

EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS

Alejandro Rosillo Martínez*
Guillermo Luévano Bustamante**

Palabras clave:

Derechos fundamentales,
derechos humanos,
reforma constitucional, juez,
ponderación.

Keywords: Fundamental
rights, human rights,
constitutional reform, judge,
balancing.

*Profesor investigador de la
Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma de
San Luis Potosí
alejandro.rosillo@uaslp.mx

**Profesor investigador de la
Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma de
San Luis Potosí
guillermo.luevano@uaslp.mx

Resumen

En este artículo se establece un marco teórico que pone el énfasis en la tarea de la acción del juez a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Se parte de la teoría principialista de los derechos fundamentales, dando especial realce al juicio de ponderación. Después se analizan algunos criterios en que la jurisprudencia mexicana ha establecido respecto a la ponderación de derechos.

Abstract

This article establishes a theoretical framework that stresses the judge's task in his action according to the constitutional reform in human rights. We start from the principalist theory of fundamental rights, focusing on the weighted judgement. Then we analyse some of the criteria that Mexican jurisprudence has established regarding the balancing of rights.

I. Introducción

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, no solo significó un cambio sustantivo en el contenido constitucional sobre los derechos. Tiene también consecuencias en la forma de aplicación del Derecho, y en especial en la tarea de la actividad judicial. El nuevo contenido del artículo primero de la Constitución mexicana permite construir un modelo de interpretación jurídica, en especial en relación con la aplicación de los derechos humanos. En efecto, el juez —en especial el “juez constitucional”— deja de ser la “boca muda de la ley” para convertirse en un auténtico creador de derecho; su actividad deja de ser una mera mecánica lineal de aplicación de la ley, para ser una quehacer interpretativo que genera normas jurídicas a partir de los textos legales —en especial del texto constitucional—.

Los diversos elementos del artículo primero constitucional que contribuyen con esta nueva dinámica de la actividad judicial son: la interpretación conforme; el principio propersona; el bloque de constitucionalidad; la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar; y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Estos elementos, abordados en conjunto, hacen que la tarea hermenéutica del sistema jurídico mexicano se vuelva una actividad compleja, en especial tratándose de la aplicación y desarrollo de derechos humanos.

Hacen que la tarea hermenéutica del sistema jurídico mexicano se vuelva una actividad compleja

Si bien es cierto que la importancia de la reforma constitucional se centra en el cumplimiento real y material de los derechos humanos, no está de más analizar cómo ha contribuido la acción jurisdiccional con esta finalidad. Es decir, reconocemos que el cumplimiento de derechos humanos tiene que ver principalmente con la modificación de las relaciones sociales que establecen las tramas de poder que permiten o impiden el acceso a los bienes necesarios para desarrollar una vida digna. No obstante, las luchas sociales han demostrado que el litigio estratégico en derechos humanos es una herramienta importante, y por eso, contar con una actividad jurisdiccional progresista es importante. En efecto, analizar cómo los derechos fundamentales se desarrollan jurisdiccionalmente es un medio de verificar el cumplimiento de la reforma constitucional.

Dicho análisis es complejo y basto. Por razones de espacio, en este artículo realizaremos un análisis inicial sobre uno de los métodos de desarrollo de los derechos fundamentales que el Poder Judicial Federal ha asumido en los últimos años: el juicio de ponderación de derechos.

Que permiten o impiden el acceso a los bienes necesarios para desarrollar una vida digna

2. La construcción constitucional de derechos fundamentales

La teoría sobre la interpretación constitucional ha planteado la discusión sobre la manera en que los derechos fundamentales deben estar estructurados en un texto constitucional: si como reglas o

como principios. Esto trae diversas problemáticas, entre las cuales dos nos interesan por el momento: si realmente se puede defender una diferencia entre las normas jurídicas llamadas principios y las llamadas reglas, y cuál debería ser la estructura más adecuada para los derechos fundamentales.

En general, para el neoconstitucionalismo, los derechos fundamentales son la base del sistema jurídico y, al estar contenidos en la Constitución, funcionan como límites al legislador. En efecto, la legislación se encuentra sometida tanto formal como materialmente a la Constitución, en especial a su parte dogmática. Esto significa, como habíamos mencionado, *el tránsito de un Estado legal a un Estado constitucional*, donde las normas jurídicas no sólo están sometidas a un juicio de vigencia sino también a uno de validez. Y ésta no es solo una cuestión formal sino sustancial, en cuanto a que valora la coherencia de la ley con las normas constitucionales. Por eso se habla de que se está no solo ante una mera legalidad sino una estricta legalidad (Ferrajoli, 2009: 864-866; 2001: 52-56).

En general, para el neoconstitucionalismo, los derechos fundamentales son la base del sistema jurídico

Esta importancia que el Estado constitucional ha otorgado a los derechos fundamentales acarrea diversos tópicos. Uno de los más famosos es el referente a la relación entre derecho y moral, pues se considera, en términos generales, que la división y separación tajantes ya no es procedente. La defensa del legalismo ético se considera, en términos de Bobbio (1992), como un positivismo ideológico que después de lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial ya no responde a las nuevos Estados democráticos y constitucionales.

Por eso se habla de que se está no solo ante una mera legalidad sino una estricta legalidad

Ahora bien, en cuanto a la discusión sobre cómo deben estructurarse los derechos fundamentales en la Constitución para su mejor funcionamiento en el sistema jurídico, suelen darse tres modelos: como principios, como reglas, o de forma mixta. Esto tiene que ver, en gran parte, con una teoría de la norma.

Existen tres posiciones básicas respecto a los tipos de normas jurídicas. En primer lugar, la que sostiene que existen dos tipos de normas jurídicas, a saber, los principios y las reglas, y que se pueden establecer criterios claros y definitivos para diferenciarlos (*tesis fuerte de la separación*). En segundo lugar, la que sostiene que si bien existen los dos tipos de normas, la determinación no puede darse directamente sobre el texto constitucional, sino en función de cómo se construye la norma jurídica por parte del intérprete; es decir, que existe una diferencia entre lo que es el texto normativo y la norma jurídica, pues de aquél pueden generarse diversas normas jurídicas en función del trabajo del intérprete y, por lo tanto, puede generar tanto reglas como principios (*tesis débil de la separación*). Y en tercer lugar, la que sostiene que no existe tal distinción y que, además, no es necesaria (*tesis de la conformidad*).

Las teorías neoconstitucionales son, en general, teorías principialistas al asumir la primera o segunda posición arriba mencionada. Es obvio que negar la distinción entre reglas y principios, afirmando que toda norma jurídica es una regla, imposibilitaría hablar de una teoría principialista, y por lo tanto, no habría discusión sobre si los derechos fundamentales deben construirse como reglas o como principios. Por lo tanto, asumimos que, ya sea de manera fuerte o débil –cuestión que no discutiremos en estas páginas– se puede hablar de la existencia de dos tipos de normas jurídicas: los principios y las reglas.

Se puede hablar de la existencia de dos tipos de normas jurídicas: los principios y las reglas.

La doctrina ha establecido diversos criterios para distinguir las reglas y los principios. En este trabajo, explicaremos algunos de ellos, pero advertimos que ninguno es completo ni suficiente para distinguir con claridad las reglas y los principios, pero son importantes pues de ellos dependerá la manera en que intérprete generará la norma nacida del texto jurídico: si como principio o como regla. Además, conocer estos criterios nos servirá para mostrar cómo la hermenéutica analógica está presente en el juicio de ponderación.

Tres de las diferencias más clásicas para distinguir principios y reglas son “el carácter hipotético-condicional”, el “modo final de aplicación”, y el “modo final de aplicación” (Ávila, 2011: 58-70). Hagamos un breve comentario de cada uno.

a) El carácter hipotético-condicional: Según este criterio, las reglas están construidas con un carácter de “Si... entonces”, “Si A entonces B”, donde claramente se establecen el supuesto y la consecuencia y, por lo tanto, si se cumple en los hechos el contenido del antecedente se debe cumplir el consecuente. Por ejemplo, “Quien priva de la vida a otro (A) comete el delito de homicidio y tendrá una pena de 5 a 10 años de prisión (B)”. En cambio, los principios no tienen esta estructura y más bien son solo la descripción de una situación ideal; es decir, una estructura de “Debe ser C”. Por ejemplo, “el hombre y la mujer son iguales ante la ley”.

b) El criterio de “modo final de aplicación”: Según este criterio, las reglas se aplican a través de un silogismo, de un juicio de subsunción. Es decir, si la estructura de la regla es “Si A entonces B”, se debe comprobar que en los hechos se actualiza la hipótesis A, y por lo tanto debe darse la consecuencia. Por ejemplo, “Quien priva de la vida a otro comete el delito de homicidio y tendrá una pena de 10 años de prisión”. “Juan mató a Pedro”. “Entonces Juan cometió el delito de homicidio y tendrá 10 años de prisión”. En cambio, los principios requieren de un trabajo argumentativo que justifique su aplicación al caso concreto, y que implica un juicio de ponderación.

c) El criterio del conflicto normativo: Este es tal vez el más conocido, debido a que ha cobrado gran importancia en la teoría de los derechos fundamentales. El conflicto normativo puede darse en abstracto y en concreto. El primero se refiere a “un conflicto conceptual que se produce cada vez que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles (y por lo tanto

ofrecen dos soluciones incompatibles) a dos clases de hechos jurídicos” (Serpe, 2010: 48). Es decir, este conflicto no requiere de un hecho concreto que actualice el supuesto normativo, y por lo tanto esas reglas no pueden “convivir” en el sistema jurídico, ya que se entiende que éste es coherente. Por su parte, el conflicto en concreto aparece en la fase de aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto, que “en abstracto” no se muestran como contradictorias. Supuesto esto, se afirma que el conflicto normativo de las reglas se da en abstracto, y que por lo tanto, una de las reglas en conflicto debe quedar sin validez o contener una excepción que supere el conflicto, y así proteger la coherencia del sistema jurídica. En cambio, el conflicto normativo de los principios se da en concreto, pues es necesario un caso concreto donde se dé cuenta que dos o más principios, que pueden convivir sin problemas en abstracto en el sistema jurídico, están en conflicto.

Estas tres diferencias entre principios y reglas han sido la base de análisis más profundos al respecto. Se trata de análisis que sostienen las limitaciones de dichos criterios y la necesidad de establecer criterios más sólidos. Veamos unos casos.

Robert Alexy (1993) es uno de los exponentes más conocidos de la teoría principialista, a partir de su obra *Theorie der Grundrechte* (“Teoría de los derechos fundamentales”), publicada en 1985. En ella analiza la estructura de las normas consideradas derechos fundamentales, y establece que las normas pueden dividirse en dos clases: principios y reglas. Alexy se inclinaría por la postura que considera la separación de principios y reglas de manera fuerte, pues para él existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios: los principios son mandatos de optimización, y las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no.

Para Alexy, los principios son normas jurídicas que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1993: 86). Entonces, los principios son mandatos de optimización, que pueden cumplirse en diferente grado y que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas; en este sentido, las posibilidades jurídicas se determinan por principios y reglas opuestos al principio en cuestión. Por su parte, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no; son del todo o nada. Si una regla es válida entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible (Alexy, 1993: 67-68).

Otra diferencia consiste en el carácter *prima facie* que existe entre las reglas y los principios. Los principios al establecer que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, no es un mandato definitivo sino sólo *prima facie* (Alexy, 1993: 99), es decir, que en un primer momento los principios mandan realizar algo, pero en un segundo momento su grado de cumplimiento será diferente según el caso concreto. En cambio las reglas, al ser mandatos definitivos, contienen una determinación considerando las posibilidades jurídicas y fácticas, y si cuenta con imposibilidades de este tipo entonces será una regla inválida, de lo contrario contará con validez definitiva. Ahora bien, esta validez puede perderse con cláusulas de excepción. Un análisis también interesante sobre los criterios diferenciadores es el realizado por Humberto Ávila (2011: 64-70). Después de criticar las limitaciones de los criterios tradicionales, propone una

diferenciación heurística. De hecho, él se ubica en la tesis débil de la separación, pues su criterio no se basa principalmente en el texto normativo en sí mismo, sino en la manera que el intérprete genera la norma jurídica; por eso se admite la coexistencia de principios y reglas en razón de una misma disposición. Para ello establece tres criterios diferenciadores:

a) Criterio de la naturaleza del comportamiento descrito: Este criterio se basa en el hecho de que tanto los principios como las reglas, describen un comportamiento que se debe de adoptar. En este sentido, las reglas son normas inmediatamente descriptivas, pues establecen obligaciones, permisos y prohibiciones mediante la descripción de la conducta a ser adoptada. Por su parte, los principios son normas inmediatamente finalistas, pues establecen un estado de cosas que requiere adoptar ciertos comportamientos para su realización.

Al ser normas jurídicas, tanto principios como reglas establecen un deber a cumplir. Pero por la manera de describir el comportamiento, los deberes mediato e inmediato son diferentes en cada tipo de norma. Así, el deber inmediato para los principios es la promoción del estado ideal de las cosas, mientras que para las reglas es la adopción de las conductas descritas. Y el deber mediato para las reglas es adoptar la conducta necesaria para lograr el estado ideal de las cosas, y el de las reglas es mantener la fidelidad a la finalidad subyacente y a los principios superiores que reportan a la regla.

b) Criterio de la naturaleza de la justificación exigida: Este criterio se refiere a las exigencias de argumentación que impone cada tipo de norma. La aplicación de las reglas requieren evaluar la correspondencia entre la construcción de los hechos y la construcción de la norma y de la finalidad que le da soporte. En cambio, la aplicación de los principios exigen evaluar la correlación entre las consecuencias de la conducta considerada necesaria y la realización del estado de cosas puesto como fin.

c) Criterio de la medida de contribución a la decisión: Este criterio se refiere a la pretensión que tiene la norma de aportar a la decisión sobre el caso concreto. Los principios consisten en normas primariamente complementarias y preliminarmente parciales, en la medida en que, además de comprender sólo parte de los aspectos relevantes para una toma de decisión, no tienen la pretensión de generar una solución específica, sino de contribuir, junto a otras razones, a la toma de decisión.

Estos criterios de diferenciación conducen a Ávila (2011: 70) a establecer las siguientes definiciones de principios y reglas:

“Las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de decidibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige la valoración de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos”.

“Las principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración

de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción”.

Aunque con diferencias, la posición de Alexy y Ávila son cercanas en el sentido de que comprenden los principios como mandatos a construir o realizar un estado deseado. Ya sea por considerarlos como mandatos de optimización o normas inmediatamente finalistas. Siendo así, finalmente, es necesario un trabajo de interpretación y argumentación que posibilite la aplicación del principio, que sin duda, es diferente al de la aplicación de la regla.

En cuanto a la construcción de los derechos fundamentales, Alexy se pregunta cuál es el mejor modelo, y analiza las ventajas y desventajas de construir las normas como principios o como reglas; para él esta es una cuestión importantísima, pues sin esta distinción no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría completa acerca del papel que tienen los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

**Cómo se resuelve
el hecho de que dos
normas jurídicas
conducen a distintas
soluciones**

A partir de ese supuesto, Alexy separa las formas de aplicación de los principios en tres modelos. El primer modelo sería el “puro de principios”, donde las normas iusfundamentales serían principios y las reglas serían el resultado de ponderaciones. Sobre él, Alexy señala que sería “una ‘ilusión’ pensar que el problema de los límites del derecho fundamental puede ser solucionado a través de las disposiciones sobre reservas y restricciones que se encuentran en la Ley Fundamental”. Al segundo le llama “modelo puro de reglas”, donde las normas de derechos fundamentales deben estar libres de ponderación; en este caso se plantearían los derechos fundamentales en tres tipos: sin reserva alguna, con reserva simple y con reserva cualificada. Sobre este, en general, Alexy considera que puede en unos casos proteger poco y en otro demasiado el contenido de los derechos. El tercer modelo, al que se suscribe Alexy, es el mixto, que surge de la vinculación de un nivel de principios con un nivel de reglas. En este sentido, en la mayoría de las Constituciones de los Estados que se adscriben al neoconstitucionalismo encontramos el modelo mixto; es decir, una construcción de derechos fundamentales tanto como principios como reglas (Alexy, 1993: 115-137).

3. El juicio de ponderación

Una de las distinciones más defendidas entre reglas y principios tiene que ver, como ya mencionamos, con la solución de conflictos entre normas; es decir, cómo se resuelve el hecho de que dos normas jurídicas conducen a distintas soluciones. Ya comentamos que los principios, por lo general, no implican un conflicto en abstracto pero sí en concreto. Por ejemplo, nadie pensaría que el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la vida sean contradictorios; de hecho, en la mayoría de las Constituciones modernas y en varios tratados internacionales conviven sin problema alguno, siendo ambas normas jurídicas válidas. No obstante, puede suceder que en un caso concreto, un grupo religioso argumente que bajo la protección de su libertad religiosa puede realizar sacrificios de infantes, debido a que es un postulado de su fe y que el Estado no puede expedir norma alguna

que se los prohíba ni ejercer persecución en contra de su práctica.¹ Pero por otro lado, existe el derecho a la vida, lo que en el caso concreto significaría la obligación del Estado de expedir leyes que eviten la privación de la vida². En efecto, nos encontramos con un conflicto de principios, pero solo en el caso concreto³.

Para Alexy (1993), el conflicto entre reglas es solucionado a través de dos opciones: introduciendo una cláusula de excepción a una de las reglas que supera el conflicto, o declarando inválida una de las reglas. Por lo tanto, la anulación de una de las reglas puede darse a través de postulados jurídicos como “ley posterior deroga ley anterior” o “ley especial deroga ley general”. En cambio, cuando dos principios entran en conflicto, uno de ellos debe ceder ante el otro, pero esto solo bajo circunstancias concretas. El principio que es aplicado es aquel que, en función del caso concreto, tiene mayor peso:

Para Alexy (1993), el conflicto entre reglas es solucionado a través de dos opciones

“Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez: la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2007: 89).

Lo anterior tiene como supuesto que los derechos humanos –estructurados como principios– no son absolutos, pues en lo general admiten restricciones y son derrotables ante otros principios o derechos humanos. En este sentido, existen criterios por parte del Poder Judicial Federal en México, como el siguiente:

“DERECHOS FUNDAMENTALES. SUS LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS. La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales establece que contienen un núcleo fijo e inmutable, de manera que cualquier afectación a éste resulta ilícita, y sólo en su periferia pueden establecerse las limitaciones y restricciones necesarias y justificadas, así como expandirse las condiciones de su ejercicio, partiendo de la base de que estos derechos no son absolutos y su

¹ Pensemos, por ejemplo, en el artículo 12.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala: “Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”.

² La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4.1, señala: “ Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley...”.

³ Cabe señalar que este ejemplo nos sirve para profundizar en las razones que tienen los defensores de la tesis principialista en la construcción de derechos fundamentales. Si el derecho a la libertad religiosa fuera una regla (o solo una regla), entonces al conformar un mandato definitivo, de aplicación absoluta, el legislador no podría establecer norma alguna que impidiera las prácticas religiosas. Por lo tanto, el delito de infanticidio sería inconstitucional y violatorio del derecho a la libertad religiosa en contra del grupo religioso del ejemplo. No obstante, al constituirse como principio entra en conflicto con otros principios en casos concretos.

ejercicio está sujeto a límites, más allá de los cuales, éste resulta ilegítimo. En estas condiciones, la delimitación de ese núcleo intangible debe ser a partir de la subsistencia del derecho a la libertad y la posibilidad de ejercerlo; esto es, de un efectivo disfrute, de forma tal que los límites internos son aquellos que emergen al momento de definir los alcances del objeto concretamente protegido por cada derecho fundamental, es decir, sirven para definir el contenido del derecho, intrínseco a la propia definición y alcance del bien y fin tutelado, por lo cual cualquier supuesto que desborde esas fronteras es otra realidad carente de protección. Por otro lado, es posible delimitar el campo de acción a partir de las restricciones externas, al existir otros derechos, fines o bienes constitucionales que también merecen tutela y eficacia; única razón susceptible de generar la limitación, que alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido prima facie de los derechos fundamentales y la protección real que ofrecen en los casos concretos, una vez contrapesados y armonizados con otros derechos e intereses, que pueden apuntar en direcciones distintas e, incluso, opuestas a las que derivan de su contenido normativo.” (Registro 2003269)

Las restricciones a los derechos fundamentales se encuentran en la propia Constitución, ya sea que en su mismo texto se enumeren los principios por los cuales otro principio es “derrotable” –restricciones constitucionales directas– o bien que expresamente el constituyente haya delegado al legislador ordinario la tarea de restringir el derecho –restricciones constitucionales indirectas– (Alexy, 1993: 273). Pero también sucede que el legislador ordinario expida una ley que restrinja un derecho humano en razón de cumplir otro derecho humano.

Si bien los derechos humanos no son absolutos y admiten restricciones, éstas no pueden ser discrecionales por parte del legislador; éste tiene que demostrar y argumentar razones para limitarlos. El legislador debe demostrar que su acción establece una regla que está en función de cumplir un principio que tiene mayor peso que el principio restringido. Pero también pueden darse los casos difíciles en controversias judiciales, donde dos principios que contienen derechos humanos colisionen.

Si bien los derechos humanos no son absolutos y admiten restricciones, éstas no pueden ser discrecionales

Ante dichas situaciones, tanto el legislador como el juzgador deben atender a un test de razonabilidad. La determinación del principio con mayor peso específico se realiza, siguiendo a Alexy, a través del juicio de ponderación. Al respecto, señala Marco Aurelio González (2011: 35):

“Alexy comienza enunciando las condiciones limitadoras de una argumentación jurídica; a saber: la sujeción a la ley y la consideración a los precedentes, a la dogmática y a las reglas del ordenamiento procesal. Estas condiciones limitadoras logran excluir algunos enunciados posibles e incluir o determinar las posibles soluciones. A partir de este escenario, entiende que la discusión ponderativa que sigue debe entenderse como una tónica que consiste en dotar de razón a las concepciones valorativas a través de una argumentación coherente, que al momento de reconocer la libertad de ideas, garantice la racionalidad de las mismas.”

El juicio de ponderación tiene su fundamento en el *principio de proporcionalidad*, que se le ha catalogado como un metaprincipio del ordenamiento jurídico, es decir, un principio último al que deben atender las restricciones de los derechos humanos y que es un medio óptimo para resolver los conflictos. A su vez, este principio contiene tres subprincipios, que son: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Solo se puede afectar un determinado principio cuando la medida promueva a la vez otro principio

El *subprincipio de adecuación* consiste en determinar si la medida es idónea para promover el principio o derecho que se busca satisfacer; es decir, se debe demostrar que esa medida que imponga el legislador, el juez o el ejecutivo verdaderamente sirve para proteger un derecho o principio. Por lo tanto, solo se puede afectar un determinado principio cuando la medida promueva a la vez otro principio. El juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional prima facie de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, el sacrificio o la lesión de un derecho fundamental cumplen estas exigencias, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad (Castillo, 2010: 305).

El *subprincipio de necesidad* consiste en que entre las diversas opciones que pueden existir para satisfacer un principio, se debe elegir la que afecte en la menor medida al otro principio. Este subprincipio está condicionado al de idoneidad, es decir, presume la existencia de varios medios entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un camino idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será necesario debido a que no habrá elección posible (Fernández, 2009: 359).

Por último, una vez que se verifica que la medida es idónea y necesaria, se requiere demostrar su proporcionalidad. Para esto, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto hace alusión a una técnica de ponderación, que se compone principalmente por la ley de la ponderación y la fórmula del peso.

Alexy (2010: 30) enuncia **la ley de ponderación** de la siguiente manera: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. En efecto, la ponderación consiste en tres escalones: a) Determinar el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios; b) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario; c) determinar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

La **fórmula del peso** es propuesta por Alexy (2007: 30) para demostrar la racionalidad que existe dentro del juicio de ponderación, con tres variables: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. La establece de la siguiente manera:

$$G_{i,j} = \frac{(I_i \cdot G_i \cdot S_i)}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j)}$$

Donde I es el grado de intromisión o cumplimiento de los principios i y j ; G es el peso abstracto de los principios en colisión; y S es el grado de seguridad de que empíricamente se lleve a cabo la afectación y el cumplimiento. El cociente de la fórmula resolvería el conflicto, es decir, señalaría si la satisfacción del principio j es mayor que la afectación al principio i (Alexy, 2010: 33).

Alexy (2010: 34) reconoce que en la interpretación y argumentación jurídicas, y en especial en la de carácter constitucional, no se utilizan números, y que estos son necesarios para obtener un resultado en la fórmula propuesta. Sin embargo, para él, “la respuesta a esta objeción puede comenzar con la observación de que las fórmulas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la subsunción no se usan en la argumentación jurídica, sin embargo, esto no cambia que estas sean el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de la aplicación de reglas”. En efecto, se puede usar para representar la estructura inferencial de la aplicación de los principios con la ayuda de números, utilizados para las variables de la fórmula del peso. Es decir, que para referirse a los grados de interferencia (afectación o cumplimiento) en los principios se utiliza tres valores: leve (l), medio (m) y grave (s). Lo que toma importancia es la forma en que se puede justificar los grados de interferencia, es decir, porque se dice que la interferencia de un principio es medianamente grave, o ligeramente mediana o medianamente media. Esta justificabilidad de las oraciones sobre la intensidad es, sin embargo, un presupuesto de la racionalidad de la ponderación. Para hacer las cosas aún más fácil la aplicación, Alexy adjudica un valor numérico para representar cada uno de los grados de interferencia antes mencionados: leve = 1 (20), medio = 2 (21) y grave = 4 (22). En la fórmula del peso las premisas se representan a través de cantidades numéricas, que se apoyan en juicios.

De lo anterior se concluye que las vulneraciones leves de un derecho fundamental (con valor 1) ceden ante la protección media y grave de otro derecho fundamental (con valores 2 ó 4); las vulneraciones medias de un derecho fundamental (con valor 2) ceden ante las protecciones graves (con valor 4). Al contrario, las vulneraciones graves y medias de derechos fundamentales (con valor 4 y 2) no ceden ante protecciones leves de otro derecho fundamental (con valor 1), y las vulneraciones graves (con valor 4) no ceden ante protecciones medias (con valor 2). Con lo cual nos quedan tres casos de empate, que según Alexy el legislador goza de cierta discreción para afectar uno u otro derecho; es decir, que en caso de empate, las restricciones establecidas por la ley al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.

Con esta fórmula del peso, Alexy (2010: 37) busca demostrar que la ponderación es una forma de argumentación del discurso jurídico racional, y explica:

“Como un esquema de interferencial expresado por la fórmula del peso, la ponderación es una estructura formal, que como tal no contiene sustancia alguna. La aplicación de la fórmula del peso requiere, sin embargo, que el contenido —explicado por juicios sobre la intensidad de la interferencia, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas— sea puesto en las variables de la fórmula del peso. Por esta razón uno puede decir que la ponderación es procedualmente sustantiva”.



Cabe insistir que Alexy pretende con esta fórmula demostrar que la ponderación es un juicio racional. Pero por la naturaleza interpretativa y argumentativa del derecho, la fórmula es solo una propuesta que requiere de justificación para los valores dados, tomando en cuenta que sólo se puede justificar aquello que se puede comprender. Es decir, la representación matemática de la fórmula es una herramienta del derecho, que no se aplica como si fuera de una ciencia exacta, pues no buscan soluciones precisas o unívocas, sino que es una ayuda a encontrar la mejor solución a casos concretos. Pero los valores no surgen directamente de los hechos, sino que será mediante el uso de argumentos que se podrá justificar cada uno de los valores dados en fórmula.

Este juicio de ponderación, como decíamos al inicio del artículo, ha sido asumido por el Poder Judicial de la Federación en sus criterios para la aplicación de los derechos humanos. Veamos algunas resoluciones en concreto.

4. El juicio de ponderación en el Poder Judicial de la Federación

A continuación analizaremos brevemente algunos criterios jurisdiccionales relacionados con el juicio de ponderación, que han sido plasmados en tesis aisladas o jurisprudenciales. Cabe señalar que las “épocas” son los periodos en que han sido publicados, en el Seminario Judicial de la Federación, las tesis jurisprudenciales y los precedentes; hasta el momento existen diez épocas, nueve de ellas concluidas y actualmente se está formando la décima época. La duración de cada época no está determinada de antemano; la Suprema Corte de Justicia de la Nación decide inaugurar una nueva época como consecuencia a una reforma a la Constitución Federal, a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a la Ley de Amparo o a cualquier otra ley que afecte los mecanismos de integración de la jurisprudencia. La décima época dio inicio el 11 de octubre de 2011 como consecuencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. El juicio de ponderación ya es referido por diversas tesis jurisprudenciales de la novena época; no obstante, nosotros nos centraremos en tesis de la época actual.

En la tesis aislada con registro 2007342, la Primera Sala de la SCJN nombra al juicio de ponderación como “test de proporcionalidad”, y hace la diferencia con la proporcionalidad de la pena en materia penal. En este tesis, se asume que el conflicto de principios –y de derechos así construidos– se resuelve a través de este test, y le da el carácter de metaprincipio, como mencionamos líneas atrás. Asume los tres subprincipios según la doctrina de Alexy: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Y así los desarrolla: “Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida, esto es, una ley o una sentencia, etcétera, que limita un derecho o un bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir

Cabe insistir que Alexy pretende con esta fórmula demostrar que la ponderación es un juicio racional.

Ha sido asumido por el Poder Judicial de la Federación en sus criterios para la aplicación de los derechos humanos

que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor. El tercer sub-principio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas”. Como se observa, el tercer principio es descrito de manera muy oscura, y no guarda relación clara con los grados de afectación y cumplimiento de los derechos.

Tratándose de un juicio laboral, señala que debe prevalecer el interés superior del menor

En la tesis aislada con registro 2004712, la Primera Sala de la SCJN afirma que el test de proporcionalidad o juicio de ponderación es parte del análisis intenso de constitucionalidad y que puede aplicarse a todos los derechos humanos, no solo al derecho de igualdad y no-discriminación. Además, vuelve a establecer este test con los tres subprincipios ya mencionados.

Un Tribunal Colegiado de Circuito, en la tesis aislada 2010850, realiza una ponderación entre dos principios en conflicto: el de igualdad procesal de las partes contra el de interés superior de los niños. Tratándose de un juicio laboral, señala que debe prevalecer el interés superior del menor, y señala:

“...la Junta valore todos los elementos presentados e, incluso, tiene la facultad de recabar pruebas de oficio, a efecto de descubrir la verdad legal en torno a la calidad de derechohabientes y sobre los derechos controvertidos. De ahí que el pleno ejercicio de los derechos inherentes a los menores debe ser considerado por la Junta como el eje rector del litigio de origen en el que éstos se ven involucrados, por lo que dicha autoridad debe actuar de la manera que resulte de mayor conveniencia para preservar ese interés. Máxime cuando los recursos económicos que los infantes pudieran obtener a través de las prestaciones que reclaman, podrían contribuir en parte a la posibilidad de acceder a lo indispensable, para evitar que se coloquen en condiciones de pobreza o marginación y se encuentren en una desventaja social que no les facilite hacer frente a la satisfacción de sus necesidades materiales básicas o vitales, con la finalidad de mantener, si es posible, el statu quo material.”

El resultado de la ponderación, según el Tribunal, es que el cumplimiento del interés del niño a través de la actuación de la Junta de hacerse de pruebas de oficio es importante, debido a que puede asegurar la satisfacción de las necesidades básicas para el infante. En efecto, suponemos que el Tribunal valoró que la afectación al principio de igualdad procesal de las partes es leve.

En la tesis aislada con registro 2010541, proveniente de un Tribunal Colegiado, se realiza un juicio de ponderación, donde entran en conflicto el principio de presunción de inocencia y el principio de legalidad y la finalidad constitucional de combate a la corrupción. Es interesante ver cómo el Tribunal aplicó los subprincipios del juicio de ponderación:

“Ciertamente, esa medida (permitir la ejecución de la sanción de inhabilitación de manera inmediata) es necesaria, pues evita que las personas físicas y morales lleven a cabo contrataciones públicas de carácter federal que infrinjan el ordenamiento mencionado, participen en nuevas licitaciones y obtengan, de satisfacer los requisitos, algún contrato, no obstante la posibilidad de haber incurrido en una infracción prevista en dicha ley; también es idónea, ya que si el propósito

de la ley indicada es cuidar que las contrataciones se cumplan en sus términos, a fin de administrar los recursos públicos con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que están destinados, lo adecuado es sancionar inhabilitando para participar en una contratación de ese tipo a quien infrinja la ley referida, y que ello sea inmediato, pues sólo así puede evitarse que el Estado contrate nuevamente con esa persona posiblemente infractora; por último, es proporcional, cuenta habida que se considera, por una parte, que si se sanciona una infracción al cumplimiento de un contrato público federal, lo equitativo es que, atento a la gravedad de dicha infracción se impidan (temporal o definitivamente), nuevas contrataciones públicas dentro de los parámetros mínimo y máximo establecidos por la ley para ese efecto y, por otra, se atiende a que sólo opera respecto de contrataciones futuras lo cual, además, no se podría lograr con la sola imposición de una multa, dado que pudiera ser que incluso el contratante infractor encontrara un beneficio al pagarla, frente a la ganancia económica que le representara infringir la ley.”

Podríamos citar otros criterios donde se ve aplicado el juicio de ponderación, pero creemos que estos bastan para ver el camino que ha trazado el Poder Judicial. Como se observa, es claro que se ha asumido el modelo de ponderación propuesto por Alexy, pero su desarrollo no se argumenta con la profundidad que debería. Además, se echa de menos conectar con mayor rigor los principios contenidos en el artículo primero constitucional con el juicio de ponderación.

El modelo de ponderación propuesto por Alexy, pero su desarrollo no se argumenta con la profundidad que debería

5. Conclusión

En este artículo hemos delineado un acercamiento a la ponderación de derechos desde algunas corrientes del Neoconstitucionalismo y la Teoría principialista. Si comprendemos la ponderación como un proceso que concretiza los principios, entonces estamos ante el uso de una racionalidad que busca generar nuevas reglas. Éstas describen las conductas necesarias para el cumplimiento de los fines deseados. Así, la ponderación no solo resuelve el caso concreto que pone en conflicto ciertos principios o derechos sino que tiene una pretensión de generalidad, al resolver otros casos semejantes pero sin descuidar sus diferencias.

Al analizar algunas tesis generadas por el Poder Judicial Federal, concluimos que ha existido una evolución importante en cuanto a la aplicación de los derechos fundamentales, al incorporar varios elementos de la Teoría principialista y del modelo de ponderación propuesto principalmente por Robert Alexy. No obstante, todavía faltaría incorporar elementos de modelos más complejos de la ponderación que pudieran fortalecer la tarea judicial y la generación de precedentes que permitan una mayor protección a los derechos humanos. ■

REFERENCIAS ■

- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Alexy, Robert (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, Robert (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- Ávila, Humberto (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Bobbio, Norberto (1992). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Castillo, Luis (2010). "Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad". En Miguel Carbonell y Grández Pedro (Coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Fernández, Josefa (2009). *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*. Madrid: Dykison.
- Ferrajoli, Luigi (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- González, Marco Aurelio (2011). *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*. México: Novum.
- Serpe, Alessandro (2010). "Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio" en *Utopía y praxis latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, año 15, no. 51, Zulia: Universidad del Zulia.

Tesis aisladas y jurisprudenciales

- Registro: 2003269. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XIX, abril de 2013, Tomo 3. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.4o.A.17 K (10a.). Página: 2110.
- Registro: 2007342. Época: Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, septiembre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: Ia. CCCIX/2014 (10a.). Página: 590.

Registro: 2010850. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Publicación: viernes 15 de enero de 2016 10:15 h. Materia(s): (Constitucional, Laboral). Tesis: (V Región)5o.23 L (10a.).

Registro: 2010541. Época: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 24, noviembre de 2015, Tomo IV. Materia(s): Constitucional. Tesis: X.2 A (10a.). Página: 3442.