Metodologías

# EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

## Convergencias y divergencias

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
*Coordinadores*

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Centro de Estudios Constitucionales SCJN

**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.

# Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer*

Matthias Klatt

* Este trabajo es la traducción de la versión original del autor de "Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies* (en preparación), https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa051, publicado primeramente en línea en diciembre de 2020. Texto presentado el 25 de noviembre de 2019 en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el marco de su Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad. Texto presentado el 25 de noviembre de 2019 en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el marco de su Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad. El autor agradece muy cordialmente a Rubén Sánchez Gil por haber realizado esta traducción.

**Sumario:** A. Introducción; B. La ponderación según Schauer; I. Cuatro proposiciones; II. Dos escenarios de conflicto; III. Tesis de la restricción de Schauer; C. Exposición de la teoría de los principios; I. La relevancia limitada de la tesis de Schauer; II. Prevalencia y ponderación combinadas; III. La fórmula del peso; IV. Reconstrucción de las proposiciones de Schauer; 1. Primera proposición; 2. Segunda proposición; 3. Tercera proposición; 4. Cuarta proposición; D. La dimensión epistemológica; I. Primera interpretación; II. Segunda interpretación; III. Tercera interpretación; IV. Resultados; E. Conclusión.

## A. Introducción

El último paso del análisis de proporcionalidad, la ponderación, es un muy controvertido método de razonamiento sobre los derechos. El triunfante éxito mundial del análisis de proporcionalidad lo ha convertido en uno de los elementos esenciales del derecho constitucional genérico (Klatt y Meister, 2012b, pp. 1-3). No obstante, quienes lo critican impugnan diversos aspectos relacionados particularmente con la última vertiente de la proporcionalidad. En contraste con estas impugnaciones, sostengo que la proporcionalidad es el mejor medio para estructurar los procesos de justificación del razonamiento sobre los derechos con el máximo grado posible de racionalidad (Klatt y Meister, 2012b, pp. 1-3; Klatt, 2019, pp. 159-196). Por buenas razones, la proporcionalidad es la técnica dominante de la adjudicación de derechos en el mundo.[1]

[1] Esto es reconocido entre otros por Kai Möller, quien incluye el análisis de proporcionalidad entre las cuatro características centrales de su modelo global de derechos constitucionales. Véase Möller (2012, pp. 2, 13-15).

Ahora Frederick Schauer formula nuevas críticas. Discute la ampliamente compartida visión (Alexy, 2017, pp. 31-47; Barak, 2010, pp. 1-16; Klatt y Meister, 2012a) que incluye la ponderación en el juicio de proporcionalidad. Esta visión, postula Schauer, crea "una falsa equivalencia" (Schauer, 2014, p. 174). Es falsa, según él, porque contradice la distinción entre derechos e intereses. Designo a lo anterior "tesis de la asimetría".

En este trabajo quiero controvertir la tesis asimétrica de Schauer. Más precisamente, invito a fijar la atención en su correcto entendimiento, el cual se aparta significativamente de la explicación de su autor. Primeramente, recapitularé la crítica de Schauer a la ponderación y desenredaré los diversos elementos de su tesis de la asimetría (apartado 2). Enseguida, usaré la explicación de la ponderación establecida por la teoría de los principios con el fin de analizar los méritos y las debilidades del argumento de Schauer (apartado 3). Finalmente, examinaré la dimensión epistemológica de la tesis (apartado 4), antes de concluir con un sumario de mis descubrimientos (apartado 5).

## B. La ponderación según Schauer

Schauer describe la asimetría entre derechos e intereses mediante cuatro diferentes proposiciones (sección 2.1) y dos escenarios de conflicto (sección 2.2). Asimismo, complementa su tesis asimétrica con otra: la tesis de la restricción (sección 2.3).

### I. Cuatro proposiciones

Las cuatro proposiciones de Schauer dicen así:

1. Un cierto grado de restricción de un derecho se entiende como una privación más grave que el mismo grado de decremento de un interés público.

2. "Los derechos valen más que los intereses no protegidos como derechos (*non-rights-protected*)" (Schauer, 2014, p. 177).

3. "Pero cuando los derechos están en un lado de la ecuación, hay una presunción a favor del derecho o, lo que es más o menos lo mismo, una carga de la prueba impuesta a quienes restrinjan el derecho […]" (Schauer, 2014, p. 178).

4. Tanto los derechos de libertad como los de igualdad pueden restringirse, pero sólo cuando la razón para imponer una restricción es una "razón con fuerza especial" (Schauer, 2014, p. 176).

La asimetría entre derechos e intereses, así descrita, se opone a hacer equivalentes la proporcionalidad y la ponderación, porque esta ecuación "colapsa" e "ignora" estas diferencias cruciales (Schauer, 2014, p. 176).

Antes de atender a detalle el argumento de Schauer que defiende esta asimetría, es preciso hacer dos observaciones. Primero, he reformulado la primera proposición; en su forma original, dice "[U]n cierto grado de restricción en la libertad de expresión se entiende como una privación más grave que el mismo grado de decremento del orden público" (Schauer, 2014, p. 176); mi versión es distinta de la original sólo en un aspecto: aquélla aprehende mejor el punto teórico que Schauer quiere plantear; su argumento principal no trata específicamente de la libertad de expresión sino más generalmente de los derechos e intereses. Segundo, la proposición (2) puede sonar como si Schauer asumiera un estatus kantiano o deontológico de los derechos en contraste con teorías consecuencialistas o utilitaristas; él enfatiza, sin embargo, que dicha proposición no tiene tales implicaciones, y que en vez de ello la idea de los derechos siendo más valiosos que los intereses no protegidos como derechos es neutral en cuanto a la teoría que justifica su más elevado valor (Schauer, 2014, p. 177).

## II. Dos escenarios de conflicto

Para explicar las consecuencias de la asimetría entre los derechos y los intereses, Schauer distingue dos escenarios de conflicto. En el primero,

dos intereses compiten entre sí; en el segundo, un derecho compite con un interés. Desde una perspectiva analítica, quisiera añadir que existe un tercer escenario: un conflicto entre dos derechos; Schauer (2014, p. 177) reconoce la existencia de este tercer tipo, pero no lo considera más; esta omisión es una seria falla sobre la que volveré más adelante.

El ejemplo de Schauer para el primer conflicto es una autoridad creadora de políticas *(policy-maker)* que quiere decidir si aumenta el límite de velocidad en las autopistas. Dos intereses compiten aquí: por un lado, el de evitar muertes y lesiones viales; por el otro, el de evitar costos en términos de eficacia económica. Dicha autoridad ha de ponderar las eficacias relativas netas de varios límites de velocidad.

Por el bien del argumento, Schauer entonces supone —"contrariamente a los hechos" *(counterfactually)*, como dice— que hay un derecho no absoluto de conducir a mayor velocidad, mientras que el interés de permanecer libre de lesiones resulta un interés no protegido como derecho. En tales circunstancias, el derecho a conducir más velozmente aún puede ser limitado por el interés de evitar accidentes; esta posibilidad se sigue del hecho de que, por definición, un derecho no es infinitamente rígido. No obstante, y tal es el punto principal de Schauer, la fuerza del interés contrario tiene que ser más fuerte en el segundo escenario: sólo esta exigencia reflejaría la diferencia de que en él se trataría de un derecho a conducir más velozmente (escenario 2) y no sólo de un interés (escenario 1). La teoría tiene entonces que considerar que para superar un derecho, "[se requieren] pruebas más fuertes o argumentos más poderosos que en ausencia de un derecho" (Schauer, 2014, p. 175).

Este punto general, arguye Schauer, es aún más plausible en una variante del segundo tipo de conflicto. En esta variante, el derecho es ubicado en el otro lado de la escala. El interés de conducir a mayor velocidad es un mero interés, mientras que existe un derecho a estar libre de riesgos de tráfico. Schauer asevera que en esta variante

> una cierta medida de riesgo incrementado sería más dañina que cierta medida de decremento de la eficacia, y así los argumentos y pruebas necesarios para imponer este riesgo necesitarían ser más fuertes que los argumentos y la evidencia suficiente para imponer el riesgo en ausencia de un derecho a estar libre de ese riesgo [Schauer, 2014, p. 175].

De nuevo, esta variante se halla diseñada para demostrar la asimetría entre los derechos y los intereses.

## III. Tesis de la restricción de Schauer

La explicación que Schauer da a esta asimetría lo conduce a un punto adicional: construye su ejemplo del límite de velocidad para justificar su afirmación de que la noción de ponderación es apropiada mayormente para el primer tipo de conflicto. La ponderación, sostiene, es un método apropiado sólo si están en juego dos intereses no protegidos como derechos; entrando a escena un derecho, cualquier uso de la ponderación es "engañoso". Si Schauer estuviera en lo correcto, la ponderación sería un método apropiado sólo para las autoridades que crean políticas y que expiden constituciones, las cuales sopesan intereses políticos que aún no gozan de algún estatus jurídico; sería inapropiado para todas las autoridades que operan en un marco jurídico, primordialmente para la Administración y los tribunales. Designo "tesis de la restricción" a esta posición sobre el limitado papel de la ponderación.

El argumento de Schauer, en pocas palabras, consiste en dos pasos: hay una asimetría esencial entre los derechos y los intereses (tesis de la asimetría), y la ponderación ignora esta asimetría, y por ende su empleo debe restringirse a resolver conflictos entre intereses no protegidos como derechos (tesis de la restricción).

En lo sucesivo, quisiera demostrar que la tesis de la asimetría es correcta, aunque en un sentido diferente al que refiere Schauer, y que la tesis de

la restricción es falsa. Justificaré ambos puntos con la ayuda de la exposición más elaborada de la ponderación, desarrollada por la teoría de los principios.

## C. Exposición de la teoría de los principios

Schauer sólo menciona brevemente la razón más profunda para sus tesis asimétrica y restrictiva: "Los derechos varían en fuerza" (Schauer, 2014, p. 174). Esto es indudablemente cierto. Tal cuestión será el problema central que subyace a la siguiente reconstrucción del argumento de Schauer: llamaré la atención a la limitada relevancia de la tesis de Schauer (sección 3.1); enseguida, demostraré que el agudo antagonismo entre prevalencia *(trumping)* y ponderación, que subyace a la tesis de Schauer, pueden conciliarse en cierta medida (sección 3.2); estableceré algunos elementos fundamentales de la fórmula del peso (sección 3.3); subsecuentemente, emplearé dicha fórmula para reconstruir las cuatro proposiciones de Schauer (sección 3.4).

### I. La relevancia limitada de la tesis de Schauer

Quiero hacer notar una particular limitación del ejemplo de Schauer sobre el límite de velocidad: depende de dos suposiciones explícitas. Éstas son: "no hay un derecho a la eficiencia económica ni un derecho a estar libre de los riesgos de conducir" (Schauer, 2014, p. 175), y que él "contrariamente a los hechos" supone que habría un derecho a manejar a alta velocidad, para enseguida argüir que

> el derecho a conducir a sesenta millas por hora, por su naturaleza no absoluta, estaría sujeto a limitación o superación, pero la fuerza de las pruebas o de los argumentos suficientes para superar el *interés* en hacerlo sería ese interés no entendido o protegido como un derecho [Schauer, 2014, p. 175] [cursivas añadidas].

Desde una perspectiva europea continental, este argumento causa perplejidad. En la mayoría de los regímenes de derechos, las dos mencionadas suposiciones de Schauer serían contrarias a los hechos. Para tomar el ejemplo de la Constitución alemana, el derecho general de libertad conforme al artículo 2.1 de la Ley Fundamental comprende el derecho a hacer o no hacer lo que a uno le plazca.[2] El ámbito del derecho general de libertad protege cuestiones tan ordinarias como un derecho *prima facie* a montar a caballo en los bosques públicos[3] o alimentar a las palomas en las plazas públicas;[4] asimismo, abarca un derecho *prima facie* a conducir a alta velocidad. En cuanto al derecho a estar libre de los riesgos de conducir, la autoridad creadora de políticas tiene una obligación positiva de controlar los riesgos severos a la salud y a la vida según el artículo 2.2 de la Ley Fundamental: dicha autoridad no es libre de optar por proteger la vida y la salud de las personas frente a severas lesiones automovilísticas, y los titulares de derechos pueden exigir que se implementen medidas protectoras, aun cuando ella disfrute de amplia discreción para seleccionar los medios para tal efecto.[5]

Muchos sistemas jurídicos intentan evitar lagunas de protección como las existentes en el ejemplo de Schauer: permiten amplios alcances a los derechos con el propósito de maximizar la protección que *prima facie* brindan;[6] igualmente tienen extensos, exhaustivos catálogos de derechos, que aseguran que éstos protegen todas las acciones y alternativamente, y ésta es la tercera opción, comprenden derechos generales a la libertad y a la igualdad, los cuales funcionan como derechos de carácter subsidiario y como respaldo en caso de que una conducta en particular

[2] El artículo 2.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania dispone: "Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad en tanto no vulnere los Derechos de otras ni contravenga el orden constitucional o la moral pública". *Cfr.* Alexy (2002a, pp. 223-259); véase también Rivers (2002, pp. xli-xliv).
[3] BVerfGE 39, 1; e *ibid.* 88, 203.
[4] *Ibid.* 54, 143.
[5] *Cfr.* Klatt (2011, p. 681).
[6] Sobre las diversas ventajas de los amplios alcances y de la generosidad en la definición, véanse Klatt y Meister (2012a, pp. 700-702) y Meister (2011, pp. 58-127).

no caiga en el ámbito de algún derecho más especializado. En ninguno de estos escenarios se sostienen ambas suposiciones de este autor.

En consecuencia, la distinción de Schauer entre estos dos tipos de conflicto se desvanece. Casi todos los intereses caerán dentro del alcance protector de un derecho. Por ende, el primer conflicto (interés vs. interés) automáticamente se convertirá en uno del segundo tipo (derecho vs. interés). De este modo, colapsa la distinción entre los dos tipos de conflicto; tal es la razón para proponer que desde el comienzo la tesis asimétrica de Schauer sea de mínima relevancia.

## II. Prevalencia y ponderación combinadas

Alguien que defienda el modelo de Schauer podría, sin embargo, conceder esta fusión; pero aun así insistiría en que, por lo menos del lado del interés estatal, hay una entidad no protegida como derecho. Precisamente, este escenario tiende a justificar la tesis de la asimetría en conjunto con la proposición (número 2) mencionada arriba; no obstante, esta réplica evade el punto por completo. Lo que en última instancia importa para una correcta imagen de la ponderación no es si algo cae en el ámbito de un derecho o en el de un interés público, sino el nivel de la jerarquía normativa en que las dos entidades jurídicas se localizan.[7]

La ponderación sólo es posible entre entidades que gozan del mismo estatus en la jerarquía de las normas. Si la posición jerárquica de dos entidades contendientes es diferente, tiene lugar un efecto de prevalencia alineado al antiguo principio *lex superior derogat legi inferiori*: la norma de mayor rango prevalecerá sobre la que tenga uno menor. Esta prevalencia sucede sin ponderación, y sin reparar en cuál de las dos es el derecho y cuál es el interés público.

[7] Sobre la jerarquía normativa, véase Klatt (2020, sección III.B).

Si negáramos tal prevalencia entre los diferentes niveles de la jerarquía normativa, entonces los críticos ciertamente tendrían razón: los derechos con estatus constitucional podrían ser superados incluso por intereses menores que carezcan de él.[8] En efecto, privaríamos a los derechos constitucionales de su fuerza normativa, una preocupación que subyace a la tesis de Schauer.

Sin embargo, la teoría de la ponderación no sostiene tal posición; en su lugar, reconoce este efecto de prevalencia. He designado a este efecto *primera ley de la prevalencia*: los derechos constitucionales siempre prevalecen sobre todos los demás intereses excepto los que como ellos gozan de estatus constitucional (Klatt y Meister, 2012b, pp. 23 y 27).[9] Los intereses que no disfrutan de esta posición son rigurosamente excluidos de cualquier ponderación con los derechos constitucionales. Dado que la teoría de la ponderación es capaz de incluir algunos efectos de prevalencia (Klatt y Meister, 2002b, pp. 26-29), es prematuro el total rechazo de Schauer (2014, p. 177)[10] a combinar la ponderación con la noción de los derechos como prevalentes.

No obstante, tenemos que reconocer que este efecto de prevalencia no es una condición muy demandante ni un filtro muy activo para resguardar a los derechos de ser ponderados contra intereses públicos. Nuestras constituciones modernas no incluyen una red de derechos carente de resquicios; en su lugar, también despliegan la misma abundancia del lado de intereses públicos: las constituciones protegen el bienestar social y la seguridad nacional tanto como la sostenibilidad y la democracia. Lo que importa en el presente contexto es que todos estos intereses públicos gozan asimismo de un estatus constitucional, así que ellos se ubican —en cuanto a su fuente jurídica— al mismo nivel jerárquico que los derechos constitucionales.

---

[8] *Cfr.* Klatt y Meister (2012a, p. 689). Véase también Klatt y Meister (2012b, p. 17).
[9] Véanse también Klatt y Meister (2012a, p. 690); Alexy (2002a, p. 185); Borowski (2007, p. 213).
[10] Véase también Afonso da Silva (2011, pp. 281-282).

Casi siempre les será posible a las autoridades alegar que el interés público que persiguen al restringir un derecho constitucional goza de estatus constitucional. Esto es *a fortiori* verdadero si distinguimos entre estatus constitucionales de primer y de segundo grados (Alexy, 2002a, p. 81).

Un principio tiene estatus constitucional de primer grado si su validez no depende de una decisión legislativa. Su estatus constitucional deriva directamente de la decisión del Constituyente de incluir este principio en la lista de principios constitucionales.

En contraste, un principio tiene estatus constitucional de segundo grado si su validez deriva de una decisión legislativa. Ésta podría emitir una norma de estatus ordinario que persiga un objetivo colectivo que no está en la lista de principios constitucionales de primer grado; aun así, al hacer esta emisión, la legislatura al mismo tiempo expide un principio constitucional de segundo grado que es capaz de limitar derechos constitucionales en cierta medida. El trasfondo de esta competencia de la legislatura para introducir principios constitucionales de segundo grado es el hecho de que en las democracias constitucionales ella tiene facultades para decidir por sí misma qué metas o fines colectivos perseguirá. Muchas disposiciones de derechos constitucionales dejan abierta la clase de posibles razones para limitar el derecho correspondiente; esta apertura resulta en un tipo particular de discrecionalidad estructural para la legislatura que se denomina "discrecionalidad de determinación de fines" (Alexy, 2002b, pp. 395-396). La legislatura puede elegir los fines que justifiquen las limitaciones a los derechos, y si los escoge mediante una expedición ordinaria, crea principios constitucionales de segundo grado; esta emisión es un ejercicio del Poder Legislativo para establecer límites a los derechos constitucionales al perseguir metas políticas en la forma de principios constitucionales de segundo grado. El resultado es un límite constitucionalmente mediato, el cual es un límite para cuya determinación la Constitución faculta a la legislatura (Alexy, 2002a, p. 189).

Para ilustrar lo anterior por vía de ejemplo: el Tribunal Constitucional Federal alemán ha aceptado la discrecionalidad de determinación de

fines de la legislatura para crear un principio constitucional para el "mantenimiento y apoyo de oficios manuales". Este principio protector no está listado en la Constitución *per se*, como un —llamémosle así— interés público no absoluto; no es uno de los "[intereses] públicos reconocidos con independencia de las políticas corrientes de la sociedad (como, por ejemplo, la salud pública)".[11] Se trata por ende de una meta que la legislatura no está obligada a perseguir.

No obstante, esta meta es candidata a ser un interés público relativo. Esta última categoría consiste en un interés por cuya persecución puede la legislatura optar legítimamente de acuerdo con las "metas y concepciones específicas de carácter económico, social y político" con la que esté trabajando.[12] Además, si así lo eligiera, con base en un principio constitucional de segundo grado la legislatura podría limitar derechos constitucionales, siempre que se satisfagan otros requisitos adicionales, primordialmente, el examen de proporcionalidad.

Podemos sumar estos principios constitucionales de segundo grado a los de primer grado. Así se vuelve entonces aún más plausible que casi siempre terminaremos en un escenario en el que el interés público contendiente se halla constitucionalmente protegido.

Con todo, Schauer podría responder que lo anterior no refuta su preocupación por que la teoría de la ponderación descuida la inigualable fuerza de los derechos. Él podría leer mucho de lo dicho arriba como una confirmación de su inquietud de que la asimetría entre los derechos y los intereses se combina al elevar los intereses públicos a un estatus constitucional. Con una respuesta a este tenor, Schauer se uniría a aquellos críticos establecidos que aseveran que los derechos en la ponderación y en el análisis de proporcionalidad "carecen de fuerza especial

[11] BVerfGE 13, 97 (107) (caso *Reglamento de la Actividad Artesanal*; sentencia disponible en http://bit.ly/2M18IMR).
[12] *Idem*.

como cartas de triunfo (*trump*)", y que son degradados a meras "florituras retóricas" (Beatty, 2004, p. 171).

Tsakyrakis ha sido quien más vigorosamente ha planteado este punto:

> [E]n […] la ponderación, no puede haber concepto alguno de derechos fundamentales que tenga prioridad sobre otras consideraciones. En la escala, los intereses protegidos por los derechos se encuentran ellos mismos a la par de cualquier otro interés que tengan los individuos o el Gobierno. De esta guisa, los intereses de la mayoría tienden a superar los de individuos y minorías [Tsakyrakis, 2009, p. 471].

Esta preocupación asimismo se halla tras el argumento de Schauer. Dada esta crítica, la teoría de la ponderación ha de demostrar qué tan factible es la cabal protección de los derechos incluso cuando se ponderan frente a otros valores constitucionales. La teoría de la ponderación tiene que establecer cómo puede dar cuenta de la razón primordial de Schauer de que "los derechos son más valiosos que los intereses no protegidos como derechos" (Schauer, 2014 p. 177). En lo sucesivo, quisiera demostrar precisamente este punto con la ayuda de la fórmula del peso.

## III. La fórmula del peso

La estructura de la ponderación ha sido elaborada mediante una fórmula precisa, la llamada "fórmula del peso", que Alexy presentó por primera vez en su epílogo a la edición inglesa de su *Teoría de los derechos fundamentales* (Alexy, 2002b, pp. 408-410).[13] La forma básica de la fórmula del peso se expresa así:

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i}{PA_j \cdot I_j}$$

Fórmula 1: Fórmula del peso en su forma básica

[13] Véase también la versión posterior en Alexy (2007).

La fórmula expone una ponderación entre dos principios contendientes: $P_i$ y $P_j$. La variable que denota el resultado del cociente $PC_{i,j}$, corresponde al peso concreto de $P_i$ y de $P_j$. $PA_i$ y $PA_j$ representan los pesos abstractos de $P_i$ y de $P_j$. El peso abstracto de un principio es el peso que tiene en relación con otros principios, pero independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto. Los pesos abstractos de los principios contendientes algunas veces difieren entre sí; es posible, por ejemplo, argüir que el derecho a la vida tiene un peso abstracto más alto que el derecho a la propiedad.[14]

Sin embargo, a menudo, son iguales los pesos abstractos de los derechos constitucionales contendientes. En tal caso, se cancelan y excluyen recíprocamente y no tienen influencia sobre $PC_{i,j}$. El cociente resultante de $PC_{i,j}$ dependerá solamente de $I_i$ y de $I_j$, otorgando a estas variables particular importancia. $I_i$ representa la intensidad de la interferencia con $P_i$; $I_j$ representa la importancia de satisfacer el principio competidor $P_j$. $I_i$ e $I_j$ son por definición variables concretas, ya que tanto la intensidad de la interferencia con $P_i$ como la importancia de satisfacer $I_j$ siempre dependerán de las circunstancias del caso concreto. Esto hace que la ponderación de principios y su resultado sean sensibles al caso particular.

Siguiendo el juicio de muchos tribunales constitucionales, la teoría de los principios emplea una escala tríadica para las cuatro variables $I_i$, $I_j$, $PA_i$, y $PA_j$. Esta escala consiste en valores leve (*l*), medio o moderado (*m*), y grave (*g*). Estos valores pueden representarse por los números $2^0$, $2^1$, $2^2$. Estos números encarnan una secuencia geométrica, no continua (Alexy, 2007, pp. 20-26).

Tres reglas rigen las consecuencias que derivan del resultado del cociente Klatt y Meister, 2012b, p. 13): primera, si $PC_{i,j}$ obtiene un valor mayor que 1, hay obligación de preferir $P_i$ en este caso; segunda, si $PC_{i,j}$ obtiene

[14] *Cfr.* Klatt y Meister (2012b, p. 11).

un valor menor que 1, hay obligación de preferir $P_j$; y tercera, si $W_{i,j}$ obtiene el valor 1, se queda en tablas; en este último supuesto, la Constitución no exige preferir $P_i$ o $P_j$; tanto preferir $P_i$ como $P_j$ son constitucionales. Es necesaria una metarregla que rija los casos de empate; muchos sistemas jurídicos permiten entonces la discrecionalidad estructural del legislador; éste podría decidir a favor de cualquiera de los dos principios. El tribunal constitucional que ejerza control no interferirá con esta decisión sin importar a cuál principio da preferencia el legislador. Metarreglas diferentes son posibles, por supuesto, dependiendo de cómo el sistema jurídico ubica las competencias para decidir y para controlar.

Para reflejar el impacto de la certeza —siempre en sentido epistémico—[15] sobre la ponderación, Alexy empleó desde un inicio más variables en su fórmula del peso (Alexy, 2002b, p. 419; 2003, pp. 789-790; 2007, pp. 24-25). $C_i$ y $C_j$ corresponden a la certeza de las premisas usadas en la ponderación, según ellas se relacionan con dos principios contendientes. Sin embargo, es necesario distinguir entre las premisas normativas y empíricas, y entre sus respectivas certezas: algo podría ser muy cierto por lo que respecta a los hechos empíricos, pero aun así muy incierto en la dimensión normativa, o viceversa. Desde una perspectiva sistemática, podemos combinar cualquier grado de incertidumbre empírica con cualquier grado de incertidumbre normativa. Para poder registrar tales diferencias, Schmidt y yo hemos sugerido desdoblar las variables $C$ en $C^e$, que denotaría la certeza de las premisas empíricas, y $C^n$, que correspondería a la de las premisas normativas (Klatt y Schmidt, 2010, pp. 51-52; 2012, p. 91; 2016).[16] Esta modificación es visible en la fórmula 2:

[15] *Epistemic reliability*, y en ocasiones sólo *reliability*, en el original. Previo acuerdo con el autor, se sustituyen estos términos por el vocablo hispano "certeza" y la aclaración entre guiones del texto anotado. Con la referencia explícita o implícita al adjetivo "epistémico", el concepto de "certeza" aquí usado denota los grados de posibilidad y solidez del conocimiento de los hechos que constituyen premisas empíricas y normativas de la ponderación (N. del T.)

[16] Véanse también Klatt y Meister (2012b, p. 132); Bernal (2006, p. 109) y Badenhop (2010, pp. 366-367).

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i \cdot C_i^e \cdot C_i^n}{PA_j \cdot I_j \cdot C_j^e \cdot C_j^n}$$

Fórmula 2: Fórmula del peso con certezas empírica y normativa

Para las variables *C*, usamos la escala de certeza (Klatt y Schmidt, 2010, pp. 51-52; 2012, p. 91; 2016).[17] Sus grados son: cierto o confiable (*c*), medianamente cierto (*m*), e incierto (*i*); los números que pueden asignarse a todas estas variables de certeza son $c = 2^0$, $m = 2^{-1}$, $i = 2^{-2}$. Si la certeza es alta, los valores sustantivos en la fórmula del peso no serán afectados; en cambio, si es menos que cierta, esto reducirá el poder determinante de los valores sustantivos $PA_x$ e $I_x$; una muy baja certeza debilitará significativamente los valores sustantivos. Por ejemplo: una afectación grave, pero altamente incierta ($PC_i = I_i$ x $C_i$ = 4 x ¼ = 1), alcanzará el mismo resultado que una meramente leve, pero altamente cierta ($PC_i = I_i$ x $C_i$ = 1 x 1 = 1).

## IV. Reconstrucción de las proposiciones de Schauer

La fórmula del peso nos permite notar algunas ambigüedades en las proposiciones de Schauer y reconstruirlas analíticamente con mayor claridad.

### 1. Primera proposición

La primera proposición que caracteriza esta asimetría genera perplejidad a primera vista:

1. Un cierto grado de restricción de un derecho se entiende como una privación más grave que el mismo grado de decremento de un interés público.

[17] Alexy aún mantiene su escala; *cfr.* Alexy (2014, pp. 511-524; 2018, p. 874).

¿Cómo un cierto grado de restricción de un derecho puede ser "más grave" que "el mismo grado" de decremento de un interés público? Esto parece ser inherentemente contradictorio. La afectación de un derecho sería "más grave" que la importancia del principio que la justificase, pero entonces ésta no podría ser del "mismo grado" que aquella afectación; alternativamente, la importancia del principio justificante tendría "el mismo grado" que la afectación del derecho. Sin embargo, entonces la última no podría ser "más grave" que el primero, a menos que Schauer quisiera sugerir que midamos los derechos y otros principios constitucionales con diferentes escalas. Usar dos diferentes escalas en efecto evitaría la inherente contradicción de la proposición (1); empero, ello también haría abandonar por completo la idea de ponderación, porque ésta presupone que la misma escala se aplica a cada lado de la balanza.

No obstante, la proposición de Schauer cobra sentido si incluimos la distinción de la teoría de los principios entre pesos concretos y abstractos.[18] Entendemos lo que Schauer designa como "un grado de restricción de un derecho" como el peso concreto de la afectación ($I_i$). Podemos incluso entender que lo que Schauer señala como "grado de decremento en un interés público" es la importancia concreta del interés público ($I_j$). Esto permite la siguiente reconstrucción: cierto grado de restricción de un derecho, *tomado junto con* un mayor peso abstracto de ese derecho, puede alcanzar una mayor "capacidad de defensa" (y en este sentido ser "más grave") que el mismo grado de decremento de un interés público *tomado junto con* un menor peso abstracto de aquel interés público.[19]

Supóngase que surge el siguiente conflicto: una afectación moderada ($I_i = m = 2$) ocurre con un derecho $P_i$ que tiene un alto peso abstracto ($PA_i = g = 4$); del otro lado de la escala, hallamos un interés público $P_j$,

[18] Sobre el papel de los pesos abstractos en la ponderación, véase Klatt (2014, pp. 892-894).
[19] La expresión "capacidad de defensa" sólo se ha empleado hasta ahora para el producto de un peso concreto y el grado relevante de certeza. Véase Klatt y Meister (2012b, p. 118). Sin embargo, aquí propongo que también puede usarse para el producto de los pesos abstractos y concretos.

constitucionalmente protegido, con un peso abstracto medio ($PA_j = m = 2$), cuya satisfacción en el presente caso tiene una importancia moderada ($I_j = m = 2$). Si pasamos por alto cualquier potencial problema de certeza, entonces la ponderación funciona de la siguiente manera:

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i}{PA_j \cdot I_j} = \frac{g \cdot m}{m \cdot m} = \frac{4 \cdot 2}{2 \cdot 2} = \frac{8}{4} = 2$$

Fórmula 3: Fórmula del peso con capacidades de vulneración y de defensa

Esta reconstrucción ayuda con la ambigüedad en la proposición (1) de Schauer. Como ésta supone, $I_i$ e $I_j$ tienen "el mismo grado", es decir, *moderado*. Aun así, con la inclusión de diferentes pesos abstractos, que están a favor del derecho $P_j$, la capacidad de defensa de éste gana un valor mayor: su privación es "más grave", como sostiene la proposición. Para poner el mismo punto en términos abstractos: las nociones de "cierto grado" y "el mismo grado" en la proposición (1) se refieren a los pesos concretos de los principios contendientes; en contraste, la noción de "una privación más grave" se refiere a la capacidad de defensa del derecho. La última combina los pesos concreto y abstracto del derecho, y los compara con la capacidad de vulneración del interés público. Entendida de esta manera, la proposición (1) ya no resulta inherentemente contradictoria; y lo que es más importante, la teoría de la ponderación puede fácilmente acomodarla.

## 2. Segunda proposición

La diferencia entre los pesos abstracto y concreto, que falta en el argumento de Schauer, es asimismo clave para entender su proposición (2), la cual sostiene que "[l]os derechos valen más que los intereses no protegidos como derechos". Podemos reconstruir este aspecto de la supuesta asimetría asignando a todos los derechos mayores pesos abstractos que a otros principios constitucionales. Sin duda, este mecanismo no garantizaría que los derechos siempre prevalezcan sobre los intereses públicos

con que contiendan. En contraste con la ordenación serial de Rawls (1972, p. 43; 1993, p. 296), que admite un peso absoluto a aquellos ubicados en los primeros lugares, asignar pesos abstractos más elevados a los derechos les otorga un margen ganador en la ponderación. Este margen ganador bien puede ser igualado, o en efecto superado, por otras variables del principio contendiente. El mecanismo que sugiero aquí para entender la proposición (2) de Schauer establece una "prevalencia *prima facie*", en oposición a una "prevalencia definitiva". Todo ello se sigue de la segunda ley de la prevalencia: cuanto más alto sea el peso abstracto de un principio, más probablemente prevalecerá sobre principios contendientes (Klatt y Meister, 2012b, p. 29; 2012a, p. 690). Debemos notar en este punto que tanto la primera como la segunda ley de la prevalencia demuestran que el pretendido antagonismo entre la prevalencia y la ponderación no es estricto. El problema no es si la prevalencia o la ponderación dan correctamente cuenta del razonamiento de los derechos, sino más bien cuál es el papel apropiado para la prevalencia en la exposición de la ponderación (Klatt y Meister, 2012b, p. 28).

## 3. Tercera proposición

Pasando a la proposición (3) de Schauer, el mismo mecanismo que acabo de describir también puede ayudar a incorporar su "presunción a favor del derecho" (Schauer, 2014, p. 178). Podemos reconstruir tal presunción dando al derecho un peso abstracto más alto que al interés público, como en la fórmula 3. Al derecho $P_i$ se le asigna un peso abstracto más alto ($PA_i = g$) que a su contendiente interés público $P_j$ ($PA_j = m$), y así entra a la ponderación con un margen ganador. Éste da cuenta precisamente de la "presunción a favor del derecho" de Schauer.

De todos modos, la tesis de la asimetría de ninguna manera ayuda a reconstruir el tercer escenario, el cual Schauer soslaya de modo general, es decir, el de un conflicto entre dos derechos. Tenemos que notar el contraste de los otros dos escenarios, en los cuales un interés público figura en al menos uno de los lados. El tercer escenario no satisface la premisa

de la proposición (3) de Schauer: los derechos no están sólo "en un lado de la ecuación" sino en ambos lados. La noción de la "presunción a favor del derecho" sobre intereses no protegidos como derechos es inaplicable aquí, a menos que se establezca un orden presuntivo dentro de la clase de los derechos. No obstante, esta consideración aparte, la presunción "a favor del derecho" de Schauer se mantendría para ambos lados y así se neutralizaría a sí misma. Tal neutralización es frecuente; ocurre siempre que el derecho constitucional permite efectos horizontales. Los derechos constitucionales se irradian a todas las áreas del derecho, como se sostuvo en la sentencia del famoso caso *Lüth* del Tribunal Constitucional Federal alemán.[20] Dado que tal es un escenario estándar, la tesis de la asimetría es de todas maneras de aplicabilidad algo limitada.[21]

## 4. Cuarta proposición

En la proposición (4) de su tesis asimétrica, Schauer demanda exigir una "razón con fuerza especial" para la restricción de los derechos tanto de libertad como de igualdad (Schauer, 2014, p. 176). El problema con esta proposición es el siguiente: Schauer no dice cómo exactamente podría determinarse si una razón tiene una fuerza "especial" de modo que justifique una limitación a un derecho. Tampoco brinda ayuda para determinar cuándo, alternativamente, una razón sólo tiene una fuerza "no especial" de manera que no logre justificar tal limitación. Quisiera plantear que, antes que aducir esta proposición contra la ponderación de derechos, ésta en realidad da respuesta al problema.

Sólo necesitamos interpretar la noción de "fuerza" de Schauer como referente al peso concreto de un principio, y su noción de "especial" a la relación entre los respectivos pesos concretos de los principios contendientes. Por ejemplo: un interés público de peso concreto medio tendrá

[20] Para más detalles sobre *Lüth* y el efecto de irradiación de los derechos constitucionales, véase Klatt (2019).
[21] Véase *supra*, sección 3.1.

la fuerza suficiente (y eso será en este sentido de fuerza "especial") para limitar un derecho de peso concreto leve; no tendrá, sin embargo, fuerza suficiente (y esto será sólo en este sentido de fuerza "no especial") para limitar un derecho con peso concreto grave. La teoría de la ponderación provee abundantes medios para llegar a un acuerdo con las relaciones de fuerza entre los derechos y otros principios constitucionales. Además, es el mejor medio para determinar si se cumple la exigencia de "fuerza especial" de Schauer.

Es preciso hacer otra observación: que sea técnicamente posible dar a todos los derechos un valor abstracto más elevado que a los demás principios constitucionales no implica que fuera justificable hacerlo. Después de todo, en el texto constitucional no hay una señal clara de que la misma Constitución diferencia los pesos abstractos de tal manera. ¿Cómo exactamente podríamos justificar que, digamos, la libertad de reunión tenga un peso abstracto más elevado que el principio constitucional de democracia, o que el principio de Estado de derecho *(rule of law)* tenga un peso abstracto menor que el derecho de propiedad? No afirmo que tales diferencias en los pesos abstractos en realidad existan; de hecho, soy escéptico a este respecto.[22] En vez de eso, mi punto es el siguiente: presumiendo que tales diferencias de peso abstracto fueran racionalmente justificables, la teoría de la ponderación puede reconocerlas fácilmente; en consecuencia, el aspecto de la asimetría que captura la proposición (4) no va contra la exposición que la teoría de los principios hace de la ponderación.

## D. La dimensión epistemológica

Hasta el momento he soslayado por completo una dimensión completamente diferente de la teoría asimétrica de Schauer. Su proposición (3)

[22] Mi escepticismo se refiere específicamente a tal distinción entre el peso abstracto de los derechos y el de otros principios constitucionales. No señalar tales distinciones dentro de la clase de los derechos. De hecho, reconozco la posibilidad de asignar un peso abstracto más alto al derecho a la dignidad, un peso abstracto inferior a la libertad general de acción, y un peso abstracto estándar a todos los demás derechos constitucionales.

iguala la presunción a favor del derecho con una "carga de la prueba impuesta a quienes restrinjan el derecho". La proposición de Schauer exige asimismo que esta carga sea "más o menos la misma cosa" que la presunción a favor del derecho (Schauer, 2014, p. 178). Podemos interpretar estas observaciones de tres diferentes maneras.

## I. Primera interpretación

La primera interpretación relaciona el argumento de la "carga de la prueba" de Schauer con las certezas de la fórmula del peso. Debemos tener cuidado de no mezclar cuestiones epistemológicas y sustantivas; en contraste con Schauer, la teoría de los principios distingue entre las cuestiones de peso como tales y la cuestión de la certeza de las premisas que subyacen a la evaluación de los pesos; de ninguna manera son ambas "más o menos la misma cosa". Podemos querer usar, por ejemplo, un mayor peso abstracto de un derecho, en línea con la presunción de Schauer, pero aun así reconocer que sólo tiene un nivel medio la certeza de esta presunción ($C_i = m$).[23] Alternativamente, como otro ejemplo, podemos emplear un peso abstracto moderado para un interés público, pero sostener que estamos muy seguros de esta evaluación ($C_j = c$).

Por tanto, es importante ver que estas certezas tienen que considerarse respecto de ambos lados de la ecuación, como lo muestra la fórmula del peso al incluir variables epistémicas en el numerador y el denominador. No es posible imponer una cierta carga de certeza sobre la autoridad pública, mientras se pasa completamente por alto la que corresponde al titular del derecho, sea alta o baja. De otra manera, podría ocurrir una situación como la siguiente: supongamos que sea bastante incierto ($C_i = i = 2^{-2}$) que, por ejemplo, tenga lugar la vulneración moderada de un derecho ($I_i = m = 2$); y al mismo tiempo, que haya mediana certeza ($C_j = m = 2^{-1}$) de que el contendiente interés público tenga un peso

[23] Para simplificar, este argumento no distingue más allá, entre la certeza de premisas empíricas ($C^e$) y normativas ($C^n$).

concreto grave ($I_j = g = 4$); aun así, el derecho podría obtener preferencia. Sin considerar $C_i$, pero teniendo en cuenta $C_j$, ocurre un empate que permite preferir $P_i$; en cambio, habría resultado una clara preferencia por $P_j$ si también se hubiera considerado $C_j$.

Además, las certezas pueden variar en ambos lados de la ponderación; en estos aspectos no habría asimetría en absoluto. Asignaremos precisamente aquellas certezas a los principios contendientes que están correctamente dados en la situación epistemológica. Llamaré a esto la "tesis de la simetría epistemológica".

Se sigue que no podemos interpretar la asimetría de carga de la prueba de Schauer en este sentido. Es imposible decir que, respecto del derecho, basta una mera certeza baja, mientras que en relación con el interés público se demanda una certeza muy alta. Si dicho autor tenía tal asimetría en mente, la teoría de la ponderación estaría obligada a contradecir su posición. Lo que baste o no, es decir, el efecto de las diferencias en la certeza, dependerá siempre de todos los valores de la fórmula del peso tomados en conjunto.

A decir verdad, dependiendo de otros valores, la asimetría de Schauer en la carga de la prueba del lado del interés público puede darse en casos particulares; puede haber casos en que las variables *PA* e *I*, tomadas aisladamente, o sea, sin considerar certeza alguna, resultarían en la preferencia a favor de $P_i$; entonces, $C_j$ tendría que ser más alta que $C_i$ para inclinar la balanza. Esto es así porque sólo una muy alta certeza del lado de $P_j$ podría cambiar la preferencia que corresponde al derecho, dado que la certeza del lado de $P_i$ es inferior. Este mecanismo podría designarse como "carga de la prueba" del lado del interés público: quien deseare restringir un derecho tendría que alcanzar una certeza más elevada para sus premisas que el titular del derecho, exactamente como requiere la proposición (3) de Schauer. Podríamos incluso tener este escenario como uno en que la razón a favor del interés público tiene que ser de una "fuerza especial", en línea con la proposición (4); esto es, podríamos

interpretar la noción de "fuerza especial" de modo epistémico antes que sustantivo.

No obstante, para reiterar, ésta es sólo una de las constelaciones posibles. Dependerá mucho de los valores de las demás variables, por lo que en última instancia es contingente. Pero la tesis asimétrica de Schauer exige hacer una consideración más general.

¿Se sigue de lo anterior que no puede derrotarse la tesis de la asimetría de este autor, fuera de los casos como el ejemplo que acabo de dar? Las consideraciones anteriores dependen de interpretar la carga de la prueba de Schauer, impuesta sobre el interés público, como relacionada con la certeza. Una carga de la prueba en este sentido existe si $C_j$ tuviera que ser más alta que $C_i$ para inclinar la balanza a favor del interés público. Quizá una interpretación diferente del argumento de Schauer ayude a rescatar su punto.

## II. Segunda interpretación

Viene a la mente una segunda interpretación al considerar el ejemplo de Schauer sobre el límite de velocidad. Con ayuda de la fórmula del peso, éste puede reconstruirse de la siguiente manera.

Asignamos $P_i$ al derecho a conducir velozmente; y $P_j$ a la obligación constitucional de proteger a la gente de los riesgos causados por libertarios frenéticos que conduzcan a hipervelocidad. ¿Cómo pueden atribuirse los pesos abstractos? Supongamos que el derecho a conducir velozmente no está protegido por un derecho de libertad especial, es decir, la libertad de profesión o las libertades económicas, sino sólo por un derecho de libertad general;[24] a éste puede asignarse un peso abstracto leve, para reflejar su calidad de derecho subsidiario, de respaldo

[24] Sobre el derecho general de libertad véase *supra*, sección 3.1.

($PA_i = l$).[25] Esta evaluación contaría a favor de la consideración de Schauer de que conducir a alta velocidad sería un mero interés no protegido como derecho, y no un derecho; permitiendo tal derecho de libertad general, el sistema jurídico sería generoso en la selección de las conductas que protege; con todo, reducir su peso abstracto reflejaría que esta conducta yace en el límite, por así decirlo, entre un derecho y un mero interés. En cambio, la obligación de proteger a los ciudadanos de los riesgos a la salud se sigue del derecho positivo derivado del derecho a la integridad física, un derecho de libertad específico con moderado peso abstracto ($PA_j = m$).

La asignación de pesos concretos dependerá de las circunstancias del caso concreto. Supongamos que alguien manejando verdaderamente muy rápido, a más de 160 km/h, por puro placer y no por razones particulares (emergencia, interés económico, etcétera). La afectación de su derecho por la imposición de un límite de velocidad de 80 km/h para una sección considerable, pero no la totalidad de su trayecto diario, será moderada ($I_i = m$).

Sigamos suponiendo que alguien conduce a gran velocidad, y que representa un alto riesgo de provocar un accidente que ocasione las más severas lesiones a numerosas personas, porque esta sección particular de la autopista es propicia a los accidentes. La importancia de satisfacer la obligación de prevenir estos accidentes introduciendo un límite de velocidad sería alta ($I_j = g$). El resultado de la ponderación será otorgar preferencia a $P_j$, como muestra la fórmula 4:

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i}{PA_j \cdot I_j} = \frac{l \cdot m}{m \cdot g} = \frac{1 \cdot 2}{2 \cdot 4} = \frac{1}{4}$$

Fórmula 4: Fórmula del peso en el ejemplo del límite de velocidad

[25] Véase Klatt y Meister (2012b, p. 28).

Ahora, mi punto es éste: para incluir las certezas en esta reconstrucción, necesitamos justificar externamente los valores que se asignen a $C_i$ and $C_j$.[26] Y éste es el lugar en que juega el argumento de Schauer sobre la carga de la prueba: en cuanto al derecho a conducir a alta velocidad, tenemos certeza por lo menos respecto de los hechos empíricos ($C_i^e = c$);[27] podemos medir, por ejemplo, el tiempo adicional de traslado que quien conduzca necesitaría para llegar al trabajo por la imposición de límites de velocidad; en tanto que del lado del interés público de prevenir accidentes tenemos sólo una certeza moderada, porque esta evaluación necesitará hipótesis contrarias a los hechos ($C_j^e = m$).

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i \cdot C_i^e}{PA_j \cdot I_j \cdot C_j^e} = \frac{l \cdot m \cdot c}{m \cdot g \cdot m} = \frac{1 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 2^{-1}} = \frac{1}{2}$$

Fórmula 5: Fórmula del peso con certezas empíricas y normativas

La comparación entre las fórmulas 4 y 5 revela lo siguiente: al incluir las diferentes certezas, debilitamos el lado del interés público. Aunque el resultado continúa justificando la preferencia por $P_j$ en la fórmula 5, este resultado ya no es tan significativo como en la fórmula 4; dependiendo de otros valores, será entonces más difícil para la autoridad que la balanza siga inclinándose a favor del interés público. Además, precisamente este efecto es lo que también podría describir en términos de Schauer como "carga de la prueba" a cargo de la autoridad.

Dejemos el ejemplo del límite de velocidad y concentrémonos en el punto más general. Es esencial ver que esta diferencia en las certezas puede ser bastante frecuente en el escenario central de Schauer, es decir, un conflicto entre un derecho y un interés público. Con frecuencia, la situación del derecho está anclada en el presente, o aun en el pasado si su titular

[26] Sobre la vital y frecuentemente soslayada diferencia entre la justificaciones interna y externa, véase Klatt y Meister (2012a, pp. 693-695).

[27] A efectos de este argumento, asumo que las certezas de las premisas normativas no desempeñan aquí papel alguno, tanto $C_i^n$ como $C_j^n$ pueden no ser consideradas.

reclama que se le vulneró previamente. El tiempo presente o pretérito significa que los hechos empíricos, los efectos sobre la conducta protegida como derecho *(rights-protected)*, son relativamente claros o por lo menos fácilmente accesibles; en cambio, el interés público frecuentemente se orienta hacia el porvenir: la autoridad interviene en el derecho para erigir un futuro estado de cosas que se desea. La posición de Schauer es que la carga de la argumentación recae en la autoridad que aduce proteger un interés público. Esta posición simplemente describiría el hecho de que en muchos casos el derecho entra a la ponderación con lo que podría llamarse un "margen ganador epistémico". La asimetría que Schauer tiene en mente con esta "carga de la prueba" puede así derivar de esta asimetría en la certeza.

En esta segunda interpretación, el argumento de la carga de la prueba no es sino un letrero de atajo para nuestra intuición sobre este margen ganador epistémico del lado del derecho. Esta intuición, sin embargo, puede o no ser precisa. Para encontrar si en efecto hay un margen ganador epistémico y cuál es exactamente su efecto sobre la ponderación, de todos modos necesitamos involucrarnos detalladamente en la ponderación. Usar atajos en el sentido de Schauer no nos exenta del análisis detallado de la ponderación.

## III. Tercera interpretación

Una posible tercera interpretación asume el objetivo tras el argumento de la carga de la prueba de Schauer. Ese objetivo, puede decirse, es que en un conflicto entre un derecho y un interés público, la autoridad pública tenga que "argumentar mejor" o "probar más" que el titular del derecho. Sin embargo, este argumento va contra mi tesis de la simetría epistémica, a menos que lo interpretemos de la siguiente manera.

El argumento de la carga de la prueba de Schauer puede no dirigirse en absoluto a las certezas. En vez de ello, podría referirse a un mecanismo fundamental: al establecerse que un derecho tiene cierto peso, se define

automáticamente una carga de la prueba para el interés público; la autoridad pública tendría entonces que demostrar que los valores del interés público alcanzan valores más altos que los correspondientes al derecho. Abona a esta interpretación que Schauer repetidamente habla de la "fuerza de las pruebas *o de los argumentos*" (Schauer, 2014, p. 175) (cursivas añadidas). Esta interpretación, además, es compatible con mi tesis de la simetría epistemológica —de hecho, ni siquiera se relaciona con la certeza—.

Si éste fuera el núcleo del punto de Schauer sobre la carga de la prueba, sería indudablemente verdadero. Pero si no lo fuera, nada añadiría a la teoría establecida, porque no es más que una etiqueta abreviada para la primera ley de la ponderación: cuanto mayor sea el grado de detrimento a $P_i$, tanto mayor ha de ser la importancia de satisfacer $P_j$ (Alexy, 2002a, p. 102; Klatt y Meister, 2012b, p. 10).

Además, respecto a esta tercera interpretación del argumento de la "carga de la prueba" de Schauer, tenemos que aclarar un malentendido crucial. Líneas abajo en su artículo, regresando a su tesis de la asimetría, Schauer dice que

> el mismo hecho de que el análisis se ejecuta en una dirección y no en la otra revela el proceso de sopesar *(weighting)*. Típicamente, los tribunales no dicen que la pérdida para el orden público puede ser no más que necesaria a la luz de la meta de perseguir la libertad de expresión, pero no dice que la restricción de la libertad de expresión puede ser no más que necesaria a la luz de la meta de perseguir el orden público. La asimetría revela que está una presunción trabajando: que la carga de la prueba recae sobre quien quisiera restringir la libertad de expresión y no sobre quien quisiera poner en riesgo el orden público […] [Schauer, 2014, p. 180].

La teoría de los principios tiene que rechazar esta manera de ver las cosas. Antes que nada, la consideración de Schauer de una ponderación "unidireccional" de nuevo omite tener en cuenta el tercer escenario de conflicto,

o sea, uno entre dos derechos constitucionales; con seguridad, en este escenario su consideración no se sostiene. En segundo lugar, lo que los tribunales "típicamente dicen" puede ser verdadero en cuanto a su descripción empírica; sin embargo, desde una perspectiva analítica, no importa en absoluto en qué lado de la balanza se ubiquen los principios contendientes. Puede mirarse cada conflicto entre los derechos y otros principios constitucionales desde el punto de vista del titular del primero y desde el de la autoridad. Además, el resultado —esto es, la relación de preferencia condicional entre dos principios contendientes— no puede depender de si se ubica un derecho o un interés público respectivamente en el numerador o en el denominador. En este sentido, no hay asimetría, sino una completa simetría analítica: la ponderación no es un ejercicio unidireccional, sino bidireccional; por lo tanto, de esas razones Schauer no puede derivar una particular carga de la prueba.

Dejemos la perspectiva judicialmente centrada de Schauer y cambiemos a la del funcionario público. Éste sabe que está vinculado a los derechos constitucionales; aun así, desea restringir uno de ellos para realizar algún valor público al cual, en tanto principio constitucional, también está vinculado. Al considerar diferentes instrumentos regulatorios que podría introducir, se preguntaría: "¿este instrumento guarda suficiente respeto por el derecho?", al igual que "¿hace este instrumento lo suficiente para desenvolver el interés público?" De hecho, se hallaría tornando alternativamente entre estas dos interrogantes. Dado que está vinculado a los derechos en el mismo grado que a otros principios constitucionales, se halla jurídicamente obligado a considerar ambas perspectivas. Llamo "simetría" a esto.

Sin embargo, Schauer va más allá y asevera que la asimetría es "una cuestión estructural y no una sustantiva" (Schauer, 2014, p. 180). No convence esta manera de separar la ponderación de derechos e intereses de los valores sustantivos en juego. La asimetría de Schauer es estructural sólo en cuanto el orden entre los principios constitucionales y los que no tienen este carácter conforme a la jerarquía normativa —y ésta no exige

ni permite la ponderación—. No obstante, establecido que en cada lado de la balanza compiten principios constitucionalmente protegidos, no hay más remedio que involucrarse en asuntos sustantivos.[28]

Además, tampoco hay perjuicio en hacerlo, porque podemos confiar, habida cuenta de que nuestra justificación externa es de buena calidad, que tanto a los derechos como a los otros principios constitucionales se les asignarán aquellos pesos que correctamente les corresponden en cierto caso. Desde la mera estructura de los derechos y de la ponderación como tal, no se sigue ninguna preferencia *per se*; sin embargo, en la medida en que los argumentos sustantivos justifiquen una preferencia por los derechos, la estructura de la ponderación se halla excepcionalmente bien equipada para tenerlos en cuenta con la claridad y la transparencia máximamente posibles. Esto es todo lo que necesitamos para hacer justicia a nuestras obligaciones moral y jurídica de proteger los derechos asignándoles el lugar que merecen en la sociedad y en la realidad jurídica.

## IV. Resultados

En una primera interpretación, podemos relacionar la carga de la prueba de Schauer con las certezas en la ponderación. Sin embargo, mi análisis subrayó que la simetría epistemológica entre los derechos y los intereses contradice la asimetría de Schauer de la carga de la prueba. Es cierto que, en términos prácticos, tal asimetría puede ocurrir en casos particulares; lo hace cuando las otras variables tienen tales pesos que $C_j$ tiene que ser más alta que $C_i$ para inclinar la balanza del lado del interés público.

No obstante, este mecanismo es contingente. En una segunda interpretación, la afirmación de Schauer es meramente un atajo para nuestra intuición de que los derechos a menudo entran a la ponderación con un

[28] Empleé un argumento similar que impugna la tesis del remedio de Tremblay en Klatt (2014, pp. 897-899).

margen ganador epistémico, porque podemos aprehender los hechos pasados y presentes sobre la vulneración de los derechos más fácilmente que los efectos futuros sobre el interés público. La tercera interpretación deja por completo los problemas de certeza; ella relaciona el argumento de Schauer con el mecanismo más fundamental de la ponderación: la autoridad tiene que establecer que el interés público tiene un peso mayor que el derecho. Sin embargo, su argumento entonces simplemente reformula la primera ley de la ponderación.

Como resultado, no importa cuál de estas tres interpretaciones sigamos, el argumento de la carga de la prueba de Schauer no se refiere a características contingentes de la ponderación ni denota las que ya forman parte del ámbito de la exposición de la ponderación que hace la teoría de los principios. Por lo tanto, concluyo que el argumento de la carga de la prueba no demuestra lo que Schauer quiere: una asimetría entre los derechos y los intereses que iría contra incluir la ponderación en el juicio de proporcionalidad. Por el contrario, confirma que la simetría entre ambos extremos concuerda plenamente con la primera ley de la ponderación.

## E. Conclusión

En este trabajo me he ocupado de la tesis de la asimetría que, según Schauer, existe entre los derechos constitucionales y los intereses públicos. Esta asimetría, aduce el autor, es pasada por alto y colapsa al incluir la ponderación en el juicio de proporcionalidad. En consecuencia, Schauer añade que tenemos que restringir la ponderación a los conflictos entre intereses no protegidos como derechos, y que ella no tiene cabida en el juicio de proporcionalidad.

Reconstruí la tesis de la asimetría con la ayuda de cuatro proposiciones. Todas ellas capturan diferentes aspectos de la premisa central de Schauer de que los derechos valen más que los intereses no protegidos como tales.

Empleé la exposición de la ponderación que hace la teoría de los principios para analizar el argumento de Schauer a profundidad. Observé desde el inicio que la relevancia de su argumento es algo limitada en dos aspectos importantes. Primero, la mayoría de las constituciones protegen abundantemente una completa panoplia tanto de derechos como de intereses públicos en tanto que son principios constitucionales, por lo que colapsa la distinción de Schauer entre dos tipos de escenarios. Segundo, el argumento de Schauer no considera el frecuente escenario de conflicto entre dos derechos. Por lo que respecta a los conflictos entre derechos e intereses, subrayé la importancia de respetar la jerarquía normativa; esto me llevó a mis dos leyes de la prevalencia que incluyen efectos de esta naturaleza en la ponderación.

Usando la fórmula del peso, posteriormente discutí las cuatro proposiciones de la asimetría de Schauer. Mi análisis reveló que, en contraste con este autor, todas ellas confirman la exposición de la ponderación elaborada por la teoría de los principios. Los sofisticados instrumentos de ésta, en particular la distinción entre los pesos abstracto y concreto, no sólo acomodan las cuatro proposiciones de Schauer, sino que también ayudan a clarificar algunas ambigüedades y perplejidades de esta tesis de la asimetría.

Pasando a una dimensión del debate completamente diferente, enseguida me concentré en el argumento de la "carga de la prueba" de Schauer. Contra él, insistí en la distinción crucial entre las cuestiones epistemológicas y las sustantivas. Exploré tres diferentes interpretaciones de su afirmación de que la asimetría entre los derechos y los intereses requiere imponer una carga probatoria en quienes buscan restringir el derecho. Mi análisis demostró que el argumento de Schauer se refiere a características contingentes, o bien denota características que ya forman parte del ámbito de la teoría de la ponderación.

Por tanto, la tesis de la asimetría es precisa, aunque en un sentido enteramente diferente al que propone Schauer. Esto es correcto en la medida

en que las diferencias entre los pesos abstracto y concreto, así como las que hay entre las certezas, realmente pueden causar algunos efectos de asimetría, que dependerán completamente de las circunstancias de los casos concretos.

El mejor medio para llevar registro de todo lo anterior es la fórmula del peso. La teoría de la ponderación ya nos provee de herramientas complejas y diferenciadas para determinar el correcto equilibrio entre los derechos y los intereses públicos, reconociendo todas las simetrías y asimetrías entre los diversos aspectos sustantivos y epistémicos de la ponderación.

Como consecuencia de esta comprensión de la tesis de la asimetría, tenemos que rechazar la tesis adicional de Schauer de que la ponderación habría de restringirse a los conflictos entre intereses. Este rechazo, en cambio, significa que la visión que incluye la ponderación en el juicio de proporcionalidad permanece incólume ante la crítica de este autor.[29]

## Fuentes

Afonso da Silva, V. (2011), "Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 2, pp. 273-301.

Alexy, R., (2002a), *A theory of constitutional rights*, Rivers, J. (trad.), Oxford University Press.

_____ (2002b), "Postscript", en *A theory of constitutional rights*, Rivers, J. (trad.), Oxford University Press.

_____ (2002c), "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, pp. 13-64, disponible en «http://bit.ly/2MkK1ve».

[29] Propongo argumentos adicionales para esta ecuación en Klatt (2019).

_____ (2003), "Die Gewichtsformel", en Jickeli, J., Kreutz, P. y Reuter, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, pp. 771-792.

_____ (2007), "The weight formula", en Stelmach, J., Brozek, B. y Zaluski, W (eds.), *Studies in the philosophy of law. Frontiers of the economic analysis of law*, Jagiellonian University Press.

_____ (2008a), "La fórmula del peso", en Carbonell, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 13-42, disponible en «http://bit.ly/2c5bsKx».

_____ (2008b), *Teoría de los derechos fundamentales*, Bernal Pulido, C. (trad), 2.ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____ (2014), "Formal principles: some replies to critics", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 3, pp. 511-524, disponible en «https://bit.ly/2ylmiHO».

_____ (2017), "The absolute and the relative dimension of constitutional rights", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 37, núm. 1, pp. 31-47.

_____ (2018), "Proportionality, Constitutional law, and sub-constitutional law: a reply to Aharon Barak", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, núm. 3, pp. 871-879.

Badenhop, J. (2010), *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos.

Barak, A. (2010), "Proportionality and principled balancing", *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, núm. 1, pp. 1-16.

Beatty, D. M. (2004), *The ultimate rule of law*, Oxford, Oxford University Press.

Bernal Pulido, C. (2006), "On Alexy's weight formula", en Menéndez, A., Eriksen, J. y Oddvar, E. (eds.), *Arguing fundamental rights*, Dordrecht (Países Bajos), Springer, pp. 101-110.

Borowski, M. (2007), "Limiting Clauses: on the continental european tradition of special limiting clauses and the general limiting clause of art 52(2) charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, vol. 1, núm. 2, pp. 197-240.

Klatt, M. (2011), "Positive obligations under the European Convention on Human Rights", *Heidelberg Journal of International Law*, Heidelberg, vol. 71, pp. 691-718, disponible en «http://bit.ly/2TiLhTi».

_____, M. (2014), "An egalitarian defense of proportionality-based balancing: a response to Luc B. Tremblay", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 4, disponible en «http://bit.ly/3cZhgzX, pp. 891-899».

_____, (2019), "Proportionality and justification", en Herlin-Karnell, E. y Klatt, M. (eds.), *Constitutionalism justified. Rainer forster in discourse*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 159-196.

_____, (2020), *The legitimacy of constitution-conform interpretation*, manuscrito inédito.

_____ y Meister, M. (2012a), "Proportionality-a benefit to human rights? Remarks on the I·CON Controversy", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, pp. 687-708, disponible en «http://bit.ly/36dXFJy».

_____ (2012b), *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press.

Klatt, M. y Schmidt, J. (2010), *Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Tubinga, Mohr Siebeck.

_____ (2012), "Epistemic discretion in constitutional law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 1, pp. 69-105, disponible en «http://bit.ly/3g3akDz».

_____ (2016), "A discricionariedade epistemica no direito constitucional", en Morais, F. S. de, y Kraemer Bortoloti, J. C. (eds.), *Jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos direitos fundamentais*, Morais, F. S. de (trad.), Río de Janeiro, Lumen Juris.

Meister, M. (2011), *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot.

Möller, K. (2012), *The global model of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press.

Rawls, J. (1972), *A theory of justice*, Oxford, Clarendon Press.

_____ (1993), *Political liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.

Rivers, J. (2002), "Estudio preliminar. A theory of constitutional rights and the British Constitution", en Alexy, R., *A theory of constitutional rights*, Rivers, J. (trad.), Oxford, Oxford University Press, pp. xvii-li.

Schauer, F. (2014), "Proportionality and the question of weight", en Huscroft, G., Miller, B. W. y Webber G. (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Cambridge (R.U.), Cambridge University Press, pp. 173-185.

Tsakyrakis, Stavros, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, vol. 7, núm. 3, julio de 2009, http://bit.ly/2Zjz1Ws, pp. 468-493.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

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.