

EL JUICIO DE PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA HERMANÉUTICA ANALÓGICA

*Alejandro Rosillo Martínez**

Resumen: En estas páginas buscaremos demostrar cómo la hermenéutica analógica aporta a la ponderación de derechos y resuelve un debate en particular: si los resultados de la ponderación son universales o particulares, es decir, si tienen o pueden tener un carácter general o más bien se circunscriben a la construcción de soluciones casuísticas. Creemos que hay una racionalidad analógica en el juicio de ponderación, donde se atiende a las características específicas del caso sin perder su conexión con la generalidad de la ley y la posibilidad de otorgar reglas para resolver otros casos que guardan semejanza, es decir, analogía. La estructura de este escrito es la siguiente: en primer lugar, expondremos algunas posiciones que defienden la construcción de los derechos fundamentales como principios; en seguida, analizaremos de manera sucinta en qué consiste la ponderación como método para resolver las colisiones entre principios; en tercer lugar, problematizaremos la tensión en que se encuentra la ponderación entre ser un sistema de resolución particularista de conflictos, o sistema con pretensión de generalidad; y, por último, siguiendo a diversos autores, buscaremos demostrar cómo la hermenéutica analógica se hace presente en un tipo de ponderación que no se reduce tan solo a la resolución particularista de un caso en concreto, sino que, sin unificar los casos, reconoce sus semejanzas y diferencias, y establece reglas generales para resolverlos.

Palabras clave: Ponderação; Hermenêutica Analógica; Direitos Fundamentais; Neoconstitucionalismo

1 INTRODUCCIÓN

El “neoconstitucionalismo” es un término que se ha generalizado para señalar algunos aspectos de la nueva cultura jurídica occidental generada a partir de la Segunda Guerra Mundial. Según Prieto Sanchís, son cuatro las acepciones principales al respecto; a saber: 1) El tipo de constitucionalismo que genera una cierta institucionalidad de organización política del Estado; 2) un conjunto de ideas que conforman una teoría del Derecho, capaz de darle sustento a este modelo; 3) la ideología o filosofía política que fundamenta y justifica este tipo de organización jurídico-

* Possui doutorado em Estudos Avançados em Direitos Humanos pela Universidad Carlos III de Madrid (2011). Atualmente é Pesquisador da Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito.

política; y 4) la filosofía jurídica que implica el repensar conceptos y metodologías sobre la definición del Derecho, la conexión del Derecho y la moral, la neutralidad del jurista, etc.¹ En este horizonte, uno de las características del neoconstitucionalismo, que de alguna forma atraviesa estas cuatro acepciones, tiene que ver con la distinción de las normas jurídicas en principios y reglas, y la discusión de cuál es la mejor manera de construir los derechos fundamentales.

Por otro lado, el neoconstitucionalismo ha posibilitado, a través de algunas de sus características, que el Derecho se abra al horizonte hermenéutico contemporáneo. Al respecto, Sterling Casas señala que el Neoconstitucionalismo es un escenario fecundo para el desarrollo de la hermenéutica y la argumentación jurídica, en función de elementos como “el significativo rol del juez en la concreción del Derecho, el Derecho como un ejercicio de interpretación y argumentación desde la práctica judicial sobre todo en asuntos relacionados con la filosofía política y moral (escenarios no contemplados por el modelo positivista) y por último la razón práctica como elemento de valoración para la justificación de las decisiones judiciales”.²

Ahora bien, como nos señala Mauricio Beuchot, el horizonte contemporáneo de la hermenéutica puede ser visto, en general, a través de dos grandes bloques: las hermenéuticas unívocas, que tienden al positivismo cientificista, al sostener la posibilidad de lograr una sola y única interpretación válida, y en el otro extremo, las hermenéuticas equívocas, que sostienen que cualquier interpretación es válida. De ahí que el proponga la necesidad de incorporar una hermenéutica analógica, que asuma la posibilidad de diversas interpretaciones válidas que privilegiando la diferencia no renuncie a las semejanzas. En palabras del autor:

“La filosofía actual necesita una hermenéutica analógica para huir de los dos extremos del reduccionismo univocista y del relativismo equivocista. El primero, que se manifiesta en los positivismos, cierra demasiado el conocimiento, y la interpretación. El segundo, que se manifiesta en los postmodernismos, abre demasiado el conocimiento y la interpretación, tanto que lleva a la interpretación infinita, y conduce al conocimiento al escepticismo. En cambio, la analogicidad evita la cerrazón y la apertura desmedida. (...)

[En la hermenéutica analógica se da el] predominio de lo diferente, pero con el límite que lo amarra, que evita que la diferencia, que tiende a dispersarse, nos separe al infinito.”³

¹ SÁNCHEZ PRIETO, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 101-102.

² STERLING CASAS, Juan Pablo, “Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad judicial” en Pedro Grández y Félix Morales, *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 140.

³ BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y del umbral*, Editorial San Esteban, Salamanca, 2003, pp. 18-19.

En estas páginas buscaremos demostrar cómo la hermenéutica analógica aporta a la ponderación de derechos y resuelve un debate en particular: si los resultados de la ponderación son universales o particulares, es decir, si tienen o pueden tener un carácter general o más bien se circunscriben a la construcción de soluciones casuísticas. Creemos que hay una racionalidad analógica en el juicio de ponderación, donde se atiende a las características específicas del caso sin perder su conexión con la generalidad de la ley y la posibilidad de otorgar reglas para resolver otros casos que guardan semejanza, es decir, analogía.

La estructura de este escrito es la siguiente: en primer lugar, expondremos algunas posiciones que defienden la construcción de los derechos fundamentales como principios; en seguida, analizaremos de manera sucinta en qué consiste la ponderación como método para resolver las colisiones entre principios; en tercer lugar, problematizaremos la tensión en que se encuentra la ponderación entre ser un sistema de resolución particularista de conflictos, o sistema con pretensión de generalidad; y, por último, siguiendo a diversos autores, buscaremos demostrar cómo la hermenéutica analógica se hace presente en un tipo de ponderación que no se reduce tan solo a la resolución particularista de un caso en concreto, sino que, sin unificar los casos, reconoce sus semejanzas y diferencias, y establece reglas generales para resolverlos.

2 LA TEORÍA PRINCIPIALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es conocida la discusión sobre la manera en que los derechos fundamentales deben estar estructurados en un texto constitucional o iusfundamental: 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 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*.

Esta importancia que el neoconstitucionalismo 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 Bobbio⁴, como un positivismo ideológico que después de lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial ya no responde a los nuevos Estados democráticos y constitucionales.

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.

⁴ Cf. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1992.

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 “criterio del conflicto normativo”.⁵

Veamos brevemente cada una.

- 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

⁵ Cf. ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 58-70.

de hechos jurídicos”.⁶ 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 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.⁷ 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”.⁸ 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*

⁶ SERPE, Alessandro, “Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio” en *Utopía y praxis latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, Universidad del Zulia, Año 15, no. 51, 2010, p. 48.

⁷ Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

⁸ *Ibidem.*, p. 86.

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.⁹

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*¹⁰, 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.¹¹ 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

⁹ *Ibidem.*, p. 67-68.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 99.

¹¹ Cf. ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, pp. 64-70.

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 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, sempre 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”.¹²

“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”.¹³

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. Es en este proceso de

¹² *Ibidem.*, p. 70.

¹³ *Ídem.*

aplicación de los principios donde, como veremos más adelante, encontramos una racionalidad analógica.

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.

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.¹⁴

3 EL JUICIO DE PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

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

¹⁴ Cf. *Ibidem.*, pp. 115-137.

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.¹⁵ 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 vida.¹⁶ En efecto, nos encontramos con un conflicto de principios, pero solo en el caso concreto.¹⁷

Para Alexy, 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:

“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”.¹⁸

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

¹⁵ 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”.

¹⁶ 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...”.

¹⁷ 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.

¹⁸ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 89.

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 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.”¹⁹

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).²⁰ 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.

¹⁹ Época: Décima Época. Registro: 2003269. 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. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 257/2012. Ruth Corona Muñoz. 6 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

²⁰ Cf. ROBERT, Alexy, *op. cit.*, p. 273

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:

“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 tópica 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.”²¹

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.²² A su vez, este principio contiene tres subprincipios, que son: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

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.²³

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

²¹ GONZALEZ, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Novum, México, 2011, p. 35.

²² Cf. Tesis: 1a. CCCIX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. I, Septiembre de 2014, p. 590. Rubro: PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES.

²³ Cf. CASTILLO, Luis, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en Miguel Carbonell y Grández Pedro (Coords.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, p. 305.

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.²⁴

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 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”.²⁵ 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 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.²⁶ La establece de la siguiente manera:

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

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*.²⁷

Alexy 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

²⁴ Cf. FERNANDEZ, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, Dykison, Madrid, 2009, p. 359.

²⁵ ALEXY Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 30.

²⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 30.

²⁷ ALEXY Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 33

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”.²⁸ 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 (2^0), medio = 2 (2^1) y grave = 4 (2^2). 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 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 –

²⁸ *Ibidem.*, p. 34.

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”.²⁹

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.

Ahora bien, ¿la racionalidad de la ponderación queda demostrada totalmente con la fórmula del peso? Es decir, en un caso concreto, ¿basta con una interpretación y una argumentación que dotan de valores a la fórmula para hacer correctamente una ponderación de derechos? En este punto, han existido diversas objeciones a Alexy, considerando que el juicio de ponderación no se agota con la fórmula del peso. Veamos una de estas críticas y cómo una racionalidad analógica se muestra para comprender de manera más completa el juicio de ponderación.

4 ¿GENERALIDAD O PARTICULARISMO EN LA PONDERACIÓN?

La aplicabilidad de los derechos fundamentales, sobre todo en el caso de la ponderación, ha implicado una discusión sobre la generalidad de la ley y, por lo tanto, sobre el cumplimiento de la seguridad jurídica o principio de legalidad. En efecto, si la ponderación en casos concretos es siempre *ad hoc*, esto conlleva que una sola característica peculiar del caso puede ser la justificación para dar una solución totalmente distinta de aquella que se dio a un caso anterior.³⁰ Al respecto, señala José Juan Moreso:

“De este modo, se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones. Es más se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente (y, como ha de resultar obvio, si dos casos individuales son diferentes entonces tienen al menos una propiedad

²⁹ *Ibidem.*, p. 37, cita 40.

³⁰ Cf. PULIDO, Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 188-189.

diferente) puede comportar una solución diversa para el caso”.³¹

En otras palabras, la jurisprudencia deja de ser un elemento importante en el sistema jurídico, y su pretensión de establecer criterios para unificar en lo posible los criterios judiciales dejaría de existir. El derecho no sería un sistema general de toma de decisiones para solucionar conflictos, sino que se vuelve un sistema de toma de decisiones particularistas.

Esto nos regresa a lo comentado en líneas anteriores sobre los modelos de construcción de los derechos fundamentales. Un sistema basado en reglas aseguraría ser generalista, pues al ser mandatos definitivos no habría necesidad de ponderar y por lo tanto bastaría con la construcción conceptual del hecho para subsumirlo al supuesto normativo. Los precedentes judiciales tendrían la función de unificar los criterios de interpretación y comprensión de los hechos, pero es claro que no habría una acción judicial más profunda, de ser creadora de normas o de derecho. En cambio, un sistema basado en principios conduciría a un sistema particularista, donde cada caso podría ser resuelto de modo totalmente diferente a los anteriores, pues bastaría encontrar una sola diferencia para construir un juicio de ponderación distinto. Los precedentes judiciales perderían su función de armonizar la tarea judicial, pues se daría pie a un activismo judicial tan amplio que los jueces se vuelven auténticos legisladores para cada caso en concreto.

Lo anterior se puede plantear desde la perspectiva de la hermenéutica analógica. Mauricio Beuchot señala que “en la interpretación univocista se defiende la igualdad de sentido, en la equivocista, la diversidad. En cambio en la analógica se dice que hay un sentido relativamente igual (*secundum quid idem*) pero que es predominante y propiamente diverso (*simpliciter diversum*) para los signos o textos que lo comparten”.³² Y también afirma que “lo análogo es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido en parte idéntico y en parte distinto, predominando la diversidad”.³³ En este sentido, encontramos dos extremos: por un lado, un sistema generalista que busca para todo caso una misma solución, lo que tiende a la univocidad debido a que se busca agrupar todos los casos en un conjunto unívoco que desconoce las diferencias entre ellos. Por otro lado, un sistema particularista que busca para todo caso una solución distinta y *ad hoc*, lo que tiende

³¹ MORESO, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación” en Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 234.

³² BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, Ítaca, México, 2000, p. 52.

³³ *Ibidem.*, p. 38.

a la equivocidad ya que se considera a cada caso como un conflicto de principios que tendrá su propio peso específico.

Lo anterior nos llevaría a asumir una de dos posiciones: Considerar que la única manera de asegurar la generalidad del sistema jurídico es el uso de reglas y del juicio de subsunción, excluyendo la formulación y uso de principios y el juicio de ponderación; o considerar que el juicio de ponderación y el uso de principios no puede ser sometido a un control racional, dando pie al equivocismo. No obstante, si consideramos que el juicio de ponderación responde a una racionalidad analógica, podemos completar la propuesta de Alexy, evitando caer en el particularismo pero sin sacrificar el reconocimiento de las diferencias en los casos concretos.

5 LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA EN EL JUICIO DE PONDERACIÓN

En esta sección delinearemos una manera en que la hermenéutica analógica puede colaborar con la aplicación de los derechos fundamentales cuando estos se construyen como principios en el texto constitucional. Es decir, expondremos una alternativa donde se muestre que en el juicio de ponderación encontramos una racionalidad analógica. Para este fin, nos valdremos de autores críticos a Alexy que han propuestos otros modelos de ponderación³⁴, y a partir de sus propuestas descubriremos lo analógico.

Partiremos de las definiciones de reglas y principios dadas por Humberto Ávila, y comentadas en párrafos anteriores. En ellas, uno de los elementos diferenciadores se refería a la manera en que la norma jurídica establece la conducta debida. Los principios, señalamos, 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. En efecto, la tarea de aplicación de los principios, a través de un juicio de ponderación, no es sólo determinar cuál principio tiene más peso —cuál principio debe ceder ante otro—, sino también lograr *especificar* para un caso concreto la conducta debida que logre el fin establecido en el principio. Es decir, una tarea de la ponderación es lograr que los principios sean especificados a través de *nuevas* reglas que establezcan descriptivamente la conducta debida. Por

³⁴ Principalmente seguiremos a José Juan Moreso (*op. cit.*), Humberto Ávila (*op. cit.*) y a David Martínez Zorrilla (“Los conflictos entre principios y la ponderación” en *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 129-179).

supuesto, se trataría de una conducta debida en función de su correspondencia con el logro de la finalidad establecida en el principio, y que corresponde a las características del caso concreto. No obstante, esta tarea de *especificar* generaría un conjunto de *nuevas* reglas que podrán no solo resolver el caso en concreto, sino todos aquellos que guarden *semejanza*. Veamos cómo, utilizando un ejemplo.

Recordemos el caso del inicio del programa “Hoy-no-circula” en la Ciudad de México. Como se sabe, este programa impide la circulación un día de la semana a los automóviles. En su momento, se recurrió al amparo, bajo el argumento que el programa violaba el artículo 11 de la Constitución que establece el derecho de libertad de tránsito. Este artículo señala que “todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes”, y las limitaciones a que se refiere son las establecidas por la autoridad judicial en casos de responsabilidad criminal o civil, y por la autoridad administrativa en casos de emigración, inmigración y salubridad. El texto constitucional bien puede ser considerado un principio, pues describe un estado ideal, una finalidad que lograr, o en términos de Alexy, es un mandato de optimización. En este sentido, una pregunta para el amparo podría ser: ¿La conducta establecida en el reglamento de la Ley ecológica es o no acorde a tal finalidad? Es decir, ¿impedir el uso por un día del vehículo es contrario a la finalidad establecida en el derecho de libertad de tránsito?

Ahora bien, el asunto fue resuelto por la SCJN de la siguiente manera:

VEHICULOS AUTOMOTORES QUE CIRCULAN EN EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS DE SU ZONA CONURBADA. LOS ARTICULOS 7o., FRACCION VIII, 32, FRACCIONES I Y II, Y 34, DEL REGLAMENTO DE LA LEY ECOLOGICA PARA LA PREVENCION Y CONTROL DE LA CONTAMINACION GENERADA POR AQUELLOS, Y LOS ARTICULOS 48 Y 49, DEL REGLAMENTO DE TRANSITO DEL DISTRITO FEDERAL, NO SON VIOLATORIOS DE LA GARANTIA DE LIBERTAD DE TRANSITO. Los ordenamientos legales invocados no vulneran la garantía de libre tránsito contenida en el artículo 11 constitucional, pues aun cuando establecen restricciones a la circulación de vehículos automotores en el Distrito Federal y su zona conurbada, ello no implica que se esté coartando al gobernado la posibilidad de transitar libremente por el territorio nacional, incluyendo el área especificada, habida cuenta que la garantía individual que consagra **la norma constitucional supracitada no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil**, sino en el derecho que tiene “todo hombre”, es decir, toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir, viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte, por tanto,

ha de considerarse que la garantía del libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo.³⁵

En este caso, la SCJN no reparó en la diferencia entre las normas constitucionales que son principios y las que son reglas³⁶, y su trabajo como intérprete del artículo 11 constitucional fue construir la norma como regla. Así, su manera de resolver el amparo fue a través de la subsunción y utilizó técnicas clásicas de interpretación: interpreta el supuesto normativo de la regla, para luego realizar el silogismo donde la premisa inferior es el contenido del reglamento de la Ley ecológica. Es decir:

Premisa mayor: Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. [Acto de interpretación: “Todo hombre” se refiere a la persona física y no incluye vehículos automotores].

Premisa menor: El reglamento de la Ley ecológica restringe el tránsito a vehículos, no a personas físicas.

Conclusión: El reglamento de la Ley ecológica no viola la libertad de tránsito.

Este ejemplo nos ilustra una de las razones, comentadas anteriormente, por las que Robert Alexy considera necesario que el modelo de construcción de derechos fundamentales en las constituciones sea mixto. La SCJN pudo optar por un juicio de ponderación para resolver este amparo, lo que le hubiera posibilitado llegar a la misma conclusión pero con el respaldo de una argumentación más sólida y construyendo un mejor precedente judicial.

Tomemos en cuenta que al establecer jurisprudencia al respecto, la SCJN señaló una restricción general a la libertad de tránsito: esta libertad no incluye el vehículo en que se mueve la persona. Pero desgraciadamente se trata de una restricción que fue construida *ad hoc* para el caso concreto, sin tomar en cuenta las circunstancias de otros casos. Por ejemplo, si un Estado de la

³⁵ Época: Novena Época. Registro: 200219. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Febrero de 1996. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: P. V/96. Página: 173. Amparo en revisión 4512/90. Gilberto Luna Hernández. 14 de noviembre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba. El pleno aprobó, con el número V/1996 la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia.

³⁶ Cabe señalar que la jurisprudencia es de 1996. De entonces a la fecha, tanto el marco de interpretación que ofrece la Constitución mexicana, como los modos de argumentación del Poder Judicial Federal, han cambiado. Tomamos el caso porque constituye un buen ejemplo para ilustrar nuestra propuesta.

República estableciera en su Ley de Tránsito la restricción de que ningún automóvil puede salir de la ciudad si no muestra una autorización especial de la Secretaría de Gobierno, entonces no se estaría violando la libertad de tránsito, pues ésta no protege el vehículo sino solo a las personas. Entonces se podría llegar a la situación, si la Secretaría de Gobierno negara los permisos, de vivir en un cerco de facto pues si una persona deseara salir de la ciudad tendría que hacerlo a pie. Es obvio que esto dejaría irreconocible el contenido de la libertad de tránsito, pues en los hechos se está imposibilitando que una persona se mueva, por ejemplo, de San Luis Potosí a Aguascalientes.

El otro camino para resolver el asunto sería construir la norma jurídica como principio, y establecer el conflicto con otro principio. Así se tendría una colisión entre el derecho a la libertad de tránsito y el derecho a un medio ambiente sano. Siguiendo el esquema de Alexy, se tendría que establecer en el juicio de ponderación, por lo menos, el grado de interferencia a cada principio, y se debería argumentar que la satisfacción al derecho al medio ambiente sano es mayor que la restricción a la libertad de tránsito. De alguna forma se tendría que demostrar, por ejemplo, que el grado de satisfacción al derecho al medio sano es media o grave (valor de 2 ó 4) y que la restricción a la libertad de tránsito es leve (valor de 1). No obstante, como ya dijimos, esta ponderación sería totalmente particularista y no aportaría a los precedentes judiciales, ni a un sistema con pretensión de decisión general.

Ahora bien, el otro camino para realizar la ponderación sería buscar especificar las conductas que son debidas al estado ideal establecido como finalidad en el principio, y desde ahí generar las reglas necesarias. Es decir, considerar la ponderación como “la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas–, a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas–, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado”.³⁷ Es en este proceso donde se hace presente una racionalidad analógica. Veamos en qué consistiría, siguiendo el mismo ejemplo.

La primera etapa de la ponderación sería delimitar el problema normativo, o en otras palabras, el *universo del discurso*. De todas las acciones que podrían abarcar el asunto, se reduciría a un conjunto. En el ejemplo, el universo del discurso podría ser: las acciones de la administración pública sobre la protección **al medio ambiente** que afectan el tránsito de vehículos. Por supuesto,

³⁷ MORESO, José Juan, *op. cit.*, pp. 237-238.

que esta decisión tiene que estar justificada a través de una argumentación, pues el intérprete podría establecer otro universo del discurso, por ejemplo, “las acciones de la administración pública sobre la protección **a la salud** que afectan el tránsito de vehículos”.

La segunda etapa consistiría en identificar las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Es decir, los derechos fundamentales o los bienes jurídicamente protegidos en la Constitución. Es obvio que en nuestro ejemplo estaríamos hablando de los principios de libertad de tránsito y derecho a un ambiente sano. Pero además de esta identificación, es importante cambiar *los fines vagos por el fin específico* de los principios. Es decir, se requiere argumentar que el fin general establecido por el principio, significa un fin específico en el caso concreto. Por ejemplo, se tendría que argumentar que el derecho al medio ambiente sano, que como fin general significa que toda persona debe disfrutar de un ambiente adecuado, tiene como un fin específico la protección de la calidad del aire que se respira. O en otras palabras, de la obligación general del Estado a cuidar el ambiente, se especificaría a la obligación de cuidar la calidad del aire. Y por otro lado, se tendría que demostrar –al contrario como lo hizo la SCJN– que la obligación del estado de respetar la libertad de tránsito de “todo hombre”, incluye la obligación de respetar el medio en que se transporta.³⁸

Las siguientes etapas están estrechamente ligadas entre sí; si las presentamos en un orden es por razones de exposición pero caminan en cierta forma de manera paralela para lograr el fin principal: “sustituir el fin vago por conductas necesarias para su realización”.³⁹

En la tercera etapa, se determinarían casos paradigmáticos que puedan colaborar con la aclaración de las condiciones que componen el estado ideal de cosas que han de buscar los comportamientos necesarios para su realización. Pueden ser casos reales o hipotéticos que refieran el ámbito normativo establecido en las etapas anteriores. Aquí es donde la ponderación estaría recuperando los precedentes judiciales, evitando caer en una decisión particularista que ignorara la jurisprudencia. Por ejemplo, se podrían revisar jurisprudencias sobre otras políticas públicas en

³⁸ Para hacer esta tarea, por ejemplo, Humberto Ávila recomienda: “(a) leer la Constitución Federal, con especial atención en las disposiciones relacionadas con el principio objeto de análisis; (b) relacionar las disposiciones en función de los principios fundamentales; (c) intentar disminuir la vaguedad de los fines mediante el análisis de las normas constitucionales que pueda, de forma directa o indirecta, restringir el ámbito de aplicación el principio” (ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 82).

³⁹ ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 82.

materia ambiental, o maneras en que se trató las limitaciones de la libertad de tránsito en otros asuntos.

En un cuarto momento, se establecerían las *propiedades relevantes* del universo del discurso. O en otras palabras: en función de las otras etapas, ¿cuáles serían las características que se vuelven relevantes para comprender los fines propuestos por los principios en conflicto? ¿Cuáles serían las propiedades relevantes para especificar las conductas necesarias que sus efectos son coherentes con los fines señalados? Además, esta etapa también consistiría en verificar la existencia de criterios capaces de posibilitar la delimitación de los bienes jurídicos que componen el estado ideal de cosas y de los comportamientos considerados necesarios para su realización.

En el ejemplo que nos ocupa, sin profundizar por razones de espacio, podríamos por lo menos establecer las siguientes *propiedades relevantes*:

1. Temporalidad de la restricción de uso del vehículo.
2. Relación de la calidad del aire y el uso del vehículo.
3. Situación del tráfico en el área a imponer la restricción.

Por supuesto que se podrían establecer más propiedades relevantes, pero probablemente muchas de ellas no corresponderían al universo del discurso establecido previamente. Por ejemplo, tomar en cuenta el uso o tipo del transporte, pues podría ser para personas con discapacidad, para servicio público o para servicio escolar, con lo que se pondrían en juego otros principios constitucionales (no-discriminación, derecho a la movilidad, y derecho a la educación, respectivamente).

La sexta etapa, tal vez una de las centrales, consistiría en la formulación de las reglas que resolverían todos los casos semejantes. No se trata de una solución unívoca sino análoga. Se establecerían las reglas para resolver casos que son semejantes entre sí debido a participar en el mismo universo del discurso y que le son aplicables los mismos principios, pero que entre ellos guardan diferencia.

En esta etapa es cuando el modelo de Alexy entra en función, pues los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, se utilizarían en la formulación de las reglas. Así, en nuestro ejemplo, la idoneidad y la necesidad de la medida del “hoy no circula” estarían presentes en la formulación de las reglas a partir de las tres propiedades relevantes que establecimos: Para proteger la calidad del aire, ¿es idóneo que los vehículos dejen de transitar un día? ¿A cuáles vehículos es necesario limitar su tránsito para cuidar la calidad del aire? Según la ciudad de que se

trata, ¿no existirían otras medidas menos lesivas a la libertad de tránsito que lograrán proteger igualmente la calidad del aire? ¿La medida es necesaria aplicarla de la misma manera todos los días y épocas del año? También funcionaría el subprincipio de proporcionalidad y la fórmula del peso: ¿Cuánto tiempo podría durar la restricción a la circulación del automóvil para que su afectación sea menor que el grado de satisfacción de la protección de la calidad del aire? La respuesta a estas preguntas constituiría parte de la argumentación necesaria para la construcción de las reglas.

Sin ahondar a profundidad veamos las reglas que se generarían, considerando las tres propiedades relevantes: T = Temporalidad de la restricción; R = Relación de la calidad del aire y el uso del vehículo; S = Situación del tráfico. En efecto, se podrían establecer los siguientes criterios:

T = Una suspensión de más de 48 horas a la semana, sería improporcionada y dejaría irreconocible el contenido del derecho fundamental de libertad de tránsito. Pero una suspensión de 48 horas o menos a la semana, en función de una medida idónea y necesaria, no violaría el derecho de tránsito.

R = Sólo los automóviles cuya emisión de gases impacten significativamente en la calidad del aire, es idónea y necesaria su restricción.

S = En los días, épocas del año o en ciudades donde el parque vehicular o la densidad del tráfico es significativo en el impacto de la calidad del aire, la satisfacción al cuidado del medio ambiente tendría más peso que la restricción a la libertad de tránsito.

Siguiendo estos criterios, que por supuesto deberán estar debidamente argumentados y sustentados en interacción con las otras etapas, tendríamos las siguientes combinaciones:

Caso	T	R	S	R1	R2	R3
1	*	*	*			DAS > DLT
2	*	*	X		DLT > DAS	
3	*	X	*		DLT > DAS	
4	*	X	X		DLT > DAS	
5	X	*	*	DLT > DAS		
6	X	*	X	DLT > DAS		
7	X	X	*	DLT > DAS		
8	X	X	X	DLT > DAS		

DAS = Derecho a un ambiente sano; DLT = Derecho de libertad de tránsito

De lo cual se formulan las siguientes reglas:

R1 = El Derecho a la libertad de tránsito prevalece sobre el Derecho al ambiente sano si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo no es proporcional (48 horas a la semana como máximo).

R2 = El Derecho a la libertad de tránsito prevalece sobre el Derecho al ambiente sano si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo es proporcional, la generación de gases del vehículo no impacta significativamente con la calidad del aire, o la situación del tráfico, según la época, el día o la ciudad, no tiene gran impacto con la calidad del aire.

R3 = El Derecho al medio ambiente sano prevalece si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo es proporcional, la generación de gases del vehículo impacta significativamente con la calidad del aire, y la situación del tráfico, según la época, el día o la ciudad, tiene gran impacto con la calidad del aire.

Como vemos, aunque partimos de un caso concreto, la racionalidad analógica que sustenta la ponderación posibilita establecer las reglas para resolver los casos semejantes, que comparten las mismas propiedades relevantes. Esto posibilita que la ponderación no sea simplemente un sistema particularista de resolución de colisiones de derechos, sino que tendría la pretensión de generalidad sin caer en la univocidad. En función de la tabla anterior, la SCJN pudo haber resuelto la constitucionalidad del “Hoy no circula” aplicando la regla R3, pues el caso que analiza es el “1”. Esto sin la necesidad de señalar que el automóvil no está protegido por la libertad de tránsito.

Una última etapa consistiría en analizar otros casos que deberían o podrían decidirse con base en los resultados de la misma ponderación. Así, por ejemplo, a partir de las reglas generadas, podríamos resolver casos semejantes:

- a) El caso “3” sería, por ejemplo, la aplicación de un programa “Hoy no circula” que se aplicara en una ciudad con alto parque vehicular, pero que pretendiera restringir la circulación de vehículos eléctricos o de bicicletas. En efecto, se aplicaría la regla R2, y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.
- b) El caso “5” sería, por ejemplo, la aplicación del “Hoy no circula” en la Ciudad de México, pero con una restricción temporal desproporcionada, donde se prohibiera la circulación durante tres días por semana. Por lo tanto, se aplicaría

la regla R1, y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.

- c) El caso “2” sería, por ejemplo, la aplicación del “Hoy no circula” en la Ciudad de México, los días domingo, cuando la carga del tráfico no impacta en la calidad del aire. Por lo tanto, se aplicaría la regla R2, y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.

Una ponderación de este tipo posibilita no solo resolver el caso individual en disputa, sino también todos aquéllos otros que comparta las mismas propiedades relevantes pero considerando sus propias características. Esto contribuye a la generación de una jurisprudencia sólida, y también a la seguridad jurídica.

Sin embargo, hay que tener cuidado de no ver en la ponderación una construcción universalista y unívoca de la aplicación de principios. Es necesario siempre estar alerta a las circunstancias particulares de un caso que pudieran generar una respuesta distinta y más justa. Por ejemplo, estar atentos a la delimitación del universo del discurso o a las propiedades relevantes, que podrían marcar la diferencia en cada caso.

6 CONCLUSIÓN

En estas páginas hemos realizado un acercamiento a la ponderación de derechos desde la hermenéutica analógica. Si comprendemos la ponderación como un proceso que concretiza los principios, entonces estamos ante el uso de una racionalidad analógica. Al generar nuevas reglas que describen las conductas necesarias para el cumplimiento de los fines deseados, 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.

La recuperación que hace el neoconstitucionalismo del papel de los principios dentro del Derecho, al considerarlos como auténticas normas jurídicas que establecen conductas debidas, significa un rompimiento con la tradición positivista-univocista que redujo toda norma jurídica a regla, y a un legalismo ético. No obstante, la hermenéutica analógica puede aportar al neoconstitucionalismo una guía importante para no caer en la equivocidad, en un activismo judicial que descuide la seguridad jurídica y la generalidad de la ley, sino que procure una aplicación de los principios y derechos con equidad y prudencia:

“Es lo que hacían la *phronesis* y la equidad en el derecho, a saber, enseñar a aplicar la ley buscando la justicia, y no sólo el cumplimiento de la ley por dura e inhumana que sea. Y para ello se tenía que atender al caso, de modo que se pudiera decir cómo se aplicaba en él la ley de manera completa”.⁴⁰

En otras palabras, la hermenéutica analógica permite realizar un juicio de ponderación que posibilite la creación de decisiones judiciales lo suficientemente creativas y correctivas hacia la justicia, sin perder su conexión con la generalidad de la ley, el principio de generación democrática del derecho, y la seguridad y certeza jurídicas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 30.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y del umbral*, Editorial San Esteban, Salamanca, 2003.
- BEUCHOT, Mauricio, *Puentes hermenéuticos hacia las humanidades y la cultura*, Universidad Iberoamericana, México, 2006.
- BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, Ítaca, México, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1992.
- CASTILLO, Luis, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en Miguel Carbonell y Grández Pedro (Coords.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010.
- FERNANDEZ, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, Dykison, Madrid, 2009.
- GONZALEZ, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Novum, México, 2011.

⁴⁰ BEUCHOT, Mauricio, *Puentes hermenéuticos hacia las humanidades y la cultura*, Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 18.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, “Los conflictos entre principios y la ponderación” en *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MORESO, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación” en Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

PULIDO, Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.

SÁNCHEZ PRIETO, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

SERPE, Alessandro, “Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio” en *Utopía y praxis latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, Universidad del Zulia, Año 15, no. 51, 2010.

STERLING CASAS, Juan Pablo, “Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad judicial” en Pedro Grández y Félix Morales, *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2013.

Recibido em: 28/02/2019

Aprovado em: 29/05/2019

Editor Geral:
Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editores executivos:
Dr. Alejandro Knaesel Arrabal
Layra Linda Rego Pena