

Ponderación de principios y tónica jurídica

Para captar el fenómeno fugaz, hay que aprisionarlo en las reglas, desgarrar en conceptos su hermoso cuerpo y conservar su espíritu vivo en un pequeño esqueleto de palabras.

Schiller: Cartas sobre la educación estética del hombre

Arturo Berumen Campos*

La ponderación de principios jurídicos se está convirtiendo, en manos de Alexy, en una nueva deducción jurídica, contra cuyas desventajas había sido diseñada por Dworkin. Reinterpretar la ponderación en términos de la tónica jurídica, que ha sido el método de la jurisprudencia clásica, es el propósito del presente trabajo.

The weighting of legal principles is becoming, in the hands of Alexy, in a new legal deduction against its disadvantages which had been designed by Dworkin. Reinterpret the weighting in terms of legal topical, which has been the method of classical jurisprudence, it is the purpose of this work.

SUMARIO: Introducción / I. Distinción entre reglas y principios / II. Distinción entre lógica y tónica / III. Tónica de las reglas / IV. La ponderación de los principios / V. Ponderación tónica de los principios / VI. Conclusión / Fuentes de consulta

* Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

Dice Atienza que el “paradigma” de los principios jurídicos se ha convertido en una nueva lógica deductiva, sobre todo por las fórmulas propuestas por Alexy para la ponderación.¹ Esta “formulación” de la ponderación la hizo Alexy con el propósito de responder a las críticas, en especial la de Habermas, sobre la indeterminación jurídica en que quedaban las resoluciones judiciales que un día “ponderaban” en un modo y otro día de un modo distinto.²

No era menos de esperar esta crítica y esta reacción, en una cultura en la que el positivismo jurídico ha sido utilizado, en términos de Correas, para revestir de “cientificidad” el ejercicio del poder.³ A la ponderación de principios le está pasando algo parecido a lo que le sucede a cualquier idea nueva de la que se apoderan los “disecadores de cadáveres” y la arrastran a la “morgue” formando un “gabinete de monstruos”, según la reveladora metáfora de Hegel.⁴

Lo que sucede es que sólo se sustituyó al positivismo jurídico, pero no a la ideología “cientificista” que lo sustenta, es decir, se sigue creyendo que todo lo que no es lógico o científico no es racional o verdadero.⁵ En otras palabras, seguimos teniendo miedo del pensamiento probable, del pensamiento problemático y de la manera tópica de pensar.

Lo anterior no quiere decir que la ponderación de principios no sea un gran logro de la filosofía del derecho contemporánea, sino que necesita de un sustento más cercano a lo tópica que a la lógica. No podemos llevar a cabo tal tarea en este trabajo, pero si podemos comparar la ponderación de principios de Alexy con la tópica jurídica de Viehweg, como un paso muy preliminar en ese largo camino.

I. Distinción entre reglas y principios

Bien podemos considerar que Dworkin creó un nuevo paradigma o “cuasiparadigma” de la ciencia jurídica, al distinguir entre las reglas y los principios como ele-

¹ Atienza, “A vueltas con la ponderación”, en *La razón del derecho. Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, núm 1, 2010, p. 7. Sitio www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_13174.pdf.

² David, Sobrevilla, “El modelo jurídico de reglas/principios/procedimientos de Robert Alexy”, en *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista*, México, Fontamara, 2008, p. 111.

³ Óscar Correas, “La teoría general del derecho frente a la historia del derecho” en *Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 3-4 (1994-95), Institución “Fernando el Católico”, Zaragoza, 1996, p. 47.

⁴ Hegel, D’hont, Jacques, *Filósofo de la historia viviente*, trad. Aníbal F. Leal, Buenos Aires, Amorrortu, 1971, pp. 13 y 14.

⁵ Gadamer, “¿Qué es la verdad?”, en *Verdad y método*, II, trad. Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 2000, p. 52.

mentos de un orden jurídico.⁶ Aunque algunos otros teóricos del derecho como Del Vecchio o Bobbio ya hablaban de “principios generales del derecho”,⁷ la aportación de Dworkin “redefinió”, en términos de Kuhn,⁸ gran parte del campo jurídico. Es ya clásica su distinción: “Las reglas son aplicables a la manera de todo-nada [...] los principios tienen una dimensión de peso o importancia”.⁹

Fue Alexy quien articuló con más precisión el paradigma de los principios. Para él, tanto las reglas como los principios son normas, porque tanto unas como otros son expresiones de deber ser, es decir, ambos “pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y las prohibición”.¹⁰ En esto, pues, se parecen, en ser normas; en cambio en lo que se distinguen es en que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”,¹¹ mientras que las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”.¹²

Los principios son *mandatos de optimización* que pueden ser cumplidos en diferente grado y medida, en virtud de la existencia de principios y reglas opuestos, mientras que las reglas son determinaciones de lo que debe hacerse exactamente. Esta diferencia entre reglas y principios se esclarecerá cuando veamos las contradicciones que pueden existir entre ellos.

Se ha criticado tanto a Dworkin como a Alexy esta fuerte distinción entre reglas y principios, pues siempre es posible “principializar las reglas y regularizar los principios”.¹³ La distinción entre reglas y principios no es absoluta sino relativa. La diferencia es de grado o cuantitativa, no de naturaleza o cualitativa, desde el momento en que ambos son normas.

Trataremos de explicar esta diferencia de grado entre reglas y principios. Si ambos son normas, entonces podría decirse que son “descripciones de una conducta modalizada deónticamente”, en términos de Correas,¹⁴ es decir, tanto las reglas como los principios, pueden tener la estructura de cualquiera de las modalidades deónticas:

⁶ Manero, Atienza-Ruiz, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1 y 2.

⁷ *Idem*, p. 3.

⁸ S., Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Carlos Solís, México, FCE, 2006, p. 202.

⁹ R., Dworkin, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en *Filosofía del derecho*, comp. R. Dworkin, trad. Javier Saínz de los Terreros, México, FCE, 2014, pp. 121, 125.

¹⁰ Robert, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 83.

¹¹ *Idem*, p. 86.

¹² *Idem*, p. 87.

¹³ Sobrevilla, *Op. cit.*, p. 112.

¹⁴ Óscar Correas, *Crítica de la ideología jurídica*, México, UNAM, 1993, p. 225.

Op= Obligatorio “p”

PHp= Prohibido “p”

Pp= Permitido “p”

Donde “p” representa la descripción de una conducta y “O”, “PH” y “P”, representan las modalidades normativas de Obligación, Prohibición y Permisión. Las reglas y los principios pueden ser Obligaciones, Prohibiciones o Permisiones. En eso no se distinguen. En lo que se distinguen es en la descripción de la conducta “p”. En las reglas, “p” se encuentra más connotada que en los principios, es decir, la conducta descrita en las reglas tiene mayor cantidad de connotaciones; tiene más características o propiedades que en los principios que puede incluso encontrarse no connotada en absoluto, como cuando la constitución señala que las elecciones deberán ajustarse a los principios de legalidad, certeza, equidad, entre otros, sin mayor señalamiento. Si esto es correcto, entonces, la diferencia entre reglas y principios se reduce al mayor o menor grado de connotación de su elemento proposicional, respectivamente. Lo cual nos lleva directamente a la cuestión de la tópica como método de connotación en derecho.

II. Distinción entre lógica y tópica

El pensamiento lógico se caracteriza por llegar a conclusiones necesarias a partir de premisas verdaderas mediante largas cadenas de silogismos. El pensamiento tópico parte del sentido común, maneja lo verosímil, intercambia puntos de vista y construye un tejido de silogismos.

El pensamiento lógico se caracteriza por llegar a conclusiones necesarias a partir de premisas verdaderas mediante largas cadenas de silogismos. El pensamiento tópico parte del sentido común, maneja lo verosímil, intercambia puntos de vista y construye un tejido de silogismos.

Las ventajas del primero son la agudeza y la precisión, pero sus desventajas son mayores: pérdida de profundidad, limitación de la imaginación, pobreza del lenguaje e inmadurez de juicio.

Las ventajas del segundo son: despierta la imaginación, analiza un problema desde *diferentes puntos de vista*, los que se organizan en una trama. Se hace necesario, pues, combinar las ventajas de ambos métodos.¹⁵

¹⁵ Theodor, Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964, p. 27.

De acuerdo con Aristóteles, la tónica es “*una técnica del pensamiento problemático*”,¹⁶ es decir, del pensamiento que se orienta hacia un problema, es decir, a una *aporía*, a una duda.

Un problema, en este sentido, es “*toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta*”,¹⁷ a cada una de las cuales hay que tomar en serio, pero que hay que elegir sólo una de ellas como única solución. Por ello, la tónica debe considerar, reflexivamente, las razones a favor y en contra de cada posible solución.

Para Nicolai Hartmann, el pensamiento problemático es lo opuesto al pensamiento sistemático. En este último, es el sistema (deductivo) el que selecciona el problema y si éste no se puede resolver, dentro de ese sistema, se declara un *seudo* problema. En cambio, en el primero es el problema el que selecciona el sistema, dentro del cual se inordena para encontrar una solución. Si el sistema no resuelve el problema, se acude a otro sistema existente o se crea uno nuevo, a partir de la invención de nuevos tónicos.

La tónica es una constante búsqueda de premisas (*ars inveniendi*), a partir de las cuales puedan deducirse proposiciones (*ars iudicandi*) cuya amplitud nunca debe ser demasiado extensa para no desligarse del problema, de modo que los tónicos no pierdan su función de orientadores y conductores del pensamiento. El formalismo jurídico, en cambio, por mantener la coherencia del sistema, pone en segundo lugar la resolución de los problemas que está llamado a resolver.

La tónica, en tanto que búsqueda de premisas, es una meditación pre-lógica y primaria, mientras que la deducción es secundaria. “*La tónica señala cómo se encuentran las premisas, la lógica las recibe y trabaja con ellas*”.¹⁸ El modo de pensar lógico, con pocas premisas, desarrolla una gran cantidad de *sorites* (cadenas de silogismos), mientras que la tónica que es una “*búsqueda interminable de premisas*”, sólo requiere de silogismo cortos.

La utilización de la analogía en sistemas como el jurídico, nos indica que el sistema es lógicamente imperfecto. Los argumentos *a simili*, *a contrario*, *ad maiore ad minus*, provienen de la tónica para compensar las inevitables deficiencias lógicas del sistema jurídico.

El modo de pensar problemático es esquivo a las vinculaciones lógicas, pero no puede renunciar del todo a ellas, pues, al menos, provisionalmente, requiere de un entendimiento común para profundizar y confrontar las opiniones. Pero el *repertorio de tónicos es elástico*, puede agrandarse o disminuir, e incluso, cambiar totalmente. También puede suceder que se mantengan las conclusiones alcanzadas bajo los anteriores tónicos, pero que se reinterpreten a la luz de los nuevos tónicos introducidos, lo cual les puede dar a las mismas un nuevo sentido.

¹⁶ *Idem*, 49.

¹⁷ *Idem*, p. 50.

¹⁸ *Idem*, p. 58.

Lo aceptable por ambas partes es una premisa, lo cual no es necesariamente una arbitraria opinión, pues se acepta con base a la experiencia o en lo razonable de las mismas. Tal vez, se podría añadir que si se asumen las premisas tópicas, en actitud hipotética (Habermas), para estar en posibilidades de discutir con tolerancia e imparcialidad, la legitimidad de las premisas derivará del mejor argumento.

En lógica, una vez demostrada una premisa, la deducción hace innecesaria la invención, pues el sistema creado a partir de la tópica, es comprensible y válido por sí mismo. Este ha sido el proceso histórico del pensamiento: del catálogo de tópicos al sistema deductivo. Sin embargo, cabría preguntarse, con Kuhn, si el sistema deductivo equivale a la ciencia normal y la tópica a la revolución científica.¹⁹ Y con Hegel, si la tópica determina al sistema y el sistema redetermina a la tópica.²⁰

Viehweg trata de mostrar que los juristas romanos trabajaban de un modo tópico. Pone como ejemplo, diversos problemas sobre la usucapión que presenta Juliano en su Digesto, a los cuales va dando solución, casuísticamente, sin hacer referencia expresa a principios teóricos o normas generales, aunque las presuponga. El resultado, dice, es una construcción de “*en una forma extraordinariamente vital, todo un tejido jurídico*”.²¹

Por otra parte, hace referencia a un sistema jurídico conceptual en un Manual de Pandectas. Ahí, primero se define la usucapión mediante una serie de conceptos previos, como son: posesión, posesión de buena fe, justo título para adquirir, duración de la posesión, idoneidad de las cosas, inexistencia de impedimentos por interrupción o suspensión, entre otros.

El primero, el tópico, es casuístico; el segundo, es teórico. Podemos decir, que los tópicos o puntos de vista, desde los cuales se estudia el problema de la usucapión, se convierten en elementos definitorios connotativos del concepto de usucapión, al sistematizarse la tópica jurídica. Esta *transformación de los tópicos en elementos connotativos de un concepto* nos va a ser muy útil cuando analicemos la ponderación como método de resolución de las colisiones de principios, más adelante.

El proceder tópico parece contradecir la función estabilizadora de las conductas que debe cumplir el derecho. Para resolver esta contradicción entre estabilidad y justicia, es necesario relativizar tanto la tópica como el sistema. Ante soluciones ya fijadas se aplica el sistema de enunciados correspondiente, sin excluir la aplicación extensiva o restrictiva de los mismos. Frente a los nuevos problemas debe la tópica entrar, nuevamente en juego, para “anular, al menos en parte, la pérdida de flexibilidad mediante una interpretación adecuada”,²² hasta antes de la aparición de la legislación, que concuerde con los puntos de vista anteriores. Por otro lado, la lógica se basa más bien en una logística-proposicional más orientada al pensamiento matemático muy alejado del plano en que se desarrolla la estructura del derecho.

¹⁹ Kuhn, *Op. cit.* pp. 71 y ss.

²⁰ Arturo Berumen, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003, p. XV.

²¹ Viehweg, *Op. cit.*, p. 69.

²² *Idem*, p. 76.

III. Tópica de las reglas

Se ha pretendido oponer la ponderación en la colisión de los principios a la subsunción en los conflictos de las reglas. Pero, como dice Atienza, en ambos casos se da la subsunción.²³ El verdadero problema está en determinar bajo qué principio o bajo qué regla se tiene que hacer la subsunción del caso concreto. En el caso de las reglas, es la tópicos la que determina bajo qué premisa normativa se subsume éste, y en el caso de los principios, es la ponderación la que nos indica bajo qué principio se debe hacer la subsunción del caso. Primero nos ocuparemos de la tópicos de las reglas y después de la ponderación de los principios.

Son dos problemas a los que se enfrenta la tópicos, y dos las técnicas que usan para resolverlos. El problema de la correlación de situaciones y el problema de contradicción de dos textos de igual autoridad.

Son dos problemas a los que se enfrenta la tópicos, y dos las técnicas que usan para resolverlos. El problema de la correlación de situaciones y el problema de contradicción de dos textos de igual autoridad.

En la correlación de situaciones muy diferentes se buscan puntos de vista que justifiquen la aplicación de un texto de gran prestigio o autoridad, mediante una técnica de enlace o de ampliación de la denotación de las expresiones del mismo.²⁴ Es el caso de la analogía o de mayoría de razón.

En la *contradicción de textos*, la técnica más usual para hacerlos concordar es introducir *distinciones y diferencias* y, por tanto, una división o una partición (las distinciones introducen, semánticamente, una ampliación de la connotación y una restricción de la denotación). Cada uno de los textos tendrá una aplicación restringida a cada una de las partes resultantes de la división o partición.

No se trata de una distinción lógica o necesaria, sino de una distinción práctica, cuyo límite es la capacidad de aceptación del interlocutor. No es una distinción lógica, porque carece del término medio aristotélico que implique a ambos conceptos.

Es una técnica de argumentación de disociación que consiste en introducir un tópico que divida una noción en dos partes, a las que se aplican las distintas normas en conflicto²⁵ o que aumente la connotación de un término para que disminuya su denotación y no se le aplique una de las normas.²⁶

²³ Atienza, *Op. cit.*, p. 8.

²⁴ Viehweg, *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

²⁵ Ch. Perelmann, y L., Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1994, pp. 628 y ss.

²⁶ Berumen, *Op. cit.*, pp. 20 y 21.

Pongamos un ejemplo de disociación de nociones para resolver un conflicto de reglas. Sea el conflicto de norma el siguiente: es incompatible la preclusión procesal para ofrecer pruebas, con la garantía de defensa de la parte oferente. Si introducimos el tópico: “conocimiento oportuno de los hechos”, entonces dividimos la noción “preclusión procesal”, de modo que podemos distinguir una preclusión procesal con conocimiento oportuno de los hechos y preclusión procesal sin conocimiento oportuno. Y sólo es incompatible la preclusión procesal sin el conocimiento oportuno de los hechos con la garantía procesal, pues no se ha tenido oportunidad de presentar pruebas sobre estos hechos; pero no es incompatible la preclusión procesal con conocimiento oportuno de los hechos con la garantía de defensa, pues en este caso, ya se tuvo la oportunidad de presentar pruebas de los hechos conocidos oportunamente.²⁷

Es probable que la preclusión procesal aumente su connotación, a partir de esta interpretación tópica, con la característica de “con conocimiento oportuno de los hechos”, de manera que su denotación excluya los casos en que no se conozcan oportunamente los hechos.

En la tópica, sostiene Viehweg, “los principios tienen que ser quebrados, limitados y modificados”,²⁸ pero no arbitrariamente, sino orientándose por la aporía fundamental de la justicia.²⁹ A continuación veremos, en que medida puede aplicarse la tópica a los principios, previo análisis de la ponderación de los mismos.

IV. La ponderación de los principios

Se dice que los principios “pesan”, por lo cual hay que “sopesarlos” cuando se someten a una ponderación, para saber cuál pesa más en un caso concreto en que entren en colisión.³⁰ Sin embargo, esta metáfora del peso de los principios puede expresarse, semióticamente, diciendo que hay que determinar cuál de ellos debe denotar al caso concreto, aumentando la connotación del otro. O también puede expresarse tópicamente, diciendo que hay que determinar de cuál de los dos principios debe ser conclusión el caso concreto. Pera antes de llegar a esta doble redeterminación, en este inciso expondremos un resumen de la ponderación tal y como la propone Alexy y la ejemplificaremos.

Para este autor, las colisiones de principios, al ser todos ellos válidos, tienen lugar en la dimensión de los principios. Cuando los principios entran en colisión, uno de ellos debe ceder ante el otro, pero no es declarado inválido ni es una excepción del otro, según Alexy, pues en otro caso el principio no aplicado puede tener mayor peso que el primero. Este “peso” relativo se obtiene mediante la ponderación que es, pre-

²⁷ *V. Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXXIV, julio 2011, p. 2168.

²⁸ Viehweg, *Op. cit.*, p. 142.

²⁹ *Idem*, p. 100.

³⁰ Alexy, *Op. cit.*, p. 89.

cisamente, el “sopesamiento” de los intereses opuestos que entran en colisión para determinar cuál debe preferirse en el caso concreto y en qué medida.³¹

Para elegir, ponderadamente, un principio sobre otro se debe aplicar la siguiente ley de ponderación: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”.³² Es decir, el beneficio obtenido por la aplicación de un principio debe ser igual o mayor que el daño ocasionado por la no aplicación del otro principio. Podemos poner, por ejemplo, el caso del “voto por voto y casilla por casilla” en la elección presidencial de 2006 en nuestro país. Recontar los votos daría certeza a una elección tan cerrada entre Calderón y López Obrador (0.5%), pero no estaba permitido por la ley electoral un recuento total. El principio de certeza y el de legalidad estaban en colisión ¿Los beneficios de cumplir con el principio de legalidad fueron mayores que los perjuicios que se obtendrían con el no recuento de los votos?

Para determinar el peso relativo de cada principio, en este caso, Alexy propone tomar en cuenta tres variables: por un lado, el grado de afectación (satisfacción o no satisfacción) (ga), el “peso abstracto” (pa) y el grado de certeza (gc). Por otro, propone tres valores: leve, medio e intenso, para aplicarlos a las dos primeras variables. Y seguro, plausible y no evidentemente falso, para la tercera.³³ Empecemos con el “peso abstracto” ¿Cuál principio vale más, la legalidad o la certeza? Curiosamente, la ley es para dar certeza, pero en este caso su aplicación estricta nos llevaba a la incertidumbre. Podríamos decir, que si la finalidad de la ley es dar certeza, la cual sólo se logra no aplicándola, entonces los perjuicios de su no aplicación serían inexistentes, por lo que le daríamos un valor de “cero”. En cambio, los beneficios en cuanto a la certeza que se hubieran obtenido con el recuento, serían muy altos.

Podríamos darle un valor de “tres”.

El grado de afectación del incumplimiento de la ley creemos que también sería menor que los beneficios del recuento, sobre todo si tomamos en cuenta que no se trataba de una ley expresamente prohibitiva, sino no permisiva, por un lado, y, por el otro, 0.5% de diferencia entre los candidatos hacia razonable un recuento total. Podríamos establecer los valores “uno” y “tres”, respectivamente.

Por último, en cuanto al grado de certeza del incumplimiento de la ley, por lo cual merece una calificación de “tres”. Y en cuanto a la certeza de la incerteza era igualmente seguro, por lo que también le damos una calificación de “tres”.

Si, en aras de la claridad, simplificamos, en extremo, la fórmula de Alexy,³⁴ tendríamos el resultado siguiente:

³¹ *Idem*, p. 89.

³² *Idem*, p. 161.

³³ Carlos Bernal Pulido, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, coord. Enrique Cáceres, Imer B. Flores, Javier Saldaña y Enrique Villanueva, México, UNAM, 2005, pp. 22, 23 y 24.

³⁴ *Idem*, pp. 24: GPi,jC = IPIc . GPIA . SPiC / WPjC . GPjA . SPjC.

	ga		pa		gc	
pl:	0	+	1	+	3	= 4
pc:	3	+	3	+	3	= 9

Los beneficios (9) de la realización del principio de certeza (pc) serían mucho mayores que los daños (4) de la no realización del principio de la legalidad (pl). Por lo tanto, en este caso específico, debió haberse preferido el principio de certeza por sobre el principio de legalidad. Pero, en otro caso, por ejemplo, cuando la diferencia de votos sea mayor, la aplicación del principio de legalidad podría ser preferente al de certeza.

En este sencillo ejemplo pueden verse las ventajas y las desventajas de la ponderación para la resolución de las colisiones entre los principios. Entre las primeras cabe destacar la relatividad de la solución para cada caso, o más bien para cada tipo de casos, pues, dice Alexy, la ponderación transforma los principios en reglas, pues establece las condiciones de la procedencia condicionada de cada principio.³⁵

Así, en nuestro ejemplo, para resolver con justicia, el principio de certeza está condicionando al principio de legalidad y el de legalidad al de certeza por el tópico de “una diferencia mínima de votos” entre ambos candidatos.

Es en el señalamiento de estas condiciones de procedencia condicionada donde se ve con más claridad su semejanza con la tónica. Estas condiciones de procedencia no son otra cosa que tópicos que: “rompen”, “quiebran”, “acotan”, y “connotan” a ambos principios, uno por medio del otro, para condicionar su procedencia en un ámbito distinto cada uno, de acuerdo con la aporía de la justicia. Así, en nuestro ejemplo, para resolver con justicia, el principio de certeza está condicionando al principio de legalidad y el de legalidad al de certeza por el tópico de

“una diferencia mínima de votos” entre ambos candidatos. En otros términos, para resolver con justicia, debió decirse, por ejemplo, que el principio de legalidad se aplicaría cuando la diferencia de votos fuera mayor de 1% y el de certeza cuando fuera menor de ese porcentaje. Si esta interpretación es plausible, entonces podemos considerar a la ponderación de dos principios en colisión como una tónica recíproca entre ellos.

Entre las desventajas, se ha señalado la subjetividad en la asignación de valores numéricos a cada una de las variables, sobre todo en el caso del “peso abstracto” que puede ser muy ideológico.³⁶ Pero, como dice Bernal Pulido, la ponderación no es un

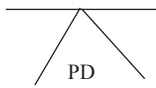
³⁵ Alexy, *Op. cit.*, p. 92.

³⁶ Bernal Pulido, *Op. cit.*, p. 32.

algoritmo,³⁷ tal vez pueda reducirse el grado de su indeterminación si la contextualizamos dentro del pensamiento tónico o hermenéutico.

V. Ponderación tónica de los principios

Esta caracterización tónica de la ponderación no es tan ajena a la teoría de la argumentación del propio Alexy, pues la distinción que hace entre justificación interna y justificación externa no es otra cosa que la distinción entre lógica y tónica. Y sus famosos cánones de argumentación no son otra cosa que catálogos de tónicos con otro nombre. Nos hemos tomado la libertad de hacer un esquema de la teoría de la argumentación de Alexy, que reproduzco aquí, parcialmente, para efectos ilustrativos.³⁸

PROBLEMA PONDERACION	JUSTIFICACION INTERNA	JUSTIFICACION EXTERNA	
S2	$S1 = p \circ q$	Cánones:	S1
	$\frac{p}{q}$	1) Semántico	C1
C2		2) Sintáctico	
		3) Pragmático	C3
		4) Genético	C4
	$S2 = p \circ q$	5) Histórico	C5
C6	$\frac{\sim p}{\sim p}$	6) Teleológico	
		7) Autoridad	C7
C8		8) Ético	
			

Sea “P”, el problema a resolver. En nuestro ejemplo, si es o no procedente el recuento de los votos. Tenemos dos soluciones lógicas posibles: La solución uno:

³⁷ *Idem*, p. 34.

³⁸ Berumen, *Op. cit.*, p. 332.

$$S1 = p \circ q$$

$$\frac{p}{q}$$

Donde “p” es el principio de certeza y “q” es el recuento electoral y \circ es la relación bicondicional. Y se lee: si y solo si p entonces q; se da el caso de que p, entonces es el caso de que q. En el ejemplo: si y sólo si se aplica el principio de certeza, entonces procede el recuento de los votos; se da el caso de que se aplica el principio de certeza, entonces es el caso de que procede el recuento electoral. La solución dos:

$$S2 = p \circ q$$

$$\frac{\sim p}{\sim q}$$

que se lee: si y sólo si p, entonces q, se da el caso de que no p, entonces es el caso de que no q. En el ejemplo, si y sólo si se aplica el principio de certeza, entonces procede el recuento de los votos, se da el caso de que no se aplica el principio de certeza (sino el de legalidad), entonces no procede el recuento electoral.

Lo importante es determinar cuál es la premisa, es decir, el principio que cumple la función de tal. Para ello, la justificación interna y la lógica, ya no nos sirven. Ahí es donde entra en función la justificación externa.

Como podrá notarse, una vez determinada la premisa del antecedente, la conclusión es automática. Lo importante es determinar cuál es la premisa, es decir, el principio que cumple la función de tal. Para ello, la justificación interna y la lógica, ya no nos sirven. Ahí es donde entra en función la justificación externa. Los cánones o catálogos de tópicos que pueden favorecer una u otra solución. Alexy distingue seis cánones, nosotros añadimos otros dos: para efectos de simplicidad suponemos que los cánones no nos (semántico, pragmático, histórico y de autoridad) favorecen al principio de certeza y los cánones pares (sintáctico, genético, teleológico y ético) al principio de legalidad.

La ponderación puede hacerse en cada canon y entre los cánones, consiste en balancearse de una solución a otra y de un canon a otro rediseñando constantemente las expectativas de sentido, de modo que la “confluencia de todos los detalles en el todo sea el criterio para la rectitud de la comprensión”,³⁹ y para seleccionar o resmantizar el principio en que se base la solución.

³⁹ Gadamer, *Op. cit.*, p. 63.

VI. Conclusión

Podemos concluir, de una manera muy apresurada, que, siendo la diferencia entre reglas y principios una diferencia de grado, la ponderación como manera de resolver las colisiones de principios, puede interpretarse como un caso especial de la argumentación tónica con que se resuelven los conflictos entre reglas, que consiste en una recíproca connotación tónica entre ambos.

Podemos contextualizar a la ponderación dentro del “tejido” de razonamientos tónicos o canónicos, para distinguir una ponderación entre cánones y una ponderación de ponderaciones, es decir, una ponderación hermenéutica.

Fuentes de consulta

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 1996.
- Bernal Pulido, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. En *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. (coord.), por Enrique Cáceres, Imer B. Flores, Javier Saldaña y Enrique Villanueva, México, UNAM, 2005.
- Berumen, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. México, Cárdenas, 2003.
- Correas, Óscar. *Crítica de la ideología jurídica*. México, UNAM, 1993.
- D’Hont, Jacques, Hegel. *Filósofo de la historia viviente*. Trad. Aníbal F. Leal, Buenos Aires, Amorrortu, 1971.
- Dworkin, R. “¿Es el derecho un sistema de normas? En *Filosofía del derecho*. Comp. R. Dworkin, trad. Javier Sainz de los Terreros, México, FCE, 2014.
- Gadamer, Hans-Georg. “¿Qué es la verdad? En *Verdad y método*, II. Trad. Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 2000.
- Kuhn, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Trad. Carlos Slis, México, FCE, 2006.
- Perelman, Ch y Olbrechts-Tyteca. L. *Tratado de la argumentación*. Trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1994.
- Sobrevilla, David. “El modelo jurídico de reglas/principios/procedimientos de Robert Alexy”. En *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista*. México, Fontamara, 2008.
- Viehweg, Theodor. *Tónica y jurisprudencia*. Trad. Luis Diez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964.

Sección Doctrina

Hemerografía

Correas, Óscar. “La teoría general del derecho frente a la historia del derecho”. En *Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*. Vol. 3-4 (1994-95), Institución “Fernando el Católico”, Zaragoza, 1996.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXIV, julio 2011.

Electrónicas

Atienza, Manuel. “A vueltas con la ponderación”. En *La razón del derecho. Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*. Núm. 1, Sitio www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_13174.pdf.