



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 8, n.º 8, enero–diciembre, 2019 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v8n8.2738

## EMPATES DE PONDERACIÓN, DEMOCRACIA Y LIBERTAD<sup>1</sup>

Empties of balancing, democracy and freedom

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: [enrique.sotomayor@pucp.pe](mailto:enrique.sotomayor@pucp.pe)

### RESUMEN

El presente artículo se enmarca en la problemática general de la toma de decisiones en supuestos de empates de ponderación. Si bien para el planteamiento del problema se toma en consideración la teoría de los principios y la ponderación ofrecida por Robert Alexy en la propuesta de solución —mediante tres reglas aplicables a los supuestos de empate—, nos alejamos de la propuesta alexyana. Las reglas propuestas buscan ser heurísticas para la solución de casos de empates de ponderación.

---

1 El presente artículo fue presentado en una primera versión en un panel de discusión sobre la teoría de los principios y proporcionalidad de Robert Alexy, en la Pontificia Universidad Católica del Perú (28 de agosto de 2019). Agradezco especialmente los comentarios del mismo profesor Robert Alexy y de Gonzalo Villa Rosas.

**Palabras clave:** colisión de principios; empates de ponderación; principio democrático; *in dubio pro libertate*.

## ABSTRACT

This article is framed within the general problem of decision-making in cases of balancing ties. Although we take into consideration the theory of principles and weighting offered by Robert Alexy in his proposed solution -by means of three rules applicable to the cases of a we move away from Alexy's proposal. The proposed rules seek to be heuristic for the solution of cases of balancing ties.

**Key words:** collision of principles; weighting ties; democratic principle; *in dubio pro libertate*.

Recibido: 10/07/2019    Aceptado: 15/07/2019

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una de las metodologías más extendidas para abordar y solucionar los supuestos de colisión entre normas del tipo «principio» es mediante el test de proporcionalidad y ponderación. Dicho examen, de acuerdo con Barak (2017), representa uno de los principales ejemplos de migración o trasplante jurídico del constitucionalismo contemporáneo (pp. 210-211). Asimismo, en la variante empleada por tribunales alrededor del mundo (entre los que se encuentra el Tribunal Constitucional peruano, así como otras cortes), el test se ha desarrollado principalmente a partir de dos tradiciones jurisprudenciales: la alemana y la estadounidense.

Así, de acuerdo con Iddo Porat y Moshe Cohen-Eliya (2010), el principio de proporcionalidad surgió en Alemania como un instrumento destinado a introducir la noción de derechos individuales en un sistema jurídico más bien autoritario. Entre

1882 y 1914, la doctrina de la proporcionalidad fue empleada por jueces y tribunales administrativos (principalmente por el Tribunal Supremo Administrativo Prusiano), y su función era la de racionalizar el ejercicio del poder público con referencia a la esfera de los administrados o ciudadanos. No obstante, Barak apunta que los orígenes históricos de tal forma de comprender la proporcionalidad se remontan a la obra de Carl Gottlieb Svarez, principal redactor del Código Civil Prusiano de 1794. De acuerdo con Svarez, «el estado solo podía restringir la libertad de un sujeto con el propósito de garantizar la libertad y seguridad de los demás» (Barak 2017, p. 208).

A diferencia del caso alemán, el concepto del *balancing* emergió en Estados Unidos no tanto para racionalizar la acción administrativa y del poder público, sino como parámetro para la limitación de los derechos amparados por la Constitución. Siguiendo nuevamente a Cohen-Eliya y Porat (2010, pp. 282-ss.), la técnica del *balancing* se presentaba como una estrategia antiformalista y, en esa medida, contraria a la tendencia de análisis presente en casos como *Lochner v. Nueva York* (198 U.S. 45, 1905), célebre al interpretar que los límites al horario de trabajo en panaderías violaban la Enmienda Catorce (*Right to Liberty*) de la Constitución de los Estados Unidos. Frente a tal estrategia formalista, (i) que trataba de solucionar los casos a partir del significado del concepto de libertad, mediante deducciones lógicas que partían de dicho concepto; y (ii) sin tomar en cuenta la realidad social de las relaciones laborales, que mostraba que los trabajadores en la práctica no tenían libertad para rechazar las condiciones laborales que les eran impuestas por los empleadores; el antiformalismo propio del *balancing* propugnaba una solución a los casos a partir de la ponderación de los intereses en conflicto. Ello marcó el signo progresista de la técnica en sus primeros años de desarrollo.

Con su progresiva consolidación, el test de proporcionalidad y ponderación recibió un tratamiento creciente y de mayor precisión analítica por parte de la teoría y filosofía del derecho. En este escenario, la obra de autores como Robert Alexy (2017) se

posiciona como una de las reconstrucciones más potentes sobre la lógica y funcionamiento del principio de proporcionalidad. Precisamente el análisis de Alexy muestra la posible existencia de supuestos de empate de ponderación, a cuyo análisis nos abocaremos en lo sucesivo.

## 2. LOS EMPATES DE PONDERACIÓN

Es posible —aunque rara vez se reconozca su existencia en un caso concreto— que se produzca un empate entre los niveles de satisfacción y afectación de los principios en colisión. En los términos de la llamada «fórmula del peso» propuesta por Robert Alexy (2019, pp. 141-162), ello ocurre cuando existe coincidencia entre los niveles de intervención y realización de los principios enfrentados (lo que formalmente se representa del siguiente modo:  $GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$ ). Tres casos concretos exhiben tal coincidencia: cuando los niveles de promoción y afectación son, al mismo tiempo, leves, medios o graves. No obstante, el argumento se puede extender y generar un total de nueve supuestos de empate, cuando adoptamos una escala triádica doble: desde un empate entre intervenciones y promociones *ll* (levemente leves) hasta un empate entre intervenciones y promociones *gg* (gravemente graves). La fórmula del peso, sin embargo, permite afrontar estos casos con relativo éxito, pues quedan dos variables aptas para producir un desempate: la de peso abstracto y la de la seguridad de los presupuestos empíricos. Mucho más extraño, entonces, es el supuesto en el cual se produce un empate total entre los niveles de promoción y afectación, tomando en cuenta el peso abstracto y la calidad epistémica de las premisas.

## 3. LAS DOS SOLUCIONES DE ALEXY: LIBERTAD VERSUS DEMOCRACIA

En los casos descritos en la sección precedente, de acuerdo con Alexy, aplica la carga de la argumentación. El problema es que a lo

largo de su obra el autor mencionado ha ofrecido dos soluciones distintas a este problema. El profesor colombiano Carlos Bernal Pulido (2014) resume la evolución del pensamiento de Alexy sobre los casos de empate en los siguientes términos, que consideramos oportuno reproducir a pesar de la extensión de la cita:

Alexy parece defender dos diferentes formas de superar este tipo de empates, una en el capítulo final de *Teoría de los derechos fundamentales* y otra en el *Epílogo* a esta obra, escrito quince años después de la publicación inicial. Esta doble solución resulta problemática, por cuanto puede implicar resultados incompatibles, tal como a continuación veremos.

En *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy aduce argumentos que fundamentan una carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica. El principio «*in dubio pro libertate*» expresaría el significado de esta carga de argumentación. De acuerdo con este principio, ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer sin que se invoquen a su favor «razones más fuertes». En otras palabras, los empates deben favorecer a la libertad y a la igualdad jurídica. No obstante, en el *Epílogo* [...], Alexy defiende una carga de argumentación diferente. En todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como «no desproporcionada», y por tanto debe ser declarada constitucional. Dicho de otro modo, los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia. Desde el punto de vista del principio democrático, esta segunda carga de argumentación parece más apropiada que la primera. (pp. 994-995)

#### 4. UNA PROPUESTA PRELIMINAR DE SOLUCIÓN A PARTIR DE TRES REGLAS

No hay, pues, respecto a la cuestión planteada en la sección precedente, una solución unánime en la doctrina ni, como hemos visto, en la propia obra de Robert Alexy. Sin embargo, aquí nos parece razonable proponer tres reglas derrotables —una de estas tomada de la propuesta de Bernal Pulido— que permitirían afrontar los supuestos de empate armonizando en cierta medida

los principios *in dubio pro libertate* y democrático. Tales reglas no pretenden ser derivaciones de la teoría de Alexy, sino que se proponen con independencia a tal teoría.

Regla 1<sup>2</sup>. *Carga de la argumentación a favor de un derecho fundamental*. En aquellos casos en los que se discute la adopción de una medida, mediante intervención legislativa o normativa, que canaliza la realización de un principio; el grado de promoción de dicha medida sobre la realización del principio beneficiado debe tener un peso «por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental». (Bernal, 2014, p. 1015)

Como sostiene Bernal Pulido, formulada de esta manera, la regla 1 [74 para el autor colombiano] se encontraba implícita en la ley de ponderación, en la medida que toda intervención legítima sobre un principio presupone, por lo menos, que el grado de satisfacción sobre el principio que juega a contrario sea equivalente. En caso contrario no estaríamos frente a un empate sino frente a un supuesto en el que debió prevalecer el principio intervenido. Pero lo interesante de la formulación de esta regla es que, puestas las cosas desde la perspectiva inversa —esto es, la de la justificación para la limitación de un derecho o libertad— la regla muestra lo siguiente:

esta carga representa una aplicación concreta del principio *in dubio pro libertate* en materia argumentativa. Como quiera que el ámbito de la libertad del individuo es en principio ilimitado y que, como consecuencia, el Estado debe justificar todas las intervenciones que practique dentro del mismo, si una intervención no puede justificarse mediante argumentos suficientemente convincentes [...] la intervención debe considerarse ilegítima y el ámbito de la libertad individual debe permanecer inalterado. (Bernal, 2014, p. 1016)

---

2 Nuestra regla 1 es prácticamente idéntica a la regla 74 de las propuestas por Bernal Pulido (2014, p. 1015).

En suma, la regla 1 permite compatibilizar los principios de *in dubio pro libertate* y democrático, mediante la estipulación de que toda intervención sobre el ámbito de la libertad individual debe contar con una justificación al menos equivalente en importancia o peso que el grado de promoción sobre el principio beneficiado. Esta es una garantía de libertad. Por su parte, a partir de este límite —esto es, del punto de empate— la intervención se encontrará suficientemente justificada y prevalecerá el principio democrático. La regla, entonces, concluye con un corolario que es una suerte de presunción débil, y que establece que toda intervención legislativa o, en general, normativa sobre un principio que llegue a tener el mismo nivel de intensidad que los beneficios sobre el principio que se busca promover, se presumirá como constitucionalmente legítima.

No obstante, la plausibilidad de una regla de desempate como la hasta aquí expuesta, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido un estándar más elevado de desempate en algunos supuestos. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia del Expediente n.º 00005-2013- PI/TC, del 19 de junio de 2018. Esta se refiere a una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.º 1129, que regula el Sistema de Defensa Nacional. En su sentencia, el intérprete de la Constitución señaló que para el caso de las excepciones al ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública, se requiere de cuatro condiciones: (i) previsión en una ley, (ii) prosecución de objetivos legítimos asociados a un fin constitucional, (iii) que las restricciones y/o excepciones sean estrictamente necesarias, y (iv) que sean proporcionales «de modo que el grado de ventajas o satisfacción del fin constitucional que se requiere proteger con la excepción sea, *por lo menos*, mayor que el grado de desventajas o restricción del derecho de acceso a la información pública» (Sentencia del Exp. 00005-2013- PI/TC, fundamento 29, cursivas añadidas). La regla del Tribunal Constitucional expresa, entonces, un tipo de

caso especial en el que las situaciones de empate se decantan a favor del principio de *in dubio pro libertate*<sup>3</sup>.

La regla 1 aplica para los supuestos de ponderación en los que existe una intervención legislativa o, en general, normativa de uno de los lados del conflicto. No obstante, se requiere una segunda regla que aplica para los conflictos entre espacios de libertad *prima facie* garantizados por principios contrapuestos<sup>4</sup>. Para este caso proponemos dos reglas, la primera de las cuales se puede formular del siguiente modo:

Regla 2. *Carga de argumentación a favor del principio que no requiera de agregación de beneficios.* En aquellos casos en que la ponderación se da como producto de un ejercicio *prima facie* permitido u obligado de algún principio por parte de sus titulares (paradigmáticamente en el caso de un conflicto de derechos fundamentales entre los titulares de estos), y que tal conflicto derive en un supuesto de empate ponderativo, se preferirá a aquel cuyos beneficios no requieran (y/o no requieran en mayor medida) de la agregación interpersonal de beneficios individuales. La inversa no es el caso.

La regla 2 es una materialización del principio *in dubio pro libertate*, en el sentido que establece que los beneficios no deben ser calculados a partir de una operación de agregación interpersonal de estilo utilitarista<sup>5</sup>. De esta manera se respetan las

---

3 Aunque la justificación de la regla 1 yacía en el principio *in dubio pro libertate*, vemos que en este caso se trata de una protección adicional a dicho principio, pues se requiere no ya que los beneficios por lo menos igualen a los perjuicios generados por la medida, sino que superen a estos. En términos matemáticos la exigencia de la regla 1 puede ser expresada como  $P_i \geq P_j \rightarrow P_i PP_j$  (que se lee como «si los beneficios sobre el principio  $P_i$  igualan o superan los perjuicios sobre el principio  $P_j$ , prevalece el principio  $P_i$ »). Por su parte, la variante especial o reforzada de la regla 1 puede ser expresada como  $P_i > P_j \rightarrow P_i PP_j$  (que se lee como «si los beneficios sobre el principio  $P_i$  superan los perjuicios sobre el principio  $P_j$ , prevalece el principio  $P_i$ »).

4 Alexy desarrolla una discusión sobre el concepto de libertad jurídica en (2017, pp. 193-ss.).

5 Sobre los problemas del utilitarismo con referencia a la agregación interpersonal de beneficios véase Sandel (2012, cap. 2). De acuerdo con Sandel, la primera y

premisas liberales de no instrumentalización y de separabilidad de las personas<sup>6</sup>. Un ejemplo puede ayudar a aclarar el sentido de la regla: imaginemos un caso de empate de ponderación entre la libertad de información y el derecho al honor y privacidad (podría tratarse de la difusión de información sobre la vida privada de cierto político). En este supuesto, usualmente se consideraría que los beneficios del lado de la libertad de información están relacionados con la sociedad en su conjunto, mientras que los perjuicios son afrontados por la persona afectada, quien antepone su derecho a la vida privada y al honor. Una operación de agregación de preferencias podría llevarnos a hacer prevalecer a la libertad de información, en la medida que sus beneficios inciden sobre la sociedad en su conjunto. No obstante, la regla 2 establece que en estos casos tal agregación se encuentra vedada. En consecuencia, frente a un empate de ponderación, prevalece aquella medida que evita la agregación interpersonal, esto es, el derecho a la privacidad.

Para evitar supuestos asociados a la figura doctrinaria del abuso de derecho requerimos, finalmente, de una regla adicional:

*Regla 3. Carga de argumentación a favor del principio que requiera de la agregación de perjuicios.* En aquellos casos en que la ponderación se da como producto de un ejercicio *prima facie* permitido u obligado de algún principio por parte de sus titulares (paradigmáticamente en el caso de un conflicto de derechos fundamentales entre los titulares de estos), y que este conflicto derive en un supuesto de empate ponderativo, se preferirá a aquel cuyos perjuicios demanden (y/o requieran en mayor medida), para su adecuada valoración, de la agregación interpersonal de los perjuicios individuales. La inversa no es el caso.

La regla 3 complementa el contenido de la regla 2 para los casos de conflictos entre titulares de libertades o derechos. En

---

más habitual objeción contra una variante de utilitarismo *a la* Bentham es que no presta debido respeto a los derechos individuales. Un tratamiento más profundo se encuentra en Scanlon (1982, pp. 103-128).

6 Para una presentación en clave libertaria véase Robert Nozick (2012).

este supuesto, la determinación de los niveles de perjuicio sobre el principio afectado requiere de la agregación interpersonal de perjuicios individuales para su adecuada valoración. De esta forma, se evita que, mediante el ejercicio de un derecho o el despliegue de una libertad, un individuo ocasione cargas significativas sobre la sociedad en su conjunto.

## **5. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS REGLAS PARA SOLUCIONAR EMPATES DE PONDERACIÓN**

Esta última sección ejemplifica el funcionamiento de las reglas propuestas.

### **a) Regla 1**

La sentencia del Exp. n.º 00316-2011-PA/ TC representa un ejemplo de la primera regla para abordar supuestos de empate de ponderación. En el caso bajo análisis, la empresa Minera de Servicios Generales y otros interponen una demanda de amparo, la misma que busca la inaplicación del Decreto de Urgencia n.º 012-2010. El decreto cuestionado (así como el Decreto Legislativo n.º 1100 que deroga al primero) tenía por objeto la erradicación de la minería ilegal en regiones de la selva peruana (especialmente en Madre de Dios). Desde el punto de vista de los demandantes, la normativa cuestionada afectaba, entre otros, sus derechos a la propiedad y a la libertad de empresa.

De acuerdo con el artículo 8 del Decreto de Urgencia posteriormente derogado, se prohibía el uso de dragas, y se disponía el decomiso inmediato de aquellas que se encontraran en operación, para que sean convertidas en inoperativas. Por su parte, el artículo 5 del cuerpo de disposiciones normativas cuestionadas, «prohíbe el uso de dragas y otros artefactos similares en todos los cursos de agua, ríos, lagos, lagunas, cochas, espejos de agua, humedales y aguajales, en el ámbito de la pequeña minería y minería artesanal» (sentencia del Exp. n.º 00316-2011-PA/TC, fundamento 17).

En la reconstrucción del conflicto del caso de acuerdo con el Tribunal Constitucional, este contrapone al derecho de propiedad de los demandantes (artículo 2, inc. 16 de la Constitución, en concordancia con el artículo 70 de la misma norma suprema) con el derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado (sentencia del Exp. n.º 00316-2011-PA/TC, fundamentos 6-ss.), y el derecho a la salud de las comunidades aledañas a las operaciones mineras. En consecuencia, frente al conflicto entre normas del tipo principio, corresponde emplear el test de proporcionalidad. No me detendré en el análisis que el Tribunal Constitucional hace respecto a los subtests de idoneidad y necesidad, pues no son objeto del presente artículo. Sí resulta relevante detenerse sobre el análisis del subtest de proporcionalidad en sentido estricto.

Con referencia a los niveles de intervención en los principios en colisión, el Tribunal apunta que, en la medida que la restricción en la utilización de dragas para la minería debe ser fuertemente restringida, ello supone una intervención grave al derecho de propiedad. Ahora bien, a ello se contraponen los daños ambientales y al ecosistema de la región, los que pueden ser irremediables y extenderse a futuras generaciones. En consecuencia, la importancia de los principios que se buscan promover en el caso concreto también es elevada. De todo ello se deriva que «al desarrollarse el subcriterio de proporcionalidad en sentido estricto se determina un empate en la ponderación» (Exp. n.º 00316-2011-PA/TC, fundamento 23).

En el escenario de empate de ponderación descrito en el párrafo precedente, el Tribunal concluye que, «en virtud del principio *in dubio pro legislatore* (en este caso el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso) [...] es que la medida legislativa debe ser declarada constitucional en este extremo» (Exp. n.º 00316-2011-PA/TC, fundamento 23). No es el lugar para plantear un análisis sobre la solidez de los argumentos expuestos por el Tribunal, sino que los apuntes que aquí se plantean están relacionados más bien a la metodología de trabajo frente a escenarios de empate de ponderación. Desde el punto de vista del Tribunal

Constitucional, un escenario de estas características, en el que uno de los principios en colisión se canaliza a través de una intervención legislativa (que, además, de acuerdo al Tribunal, puede ser delegada al Poder Ejecutivo), da como resultado la prevalencia del principio canalizado a través de dicha intervención legislativa. En el razonamiento del Tribunal ello se relaciona exclusivamente con el principio *in dubio pro legislatore*, vinculado al principio democrático, pero como he tratado de argumentar en este trabajo, la regla 1 también guarda relación con el principio de *in dubio pro libertate*, pues toda intervención en un ámbito de libertad iusfundamentalmente protegido solo se justifica cuando el grado de satisfacción del principio que juega a contrario sea cuanto menos equivalente.

#### b) Regla 2

La segunda regla para el tratamiento de empates de ponderación se representa adecuadamente en el conflicto entre el derecho a la intimidad y vida privada versus el derecho a la libertad de información. El Tribunal Constitucional peruano ha tenido la oportunidad de analizar conflictos de estas características en casos como el de Magaly Medina y Ney Guerrero contra la *vedette* Mónica Adaro (Exp. n.º 6712-2005-HC/TC). No obstante, en la medida que la resolución de tal caso tiene algunas deficiencias argumentales, plantaremos el conflicto en términos generales.

El fundamento de la libertad de información parece ser la difusión de información veraz que favorece el debate en regímenes democráticos. Justamente por ello, los beneficios de la libertad de información parecen estar difundidos entre toda la ciudadanía, que mediante la difusión de noticias, reportajes e información en general obtiene medios adecuados para formarse una opinión sobre asuntos de importancia pública.

Frente a los beneficios difundidos socialmente (o agregados) de la libertad de información, se puede oponer en algunos casos el derecho a la vida privada. Uno de los ámbitos de la vida privada es la intimidad personal, entendida como el espacio en que

la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno de recho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad y el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad que tiene el hombre al margen y antes de lo social. (Exp. n.º 6712-2005-HC/ TC, fundamento 39)

En este escenario, para evitar que el derecho de una sola persona (o un grupo pequeño de estas) a la intimidad y vida privada se vea desplazado por los beneficios agregados de la difusión de información de interés social, la regla propuesta dispone que los beneficios deben superar a la intervención sobre el derecho afectado, pues en caso contrario —esto es, en el escenario del empate— se preferirá aquel derecho o principio que no demande, para la determinación de su nivel de intervención o beneficio, de una agregación interpersonal de beneficios individuales. Desde luego, la regla no subyuga completamente a derechos como el de la libertad de información —cuyos beneficios son difundidos a través de la amplitud de receptores del mensaje o noticia— sino que para que tal derecho prevalezca deberemos encontrarnos en un escenario simple de prevalencia y no de empate de ponderación.

### c) Regla 3

Un escenario en el que la tercera regla para solucionar supuestos de empate de ponderación puede resultar fructífero es el de la colisión entre libertad de expresión y el derecho al honor e integridad física y psíquica en los casos de discurso de odio (*hate speech*). En un trabajo previo he abordado esta cuestión desde un modelo especificacionista de ponderación (Sotomayor, 2019. Sobre el modelo especificacionista véase Martínez, 2007; Moreso, 2006, 2010), pero en esta ocasión resulta relevante explicar de qué manera la tercera regla de desempate nos puede ayudar a solucionar conflictos de este tipo.

De acuerdo con Bertoni (2007), el discurso de odio se puede definir desde dos elementos: su intención y su objetivo: «Con

respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o a la violencia» (p. 179). Por su parte, con referencia al objetivo, este usualmente se dirige al ataque de un grupo específico. Los más comunes son grupos étnicos, sociales, mujeres, ancianos, personas con discapacidad, entre otros (Esquivel, 2016).

Ahora bien, a pesar de su beligerancia, el discurso de odio se diferencia de figuras como las *fighting words* o palabras de lucha. Esta última variante se caracteriza por el hecho de que resulta difícil identificar un discurso mínimamente articulado a partir de razones que no sean la mera incitación a la violencia física contra el grupo objetivo. En la medida que el discurso de odio general no comparte todas las características de la variante extrema, se considera que forma parte de las expresiones amparadas por la libertad de expresión.

Ahora bien, el fundamento en la noción de autonomía que dota de sentido al discurso de odio puede colisionar con la integridad física y psicológica de los miembros de la población que son referidos en el discurso. En tal escenario, lo que la regla 3 demanda es que para determinar el grado de intervención sobre el derecho a la integridad física y psicológica sí resulta pertinente —a diferencia de la agregación de beneficios vedada por la regla 2— la agregación interpersonal de perjuicios individuales. Ello, pues, lo contrario supondría abrir la posibilidad de un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión. Finalmente, nuevamente esta regla no subyuga al derecho a la libertad de expresión, en la medida que su aplicación se restringe a los supuestos de empate de ponderación, evitando de esta forma una variante iusfundamental de abuso del derecho.

## 6. CONCLUSIÓN

Las tres reglas propuestas y brevemente analizadas permiten la articulación y armonización de la tensión entre el principio general de libertad y el principio democrático, sin necesidad de sacrificar

alguno de ellos. Asimismo, en su formulación, permiten tomar en consideración elementos de la teoría moral utilitarista, pero sin ir en contra de las premisas liberales de no instrumentalización y de separabilidad de las personas.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2017) [1986]. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (4.<sup>a</sup> ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Bertoni, E. (2007). *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*. Editores del Puerto.
- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2010). American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *I-CON*, 8(2), 263-286.
- Esquivel, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(35). <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2016.35.10491>
- Martínez, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons.
- Moreso, J. J. (2006). Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales. *Revista Direito GV*, 2(2).
- Moreso, J. J. (2010, septiembre-octubre). Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 186(745), 821-832.
- Nozick, R. (2012). *Anarquía, Estado y utopía*. Fondo de Cultura Económica.

Sandel, M. (2012). *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Debolsillo.

Scanlon, T. (1982). Contractualism and utilitarianism. En A. Sen y B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond* (pp. 103-128). Cambridge University Press.

Sotomayor, E. (ed.). (2019). *La teoría y filosofía del derecho en el Estado constitucional*. Zela.