con los intereses públicos. Véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3.

132 Es determinante la cuestión de si son dignas de prioridad la teoría estrecha o la amplia de los ámbitos de protección. Acerca del concepto de "teoría del ámbito de protección" y para distinguir los diferentes tipos de teorías estrechas del ámbito de protección *cfr.* Meister, *op. cit.*, nota 43, pp. 33, 35 y ss. Véase también, Klement, *op. cit.*, nota 1.

133 En lo siguiente, con demostraciones adicionales, también *cfr.* Meister, *op. cit.*, nota 43, pp. 113 y ss.

134 Alexy, *Theorie…*, *cit.*, nota 40, p. 290; *idem*, *Teoría…*, *cit.*, nota 40, p. 281.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

tra de una protección iusfundamental.[135] Greer aportó un ejemplo esclarecedor para esto en su discusión de la sentencia del caso *Wingrove v. UK*;[136] la cuestión en este caso fue que la vulneración de los sentimientos religiosos por una película crítica con la religión colisionaba con los artículos 9o. y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "The right to freedom of expression can plausibly be defined as excluding the right to cause gratuitous insult to religious […] sentiments, while the right to freedom of thought, conscience and religion can plausibly be defined as limited to protection only from gratuitously insulting criticism".[137]

De acuerdo con la aseveración de Greer, estas definiciones (estrechas) no se basan en la ponderación;[138] hay que refutar esta postura. Estando el derecho a la libre expresión (*Meinungsfreiheit*)* definido de manera que toda opinión se halle protegida, excepto aquellas que vulneren los sentimientos religiosos, tal definición se apoyaría sobre una ponderación de la libertad de expresión contra el derecho de las personas afectadas por la manifestación de una opinión.[139] Una definición amplia incluiría en el ámbito de pro-

---

135 *Cfr.* Alexy, *A Theory*…, *cit.*, nota 40, p. 208; *idem*, *Theorie*…, *cit.*, nota 40, p. 289; *idem*, *Teoría*…, *cit.*, nota 40, pp. 279 y 280.

136 TEDH, *Wingrove v. The United Kingdom*, núm. 17419/90, fondo, 25 de noviembre de 1996.

137 Greer, *op. cit.*, nota 9, p. 424 ("el derecho a la libertad de expresión puede plausiblemente definirse como excluyente del derecho a causar insulto gratuito a los sentimientos… religiosos, mientras que el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión puede plausiblemente definirse como limitado sólo a proteger frente a la crítica gratuitamente insultante"; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

138 *Idem*.

* En alemán, la libertad de expresión es designada con las locuciones "libertad de opinión" (*Meinungsfreiheit*) o de "manifestación de la opinión" (*Meinungsäußerungsfreiheit*), así como en inglés es mucho más frecuente decir "libre discurso" (*free speech*) que "libre expresión" (*free expression*). Pese a estas variaciones, no hay problema en convenir que a grandes rasgos todas denotan el derecho fundamental que esencialmente tutela que una persona comunique su pensamiento a otras (N. del T.).

139 Se trata de una teoría estrecha del ámbito de protección sobre la base de criterios no escritos, que se basa en la ponderación con valores constitucionales

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

tección iusfundamental, por lo menos *prima facie*, tales opiniones que vulneran los sentimientos religiosos de otro sujeto; por ello, quedaría expuesto el carácter ineludible de una ponderación, y esta se implementaría de forma abierta y comprensible en otro momento.[140]

En segundo lugar, las definiciones estrechas son opacas. Las ponderaciones tienen lugar en lo oculto;[141] por ende, no son comprensibles ni criticables. Esto conduce a un déficit de transparencia y racionalidad de la argumentación jurídica.[142] En cambio, las definiciones amplias se obtienen mediante la interpretación del texto del respectivo derecho fundamental, sin que de hecho en este punto se consideren intereses contradictorios; éstos se ajustarán separadamente en el marco de la ponderación. Por lo anterior, la argumentación se vuelve transparente, racional y comprensible.

En tercer lugar, las definiciones estrechas son problemáticas en cuanto a su estructura. La calidad diferenciable de los grados de examen del ámbito de protección y la justificación se restringen de manera dudosa,[143] ya que las ponderaciones son ubicadas dentro del ámbito de protección.[144] En este sentido,

---

contrarios. Para este planteamiento y similares pareceres divulgados en Alemania, *cfr.* Meister, *op. cit.*, nota 43, pp. 94 y ss. Janneke Gerards y Hanneke Senden insisten en que sería posible excluir, sin ponderar, el *hate speech* del ámbito de protección de la libertad de expresión en "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 7, núm. 4, octubre de 2009, p. 628.

140 Rivers, *op. cit.*, nota 9, p. 190.

141 Kahl, Wolfgang, "Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 131, núm. 4, octubre de 2006, p. 606, n. 157.

142 *Idem*.

143 Gerards y Senden, *op. cit.*, nota 139, p. 627.

144 Meister, *op. cit.*, nota 43, pp. 115 y 116; Höfling, Wolfram, "Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts", en Muckel, Stefan (ed.), *Kirche und Religion im sozialen Staat.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

se confunden el contenido de los derechos y sus restricciones; el examen iusfundamental obviamente pierde así capacidad para diferenciar;[145] en cierto modo, ambas facetas han de separarse en el aspecto lógico, ya que conciernen a diferentes maneras de proceder. El contenido de los derechos se obtiene mediante la interpretación del texto del respectivo derecho fundamental, y los intereses opuestos no encuentran ninguna consideración en este punto;[146] éstos se tomarán en cuenta hasta el marco de la justificación, en el contexto de la ponderación que se da dentro del examen de proporcionalidad. Las definiciones estrechas mezclan esta separación estricta, resultante de puntos de vista lógicos y razones de claridad metódica; la argumentación se torna desestructurada y opaca.[147] En cambio, las definiciones amplias tienen ventajas metodológicas: el ámbito de protección de un derecho fundamental se obtiene exclusivamente mediante interpretación, y los intereses opuestos son tratados aparte en el marco de la ponderación.

Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, pp. 336 y 337; Huber, Peter M., "Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?", *Juristenzeitung*, Tubinga, Mohr Siebeck, año 58, 2003, p. 293; Kahl, Wolfgang, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik", *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 43, núm. 2, febrero de 2004, p. 192; Weiß, Wolfgang, recensión de Benjamin Rusteberg: "Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 134, núm. 4, octubre de 2009, p. 621.

[145] Möllers, Christoph, "Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG", *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich-Fráncfort del Meno, C. H. Beck, núm. 28, 2005, p. 1977; Kahl, *op. cit.*, nota 141, p. 611.

[146] Meister, *op. cit.*, nota 43, p. 116.

[147] Höfling, Wolfram, *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, pp. 172, 174 y 175. En sentido parecido: Von Arnauld, *op. cit.*, nota 40, p. 87.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

En cuarto lugar, las definiciones estrechas conducen a la inseguridad jurídica. Como se basan en ponderaciones, el ámbito de protección de los derechos fundamentales se determina en cada caso particular con dependencia en la ponderación. Según con qué amplitud se incluyen los intereses opuestos en la ponderación en el plano del ámbito de protección, caso por caso varía el alcance protector del derecho fundamental; éste depende particularmente del correspondiente operador jurídico; en esta medida, dicho alcance ya no es previsible.[148] Por el contrario, las definiciones amplias definen el contenido del derecho sin considerar intereses opuestos; el alcance protector *prima facie* del derecho será amplio, independientemente del caso particular, y por ende previsible y determinado con seguridad jurídica; se averiguará abierta y comprensiblemente si existe protección definitiva hasta un segundo paso, de la mano de ponderaciones.

En quinto lugar, las definiciones estrechas reducen la carga de la argumentación estatal de manera preocupante para un Estado de derecho.[149] Con las definiciones estrechas puede negarse el ámbito de protección iusfundamental sencillamente anotando que determinada conducta no se comprende en él; se verían así las más o menos parciales posibilidades de restricción (*Beschränkungsmöglichkeit*) como delimitaciones (*Beschränkung*) del ámbito de protección.[150] Este proceder es subjetivo, arbitrario y manipulativo;[151] puede negarse el ámbito de protección iusfundamental sin tener que exponer justificaciones sustantivas para ello; existe un déficit de justificación.

---

[148] Höfling, *op. cit.*, nota 144.

[149] Kahl, *op. cit.*, nota 144, pp. 189 y ss.; *idem*, *op. cit.*, nota 141, pp. 610 y 611. Para lo anterior, véase la representación gráfica de las decrecientes cargas de la argumentación en la aplicación de teorías estrechas del ámbito de protección en Meister, *op. cit.*, nota 43, p. 121.

[150] Para tal planteamiento de la *limitation as specification* véase Webber, *op. cit.*, nota 27, pp. 123 y ss. Véase la crítica a esta posición en la recensión de la última obra por Julian Rivers en *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, núm. 1, 2011, p. 215.

[151] Kahl, *op. cit.*, nota 144, pp. 191 y 192.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

En sexto lugar, lo anterior promueve la arbitrariedad judicial. La comprobabilidad de la decisión se reduce en razón de la deficiente justificación. Las definiciones amplias, en cambio, se preocupan de que exista una vasta protección *prima facie*;[152] de esta manera, al máximo posible se evitan lagunas en el sistema protector de los derechos fundamentales;[153] todas las intervenciones tienen que resistir un control en el plano de la justificación.[154] El Estado se halla sujeto a una amplia obligación de justificar toda acción que disminuya la libertad, y de que siempre se apliquen las precauciones del Estado de derecho, como las del principio de proporcionalidad. Esto impide la arbitrariedad judicial; por ende, son preferibles las definiciones amplias de los derechos fundamentales.

---

[152] Kumm, "Political Liberalism…", *cit.*, nota 6, p. 141: "subject practically all acts of public authorities that affect the interests of individuals to proportionality review".

[153] Cohen-Eliya y Porat, *op. cit.*, nota 5, pp. 477 y ss.

[154] Para el aspecto de que el principio de proporcionalidad funda un deber estatal de justificar las intervenciones en los derechos fundamentales, *cfr. ibidem*, p. 463, y Kumm, "The Idea of Socratic Contestation…", *op. cit.*, nota 6, pp. 168 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas