

Convergencias y divergencias

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores



Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Catalogación

PO
I070
T477t

El test de proporcionalidad : convergencias y divergencias / coordinadores Diana Beatriz González Carvallo, Rubén Sánchez Gil ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores] Barak Aharon [y otros trece] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xxvii, 549 páginas ; 23 cm.). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-192-3

Material disponible en PDF

Contenido: Una agenda de investigación para el futuro / Aharon Barak – Proporcionalidad y juicio constitucional en México / Rubén Sánchez Gil – Comentario al artículo “Proporcionalidad y juicio constitucional en México”, de Rubén Sánchez Gil / María Inés Pazos – El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad : un estudio de la dogmática alemana / Arnulfo Daniel Mateos Durán – La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Frida Daniela Ibarra Olguín – La estructura de la finalidad legítima / Víctor Jesús Castañeda Rojo – Necesidad y ponderación / Martin Borowski – Un modelo alternativo para la ponderación jurídica / María Inés Pazos – Proporcionalidad en su sentido estricto y medición de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales / Jorge Silva Sampaio – Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer / Matthias Klatt – Asimetría constitucional y los límites de la ponderación : una nota crítica a la postura de Matthias Klatt / Miguel Ángel García Godínez – Comentario a “Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer” / Bernardo Gallegos – Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de Oakes? : dos décadas de análisis de proporcionalidad bajo la sección 1 de la Carta Canadiense / Sujit Choudhry – Proporcionalidad e igualdad / Vicki C. Jackson

1. Test de proporcionalidad – Metodología – Estudio de casos 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Jurisprudencia – Análisis 3. Principio de proporcionalidad – Normas constitucionales – Estudio de casos – México 4. Derechos fundamentales – Intervención judicial – Alemania 5. Ponderación – Teoría 6. Derechos fundamentales I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador II. Sánchez Gil, Rubén, 1975- , coordinador III. Aharon, Barak, 1936- , autor IV. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser. LC K3370

Primera edición: abril de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**Asimetría constitucional
y los límites de la ponderación.
Una nota crítica a la postura
de Matthias Klatt***

Miguel Ángel García Godínez

* Agradezco a Bernardo Gallegos por sus comentarios a la versión preliminar de este texto.

SUMARIO: A. Introducción; B. Asimetría constitucional; C. Límites de la ponderación; D. Conclusiones.

A. Introducción

Los objetivos de este breve texto son, primero, discutir detalladamente la respuesta que ofrece Matthias Klatt a un texto de Frederick Schauer y, segundo, mostrar por qué es inadecuada. En su texto, Schauer argumenta a favor de dos tesis, a saber, "la tesis de la asimetría" y "la tesis de la restricción" (como atinadamente las llama Klatt). Estas dos tesis, como se verá, son conceptuales, en el sentido de que se siguen lógicamente a partir de ciertos presupuestos (o distinciones estructurales) que introduce Schauer. En su respuesta, Klatt comete un error metodológico grave: abandona estos presupuestos, y, por tanto, cambia el tema de la discusión. Él sugiere reemplazar ambas tesis con las que aquí llamaré "tesis del colapso" y "tesis de la ponderación" (las cuales, a su vez, están abiertas a múltiples objeciones).

La estructura de este texto es como sigue. En la sección 2 presento la tesis de la asimetría de Schauer y la contraste con la tesis del colapso de Klatt. Aquí se verá con claridad que la tesis de Klatt es más bien el resultado

de sostener una postura inflacionista de los derechos, que, desde luego, resulta incompatible con la postura analítica de Schauer. El problema para Klatt es mostrar por qué abandonar una distinción estructural (esto es, la distinción entre derechos e intereses) es una objeción a la tesis de la asimetría de Schauer.

En la sección 3 presento la tesis de la restricción de Schauer y la contraste con la tesis de la ponderación de Klatt. Como se verá, mientras que la de Schauer es una consecuencia lógica de su tesis de la asimetría y su noción de ponderación, la de Klatt es más bien un recurso retórico para introducir en la discusión su defensa de la ponderación. Al introducir esta defensa, sin embargo, Klatt comete un par de errores más. Primero, malinterpreta la postura de Schauer: Klatt afirma que Schauer descrea de la racionalidad de la ponderación, cuando en realidad sólo sostiene que la ponderación debe mantenerse como un método controlado o constreñido para poder ser empleado en juicios de proporcionalidad. Y segundo, Klatt añade elementos de "confiabilidad" en la fórmula de la ponderación de Alexy, con lo cual aleja su noción de ponderación de ese constreñimiento que Schauer considera necesario para su racionalidad.

En la sección 4 expondré mis conclusiones respecto del alcance de la respuesta de Klatt al texto de Schauer. En particular, diré que, a pesar de sus esfuerzos, Klatt no logra refutar las tesis que sostiene aquél.

B. Asimetría constitucional

En esta sección muestro con claridad el error metodológico que comete Klatt en su respuesta al texto de Schauer. Dicho brevemente, Klatt renuncia a ciertos presupuestos fundamentales que defiende Schauer, y, así, equivoca su réplica cambiando el tema de la discusión. A continuación, desarrollo esta objeción.

Comenzaré por presentar la "tesis de la asimetría" de Schauer:

Tesis de la asimetría. Los intereses protegidos por derechos constitucionales tienen mayor importancia que los intereses no protegidos por derechos constitucionales.

Debo advertir aquí que mi formulación de esta tesis no corresponde ni a la de Schauer ni a la de Klatt; sin embargo, creo que ésta es la forma más clara en que puede presentarse. Schauer formula su tesis con base en la noción de "presunción a favor", que está relacionada además con la noción de "carga de prueba" (Schauer, 2014, p. 178). No obstante, aunque hay conexiones lógicas importantes entre ambas nociones, no tienen el mismo significado. Como se verá enseguida, la noción de "mayor importancia" que empleo en mi formulación de la tesis de la asimetría expresa más claramente lo que Schauer intenta comunicar, a saber, que la protección constitucional es un elemento del cual la ponderación no puede dar cuenta.

Puesto de manera simple, la tesis de la asimetría dice que los intereses protegidos por derechos constitucionales (que en adelante llamaré "derechos") tienen una característica que los intereses no protegidos por derechos constitucionales (que simplemente llamaré "intereses") no tienen, esto es, un elemento de prioridad. Esta tesis implica que los derechos y los intereses son estructuralmente diferentes. Es decir, que los derechos son tales que gozan de prioridad preestablecida (o *prioridad default*, como la llamaré aquí), porque su estatus normativo pertenece al orden jerárquico más alto (el de nivel constitucional), mientras que los intereses no tienen dicha prioridad, porque su estatus normativo es de orden inferior (de nivel infraconstitucional). Esta idea corresponde al presupuesto fundamental que sostiene Schauer, a saber, que entre derechos e intereses hay asimetría constitucional.

De esta asimetría, sin embargo, no se sigue que los derechos y los intereses no puedan entrar en conflicto. De hecho, es bastante común que ciertos intereses (sobre todo, los de orden público) choquen con ciertos derechos (por ejemplo, los de algún individuo o grupo minoritario).

Schauer está consciente de esto, y no niega en absoluto que los derechos y los intereses entren en conflicto, tampoco niega que, en ciertas condiciones, los intereses puedan vencer a los derechos. Por el contrario, Schauer sostiene, primero, que los derechos no son triunfos, es decir, que no siempre ganan frente a consideraciones de orden jerárquico inferior (2014, p. 177, n. 18), y, segundo, que para que un derecho sea derrotado por un interés, las razones (esto es, la evidencia y los argumentos) que se presenten a favor del interés tienen que ser lo suficientemente importantes o fuertes para vencer la *prioridad default* del derecho, es decir, para vencer la asimetría constitucional entre el derecho y el interés (Schauer, 2014, p. 180).

Una consecuencia lógica de la asimetría constitucional que hay entre derechos e intereses es que, en caso de conflicto, los intereses tienen la carga de la prueba. Es decir, como los derechos tienen a su favor la *prioridad default*, quien argumente a favor de un interés tiene que mostrar que las razones que lo apoyan tienen un peso mayor que la *prioridad default* del derecho. Esto constituye una regla procedimental o una "regla de peso", como la llama Schauer (2014, p. 178).

Esta regla de peso es importante para Schauer (2014, p. 183). Con ella, intenta mostrar que, aunque entre derechos e intereses sí puede haber conflictos, y para resolver estos conflictos es necesario tomar un juicio de proporcionalidad, la ponderación no es el método correcto para ello. La razón es conceptual: porque la ponderación es incompatible con reglas de peso. La ponderación presupone que las cosas por ponderar tienen el mismo nivel de importancia; mientras que las reglas de peso establecen una relación de *prioridad default* y, por lo tanto, diferentes niveles de importancia. Aunque uno puede discutir aquí si esta noción de ponderación es correcta o no, seguir esta línea argumentativa no mostraría que entre derechos e intereses no hay asimetría constitucional, sino solamente que ponderación y proporcionalidad son equivalentes. Esta estrategia, además, se enfrentaría a los argumentos que ofrece Schauer contra esta aparente equivalencia (2014, pp. 174-178).

En su respuesta a Schauer, Klatt (2021, pp. 380-381) propone una tesis, que, como mostraré enseguida, no sólo es irrelevante para la tesis de la asimetría que defiende Schauer, sino que, además, es ella misma susceptible a varias objeciones. Llamaré a ésta la "tesis del colapso":

Tesis del colapso. Todos (o casi todos) los intereses pueden caer bajo la protección de algún derecho.

Esta tesis sugiere no que los derechos y los intereses son iguales, sino que, en última instancia, no tiene relevancia práctica alguna diferenciarlos. Por ejemplo, en caso de algún conflicto entre un derecho y un interés, no haría falta mirar sus condiciones estructurales (es decir, que uno tiene *prioridad default* y el otro no), sino que ambos tendrían que ser tratados como si tuvieran el mismo estatus normativo (a saber, el derecho como un derecho, y el interés como un derecho). Así, para Klatt, la diferencia estructural entre derechos e intereses que afirma Schauer colapsaría dentro de una noción sobreprotectora de los derechos. Y si esto es así, entonces convendría preguntarnos en qué medida esto es una crítica a la postura de Schauer.

Para responder, consideremos primero que la tesis de la asimetría de Schauer es conceptual, es decir, se sigue lógicamente de los presupuestos fundamentales que él adopta (a saber, que los derechos y los intereses son estructuralmente diferentes). En su argumentación, Schauer no recurre a ejemplos particulares (o reales, si se quiere), sino a premisas contrafácticas (2014, p. 175). La tesis de Klatt, en cambio, es *ad hoc*, en el sentido de que no es una consecuencia lógica, sino el resultado de adoptar una postura diferente a la de Schauer. Adicionalmente, en su argumentación, Klatt sí recurre a ejemplos particulares (que, por lo demás, son intrascendentes). Veamos.

Schauer distingue derechos e intereses con base en una premisa contrafáctica, a saber, que *podría haber* intereses que no estén protegidos por derechos (no que *de hecho hay* intereses que no están protegidos por

derechos). Su ejemplo es el interés de manejar a más de 60 mph (Schauer, 2014, p. 175). Para decir que esta tesis es falsa, no es suficiente con decir que, en un determinado sistema jurídico, ese interés sí está de hecho protegido por algún derecho. Esto sería un error lógico. La premisa contrafáctica sólo establece la posibilidad de que dicho interés no tenga la protección de algún derecho, no que de hecho ese interés no esté protegido por algún derecho. Así, cuando Klatt (2021, p. 381) responde que la Constitución alemana establece un derecho a la libertad tan general que entraña la protección del interés de manejar a 60 mph, está ofreciendo una premisa fáctica como réplica a una premisa contrafáctica, y, por lo tanto, está cometiendo un error lógico.

Con esta premisa fáctica, Klatt pretende desvirtuar los presupuestos de Schauer, quien, a su vez, tiene una respuesta muy sencilla: en tanto siga existiendo la posibilidad de que un interés (el de manejar a 60 mph o cualquier otro) no esté protegido por algún derecho (algo que Klatt todavía no ha logrado argumentar en contra), la tesis de la asimetría y su consecuente regla del peso siguen en pie.

Contra esta respuesta, Klatt no tiene mucho que decir, excepto quizá sostener (como de hecho lo hace) que todos o casi todos los intereses pueden estar protegidos por derechos (2021, p. 381). Así, no habría razón práctica alguna para distinguir entre derechos e intereses (e incluso no habría espacio lógico que los intereses pudieran ocupar que no estuviera, de alguna manera, cubierto también por los derechos). Con esto, sin embargo, Klatt no refuta la premisa contrafáctica de Schauer, sino que únicamente cambia los presupuestos fundamentales: en lugar de distinguir entre derechos e intereses (como hace Schauer), Klatt borra toda distinción conceptual, y, en su lugar, propone colapsar ambas nociones en una sola. Para Klatt, entonces, los intereses y los derechos no serían iguales, aunque los primeros podrían siempre (o casi siempre) quedar bajo la protección de los segundos. Con estas condiciones, según Klatt, cuando sea que nos enfrentemos a un conflicto de interés vs. interés, en realidad nos estaremos enfrentando a un conflicto del tipo derecho vs. interés:

Casi todos los intereses caen dentro del ámbito protector de algún derecho. Por ende, el conflicto del primer tipo (interés vs. interés) se convertirá automáticamente en un conflicto del segundo tipo (derecho vs. interés) (Klatt, 2021, p. 382).

Como es fácil de advertir, Klatt comete tres errores aquí. El primero es suponer (sin mayor justificación) que "casi todos" los intereses pueden ser protegidos por derechos. El segundo es creer que con este "casi todos" está dejando sin efectos la tesis contrafáctica de Schauer (algo que, como se vio, no sucede). El tercero es colapsar no dos tipos diferentes de conflicto en uno solo (como él cree), sino tres diferentes tipos de conflicto en uno solo. Esto es, al alegar que "Casi todos los intereses caen dentro del ámbito protector de algún derecho", está llevando los conflictos del primer y segundo tipo (los conflictos de interés vs. interés y derecho vs. interés) al terreno de los conflictos del tercer tipo (derecho vs. derecho). Esto es una exageración, aunque él mismo no parece darse cuenta de ello: si los intereses pueden caer bajo la protección de algún derecho, entonces cualquier conflicto que comprenda intereses (por ejemplo, interés vs. interés) puede convertirse "automáticamente" en un conflicto que incluya sólo derechos (es decir, derecho vs. derecho).

Esta idea es una consecuencia indeseable de la tesis del colapso que propone Klatt, con la cual no sólo anula una distinción conceptual que es necesaria para entender qué son los derechos y los intereses, sino que además termina siendo objeto de la crítica más fuerte contra el neoconstitucionalismo, a saber, que si todos (o casi todos) los intereses públicos son susceptibles de protección constitucional, entonces pierde sentido tener un ordenamiento jurídico jerárquico que establezca *prioridades de-fault* entre diferentes normas jurídicas.

Las razones detrás de esta crítica son ineludibles. Un ordenamiento o sistema jurídico diferenciado permite a las autoridades identificar claramente las soluciones jurídicas en aquellos casos en que las normas que entran en conflicto tienen estatus normativo diferente (por ejemplo,

utilizando el criterio *lex superior derogat legi inferiori*). Si, en cambio, como sugiere Klatt, todos o casi todos los conflictos se pueden reformular en términos de conflictos entre derechos, entonces las autoridades no tienen más remedio que renunciar a criterios claros y preestablecidos, para adoptar en su lugar métodos mucho más casuísticos, como la ponderación.

La fiebre de la ponderación, aunada a la muy discutida constitucionalización de intereses públicos, es la marca de agua en el texto de Klatt. Como se verá en seguida, Schauer no descree completamente de la ponderación, aunque sí impone ciertas condiciones para que una teoría que precise de ese método pueda garantizar resultados racionales. El texto de Klatt está mucho más centrado en este punto y, por ello, ignora rápidamente los presupuestos fundamentales de Schauer. Su respuesta, en este sentido, es equivocada: Klatt supone que la manera de justificar la ponderación es evadiendo la asimetría constitucional que hay entre derechos e intereses y, en su lugar, colapsando todos o "casi todos" los intereses dentro de los derechos. Así, en caso de conflicto, los jueces no tendrían más remedio que ponderar. Schauer, por supuesto, no aceptaría esta conclusión, ya que él sostiene que tal asimetría es irrenunciable. En todo caso, como se vio, Klatt no ha logrado argumentar en contra de la tesis de la asimetría de Schauer.

C. Límites de la ponderación

En la sección anterior presenté mi objeción a la tesis del colapso de Klatt e identifiqué claramente cuál es su motivación detrás de esa tesis, esto es, que la ponderación es una herramienta indispensable para resolver conflictos entre derechos e intereses (en tanto que ambos, según su postura, colapsan en una sola noción). En esta sección desarrollaré mi objeción a la estrategia que emplea Klatt para defender su tesis de la ponderación de principios. En primer lugar, diré que su estrategia es inadecuada porque no responde a la tesis de la restricción que defiende Schauer. Y, en segundo lugar, que es incorrecta porque al introducir elementos de "confiabilidad" en la ponderación, Klatt comete el error que Schauer atribuye a

quienes creen que la racionalidad de la ponderación depende precisamente de incluir o tener más elementos en consideración.

En el texto de Schauer que Klatt pretende discutir, Schauer no presenta sus argumentos a favor o en contra de la ponderación de principios. Su posición es diferente, a saber, que si aceptamos la tesis de la asimetría, entonces el método ponderativo sólo es aplicable para el caso de conflictos entre intereses (no para el caso de conflictos entre derechos e intereses) (Schauer, 2014, p. 177). Siguiendo a Klatt, identificaré esta posición como "la tesis de la restricción".

Schauer ofrece dos razones a favor de esta tesis. Primero, que los derechos y los intereses son estructuralmente diferentes; es decir, que unos tienen *prioridad default* y los otros no. Segundo, que la noción misma de ponderación impone como restricción que los objetos o entidades por sopesar pertenezcan a la misma categoría u orden jerárquico. De estas dos razones se sigue que ponderar derechos e intereses, unos contra otros, es un error, porque ambos pertenecen a categorías diferentes. Ésta es una consecuencia lógica, no una declaración de guerra contra la ponderación. Sin embargo, Klatt malinterpreta la postura de Schauer y responde con una tesis irrelevante, a saber, "la tesis de la ponderación". Para entender por qué esta tesis es irrelevante, presentaré a continuación el contexto de la discusión.

Primero, formularé claramente la tesis de la restricción que defiende Schauer (2014, p. 177):

Tesis de la restricción. La ponderación es un método argumentativo que sólo tiene aplicación en el caso de conflictos entre intereses (es decir, en los conflictos del tipo interés vs. interés).

Puesto de manera simple, esta tesis dice que, debido a la estructura misma de la ponderación, ésta sólo es aplicable para resolver conflictos entre intereses (en los que no hay asimetría constitucional). En contraposición,

esta tesis dice que no es posible ponderar derechos (que tienen *prioridad default*) contra intereses (que no tienen *prioridad default*) porque ambos son entidades normativas de distinto orden jerárquico (y, por ende, con diferente grado o nivel de importancia). Contra esta tesis, uno podría argumentar, por ejemplo, que es falso que la estructura de la ponderación sea tal que impida ponderar entidades normativas de distinto orden jerárquico; o, a diferencia de lo que Schauer cree, que sí es posible incluir en la ponderación las reglas del peso necesarias para mantener la asimetría constitucional entre derechos e intereses. Klatt, sin embargo, ofrece otro argumento. Dado que él rechaza la tesis de la asimetría, entonces su objeción es más bien defender que los conflictos entre derechos, entre intereses, y entre derechos e intereses, todos se pueden reformular en términos de conflictos entre principios.

De ahí, Klatt propone la siguiente tesis:

Tesis de la ponderación. Los principios se pesan, unos contra otros, para determinar, dadas ciertas circunstancias específicas, cuál de ellos tiene más peso en una situación de conflicto particular (Klatt, 2021, sección C.III).

Como se puede ver, la tesis de la ponderación de Klatt no es una refutación a la tesis de la restricción de Schauer. Ambas se refieren a cosas diferentes; una es sobre la restricción de la ponderación como método para resolver conflictos entre derechos e intereses, y la otra es sobre la posibilidad de ponderar principios. Así, al introducir su tesis de la ponderación, Klatt cambia de nueva cuenta el tema de la discusión. Sin embargo, hay un punto en el que ambas tesis se cruzan.

Klatt sostiene la tesis de la ponderación para defender que, al menos en términos prácticos, no es importante que los derechos y los intereses pertenezcan a categorías u órdenes jerárquicos diferentes (lo cual justificaría la tesis de la asimetría de Schauer), sino que lo que en realidad cuenta es que ambos pueden ser considerados principios (y, por tanto, entidades normativas con el mismo nivel de importancia). De esta forma, en caso

de ocurrir algún conflicto entre ellos, éste podría resolverse utilizando el método de la ponderación. Y aquí ya no cabría la objeción de que las entidades por ponderar deben tener el mismo nivel de importancia, puesto que, como principios, no hay asimetría entre ellos.

Como mencioné, en el texto de Schauer que Klatt pretende discutir, Schauer no toma una posición clara respecto de si la ponderación es un método apropiado para la resolución de conflictos entre derechos (es decir, conflictos del tipo derecho vs. derecho, o lo que Klatt llama conflictos entre principios). Sin embargo, en un artículo anterior, la postura de Schauer es inequívoca. En él defiende que la ponderación controlada o constreñida es un método racional para justificar juicios de proporcionalidad que surgen a partir de la existencia de conflictos entre principios (Schauer, 2010, p. 36). En su réplica, Klatt no sólo ignora esto, sino que además le atribuye a Schauer la tesis opuesta, a saber, que la ponderación "no tiene cabida en el juicio de proporcionalidad" (Klatt, 2021, p. 404). Esta afirmación, para la cual Klatt no ofrece respaldo alguno, es su principal motivación para discutir la ponderación de principios.

Antes de ir a esta discusión, reconstruiré algunos elementos contextuales. En primer lugar, Schauer no descrea de la racionalidad de la ponderación; por el contrario, él cree que Alexy está bien al defender que sí es un método racional para tomar decisiones (2010, p. 36). Además, ahí mismo, Schauer afirma que tanto la subsunción como la ponderación son necesarios para resolver casos de conflicto, y esto se debe a que él cree (junto con Alexy) que el derecho (o, mejor dicho, el sistema jurídico de los estados constitucionales) consiste no solamente en reglas, sino también en principios (Alexy, 2010, p. 35). Schauer se distancia de Alexy sólo en relación con el argumento que éste emplea para defender la racionalidad de la ponderación, a saber, que ésta es equiparable a la subsunción con respecto a su racionalidad formal (Alexy, 2010, p. 38). Para él, que tanto la subsunción como la ponderación tengan "estructura formal argumentativa" no significa que tengan estructuras argumentativas equiparables. La subsunción, a diferencia de la ponderación, tiene

una estructura argumentativa tal que está mucho más constreñida por la textualidad (o literalidad) de las normas jurídicas (Schauer, 2010, p. 41).

En segundo lugar, distingue entre ponderación y proporcionalidad (Schauer, 2010, p. 174). La ponderación es un método presuntamente racional para determinar, ante una situación de conflicto entre determinados cursos de acción, qué razones tienen más importancia (o "peso") que otras, y, con base en el resultado, tomar una decisión proporcional. Un juicio de proporcionalidad es aquel que toma en consideración las razones relevantes (incluyendo factores o circunstancias) que favorecen y afectan los cursos de acción en conflicto. Por ejemplo, mi decisión de salir de compras a pesar del mal clima es proporcional y, en este sentido, racional, si es más importante para mí adquirir los productos que voy a comprar que quedarme en casa y guardarme del mal clima. A su vez, para decidir cuál de estas razones es más importante, puedo echar mano de la ponderación. Por ejemplo, puedo ponderar la urgencia que tengo ahora mismo de comprar medicamentos frente a la comodidad en que me encuentro al estar en casa y protegido del mal clima. Si mi ponderación de las razones y las circunstancias concurrentes es correcto, entonces puedo asegurar (hasta cierto punto, sin embargo) que mi decisión es proporcional.

Es importante recordar, como se vio en la sección anterior, que la estructura de la ponderación requiere que los objetos o entidades que se ponderan tengan de entrada la misma importancia (o pertenezcan al mismo orden jerárquico); de lo contrario, la ponderación no garantizaría una decisión proporcional (o, lo que es lo mismo, arrojaría un resultado desproporcionado). Por supuesto, de esto no se sigue que los objetos o entidades que se sopesan tienen que ser del mismo tipo. Uno puede perfectamente ponderar razones prudenciales contra razones genuinamente morales. Lo importante, en todo caso, es que, para que la ponderación no esté viciada de entrada, estos objetos no pueden ser asimétricos. Por ejemplo, sería completamente irracional para mí ponderar mi razón prudencial de quedarme en casa y guardarme del mal clima contra mi razón

genuinamente moral de ayudar a mi amigo que sufre migraña y necesita medicina de manera urgente, si de entrada (o por *default*) le asigno mayor importancia o prioridad a mis razones morales que a mis razones prudenciales. Si no tengo establecido este orden, entonces sí puedo ponderar ambos tipos de razones. Como también se vio, a pesar de lo que dice Klatt, el problema con ponderar derechos contra intereses es que ahí sí hay una diferencia de estatus: entre derechos e intereses hay asimetría constitucional.

Cuando la noción de proporcionalidad se lleva al terreno de lo jurídico, lo que se busca es alcanzar decisiones racionales que involucren tomar en consideración la importancia de ciertos elementos (tanto fácticos como jurídicos) dada una situación de conflicto particular. Y aquí la teoría del derecho resulta bastante útil. Si la noción que se tiene de derecho es tal que las normas jurídicas son todas reglas (es decir, que se aplican toda vez que las condiciones que establecen son satisfechas), entonces la noción de proporcionalidad desempeña un papel muy limitado en la toma de decisiones jurídicas. Es decir, será un criterio válido sólo para un determinado tipo de casos —por ejemplo, para aquellos en que las reglas dejen al juzgador en posición de decidir qué sanción corresponde a quien resulte responsable por la comisión de algún delito; ahí, el juez podrá evaluar las circunstancias del caso, la peligrosidad del detenido, las características del acto delictivo, etcétera, y decidirá entonces en proporción: una pena mayor si es reincidente, o una pena menor si es su primer delito y éste no fue grave, etcétera—. Si, por el contrario, la noción de derecho es tal que incluye no sólo reglas, sino también principios —que pueden caracterizarse, siguiendo a Alexy (2003a, p. 135), como mandatos de optimización que imponen en la autoridad la obligación de realizarlos en su mayor medida posible—, entonces la noción de proporcionalidad adquiere un papel estelar en el razonamiento jurídico (especialmente, en el que llevan a cabo los tribunales constitucionales).

Sin entrar en polémica, aceptaré aquí que el derecho es tal que incluye reglas y principios. De hecho, la mayoría de los teóricos del derecho de corte constitucionalista toman esto como una premisa fundamental (por

ejemplo, Dworkin, Alexy y Atienza). No todos, sin embargo, en los mismos términos. Por ejemplo, mientras que para Dworkin (1984) los principios son determinantes del contenido normativo del derecho y, por lo tanto, inderrotables, para Alexy (2003a) no sólo los principios, sino también las reglas son derrotables. Aquí no voy a discutir a detalle estas diferencias; en cambio, me centraré en presentar algunos aspectos generales de lo que podría entenderse como ponderación de principios.

Si los principios son mandatos de optimización, entonces imponen en la autoridad (por ejemplo, en los jueces) la obligación de satisfacerlos en su mayor medida posible. Ya algunos teóricos han argumentado en contra de esta interpretación —por ejemplo, García Amado (2010), alegando que tal obligación jurídica no existe, en el sentido de que no hay un solo principio que establezca que "la autoridad debe satisfacer el derecho a la libertad de expresión, o el derecho a la libertad religiosa, etc. en su mayor medida posible"—. No obstante, en tanto que ésta es la interpretación que favorece Klatt, aquí voy a seguirla de manera acrítica. Al aceptar que los principios son mandatos de optimización, uno está entrando en el juego de la proporcionalidad. Esto es, está comprometido con la idea de que, en caso de ocurrir algún conflicto que involucre (la afectación de) principios, la decisión jurídica proporcional dependerá de qué razones (fácticas y jurídicas) resulten más importantes. Y para esto, diría Klatt, existe el método de la ponderación.

La ponderación de principios consiste, de acuerdo con Klatt (2021, pp. 386 y ss.), en dos pasos. Primero, en determinar los pesos abstractos de los principios en conflicto; y segundo, en determinar los pesos específicos de cada uno. El resultado de la ponderación arrojaría qué principio tiene mayor peso dados los pesos abstractos y específicos. Los pesos abstractos, por supuesto, no determinan los específicos. Éstos se determinan en función del grado (o importancia) de afectación que un principio sufriría en relación con el grado (o importancia) de satisfacción del otro. Así, la ponderación tiene en cuenta al menos tres elementos o factores relevantes: el peso abstracto de los principios, su grado de afectación y su grado de satisfacción. Al ponderar estos elementos, unos contra otros,

es posible determinar qué principio debe prevalecer dadas las circunstancias específicas en las que ocurre el conflicto.

Como ya mencioné, Schauer no rechaza la racionalidad de este método. Lo que él sugiere, en cambio, es que quienes defienden su racionalidad (como Alexy y, en este caso, Klatt) deberían implementar mecanismos para mantenerlo constreñido o controlado (Schauer, 2010, p. 41). Su razonamiento es como sigue. Schauer cree que es un error equiparar la subsunción (que tiene que ver con juicios deductivos) con la ponderación (que tiene que ver con juicios de proporcionalidad) simplemente porque ambos tienen estructura formal argumentativa. Estos métodos de justificación son diferentes. No obstante, lo que permite a ambos dar resultados racionales es su nivel o grado de constreñimiento. Por ejemplo, mientras que la subsunción debe estar constreñida a la literalidad de las normas jurídicas (para lo cual, sin embargo, es necesario llevar a cabo algún tipo de interpretación), la ponderación debe estar constreñida a considerar sólo ciertos elementos o factores relevantes en su determinación de los pesos correspondientes (Schauer 2010, p. 44).

Que la ponderación deba estar constreñida de esta forma se sigue del hecho de que, por su propia naturaleza, es un método mucho más abierto (o incluyente) que la subsunción (Schauer 2010, p. 43-44). A esto se suma que los principios están formulados en un lenguaje mucho más vago que las reglas y, por tanto, no es del todo fácil decidir cuáles elementos son relevantes y cuáles no lo son, cuando se trata de determinar sus pesos correspondientes. Schauer está particularmente consciente de esto y sugiere, de modo atinado, que la única forma de lograr que la ponderación no caiga en peligro de convertirse en un método irracional es la de imponer ciertas restricciones respecto de qué elementos pueden ser considerados relevantes. Si, por el contrario, la ponderación se dejase sin constreñimiento alguno, entonces tendría las mismas características que el razonamiento de "la decisión correcta" o el de "todas las cosas consideradas" (Schauer 2010, p. 37).

Un razonamiento de este tipo es incierto (en tanto que deja abierta la posibilidad de considerar relevante cualquier o casi cualquier elemento fáctico o normativo) y, por ende, no puede ser idéntico al razonamiento jurídico (el cual opera no sólo con información, sino también con tiempo limitados). Así, Schauer diría:

Entre menos atributos de un acto o evento sean tomados como jurídicamente cognoscibles, más simple el proceso de ponderación será. Por el contrario, entre más atributos sean parte de la decisión, más se parecerá esa decisión a un proceso de tomar simplemente la mejor decisión de todas las cosas consideradas [Schauer 2010, p. 39] [traducción propia].

De aquí, entonces, es posible concluir que Schauer no está en contra de la ponderación, sino en contra de convertirlo en una forma de razonamiento irracional. En su respuesta, sin embargo, Klatt comete un grave error: sugiere que la mejor manera de oponerse a Schauer es simplemente introduciendo más elementos en la ponderación, con lo cual, por supuesto, hace precisamente lo que Schauer juzga incorrecto.

En su réplica a Schauer, Klatt presenta su modificación a la fórmula de la ponderación de Alexy, e insiste en que es importante considerar, además de los elementos de afectación y satisfacción de los principios, los elementos de "confiabilidad epistémica" y "confiabilidad normativa" (Klatt, 2020, p. 9). Sin desarrollar suficientemente este punto, Klatt sugiere que es posible dar un tratamiento aritmético a las variables correspondientes. Es decir, que es posible asignar valores (2^0 , 2^{-1} , o 2^{-2}) a ciertas consideraciones acerca de la confiabilidad epistémica y normativa que se tiene respecto de la afectación y satisfacción de los principios en conflicto.

Dejando de lado las muchas objeciones a que su escala de confiabilidad puede estar sujeta —por ejemplo, las que discutirían la noción misma de "confiabilidad", por ser una noción eminentemente vaga, y las que cuestionarían cómo es posible asignar de manera objetiva los valores correspondientes a cada variable—, aquí sólo consideraré una posible respuesta

que podría ofrecer Schauer: si las consideraciones de confiabilidad que propone Klatt, tanto epistémicas como normativas, son parte de la ponderación de principios (que ya incluye los pesos abstractos, así como los grados de afectación y de satisfacción correspondientes), entonces este método no parece estar constreñido a un grado tal que sea claramente diferente del razonamiento de todas las cosas consideradas.

Si esta posible respuesta tiene fuerza suficiente, entonces Klatt ya no tendrá que preocuparse de si la ponderación de principios es adecuada para resolver conflictos entre principios o no. Su mayor preocupación será, más bien, cómo lograr distinguir el razonamiento jurídico racional del de todas las cosas consideradas. Y habría que ver si su estrategia no es, como hasta ahora, abandonar por completo tal distinción.

D. Conclusiones

En este capítulo he sostenido, contra Klatt, que sus respuestas a Schauer son equivocadas. Primero, he argumentado que la tesis del colapso que defiende Klatt es irrelevante para efectos de lo que Schauer intenta mostrar, a saber, que entre derechos e intereses hay asimetría constitucional. Klatt, al colapsar los intereses dentro de la categoría de los derechos, no sólo cambia el tema de la discusión, sino que además cae víctima de las acusaciones más severas en contra del neoconstitucionalismo, esto es, que si todo conflicto entre intereses, o entre intereses y derechos, puede traducirse en un conflicto entre derechos constitucionales, entonces resulta inoperante la jerarquía constitucional.

Y, segundo, he argumentado que, mientras que a Schauer le interesa mostrar que la ponderación es inaplicable para el caso de conflictos entre intereses y derechos (debido a la asimetría constitucional que hay entre ambos), a Klatt le interesa discutir la ponderación de principios. Sobre ésta, Schauer no es indiferente; es decir, él mismo defiende que la ponderación es un método racional, el cual, sin embargo, hay que mantener constreñido. Klatt no sólo confunde esta advertencia, sino que, además,

argumenta que la ponderación de principios puede incorporar aún más elementos (los que él llama confiabilidad normativa y confiabilidad epistémica). El problema con esto, como Schauer correctamente sostiene, es que entre más elementos incorpore la ponderación, más cerca estará de convertirse en un razonamiento irracional (o de todas las cosas consideradas), y más lejos de servir como razonamiento jurídico.

Fuentes

Alexy, R. (2003a), "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* 16(2), pp. 131-140.

_____ (2003b), "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison". *Ratio Juris* 16(4), pp. 433-449.

_____ (2010). *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, (Adler, R. y MacCormick, N. (trads.)), Oxford, Oxford University Press.

Dworkin, R. (1984). "Rights as Trumps", en Waldron, J., *Theories of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 153-167.

García Amado, J. (2010). "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en García Amado, J., *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

_____ (2016). "¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación", *Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 13, pp. 1-22.

Klatt, M. (2021). "Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer", en *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, pp. 373-409, México, Centro de Estudios Constitucionales.

Schauer, F. (2010). "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text", *Law and Ethics of Human Rights* 4(1), pp. 33-45.

_____ (2014). "Proportionality and the Question of Weight". En Huscroft, G., Miller, B., y Webber, G. *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 173-185.

Los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación muestran un uso creciente del test de proporcionalidad para distintos fines, además es una de las metodologías de adjudicación más discutidas por la academia jurídica desde diferentes latitudes y tradiciones. Es necesario ahora plantear interrogantes más específicas que contribuyan a darle una aplicación concreta como una técnica confiable y ajustada a la seguridad jurídica, cuya respuesta brinde elementos para explicar mejor la metodología en todos sus aspectos, y a resolver sus problemas en la práctica.

En tal virtud, el Centro de Estudios Constitucionales determinó que la primera versión de su línea de investigación sobre Metodologías de la Adjudicación Constitucional se dedicara a explorar el test de proporcionalidad. El seminario permanente sobre este tema ha reunido a académicos, operadores jurídicos y estudiantes que se interesen en el test de proporcionalidad y en sus complejidades como herramienta de decisión judicial. Como un primer producto de este seminario, se publica *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, cuyos textos integrantes son muestra del dinamismo de la discusión que suscita el test como metodología de adjudicación constitucional.

Se espera que esta obra impulse una reflexión más extendida y profunda de las condiciones de legitimidad argumentativa y conceptual de las decisiones judiciales en el ámbito constitucional.

