

LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Por PABLO FRANCISCO MUÑOZ DÍAZ¹

RESUMEN: El presente ensayo destaca que, dentro del Estado constitucional, se ha privilegiado el carácter argumentativo del Derecho, propugnándose por dotar de racionalidad todas las decisiones jurídicas. De ahí, el surgimiento de diferentes técnicas tanto para interpretar o solucionar conflictos que se presentan entre normas jurídicas. Así, se desarrolla la ponderación, como un método racional, para solventar la colisión o conflictos entre principios y sus límites. Sin embargo, la ponderación trae consigo consideraciones propias respecto de su racionalidad, máxime cuando al hacerse caso por caso –*ad hoc*– inobserva el principio de universalidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Racionalidad, Ponderación, Principio de Universalidad.

ABSTRACT: This essay emphasizes that, within the constitutional State, the argumentative nature of Law has been privileged, advocating to provide all legal decisions with rationality. Hence, the emergence of different techniques both to interpret or resolve conflicts that arise between legal norms. Thus, weighting is developed, as a rational method, to resolve the collision or conflicts between principles and their limits. However, the weighting brings with it its own considerations regarding its rationality, especially when, on a case-by-case basis, it does not observe the principle of universality.

KEYWORDS: Law, Rationality, Balancing, Principle of Universality.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RACIONALIDAD Y EL DERECHO. 3. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD. 4. PONDERACIÓN. 5. CONCLUSIÓN. 6. FUENTES DE CONSULTA.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la transformación del modelo constitucional, donde se abandona la concepción decimonónica de “*Estado legislativo*” para adoptar la de un “*Estado constitucional*”², se vislumbraron diversos cambios no sólo en la forma de concebir y entender

1 Profesor de la materia de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho

2 Respecto al abandono de la concepción, conviene traer a cuenta lo sostenido por Luigi Ferrajoli, al referir los significados de los modelos de *Estado Legislativo de Derecho* y de *Estado Constitucional de Derecho*, en donde al primero lo conceptualiza como una afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica, haciendo a la ley y a dicho principio como únicas fuentes de legitimación, es decir, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido emitida por una autoridad dotada de competencia normativa. En cambio, en el Estado Constitucional se da una subordinación de la legalidad misma a una Constitución, jerárquicamente supraordenada a las leyes como normas de reconocimiento de validez, cambiando las condiciones de la coherencia de los contenidos de aquéllas a los principios constitucionales; imponiendo prohibiciones y obligaciones de contenidos, correlativas unas a los derechos de libertad

el Derecho desde esta nueva óptica, sino en la aplicación e interpretación del mismo, pues éste, ahora en adelante, se conceptualizará como un conjunto integrado por reglas y principios, los cuales modularán y limitarán el actuar del referido *Estado constitucional*³.

Este panorama, conlleva, por un lado, una reformulación de las fuentes formales del derecho⁴ y, por otro, una búsqueda de diversas formas para entender y comprender la nueva realidad jurídica, así como los fenómenos y circunstancias que se fuesen generando, motivando el nacimiento de nuevas corrientes conceptuales que unos han denominado como *neoconstitucionalismo* y otro como *constitucionalismo no positivista*⁵.

Ahora bien, independientemente de la concepción por la que se incline –“neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo no positivista”– es indudable que ambas coinciden en ciertos puntos para explicar un fenómeno relativamente reciente dentro del *Estado constitucional*, es decir, las dos posturas teóricas concuerdan al menos en estos puntos:

- a) Conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la moral;
- b) Diferencia entre reglas y principios;
- c) Reconocimiento de la importancia de la ponderación;

y las otras a los derechos sociales. Véase Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 13-20.

- 3 Manuel Atienza refiere que por “Estado constitucional” no debe entenderse simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución contiene:
Una distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales;
Derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y aplicación del Derecho; y
Mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes
Véase Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, 1ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2006, p. 17.
- 4 Diego Eduardo López Medina sostiene que no todo el derecho es producto de la legislación formal reconocida como legítima por el Estado, ya que es inconcuso que el derecho preexistente está lleno de múltiples vacíos, ambigüedades y contradicciones, y que existen fuentes del derecho legítimas –como la doctrina y la jurisprudencia– que coadyuvan a resolver estos defectos. Asimismo, que el derecho, por tanto, no es un cuerpo de normas plenamente predeterminadas. De ahí que el autor refiera que actualmente no puede seguir sosteniéndose a la “ley” como la principal fuente formal del derecho, pues éste es un agregado no reductible de la ley, que exige la utilización continua y metódica de valores morales para resolver los casos conforme a las necesidades de la vida presente, y no conforme al anticuario concepto de los abogados. Véase López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Colombia, Legis, 2008, pp. 316 a 319.
- 5 Manuel Atienza ha sido un escéptico de la corriente del neoconstitucionalismo, pues considera que éste no es propiamente ni una teoría ni una ideología, es más sostiene que no se puede decir qué es, habida cuenta que su nacimiento se debe a una crítica frontal a la forma que se estaba aplicando el derecho, resolviendo los problemas un claro distanciamiento del positivismo. De ahí, estima, de conformidad con la realidad jurídica actual, que la única concepción que puede ofrecer una guía al jurista que se mueve en el contexto de los Derechos del Estado constitucional es el constitucionalismo no positivista. Véase Atienza, Manuel, *Filosofía del Derechos y transformación social*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 2017, pp.117 a 146.

d) Carácter argumentativo del Derecho.⁶

De esta forma, ante esta nueva realidad jurídica, y para las aspiraciones de este ensayo, me centraré en la ponderación y su relación con el principio de universalidad.

Para ello, como primer acercamiento, se expondrá en qué consiste la ponderación y cuáles son sus tipos: *ad hoc* y *definitoria*; siendo esta última la más importante, pues en ella su resultado –el peso específico concedido a un principio frente a otro o su restricción en un caso determinado– deberá ser considerado como regla a efecto de respetar el principio de universalidad.

Es así, que se planteará que mediante una ponderación definitiva puede cumplirse a cabalidad el principio de universalidad.

2. LA RACIONALIDAD Y EL DERECHO

Los problemas de interpretación y aplicación de las normas son tan añejos como el Derecho mismo, pues la simple convivencia diaria en sociedad conllevó conflictos entre sus integrantes, lo cual implicó necesariamente la emisión de normas, mismas que fueron, son y serán interpretadas y aplicadas tanto para regular la conducta como para resolver diferendos entre los miembros del conglomerado social. Si bien esto puede resultar en apariencia banal o sencillo, trae consigo una serie de complicaciones tanto para los aplicadores de las normas como para los receptores de las mismas.

Así, actualmente, respecto del Derecho y la sociedad, los teóricos se han centrado en una serie de cuestiones básicas, tales como⁷:

- a) Cuáles son sus componentes básicos;
- b) Qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho;
- c) Qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder;

6 Véase Pino, Giorgio, “Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. Sobre el Ne constitucionalismo y sus críticos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía*, Alicante, número 34, 2011, pp. 201-228; asimismo, Atienza, Manuel, *Filosofía del Derechos y transformación social*, op. cit. p. 129.

7 Manuel Atienza refiere que por concepción del Derecho debe de entenderse un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas con relación al Derecho: a) cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho; c) qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder; d) qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben o pueden alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho. Véase Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, 1ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2006, pp. 19 y 20.

- d) Qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben o pueden alcanzarse con él;
- e) Cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico y;
- f) Cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho.

Estos puntos –en especial los dos últimos–, resultan fundamentales para entender la forma en que en la actualidad tratamos de ver y comprender el Derecho, pues es precisamente en la interacción de éste con la sociedad, cuando se busca que la aplicación de las normas, no sea un mero proceso mecánico, sino que implique un proceso de racionalidad por parte del aplicador de éstas, a efecto de que el receptor pueda comprender a cabalidad tanto la norma misma como la aplicación al caso concreto.

Al respecto, conviene traer a cuenta que José Ramón Cossío Díaz, describiendo la aplicación del Derecho, refiere que al resolver un conflicto es importante la claridad argumentativa, pues la argumentación es una forma de racionalizar el ejercicio del poder público;⁸ es decir, la racionalidad se convierte en un factor básico de comprensión al emitir una resolución de Derecho.

De esta forma, y para efectos de este ensayo, se partirá de la premisa consistente en que la racionalidad es imprescindible no solo para aplicar el Derecho y emitir normas, sino para resolver conflictos, pues el carecer de ésta necesariamente conlleva la falta legitimidad de los actos del Estado y una ausencia de comprensión del Derecho por parte de la sociedad.

En este sentido, para propugnar por una racionalidad en la aplicación del Derecho debemos buscar estos aspectos:

- a) Que toda regla emitida por el legislador cumpla un mínimo de racionalidad⁹;

8 Al respecto Cossío, partiendo de una encuesta realizada por Tom R. Tyler en Estados Unidos, refiere que una sentencia está legitimada cuando es clara, no sólo en el sentido de la redacción, sino de la cadena argumentativa que realiza y en el resultado al que llega. Asimismo, citando al ministro Ulises Schmill, señala que si la justicia fuera negocio quebraría muy pronto, porque al menos 50% de la clientela se iría descontenta con el resultado que se llegó, pues no hay negocio que resista con 50% de la clientela insatisfecha con el servicio. De este modo la sociedad da legitimidad a la claridad argumentativa, la cual lleva a saber que en un determinado litigio hubo razones suficientes para justificar la pérdida de un derecho, propiedad o libertad. Véase Cossío Díaz, José Ramón, *Derechos Humanos. Apuntes y reflexiones*, 1ª ed., México, Opúsculos, 2017, pp. 12 a 23.

9 Manuel Atienza, respecto de la racionalidad del legislador refiere que existen los tipos siguientes:
1. Racionalidad pragmática.– En esta racionalidad lo importante es considerar al destinatario de la norma. La conducta se debe adecuar a lo prescrito en la ley. El propósito de la racionalidad pragmática es influir en el comportamiento del individuo u órganos administrativos y que las leyes se cumplan por éstos, por tanto, si en la elaboración de la ley no se influye en el comportamiento para cumplirla, no tendría razón de ser, por lo que se pretende que la ley sea eficaz.

- b) Que la aplicación de la norma jurídica¹⁰ se haga mediante un proceso de subsunción; y
- c) Que todo acto de aplicación de dicha norma jurídica sea mediante un proceso de racionalidad, donde el aplicador, ya sea interpretando o ponderando ésta, justifique con claridad argumentativa su actuar.

Es ente este orden de ideas, donde encontramos el estado de uno de los problemas que se abordará someramente, ya que en la actualidad se da por sentado que la aplicación de las normas jurídicas, por un lado, se da mediante un proceso de subsunción y, por otro, que en caso de contrariedades en éstas, se resolverán mediante la interpretación –antinomias entre reglas– y la ponderación –colisión de principios y restricciones–¹¹, sin reparar, especialmente en esta última, en la racionalidad de lo que ello conlleva en cuanto a sus consecuencias; es decir, si el resultado de la ponderación puede ser considerado como un regla en virtud del principio de universalidad.

3. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Sobre el principio de universalidad se puede decir que tiene su origen en la filosofía de Immanuel Kant, quien en su libro *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*

2. Racionalidad jurídico-formal.– La ley debe ser armónica en nuestro sistema jurídico. Implica mejorar la técnica legislativa ordenada y sistematizadamente, es decir, el fin de la actividad legislativa es sistematizar, lo primordial es que la ley sea válida dentro del sistema y evitar que éste se erosione.

3. Racionalidad teleológica.– En esta dimensión se considera los fines que debe perseguir la ley, por lo que implica considerarla como medio para alcanzarlos (fines sociales)

4. Racionalidad ética.–Una vez planteados los fines, estos deben estar orientados a perseguir determinados valores. En esta dimensión se pretende legitimar la obligación ética de obedecer y aplicar la ley. Los valores éticos fundamentales, es decir, que permean todo orden jurídico, son: libertad, igualdad y justicia entre otros. Dichos valores justifican el propósito de la ley al enfocarse en una serie de principios que rigen el sistema jurídico.

5. Racionalidad comunicativa o lingüística.– Una vez procesadas las dimensiones anteriormente señaladas, el legislador debe tener la capacidad de transmitir de forma clara el mensaje a los destinatarios, por consecuencia deben ser utilizados los medios necesarios para emplear la lingüística y la lógica, entre otros. La consecuencia del uso de estos conocimientos lingüísticos y lógicos es dejar claro el mensaje normativo, evitando ambigüedades léxicas, sintácticas y semánticas, así como evitar en la medida de lo posible vaguedades.

Véase Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas ,1997, pp. 27-40.

10 Al referirnos a norma jurídica se pretende en el sentido del género donde sus especies son reglas y principios.

11 Daniel Vázquez, basándose en Alexy y en Prieto, retoma que cuando dos reglas entran en conflicto, se pueden usar diversos mecanismos tales como: herramientas como la declaración de invalidez de alguna de ellas; criterios de jerárquicos como la regla superior predomina de la inferior; criterios de especialidad para establecer excepciones, como la regla especial predomina sobre la general; criterios de temporalidad, como ley posterior deroga a la anterior. El uso de estos mecanismos, señala el autor puede ser utilizado en el restos de los casos y donde claramente una regla desplaza a otra. En cambio, refiere Vázquez, cuando dos principios entran en colisión, las herramientas mencionadas para las reglas no operan, es aquí donde se actualiza la ponderación.

Véase Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derecho humanos: instrucciones para armar*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 17 a 23.

medularmente sostuvo que para tener certeza objetiva que la voluntad de una persona atienda y sea conforme a la razón, y no a cuestiones contingentes, debe atenderse a un imperativo¹² categórico que se convierta en una especie de ley práctica que por sí sola mande absolutamente y no requiera de motivo alguno.

De esta forma Kant propuso, como un imperativo categórico y necesario el siguiente: *obra según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal*.¹³

Lo que Kant pretende con el referido imperativo es que nuestras actuaciones deben basarse en principios que se puedan universalizar sin contradicciones; es decir, se impone una potente exigencia moral, pues se traduce en una forma de comprobar si el acto que se va a realizar pone los intereses personales y circunstancias especiales por encima de los intereses y circunstancias de los demás.¹⁴

En el ámbito del Derecho, la idea kantiana de universalización permeó y sirvió de inspiración a Chaïm Perelman para establecer como exigencia de justicia una regla que aplique para dar tratamiento idéntico a personas o situaciones que se integran en una misma categoría, a la cual denominó como “regla de justicia”.¹⁵

La “regla de justicia” reconoce el valor argumentativo a lo que Perelman llamó justicia forma, según la cual las personas de una misma categoría esencial deben ser tratadas de la misma manera¹⁶. Esta regla ofrece un aspecto un aspecto de racionalidad, ya que cuando se tenga en cuenta la coherencia de una conducta, se aludirá siempre al respecto de la regla de justicia, misma que supondrá la identificación parcial de los seres, por su inserción en una categoría, y la aplicación del tratamiento previsto para los miembros de esa categoría.¹⁷

12 Kant refiere que todos los imperativos mandan hipotética o categóricamente, el primero representa la necesidad práctica de una acción posible como medio para conseguir alguna otra cosa que se quiere o es posible que se quiera; mientras que el segundo -imperativo categórico- sería el que representa una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a otro fin. Así para que la voluntad atienda a la razón debe ceñirse a un imperativo categórico, pues de lo contrario atendería a otras inclinaciones ajenas a la razón misma. Véase Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2ª ed. trad. de Roberto Rodríguez Armayo, Madrid, Alianza, 2012, pp.114 a 125.

13 Ibid. p. 126.

14 Véase Sandel, Michael J., *Justicia, ¿hacemos lo correcto?*, 1ª ed. trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011, pp.139 y 140.

15 Véase Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, 2ª ed. trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2016, p.340.

16 La justicia formal, según Perelman, no precisa, ni cuando dos objetos forman parte de una misma categoría esencial, ni cuál es el tratamiento que se les ha de dar. De hecho, en toda situación concreta, será indispensable una clasificación previa de los objetos y la existencia de precedentes en cuanto al modo de tratarlos. La regla de justicia dará el fundamento para que se posible pasar de los casos anteriores a los futuros. Ibid. p. 340 y 341.

17 Ibid. p. 341.

Así, en síntesis, Perelman propugnaba por una regla que sirviera no solo para dar coherencia en el actuar en aras de la justicia, sino por dotar de una racionalidad a la argumentación al establecer que a situaciones y personas similares decididas debe de replicarse la decisión.

En similar línea de pensamiento, Neil MacCormick retoma el pensamiento de Kant, y propone un concepto de universalidad considerándolo como esencial para justificar en el Derecho, ya que es un concepto limitado por los requisitos de legalidad y Estado de Derecho, en el cual se pretende que los jueces deben de universalizar sus decisiones lo mayormente posible dentro del contexto del orden legal existente y establecido, con ello se hace que la argumentación sea razonable.¹⁸

En este sentido, MacCormick considera la universalidad como esencial para la justificación, lo que resulta a su vez aplicable tanto a demandas, defensas y decisiones judiciales planteándose de la siguiente forma: *“puesto que de los hechos son H1, H2, ..., Hn, debe emitirse el fallo F, pero ese ‘puesto que...’ requiere de un compromiso con el universal ‘siempre que h1, h2, ...hn, entonces f’, acompañado de: ‘y en este caso H1, H2, ..., Hn, que son casos de h1, h2, ..., hn’; sin duda debe de tenerse y darse algunas razones ulteriores para la cláusula ‘siempre que...’, pero la cláusula ‘siempre que...’ es esencial para justificar la decisión final”*¹⁹

De este modo, MacCormick sostiene que el hecho de que la justificación requiera una universalidad se sigue de la idea de que aquella implica la presentación de buenas razones racionales para lo que se hace, y por ello depende de una concepción de la racionalidad y un compromiso con la racionalidad así concebida.²⁰

Igualmente, en relación con la universalidad y la racionalidad, Robert Alexy, al desarrollar el bosquejo de su teoría del discurso práctico racional general prevé, como una regla fundamental, que: *“todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”*²¹; la cual, según el propio Alexy, refiere a actuar coherentemente, y por ello, comprende una formulación del principio de universalidad que puede sustentarse de la siguiente forma: *“todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes”*²²

18 Véase MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho, una teoría del razonamiento jurídico*, 1ª ed. trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra, 2016, p. 259.

19 Ibid. pp. 257 y 258.

20 Ibid. p. 258.

21 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed. trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2015, p.266.

22 Ibid. pp. 266 y 267.

Así pues, siguiendo Alexy, el principio de universalidad, como elemento que brinda coherencia, es necesario para dotar de racionalidad nuestras decisiones, cuando éstas impliquen una reiteración de circunstancias fácticas en un caso similar o igual.

Por último, y en este orden de ideas, conviene traer a cuenta lo sostenido por Manuel Atienza respecto de la universalidad, quien refiere que ésta se encuentra implícita en la justificación, habida cuenta que la premisa mayor –normativa– del silogismo judicial tiene que ser un enunciado de carácter universal, a saber: “para todo x , si x es P , entonces debe ser también Q ”; ya que si no tuviéramos, como premisa, un enunciado normativo universal no podríamos inferir un enunciado normativo singular.²³

Asimismo, Atienza refiere, en aplicación y desde la perspectiva de los problemas normativos²⁴, que el criterio utilizado para construir la premisa normativa –*la ratio decidendi*–, no puede ser *ad hoc*; para ello expone el siguiente ejemplo: en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N’ es porque esa misma fue la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C.²⁵

En suma, se puede concluir que el principio de universalidad, busca dotar de racionalidad a toda decisión o aplicación del Derecho mediante la réplica de decisiones pasadas a casos futuros, siempre que sean circunstancias análogas, con lo cual se brinda no solo certeza y seguridad jurídica, sino un principio de justicia igualitaria.

4. PONDERACIÓN

Ahora bien a efecto de lograr una mejor comprensión de la ponderación, conviene establecer, tal como lo sostiene Manuel Atienza, que ésta es una forma de argumentación en dos pasos, el primero consiste en pasar de los principios a las reglas y el segundo es precisamente una subsunción²⁶. Esto es, la aplicación de las normas jurídicas se da mediante la subsunción, no obstante, se haya previamente interpretado a la regla o ponderado los principios.

Robert Alexy –uno de los principales teóricos de la colisión de principios y la ponderación– sostiene que cuando dos principios están colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, lo cual no implica declarar inválido al principio desplazado ni que se establezca una cláusula de excepción para ese supuesto, siendo que, bajo esas circunstancias, uno de los principios precede al otro. El presupuesto es que en ciertos casos

23 Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 2013, p. 554.

24 Un problema normativo se da dentro de la premisa normativa –premis mayor– del silogismo cuando se pretende aplicar, interpretar una regla e inclusive definir si la regla misma es aplicable al caso concreto.

25 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 555.

26 Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Op. Cit., p. 184.

los principios tienen diferentes pesos y que prima el principio con mayor peso, lo cual se determina mediante una ponderación.²⁷

La ponderación, según Carlos Bernal Pulido, es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización; estas normas no determinan exactamente lo que debe de hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.²⁸

Para establecer esa mayor medida posible en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión de principios, la cual existe cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.²⁹

Así, tal como lo sostienen Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, la ponderación tiene como finalidad la adopción de una decisión para resolver un conflicto de principios, para ello primero se debe de construir una regla de precedencia condicionada –una regla que establece las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro– y después se formula la decisión, vinculando a esas condiciones la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia, lo cual ha de ajustarse a una estructura de ponderación que se compone de cuatro pasos³⁰:

- (i) Fin legítimo: La norma o medida limitadora ha de presentar un fin legítimo como fundamento en la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de comparación;
- (ii) Adecuación: La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado que si afecta, en cambio, a la realización de otro principio, cabe excluir la legitimidad de la intervención;

27 Véase Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed. trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 69 a 77.

28 Véase Bernal Pulido, Carlos, “La Ponderación como Procedimientos para Interpretar Derechos Fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, número 17, julio-diciembre, 2007, pp. 17 a 20.

29 Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 98.

30 Véase Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed., Lima, Palestra, 2015, p. 299.

- (iii) Necesidad de la norma o medida limitadora examinada. Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien o principio puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna;
- (iv) Test de proporcionalidad en sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación. Este requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional.³¹

Es importante destacar que si bien es cierto que los anteriores cuatro pasos no son del todo aceptados por la mayoría de los autores que han escrito sobre la ponderación³², también lo es, que todos son contestes que dicho método o test sirve para dar racionalidad a la solución que surge en los conflictos entre principios; es decir, que se establezca racionalmente qué principio pesa más y, por tanto, debe de prevalecer en una colisión.³³

Ahora bien, no obstante se considere la racionalidad como un elemento fundamental de la ponderación, considero que siguen abiertos los siguientes cuestionamientos:

- i) Si todos los elementos de la ponderación –fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– deben necesariamente actualizarse, en todo ejercicio ponderativo, o bien, para ciertos casos pueden obviarse o replicarse;
- ii) Si cada que vez que se pondere se inobserva el principio de universalidad;

³¹ Idem.

³² Robert Alexy reconoce solo tres de dichos pasos –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– incluso sostiene que el fin legítimo o adecuado, como paso previo es un despropósito. En cambio, Aharon Barak reconoce los cuatro pasos, siendo necesario, previo a cualquier cosa identificar el fin adecuado. Véase Alexy, Robert, “Proportionality and Rationality”, en Jackson, Vicki C. et al., *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 18 y 19; asimismo, Véase Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, 1ª ed. trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017, pp. 277 a 284.

³³ Es importante traer a cuenta que para efectos de este ensayo no es mi intención explicar ni desarrollar la fórmula de peso establecida por Robert Alexy para dotar de mayor de racionalidad la elección del peso de los principios y restar discrecionalidad; pero si es deseo del lector contar con una primera aproximación a la referida fórmula de peso es recomendable ver a Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 529 a 546. Asimismo, Véase Nava, Alejandro, *La institucionalización de la razón*, 1ª ed., Ciudad de México, Anthropos en coedición con Universidad Autónoma Metropolitana, 2015, pp. 180 a 198.

- iii) Si al replicarse la ponderación puede hablarse de una ponderación definitiva³⁴ que evite o defina el resultado de una ponderación ulterior;
- iv) Si una vez que se pondere se genera una regla, misma que puede ser derrotada en casos específicos;
- v) Si al establecerse una regla con la ponderación definitiva se respeta el principio de universalidad.

Lo anterior no es cosa menor, pues pone en duda la racionalidad misma de la ponderación, ya que se contraponen con una de los pilares fundamentales de la argumentación jurídica que dota de racionalidad a las decisiones: me refiero al principio de universalidad; el cual, como se expuso anteriormente, funge como un tipo de garantía racional, en el sentido de que los aplicadores del Derecho –jueces– resolverán de la misma manera que lo han hecho cuando se repliquen las mismas circunstancias que sirvieron para justificar su decisión; siendo ello una exigencia de justicia formal.

Al respecto, Robert Alexy ha denominado a dicha problemática como una complejidad *ad hoc*, la cual refiere que si bien afecta la racionalidad de la argumentación, ésta puede resolverse con una condición de precedencia de los principios –Si el principio Pi toma precedencia sobre el principio Pj en las circunstancias C:(PiPPj)C, y si Pi trae consigo consecuencias legales Q en circunstancias C, luego una regla válida aplica en la cual se tiene a C como su prótasis y Q como su apódosis.³⁵

En este orden de ideas, conviene recordar la premisa sostenida por Atienza que la ponderación es un procedimiento argumentativo constituido por dos pasos: a) El primero de ellos consiste en el paso del nivel de los principios al de las reglas, creando por tanto, una nueva regla que anteriormente no existía en el sistema jurídico y; b) El segundo, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso para resolver.³⁶

En este sentido, partiendo de las ideas de Alexy y Atienza, podemos afirmar que cada vez que se pondera, se crea una regla que luego se subsume para solucionar un caso, misma que como resultado de esa ponderación –resolución– debe necesariamente, para que sea considerada como racional respetar, el principio de universalidad, a efecto de que en casos similares pueda aplicarse. Estimar lo contrario, como se ha soslayado por mucho tiempo, implica una violación a los principios de certeza legal y equidad,

34 Alexander Aleinikoff, retomando Nimmer, clasifica la ponderación en dos tipos: a) definitiva y b) *ad hoc*; siendo que la primera se da al establecerse una regla que se emplea a casos futuros sin que deba realizarse un contrapeso mayor de intereses. Mientras que la segunda, se da caso por caso, sin importar ponderaciones previas. Véase Véase Aleinikoff, Alexander T., *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, 1ª reimpresión, trad. de Jimena Aliaga Gamarra, Perú, Palestra, 2015, pp. 84-88.

35 Véase Alexy, Robert, “Proportionality and Rationality”, en Jackson, Vicki C. et al., *Proportionality. New frontiers, new challenges*, op. cit., pp. 24 a 26.

36 Véase Atienza, Manuel, *Filosofía del Derechos y transformación social*, op. cit. pp. 154 y 155.

lo que genera, se reitera, falta de racionalidad en las decisiones e implica necesariamente discrecionalidad.

De este modo, es que afirmo que debe existir una ponderación definitiva o definitoria, la cual constituye una regla que previene futuras ponderaciones, a menos que ésta sea derrotada y, en virtud de ello, se puede ponderar nuevamente.

Es decir, si concedemos la idea que en aras de que nuestra solución sea racional debe atenderse el principio de universalidad, necesariamente debemos conceder que para que ello acontezca, en el caso de la ponderación debemos de evitar hacerlo de manera *ad hoc* y procurar que la regla se crea como resultado de la ponderación sea respetada y replicada en casos similares, de lo contrario las resoluciones carecerán de certeza jurídica y equidad.

5. CONCLUSIÓN

La aplicación del Derecho, como proceso racional, busca que sus decisiones sean racionales a efecto de que toda persona no solo las deba acatar, sino las pueda comprender. Por ello, siempre debemos de procurar que todo proceso decisorio en el Derecho respecto un mínimo de racionalidad.

De esta forma, cuando se resuelven los problemas o conflictos en el Derecho se busca ir más allá de un proceso de subsunción –algo meramente mecánico–, con el fortalecimiento argumentativo de las premisas.

Una de las formas en las que más se ha procurado la racionalidad es cuando existe una colisión entre principios o sus límites, se ha propugnado por evitar una discrecionalidad al darles un peso específico que haga que la balanza se mueva irracionalmente.

La manera en que la mayoría de la doctrina ha coincidido en darle peso específico a los principios colisionados es mediante la ponderación; sin embargo, ésta por sí misma no ha sido suficiente, pues al hacerlo caso por caso se conculca el principio de universalidad. Es decir, cada vez que se ponderan los mismos principios colisionados en situaciones similares se pierda racionalidad, pues no se tiene expectativa que se resuelva de la misma forma y sentido, ya que nada asegura que el peso específico dado previamente puede cambiarse.

De ahí, que se proponga que el resultado de la subsunción, la cual se realizó a partir una premisa donde se haya ponderado un principio, sea considerado como regla que solo en caso de derrotabilidad permita que se pueda volver a ponderar.

6. FUENTES DE CONSULTA

Aleinikoff, Alexander T., *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, 1ª reimpresión, trad. de Jimena Aliaga Gamarra, Perú, Palestra, 2015.

- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed. trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2015.
- , *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed. trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
 - , “Proportionality and Rationality”, en Jackson, Vicki C. et al., *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- , *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., Madrid, Trotta.
 - , *El derecho como argumentación*, 1ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2006.
 - , *Filosofía del Derechos y transformación social*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 2017.
- Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, 1ª ed. trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017.
- Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- , “La Ponderación como Procedimientos para Interpretar Derechos Fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, número 17, julio-diciembre, 2007.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Derechos Humanos. Apuntes y reflexiones*, 1ª ed., México, Opúsculos, 2017.
- Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neo-constitucionalismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed., Lima, Palestra, 2015.
- Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2ª ed. trad. de Roberto Rodríguez Armayo, Madrid, Alianza, 2012.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Colombia, Legis, 2008, pp. 316 a 319.
- MacCormick, Neil, *Retórico y Estado de Derecho, una teoría del razonamiento jurídico*, 1ª ed. trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra, 2016.
- Nava, Alejandro, *La institucionalización de la razón*, 1ª ed., Ciudad de México, Anthropos en coedición con Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.
- Pino, Giorgio, “Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. Sobre el Neo-constitucionalismo y sus críticos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía*, Alicante, número 34, 2011.
- Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, 2ª ed. trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2016.
- Sandel, Michael J., *Justicia, ¿hacemos lo correcto?*, 1ª ed. trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011.
- Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derecho humanos: instrucciones para armar*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

