

CAPÍTULO CUARTO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA. PRINCIPALES CRÍTICAS Y ALGUNAS RESPUESTAS DESDE LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL

I. RECAPITULACIÓN

Hasta este nivel de la investigación se puede decir que ya se han recorrido las condiciones de aparición, desarrollo teórico y situación actual de la argumentación jurídica de corte principalista. De esta manera, se detallaron las condiciones de aparición al abordar el neoconstitucionalismo. El desarrollo teórico se trató cuando se mostraron las diversas teorías de la argumentación jurídica con matrices principalistas. Por su parte, sobre la situación actual o, mejor, práctica argumentativa, se presentó un capítulo en el que se analizaron diversos casos considerados paradigmáticos; además de ello, se mostró con cierto detalle la conceptualización, las características y las formas de operar de los principios jurídicos, así como sus diferencias con las reglas jurídicas; asimismo, se aclaró que el tipo de principios a los que se dirigiría principalmente la presente investigación serían los derechos fundamentales.

Bajo este contexto, se está en posibilidad de presentar y detallar las principales objeciones que se han formulado en contra del método de ponderación de principios en el derecho, las cuales se asumen como objeciones dirigidas a la argumentación jurídica principalista. Así, una vez exhibidas dichas objeciones, se estará en condiciones de mostrar los resultados a los que se llegó con la presente investigación; es decir, respuestas específicas y prácticas a las críticas que pesan sobre la argumentación jurídica principalista; ello, a fin de contribuir con el desarrollo general de la misma. Con mucho, éstos son los temas en los que se centrará el presente capítulo.

Previamente a desarrollar dichas cuestiones, en el siguiente punto se abordará la importancia teórica que comporta para el desarrollo del mismo derecho la atención de las objeciones y críticas a la argumentación jurídica de corte principalista, a las que desde ahora se les podría decir que sus intentos por derribar a su adversario han sido fallidos.

II. LA IMPORTANCIA TEÓRICA EN LA ATENCIÓN A LAS CRÍTICAS Y OBJECIONES A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA

Es innegable que cualquier tipo de crítica a las manifestaciones del derecho debería merecer cierto tipo de respuesta. Ello, a fin de contribuir al mismo desarrollo del fenómeno jurídico. La peor reacción ante tales circunstancias sería que no se dijera o hiciera algo. Así, se estima que en el quehacer diario no sólo de los teóricos del derecho, sino de los practicantes del mismo, debe estar presente el tratar de atender los inconvenientes y obstáculos que enfrenta su campo de estudio en sus distintos escenarios.

Bajo este sendero, la importancia en la atención a las críticas formuladas a la argumentación jurídica principalista se torna necesaria, a fin de mantener vivo y propiciar el mejor desenvolvimiento del mismo derecho. Sobre ello, se ha identificado en el contexto de la teoría jurídica la relevancia que comporta la atención de las objeciones sobre dicha argumentación, como se referirá en adelante.

1. *La importancia en el campo de la teoría jurídica*

Es criterio compartido entre los teóricos del derecho pensar en la crisis del positivismo jurídico,³⁷² la cual se generó, como se conoce, por la inclusión de los principios en las Constituciones, lo que se traduce en una relación “necesaria” entre el derecho y la moral, relación que bajo los postulados de positivismo jurídico no se pudo explicar; de ahí el origen de la crisis. Más aún, actualmente casi nadie puede negar una evolución en el orden jurídico, un paso del imperio de la ley al imperio de la Constitución, la cual, más que contener reglas de organización del Estado o declaraciones de buenas intenciones, contiene principios que guían y sustentan las leyes que conforman el sistema jurídico, pero dicha evolución no debe asimilarse como una sustitución de la ley a una súper ley llamada Constitución, sino que representa un cambio radical en la concepción que sobre la legalidad se tenía bajo el positivismo jurídico.

La legalidad desde el positivismo jurídico era comprendida como fin en sí mismo; sin embargo, con la evolución del derecho, acaecida principal-

³⁷² Desde luego que con la expresión “crisis del positivismo” jurídico no se quieren referir las cuestiones de inflación legislativa, anomia jurídica (incumplimiento de la ley) o pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, que se identifican en la doctrina tradicional con la llamada crisis de la ley, ya que dichos temas son por mucho ajenos a los propósitos de la presente investigación.

mente a partir de la segunda mitad del siglo XX, la legalidad se entiende como un medio para alcanzar valores que fundamentan los principios positivizados. De ahí que se hable de un perfeccionamiento de la clásica legalidad, que sometía la ley únicamente a vínculos formales, lo que se modifica con la consignación de principios en las Constituciones, al someterla así a vínculos sustanciales.³⁷³

Bajo este pasaje, es evidente que en el terreno de la teoría jurídica actual existe cierto descontento con respecto a los postulados de la corriente de pensamiento jurídico dominante, derivado de la incapacidad de éstos en explicar de manera convincente las implicaciones morales de las nuevas piezas del derecho.³⁷⁴

De esta forma, si se recuerda que la argumentación jurídica principalista viene a materializar la evolución jurídica que ha sido descrita con la inclusión de los principios en las Constituciones, se comprende que la misma a su vez propicia la construcción de teorías jurídicas no formalistas (tal y como lo es la teoría del neoconstitucionalismo), que puedan explicar de mejor forma la situación que se tiene en el fenómeno jurídico. Por ello, la importancia que representa para la teoría jurídica la atención de las objeciones al método de ponderación, pues así se contribuye a mantener vigente la posibilidad de generar nuevas teorías jurídicas, las cuales en última instancia nutren el desarrollo del derecho mediante su sistematización, descripción y explicación.

De ahí que, por ejemplo, en una de sus más recientes obras el profesor español Josep Aguiló Regla haya señalado que la expansión que ha tenido recientemente la argumentación jurídica no es una cuestión de moda, sino que está relacionada con la crisis del formalismo jurídico generada bajo el constitucionalismo.³⁷⁵

³⁷³ González Ordovás, María José, *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 104 y 105.

³⁷⁴ Se debe recordar que algunos positivistas (por ejemplo, el propio Hart, David Lyons, Philip Soper y Coleman) intentaron dar cuenta del papel de los principios en el derecho, concluyendo que efectivamente existe una relación entre el derecho y la moral, pero de forma contingente, no necesaria; otros positivistas la han negado recurriendo a la idea de autoridad (Joseph Raz). Así, piénsese en el debate teórico entre el positivismo incluyente *versus* positivismo excluyente. Con independencia de las defensas débiles o fuertes al positivismo jurídico, lo que sí se puede afirmar es que los postulados del mismo encuentran dificultades al hablar de principios, por ello su crisis. Para mayor análisis, véase Navarro, Pablo E. y Redondo, María Cristina (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, y Waluchow, Wilfrid J., *op. cit.*

³⁷⁵ Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008, pp. 64 y 65.

Con todo, se considera que la importancia teórica descrita se explica de mejor forma si se consideran las principales diferencias que presentan los postulados del positivismo jurídico con respecto a los postulados del constitucionalismo, en el siguiente punto ése será el cometido.

2. Algunas diferencias entre los postulados del positivismo jurídico con relación a los postulados del constitucionalismo³⁷⁶

A. Sobre el tipo de deliberación

a. Positivismo

Derivado de que las reglas jurídicas relacionan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica de forma cerrada, en la aplicación de las mismas no se requiere de ningún tipo de deliberación práctica, pues la idea que prevalece es la de tipicidad.

b. Constitucionalismo

Se propicia en todo momento una deliberación práctica por parte de los decisores, ya que éstos operan con normas sumamente abiertas. De ahí que algunos autores en el contexto internacional hayan afirmado que de hecho en el razonamiento legal los principios se han convertido en el formato legal esencial de un derecho global contemporáneo.³⁷⁷

B. Sobre las formas de discurso

a. Positivismo

El discurso en la aplicación del derecho es único; es decir, sólo jurídico. Si se emiten otro tipo de discursos se está ya en un campo político o moral,

³⁷⁶ A lo largo del presente numeral se rescatarán y resumirán varias de las interesantes distinciones que sobre dichas teorías efectuó el profesor español Josep Aguiló. Véase Aguiló Regla, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, pp. 669-675, en <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=35429&portal=4>.

³⁷⁷ Tousseau, Guillaume, *The interpretation of national constitutions by international judges*, p. 21. Trabajo presentado en el seminario WG Hart Legal Workshop 2010 Comparative Perspectives on Constitutions: Theory and Practice, celebrado del 29 de junio al 1o. de julio de 2010 en el Institute of Advanced Legal Studies, Londres, Inglaterra.

los cuales sólo se presentan al momento de crear las normas, pero no en su aplicación. Así, las operaciones de creación y aplicación del derecho son fundamentalmente opuestas.

b. Constitucionalismo

Existe una imbricación entre los discursos político, moral y jurídico. En primer lugar, porque el razonamiento de los legisladores se torna a la vez jurídico, ya que las leyes que crean deben concretar y mirar hacia los derechos fundamentales, y en segundo lugar, porque la justificación judicial incorpora consideraciones tanto morales como políticas al operar con ideales como son los derechos fundamentales. En este sentido, el propio Raz ha reconocido que los jueces usan argumentos morales, sociales y cualquier otro tipo de consideraciones no legales, aunque no sólo esta clase de argumentos, cuando crean, innovan o desarrollan el derecho.³⁷⁸

C. Sobre la validez de las normas

a. Positivismo

Las normas jurídicas son válidas y existen si son formuladas cumpliendo con el procedimiento previamente fijado para ello. Así, el mismo derecho se relaciona con la forma; en otras palabras, las normas jurídicas existen con independencia de sus contenidos.

b. Constitucionalismo

La validez de las normas no sólo depende de que cumplan con el proceso de creación de las mismas previamente formulado, sino que además deben cumplir con criterios sustantivos; es decir, con los ideales contenidos en las Constituciones. Así, la validez material de las normas jurídicas se mide por la conformidad de sus contenidos con dichos ideales, lo que resulta relevante en el contexto de las actuales sociedades democráticas. De esta forma, es muy probable que existan normas jurídicas válidas desde el ámbito formal, pero inválidas desde una óptica material; con todo, el ideal regulativo es generar normas válidas bajo ambas racionalidades.

³⁷⁸ Raz, Joseph, *The authority of law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 49.

D. *Sobre el papel del científico del derecho*

a. Positivismo

El papel del científico del derecho se concibe más limitado, ya que el mismo se concentra en observar y describir el lenguaje prescriptivo de las normas, aunque cabe señalar que con ello logra convertir los enunciados prescriptivos de las normas que carecen de valor de verdad en enunciados descriptivos susceptibles de ser catalogados como verdaderos o falsos.

b. Constitucionalismo

En el terreno del constitucionalismo, el científico del derecho no sólo se contenta con describir el lenguaje de las normas, sino que tiene una función más activa, como lo es el tratar de mejorar el fenómeno jurídico mediante sus investigaciones y descripciones. En otras palabras, el papel que juega el científico no es de simple espectador, sino más bien de un actor protagonista en la representación del derecho.

E. *Sobre la enseñanza del derecho*

a. Positivismo

En el contexto del positivismo, estudiar derecho implica principalmente aprender el lenguaje prescriptivo objetivado en las normas jurídicas. Así, se piensa que mientras más lenguaje prescriptivo se conoce, mejor se puede enseñar derecho. Sin exagerar, se podría decir que muchos juristas son reconocidos en nuestro país por su amplio conocimiento en el contenido de las leyes; sin embargo, se les debería decir que no se sientan tan seguros de su entendimiento sobre el fenómeno jurídico, ya que como lo apuntó hace muchos años Von Kirchmann: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.³⁷⁹

b. Constitucionalismo

La enseñanza del derecho se torna más compleja en el sendero del constitucionalismo, ya que se tiene que operar con nuevas piezas, como son los

³⁷⁹ Kirchmann, J. H. von, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 54.

principios jurídicos. De esta forma, la comprensión del fenómeno jurídico no sólo queda definido por el conocimiento de las reglas, sino que implica el conocimiento de éstas bajo el contexto de los principios, y más aún: la enseñanza se orienta a la generación de esquemas que contribuyan a la resolución de controversias de forma ampliamente justificada.

3. A manera de epílogo

El análisis de las primordiales diferencias entre los postulados del positivismo jurídico con los del constitucionalismo ayudan a resaltar la relevancia en la atención a las críticas a la argumentación jurídica principalista, ya que la misma surge dentro del contexto de una teoría jurídica de naturaleza no formalista, la cual maximiza el espectro del fenómeno jurídico, pues, por ejemplo, como se observó, bajo el contexto del constitucionalismo las fronteras del derecho se difuminan y el campo de acción y alcance que tienen los operadores jurídicos se amplía, lo que disminuye la brecha que existe entre la realidad cambiante y el formalismo jurídico homogéneo, el cual de hecho se preocupa por el mero cumplimiento de la ley, dejando fuera otros criterios relevantes para la justificación judicial.

De esta manera, es evidente que derivado de la relación existente como antecedente-consecuente entre el constitucionalismo y la argumentación jurídica de corte principalista, cualquier intento por resolver las problemáticas del consecuente se trasladan a la vez al antecedente. Así, se puede concluir que al solventar problemas que presenta la práctica argumentativa se contribuye en gran medida a fortalecer y desarrollar teorías jurídicas de corte no formalista, las cuales intentan atender las demandas sobre el establecimiento de nuevas posturas para la comprensión del actual fenómeno jurídico, de ahí la importancia que comporta para la teoría jurídica y para el mismo derecho en su conjunto cualquier intento por atender las críticas a la argumentación jurídica.

Hasta aquí con lo señalado respecto de la importancia teórica en la atención a las objeciones que se han formulado en contra del método de ponderación que utiliza la argumentación jurídica principalista. De esta forma, previo a presentar dichas objeciones, en lo que sigue se precisarán los principales elementos de la estructura de la ponderación, lo que ayudará a comprender de mejor manera las críticas a la multicitada argumentación.

III. ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN MATERIA DE LAS CRÍTICAS A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA

1. *Preludio*

En virtud de que las principales objeciones a la argumentación jurídica principalista se dirigen al método que la misma utiliza para aplicar los principios; esto es, la ponderación, cabría ahora resaltar algunos puntos sobre este mecanismo de aplicación de los derechos fundamentales.

De esta manera, si bien cuando se presentó la teoría de la argumentación de Robert Alexy se desarrollaron las ideas principales sobre la ponderación, cabe aclarar que no se resaltaron todas, en virtud de que metodológicamente se considera más adecuado abordarlas en este momento y como antecedente a las críticas de la ponderación, ya que ello permitirá contrastar de forma más sencilla y directa dicho método de aplicación de los principios con sus principales objeciones.

Como primer punto, hay que recordar que la ponderación es la metodología utilizada para aplicar los principios jurídicos; esto es, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Dichas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que, como señala Alexy, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.³⁸⁰

Para establecer esa *mayor medida posible* en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. Se presenta una colisión entre principios, por ejemplo, cuando los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte... La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*.³⁸¹

³⁸⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 86 y 87.

³⁸¹ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, p. 226, en <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15786&portal=4>.

Así, por ejemplo, para establecer la precedencia entre principios en tensión es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación; éstos son: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación, los cuales se desarrollarán en los siguientes puntos, elementos que constituyen nada menos que los componentes sobre los que descansan las principales objeciones a la argumentación jurídica de corte principalista.

2. *La ley de ponderación*

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de ponderación”, la cual ya se ha detallado en el presente trabajo. Ahora correspondería agregar que dicha ley posibilita que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso se establece el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en el segundo paso se fija la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido opuesto. En el último paso se tiene que precisar si la importancia de la satisfacción del principio contrario fundamenta la restricción del otro principio.³⁸²

En un sentido similar, basándose en un concepto de proporcionalidad para determinar la limitación de los derechos humanos, el profesor Andrew Clapham ha señalado que una decisión tomada está obligada a adoptar tres escenarios para determinar si la interferencia a un derecho humano representa una legítima limitación sobre lo concerniente al derecho. Los escenarios son los siguientes:³⁸³

- Existe un legítimo objetivo para la interferencia.
- La interferencia está establecida en una norma accesible y clara.
- Es la interferencia proporcional con la identificación legítima del objetivo y necesaria en una sociedad democrática.

Más allá de este interesante escenario de limitación legítima de los derechos, para Alexy el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica o de tres rangos. En dicha escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser leve,

³⁸² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 460.

³⁸³ Clapham, Andrew, *Human rights. A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 99 y 100.

medio o grave.³⁸⁴ Por poner un ejemplo: la afectación a la vida de un menor de edad, que se generaría porque sus padres evangélicos no permitieran una transfusión de sangre, podría estimarse como intensa, en virtud del peligro de muerte del menor. Por otro lado, la satisfacción de la libertad religiosa de los padres, que se ejercería mediante la oposición de ellos a la transfusión, podría medirse sólo como media o leve.³⁸⁵

Cabe señalar que el grado de afectación de los principios no es la única variable relevante para determinar si la satisfacción del otro principio justifica la afectación del primero. Una segunda variable es el “peso abstracto” de los principios relevantes. Dicha variable tiene su origen en el reconocimiento de que algunas veces uno de los principios puede comportar mayor importancia en abstracto, de conformidad con la concepción de los valores de determinada sociedad. De esta forma, ocasionalmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, ya que para poder ejercer la libertad es requisito previo el tener vida.³⁸⁶

De esta manera, el peso abstracto de un principio es el peso que se le fija en relación con otros principios, sin importar las circunstancias del caso concreto. Así, existen muchos principios de la Constitución que no se distinguen en su peso abstracto. Sin embargo, para Alexy, esto no ocurre con otros principios; por ejemplo, el mayor peso abstracto del derecho a la vida sobre el derecho a la libertad general de acción. Pese a ello, se debe aclarar que si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable se elimina de la ponderación; en otras palabras, el peso abstracto sólo tiene relevancia en la ponderación cuando los principios en tensión se distinguen en su peso abstracto, si los pesos son iguales, se contrarrestan mutuamente.³⁸⁷

A las anteriores variables se integra una tercera, que se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas. Ésta se identifica con la afectación que determinada medida imprime sobre los principios relevantes en casos concretos. La presencia de esta variable obedece a que las apreciaciones empíricas referentes a la afectación del principio en tensión pueden comportar un distinto grado de certeza, y por lo tanto existe una fluctuación del

³⁸⁴ Para Alexy, desde luego también es posible utilizar otras palabras o expresiones, como “reducido” o “débil” en lugar de “leve” y “alto” o “fuerte” en vez de “grave”. *Cfr.* Alexy, Robert, *Tres escritos..., cit.*, p. 70.

³⁸⁵ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, p. 228.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 228.

³⁸⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 470-472.

peso que se establezca al respectivo principio. De este modo, la afectación del derecho a la vida de la hija de los evangélicos deberá estimarse como intensa si existe seguridad de que perderá la vida al no ser ingresada a un hospital para la transfusión de sangre.³⁸⁸

3. La fórmula del peso

Se puede comenzar señalando que la fórmula del peso o de cociente contiene los siguientes factores: las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en tensión y los grados de certeza de los presupuestos empíricos acerca de la realización o no de los principios en colisión, ocasionados por la misma tensión. De esta manera, en una colisión entre dos principios el peso concreto de cada uno de los principios dependería de seis factores; esto es, tres por cada principio. Ahora bien, cabe advertir que dichos factores tienen utilidad en la fórmula del peso sólo cuando los pares de factores son incompatibles; por ejemplo, conforme a la escala triádica podrían representar los siguientes pares: grave-leve, grave-medio y medio-leve; por el contrario, si los pares representan coincidencia (leve-leve, medio-medio y grave-grave), se neutralizan.³⁸⁹

Pero ahondemos más sobre el esquema de la fórmula del peso o del cociente como la denomina también Alexy, para lo cual se utilizará la representación que de la misma hace el propio Carlos Bernal Pulido; ello, derivado de la sencillez de su explicación. De esta manera, la fórmula tendría la siguiente estructura:³⁹⁰

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

En donde:

- GP_i, jC : Representa el peso de los principios i y j en el caso concreto.

³⁸⁸ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, pp. 228 y 229.

³⁸⁹ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 481 y 482.

³⁹⁰ Si bien se ha encontrado mayor sencillez explicativa en la representación de la fórmula del peso que elabora Carlos Bernal Pulido en su artículo “Estructura y límites de la ponderación”, respecto de las propias anotaciones de Alexy sobre dicha fórmula, para mayor profundidad en el tema, véase *ibidem*, pp. 481-490. Con todo, la fórmula que se presenta en este trabajo ha sido obtenida de Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, p. 229.

Para el primer principio:

- *IPiC*: Representa la intervención o grado de afectación al principio i en el caso concreto.
- *GPiA*: Representa el peso abstracto del principio i.
- *SPiC*: Representa la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del principio i en el caso concreto.

Correlativamente, para el segundo principio:

- *WPjC*: Representa la importancia de la satisfacción o realización del principio j en el caso concreto.
- *GPjA*: Representa el peso abstracto del principio j.
- *SPjC*: Representa la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del principio j en el caso concreto.

En otras palabras, la fórmula señalaría que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso particular, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación y el producto de la importancia del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación.³⁹¹

De este modo, por ejemplo, el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto

³⁹¹ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, cit., p. 229. Como se puede apreciar, la fórmula del peso como elemento de la estructura de la ponderación tiene una amplia conexión con otro de los elementos de dicha estructura; esto es, con la ley de ponderación, la cual, como se sabe, señala que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de” uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de satisfacción del otro. Por otra parte, cabe notar que para Alexy la seguridad de los presupuestos empíricos expresados en la fórmula del peso se relacionan con el significado que determinada medida tenga en el caso concreto para la no realización de un principio y la realización del otro. De hecho, se debe recordar que Alexy entiende que en cuanto principios, los derechos fundamentales exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención sea mayor cuanto más intensa sea la intervención en el derecho. Esta exigencia nos conduce a la segunda ley de ponderación, mejor conocida como ley epistémica de la ponderación, la cual señala que “cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan”. Para un profundo análisis de estos temas, véanse las siguientes obras: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 487 y 488, así como Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, pp. 92-94.

de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa ($IPiC = 4$), al igual que su peso abstracto (¡se trata de la vida!) ($GPiA = 4$) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) ($SPiC = 1$). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media ($WPjC = 2$), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) ($GPjA = 2$) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) ($SPjC = 1$).

En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la vida y a la salud de la niña arrojaría los siguientes resultados:

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

De forma correlativa, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente:

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

Así se llegaría entonces a establecerse que la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres —satisfechos sólo en 0.25— no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña —afectados en 4—. Estos últimos derechos tendrían que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.³⁹²

Con lo destacado hasta este momento sobre la fórmula del peso de Alexy cabría ahora esquematizar la misma con un ejemplo tomado del contexto cultural mexicano. Para ello se utilizará la representación que se desarrolló recientemente de la fórmula del peso bajo la expresión “ponderación numérica”, en los términos que en el siguiente inciso se precisará.

³⁹² Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, p. 230.

La ponderación numérica

En esta etapa de la investigación ya se conoce que con el objetivo de facilitar el balance o comparación entre los principios o bienes a ponderar; esto es, al aplicar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se utiliza la ley de ponderación desarrollada por Alexy, lo que posibilita la asignación de valores numéricos a ciertos elementos, a fin de poder calcular y contrastar el grado de afectación de un principio y el grado de importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Esto es precisamente lo que se puede entender por ponderación numérica, la cual no viene a ser más que la representación de la fórmula del peso de Alexy y de la conocida escala tríadica o de tres valores: leve (1), medio (2) y grave (4).³⁹³

Bajo este contexto, hay que decir que recientemente en México Héctor Orduña Sosa,³⁹⁴ retomando dicho modelo y algunas de las enseñanzas del profesor Carlos Bernal Pulido, ha propuesto cuatro pasos que podrían seguir los jueces constitucionales mexicanos al efectuar una ponderación de principios, en los siguientes términos:³⁹⁵

Paso 1. Determinar el valor del grado de intensidad en la afectación del derecho fundamental producido por el acto reclamado, el cual se obtiene del resultado de la multiplicación de los siguientes valores que se asignen a los consecuentes tres parámetros:

- a) Intensidad con la que es afectado el derecho fundamental (ia).
- b) Peso abstracto o importancia que tiene el derecho fundamental en una determinada concepción de valores de una sociedad (pd).
- c) Seguridad de que se produzca la afectación al derecho fundamental (sa).

³⁹³ Orduña Sosa, Héctor, *Interpretación constitucional. Una aproximación a las tendencias actuales*, México, Porrúa-Instituto de la Judicatura Federal, 2010, p. 129.

³⁹⁴ Dicho autor se centra en analizar el principio de proporcionalidad como un esquema de razonamiento que permite determinar si existe una afectación ilegítima de un derecho fundamental, para lo cual habla de dos etapas en el mismo: la etapa 1, referida a la verificación de que el acto de autoridad afecte un derecho fundamental; la etapa 2, relativa a la verificación de los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad; para ello divide dicha etapa en tres fases: la fase 1 para el subprincipio de idoneidad; la fase 2 para el subprincipio de necesidad, y la fase 3 para el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. De todo este esquema del principio de proporcionalidad, lo que será de interés y se desarrollará en adelante son los pasos contenidos sólo en la fase 3; no obstante, para un mayor abundamiento sobre esta metodología, véase *idem*.

³⁹⁵ Aquí sólo se presentará un resumen de dichos pasos; sin embargo, los mismos se desarrollan detenidamente en *ibidem*, pp. 130-134.

De esta manera, el grado de afectación del derecho fundamental sería el resultado de multiplicar: (ia) x (pd) x (sa).

A fin de obtener el valor del grado de afectación del derecho fundamental, Orduña Sosa utiliza como ejemplo la medida administrativa relativa a la suspensión de actividades de los establecimientos mercantiles con motivo de la influenza, así realiza el siguiente ejercicio de valoración:

A la (ia) le asigna un valor de 2, porque considera que la afectación tiene una intensidad media, ya que si bien impide la apertura de los establecimientos comerciales, dicha prohibición es temporal y de corta duración.

Al (pd) le asigna un valor de 2, porque si bien se trata de la libertad de comercio, la misma no protege directamente la vida o integridad de las personas.

A la (sa) le asigna un valor de 4, ya que el cierre de los establecimientos mercantiles es inminente, con el riesgo de la imposición de sanciones por desobediencia.

Por lo tanto, el grado de afectación del derecho fundamental (Gad) es de 16, puesto que la multiplicación de (ia) x (pd) x (sa) o, mejor, 2 x 2 x 4 nos da dicho resultado.

Así, una vez obtenido el valor del grado de intensidad en la afectación del derecho fundamental, se pasaría al siguiente paso, el cual dicho autor explica de la siguiente manera:

Paso 2. Determinar el valor del grado de importancia de la satisfacción del fin mediato perseguido por el acto reclamado, el cual se integra a partir de la multiplicación de los valores asignados a los siguientes elementos:

- a) Intensidad con la que se logra la satisfacción del fin mediato buscado por el acto reclamado (is).
- b) Peso abstracto del fin mediato perseguido por el acto reclamado (pf).
- c) Seguridad con la que el acto satisfará el fin mediato (ss).

De esta forma, el grado de importancia de la satisfacción del fin mediato será el resultado de (is) x (pf) x (ss).

Con el mismo ejemplo de la suspensión de actividades de los establecimientos mercantiles, Orduña Sosa obtiene el grado de importancia de la satisfacción de la siguiente manera:

A la (is) le asigna un valor de 4, ya que tiene una intensidad elevada, puesto que esa medida buscó reducir el contagio de una enfermedad grave, y de esta forma controlar el riesgo latente de que se produjera una epidemia.

Al (pf) le asigna un valor de 4, pues la medida buscaba la protección de la salud de los miembros de la comunidad; en otros términos, la protección de su vida e integridad.

A la (sf) le da un valor de 2; esto es, lo estima medio, porque si bien el cierre de los establecimientos es una medida de aislamiento social que pudo disminuir el contagio de la enfermedad, no hubo evidencia empírica de su verdadera eficacia.

Por lo tanto, el grado de satisfacción del fin mediato perseguido por el acto reclamado es de 32, puesto que (is) x (pf) x (sf) o $4 \times 4 \times 2$ nos da como resultado dicha cantidad.

Una vez obtenidos los dos valores, se estaría —señala Orduña Sosa— en condiciones de efectuar el siguiente paso:

Paso 3. Comparar los valores determinados en los pasos precedentes, que no es otra cosa que comparar los valores obtenidos al determinar el grado de afectación del derecho fundamental y el grado de satisfacción del fin mediato. Así, dependiendo de cuál sea mayor, será el resultado del ejercicio de la ponderación. Por ello, en el ejemplo planteado, al tener un valor mayor el grado de satisfacción del fin mediato (32) respecto del valor del grado de afectación del derecho fundamental (16), se puede concluir que el acto reclamado es una restricción legítima a la libertad de comercio.

El último paso planteado por dicho autor se refiere a la generación de una regla como resultado de la ponderación. Así, el mismo se explica como sigue:

Paso 4. Construir una regla o criterio de prioridad condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo. Aquí se trataría de diseñar una solución para el caso concreto y para casos futuros idénticos y análogos.

Este paso viene a reafirmar una de las propuestas que para atender las objeciones a la argumentación principalista se presentará con posterioridad en forma de catálogo de reglas, las cuales emanarán de los casos paradigmáticos analizados en la presente investigación. Por ahora basta con hacer notar que actualmente se está formando como criterio común el culminar el proceso de ponderación con la creación de reglas para la resolución de casos futuros, criterio que se comparte ampliamente.

Como se observa con dicha metodología, de naturaleza matemática, se estaría en condiciones de saber si se está restringiendo un principio o derecho fundamental de forma legítima o no; sin embargo, como se verá en las críticas a la argumentación jurídica principalista, el problema de dicha metodología está en los parámetros que utilizarían los jueces para decidir sobre el valor numérico que deben asignarle a cada elemento que integra la

operación. Así, algunas de las preguntas a contestar serían: ¿cómo conocer que debemos asignarle un valor numérico de 2 y no de 3 a la intensidad con que es afectado un derecho fundamental?, o ¿cómo saber que la realización de un derecho fundamental tiene una intensidad de satisfacción media o valor numérico de 2 en vez de una intensidad elevada o valor numérico de 4? Pese a ello, como se verá en la parte propositiva de la investigación, existen elementos que en alguna forma pueden contribuir a resolver dichas cuestiones.

Por ahora se puede adelantar que a fin de evitar un cierto tipo de arbitrariedad en la asignación de valores, se tendría en todo caso que recurrir a la propia argumentación; esto es, el juez constitucional debe presentar y justificar con el mayor número de razones el establecimiento o elección de valores numéricos que le asigna a cada elemento de la ponderación, los cuales deben en todo momento responder a una concepción del mayor respeto de los derechos fundamentales o, mejor, de una amplia justificación en su restricción. Eso es lo que como mínimo se esperaría de los jueces mexicanos que ponderen principios, los cuales no pueden renunciar a su papel constructivo en los Estados constitucionales democráticos como el que se tiene y se sigue conformando en el país.

El anterior comentario obedece a que finalmente la cuestión de la ponderación se centra, si queremos utilizar valores numéricos, en sustentar su elección; ello, a fin de evitar caer en una de las más férreas críticas al método de ponderación; esto es, la acusada arbitrariedad en la construcción de las decisiones jurídicas principalistas. Con todo, en el numeral IV del presente capítulo se desarrollarán con detenimiento, entre otras, las críticas a los límites de la ponderación.

Por último, no se debe perder de vista que la exposición de la esquematización que Orduña Sosa realiza de la fórmula del peso de Alexy, resulta interesante para la presente investigación no por la posible utilización de una operación matemática para resolver una colisión de principios, sino más bien por la señalada compatibilidad del paso 4 con la formulación de criterios de prioridad que se propondrán en este trabajo.

4. Las cargas de la argumentación

El último elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación, de las cuales ya se ha hablado en la presente investigación; ahora sólo cabría precisar que las mismas se pueden utilizar cuando existe un empate entre los principios que se siguen de la aplicación de la fórmula del

peso; esto es, cuando los pesos de los principios son iguales. En el esquema esbozado dicho empate se representaría como: $GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$.

O más detalladamente como sigue:

- a) leve-leve = 1-1 = 0
- b) medio-medio = 2-2 = 0
- c) intensa-intensa = 3-3 = 0

En donde:

- a) Se refiere a la intervención y la importancia de los principios en tensión, respectivamente.
- b) Se refiere al peso abstracto de los principios en colisión.
- c) Representa la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la intervención de los principios en tensión.

Es evidente entonces que en caso de empate el método de ponderación no presenta ningún resultado, puesto que dicho empate se define como aquel en el que ninguno de los principios puede resultar victorioso frente a otro. Pese a ello, existen las cargas de la argumentación para algunos principios.³⁹⁶

Así, por ejemplo, Alexy, citado por Carlos Bernal, defiende la existencia de cargas argumentativas a favor, por ejemplo, de la libertad e igualdad jurídicas. Dichas cargas de argumentación implicarían que los principios de libertad e igualdad tendrían preferencia sobre cualquier otro principio inverso, salvo que se esbozaran mejores razones para sustentar lo contrario. En otras palabras, cuando los principios divergentes a la libertad e igualdad jurídicas contaran con un peso igual a éstos, la preferencia debería caer en la libertad y en la igualdad jurídica; es decir, el posible empate jugaría a su favor.³⁹⁷

Con todo lo señalado sobre los elementos de la estructura de la ponderación, se está ahora en posibilidad de esbozar algunas de las críticas a la ponderación en general. En este sentido, siguiendo la terminología de Bernal Pulido, se ha dispuesto dividir en tres partes las principales objeciones a la argumentación jurídica principalista a fin de facilitar su exposición. Así, la primera se presentará como la irracionalidad de la ponderación; la segunda, como los límites de la ponderación, y la última, como la afectación del principio democrático. En adelante, el desarrollo de dichas objeciones será el primordial cometido.

³⁹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 477 y 480.

³⁹⁷ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, cit., p. 231.

IV. PRINCIPALES OBJECIONES AL MÉTODO DE PONDERACIÓN QUE SE UTILIZA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA

1. *La irracionalidad de la ponderación*

Los críticos de la argumentación jurídica principalista (piénsese en Javier Jiménez Campo, Francisco Laporta, Schlink o el mismo Habermas) consideran que la misma y su método de ponderación suponen un retroceso civilizatorio, ya que dan entrada a la arbitrariedad y el decisionismo en la aplicación del derecho, socavando con ello las bases de la seguridad jurídica.

De esta forma, para dicho grupo de críticos, la aplicación de los derechos fundamentales como principios mediante el juicio de ponderación es irracional. Así, por ejemplo, Jiménez Campo (citado por Carlos Bernal Pulido) considera que la ponderación no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico.³⁹⁸

En el mismo sentido, para Schlink, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, o, lo que es lo mismo, en la ponderación, en definitiva, sólo se impone la subjetividad de quien la lleva a cabo. Así, las operaciones de valoración, en definitiva, sólo pueden realizarse de forma decisionista. Parece entonces que Schlink, en palabras de Robert Alexy, descree que sea posible realizar juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y sobre el grado de importancia de los principios que juegan en sentido contrario.³⁹⁹

Por su parte, Habermas ha señalado que la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa de manera discrecional o arbitraria o conforme a estándares a los que se está acostumbrado. De ahí que haya llegado a afirmar que como los bienes jurídicos (piénsese en los derechos fundamentales) carecen de unidades de medida unívocamente aplicables, no es de gran utilidad el tipo de ponderación que en términos de un modelo economicista de fundamentación ha propuesto Robert Alexy en su teoría de los derechos fundamentales.⁴⁰⁰

En este sentido, cabe mencionar que el mismo Alexy ha sintetizado las críticas de Habermas en los siguientes términos: “los derechos fundamentales

³⁹⁸ Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 278, en <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=35322&portal=4>.

³⁹⁹ Alexy, Robert, *Tres escritos..., cit.*, pp. 66 y 67.

⁴⁰⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 5a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008, p. 332.

primero se debilitan al transformarse en mandatos de optimización y luego amenazan con desaparecer en la vorágine de la ponderación irracional”.⁴⁰¹

Por otro lado, recuérdese que para el propio Peczenick el último acto del proceso de ponderación se basa en preferencias y sentimientos personales, por lo que en última instancia el decisor es libre para determinar el mejor equilibrio entre los principios en tensión.⁴⁰²

Bajo estas preliminares ideas, se puede decir (siguiendo las anotaciones de Bernal Pulido) que las objeciones desplegadas en contra de la racionalidad de la ponderación derivan principalmente de la indeterminación conceptual, la incomparabilidad e incommensurabilidad de los principios, y de la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.⁴⁰³

A. La indeterminación conceptual

Esta objeción refiere que la ponderación es un mero esquema retórico, ya que la misma no cuenta con una estructura jurídica particular ni con parámetros conceptuales claros. Por ello se señala que no puede ser objetiva. Además, los jueces no cuentan con criterios vinculantes al momento de ponderar principios. En este sentido, se ha llegado a afirmar que la ponderación es un modelo vacío que se integra con las meras apreciaciones personales de los jueces. Dichas apreciaciones constituyen la balanza con la que ponderan. Así, la objeción concluye que la ponderación jamás podrá ofrecer una única respuesta correcta a los casos particulares, sino varias y divergentes.⁴⁰⁴

B. La incomparabilidad y la incommensurabilidad de los objetos que se ponderan

La presente objeción, la cual puede ser dividida en dos partes, señala, en primer lugar, que el método de ponderación es irracional, porque envuelve la comparación de dos principios que debido a sus enormes diferencias o específicas particularidades no son comparables. En segundo lugar, refiere que la incommensurabilidad se manifiesta en la ponderación, porque no se tiene una jerarquía de los principios o derechos fundamentales que se van a ponderar; esto es, no existen parámetros de medida que determinen el peso que debe corresponderles en cada caso particular. Así, afina la crítica que en el contexto de los principios no se tiene una moneda común que po-

⁴⁰¹ Alexy, Robert, *Epílogo...*, cit., p. 16.

⁴⁰² Peczenick, Aleksander, *Derecho...*, cit., p. 49.

⁴⁰³ Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales...”, cit., pp. 278 y 279.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 279.

sibilite fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que colisionan en los casos concretos.⁴⁰⁵

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

Para esta tercera objeción la ponderación es irracional, porque no es posible predecir sus resultados. En otras palabras, no se cuenta con criterios previamente establecidos que permitan anticipar o acercar el resultado de la ponderación. La crítica entiende que el resultado de la misma es un ente singular, cuyas características están fijadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. De este modo, las determinaciones judiciales que se emitan utilizando el método de ponderación conforman un tipo de criterio *ad hoc*, que socava la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho; es decir, la seguridad jurídica.⁴⁰⁶

2. *Los límites de la ponderación*

Los límites de la ponderación se refieren a la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de la importancia de realización de los principios en colisión (leve, medio o grave), a la ausencia de criterios para fijar el peso abstracto de los mismos, así como a la escasa certeza o seguridad de las apreciaciones empíricas referentes a la afectación de los principios en tensión.

En los casos difíciles se enmarcan estos límites. Así, por ejemplo, tratándose de la determinación de los grados de afectación y de la importancia de realización de los principios en tensión, las premisas que fundamentan tal gradación son verdaderamente inciertas. La pregunta ahí es: ¿cómo determinar que un principio tiene una afectación leve o grave?, pues es claro que de ordinario la levedad o gravedad de una intervención a un derecho fundamental no es susceptible de decretarse en abstracto por el juez, sino más bien por el titular del derecho fundamental. Sin embargo, del hecho de que el grado de afectación o importancia de la realización de un principio no lo determine su titular, tenemos que la duda tiene que ser resuelta por los juzgadores, después de adoptar una postura ideológica. Por ello, los críticos concluyen que en la gradación el juzgador no hace más que valer su ideología política. Así, un juez más consciente de los Estados constitucionales de

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pp. 279 y 280.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 280.

derecho estaría más renuente, por ejemplo, a intervenir sobre el principio de libertad de expresión, por lo que, de ser el caso, le daría un nivel de afectación grave o un nivel de importancia de su realización alto.⁴⁰⁷

Con todo, se debe precisar que la presente investigación no busca defender la escala triádica. Pese a ello, como se verá más adelante, es posible que con la propuesta que se formulará en el presente trabajo se atienda el problema sobre la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación e importancia de los principios en tensión.

El otro límite a la ponderación se refiere a la ausencia de criterios para fijar el peso abstracto de los principios de los que habla Alexy, ya que dicha variable remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura de los juzgadores sobre cuestiones materiales; por ejemplo, la idea de justicia o de la Constitución. De ahí que se señale que la fijación del peso abstracto de los principios depara un espacio para la subjetividad del intérprete o juez, pues no existen criterios racionales para concluir, por ejemplo, que en abstracto tiene un mayor peso el derecho a la libertad de información que el derecho a la intimidad.⁴⁰⁸

En este sentido, se tiene conciencia de la dificultad que enfrentarían los jueces para que en ordinario ubicaran un peso abstracto de los derechos fundamentales; no obstante, se estima que se pueden utilizar ciertos esquemas o parámetros que permitan hablar de condiciones de prioridad sobre determinados principios. Así, se dispondrá en la parte propositiva de la presente investigación.

Con todo, la idea de Alexy sobre los pesos abstractos es un tema que colige con la propuesta de condiciones de prioridad de los principios jurídicos, la cual, como se observará más adelante, se fundamentará en la propia experiencia judicial, y no sólo en las concepciones de los principios predominantes en la sociedad, que los jueces deberían identificar.

Por último, se tiene como límite de la ponderación el problema de la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en tensión; esto es, el grado de certeza de que en determinado caso particular se afecta realmente un principio; ello, derivado del margen de conocimiento empírico del juzgador. Aquí la pregunta sería: ¿cómo asegurar que efectivamente se afectó un principio como el de libertad o de igualdad? De ahí que los críticos también concluyan que el decisor dispone de un am-

⁴⁰⁷ Para la redacción de este párrafo han resultado muy útiles los comentarios formulados por Carlos Bernal Pulido sobre los límites de la ponderación. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, pp. 232 y 233.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 235.

plio margen de subjetividad en el que puede hacer valer sus apreciaciones empíricas sobre los hechos en que se desarrolla la ponderación.⁴⁰⁹

3. La afectación del principio democrático

Se puede afirmar que la objeción a la irracionalidad de la ponderación es un problema de teoría del derecho. Además de ello, según algunos críticos, dicho problema se proyecta sobre la teoría constitucional, derivado de la ausencia de legitimidad de los juzgadores constitucionales para ponderar. La idea que tienen los detractores de la argumentación principalista es que cuando los tribunales adoptan decisiones mediante la ponderación intervienen ilegítimamente en las competencias que la Constitución reserva para otros poderes del propio Estado.⁴¹⁰

Una afectación a estas competencias que la teoría de la argumentación principalista posibilitaría se ejemplifica con el hecho de que los juzgadores constitucionales tendrían que satisfacer los principios en la mayor medida de lo posible; es decir, en sus cursos óptimos, por lo que el problema consiste en que no siempre es posible identificar mediante la ponderación cuáles son esos cursos óptimos en los que los derechos fundamentales en tensión deben satisfacerse. De esta manera, resulta artificial para los tribunales constitucionales efectuar ponderaciones objetivas, por lo que la ponderación lleva a los juzgadores a ocupar el lugar de la Constitución, ya que sus apreciaciones subjetivistas sobre los alcances de los derechos fundamentales cancelarían las determinaciones que el legislador ha fijado legítimamente a través del proceso democrático.⁴¹¹

Por lo anterior, se ha dicho que la ponderación se convierte en una herramienta para que los juzgadores constitucionales establezcan con una legitimidad dudosa, no lo que la Constitución dice, sino lo que debería decir, según la ideología de los jueces. Bajo este contexto, la ponderación de principios llevaría a los juzgadores a intervenir en el discurso político.⁴¹²

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 236 y 237.

⁴¹⁰ Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 280.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 281. De hecho, extrañamente dicho autor refiere que bajo la teoría de los principios el legislador no puede elegir entre las formas de concretar la Constitución, ya que tiene la obligación de satisfacer los derechos fundamentales en la mayor medida de lo posible. Sin embargo, se estima que dicha obligación fue formulada por Alexy pensando en los juzgadores, los cuales deben concretar los ideales de las Constituciones. Con todo, parece que se puede extender a las actividades de los legisladores, pues los mismos deben considerar los derechos fundamentales al momento de elaborar o modificar leyes.

⁴¹² *Ibidem*, p. 281.

De ahí que algunos autores hayan afirmado que no existe una teoría de los derechos fundamentales que proporcione un procedimiento para efectuar una ponderación. Dicha ponderación en todo caso sólo tendría lugar en el seno de la opinión pública política o jurídica.⁴¹³

Aunado a esto, críticos como Habermas también han visto afectado el principio democrático que surge por la falta de legitimidad de los tribunales constitucionales para crear derecho en decisiones que involucran principios. Ello, vinculado a que la materialización del derecho genera una remoralización, lo que implica que la argumentación jurídica tenga que abrirse a argumentos relativos a la moral y a la política que debilitan la vinculación directa de la justicia a lo previamente establecido por el legislador.⁴¹⁴

Para Habermas, el hecho de que los juzgadores constitucionales tengan que operar inevitable con normas de fondo (principios jurídicos) podría abrir la puerta al tribunal constitucional para crear derecho, que conforme a la lógica de división de poderes debe quedar en manos del legislador elegido democráticamente.⁴¹⁵

En el mismo sentido, Böckenförde, citado por el propio Habermas, estima que bajo el contexto de los derechos fundamentales considerados como principios, se genera una equiparación entre la actividad legislativa y la judicial, en donde la primera pierde terreno en la producción del derecho, y la segunda gana espacio en la creación del mismo, lo que se materializa con su concretización. De esta forma, la diferencia entre ambas actividades tiende a quedar desdibujada, pues según Böckenförde, los legisladores y los juzgadores constitucionales compiten en la tarea de crear derecho, a pesar de que el legislador tenga la prioridad en dicha actividad. Así, la cuestión que le inquieta a este autor es si tienen legitimación democrática los jueces para dicha creación.⁴¹⁶

Con todo, la opinión que se tiene sobre la señalada afectación del principio democrático que propiciaría la argumentación jurídica con derechos fundamentales, es que no se trata de un hecho nocivo por sí mismo, sino más bien uno de los desafíos que presenta el cambio de paradigma en el derecho, en el cual el papel de los juzgadores se torna más activo y comprometido con el fenómeno jurídico. Más allá de esto, cabe anticipar que la

⁴¹³ Jiménez Redondo, Manuel, “¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 137, en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/index.htm>.

⁴¹⁴ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 319.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 326.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 322.

propuesta de control de razonabilidad que se formulará en siguiente apartado tendrá como una de sus finalidades el propiciar cierta legitimidad democrática de los jueces, pero no desde el punto de vista de su elección, sino desde una perspectiva práctica; esto es, desde la justificación jurídica, con lo que la misma se puede considerar como una respuesta a las críticas sobre la afectación de principio democrático.

V. ALGUNAS RESPUESTAS PRÁCTICAS A LAS PRINCIPALES CRÍTICAS DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN

Las respuestas prácticas se desarrollarán en tres parte; en primer lugar, se van a señalar algunas consideraciones a fin atender las objeciones generales a la subjetividad y arbitrariedad de la ponderación; en segundo lugar, se va a presentar una exemplificación de determinadas condiciones de prioridad de principios jurídicos, principalmente en el ámbito electoral, las cuales se desprenderán de los propios casos judiciales analizados en la presente investigación, y en tercer lugar, se desarrollará un esquema de control de razonabilidad para la argumentación con principios. Cabe señalar que si bien se han dividido en tres partes las respuestas prácticas a las críticas, se ha efectuado sólo para efectos expositivos, por lo que no se debe perder de vista que las tres partes contribuyen en forma conjunta a atender de alguna manera las objeciones, críticas y problemas que se han distinguido en el presente trabajo de investigación sobre el método de ponderación, el cual se instituye como el esquema que en la argumentación jurídica de corte principalista se utiliza para resolver las colisiones entre principios.

1. *Sobre las objeciones generales a la subjetividad y arbitrariedad en la ponderación*

Es evidente que en el método de ponderación de principios, así como en cualquier otro método para la solución de conflictos, no puede existir un tipo de hiperracionalidad en el cual esté ausente cualquier valoración por parte de los decisores. Decir lo contrario, como lo hacen los que atacan al método de ponderación, es desconocer la naturaleza de los seres humanos, los cuales actúan y deciden bajo sus ideales de vida; en otras palabras, a través de determinada ideología.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Para la formulación de este párrafo han sido de gran utilidad las opiniones vertidas por Carlos Bernal Pulido. Véase Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales...”, *cit.*, pp. 283 y 284.

Los críticos de la argumentación por principios tienen razón cuando aluden que los jueces en la ponderación no pueden excluir sus apreciaciones subjetivas. En este sentido, cabe recordarles que la ponderación no podrá garantizar un tipo de objetividad plena, como en la que piensan los positivistas, de la misma manera que dicha objetividad no podría alcanzarse mediante cualquier otro método de solución de conflictos que operen los seres humanos.⁴¹⁸

Como se puede observar, la idea de imposibilidad de una objetividad plena ha sido asumida y desarrollada por el profesor colombiano Carlos Bernal Pulido. Para este autor, una demanda tal de objetividad no es posible ni deseable, ya que la misma sólo podría figurar en sistemas jurídicos imaginarios, en los cuales las normas jurídicas fueran completas en lo que prescriben. Dicha situación es imposible, señala el autor, ya que por regla general la característica de las normas que establecen principios es que son sumamente indeterminadas; es decir, no establecen por completo el alcance de los mismos. Por otro lado, la existencia de un sistema jurídico ideal tampoco sería deseable en el contexto de los Estados constitucionales, porque excluiría la discusión democrática tan importante para el desarrollo de dichos Estados.⁴¹⁹

Las anteriores consideraciones permiten afirmar fácilmente que el método de ponderación comporta inevitablemente determinada subjetividad de los jueces constitucionales que argumentan con principios, por lo que es una ilusión pensar en una objetividad total en la ponderación. Afirmar lo contrario es precisamente ser irrealista o, mejor, irracional.

No obstante, como se ha afirmado en otro lugar de la investigación, ello no significa que la subjetividad o, mejor, la moralidad, esté exenta de un control de razonabilidad. Así, es posible hablar de una moral crítica que se despliega sobre las instituciones sociales y sobre la misma moral positiva; esto es, una moral que busca la justificación y no la imposición de una moralidad. Esta idea ha sido adoptada por Hart, el cual, siguiendo la terminología de los utilitaristas, distinguió entre moral positiva y moral crítica. La moral positiva es la moralidad aceptada y compartida por un grupo social. Por su parte, cuando se habla de los principios morales generales utilizados en la crítica de las actuales instituciones sociales, incluida la moral positiva, se puede decir que se encuentra uno en el terreno de la moral crítica.⁴²⁰

Pero antes de proseguir cabría precisar al lector que la distinción entre moral positiva y moral crítica resurgió en el contexto de la disputa que en-

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 283.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 284.

⁴²⁰ Hart, H. L. A., *Law, liberty, and morality*, California, Stanford University Press, 1963, p. 20.

frentaron Hart y Patrick Devlin; es decir, la distinción fue presentada por Hart como respuesta a la postura del segundo autor sobre la necesidad de utilizar el derecho para imponer la moralidad en los casos de que se esté comprometiendo la estabilidad social. Así, Hart se preguntaba si la imposición de la moralidad está o no justificada. Su respuesta fue que todo aquel que acepte a debate tal interrogante debe aceptar también que las instituciones de cualquier sociedad, incluida su moral positiva, están abiertas a la crítica libre; esto es, la misma imposición de determinada moralidad (que defiende Devlin) exige una justificación; en otras palabras, una crítica sobre optar o no por su establecimiento.⁴²¹

Bajo tales anotaciones, parece entonces que lo que Hart intentó evitar fue un tipo de relativismo moral; es decir, pensar que la moral no es una cuestión que se relacione con la razón, sino más bien con la sensibilidad o el emotivismo. Por el contrario, para dicho autor es posible hablar de una racionalidad en la moral. Así, por ejemplo, la moral positiva se modifica, no en función del derecho, sino de la moral crítica, que implica en una sociedad la discusión libre de las instituciones morales que la conforman. Ello desde luego nos acercaría a la vertiente del cognoscitivismo ético.⁴²²

Por ello, bien se podría catalogar a los críticos de la ponderación como relativistas morales, ya que desconfían de la posibilidad de que exista razonabilidad en la moral, lo que es controvertible, ya que la misma crítica social genera un tipo de control racional de la propia moral positiva. En este sentido, lo que será de interés en la presente investigación, pese a todas las discusiones teóricas conocidas entre relativistas y cognocitivistas éticos, es generar determinada conciencia en los juristas respecto de que la utilización del método de ponderación en la argumentación principalista no implica irracionalidad en la misma, como se ejemplificará más adelante cuando se presente el control de razonabilidad.

Por último, sobre la arbitrariedad en la ponderación de la que se duelen los críticos, cabe decirles que no deberían confundirla con el margen de ac-

⁴²¹ *Ibidem*, p. 82. De esta manera, no se debe perder de vista que de alguna forma también Devlin reconoce que las instituciones sociales están sujetas a la crítica. La divergencia con Hart se manifiesta en que para Devlin la imposición de la moralidad se justifica en un principio general crítico referente a un supuesto “derecho” que tiene la sociedad en adaptar cualquier medida para su conservación. Sobre estas afirmaciones, véase *ibidem*, pp. 19 y 82. Para un resumen general de la disputa entre Hart y Patrick Devlin y de lo apuntado en este trabajo sobre dicha divergencia puede resultar interesante consultar: Badillo Alonso, María Elisa y Romero Martínez, Juan Manuel, *Derecho, libertad y moralidad*, 2010, inédito.

⁴²² Sobre estos temas, véase Badillo Alonso, María Elisa y Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 4, 8 y 9.

ción o discrecionalidad con que cuentan los jueces al ponderar principios. Así, la arbitrariedad implica tomar determinada postura apelando a la imposición; esto es, sin ofrecer razones, lo que es a toda luz contrario a lo que acontece en la justificación jurídica de las decisiones que involucran una tensión entre principios. Con todo, cabe señalar que en la parte final del presente capítulo se presentará un esquema que contribuya a maximizar la razonabilidad en la justificación judicial principalista.

Con base en todo lo destacado en este punto, se puede afirmar que se han dejado enmarcadas las primeras respuestas para contrarrestar las objeciones a la subjetividad y arbitrariedad en la ponderación; sin embargo, no se debe olvidar que tanto en este punto como en los subsiguientes se desarrollarán argumentos sobre la viabilidad de la argumentación jurídica principalista, a pesar de las críticas que se le han formulado y su potencial objetividad, si se quiere limitada, por aquello de la subjetividad latente en cualquier contexto humano.

2. Ejemplificación de condiciones de prioridad de principios jurídicos primordialmente en materia electoral

La presente exemplificación tiene como finalidad dar una respuesta principalmente a las objeciones sobre la irracionalidad de la argumentación principalista en los puntos referentes a la incommensurabilidad de los objetos que se ponderan y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. Así, se estima que para atender tales objeciones se podría apelar a la utilización del criterio de universalidad en las decisiones judiciales que involucren principios. La idea es que las decisiones que derivan de la argumentación jurídica de corte principalista no constituyen determinaciones incomunicadas, sino cadenas de decisiones, las cuales pueden formar precedentes útiles para la toma de decisiones en casos futuros. El punto es que los juzgadores deberían considerar dichos precedentes cuando resolvían colisiones entre principios homólogos a los tratados en los casos previos. Ello permitiría generar algún tipo de previsibilidad en los resultados que arroje la ponderación entre derechos fundamentales. Lo anterior, sin perder de vista que es posible cambiar el esquema de precedentes cuando un nuevo caso lo justifique.⁴²³

⁴²³ Para la concretización de las ideas sobre el criterio de universalidad de las decisiones judiciales mediante la utilización de precedentes judiciales se han retomado las consideraciones que Carlos Bernal ha formulado respecto de las normas adscritas de derecho fundamental de España. Véase Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 287.

La exemplificación buscaría entonces presentar un tipo de reglas de prioridad entre principios, lo que no significa una jerarquía como tal de los mismos. Así, las condiciones de prioridad tendrían una naturaleza procedimental y temporal. “Procedimental” significa que todos los principios tienen el mismo peso, pero en caso de tensión entre ellos es viable establecer una gradación de los mismos para el caso particular, y por otro lado, “temporal”, porque si las circunstancias lo ameritan, los criterios de prioridad deberían acoplarse a la nueva realidad. En este sentido, la idea principal es que todos los principios se encuentran en el mismo nivel, pero ello no implica que en el ámbito práctico se puedan establecer condiciones de prioridad entre los mismos que guíen a los jueces a decidir las colisiones entre principios, bajo criterios generales y, por lo tanto, racionales.⁴²⁴

De esta manera, como se ha referido, con la exemplificación de condiciones de prioridad de algunos principios en materia electoral, se daría una respuesta a las críticas sobre la irracionalidad de la argumentación con principios; esto es, de la incommensurabilidad que aparece en la ponderación, que señala que no existe una medida común y una organización jerárquica de los principios que se ponderan, así como a la objeción sobre la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación por la ausencia de criterios generales para la toma de decisiones.

Pese a ello, se es consciente de que la exposición de casos prácticos en la presente investigación es limitada, ya que de los mismos no se puede desprender un criterio final para la ponderación de principios ni para la solución indubitable de todas las futuras colisiones; sin embargo, se considera que es posible obtener algunos criterios o reglas relevantes para la ponderación en materia electoral, que funjan como parámetros a utilizar en el razonamiento práctico, lo que claro no elimina la posibilidad de argumentar y ponderar en el caso concreto por parte de los juzgadores.

Con todo, los casos judiciales expuestos en la investigación son paradigmáticos, y en la mayoría de ellos se desarrolla una argumentación correcta y deseable, pues se presentan un amplio número de razones que abarcan

⁴²⁴ Sobre el carácter procedural de las condiciones de prioridad de los principios ha resultado muy útil para la redacción del presente párrafo las investigaciones y anotaciones efectuadas por el doctor José Antonio Sánchez respecto a la gradación de los principios en materia de bioética (esto es, autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia). Véanse Sánchez Barroso, José Antonio, “Vigencia y operatividad de los principios de la bioética en la solución de problemas a partir de la deliberación moral y de la argumentación jurídica”, *Persona y Bioética*, Cundinamarca (Colombia), vol. 14, núm. 2, julio-diciembre de 2010, pp. 187-204, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83216977007>, y Gracia, Diego, *Cuestión de principios*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1997, pp. 21-29 (original no consultado, cit. por Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, pp. 191, 192 y 203).

varios elementos del bloque del derecho. Así, se piensa que es pertinente buscar algunos criterios útiles en dichas determinaciones a fin de generar un tipo de previsibilidad en la ponderación y, en ese sentido, una cierta estabilidad en la limitación justificada de los derechos fundamentales, y además, contribuir con el desarrollo del método de ponderación.

De esta forma, del conjunto de casos analizados en el capítulo tercero se puede observar que es posible desprender una serie de condiciones de prioridad de algunos principios en materia electoral, las cuales, como se ha dicho, no implican una jerarquización de los mismos como tal, ni mucho menos comporta, como diría Manuel Atienza, una ordenación lexicográfica del tipo del principio 1 prevalece “siempre” frente al principio 2.⁴²⁵

Las condiciones de prioridad de principios jurídicos⁴²⁶ que con la presente investigación se logran desprender principalmente en materia electoral serían las siguientes:⁴²⁷

a) Cuando exista una colisión entre el principio de libertad de expresión y el principio de autorregulación de los partidos políticos:

1. Hay una presunción *prima facie* a favor de la libertad de expresión.

Ya que la misma posibilita el debate abierto, libre, plural y tolerante de ideas en el seno de los partidos políticos, además porque los mismos no deben ser inmunes a la crítica o autocritica y en virtud de que uno de los objetivos fundamentales de tal libertad es resguardar al ciudadano que discrepa del punto de vista de la mayoría o del poder.

2. Sin embargo, el principio de autorregulación de los partidos políticos puede prevalecer si:

Se trata de asuntos confidenciales o conflictos internos del partido, de manera que se dañen los derechos de terceros, por ejemplo la imagen del partido político.

b) Cuando exista una colisión entre el principio de asociación en su vertiente política y el principio de autorregulación de los partidos políticos:

⁴²⁵ Atienza, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, p. 63.

⁴²⁶ Cabe aclarar que las razones que se presentarán para sustentar la presunción *prima facie* o no de cada principio no fueron inventadas, sino que las mismas se obtuvieron de las justificaciones vertidas por los mismos juzgadores en las sentencias analizadas en la presente investigación.

⁴²⁷ En España, Manuel Atienza ha hecho un ejercicio similar para desprender ciertas reglas de prioridad del análisis de algunos casos judiciales resueltos por el Tribunal Constitucional español. En este sentido, el lector podrá encontrar similitudes entre la estructura que elabora dicho autor, con la que se utiliza en este trabajo de investigación, para presentar las condiciones de prioridad de los casos que se analizan, lo cual no es casualidad, ya que se ha retomado su esquema. Así, los créditos de dicho modelo de presentación son de Manuel Atienza. Véase Atienza, Manuel, *Bioética..., cit.*, pp. 63-65.

1. Hay una presunción prima facie a favor de la asociación en su vertiente política.

Pues la misma constituye una actitud pro-activa de los ciudadanos interesados en los asuntos políticos del país y, en la consecuente, conformación, desarrollo o crítica de las instituciones democráticas nacionales.

c) Cuando exista una colisión entre el principio de libertad de expresión y el principio de equidad electoral.

1. Hay una presunción prima facie a favor de la libertad de expresión.

Porque:

La misma no sólo se refiere a expresar ideas o pensamientos, sino también al derecho de la sociedad de recibir información necesaria para la toma de decisiones en el ámbito político-electoral.

Se propicia el desarrollo de la opinión pública, de las instituciones y la consolidación de la democracia representativa en las sociedades heterogéneas, sin que sea relevante si se utilizan o no alguna figura pública para estos efectos.

Los partidos políticos tienen la posibilidad de elegir la estrategia en medios de comunicación a utilizar durante sus campañas.

2. Pese a ello, el principio de equidad electoral puede prevalecer si:

Se denigra a las instituciones o a los partidos políticos, se calumnia a alguna persona, o se atenta contra la seguridad o estabilidad nacional.

d) Cuando exista una colisión entre el principio de sufragio universal y el principio de equidad electoral.

1. Hay una presunción prima facie a favor del principio de sufragio universal

Ya que no cualquier tipo de faltas a las disposiciones que regulan los procesos electorales se traducen en la anulación de la elección.

2. Sin embargo, el principio de equidad electoral puede prevalecer si:

De las irregularidades en el proceso electoral se verifica un impacto general y directo que afecta el resultado de las elecciones.

Se aprecia algún tipo de presión sobre el electorado con la propaganda electoral.

e) Cuando exista una colisión entre el principio de igualdad y el principio de libertad de prensa.

1. Hay una presunción prima facie a favor de la igualdad.

Ya que la misma frena cualquier tipo de discriminación o estigmatización de las personas que integran la sociedad.

2. Sin embargo, el principio de libertad de prensa puede prevalecer si se da cualquiera de las siguientes circunstancias:

i. Las expresiones publicadas influyen en la creación de opinión pública o la crítica social.

ii. Se exprese una postura o crítica sobre cuestiones sociales o políticas preocupantes para la sociedad.

iii. Se refieran situaciones generales de injusticias o problemas de carácter económico.

2.1. Siempre y cuando con la publicación:

i. No se afecten o lesionen los intereses de la colectividad o de los particulares dignos de protección.

ii. No se dé a personas en particular un trato discriminatorio o denigrante que afecte su dignidad humana.

Es así como dicha exemplificación de condiciones de prioridad de principios logra mostrar que los principios (al menos en materia electoral) sí tienen la calidad de commensurables; es decir, que pueden organizarse de forma prioritaria, con lo que se da una respuesta directa a la crítica sobre la imposibilidad de establecer algún tipo de precedencia entre principios que se ponderan.

En términos más precisos, las condiciones de prioridad de principios fungirían como un conjunto de parámetros que los jueces podrían observar y utilizar al momento de resolver colisiones entre principios en materia electoral para casos futuros. Es evidente que dichos criterios de prioridad tienen la característica de ser temporales; en otras palabras, dispuestos al cambio, lo que no les resta su valor e importancia como instrumentos, si se quiere imperfectos, para contribuir al desarrollo de la argumentación por principios.

Por otro lado, respecto a la justificación de las citadas condiciones de prioridad, cabe precisar que éstas se sustentan en la misma práctica jurídica efectuada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y, por lo que hace al último criterio de prioridad, en la práctica del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Así, no se trata de una exemplificación infundada, sino que la misma surge y encuentra su apoyo en los casos analizados, en los cuales de hecho las resoluciones adoptadas, con excepción del caso Witz, se desenvuelven bajo un modelo holístico, en virtud de que éstas se encuentran respaldadas con diversas razones que discurren más allá del discurso jurídico; esto es, en un contexto maximalista, en el cual se utiliza la ponderación como método para resolver las colisiones.

Bajo este esquema, es entendible cómo las condiciones de prioridad esbozadas buscan fungir como prototipos para la resolución de futuros casos, y de esta forma lograr en cierta medida un nivel de conexión, y, por lo tanto de coherencia entre las decisiones principalistas, privilegiando así el criterio de universalidad, el cual es indispensable para alcanzar un grado de racionalidad en las determinaciones judiciales.

Por ello, las condiciones de prioridad contribuyen a lograr cierta previsibilidad en las decisiones que involucran principios en el ámbito electoral.

Así, las condiciones de prioridad constituyen un tipo de mecanismo racional que posibilita el predecir los resultados de la ponderación de derechos fundamentales, generando mayor objetividad en la misma, a pesar de lo inconcluyentes que son los objetos que se ponderan, gracias a la utilización de criterios generalizables de los principios. De ahí que se muestre que otra de las críticas contra la ponderación (la que señala la imposibilidad de predecir los resultados que comporta la misma) tiene una solución viable con las referidas condiciones de prioridad.

Con todo, el punto que no se debe perder de vista es que en la argumentación jurídica principalista, además de los principios se necesitan las reglas; esto es, no son mutuamente excluyentes estas normas, pese a que unas deban ser aplicadas y otras optimizadas. De esta manera, en dicha argumentación se puede construir de los principios a las reglas. Ésta es otra realidad que se puede desprender de las condiciones de prioridad de principios anteriormente expuesta.

Así, es posible edificar a partir de los resultados de la ponderación de principios una serie de pautas no conclusivas, sino abiertas a las nuevas realidades que se presenten, pero que nos permitan en un primer momento resolver los problemas prácticos que se plantean en los tribunales judiciales o, mejor, constitucionales; ello sin dejar de ser fieles a la idea de que los principios encuentran su peso específico a la vista del caso concreto. En síntesis, se piensa que un esquema de condiciones de prioridad puede ser de mucha utilidad para la aplicación de los derechos fundamentales en los casos futuros.⁴²⁸

Hasta aquí con lo dicho sobre la ejemplificación de las condiciones de prioridad entre principios, principalmente en materia electoral. En lo que sigue se presentará y explicará el esquema de control de razonabilidad que se ha referido con anterioridad, el cual, al igual que las condiciones de prioridad, contribuye a atender los embates de los que desconfían de la razonabilidad y viabilidad de la argumentación principalista, y primordialmente de su método de ponderación.

⁴²⁸ Se está en deuda intelectual en estas reflexiones con Manuel Atienza, el cual, para el caso de algunos principios de bioética ha señalado que el problema fundamental de dicha disciplina es el pasar del nivel de los principios al de las reglas. Así, lo que le preocupa a Atienza es construir a partir de los principios una serie de pautas o reglas que ayuden a resolver los problemas prácticos que se plantean en bioética. Por supuesto que Atienza se está refiriendo a los principios de paternalismo justificado, utilitarismo restringido, trato diferenciado y secreto, los cuales caracteriza como inconcluyentes. Véase Atienza, Manuel, "Juridificar la bioética...", *cit.*, pp. 94-96.

3. Control o test de razonabilidad

El control de razonabilidad tiene como propósito principal el constituirse como un filtro de corrección de las decisiones judiciales principalistas, a fin de contribuir a garantizar la objetividad en la ponderación. En este sentido, con dicho control de razonabilidad se busca responder preponderantemente a las objeciones sobre la irracionalidad de la ponderación, en particular la referente a la indeterminación conceptual de los principios, que señala que no se cuenta con una estructura particular ni con parámetros conceptuales para ponderar principios, así como a las objeciones sobre los límites de la ponderación en lo relativo a la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de importancia de los principios en colisión y a las críticas sobre la afectación del principio democrático o, más precisamente, respecto de la falta de legitimidad democrática de la actividad judicial.

Como preámbulo al control o test de razonabilidad cabría resaltar que se es partidario del procedimiento que para el caso de deliberación moral en materia de bioética ha presentado Diego Gracia⁴²⁹ en diversas fases, por lo que se ha decidido admitirlo y utilizarlo con algunos matices para el ámbito de la argumentación jurídica, lo cual se considera adecuado y necesario, en virtud de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral, o si se quiere, complementariedad que existe entre ambos ámbitos.⁴³⁰

⁴²⁹ Dicho autor presenta un método o procedimiento para el análisis crítico de los problemas bioéticos, haciendo por lo tanto hincapié en resolver los conflictos entre valores y en el contexto de la deliberación moral. Se está en deuda en este punto con el profesor de ética en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, el doctor José Antonio Sánchez Barroso. Gracias a él se tuvieron los primeros acercamientos al pensamiento de Diego Gracia. Véanse Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, pp. 194 y 195, y Gracia, Diego, “La deliberación moral, el papel de las metodologías en la ética clínica”, en Sabaria Albarezude, J. y Reyes López, M. de los, *Jornada de debate sobre comités asistenciales de ética*, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2000, pp. 20-41 (original no consultado, cit. por Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, pp. 194 y 195).

⁴³⁰ Por ejemplo, el doctor José Antonio Sánchez Barroso precisa que un derecho ajeno de los valores morales latentes en la sociedad compete una verdadera tiranía y una ética que no busque consenso y racionalidad, y sienta las bases para un liberalismo exacerbado. Con dicha afirmación, el doctor Sánchez Barroso quiere insistir en que el contenido de las normas jurídicas proviene, en la mayoría de las ocasiones, de la reflexión ética, razón por la cual el derecho que tenga al menos el mínimo anhelo de justicia no puede ser ajeno a la ética, y por otro lado, una ética sin aspiración de consenso y racionalidad difícilmente podría sobrevivir ante el relativismo que ello provocaría. Parece, entonces, que el centro de las reflexiones de dicho autor está en evitar los extremos o, mejor, en actuar bajo la idea aristotélica del punto medio. Así, se comparte dicho pensamiento, el cual se asemeja a la idea de moral crítica presentada por Hart como respuesta a la tesis que defendía Devlin sobre que no pueden im-

En este sentido, se piensa que toda colisión entre principios jurídicos puede someterse a un procedimiento, esquema o control de razonabilidad. Dicho control fungiría como un filtro que únicamente permitiría el paso de decisiones jurídicas correctas, racionales, prudentes, objetivas y, desde luego, aceptables socialmente.

El control de razonabilidad se integra de los siguientes pasos básicos que los juzgadores deberían seguir si pretenden presentar una resolución con dichas características:⁴³¹

- 1) Discusión y análisis detallado de los hechos y las circunstancias del caso.
- 2) Identificación de los problemas morales, jurídicos y sociales que representa el caso.
- 3) Identificación de las posturas en las que los decisores basaran su análisis, esto es, liberalista, legalista, utilitarista, contractualista o cualquier otra postura posible.
- 4) Establecimiento de un acuerdo entre los decisores a fin de relajar sus posturas y abrirse a las diversas consideraciones o puntos de vista desde los que se puede estudiar el caso.
- 5) Identificación de los principios involucrados y de la posible tensión entre los mismos o, de ser el caso, ubicación de la colisión entre el aspecto positivo y negativo de un mismo principio.
- 6) Verificación del grado de afectación e importancia de los principios en colisión, mediante el cambio de roles, esto es, los juzgadores deben colocarse imaginariamente en el lugar de los titulares de los principios en tensión.
- 7) Búsqueda de criterios, parámetros o decisiones anteriores o de esquemas doctrinarios que hayan tratado o resuelto sobre casos semejantes, a fin de privilegiar la coherencia en las decisiones. (Aquí se podría ver por ejemplo las condiciones de prioridad que se presentaron en la presente investigación o las que se contengan en futuras investigaciones).
- 8) Identificación de los cursos extremos de acción, en donde se incluyan las consecuencias previsibles para cada curso de acción ya sean positivas o negativas en el ámbito jurídico, moral, social y cultural.

ponerse límites a la potestad del Estado para legislar en contra de la inmoralidad. Para una análisis más profundo de estos temas, véanse Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, p. 188, y Hart, H. L. A., *Law, liberty..., cit.*, pp. 17-24.

⁴³¹ Como se ha referido, el control o test de razonabilidad ha sido formulado tomando como base el modelo que para la deliberación moral ha presentado Diego Gracia. Así, el lector podrá apreciar diversas convergencias entre dichos modelos; sin embargo, cabe precisar que el control esbozado en esta investigación ha sido reformulado para el contexto principalista. Para una confrontación entre el modelo de Diego Gracia y el control de razonabilidad desarrollado en el presente trabajo, véanse Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, p. 195, y Gracia, Diego, “La deliberación moral...”, *cit.*, pp. 20-41 (original no consultado, cit. por Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, pp. 194, 195 y 204).

9) Búsqueda de posiciones intermedias entre los cursos de acción analizados.

10) Análisis del curso de acción óptimo.

11) Presentación del mayor y mejor número de razones posibles que consideren todos los ámbitos potenciales implicados como son el moral, político, social y desde luego el jurídico, de cara a las partes involucradas y a la sociedad en general.

12) Presentación de la determinación final respaldada con el tipo de razones mencionadas en el punto anterior.

13) Comprobación de la consistencia de la decisión tomada, sometiéndola a cuatro pruebas:

a) De moralidad crítica: Es decir que la decisión no se base en una moral positiva o social, sino en una moral que se someta a la crítica libre, lo cual es perfectamente posible y más aún deseable en sociedades con una riqueza y pluralidad de moralidades y realidades.

b) De constitucionalidad, es decir, que se respeten los derechos fundamentales o que se sustente con razones la afectación temporal de alguno de ellos para el caso concreto.

c) De publicidad, esto es, que los juzgadores estén dispuestos a defender su decisión públicamente ante diversos auditórios, ello a fin de generar aceptación social de la misma y, de esta manera, legitimar en algún sentido la actividad jurisdiccional y el mismo derecho.

d) De temporalidad, esto es, que los juzgadores deben poder tomar la misma decisión en caso de esperar algún tiempo, esto a fin de corroborar que la misma no se basa en el estado anímico de los decisores o en un simple sentimentalismo o fanatismo contingente.

Así, se estima que con la implementación de dicho test se lograrían decisiones razonables, objetivas y prudentes de forma individual y social; en otras palabras, con el control de razonabilidad se garantizaría la corrección y aceptación de las decisiones judiciales de cara a las realidades sociales, y no sólo bajo criterios formales.

En este sentido, se puede asumir, siguiendo a Paul Kahn, que el trabajo de los juzgadores es siempre “expresar la razón”, aunque a diferencia de lo que señala dicho autor, la misma no es para ganar el consentimiento o voluntad popular, sino más bien para lograr convencer mediante la presentación de argumentos que respalden ampliamente la decisión tomada; ello, a fin de no caer en el terreno de la persuasión, lo cual se tornaría contrario al esquema que se ha seguido en toda esta investigación.⁴³²

⁴³² Kahn, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, trad. de Daniel Bonilla, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 26.

Como se aprecia, con el control de razonabilidad se busca mejorar la justificación de las decisiones jurídicas, a fin de que las mismas se basen no sólo en el criterio de autoridad, sino en varios contextos, como son los morales, sociales o políticos; es decir, se trata de analizar los problemas jurídicos en toda su complejidad, de forma abierta a todas las acciones posibles, pues se considera que cuando se trata de aplicar los principios, las fronteras entre el discurso jurídico y otros discursos se diluyen; es decir, se maximizan las posibilidades de la argumentación. En otras palabras, lo que se pretende es la comprensión en todas sus dimensiones y espacios del rico, variado y plural escenario jurídico.⁴³³

De esta manera, el control de razonabilidad es un esquema que permitiría resolver adecuadamente las colisiones entre principios jurídicos. Así, dicho control no buscaría generar decisiones correctas desde el punto de vista aritmético, sino decisiones correctas desde diversos ámbitos, como son los materiales o sustantivos, privilegiando en todo momento la prudencia en la actividad jurisdiccional. Así, el control de razonabilidad elimina la arbitrariedad en la toma de decisiones y posibilita la crítica social e intelectual de las mismas. Asimismo, este control da cuenta de las expectativas e intereses involucrados en la sociedad apelando a una justificación, más que a una simple aplicación.

Por otra parte, como se ha precisado, el control de razonabilidad es una respuesta directa a la objeción enmarcada sobre indeterminación conceptual, ya que el mismo genera una estructura o esquema jurídico para la ponderación de principios a fin de posibilitar objetividad en tal método, por lo que ahora se entiende que la ponderación no es un modelo vacío como refieren sus críticos. Igualmente, dicho control atiende los inconvenientes referidos a los límites de la ponderación, en particular el inherente a la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de importancia de los principios en tensión, ya que en este control se integra una fase que verifica dichos grados mediante un esquema de cambio de roles. Asimismo, el multicitado control es una respuesta a la conocida crítica sobre la afectación del principio democrático, ya que con la prueba de publicidad que se contiene en el test de razonabilidad se privilegia un mecanismo alterno de legitimación democrática de los jueces, el cual se genera mediante la evaluación crítica de la actividad judicial, mecanismo que posee la misma importancia que los esquemas de legitimación que se basan en elecciones públicas.

Con todo, es evidente que de las características de los principios jurídicos (amplia generalidad, indeterminación y su conexión con los valores y la

⁴³³ Soriano, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 137.

moral) no se puede concluir que la ponderación sea un método irracional de aplicación de principios que socave la seguridad jurídica; por el contrario, la ponderación de principios no viene más que a fortalecer y enriquecer dicha seguridad, al generarla de una forma más exigente y coherente con el contexto actual; es lo que Peczenick identificaría con la seguridad jurídica de corte material.

Es así como se logra ver que la argumentación jurídica principalista es racional, pues la misma se puede sustentar en criterios y parámetros con pretensión de generalidad, los cuales propician la coherencia y previsibilidad de los resultados de la ponderación entre principios. Asimismo, porque la moral que en dado caso se toma en cuenta en la justificación de las decisiones debe ser sometida a la crítica; esto es, objetivizarse. No se trata entonces de la moral del juez o de un determinado grupo (moral positiva), sino de la moral que pasa el filtro de racionalidad. Por tal motivo, se puede afirmar que la argumentación jurídica principalista no es más que un puente para generar un diálogo y justificación más compleja, creativa, racional, correctiva y consciente del carácter maximalista que comporta el derecho.