
EL PRECEDENTE Y LA PONDERACIÓN*

Carlos Bernal Pulido**

1. LA PARADOJA DEL PRECEDENTE Y LA PONDERACIÓN

En las últimas dos décadas, las doctrinas del precedente y la ponderación han estado desarrollándose en sistemas jurídicos de la tradición civilista. Por un lado, existe un consenso en la literatura jurídica actual de Europa continental y latinoamericana acerca de la existencia de dos tipos básicos de normas: reglas y principios. Estas normas se aplican mediante dos tipos diferentes de procesos racionales: subsunción y ponderación.¹ Mientras las reglas se aplican a través

* Traducción del inglés por Rodrigo González Camarena. Texto publicado con autorización del autor y el traductor. Fue impreso en español en *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, BERNAL PULIDO, Carlos y BUSTAMANTE, Thomas (eds.), Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2015, pp. 105-124. Título en inglés: *On the Philosophy of Precedent*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 51. [E.].

** Profesor en Macquarie University (Australia). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) y Doctor en Filosofía por la Universidad de Florida (Estados Unidos). Catedrático en diversas instituciones académicas, entre las que destacan la Universidad Externado de Colombia, la Universidad de la Florida y el Centro de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

¹ Vid. ALEXY, Robert, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 294-304.

de la subsunción, la ponderación es la manera en que se aplican los principios. Por esta razón, la ponderación se ha convertido en una operación metodológica jurídica esencial; particularmente para la protección de los derechos fundamentales, salvaguardados por la última ola de Constituciones de Europa continental y Latinoamérica, que tienen la estructura de principios.

Por otro lado, la doctrina del precedente se ha trasplantado desde los sistemas jurídicos del *common law*. De acuerdo a esta doctrina, las decisiones judiciales se utilizan como "enunciados jurídicos autoritativos que pueden servir como buenas razones jurídicas para decisiones futuras". La doctrina también requiere que "los jueces en determinados tribunales consideren ciertas decisiones previas, particularmente las de los tribunales superiores, como razones vinculantes".²

Estos enunciados autoritativos —que se encuentran en la *ratio decidendi* de las resoluciones judiciales— suelen tener la estructura de reglas. La *ratio decidendi* es la formulación genérica que contiene una norma general, que justifica la decisión. La *ratio decidendi* hace explícito el contenido de una disposición jurídica, esto es, lo que las disposiciones jurídicas prohíben, permiten, ordenan o autorizan para cierta clase de casos. La normatividad que una *ratio decidendi* despliega como un enunciado autoritativo es del tipo "todo o nada". O aplican completamente o no aplican para nada para resolver un caso en específico. Cada precedente contiene una descripción fáctica que representa la abstracción de los hechos del caso previo. Si en un caso futuro se comprueba esta descripción fáctica, el Juez debe aplicarla completamente. Si, por otro lado, la descripción fáctica contemplada en el precedente no se verifica,

² BELL, John, "Sources of Law" en BIRKS, Peter, *English Private Law*, I, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1-29.

o, a pesar de haberse verificado, existe una excepción, entonces el Juez debe descartar la idea de aplicar el precedente.³

Si éste es el caso, entonces surge al mismo tiempo, un desconcierto con el desarrollo de la doctrina del precedente, por un lado, y la metodología de la ponderación, por otro lado, dentro de los sistemas jurídicos del derecho continental. Se le puede llamar: la paradoja del precedente y la ponderación. Mientras que la doctrina del precedente requiere la aplicación de reglas, la ponderación es la manera en que se aplican los principios.

Este artículo busca ofrecer una solución a la paradoja del precedente y la ponderación. Para alcanzar este objetivo, explicaré las diferentes relaciones de tensión y apoyo entre los precedentes y la ponderación. La hipótesis central es que a pesar del hecho de que la aceptación de la posibilidad de ponderar principios de cierta manera debilita la normatividad de los precedentes, también hace más racional el sistema jurídico como un todo. Al mismo tiempo, la ponderación de los principios requiere que los precedentes garanticen la certeza jurídica, la coherencia y el acatamiento de los requisitos derivados del principio de igualdad.

Defenderé esta tesis en dos secciones: "Un sistema de precedentes y principios", y "Precedentes en la estructura de la ponderación".

2. UN SISTEMA DE PRECEDENTES Y PRINCIPIOS

La doctrina del precedente cumple diversas funciones en un sistema jurídico. Cuando las disposiciones constitucionales y legales son de textura abierta, los precedentes

³ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 2000, p. 14.

concretizan el contenido de aquellas disposiciones con respecto a ciertos hechos (los hechos del caso cuya abstracción da lugar a la descripción fáctica de la regla jurídica que cada *ratio decidendi* genera).

Más importante aún, la doctrina del precedente es necesaria para garantizar: (1) la coherencia del sistema jurídico —si un caso ha sido resuelto de cierta manera ajustados a derecho, es coherente que un caso idéntico o similar sea resuelto de la misma manera—; (2) su estabilidad —la estabilidad del sistema jurídico requiere que el proceso del litigio y la aplicación de reglas para resolver casos permanezcan estables a lo largo del tiempo—; y (3) el principio de igualdad —el derecho debe tratar de la misma manera a individuos involucrados en casos idénticos o similares, tanto previos como futuros—. ⁴

La doctrina del precedente tiene la capacidad de satisfacer estos objetivos gracias al carácter de regla jurídica que se le atribuye a cualquier *ratio decidendi*. La coherencia, estabilidad e igualdad solo pueden ser alcanzadas si la *ratio decidendi* debe ser aplicada siempre que se den los mismos (o similares) hechos del caso anterior.

No obstante, si hiciéramos que estas reglas fueran inflexibles ello nos conduciría a consecuencias indeseables. ⁵ Primero, las ventajas que aporta la coherencia al sistema jurídico sólo se alcanzan pagando el alto precio de evitar la evolución de la jurisprudencia. Esta evolución es necesaria para poder atender los desafíos de nuevas

⁴ *Vid.*, sobre esta línea argumentativa ALEXY, Robert, y DREIER, Ralf, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany" en MACCORMICK, Neil, y SUMMERS, Robert, (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1993, pp. 82 y ss.; MACCORMICK, Neil, y SUMMERS, Robert, "Interpretation and Justification", en *Ibidem*, pp. 518 y ss.; BENDITT, Theodore M., "The Rule of Precedent", en GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 89 y ss.; y MORAL SORIANO, Leonor, "A Progressive Foundation of Precedents", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 86, núm. 3, 2000, pp. 327-350.

⁵ Acerca de estos problemas, *vid.*, por ejemplo, BENDITT, Theodore M., "The rule of precedent", *op. cit.*

épocas y para corregir errores del pasado. En segundo término, en ciertas ocasiones el principio de igualdad también requiere tratar de manera diferente dos casos similares y, por ende, rechazar la aplicación de precedentes. Finalmente, la flexibilidad del sistema jurídico y la justicia en casos singulares también debe ser garantizada. Estos objetivos solo pueden ser alcanzados si el Juez puede revocar precedentes o distinguir los casos.

Ahora bien, si las técnicas de distinción de casos y la revocación del precedente son operaciones necesarias para mantener el buen funcionamiento de un sistema jurídico, entonces la cuestión es cómo es que los Jueces deben utilizar estas técnicas. Existen dos posibilidades. Una manera irracional sería conferirles una discreción absoluta a los Jueces para realizar esta operación. Sin embargo, esta posibilidad es inaceptable para cualquier sistema jurídico apegado al Estado de derecho, en el que cada decisión de las autoridades públicas (incluyendo Jueces) se encuentra controlada por el derecho. Una opción alternativa y más racional es la que se basa en la idea de que cuando un Juez se enfrenta con el dilema de revocar un precedente o distinguir entre casos, siempre existe una colisión de principios que debe ser resuelta mediante la ponderación. La coherencia, estabilidad e igualdad (en lo que respecta a tratar igual a la personas en iguales situaciones) son principios que justifican seguir el precedente. La actualización del sistema jurídico, la igualdad (en lo que respecta a tratar diferente a personas en diferentes situaciones) y la justicia, son principios que justifican la revocación del precedente o la distinción entre casos.

La ponderación es la única manera en que se puede resolver esta colisión entre principios. A pesar de que aceptar este tipo de ponderación debilitaría la fuerza vinculante de los precedentes, también robustecería la racionalidad del sistema jurídico como un todo.

La pregunta es: ¿cómo se debe realizar este tipo de ponderación?

Aquí me gustaría sugerir los siguientes tres criterios para llevar a cabo este tipo particular de ponderación:

- a. Cuando, a pesar de las similitudes entre el caso actual y el precedente, las diferencias entre ambos en lo que se refiere a la *ratio juris*, es decir, la justificación subyacente que cierta norma debe aportar para justificar las descripciones fácticas, son mayores que las similitudes, entonces los casos deben distinguirse. En estos casos, la decisión del precedente no puede aplicarse para resolver el caso actual. Se debe encontrar una nueva *ratio decidendi*.
- b. Un precedente debe ser revocado cuando, a causa de un cambio social, fue adecuado en el pasado pero ya no lo es en el presente. En estos casos, el precedente se convierte en una interpretación incorrecta de disposiciones jurídicas, ya que los efectos empíricos (E) de su *ratio decidendi* (RD) producidos en la situación originaria (S1) no pueden alcanzarse en la situación actual (S2). En la nueva situación (S2) la *ratio decidendi* (RD) produce efectos empíricos negativos (E'). Por lo tanto, el Juez debe revocar la *radio decidendi* (RD) y encontrar una nueva (RD').
- c. Un precedente debe ser revocado cuando es incorrecto, por tratarse de una incorrecta ponderación de principios. Podemos encontrar un ejemplo de este escenario en la sentencia STC 120/90 del Tribunal Constitucional de España. En esta decisión, el Tribunal revocó varios precedentes que otorgaban una libertad de información e imprenta absoluta de acuerdo a la Constitución española de 1978. El Tribunal modificó su jurisprudencia

y estableció límites a la libertad de información con el objeto de proteger los derechos constitucionales a la privacidad y al honor.

3. LOS PRECEDENTES EN LA ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN

No sólo se trata de que la ponderación perfecciona la doctrina del precedente, al crear un proceso racional para distinguir los casos y revocar precedentes. Los precedentes también perfeccionan la doctrina de la ponderación, al salvaguardar la certeza y la racionalidad de la estructura de la ponderación.

Es bien sabido que la ponderación es el foco de atención de muchas discusiones teóricas. Uno de los debates más importantes gira en torno a si la ponderación tiene una estructura racional, y si la ponderación es un proceso racional o una mera herramienta retórica que se usa para justificar cualquier tipo de decisión judicial. Esta es la razón que explica los esfuerzos teóricos de dotar a la ponderación de una estructura racional. Sin embargo, la pregunta es: ¿qué función deben cumplir los precedentes en dicha estructura?

Para responder esta pregunta utilizaré uno de los estudios más convincentes sobre la estructura de la ponderación, me refiero al trabajo de Robert Alexy.

3.1. La estructura de la ponderación

En su *Teoría de los derechos fundamentales*⁶ y en otros trabajos, Alexy defiende la tesis de que la ponderación tiene una estructura racional, y él mismo ofrece una

⁶ ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002.

sofisticada concepción de ella. En su última versión, tres elementos forman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso, y la carga de la argumentación. Estos tres elementos son necesarios para explicar cómo es que se debe resolver una colisión de principios mediante la ponderación. De acuerdo a la ley de la ponderación: "Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".⁷

Consistente con esta regla, la estructura de la ponderación puede ser dividida en tres pasos distintos, que Alexy identifica con claridad: "[e]l primer paso requiere establecer el grado de no satisfacción o de afectación al primer principio. Le sigue un segundo paso, en el que se requiere establecer la importancia de satisfacer el principio que se le opone. Finalmente, el tercer paso requiere establecer si la importancia de satisfacer el principio que se le opone justifica el detrimento o la no satisfacción del primero".⁸

Es importante señalar que el primer y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en establecer la importancia de los principios en juego, así que en adelante nos referiremos a ellos de tal manera.⁹ En efecto, en ambos casos Alexy defiende que el grado de afectación puede determinarse con base en una escala triádica: "leve", "moderado" o "intenso".

⁷ *Ibidem*, p. 102.

⁸ *Ibidem*, p. 401.

⁹ Siguiendo la notación de Alexy, representaremos el grado de afectación del primer principio como *IpiC*, y la importancia de la satisfacción del segundo principio como *WPjC*. *Vid. Ibidem*, p. 406.

La importancia de los principios en juego no es la única variable relevante. Una segunda variable es el "peso abstracto" de los principios.¹⁰ Las diferencias del peso en abstracto pueden derivarse de la diferente jerarquía jurídica del órgano que defiende un principio o del que se deriva este, pero también pueden ser establecidas con base en los valores sociales positivos. Luego, por ejemplo, se puede sostener que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que el de libertad, ya que para que podamos ejercer la libertad es bastante obvio que debemos estar vivos. De la misma manera, muchos tribunales constitucionales nacionales han otorgado un gran peso abstracto a la libertad de expresión, debido a su íntima relación con la democracia, o a la privacidad, dada su estrecha conexión con la dignidad humana.

Se debe agregar una tercera variable (S), la cual se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas en relación con la medida de la afectación del primer principio y la satisfacción del segundo bajo las circunstancias del caso. (S) se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas pueden tener diferentes grados de certeza, algo que puede afectar el peso relativo de cada principio en el ejercicio de ponderación.

De acuerdo con Alexy, la fórmula del peso es la estructura idónea para evaluar la afectación de los principios, su peso abstracto, y la seguridad de las apreciaciones empíricas.

¹⁰ Siguiendo la notación de Alexy, representamos el peso abstracto del primer principio como GP_1A y el peso abstracto del segundo principio como GP_2A .

La fórmula tiene la siguiente estructura:¹¹

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPIA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Esta fórmula expresa que el peso concreto en un caso en particular del principio Pi en relación con el principio Pj resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia. Alexy sostiene que es posible dar un valor numérico a las variables de la importancia y el peso abstracto de los principios auxiliados por la escala triádica: leve, 2^0 , o sea 1; moderado, 2^1 , o sea 2; e intenso, 2^2 , o sea 4. En cambio, a la seguridad de las premisas fácticas se les debe dar un valor cuantitativo de la siguiente manera: seguro, 2^0 , o sea 1; estimable o plausible, 2^{-1} , o sea $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso, 2^{-2} , o sea $\frac{1}{4}$.^[12]

Si aplicamos estos valores numéricos, es posible determinar el "peso concreto"¹³ del principio Pi en relación con el principio Pj en el caso concreto. Si el peso en concreto del principio Pi en relación con el principio Pj es mayor que el peso en concreto del principio Pj en relación con el principio Pi , el caso debe ser resuelto de acuerdo al principio Pi . Y a la inversa, si el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi es mayor que el del principio Pi en relación con el principio

¹¹ *Ibidem*, p. 408. Vid. tb. ALEXY, Robert, "Die Gewichtsformel" en JICKELI, Joachim, KREUTZ, Peter y REUTER, Dieter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlin, 2003, pp. 771-792.

¹² *Ibidem*, pp. 789 y ss.

¹³ ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449, 433 y ss.

P_j , el caso debe ser resuelto de acuerdo al principio P_j . Si P_i justifica la norma $N1$ que prohíbe \emptyset y si P_j justifica la norma $N2$ que ordena \emptyset , \emptyset debe ser prohibido en el primer caso y \emptyset debe ser ordenado en el segundo caso.

El elemento final de la estructura de la ponderación es la carga de la argumentación. La carga entra en juego cuando la fórmula del peso llega a un punto muerto, es decir, hay un empate entre los principios ya que su peso es idéntico (o, representado formalmente, $GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$). En el *Epílogo* de su *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende que en casos de que haya un empate entre principios la restricción de un derecho ordenada por una ley del Parlamento debe considerarse como proporcionada y, por ende, declararse constitucional.¹⁴

3.2. Los precedentes y la fórmula del peso

La estructura de la fórmula del peso da lugar a varios problemas interesantes. De particular relevancia para este artículo son: por un lado, si existen o no criterios objetivos para determinar el valor de las variables relevantes que conforman la fórmula del peso; y, por otro lado, cuando este no es el caso, si los precedentes pueden servir para alcanzar, no la objetividad, pero al menos la racionalidad de la decisión.

Con el objeto de resolver estas incógnitas analizaremos detalladamente cada una de las variables.

¹⁴ Cfr. ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional...*, op. cit., pp. 410 y ss.

i) El grado de afectación de los principios en colisión

Es verdad que en ocasiones puede haber juicios racionales acerca del grado de intensidad e importancia de principios en colisión. O lo que es lo mismo, existen casos fáciles en cuanto al grado de afectación de los principios. Por ejemplo, si una revista de humor negro llama "lisiado" a un funcionario público con alguna discapacidad, esto claramente constituye un atropello a su honor (4), mientras que al mismo tiempo contribuye muy poco al ejercicio de la libertad de expresión (1). No obstante, también existen casos difíciles en los que estas premisas, tanto fácticas como normativas, que deben ser consideradas al momento de determinar la importancia de un principio, son inciertas. El caso paradigmático se da cuando compete el principio de libertad religiosa. Se puede cuestionar si el grado de restricción de la libertad religiosa de una cierta medida puede ser determinado en abstracto, sin considerar puntos de vista subjetivos acerca de la religión. Entonces, la manera en que se evalúa el grado de intervención de la libertad religiosa de una transfusión sanguínea depende claramente de la manera en que el individuo vive su fe religiosa. Podrá ser irrelevante para muchos creyentes, pero muy importante para un testigo de Jehová. Una evaluación de la importancia de este principio solo puede realizarse después de tomar una posición en concreto que no puede determinarse solamente por la fórmula del peso. En estos casos es muy probable que haya desacuerdos. Por ello, el uso de la fórmula del peso otorga una gran discreción al Juez, quien puede decidir con base en sus opiniones morales o su ideología política. No puede haber objetividad en estas circunstancias. Sin embargo, aun en estos casos, la fórmula del peso desempeña una importante función, ya que hace transparente el margen de discreción que el Juez tiene, y es claro que la moral y la ideología política juegan un papel.

Además, el Juez puede ejercer su discreción cuando no está claro si se trata de un caso fácil o de uno difícil con respecto a la primera variable de la fórmula del peso, es decir, la importancia de los principios. Esto se puede clarificar con la ayuda de un caso real, la sentencia sobre el tabaco del Tribunal Constitucional alemán, que Alexy suele utilizar como un ejemplo de un caso fácil. La sentencia trataba acerca del deber impuesto vía legislativa a las empresas tabacaleras de informar a los consumidores sobre los riesgos para la salud relacionados con fumar a través de sus etiquetas, y más precisamente, acerca de si esta era una restricción constitucional o no. En principio, la sentencia muestra que hay casos fáciles en los que "es posible realizar juicios racionales sobre la intensidad o restricción y los grados de importancia", de tal manera que "el resultado puede ser establecido racionalmente a través de la ponderación".¹⁵

El deber de advertir mediante etiquetas es "una restricción relativamente menor de la libertad de profesión",¹⁶ más aún si se le compara con otras medidas alternativas posibles, tales como la prohibición de la venta de tabaco, o la restricción de su venta. Además, es claro que la medida promueve la protección del derecho a la salud. Por lo tanto, Alexy concluye que "[e]l Tribunal Federal Constitucional no exageraba cuando estableció, de acuerdo a las advertencias de salud, que 'de acuerdo al estado actual del conocimiento de la medicina es cierto' que fumar causa cáncer y enfermedades cardiovasculares".¹⁷ La restricción leve de la libertad de ejercicio profesional se ponderó con la intensa satisfacción del derecho a la salud. Sin embargo, no es imposible realizar diferentes evaluaciones de las variables relevantes. Desde un punto de vista fáctico, se podría decir que no existe certeza de que el deber

¹⁵ *Ibidem*, p. 402.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

de advertir los riesgos de salud efectivamente contribuye a proteger la salud de los consumidores. Bien puede ser que dicha medida sea ineficiente, quizás porque los consumidores ya están conscientes de lo que la etiqueta advierte; o porque la adicción al tabaco subsiste aun si se informa a los consumidores de sus consecuencias, ya que la misma se puede deber a la debilidad de la voluntad, y no a la falta de información; o quizás porque la advertencia en las etiquetas hace que fumar sea más deseable.

ii) El peso abstracto de los principios en colisión

Existe margen para una mayor discreción judicial en lo que se refiere a la evaluación del peso abstracto de los principios. El peso abstracto es una variable bastante peculiar, que siempre implica que el Juez tome una determinada posición respecto de la constitución, del rol del Estado en una determinada sociedad, e incluso, del concepto mismo de justicia.

Es claro que la variable del peso abstracto pierde su importancia cuando los principios en colisión son de la misma naturaleza. Por el contrario, el peso abstracto se torna muy relevante cuando se trata de resolver un caso cuyos principios en colisión son de distinta naturaleza. Aun así, algunos casos pueden seguir siendo relativamente fáciles. Puede asumirse, por ejemplo, que la protección de la vida, o derechos fundamentales estrechamente vinculados con los principios de dignidad humana y democracia, deben gozar de un peso abstracto mayor que otros.¹⁸ Sin embargo, los Jueces tienen un margen bastante amplio de discreción al determinar el peso abstracto de los principios. Obviamente, no hay una exhaustiva jerarquía preestablecida de los pesos abstractos. La protección de la vida bien puede merecer

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 760, 770 y 772.

el valor supremo (4), pero alguien pudiera proponer que dicho valor también se le debe asignar a los derechos estrechamente vinculados con la dignidad humana y el principio democrático. Más aún, podríamos preguntarnos: ¿deberíamos dar el mismo valor a todos los derechos relacionados con la dignidad humana y el principio democrático, o éste debería variar dependiendo de qué tan estrecha es esa vinculación? ¿Qué rango han de tener otros principios como el derecho a la igualdad o el derecho a la igualdad real, y no mera igualdad formal? En este punto bien se puede sostener que la evaluación del peso abstracto de los principios de acuerdo a la escala triádica depende de la ideología del Juez. Un Juez individualista le otorgará el peso abstracto más alto a la libertad, mientras que un Juez comunitarista se lo atribuirá al bien común. El Juez debe resolver el caso con base en el mejor argumento moral, pero en ocasiones no es fácil saber cuál es el mejor argumento moral. Entonces, la respuesta correcta es que no hay respuesta correcta.

iii) La seguridad de las apreciaciones empíricas

Existen también algunos límites de la racionalidad que se pueden observar en lo que se refiere a la determinación de la seguridad de las apreciaciones subjetivas sobre la importancia de los principios. La importancia depende de su eficiencia, rapidez, probabilidad, alcance y duración. Los límites de la racionalidad se deben a distintos factores. Primero, es difícil determinar la certeza de las apreciaciones empíricas desde estas perspectivas. El conocimiento empírico del Juez es limitado. En ocasiones puede que no tenga conocimiento sobre el valor de cada una de las variables. En segundo lugar, la combinación de las variables es de suma complejidad. ¿Cuál deberá ser la certeza de una apreciación empírica cuya eficacia es plausible ($\frac{1}{2}$), su rapidez no es evidentemente falsa ($\frac{1}{4}$), su probabilidad es segura (1), su alcance es plausible ($\frac{1}{2}$) y su duración segura (1)? Y, correlativamente, ¿podrá ser esta

certeza mayor si las mismas variables tienen el mismo valor pero en distinto grado?

Todo esto demuestra que en la fórmula del peso existen diversos límites a la racionalidad que otorgan a los Jueces un margen de discreción. No obstante, es precisamente dentro de este margen de discreción que los precedentes son relevantes y desempeñan una función fundamental. La fórmula del peso es una estructura vacía o formal cuyas tres variables requieren premisas fácticas y normativas concretas. Las premisas fácticas indican si un principio en específico debe tener más o menos peso relativo en abstracto, o si en un caso en concreto una apreciación empírica es más o menos segura. Afortunadamente, los Jueces no resuelven cuestiones sobre el peso de los principios y la seguridad de las premisas empíricas a manera de *tabula rasa*. Al contrario, los Jueces toman estas decisiones dentro de una red de precedentes. Por ejemplo, recientes decisiones en la jurisprudencia de países de tradición civilista han llevado a la conclusión de que, el peso del principio de igualdad debe ser mayor cuando las normas establecen un trato diferenciado entre individuos por razón de género o preferencias sexuales. De la misma manera, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de la Europa continental de los últimos veinte años ha dejado claro que el peso de la libertad de expresión debe ser mayor cuando su ejercicio se relaciona con la participación democrática del sistema político. Las decisiones consistentes de los tribunales crean una red de precedentes. Esta red reduce el margen de discreción que la fórmula del peso abre para el Juez en la medida en que, si un Juez busca apartarse de una red de precedentes, la racionalidad requiere que él justifique su decisión. Así, los precedentes se vuelven necesarios para garantizar la racionalidad en la ponderación. Los precedentes permiten que los principios se apliquen de manera consistente y coherente, de esa manera la ponderación no solo es racional sino también predecible.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- _____, "Die Gewichtsformel", en JICKELI, Joachim, KREUTZ, Peter y REUTER, Dieter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, DeGruyter, Berlín, 2003, pp. 771-792.
- _____, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 294-304.
- _____, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4 2003, pp. 433-449,
- _____, y DREIER, Ralf, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1993 (1991), pp. 80-81.
- BELL, John, "Sources of Law", en BIRKS, Peter, *English Private Law I*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1-29.
- BENDITT, Theodore M., "The Rule of Precedent", en GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 89.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 2000.
- MORAL SORIANO, Leonor, "A Progressive Foundation of Precedents", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 86, núm. 3, 2000, pp. 327-350.