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.

Comentario a "Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer"

Bernardo Gallegos

Sumario: A. Introducción; B. El desacuerdo central; C. La defensa de Klatt; D. El valor del trabajo de Klatt; E. Conclusiones.

En el presente comentario se analizará una respuesta al argumento de Frederick Schauer sobre la naturaleza de los derechos y la proporcionalidad. Al respecto, Schauer mantiene dos tesis: *i)* los derechos llevan inherentemente una fuerza especial que los intereses no, y *ii)* la proporcionalidad implica la fuerza especial de los derechos, pero la ponderación no. Dichas tesis suponen que, de existir un conflicto con derechos involucrados (por ejemplo, derecho contra interés), la ponderación sería un método inadecuado para resolverlo.

El profesor Matthias Klatt está en desacuerdo con las afirmaciones de Schauer y explica cómo la ponderación puede ser un método adecuado para resolver conflictos con derechos involucrados, aun cuando éstos tengan una fuerza normativa especial. En el presente comentario, explicaré su respuesta desde un punto de vista conceptual. En primer lugar, destaco el debate de conceptos en juego. En segundo lugar, detallo la respuesta del profesor Klatt; telegráficamente es ésta: no hay nada en el concepto de los derechos sobre una fuerza especial en ellos, que la

tengan es un asunto contingente; así, la ponderación es el método adecuado para resolver conflictos en los que ellos estén involucrados. En tercer lugar, comento el alcance de su respuesta. Mi conclusión es que Klatt ha logrado contener el amenazante argumento de Schauer, por el momento.

A. Introducción

El conflicto que los derechos no absolutos[1] pueden tener entre sí, o el que pueden tener con un interés, ha dado lugar al desarrollo de la teoría de la proporcionalidad. Una implicación de esta teoría es que un derecho se puede restringir apropiadamente sólo si el beneficio jurídico que se obtendrá (sea éste el impulso de otro derecho o el de un interés) es proporcional a la restricción.

Alrededor de la teoría de la proporcionalidad se ha discutido la respuesta a la pregunta: ¿los derechos tienen una fuerza normativa especial? La relevancia de ésta reside en que, de existir dicha fuerza normativa,[2] cualquier prueba de restricción apropiada a un derecho debe tener en cuenta ese aspecto especial de los derechos.

Desde ese punto de vista, existen al menos dos maneras de desarrollar la teoría de la proporcionalidad. Una, propuesta por el profesor Frederick Schauer (2014), mantiene que la importancia de los derechos y los intereses es asimétrica, porque los derechos tienen esa fuerza normativa especial de la que los intereses carecen. Considera tal afirmación inherente al concepto de los derechos. De esta manera, a la proporcionalidad también le es inherente la fuerza normativa especial de los derechos. Esto

[1] Se ha mantenido que los derechos pueden ser absolutos, por ejemplo, el derecho a no ser esclavizado en México; o no absolutos, también llamados relativos, como la libertad de expresión. Ya que los derechos pertenecientes al primer tipo, si existiesen, no podrían ser restringidos, la teoría de la proporcionalidad no explica la solución de sus conflictos (si es que existen), sólo explica la de los derechos no absolutos. En adelante, cualquier referencia a los derechos estará acotada a estos últimos.
[2] También se ha negado dicha fuerza normativa especial, véanse Beatty (2004, pp. 170-171) y Moller (2014).

significa que cualquier restricción a un derecho que satisfaga realmente las exigencias de la proporcionalidad no podrá evitar tener en cuenta la fuerza normativa especial del derecho restringido. En caso de que no se tome en consideración dicha fuerza, no será posible formular siquiera un juicio de proporcionalidad.

La propuesta del profesor Schauer es, a su vez, una objeción en contra de una postura previa, según la cual, aun cuando los derechos puedan llegar a tener una fuerza normativa especial, el concepto de proporcionalidad no conlleva inherentemente dicha característica especial.[3]

El eje del debate es un argumento propuesto por Schauer: dado que la fuerza normativa especial de los derechos es variable (dependiendo, por ejemplo, del derecho e interés en conflicto) y dado que al concepto de proporcionalidad le es inherente tal fuerza normativa especial, se sigue que los juicios de proporcionalidad están regidos necesariamente por distintas *reglas de peso* (que especifican las asimetrías entre derechos e intereses). Así, cualquier análisis que soslaye estas reglas no puede ser realmente de proporcionalidad. La ponderación *(balancing)*,[4] continúa el argumento, precisamente *soslaya* estas reglas de peso y, por tanto, no puede ser el método apropiado para concluir juicios de proporcionalidad.

Recientemente, el profesor Klatt (2021) ha expuesto una respuesta al amenazante argumento del profesor Schauer. Su réplica consiste en mostrar cómo es posible que un test típico de proporcionalidad al estilo de Alexy (en particular, la etapa de ponderación) puede dar perfecta cuenta de la fuerza normativa especial que puedan tener los derechos (incluso con independencia de un concepto de proporcionalidad tan comprometido como el que defiende el profesor Schauer).

[3] Para una lectura en este sentido, véase Stijn (2017, pp. 25-28).
[4] En adelante utilizaré la palabra *ponderación* como traducción de *balancing*. Su concepto corresponde a la tercera etapa del bien conocido test de proporcionalidad de Alexy (2019a) y que Klatt adopta (2021, pp. 386-389), a saber, la proporcionalidad en sentido estricto.

El comentario que será desarrollado en las siguientes páginas se enfoca en la réplica del profesor Klatt. Está elaborado en cuatro secciones adicionales a esta introducción. La primera tiene el propósito de esclarecer en forma detallada los desacuerdos entre Schauer y Klatt. La segunda, explicar la respuesta que ofrece este último. La tercera, enfatizar los alcances de su respuesta. Finalmente, la cuarta ofrece una conclusión alrededor de este debate.

B. El desacuerdo central

Los profesores Schauer y Klatt coinciden en dos afirmaciones: a) que los derechos llegan a tener una fuerza normativa especial, y b) que ésta es variable. La segunda afirmación no está en juego; los derechos pueden tener distinta fuerza normativa. Los matices de la primera afirmación son los discutibles. No es del todo fácil explicar en qué consiste esa fuerza normativa especial. La manera como Schauer la expone es al ensayar mentalmente qué pasaría si un interés del mundo real, en lugar de comprenderlo así, lo entendiésemos como un derecho. Su ejemplo es el siguiente: si consideramos los límites de velocidad encontraremos dos intereses en conflicto, por un lado, el de conducir a más de 60 millas por hora en beneficio de la eficiencia económica y, por el otro, el de estar libres de riesgos de accidentes provocados por conductores. La resolución de un conflicto de este tipo se puede hacer mediante un mero análisis de optimización sin que exista alguna fuerza normativa especial en ninguno de estos dos intereses. La situación es distinta cuando, contrafácticamente, se piensa que conducir a más de 60 millas por hora no es un interés, sino un derecho. En este último caso, cualquier restricción de conducir a más de 60 millas por hora restringiría un derecho y exigiría ofrecer razones más fuertes, a diferencia del conflicto inicial en el que se contraponía sólo un interés contra otro. Esta prueba contrafáctica muestra que los derechos se conciben con una fuerza normativa especial de la cual carecen los intereses.

El desacuerdo de Klatt se enfoca inicialmente en el sentido analítico de la fuerza normativa especial de los derechos. Esto se explora con más

detalle en la siguiente sección; para los propósitos de esta sección es preferible destacar un desacuerdo más inmediato. Éste consiste en que para Schauer el concepto de proporcionalidad, como herramienta de resolución de conflictos en los que los derechos están involucrados, conlleva *inherentemente* la fuerza normativa especial de estos últimos, lo que es incompatible con el test de proporcionalidad que Klatt adopta.

Según Schauer, un juicio de proporcionalidad como, por ejemplo, aquel que mantiene que cierta medida que restringe la libertad de expresión es proporcional a dicha restricción, sólo puede ser digno de llamarse así si ha considerado una regla de peso que prescribe la fuerza normativa especial de la libertad de expresión respecto a la medida en cuestión.[5] Como, en opinión de Schauer, el mismo concepto de los derechos lleva implícita su fuerza normativa especial y, por tanto, sus reglas de peso, se sigue que de soslayar alguno de esos dos aspectos no sería posible llegar a formular un auténtico juicio de proporcionalidad.[6] Esto es lo que significa que al concepto de proporcionalidad le sea *inherente* la fuerza normativa especial de los derechos.

Schauer reconoce la existencia de un método de resolución de conflictos, aunque contraído a los conflictos de meros intereses; lo llama "ponderación" (*balancing*). Éste consiste en optimizar los intereses en conflicto, al estilo de una relación costo-beneficio, pero sin tener que atribuirles ninguna fuerza normativa especial.[7] Este método, dice el profesor, no es

[5] Un ejemplo de regla de peso es la propuesta de que es mejor liberar a 20 culpables que condenar a un inocente. Por un lado, está en juego la libertad; por el otro, la seguridad de la comunidad. La regla de peso indica la fuerza normativa especial del derecho. Sugerentemente, los estándares de prueba en materia penal han tomado en consideración una regla de este tipo.

[6] Presumiblemente, esto no significa que todo juicio de proporcionalidad, sólo por el hecho de ser tal, tenga que ser correcto. Es de suponerse que, desde su punto de vista, también puede haber juicios de proporcionalidad incorrectos. Lo que no puede haber es un juicio de proporcionalidad (sea correcto o incorrecto) que no tenga en cuenta la fuerza normativa especial de los derechos.

[7] Schauer no profundiza en el concepto de ponderación. En ocasiones sugiere que éste inherentemente soslaya cualquier fuerza normativa especial que pueda tener algún interés en conflicto. En ocasiones no sugiere que esto sea inherente, sino sólo típico. La diferencia tendrá su importancia al momento de tomar en consideración los alcances de la respuesta de Klatt.

adecuado para conflictos en los que se incluyan derechos (por ejemplo, derecho contra interés), porque estos conflictos, a diferencia de aquellos en los que sólo intervienen intereses, tienen la fuerza normativa que se ha explicado y va implícita en su concepto. La sugerencia de Schauer es que los intereses, al no conllevar una fuerza normativa especial derivada de su mismo concepto, cuando entran en conflicto sólo entre ellos, no exigen un método que *inherentemente* tenga que tomar alguna fuerza normativa especial y, por ello, ponderar es lo apropiado.

A Klatt, por otra parte, se le ha relacionado con el grupo de autores que niegan que al concepto de proporcionalidad le sea *inherente* la fuerza normativa especial de los derechos (Stijn, 2017, pp. 27-28).[8] Esto tiene sentido por la razón de que un test típico de proporcionalidad como el que adopta permite resolver conflictos de derechos contra intereses (independientemente de si su resolución es correcta o no) sin tener en cuenta la fuerza normativa especial de los derechos. Lo permite porque las llamadas constelaciones de valores que son atribuibles a los aspectos relevantes de los derechos e intereses involucrados en un conflicto incluyen desde aquellas que le otorgarían una fuerza normativa especial a los derechos, hasta las que le negarían cualquiera.[9] Así, la postura de Klatt no puede mantener que al concepto de proporcionalidad le sea inherente la fuerza normativa especial de los derechos, porque, en ese caso, su test, estructuralmente habría impedido cualquier posibilidad de negar la fuerza normativa especial de los derechos, lo cual no ocurre.[10]

[8] Negar una afirmación de *inherencia* sólo significa negar la inherencia. Si alguien dijese, por ejemplo, que a los humanos les es inherente la mortalidad, la negación de dicha afirmación es que a los humanos no les es inherente la mortalidad. Esto último sólo es una manera de decir que puede haber humanos (al menos uno) con la propiedad de ser inmortales, no significa en absoluto que todos los humanos sean inmortales.

[9] Alexy, por ejemplo, refiriéndose a su última fórmula de peso observa que, bajo escalas triádicas, dan lugar a 6561 constelaciones (combinaciones) ante cada conflicto de principios (Alexy 2019b, p. 339). Lo que en este texto se destaca no es la amplitud de constelaciones, sino que son exhaustivas y que incluyen la posibilidad de que un derecho no tenga ninguna fuerza normativa especial frente a un interés.

[10] Otra vertiente crítica relacionada con la manera como el test de proporcionalidad da cuenta de la fuerza normativa especial de los derechos, y que incluso puede establecerse con independencia del asunto de la inherencia, afirma que el problema de la ponderación con derechos involucrados es

El artículo que aquí se comenta tendrá consecuencias relacionadas con esa postura y se abordarán en su momento. Pero, además, Klatt discrepa de la afirmación de Schauer respecto a que la ponderación soslaya la fuerza normativa especial que los derechos pueden tener. Éste es el asunto que trata más enfáticamente en su artículo. Klatt explica cómo es que la ponderación puede dar cuenta de la fuerza normativa especial que los derechos pueden llegar a tener.

Desde cierto punto de vista, puede pensarse que el desacuerdo de Klatt con ese último asunto guarda entonces independencia del de si la proporcionalidad conlleva o no inherentemente la fuerza normativa especial de los derechos; sin embargo, hay una relación, porque mostrar que la ponderación puede dar cuenta de la fuerza normativa especial de los derechos cuando éstos están involucrados en un conflicto, no significa mostrar que es el método apropiado para ello. Lo sería sólo si los derechos no llevaran implícita ninguna fuerza normativa especial, y, en su lugar, ésta les fuera contingente (en cuyo caso la proporcionalidad no podría definirse como el análisis que inherentemente conlleva la fuerza normativa especial de los derechos).

A continuación, reconstruiré la defensa de Klatt, para que se observe cómo enfrenta sus desacuerdos profundos con Schauer.

C. La defensa de Klatt

En su artículo, Klatt sólo dice explícitamente que enfrentará dos tesis de Schauer. Llama a la primera tesis de la asimetría, según la cual, los derechos tienen una fuerza normativa que los intereses no; para la segunda, la tesis de la restricción, la ponderación sólo es un método apropiado para resolver conflictos en los que se incluyen exclusivamente intereses.

---

que ésta acaba por ser un método inútil, ya que no determina el resultado sino que lo hace algún otro método y así "los resultados logrados por este último método posteriormente son meramente expresados por el método de la ponderación" (Urbina, 2017, p. 112).

La estrategia general de Klatt (2021, pp. 378-380) es mostrar que la tesis de la asimetría de Schauer no tiene el sentido que éste pretende otorgarle, sino otro, que es adecuadamente explicable mediante la ponderación. Esto último mostraría que la ponderación no está restringida a conflictos de un interés contra otro, sino que también es el método apropiado para conflictos de un derecho contra un interés (además, por supuesto, de derechos contra derechos).

Lo primero que propone en su artículo es desactivar el argumento que Schauer ofrece para mostrar la tesis de la asimetría en el fuerte sentido en el que la sugiere. Aquí se encuentra el eje de la estrategia argumentativa de Klatt, porque después de anular ese sentido, defenderá otro menos comprometedor de dicha tesis y que con relativa facilidad puede ser explicado por la ponderación.

Antes de explicar cuál es esa importante objeción de Klatt, quisiera aclarar cuál es, en mi opinión, el sentido de la tesis de la asimetría de Schauer. Él formula un argumento contrafáctico para mostrar cómo es que un interés, por el simple hecho de concebirlo como un derecho, adquiere una fuerza normativa adicional; utiliza un ejemplo relacionado con los límites de velocidad para conductores de automóviles. Lo relevante de su ejemplo es que presumiblemente sólo es una ilustración de lo que todos los derechos conllevan. Es decir, con su argumento, no sólo está mostrando que un derecho en particular o algunos tienen una fuerza normativa especial; su alcance es mucho mayor: está diciendo que *todos* los derechos tienen esa fuerza normativa especial. Su tesis de la asimetría, en consecuencia, tiene un sentido fuerte. Afirma que *necesariamente* los derechos tienen una fuerza normativa especial de la que los intereses carecen. Por eso Schauer dice que tal importancia le es inherente al concepto de los derechos (2014, pp. 174, 180).

La relevancia de este sentido fuerte de la tesis de la asimetría ya se ha insinuado en la sección anterior. Reside en que es la premisa central para poner en aprietos cualquier propuesta de proporcionalidad que no la

considere de manera inherente en su mecanismo de resolución de conflictos en los que están involucrados derechos. Esto se debe a que si se llegase a pasar por alto ese aspecto central de los derechos, por definición, no se estaría resolviendo el conflicto de un derecho, sino de algo menor a él.[11]

Seguramente Klatt, atento a la importancia del sentido que Schauer pretende ofrecer a la tesis de la asimetría, controvierte el argumento de este último y que le habría otorgado dicho sentido. Ello, plausiblemente, con el propósito de reducir el sentido de la tesis a uno de mera contingencia. Es decir, como una afirmación que declara que hay derechos con fuerza normativa especial, pero que no tiene que ser así con todos los derechos.

La objeción de Klatt, entonces, es la siguiente: Schauer supone al menos dos tipos de conflictos: a) interés contra interés y b) derecho contra interés; sin embargo, esto marcha mal, porque en muchos sistemas jurídicos no se presentan conflictos del primer tipo (interés contra interés), pues, por varias razones, tales aparentes conflictos ya suponen algún derecho que desde el inicio está en conflicto. "Casi todos los intereses caerán dentro del alcance protector de un derecho", dice Klatt (2021, p. 382). Así, la distinción entre el primer tipo de conflicto y el segundo se borra. En realidad, casi todos los conflictos son del segundo tipo (o de un tercer tipo: derecho contra derecho). De ello se concluye que la tesis de la asimetría acaba por tener una relevancia mínima.

Klatt no explica por qué la tesis de la asimetría acaba con una relevancia mínima, pero se pueden suponer dos razones.

[11] Schauer no lo menciona, pero su argumento también tiene importancia práctica, al menos por la siguiente razón: una persona con capacidad autoritativa pero lo suficientemente poco familiarizada con la fuerza normativa de los derechos podría omitir incorporarla en el peso de un derecho que se va a someter a una restricción motivada por un interés. Esa persona puede entonces aplicar un test típico de proporcionalidad, verlo satisfecho y concluir, lo que en su opinión sería un juicio de proporcionalidad correcto. El hecho es que al no considerar la fuerza normativa especial del derecho y no observar que ello es inherente al concepto de proporcionalidad, no estará formulando siquiera un juicio de proporcionalidad. Así, un test típico de proporcionalidad puede generar una desviación en la práctica, a saber, creer que su satisfacción implica un juicio de proporcionalidad.

La primera es que la tesis de la asimetría tendría relevancia sólo si existieran los dos tipos de conflictos (interés contra interés y derecho contra interés), porque sólo así se podrían ver sus consecuencias, es decir, que los derechos adquieren más fuerza normativa que los intereses. Como el primer tipo de conflicto en realidad casi no surge, se sigue que la relevancia de la tesis de la asimetría está limitada en esa misma medida, es decir, no logra mostrar casi ninguna consecuencia.

La segunda es que al existir muy pocos casos, si es que alguno, de conflicto de interés contra interés, la prueba contrafáctica de Schauer quedaría reducida en esa misma medida y, por tanto, no lograría ser una prueba de lo que ya está implícito en el concepto de los derechos. En su caso, sólo sería una prueba que muestra la fuerza normativa especial de unos cuantos derechos. Lo cual es insuficiente para que la tesis de la asimetría cobre el fuerte sentido que su autor pretende otorgarle.

Ambas posibles explicaciones apuntan a lo mismo: no se puede llevar a cabo la prueba contrafáctica de Schauer a todos los derechos y, por tanto, no es útil para mostrar que el concepto de derechos está comprometido con una fuerza normativa especial *inherente* en ellos.[12]

Esta observación sugiere que si acaso los derechos tienen una fuerza normativa especial, ésta debe ser contingente, lo cual permite a Klatt enfrentar, en primer lugar, una posible incompatibilidad entre la ponderación y los derechos entendidos como triunfos.[13] Y, en segundo lugar, cuatro afirmaciones de Schauer enfocadas en destacar la asimetría entre derechos e intereses.

[12] También se puede pensar en una razón de orden práctico. Klatt podría querer decir que, aunque la tesis de la asimetría de Schauer fuera verdadera incluso en un sentido necesario, ésta no tiene casi ninguna consecuencia práctica, porque en el mundo real casi nunca nos encontraremos con un interés no respaldado por un derecho. Paso por alto esta lectura, porque entonces Klatt habría abandonado el debate conceptual para, en su lugar, sólo enfocarse en la importancia que la ponderación tiene para el mundo en el que vivimos.

[13] La teoría de los derechos como triunfos se atribuye principalmente a Dworkin (1978, pp. 90-94 y 364-368).

Los derechos vistos como triunfos son compatibles con la ponderación por el simple hecho de que pueden ser entendidos como derechos constitucionales que efectivamente tienen un triunfo invulnerable ante cualquier otro interés sin el mismo estatus constitucional. Klatt mantiene que, en este sentido, existe una *"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 2021, p. 383). Esta ley no está prescrita por la ponderación, sino más bien excluye tener que llegar a ella.

Desde la lectura que se ha desarrollado en el presente comentario, la observación anterior muestra que la ponderación no tiene por qué negar la existencia de derechos con una fuerza normativa especial (en este caso, los derechos amparados por la primera ley de la prevalencia). Al contrario, es compatible con ellos, en este caso, lo es porque escapan de su alcance. ¿Qué sucede con los derechos que tienen una fuerza normativa especial, pero que son de su competencia? Responder esta pregunta es el siguiente objetivo de Klatt, y para ello ofrecerá una explicación, por medio de la ponderación, de las cuatro afirmaciones de asimetría que sostiene Schauer. Éstas, de conformidad con la reconstrucción de Klatt, son las siguientes:

> (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)*".
>
> (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 […]".
>
> (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" (2021, p. 376-377).

Para explicar estas afirmaciones, Klatt (2021, pp. 386-389) adopta la exposición de Alexy sobre la ponderación. Para los fines de esta sección sólo será importante recordar que dicha explicación se basa en la fórmula de peso de Alexy. Ésta típicamente busca establecer cuál es el peso concreto de un derecho, digamos *Pi*, en relación con otro derecho o interés, digamos *Pj*, y, conforme al resultado, concluir si la restricción está justificada o no. Para ello tiene en cuenta: a) el peso abstracto de ambos principios, b) la intensidad de la interferencia sobre *Pi* y la importancia de satisfacer *Pj*, y c) la certeza de las premisas que intervienen.

Véase entonces cómo es que la ponderación (en concreto, la fórmula del peso), en opinión de Klatt, puede dar cuenta de las cuatro afirmaciones de Schauer:

La primera proposición lo único que diría es que la intensidad de interferencia sobre un principio, *Pi* (en conjunción con su peso abstracto), puede tener un carácter privativo más serio que la importancia de satisfacer el principio al otro lado de la ecuación, *Pj* (en conjunción con su peso abstracto). Esto sucede, por ejemplo, cuando el peso abstracto de *Pi* es mayor al de *Pj* (suponiendo que la certeza de las premisas no sea influyente). Así, la ponderación puede explicar la primera proposición de Schauer.

La segunda proposición es fácilmente explicable con la simple asunción de que todos los derechos siempre tengan el mayor peso abstracto con respecto a cualquier otro interés. Esto está relacionado con la que Klatt llama la *segunda ley de la prevalencia*: "cuanto más alto sea el peso abstracto de un principio, más probablemente prevalecerá sobre principios contendientes" (Klatt, 2021, pp. 386-392). La asunción, por cierto, es contingente y requiere una justificación externa.

La tercera proposición se explica porque si se atribuye el mayor peso abstracto a los derechos, contrariamente a lo que se haría con los intereses, claramente los primeros tendrán menos carga probatoria, a diferencia de los segundos.

Finalmente, la cuarta proposición se puede explicar si se interpreta que "fuerza" se refiere a los pesos concretos de dos principios. Así, un interés podría restringir un derecho si tiene mayor peso concreto (fuerza).

De conformidad con lo anterior, los sistemas jurídicos pueden contener asimetrías, pero los conflictos de los que surgen pueden ser resueltos en forma adecuada mediante la ponderación.[14] Si esto es así, la tesis de la restricción de Schauer sería falsa. Lo sería porque, según se vio, la ponderación no sólo estaría capacitada para resolver conflictos entre meros intereses. Los derechos y la fuerza normativa que éstos puedan tener también son incorporables a su ecuación.

Se debe notar que estas cuatro explicaciones de Klatt suponen que la tesis de la asimetría sólo es contingente. Es decir, que no siempre los derechos adquirirán esa fuerza normativa especial. De hecho, esto es algo que el mismo autor destaca al finalizar su explicación de las cuatro proposiciones:

> 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 [Klatt 2021, p. 394].

Klatt no lo destaca, pero no es difícil entender que la etapa de la ponderación no impide de ninguna manera asignar los menores pesos abstractos a los derechos y los mayores pesos abstractos a los intereses. En forma clara, dicha etapa, admite esas posibilidades (2021, p. 382). El asunto para él es más bien de justificación. Justo por eso la ponderación no conlleva *inherentemente* la fuerza normativa especial de los derechos. Pero eso no importa, porque, sugiere Klatt, el hecho de que los derechos no

[14] Para un antecedente de esta conclusión, véase Young (2014, p. 50).

tengan una fuerza normativa especial de modo necesario es lo que precisamente explica la corrección de un método que permita distinguir cuáles la tienen y cuáles no. Este método es la ponderación.

El tema final del artículo que aquí se comenta trata el asunto epistemológico que puede entrañar la tesis de la asimetría. Hay que recordar la proposición 3 de Schauer, que menciona una carga probatoria cuando se pretende restringir un derecho para imponer un interés. Klatt explora tres lecturas de esa carga probatoria.

La primera lectura se refiere a considerar que la carga probatoria de la que habla Schauer está relacionada con un asunto de certeza de las premisas que apoyan los intereses, no así de los derechos. Esta lectura, sin embargo, llevaría demasiado lejos la tesis de la asimetría, explica Klatt, ya que imponer una carga de certeza meramente a las premisas relacionadas con los intereses es contraintutivo, porque los derechos también se expresan en premisas y éstas también tienen grados de certeza. Y, por otra parte, si se interpretase que la certeza de las premisas sobre los derechos y los intereses es variable, la tesis de la asimetría de Schauer acabaría siendo una afirmación contingente, debido a que siempre cabría la posibilidad lógica de que la carga probatoria estuviera invertida. Esto no es fiel a Schauer. Como dice Klatt, "la tesis asimétrica de Schauer exige hacer una consideración más general" (2021, p. 397). Por tanto, no es aceptable atribuirle esta interpretación.

La segunda lectura también explora que la carga probatoria sea un asunto de certeza de las premisas, pero ahora en el sentido de que las premisas a favor de los derechos siempre conlleven un margen de ventaja epistémica. Así entendida, la tesis de la asimetría de Schauer tiene sentido, pero de cualquier manera, replica Klatt, tal ventaja epistémica sólo podría ser encontrada por medio de la ponderación, de modo que la tesis de la asimetría no tendría independencia de la ponderación y, por supuesto, interpretada así, no podría funcionar como una premisa en contra de la ponderación. Si la tesis de la asimetría de Schauer realmente es una objeción a la ponderación, debería tener otro significado.

Finalmente, la tercera lectura interpreta que la carga probatoria se refiere más bien a una carga en la argumentación que recaería en la defensa de los intereses, como un correlato del reconocimiento que se hace de un cierto peso en los derechos. Entender así la tesis de la asimetría no dice nada nuevo; sólo repite la primera ley de la ponderación: mientras más alto sea el grado de detrimento a un principio, más alta debe ser la importancia de satisfacer el otro.

Con el análisis epistemológico anterior, se formula en síntesis un complejo dilema. Si la tesis de la asimetría de Schauer tuviera un sentido tan general como el que pretende, o bien acabará por constituir una exigencia de certeza desorbitada (primera parte de la primera lectura), o bien no será otra afirmación sino la primera ley de la ponderación (tercera lectura); en el primer caso la tesis es claramente falsa, en el segundo, ya está incluida en la ponderación. Entonces sólo quedaría interpretar que la tesis de la asimetría es contingente (segunda parte de la primera lectura y segunda lectura), sin embargo, este sentido de la tesis es completamente explicable por la ponderación.

Con base en todo lo que se ha dicho en esta sección, se puede sintetizar el reciente argumento de Klatt de la manera siguiente: es falso que la prueba contrafáctica de Schauer muestre que los derechos lleven implícitamente una fuerza normativa especial; sin embargo, esto no significa que ningún derecho pueda llegar a tener dicha fuerza normativa especial. La llegan a tener, pero de manera contingente. Dichos casos son plenamente explicables por el método de la ponderación. Por tanto, la ponderación no es un método restringido a los conflictos entre meros intereses como Schauer mantiene; más bien tiene la capacidad de resolver conflictos en los que los derechos están involucrados.

D. El valor del trabajo de Klatt

Por lo que se observó en la sección anterior, Klatt defiende en su artículo varios puntos importantes en su debate contra Schauer. En esta sección

se destacarán dos conclusiones, por su amplio valor. Una está expresamente declarada, pero la otra, que es más profunda, no.

La conclusión declarada de modo expreso por Klatt es que la tesis de la restricción de Schauer es falsa. Sobre ésta vale la pena detenerse un poco para puntualizar los alcances de la objeción de Klatt.

Hay que colocar nuevamente en escena el argumento general de Schauer: dado que la fuerza normativa especial de los derechos es variable (dependiendo, por ejemplo, del derecho e interés en conflicto) y que al concepto de proporcionalidad le es inherente tal fuerza normativa especial, se sigue que los juicios de proporcionalidad están regidos de modo necesario por distintas *reglas de peso* (que especifican las asimetrías entre derechos e intereses). Así, cualquier método que soslaye esas reglas no puede ser realmente de proporcionalidad. La ponderación, continúa el argumento, precisamente soslaya las reglas de peso y, por tanto, no puede ser un método de proporcionalidad.

Schauer no es suficientemente claro, pero la conclusión de su argumento es compatible con dos conceptos de ponderación:

a) La ponderación *inherentemente* excluye cualquier fuerza normativa especial que puedan tener las entidades en conflicto.

b) La ponderación ni *inherentemente* excluye ni *inherentemente* conlleva la fuerza normativa que puedan llegar a tener las entidades en conflicto.

La ambigüedad surge porque Schauer, al describir los conflictos de interés contra interés, llega a sugerir que los intereses, conceptualmente, nunca podrían llegar a tener una fuerza normativa especial y, por tanto, su método apropiado habría de excluir cualquier regla de peso, en el sentido de siempre *impedir* que alguna forme parte de los argumentos, ya que simplemente tendría que limitarse a hacer juicios del tipo costo-beneficio.

Sin embargo, su descripción de los intereses también es compatible con que éstos sean aptos para llegar a tener alguna fuerza normativa especial, sólo que de manera contingente (que algunos la tengan, pero otros no) y, por tanto, la ponderación sólo habría de soslayar la fuerza normativa especial que los intereses pueden llegar a tener, pero en el sentido menos comprometedor de no incorporarla (aunque tampoco excluirla) en forma estructural. Es decir, en el sentido de que ni *inherentemente* la excluya ni *inherentemente* la incluya. Lo cual otorgaría a la ponderación la flexibilidad de considerar dicha fuerza normativa especial cuando se presente y no considerarla cuando no se presente.

La lectura que Klatt supone del argumento de Schauer no es esta última, sino la primera: "La ponderación, sostiene Schauer, 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'" (Klatt, 2021, p. 379). Efectivamente, si la ponderación inherentemente excluyese la fuerza normativa especial que puede tener alguna de las entidades en conflicto, nunca podría tener en cuenta, ni siquiera de modo contingente, la fuerza normativa especial que un derecho puede tener. Por eso cualquier empleo de la ponderación con derechos sería engañoso.

Sin embargo, si Schauer asumiese que la ponderación significa más bien lo segundo, no cualquier empleo de la ponderación con los derechos sería engañoso. El problema con ella más bien sería que no siempre garantizaría tener en cuenta la fuerza normativa especial de los derechos. Esta lectura de Schauer erige la posibilidad de que no mantenga una tesis de restricción tan estrecha como la que Klatt le atribuye, sino sólo una tesis de restricción moderada. Es decir, no es que la ponderación nunca podría dar cuenta de la fuerza normativa especial de los derechos, sino sólo que permite no tomarla en cuenta. Desde ese punto de vista, Schauer podría estar de acuerdo con todos los alcances que Klatt ha mostrado que tiene la ponderación al tratar con la fuerza normativa de los derechos. Con lo

que no estaría de acuerdo es con un asunto más refinado: que la consideración de la fuerza normativa especial de los derechos no le es estructural.

En ese orden de ideas, el alcance de las pruebas de Klatt respecto a que la ponderación daría cuenta de la fuerza normativa especial que algunos derechos llegan a tener, podría ser plenamente compatible con la postura de Schauer.

Esto, sin embargo, no le excluye valor al trabajo de Klatt, pues no deja de mostrar que es extraño afirmar que la ponderación puede tener el sentido a), expuesto unos párrafos atrás.

Ahora es turno de mirar en las profundidades de su trabajo para observar su conclusión implícita. Klatt no lo dice con estas palabras, pero lo que implica son dos tesis de amplia importancia práctica:

1) Que en realidad a la proporcionalidad no le es inherente la fuerza normativa especial de los derechos. Esta tesis está implicada en su artículo porque depende por completo de la naturaleza de los derechos. Como éstos sólo contingentemente tienen una fuerza normativa especial, se sigue que cualquier forma de resolución de los conflictos en los que ellos intervienen no tiene por qué incorporar de modo estructural dicha fuerza normativa. En ese sentido, el verdadero concepto de proporcionalidad equivale al de ponderación.

2) En caso de que alguien quisiera insistir en la existencia de un concepto de proporcionalidad como el que Schauer propone, eso no tendría importancia, porque tanto ese concepto como el de derechos que supone sólo estarían en la imaginación o, en el mejor de los casos, sólo serían aplicables a una pequeña cantidad de casos. Los conceptos de derechos y proporcionalidad relevantes para el foro son: i) los derechos no llevan inherentemente una fuerza normativa especial (si la llegan a tener es contingente) y ii), por tanto, la proporcionalidad no incluye inherentemente la fuerza normativa especial de los derechos ni la excluye inherentemente.

Justo porque éstos son los conceptos correctos (o, al menos, los que abarcan más casos) de derechos y proporcionalidad, la ponderación no sólo es un método que puede dar cuenta de los conflictos en los que intervienen derechos, sino que es su método apropiado.

Los alcances del artículo de Klatt son teóricos y prácticos, porque dice que vale la pena emplear el método de la ponderación (la fórmula de peso de Alexy o alguna cercana a ella) para decidir conflictos en los que se encuentren involucrados derechos, pues los resultados serán realmente juicios de proporcionalidad y, en caso de que no lo lleguen a ser, esto no tiene importancia práctica, pues a fin de cuentas son los que exige la práctica.

E. Conclusiones

Como podrá notar el lector, el eje de todo el debate es el concepto de los derechos. Si éstos llevasen inherentemente una fuerza normativa especial como Schauer propone, entonces habría muchos aprietos para evadir el concepto de proporcionalidad del autor. Si, en cambio, los derechos sólo contingentemente adquiriesen una fuerza normativa especial como Klatt supone, lo que se dificultaría evadir sería el típico método de la ponderación al estilo de Alexy.

Esto muestra que se debe centrar la atención en el argumento contrafáctico de Schauer a favor de su concepto de los derechos y, de igual manera, en los alcances de la objeción de Klatt a dicho argumento. Como se ha descrito en el presente comentario, lo que logra Klatt es mostrar que el argumento de Schauer no puede extenderse a todos los derechos, porque muchas veces el mundo real ya concibe los casos como conflictos de derechos contra intereses, y en ese sentido, no es posible poner en marcha la prueba contrafáctica de Schauer. Con ello Klatt ha logrado obstaculizar la piedra angular del amenazante argumento de aquél.

Cabe, sin embargo, preguntarse si acaso no se podrían poner en marcha otros juicios contrafácticos. Schauer podría decir: no importa que la

mayoría de los conflictos sean de derechos contra intereses, porque si así fuese entonces las pruebas contrafácticas que se han de hacer sólo tienen que partir de esa realidad. Ahora se debe imaginar, contrafácticamente, que los derechos involucrados son intereses. De ello se observaría que, al hacerlo así, los intereses pierden una fuerza normativa, que en el mundo real los derechos sí tenían. ¿No sería ésta una prueba contrafáctica no objetada por Klatt y que apoyaría que los derechos tienen una fuerza normativa especial?, ¿no sería ésta una forma como Schauer podría reactivar su argumento?

Por lo pronto, el debate no ha ido tan lejos, y se debe concluir que hasta el momento Klatt ha logrado obstaculizar la premisa principal que habría apoyado la perspectiva de Schauer. Es de suponerse que no pasará mucho tiempo para que Schauer revierta el estado de la discusión, con lo cual Klatt podría quedar fuera de la disputa conceptual, para sólo concentrarse en un argumento práctico: no importa que Schauer muestre que los conceptos reales de derechos y proporcionalidad son los que él dice, lo importante es que como casi no hay intereses no respaldados por derechos, sus observaciones son insuficientes para que, en el foro, se saque de primera plana a la ponderación.

Fuentes

Alexy, R. (2019a), "La fórmula del peso", en Villa G. (coord.), *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, pp. 141-162.

_____ (2019b), "¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad", en Villa, G. (coord.), *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, pp. 333-349.

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

Dworkin, R. (1978), *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

Klatt, M. (2014), "An egalitarian defense of proportionality-based balancing: a reply to Luc B. Tremblay", *International Journal of Constitutional Law,* núm. 12, pp. 891-899.

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

_____ y Moritz M. (2012), *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press.

Moller, K. (2014), "Proportionality and rights inflation", en Huscroft, G. *et al.* (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 155-172.

Schauer, F. (2014), "Proportionality and the question of weight", en Huscroft, G. *et al.* (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 173-185.

Stijn, S. (2017), *Resolving conflicts between human rights: the judge's dilemma*, Londres, Routledge.

Urbina, F. (2017), *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge, Cambridge University Press.

Young, A. (2014), "Proportionality is dead: long live proportionality!", en Huscroft, G. *et al.* (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 43-66.

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.