

EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN EL EJERCICIO JUDICIAL EN MÉXICO

UN BREVE ANÁLISIS DE SU INCORPORACIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA

Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ*

1. INTRODUCCIÓN

El juicio de ponderación se ha vuelto una de las reflexiones principales en el ámbito de la aplicación y la construcción de los derechos fundamentales. A su vez, guarda relación con temas importantes en la Teoría del Derecho y en el Derecho constitucional, como es la distinción de las normas jurídicas en principios y reglas. Estos han ido influyendo cada vez más en el ámbito jurídico mexicano, como se puede observar en las resoluciones de la judicatura federal.

En este artículo, de carácter exploratorio, pretendemos mostrar cómo la judicatura federal ha evolucionado de una aplicación de los derechos fundamentales, comprendidos solo como reglas y a través del juicio de subsunción, a una mayor complejidad, que incluye, de alguna manera, la ponderación.

El camino que seguiremos será el 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 y ser sistema con pretensión de generalidad; por último, siguiendo los modelos

* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. Correo-e: alejandro.rosillo@uaslp.mx

de ponderación de diversos autores, veremos algunos conflictos de derechos resueltos por el Poder Judicial Federal mexicano, para analizar cuál fue la racionalidad que utilizaron, es decir, cuál fue el modelo de ponderación que aplicaron.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS O COMO REGLAS

La discusión sobre la manera en que los derechos fundamentales deben estar estructurados en un texto constitucional o iusfundamental, ha sido bastante difundida: si como reglas o como principios. Entre las diversas problemáticas que esto acarrea, nos interesan dos: 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.

Para las corrientes que se engloban en el neoconstitucionalismo, en términos generales, 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 significaría 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 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 ante una *estricta legalidad*.

Uno de los más famosos temas que ha acarreado la importancia de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo es el referente a la relación entre derecho y moral, pues se considera, en términos generales, que la división y separación categóricas ya no es procedente. La defensa del legalismo ético se considera, en términos de Bobbio,¹ como un positivismo ideológico que, después de lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial, ya no responde a los nuevos estados democráticos y constitucionales.

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

¹ Cf. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 1992.

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 mencionadas. 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 profundizaremos—, se puede hablar de la existencia de dos tipos de normas jurídicas: los principios y las reglas.

Se han 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 el intérprete generará la norma nacida del texto jurídico: si como principio o como regla.

Tres de las diferencias clásicas para distinguir principios y reglas son “el carácter hipotético-condicional”, el “modo final de aplicación” y el “conflicto normativo”.² Hagamos un breve comentario de cada uno.

- * 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 sólo la descripción de una situación ideal; es decir, una

² Cf. ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, pp. 58-70.

estructura de "Debe ser C". Por ejemplo, "el hombre y la mujer son iguales ante la ley".

* 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 e implica un juicio de ponderación.

* 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 (por lo tanto ofrecen dos soluciones incompatibles) a dos clases de hechos jurídicos".³ 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, por lo tanto, una de las reglas en conflicto debe quedar sin validez o contener una excepción que supere el conflicto, y así salvar la coherencia del sistema jurídico. 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.

³ 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*, p. 48.

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.⁴ 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".⁵ 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 sólo 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.⁶

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*,⁷ 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.⁸ 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 prin-

⁴ Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*.

⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁶ *Ibidem*, pp. 67-68.

⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁸ Cf. ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, pp. 64-70.

principalmente en el texto normativo en sí mismo, sino en la manera en 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:

1. 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.

2. 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.
3. 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, 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.⁹

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.¹⁰

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 como 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, ésta es una cuestión importantísima, pues sin dicha 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

⁹ *Ibidem*, p. 70.

¹⁰ *Ídem*.

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 como principios tanto como reglas.¹¹ Creemos que, en general, en la Constitución mexicana, los derechos fundamentales están establecidos como reglas y como principios.

3. EL CONFLICTO NORMATIVO Y 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.¹² 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.¹³ En efecto, nos encontramos con un conflicto de principios, pero solo en el caso concreto.¹⁴

¹¹ Cf. *Ibidem*, pp. 115-137.

¹² 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".

¹³ 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..."

¹⁴ 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.

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.¹⁵

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 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

¹⁵ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 89.

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.¹⁶

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).¹⁷ 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, pues tiene la obligación de 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.

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 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.¹⁸

El juicio de ponderación tiene su fundamento en el *principio de proporcionalidad*, que se le ha catalogado como un *metaprincipio* del ordenamiento

¹⁶ 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.

¹⁷ Cf. ROBERT, Alexy, *op. cit.*, p. 273.

¹⁸ GONZÁLEZ, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, p. 35.

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.¹⁹ 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.²⁰

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.²¹

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”.²² 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

¹⁹ Cf. Tesis: 1a. CCCIX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, Septiembre de 2014, p. 590. Rubro: PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES.

²⁰ Cf. CASTILLO, Luis, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, p. 305.

²¹ Cf. FERNÁNDEZ, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, p. 359.

²² ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, p. 30.

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.²³ La establece de la siguiente manera:

$$Gi.j = \frac{Ii.Gi.Si}{Ij.Gj.Sj}$$

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*.²⁴

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 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 ellas sean el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de la aplicación de reglas”.²⁵ 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, por qué se dice que la interferencia de un principio es medianamente grave, ligeramente mediana o medianamente media. Esta manera de justificar las oraciones sobre la intensidad es, sin embargo, un presupuesto de la racionalidad de la ponderación. Para hacer aún más fácil la aplicación, Alexy adjudica un valor numérico para representar cada uno de

²³ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 30.

²⁴ ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 33

²⁵ *Ibidem*, p. 34.

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 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.²⁶

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

²⁶ *Ibidem*, p. 37, cita 40.

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 se han ido construyendo otros modelos de ponderación.

4. EL JUICIO DE PONDERACIÓN:

¿GENERALIDAD O PARTICULARISMO?

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.²⁷ 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 diferente) puede comportar una solución diversa para el caso.²⁸

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,

²⁷ Cf. PULIDO, Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 188-189.

²⁸ MORESO, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación" en *Derechos sociales y ponderación*, p. 234.

que pudiera 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 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, desde otros modelos de ponderación, podemos completar la propuesta de Alexy, evitando caer en el particularismo, sin sacrificar el reconocimiento de las diferencias en los casos concretos.

5. LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA PONDERACIÓN EN MÉXICO

En función de lo expuesto en páginas anteriores, en esta sección delinearemos algunos comentarios críticos como la manera en que se han aplicado los derechos fundamentales en la judicatura mexicana. Tomaré algunos ejemplos, que nos ayuden a ejemplificar la función del Poder Judicial. Para este fin, nos valdremos de autores críticos a Alexy que han propuesto otros modelos de ponderación.²⁹

Partiremos de las definiciones de reglas y principios dadas por Humberto Ávila, 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

²⁹ Principalmente seguiremos a MORESO, José Juan, *op. cit.* ÁVILA, Humberto, *op. cit.* MARTÍNEZ ZORRILLA David "Los conflictos entre principios y la ponderación", en *Metodología jurídica y argumentación*, pp. 129-179.

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 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, un modelo así de ponderación, pondría ser útil para analizar algunas resoluciones del Poder Judicial Federal, para lo cual tomaremos dos ejemplos. En el primero, más antiguo (1996), la resolución no desarrolló un juicio de ponderación y, por lo tanto, aplicó el derecho fundamental como regla a través de una subsunción; por lo tanto, revisaremos cómo podría haber resuelto la SCJN a través de la ponderación y las ventajas de ello. En el segundo ejemplo, la resolución se basa en la ponderación, pero en los argumentos del Tribunal se echa de menos algunos elementos para construir una argumentación completa y sólida.

5.1. De la subsunción de reglas...

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.³⁰

En este caso, la SCJN no reparó en la diferencia entre las normas constitucionales que son principios y las que son reglas,³¹ 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, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. [Acto de interpretación: “Todo hombre” se refiere a la persona física y no incluye vehículos automotores].

³⁰ 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.

³¹ 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 y porque muestra con claridad el cambio en la forma de argumentar, como veremos más adelante.

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 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, conside-

rar 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”.³² 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 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. En otras palabras, de la obligación general del Estado a cuidar el ambiente, se especificaría a la obligación de cuidar la calidad del aire. 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.³³

Las siguientes etapas están estrechamente ligadas entre sí; si las presentamos en un orden es por razones de exposición, pero caminan en cierta forma

³² MORESO, José Juan, *op. cit.*, pp. 237-238.

³³ 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).

de manera paralela para lograr el fin principal: "sustituir el fin vago por conductas necesarias para su realización".³⁴

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 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. 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 cuyos 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*:

- a) Temporalidad de la restricción de uso del vehículo.
- b) Relación de la calidad del aire y el uso del vehículo.
- c) 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. Se establecerían las reglas para resolver casos que son semejantes entre sí debido a participar en

³⁴ ÁVILA, Humberto, *idem*.

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 logran proteger igualmente la calidad del aire? ¿La medida es necesario 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 en 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 en la calidad del aire.

Como vemos, aunque partimos de un caso concreto, la racionalidad 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 ge-

neralidad 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:

- 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.
- 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.
- 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 aquellos 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.

5.2. ...A la ponderación

Una revisión de la jurisprudencia del Poder Judicial Federal de México nos muestra que la teoría principialista incursionó en la aplicación de los derechos fundamentales, antes de la reforma en materia de Derechos Humanos de junio de 2011. A diferencia de la jurisprudencia analizada en el apartado anterior, donde se desconoció la ponderación, a partir del año 2008 encontramos una cantidad considerable de tesis aisladas y jurisprudenciales —algunas que hemos referido anteriormente— que hacen referencia a elementos que hemos analizado en este artículo. A continuación mencionaremos algunos criterios que incorporan elementos de la teoría principialista y del juicio de ponderación, para después analizar una resolución reciente que tiene conexión con la comentada en el apartado anterior.

5.2.1. La teoría principialista en los criterios del PJJ

El Pleno de la SCJN ha reconocido la existencia de reglas y principios, a la par de considerar que los derechos fundamentales no son ilimitados y que pueden entrar en conflicto en casos concretos, en el siguiente tenor:

...su estructura normativa típica [de los derechos fundamentales] no es la propia de las reglas —normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivos— sino la que caracteriza a los principios, que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas.³⁵

Diversas tesis del PJJ han señalado que los derechos fundamentales tienden a colisionar, a entrar en conflicto, y que son susceptibles de limitaciones o restricciones. Así, por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN afirmó que “[d]ada la estructura de las normas constitucionales es posible que existan supuestos en los que éstas entren en conflicto. Esto es especialmente cierto en el caso de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión

³⁵ Época: Novena Época. Registro: 161368. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, agosto de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. XII/2011. Página: 23

porque en diversos supuestos no se contemplan expresamente todas sus condiciones de aplicación”.³⁶ Como se observa, se acepta que los derechos fundamentales no son mandatos definitivos o reglas, sino principios, ya que la labor interpretativa tiene que ver con especificar los criterios de aplicación de los derechos y de ahí su tendencia a colisionar entre sí.

El test o juicio de ponderación se menciona en diversas tesis como el método o uno de los métodos pertinentes para resolver los conflictos de principios y derechos.³⁷ Por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN señaló que “cuando tienen lugar contradicciones entre distintos principios constitucionales con motivo de situaciones concretas se utilizan distintas técnicas argumentativas, como la ponderación, que permiten resolver este tipo de problemas.”³⁸ En esos criterios, aunque con descripciones distintas, se hace mención a los tres subprincipios de la estructura de la ponderación de Alexy. Así, la misma Primera Sala señala que las restricciones a los derechos fundamentales deben superar “un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática”. En otras palabras, esta tesis contiene los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En general, lo que se puede detectar en los últimos años es una tendencia del PJJ a asumir la ponderación como método para solucionar los conflictos entre derechos y principios (incluyendo fines y bienes constitucionalmente protegidos), siguiendo la estructura propuesta por Alexy. Por ejemplo, el Pleno de la SCJN ha señalado que “los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización”.³⁹ No obstante, en el análisis de las mismas y otras tesis, podemos encontrar también elementos que complementan el juicio de ponderación según Alexy con el modelo de ponderación que busca especificar las reglas que resuelven la colisión.

En cuanto al particularismo de que es acusada la ponderación —por lo menos en alguno de sus modelos— el Pleno de la SCJN ha señalado que la resolución de conflictos de derechos fundamentales que se da en casos concretos no parte de cero, sino que el sistema jurídico contiene un conjunto de reglas

³⁶ También pueden verse las tesis aisladas con los registros 161368, 162408, 160267 y 174338.

³⁷ Véanse las tesis con registros tesis aisladas 160267, 2003809, 2009625, 2003923, 2003330, 160744, 162084, 165344, 168069, 2004712 y 2003975.

³⁸ Época: Novena Época. Registro: 162408. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, abril de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XCVII/2010. p. 305

³⁹ Época: Novena Época. Registro: 161368. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, agosto de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. XII/2011. p. 23.

y criterios previos. En efecto, la SCJN estaría apoyando una ponderación que vaya más allá del particularismo:

...en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de Derechos Humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes.⁴⁰

Por otro lado, la Primera Sala ha señalado que ante un conflicto de derechos fundamentales, la tarea de la SCJN “consiste en precisar, a través de la resolución de casos concretos, las condiciones de precedencia de las normas constitucionales en conflicto”. Es decir, estamos ante una afirmación que asume la ponderación como un proceso de especificación de reglas (condiciones) que permiten resolver el caso concreto pero también establecer criterios para solucionar casos semejantes.

Por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito, encontramos la siguiente afirmación en una tesis aislada, que es interesante en su parte final:

...el principio de proporcionalidad como instrumento de interpretación, sirve para hacer una ponderación sobre la idoneidad, fin legítimo y debida adecuación de la intervención estatal en los derechos fundamentales del gobernado. También supone una característica de necesidad e indispensabilidad de la intervención por una parte, al tiempo que de moderación por otra. En suma, la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad es la siguiente: 1) determinar la importancia del derecho fundamental y el fin judicial o legislativo que se le opone; 2) comparar la relevancia de ambos, es decir, las intensidades en que éste se beneficia por la intervención en aquél; y 3) **formular una regla de precedencia entre dichas posiciones, que disponga cuál de dichos intereses debe ceder frente al otro en el caso concreto, si el protegido por el derecho fundamental o el principio constitucional que apoya el fin judicial o legislativo.**⁴¹

En el último paso de esta comprensión de la ponderación que hace un Tribunal Colegiado de Circuito, se encuentra la función creadora de reglas en el juicio de ponderación que hemos analizado en el apartado anterior. Es decir,

⁴⁰ *Ídem.*

⁴¹ Época: Novena Época. Registro: 168824. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, septiembre de 2008. Materia(s): Común. Tesis: I.4o.C.26 K. p: 1392

que la ponderación es un ejercicio argumentativo que conduce a la creación de nuevas reglas que resuelven el caso concreto y posibilita establecer criterios (reglas) para resolver otros casos semejantes.

5.2.2. La aplicación de la ponderación en casos

A continuación analizaremos una resolución que nos puede ilustrar cómo el PJF ha complejizado la aplicación de los derechos fundamentales. Se puede observar una transición que va de una mera aplicación de reglas a través de la subsunción (como en el caso del “hoy no circula” en la década de los 1990) a reconocer la estructura de los derechos como principios, establecer la posibilidad de colisiones entre ellos en casos concretos y resolver los conflictos a través del juicio de ponderación.

Analizaremos la jurisprudencia que, por reiteración, se estableció en Tribunales Colegiados de Circuito respecto al actual programa de verificación vehicular en la zona metropolitana de la Ciudad de México. La impugnación versaba en que el criterio para obtener el holograma “0” consistente en que el automóvil fuera de modelo 2006 o posterior, era violatorio del derecho de igualdad. La sentencia dio la razón al quejoso, en el siguiente sentido:

VERIFICACIÓN VEHICULAR OBLIGATORIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL NUMERAL 7.4.1. DEL PROGRAMA RELATIVO PARA EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2014, VIOLA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD, AL PREVER UNA DISTINCIÓN INJUSTIFICADA ENTRE LOS PROPIETARIOS DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES, ATENDIENDO ÚNICAMENTE AL MODELO, CON INDEPENDENCIA DE SU NIVEL DE EMISIÓN DE CONTAMINANTES. Conforme al criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenido en la jurisprudencia 2a./J. 42/2010, de rubro: “IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA”, para que se considere constitucional una norma que establezca un trato distinto entre dos o más sujetos o grupos en igualdad de circunstancias, es necesario que se acredite que **la medida diferenciadora persigue una finalidad válida, para lo cual, además de ser constitucionalmente aceptable, debe ser adecuada para alcanzar el fin buscado y guardar una relación razonable con lo que se pretende obtener.** Por su parte, del numeral 7.4.1. del programa mencionado se advierte que sólo podrán obtener el holograma cero los automotores de uso particular modelos dos mil seis y posteriores, de lo que se deduce que dicha norma da un trato diferenciado a los propietarios de vehículos, atendiendo al modelo, pues a los que cuenten con uno dos mil cinco o anterior les está vedada la posibilidad de obtener el holograma cero, aun cuando sus emanaciones de contaminantes pudieran estar dentro del rango

establecido para acceder a éste. En consecuencia, no obstante que esta medida no está expresamente prohibida, lo cierto es que no es proporcional y, por tanto, no resulta adecuada para alcanzar el fin que se pretende, lo cual hace que la porción normativa indicada viole el Derecho constitucional de igualdad, en virtud de que, si la restricción de acceder a un determinado certificado de verificación y, por tanto, a circular diariamente, contenida en la norma reclamada, tiene como finalidad la protección al ambiente para evitar que circulen automóviles que emitan excesivas cantidades de contaminantes, lo objetivamente congruente con la naturaleza de esa medida es que el acceso al holograma cero dependa del nivel de contaminantes emitidos por cada automotor, obtenido como resultado de las pruebas que se le practiquen para ese efecto y no, como se establece en el programa en cita, atender exclusivamente a la antigüedad del vehículo que corresponda, al no ser un elemento apto y determinante para conocer el grado de afectación al ambiente que se genera con su circulación.⁴²

Esta resolución es un ejemplo del uso del juicio de ponderación siguiendo la estructura propuesta por Alexy. Como se observa, el Tribunal estableció un conflicto de derechos o principios: el derecho a la igualdad y el derecho a un ambiente sano. A partir de esto, reconoce que existe una restricción al derecho a la igualdad y se deben de analizar tres cuestiones: a) Si la finalidad perseguida con el trato diferenciado debe ser constitucionalmente aceptable; b) Si la diferenciación advertida debe ser adecuada para el logro del fin buscado; c) Si la medida legislativa de que se trate es proporcional.⁴³ En otras palabras, son los tres subprincipios de la estructura de la ponderación de Alexy:

a) El *subprincipio de adecuación*: Se debe determinar si la diferenciación responde a un principio constitucional. En este caso, creemos que se cumple la adecuación, debido a que la diferenciación busca proteger el derecho a un ambiente sano. No obstante, el mismo Tribunal es equívoco al respecto, pues en la ejecutoria establece que “la restricción establecida en el programa de referencia no podría considerarse que su finalidad sea la de proteger el derecho de las personas a un ambiente sano, como sostiene la recurrente”.

El Tribunal no distingue con claridad los distintos subprincipios de la ponderación, pues el reconocer que una medida responde a una finalidad constitucional no significa que sea proporcional ni necesaria, solo

⁴² Época: Décima Época. Registro: 2008895. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, abril de 2015, Tomo II.

Materia(s): Constitucional. Tesis: I.1o.A. J/8 (10a.). Página: 1642

⁴³ Cfr. Ejecutoria del AMPARO EN REVISIÓN 2/2015. Secretaría del Medio Ambiente del Distrito Federal. 12 de febrero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Humberto Hernández Fonseca. Secretario: José de Jesús Alcaraz Orozco.

adecuada. En este caso, consideramos que la restricción sí responde a una finalidad constitucional;⁴⁴ otra cosa será revisar su necesidad y proporcionalidad.

b) El *subprincipio de necesidad*: Se determina si la medida que restringe el derecho a la igualdad es necesaria, es decir, que no hay otro medio para lograr el mismo fin. En este punto, el Tribunal decide que la medida no cumple el subprincipio de necesidad en los siguientes términos:

Aun cuando no se desconoce la facultad de la autoridad para emprender acciones para lograr la protección del ambiente y contribuir a una mejor calidad del aire, beneficiando la salud de las personas, lo cierto es que la restricción establecida en el programa de referencia no podría considerarse que su finalidad sea la de proteger el derecho de las personas a un ambiente sano, como sostiene la recurrente.

Lo anterior, en virtud de que la condicionante del modelo del vehículo para tener el derecho a obtener el holograma tipo cero es un aspecto que resulta ajeno al bien jurídico que se pretende tutelar con la disposición normativa —protección al medio ambiente—, puesto que no guarda relación lógica ni existe un nexo causal entre el modelo del vehículo y el grado de afectación al medio ambiente que se produce por la antigüedad del automotor.

Tal afirmación se corrobora con el hecho de que, aun cuando se considerara como válida la afirmación de la recurrente, en el sentido de que el transcurso del tiempo y el uso habitual de los vehículos tienden a originar que sufran desgaste en sus partes, lo cual, eventualmente, pudiera influir en el aumento en la emisión de contaminantes, lo cierto es que el modelo del vehículo no es un elemento que, por sí, sea apto para definir el grado de emisión de contaminantes del automotor.

Es decir, el modelo del vehículo, por sí, no es suficiente para determinar el grado de afectación al ambiente que se genera con su circulación, dado que eso dependerá de si sus niveles de emisiones de contaminantes se encuentran o no dentro de los parámetros legales permitidos.⁴⁵

c) El *subprincipio de proporcionalidad*: En este caso, el Tribunal no profundiza y señala someramente que “una restricción para la circulación del vehículo por razón del modelo que no es proporcional y, por tanto, no resulta adecuada para alcanzar el fin que se pretende.

El Tribunal no parece profundizar sobre el subprincipio de proporcionalidad ni argumenta los grados de satisfacción ni afectación de los derechos en conflicto para aplicar la fórmula del peso. Es decir, su afirmación sobre la no proporcionalidad de la restricción no está debidamente argumentada, pero en

⁴⁴ De hecho, como se verá en la cita del próximo inciso, el Tribunal da cierta razón a la afirmación de la autoridad sobre que la antigüedad del automóvil influye en la cantidad de los gases que expide.

⁴⁵ Ejecutoria del AMPARO EN REVISIÓN 2/2015, *op. cit.*

realidad, según el esquema que asume, no es necesario pues el amparo procede, en realidad, por demostrar que la medida no es necesaria (y parece ser que tampoco idónea). La diferenciación en función del modelo de automóvil no es una medida necesaria, pues en sí misma no tiene una relación directa con el cuidado del ambiente, y bien puede ser sustituida por otra (como es la medición de los gases contaminantes).

En cuanto al modelo de ponderación de especificación, el Tribunal realiza algunos de sus elementos pero queda corto, en general, en su aplicación. En primer lugar, determina el *universo del discurso*: las acciones de la administración pública sobre la protección al medio ambiente que se aplica a través de diferencias que afectan el derecho a la igualdad. La segunda etapa también la encontramos, cuando de los *fines vagos* como cuidado al medio ambiente, el Tribunal reconoce que el cuidado de la calidad del aire es un *fin específico* del derecho al ambiente sano e igualmente establece que el derecho a la igualdad tiene como un *fin específico* evitar las distinciones legales que no tengan justificación. La tercera etapa también es abordada por el Tribunal, al tomar en cuenta tesis dadas por otros órganos judiciales que ayudan a resolver el caso. No obstante, no se ve con claridad que el Tribunal haya destacado los elementos relevantes del caso ni generado la o las reglas que resolverían este caso y los semejantes.

En cuanto a los elementos relevantes, podemos suponer que el Tribunal consideró que son: 1) El trato diferenciado establecido por el programa (D); y 2) los índices de los gases emitidos por el automóvil que impactan en la calidad del aire (I). Tomemos en cuenta que el programa realiza, en realidad, dos tipos de diferenciaciones, pues establece un par de requisitos para acceder al holograma "0":

7.4. Constancia de verificación tipo cero '0' (holograma '0'). Podrán obtener este tipo de holograma:

7.4.1. Los vehículos a gasolina cuyos niveles de emisión no sobrepasen 100 partes por millón (ppm) de hidrocarburos, 0.6% en volumen de monóxido de carbono, 1000 ppm de óxidos de nitrógeno y 0.6% en volumen de oxígeno, con un lambda no mayor a 1.05, en tanto que el resultado de la suma del monóxido de carbono y bióxido de carbono no deberá salirse del intervalo de 13 a 16.5% en volumen y que, además, cumplan con el siguiente requerimiento respecto a su modelo:

a) Vehículos de uso particular, de carga y transporte colectivo de pasajeros a gasolina año modelo 2006 y posteriores.⁴⁶

⁴⁶ *Ídem*.

La afectación al derecho a la igualdad se realiza a través de dos criterios: en razón de las características de los gases emitidos por el automóvil y debido al modelo del automóvil. Aunque no es el reclamo concreto en el amparo en cuestión, podría darse el caso en que otro quejoso, dueño de un automóvil que tuviera índices de emisión de gases superiores a los establecidos, argumentara un trato desigual porque se le restringe el uso de su automóvil de manera desigual que a otro ciudadano. Pensemos, por ejemplo, en el programa "Hoy no circula" cuando no establecía esta diferencia, y que todo automóvil, sin importar factor alguno, tenía que dejar de circular un día a la semana. Entonces no había ninguna afectación al derecho a la igualdad y, por lo tanto, no era un elemento relevante del universo del discurso. Si consideramos como un elemento relevante el criterio de diferenciación, se debería argumentar, primeramente, si la medida es discriminatoria o no.

En segundo lugar, el Tribunal considera que un elemento relevante son las características de los gases producidos por el automóvil, que se constituye en el factor principal de afectación a la calidad del aire. En la ejecutoria señala:

Lo cierto es que si la restricción de acceder a un determinado certificado de verificación y, por tanto, a circular diariamente, contenida en la norma reclamada, tiene como finalidad la protección al ambiente para evitar que circulen automotores que emitan excesivas cantidades de contaminantes, lo objetivamente congruente con la naturaleza de esa medida es que el acceso al holograma cero dependa del nivel de contaminantes emitidos por cada automóvil, obtenido como resultado de las pruebas que se practiquen a cada vehículo para ese efecto y no, como se establece en el programa en análisis, atender exclusivamente a la antigüedad del automotor que corresponda, al no ser un elemento apto y determinante para fijar el grado de afectación al ambiente que se genera con su circulación.⁴⁷

Como se señaló anteriormente, el Tribunal analiza la relación que existe entre el año del modelo del coche y la contaminación que produce y concluye que las razones dadas por la autoridad son "insuficiente[s] para demostrar fehaciente y contundentemente de qué manera el modelo de los vehículos es determinante respecto del volumen de contaminantes que emiten, de suerte que la falta de valoración en la sentencia no le depara perjuicio".⁴⁸

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ *Ídem*.

En efecto, con estos dos elementos relevantes, podríamos construir la siguiente tabla:

D = La diferenciación es discriminatoria.

I = Existe relación entre la cantidad de gases generados y el impacto en la calidad del aire.

Caso	D	I	R1	R2
1	*	*	DI > DAS	
2	*	X	DI > DAS	
3	X	*		DAS > DI
4	X	X	DI > DAS	

DAS =Derecho a un ambiente sano; DI = Derecho a la igualdad

A partir de estos, se pudieron generar diversas reglas; algunas de las cuales podrían ser:

R1 = El derecho a la igualdad prevalece sobre el derecho al medio ambiente sano cuando la medida de protección se basa en una diferenciación discriminatoria o la generación de gases del vehículo no impacta significativamente la calidad del aire.

R2 = El derecho al ambiente sano prevalece sobre el derecho a la igualdad cuando los índices de los gases emitidos por el automóvil impactan en la calidad del aire y no existe un criterio de diferenciación discriminatoria.

En nuestra opinión, el Tribunal generó y aplicó la R1 al considerar que la diferenciación no es discriminatoria, pero no asegura una relación directa entre la generación de gases por el vehículo y su impacto con la calidad del aire.

Ahora bien, como ya se comentó, este modelo de ponderación genera reglas para resolver asuntos semejantes. Así, por ejemplo, el criterio de diferenciación basado en los índices de gases reportados por el procedimiento de verificación del automóvil se le aplicaría la R2, y tendría prevalencia el derecho al medio ambiente sano sobre el derecho a la igualdad. En cambio, supongamos que en una ciudad con una contaminación tan grave, en el año 2019, el gobierno decide elevar los criterios de exigencia respecto de los gases emitidos por los automóviles, al grado que sólo aquéllos que incorporen

una tecnología generada en el año 2018 puede satisfacerlos, siempre y cuando se le dé el mantenimiento adecuado; en este contexto, la administración pública emite un programa donde sólo los automóviles con esta tecnología pueden aspirar al holograma "0". En este ejemplo aplicaríamos también la R2. La R1 se aplicaría frente reglamentos que consideraran que solo los automóviles de ciertas marcas, o aquellos cuyos dueños tuvieran ingresos superiores a 40 salarios mínimos, pudieran aspirar al holograma "0".

6. 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.

7. BIBLIOGRAFÍA

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

_____, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

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

CASTILLO, Luis, "Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad", en *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Miguel Carbonell y Grández Pedro (Coords.), Lima, Palestra, 2010.

FERNÁNDEZ, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, Dykison, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Novum, México, 2011.

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 *Derechos sociales y ponderación*, Robert Alexy, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

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