

**POSIBLES LIMITACIONES Y EXCESOS DE LA PONDERACIÓN, COMO TÉCNICA  
ARGUMENTATIVA EN LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA PROTECCION DE  
LA SALUD**

Jorge Jesús Corona Rodríguez\*

Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2021

Fecha de aceptación: 12 de marzo de 2022

**Resumen**

Al menos en las últimas dos décadas en nuestro país, la ponderación como estructura formal del ejercicio interpretativo-argumentativo que realizan los jueces al resolver, ha tenido un papel cada vez de mayor importancia, desde la doctrina en la enseñanza del derecho, hasta y, sobre todo, en la práctica judicial. Esta técnica argumentativa ha sido útil para resolver aquellos conflictos entre derechos fundamentales, sin embargo, existen críticas con relación a su utilización que derivan en posibles limitaciones y excesos por parte del órgano decisor al dar solución a problemas que involucran la exigibilidad y cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

**Abstract:**

At least in the last two decades in our country, the weighting as a formal structure of the interpretative-argumentative exercise that judges carry out when solving has played an increasingly important role, from the doctrine in the teaching of law, up to, and above all, in judicial practice. This argumentative technique has been useful to resolve those conflicts between fundamental rights, however, there are criticisms regarding their use that lead to possible limitations and excesses on the part of the decision-making body when solving problems that involve the enforceability and fulfillment of the right to health protection.

Conceptos clave: Argumentación e interpretación jurídica, ponderación, derecho a la protección de la salud.

Keywords: Argumentation and legal interpretation, weighting/balancing, right to health protection.

\*Doctorante del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Posgrado en Derecho, Universidad Autónoma de Tlaxcala.

## **I. Introducción**

Es a partir de la década de los noventa del siglo pasado y la primera década del presente siglo, cuando en México se comienza a exigir por medio de los órganos jurisdiccionales, es decir, desde el ámbito estrictamente judicial, el reconocimiento, protección y cumplimiento del catálogo de derechos sociales contenidos en nuestro artículo 4º Constitucional, derechos sociales tales como: derecho a recibir alimentos, derecho a la protección de la salud, derecho a un medio ambiente sano, derecho al agua, derecho a la vivienda, derecho a la identidad, derecho a la cultura.

Hasta entonces la exigibilidad de tales derechos constitucionales de corte social, se realizaba desde plataformas administrativas o políticas que condicionaban y hacían imposible la plena realización de dichos derechos, ya que no vinculaban a las autoridades para efecto de poder proveerlos a sus solicitantes. A pesar de la importancia de estos en la vida diaria, existía hasta entonces cierta obscuridad en cuanto a la forma en que debían ser exigidos, no obstante que derechos como el de la protección de la salud, son fundamentales para que una persona pueda realizarse en todos los aspectos de su vida.

No hay necesidad de hacer un ejercicio minucioso para saber lo deficiente que ha sido el Estado Mexicano en dar respuesta a la problemática social que esto significa, también es innegable reconocer las complicaciones (económicas y de número principalmente) para dar cumplimiento a los derechos sociales; sin embargo, como se dijo, a partir de casos emblemáticos en la década de los noventa<sup>1</sup>, se incrementó el número de ciudadanos que acudieron ante los tribunales judiciales para solicitar el cumplimiento y realización del derecho a la protección de la salud.

En esta tesitura, los órganos decisores, han ocupado la ponderación (sobre todo en los últimos años a partir de la reforma constitucional de junio del 2011), como técnica para dar solución a esta problemática al momento de decidir sobre el cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

En el desarrollo de las siguientes líneas, se presentará una brevísima contextualización del reconocimiento constitucional del derecho a la salud en nuestro país; posteriormente, se señala la forma idónea a través de la cual se solicita su cumplimiento; a continuación, se enlistan las formas tradicionales de interpretación en relación a este derecho; se exponen las posibles limitaciones y excesos en los que se puede llegar a incurrir en la utilización y aplicación de la ponderación; y, finalmente, se añaden algunas consideraciones a modo de conclusiones.

## **II. Breve contextualización histórica del reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud.**

Existen diversidad de antecedentes remotos en cuanto al reconocimiento por parte del Estado mexicano sobre el derecho a la salud<sup>2</sup>, la mayoría de ellos ubicados durante el siglo XIX, empero, no fue hasta la reforma constitucional publicada el 3 de febrero de 1983, mediante la cual se adicionó un párrafo al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>3</sup>, elevando así a rango constitucional el derecho de toda persona a la protección de la salud, a partir de ese momento lo consideramos como un verdadero derecho humano plenamente reconocido en nuestra Constitución Federal.

Hay consenso entre investigadores y académicos al señalar que la inclusión del *“derecho a la protección de la salud”* fue para armonizar nuestra CPEUM, con lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas<sup>4</sup> con relación a este derecho, ya que con toda seguridad afirmamos que la plena realización del derecho humano a la salud es uno de los requisitos basilares para que las personas puedan desarrollar otros derechos fundamentales<sup>5</sup>.

Como hemos visto, el reconocimiento del derecho a la protección de la salud es relativamente reciente si lo comparamos con otros derechos, como los derechos de libertad, de igualdad, los derechos civiles, políticos, de propiedad, etcétera. Hablamos de un derecho históricamente considerado como una idea, como una expectativa de cumplimiento, una directriz política, plan de gobierno<sup>6</sup>, es decir, un derecho de carácter programático que establece simplemente directivas de acción para los poderes constituidos<sup>7</sup>.

En este sentido, el derecho a la protección de la salud, al igual que el resto de derechos humanos fundamentales reconocidos por nuestra CPEUM en su parte dogmática, en armonía

con los instrumentos convencionales suscritos por México y, en atención a la importante reforma constitucional del 2011 que cambió al artículo 1º constitucional, le fue atribuido una protección aún mayor, puesto que dicha modificación constitucional, resultó ser un verdadero cambio de paradigma en relación a exigibilidad de los derechos humanos fundamentales.

En atención de lo anterior, y si bien es cierto, el derecho a la protección de la salud se encontraba debidamente reconocido y protegido por la CPEUM (al menos desde la reforma constitucional de 1983) y los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, esto no significaba el cumplimiento del derecho por sí mismo, y mucho menos su proporcionamiento de manera eficaz y efectiva, toda vez, que no sé contaba con la certeza del mecanismo o procedimiento, social, político o jurídico para solicitar su exigibilidad.

### **III. La exigibilidad por la vía jurisdiccional del derecho a la protección de la salud**

La exigibilidad como aptitud o poder de reclamo que tienen los individuos para hacer valer cualquier derecho dentro de un estado constitucional, tiene como base esencial el señalamiento preciso de ciertos mecanismos para efecto de hacerlos exigibles, dado que, sin procedimientos claros de exigibilidad, esos derechos serían únicamente un listado de buenas intenciones imposibles de cumplimentar.

Para lograr la exigibilidad del derecho a la protección de la salud, es dable la utilización de otro tipo de mecanismos o procedimientos que no necesariamente son de naturaleza jurisdiccional, tales como la exigencia del derecho a través de procedimientos políticos, administrativos o gubernamentales y procedimientos cuasi judiciales. Sin embargo, este tipo de procedimientos, distintos a los vinculantes propios de la materia judicial, son insuficientes para lograr la exigibilidad y efectividad plena de este derecho, por lo tanto, en lo subsecuente, nos centraremos particularmente en la exigibilidad desde una base jurisdiccional.

La exigibilidad jurisdiccional del derecho a la protección de la salud no es sustancialmente distinta a la de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra CPEUM, de la misma manera de cuando estamos en presencia de una violación o se quiera la restitución de un derecho fundamental que se considere violado, cualquiera que este sea, de manera general el mecanismo idóneo para exigirlo es nuestro medio de control constitucional por excelencia, el amparo.

Lo anterior, fue confirmado por nuestro Máximo Tribunal Judicial Mexicano<sup>8</sup>, a través de sus resoluciones emitidas sobre el derecho a la protección de la salud, propiciando un viraje judicial, en el sentido de que a partir de tales sentencias, hubo un traslado de posición, donde se pasó de considerar al derecho a la protección de la salud como un derecho programático o prestacional, a considerarlo como garantía individual primero, y posteriormente, en un derecho fundamental.

Adicionalmente, los diversos criterios y tesis jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales, desde una visión amplia, así como del derecho a la protección de la salud en lo particular, nos permite establecer con toda claridad, que desde ese momento (en adición a la ya mencionada e importantísima reforma constitucional sobre derechos humanos del 2011) y con los subsecuentes criterios jurisprudenciales sobre la materia<sup>9</sup> se dio plena certidumbre sobre la exigibilidad por la vía jurisdiccional de este derecho.

#### **IV. Tres aproximaciones a la interpretación del derecho a la protección de la salud.**

Una vez determinada la vía por la cual se accede a la exigibilidad del derecho fundamental a la protección de la salud, es menester señalar el reto, por demás importante, que para los operadores jurídicos significa restituirlos, protegerlos, proveerlos, condicionarlos, negarlos o cualquier otra conducta posible presente en sus fallos según sea el caso particular que de origen a la necesidad de su intervención.

Para ello, los jueces comienzan observando ciertos presupuestos de procedencia como competencia, capacidad, interés jurídico, legitimación, etc.; salvando estos requisitos procedimentales, la autoridad se avoca a delimitar los contenidos y límites del derecho, desde la titularidad del mismo, quiénes son los obligados a respetarlo, o en este caso a proveerlo, cuál es el contenido de dicha obligación, las circunstancias y condiciones para su aplicación, las facultades que el titular posee en caso de incumplimiento del deber de respeto<sup>10</sup>; además, la especificación de las fronteras o límites del derecho frente a otros.

Los jueces una vez que observaron los presupuestos de procedencia, determinaran si el enunciado normativo, en este caso el derecho a la protección de la salud, para efectos del procedimiento argumentativo de ponderación, se considerará como una regla o como un

principio; siendo que las primeras se resuelven aplicando una y desechando la otra, es decir, se aplica o no se aplica; y los segundos, no tienen una estructura que establezca una consecuencia jurídica concreta a un caso determinado, sino que se refieren a un estado que se considera posible u óptimo<sup>11</sup>.

Aunando a lo anterior, las reglas se agotan en sí mismas, no tienen una característica más que la establecida en la disposición normativa, su formulación pretende la aplicación mecánica a un determinado asunto, puesto que son formulaciones en abstracto para ser aplicadas a un caso concreto, en ese contexto, las reglas determinan de manera directa y precisa la forma de comportamiento ante una situación específica contenida en la ley; por lo tanto, a las reglas se les obedece y a los principios se adhiere.<sup>12</sup> Claramente, es dable determinar la posición positivista de la aplicación de las reglas en la práctica jurídica.

Siguiendo la idea de Ronald Dworkin (como sabemos, más cercano a las posiciones iusnaturalistas), este autor considera que los juristas no utilizan únicamente reglas, sino también principios, los cuales son enunciados normativos que deben ser observados, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, además, la existencia de principios constituye una de las vías para la introducción de la moral en el derecho<sup>13</sup>.

Establecido el enunciado normativo objeto del estudio (regla o principio), para su interpretación se han señalado en la práctica judicial, tres enfoques o aproximaciones principalmente: la jerarquización de derechos; la armonización o ajustamiento de derecho; y, la ponderación de derechos.

El primer enfoque interpretativo, la jerarquización de derechos, como lo sostiene German Bidart Campos, se puede resumir en tres partes; la primera parte, considera que todos los enunciados normativos de la constitución son en cuanto a derechos fundamentales iguales en jerarquía; la segunda parte, establece que al interpretar la constitución en torno de dos o más derechos que se deben aplicar para resolver un conflicto, se debe dar prioridad al valor o bien de mayor jerarquía sobre el inferior que está en conflicto; y, la tercera parte, en la interpretación armónica de todas ellas hay que preferir el valor o el bien de rango superior<sup>14</sup>.

Esta interpretación como señala Humberto Alcalá Nogueira:

... lleva a errores metodológicos del operador jurídico, y en especial de los jueces, ya que analizan el caso en una perspectiva abstracta y no en la situación concreta con sus

particularidades propias, argumentando no desde, el caso sino de una posición subjetiva de valoración de los derechos que se sustenta, además de no responder a los argumentos concretos de las partes, **dejando sin fundamentar o motivar, una parte relevante de la sentencia, lo que la convierte en una sentencia con falta de razonabilidad y eventualmente arbitraria...**<sup>15</sup>.

El segundo enfoque interpretativo, es la armonización de los derechos, en el caso de los derechos fundamentales se debe orientar la interpretación desde un enfoque que procure la unidad del sistema de derechos, privilegiando la dignidad humana y el bien común<sup>16</sup>.

El contenido de cada derecho se precisa considerando su naturaleza, el bien jurídico que tutela, su finalidad y su ejercicio en la práctica, considerando sus limitaciones y los ámbitos de funcionamiento razonables<sup>17</sup>.

El tercer enfoque metodológico de interpretación que intenta resolver la posible tensión entre derechos constitucionales, derechos fundamentales, o enunciados normativos que aludan a principios, es la ponderación, que a decir de Robert Alexy comienza en *“la posible existencia de un conflicto entre derechos fundamentales o de estos con otros bienes constitucionalmente determinados”* cuando esto acontece, y en cada caso en particular, se pesaran en una balanza imaginaria o abstracta para determinar cuál de estos debe prevalecer sobre el otro<sup>18</sup>.

Este ejercicio de *“pesar”* principios en colisión es posible, dado que, estamos ante enunciados normativos de igual rango o nivel, donde no es viable aplicar los métodos tradicionales de solución de antinomias jurídicas, es decir, en estos casos concretos los criterios clásicos de solución de tensión entre normas o derechos (ley superior deroga a ley inferior; ley posterior deroga a ley anterior; y, ley especial deroga a ley general) se encuentran rebasados y resultan obsoletos.

En esta tesitura, consideramos a la ponderación como una técnica o actividad, ya que, es una manera o método de argumentar y justificar decisiones en el derecho; se caracteriza por contar con una estructura lógica estructurada en tres fases principalmente; una primera donde se identifican y determinan cuales son los principios en conflicto; una segunda, en donde el juez debe atribuirle un peso específico en atención al caso concreto; y, finalmente, se deberá decidir la prevalencia del derecho sobre el otro, tratando de afectar a ambos lo menos posible<sup>19</sup>; de esta manera, la ponderación, es una especie de barrera metodológica protectora de los principios en

el sentido de que, al realizar esta actividad, se constituye una frontera que impide el detrimento del principio opuesto.

En cuanto al derecho a la protección de la salud, suele encontrarse dicha tensión en casos particulares, por ejemplo: en relación al derecho a la vida y el derecho al proyecto de vida, aparece en conflicto cuando nos encontramos en casos de interrupción del embarazo; el derecho a la vida, el principio de progresividad, la imposibilidad económica y presupuestaria del Estado, ocurre en casos de personas sin acceso a recursos y servicios médicos; el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sucede en la discusión sobre del uso medicinal y lúdico de la marihuana; el derecho a la libertad del trabajo, el derecho a libertad de comercio e industria, en asuntos sobre legislación que controlan la venta de tabaco y otras sustancias similares; y, en los últimos años, cuando se discute sobre los planes o programas políticos y administrativos sobre las circunstancias que deben acontecer para que se apliquen vacunas a determinados sectores de la población. Todos estos ejemplos son únicamente enunciativos, más no limitativos, y nos muestran las diversas situaciones en que el derecho a la protección de la salud colisiona con otros derechos fundamentales del mismo nivel jerárquico constitucional.

Hemos dejado claro la importancia que la ponderación juega en la práctica judicial para dar solución a posibles conflictos entre principios, en la actividad judicial local no ha sido la excepción, pero, no debemos perder de vista que la ponderación es una parte de algo más amplio: el principio de proporcionalidad.

## **V. La influencia de la ponderación en las decisiones de la suprema corte de justicia de la nación sobre la protección al derecho a la salud**

Ahora bien, como vimos en el apartado anterior, señalamos la importancia de la ponderación como técnica o método interpretativo-argumentativo, es menester en consecuencia, señalar que la ponderación es sólo una parte o subprincipio, de algo más grande, un principio más amplio, el principio de proporcionalidad. Alexy, para explicar lo que implica este principio lo divide en tres subprincipios, el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, dichos sub-principios en conjunto expresan la idea de optimización<sup>20</sup>.

El ministro José Fernando Franco González Salas señala que la Suprema Corte de la Nación, ha adoptado el principio de proporcionalidad para resolver casos concretos que plantean el conflicto entre derechos fundamentales<sup>21</sup>, siguiendo la teoría de la ponderación desarrollada por



Robert Alexy, la misma SCJN a través de diversas tesis y criterios jurisprudenciales ha señalado que los conflictos entre principios: “deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, que viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”.<sup>22</sup>

Es dable reconocer entonces, que la ponderación es plenamente considerada como instrumento de interpretación y argumentación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tan es así, que en múltiples ocasiones ha resuelto utilizando esta metodología interpretativa.

Además de la manifestación expresa en cuanto al uso de la ponderación por parte de nuestro Máximo Tribunal, su uso ha sido justificado en el sentido de considerarla como herramienta para resolver cuestiones sobre derechos fundamentales, pues en las últimas tres décadas en nuestro país hubo un aumento notable de impugnaciones ante tribunales federales, donde el derecho a la protección de la salud fue el derecho fundamental considerado violado, lo cual generó en la SCJN la obligación de resolver dichas impugnaciones aplicando la ponderación como técnica metodológica.

Así también, es posible presumir en un futuro cercano, un aumento en el número de impugnaciones a las autoridades jurisdiccionales, que eventualmente conocerá y resolverá en última instancia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tengan como objeto de reclamo el derecho fundamental a la protección de la salud<sup>23</sup>, dónde se ocupara a la ponderación como técnica de apoyo para resolverlos, sin embargo, existen limitaciones, riesgos, excesos e ineficiencias que la teoría y sobre todo la práctica jurídica no ha observado o considerado lo suficiente, creemos en consecuencia que existe la posibilidad de que se materialicen excesos y aparezcan limitaciones en el uso de la ponderación, que a continuación trataremos de exponer.

## **VI. Posibles limitaciones y excesos de la ponderación, como técnica argumentativa en la exigibilidad del derecho a la protección de la salud**

En este apartado expondremos algunas objeciones que consideramos de mayor relevancia en cuanto al uso de la ponderación que como metodología ha enfrentado en los últimos años (de manera enunciativa, no exhaustiva) para mostrar las posibles limitaciones y excesos que el uso

de la ponderación presenta en el ámbito general de los derechos fundamentales, y particularmente, sobre el derecho a la protección de la salud.

### 1. Objeciones sobre la hiper racionalidad de la ponderación

Carlos Bernal Pulido, quien ha examinado a detalle la teoría de la argumentación de Alexy, señala de forma general o amplia dos grandes problemas derivados del uso de la ponderación como metodología<sup>24</sup>; el primero, consiste en cuestionar “*si la ponderación constituye un procedimiento racional*” en la práctica jurídica o si se trata de un recurso persuasivo de gran utilidad para justificar las decisiones que involucran conflictos entre principios; y, el segundo problema, es el que atañe a la legitimidad del interprete aplicador, que “*la ponderación no representa nada más que un juicio arbitrario y salomónico para aplicar los principios mediante la ponderación*”. Ambas problemáticas las subdivide a su vez en tres:

- La falta de precisión de la ponderación. La ponderación no es sino una estructura discursiva o método que adolece de una conceptualización carente de un concepto claro. Es un término vacío que sólo provoca confusiones a la hora de ponderar principios, no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios<sup>25</sup>.
- La inconmensurabilidad en la ponderación. En la colisión de dos o más principios, existe la imposibilidad de ser medidos, ya que no hay fórmula para ello, derivando así en la irracional de la ponderación, dado que involucra la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables<sup>26</sup>. La inconmensurabilidad aparece en la ponderación, porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos, hay una evidente ausencia de una escala de valores que nos permitiera observar la preeminencia de un principio sobre otro.
- La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. La irracionalidad de la ponderación deriva de la imposibilidad de predecir sus resultados, ya que cada caso concreto es distinto, también lo será su resolución, por ello, es que depende de los elementos y circunstancias de casa caso en particular.

Estas tres críticas se encuentran, a consideración de Bernal Pulido, íntimamente relacionadas, porque la ausencia de la precisión conceptual y la imposibilidad de determinar el peso de los principios dan como consecuencia la dificultad de predecir los resultados en la ponderación.

## 2. La objeción de los aspectos formal y material de la ponderación

Los teóricos de la argumentación jurídica distinguen dos aspectos del razonamiento jurídico, un aspecto formal y otro material; el primero, hace referencia a la corrección estructural de los argumentos; el segundo, el aspecto material, se refirieren a la corrección de las premisas<sup>27</sup>.

No obstante que el aspecto formal de la ponderación se encuentra debidamente regido por un conjunto de elementos precisos, si una ponderación no respeta tal estructura, se tratará de un razonamiento inválido, aun cuando se respetaran tales reglas la estructura formal de dichas formas de razonamiento permite obtener varias respuestas como válidas. Para solventar la posible falta anterior, los estudiosos de la argumentación coinciden en que el aspecto formal se complementaría con el material y este último nos indicaría cuál es la respuesta jurídica adecuada o correcta.

En la situación planteada previamente, estaríamos ante una situación problemática, dado que, el aspecto material en la ponderación se conforma de un conjunto de elementos metodológicos cuya aplicabilidad no dependa de las preferencias del interprete, que también aplica, sino, estaría constituido por dichos caminos metodológicos no claros, lo que generaría en este interprete márgenes enormes de discrecionalidad al momento de tomar su decisión<sup>28</sup>.

## 3. La objeción con base en un decisionismo subjetivo

A partir de la objeción de irracionalidad, se puede derivar la objeción de subjetividad, ya que, en esencia en ambas no existen criterios o lineamientos racionales para realizar una ponderación. Las decisiones que toman los jueces las realizan a partir de sus prejuicios y concepciones personales, entre otras cosas. Consecuentemente, la ponderación se torna irracional, ya que sirve simplemente para comparar criterios subjetivos sobre principios, que en el caso concreto donde se aplique la ponderación inclinen la balanza sobre el principio que considere prevalecer sobre el otro que será limitado. Convirtiendo así a la ponderación en una metodología riesgosa.

## 4. La escasa relevancia del decisionismo ponderativo

Juan García Amado desarrolla la siguiente objeción al procedimiento ponderativo, dirigiendo su crítica al aspecto de irracionalidad, así como a la irrelevancia para la interpretación de normas de derecho fundamental<sup>29</sup>, centrado dichos cuestionamientos en los siguientes postulados:

- Detrás de toda regla siempre hay un principio, por lo que todos los conflictos entre reglas, en realidad son conflictos entre principios.
- Dado que el resultado de la ponderación depende de la interpretación de las normas constitucionales es un método carente de autonomía.
- La ponderación es un método de interpretación jurídica prescindible, dado que lo importante es la interpretación de los preceptos normativos en función de las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica.
- El único método válido para la aplicación de normas de derechos fundamentales es el tradicional método subsuntivo.
- Prácticamente cualquier caso puede convertirse si se quiere, en un caso de derechos fundamentales sujeto de ser ponderado.

## 5. Particularismo

La última objeción que analizaremos es la realizada por Juan José Moreso, la cual consiste en *“la imposibilidad de formar juicios relativos a un caso concreto que sean a su vez válidos para resolver casos futuros”*, es decir, *“al no existir parámetros objetivos en la ponderación de principios en un caso concreto, no se podrán generar argumentos jurídicos que sirvan para resolver casos futuros”*<sup>30</sup>.

La estructura de la crítica que Juan José Moreso realiza se constituye de tres partes:

- La objeción de jerarquización abstracta, la ponderación exige una escala de ordenación abstracta de los derechos, sin embargo, una escala de tal tipo no es posible, pues no existen criterios que permitan determinar si un principio debe prevalecer por encima de otro.
- La objeción de objetividad de la escala triádica; la posibilidad de su fundamentación racional descansa en la racionalidad de todo el procedimiento ponderativo. Si la escala triádica no pudiese ser fundamentada racionalmente, la ponderación sería necesariamente irracional.

- La objeción del particularismo ponderativo refiere a la forma de resolver los conflictos entre principios, basándose en la distinción entre principios morales de carácter particularista y principios morales de carácter universalista. Moreso concluye de esta distinción que la técnica para resolver los conflictos entre principios planteada por la ponderación implica necesariamente una estrategia particularista

Como hemos podido observar existen distintas posiciones críticas referentes al uso de la ponderación como procedimiento metodológico, algunas de las preocupaciones expuestas en este apartado también se configuran en la práctica cuando el procedimiento ponderativo se encausa para solucionar un caso concreto que involucre el derecho a la protección de la salud.

## VII. Conclusión

Si bien es cierto que el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud es relativamente nuevo en comparación con otros derechos fundamentales tradicionales o clásicos, esto no impide que su reconocimiento, protección y cumplimiento deba hacerse de la misma manera en la que son exigidos el resto los derechos fundamentales.

Por ello, el reconocimiento del amparo como medio de control constitucional para exigir su cumplimiento a través de la vía estrictamente jurisdiccional ha sido un gran avance para clarificar el camino a seguir para lograr su cumplimiento.

Como ya hemos mencionado el derecho a la protección de la salud, al tratarse de un derecho fundamental, puede entrar en conflicto contra otros derechos del mismo nivel en casos concretos o específicos, por ejemplo:

	Derecho a la vida Proyecto de vida	Casos de interrupción del embarazo
	Derecho a la vida Principio de progresividad	Casos de personas sin acceso a recursos y servicios médicos

Derecho a la protección de la salud	Imposibilidad económica y presupuestaria del Estado	
	Libre desarrollo de la personalidad	Casos del uso medicinal y lúdico de la marihuana
	Libertad del trabajo  Limitación a la libertad de comercio e industria	Casos sobre legislación que controlan la venta de tabaco y otras sustancias similares
	Planes o programas administrativos	Casos sobre personas que exigen se les aplique la vacuna contra el virus Sars-Cov2

En cuanto a estos posibles conflictos, la ponderación como metodología ha sido utilizada para ayudar al juzgador a resolverlos, un ejemplo de ello es lo resuelto por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en asuntos de gran relevancia que involucran la tensión de algún derecho fundamental contra el derecho a la protección, a modo de ejemplo, menciono uno de ellos:

En el asunto que conoció la SCJN bajo el número 1388/2015<sup>31</sup>, se abordaron principalmente cuestiones relacionadas al derecho a la salud, de igualdad y no discriminación, derecho a la vida, interrupción del embarazo, proyecto de vida, reparación integral del daño, efectos del amparo. En este caso, una mujer derechohabiente del ISSSTE solicitó la interrupción de su embarazo debido a que era considerado de alto riesgo, al no recibir respuesta favorable a su petición, acudió ante el Poder Judicial Federal para efectos de solicitar el efectivo cumplimiento de su derecho a la salud.

La SCJN al estudiar este asunto se avoco a resolver si la interrupción del embarazo cuando la salud de la mujer esté en riesgo implica una medida necesaria para garantizar el derecho a la salud reconocido, no sólo a nivel Constitucional, sino también supra constitucional a través de diversos tratados internacionales de derechos humanos.

En la sentencia la SCJN resolvió conceder el amparo, apoyada de un ejercicio ponderativo entre el derecho a la vida de la quejosa y la interrupción del embarazo y proyecto

de vida del nonato en consideración a que las autoridades responsables incumplieron con las obligaciones que les impone el parámetro constitucional del derecho a la salud al haberle negado el acceso a la interrupción del embarazo a la recurrente, no obstante que la acción pudo resultar contraproducente a su bienestar físico y emocional de ella y del producto del embarazo. Finalmente, en la resolución en comento, se ordenó que a la inconforme le fuese restablecido el goce de su derecho a la salud y que la autoridad responsable se hiciera cargo de ello.

Uno de los pilares argumentativos en los que fundamento el sentido de dicha resolución, fue la aplicación de la perspectiva de género en la aplicación de las normas procedimentales del amparo, ya que existe la posibilidad de que dichas normas compliquen el acceso a la justicia de las mujeres cuando se trate de interrupción del embarazo, argumentando que las mujeres se encuentran en una desventaja histórica por razones de sexo, situación que suele influir de manera negativa en las pretensiones de las quejas.

Es innegable que el ejercicio argumentativo realizado por la SCJN, en el sentido de la resolución del asunto que ahora comentamos es influido por factores externos ajenos a una estricta metodología argumentativa que derivan en la objeción de irracionalidad, ya que, sus argumentos se sostienen en la subjetividad de sus decisiones a partir de los prejuicios, concepciones personales y sobre todo, en este caso en particular, por el contexto histórico del que somos parte, que reconoce y protege de mayor manera a minorías, intentando reparar así vejaciones históricas de las cuales las mujeres han sido objeto.

Si bien es cierto, existen objeciones al uso de la ponderación como herramienta metodológica, tal como las expusimos en el apartado anterior, consideramos que las ventajas desde el punto de vista práctico son mayores, ya que al proporcionarnos una estructura formal en la exposición de las tensiones entre derechos fundamentales se robustece la argumentación y ayuda a justificar de mejor manera las decisiones.

Entonces, la ponderación como estructura formal resulta valiosa para el ejercicio interpretativo-argumentativo que realizan los jueces al resolver; primeramente, porque ofrece un marco metodológico, para de alguna manera dar corrección y racionalidad a una decisión interpretativa del conflicto particular; además, al no contar con una manera específica de resolver los asuntos en concreto, es decir, no exige una única respuesta correcta, permite llegar a un

espectro de soluciones más amplias, dentro un marco constitucional-normativo previamente establecido.

En este tenor, coincidimos con Bernal Pulido cuando señala que la ponderación no establece un “*procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos*”<sup>2</sup>

En cuanto a la irracionalidad, discrecionalidad y subjetividad por parte del aplicador del derecho, opinamos que la ponderación en sí misma no es irracional, sin embargo, se debe admitir la existencia de juicios subjetivos y discrecionales, aspectos imposibles de desprender o disociar en los jueces, también se encuentran en otras formas de interpretación y carecen de la estructura formal que sí tiene la ponderación.

Por último, y en consecuencia de todo lo previamente dicho, es menester señalar la complejidad que radica resolver los conflictos entre derechos fundamentales, particularmente aquellos que son indispensables en la vida de las personas, por ello, contar con una herramienta metodológica que de estructura a la argumentación nos ayuda a delimitar las decisiones de nuestros jueces, aunque esto no excluya del todo la posible aparición de excesos y limitaciones al momento de argumentar la decisión.

## **Bibliografía**

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

-----*Teoría del discurso y derechos constitucionales. Cátedra Ernesto Garzón Valdés (2004)*, México, Fontamara, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, en *Filosofía del Derecho Constitucional, Cuestiones fundamentales*, Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo Leonardo (Coord), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2016.

CARPIO M. Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2004.

CASTILLO CORDOVA, Luis, Recensión de: "Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.



- GARCÍA AMADO, Juan A. *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirant Lo Blanch, México, 2017.}
- GONZALEZ MALDONADO, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: análisis crítico*, Ed. Liber Iuris Novum, México, 2011.
- GONZÁLEZ SALAS, José Fernando Franco, *Ponderación del derecho humano a la protección de la salud frente a otros derechos*. Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017.
- MORESO, José J. *La aritmética de la ponderación*, en: *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales, bloque de constitucionalidad de derechos, dialogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, Colección Derechos Procesal de los Derechos Humanos 1, Ubijus México, 2014.
- NUÑEZ- VAQUERO, Alvaro, *Una mirada realista sobre la ponderación (y la concreción) de principios*. Jurídicas, 2017.
- RUIZ MASSIEU, José Francisco “*El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud*”, en Guillermo Soberón Acevedo, et al., *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983.
- SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Olga María del Carmen, *El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México*, Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017.
- TAPIA CONYER, Roberto y MOTTA MURGUÍA, Lourdes, “*Bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud*” Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p 419.

---

<sup>1</sup> Si acaso el más importante, fue el que se resolvió a través de la Sentencia de Amparo en Revisión 2231/1997 por medio de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación, falló a favor de un derecho habiente del Instituto Mexicano del Seguro Social, que solicitó a la justicia que obligue al IMSS a tratarlo con los medicamentos mejor indicados para su dolencia, en el sentido que los pacientes pueden exigir los medicamentos que pretendan cuando ese medicamento sea esencial para su salud y lo será cuando ellos sean aquellos que produzcan los mayores beneficios.

<sup>2</sup> El primer antecedente constitucional puede considerarse la creación del Consejo de Salubridad de 1941, cuyo objeto era vigilar la correcta práctica del ejercicio de la medicina y farmacia, en materia de sanidad y acciones de beneficencia pública, que dio origen posteriormente a la Salubridad General de la Republica que se introdujo como competencia federal en la Constitución de 1857, por reforma a los artículos 11 y 72, fracción XXI, de 12 de noviembre de 1908, durante el gobierno de Porfirio Díaz. GONZÁLEZ SALAS, José Fernando Franco, *Ponderación del derecho humano a la protección de la salud frente a otros derechos*. Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución*

---

mexicana, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p. 146.

<sup>3</sup> En lo sucesivo CPEUM.

<sup>4</sup> La Declaración Universal de los Derechos se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Cabe resaltar que entre la fecha de aprobación de la declaración Universal de los Derechos Humanos y la adición constitucional que reforma el artículo 73, pasaron más 30 años.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Olga María del Carmen, *El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México*, Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p. 308.

<sup>6</sup> RUIZ MASSIEU, José Francisco “*El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud*”, en Guillermo Soberón Acevedo, et al., *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983.

<sup>7</sup> *Ídem*.

<sup>8</sup> La resolución parte aguas, que comienza el cambio de paradigma sobre la exigencia jurisdiccional del derecho a la protección de la salud, particularmente, con relación a recibir medicamentos, es la que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 25 de octubre de 1999, al resolver un amparo en la materia, resolviendo en pleno y de manera unánime que el derecho a la protección de la salud “*sí se traducía en un derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades como parte integrante de la atención médica, y señaló que el derecho a la protección de la salud era una garantía individual*”. TAPIA CONYER, Roberto y MOTTA MURGUÍA, Lourdes, “*Bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud*” Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p. 419.

<sup>9</sup> El derecho a la protección de la salud ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un derecho fundamental dado su reconocimiento constitucional y su contenido específico en la regulación secundaria, la procedencia del juicio de amparo se establece en la tesis “*Derecho a la salud. Su tutela a través del juicio de amparo*”. Consultable en: Tesis P. XVIII/2011, p. 32, tomo XXXIV, agosto de 2011, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

<sup>10</sup> Existen lineamientos constitucionales sobre el derecho a la salud en el que se establecen ciertas exigencias para su cumplimiento a través de deberes concretos para el Estado, siendo estos los siguientes: Disponibilidad, Accesibilidad (en sus cuatro dimensiones: la no discriminación, accesibilidad física / económica y el acceso a la información), Aceptabilidad y de Calidad; así lo señalo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la sentencia de amparo en revisión de número 1388/2015.

<sup>11</sup> GONZALEZ MALDONADO, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: análisis crítico*, Ed. Liber Iuris Novum, México, 2011 p. 18.

<sup>12</sup> *Ídem*.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 72.

<sup>14</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales, bloque de constitucionalidad de derechos, dialogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, Colección Derechos Procesal de los Derechos Humanos 1, Ubijus México, 2014, p. 127.

<sup>15</sup> Lo remarcado en negritas es del suscrito. *Ibidem* p.128.

<sup>16</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Recensión de: “*Serna, Pedro y Toller, Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*”, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 171.

<sup>17</sup> *Ídem*.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>19</sup> CARPIO M. Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2004, p. 126.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales. Cátedra Ernesto Garzón Valdés (2004)*, México, Fontamara, 2005, p. 61.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ SALAS, José Fernando Franco, *Ponderación del derecho humano a la protección de la salud frente a otros derechos*. Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*,

---

coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p. 150.

<sup>22</sup> La tesis se titula *PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES*. Visible para su consulta digital en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007342>

<sup>23</sup> La crisis sanitaria motivada por el virus SARS- CoV-2 ha sido el mejor ejemplo de esta situación.

<sup>24</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, en *Filosofía del Derecho Constitucional, Cuestiones fundamentales*, Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo Leonardo (Coord), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2016, p. 406

<sup>25</sup> *Ídem*.

<sup>26</sup> *Ídem*.

<sup>27</sup> NUÑEZ- VAQUERO, Alvaro, *Una mirada realista sobre la ponderación (y la concreción) de principios*. *Jurídicas*, 2017, vol. 14, no 1, p. 54-70 DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.5.

<sup>28</sup> *Ídem*.

<sup>29</sup> GARCÍA AMADO, Juan A. *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, p. 57.

<sup>30</sup> MORESO, José J. *La aritmética de la ponderación*, en: *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 315.

<sup>31</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Amparo en Revisión 1388/2015*, Primera Sala, ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Sentencia de 15 de mayo de 2019, México. El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AR%201388-2015.pdf>

<sup>32</sup> MOCOROA, Juan Manuel. *La ponderación en la argumentación constitucional: una (ligera) mirada*. *Reforma Judicial*. *Revista Mexicana de Justicia*, 2014, p. 23-36.