

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DE DERECHO

**Peligros y límites de la ponderación**

análisis de la aplicación del juicio de ponderación en casos  
paradigmáticos del Tribunal Constitucional Peruano

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Lima - Perú

2011

*Para Amadeo, el que fue y el que será.*

Introducción .....	3
I. Fundamento teórico de la distinción entre peligros y límites de la ponderación.....	4
1. Los derechos fundamentales como principios y la ponderación .....	4
2. La distinción entre peligros y límites de la ponderación .....	5
II. Planteamiento del problema .....	6
III. Hipótesis .....	7
IV. Estructura de la investigación .....	9
Capítulo I .....	10
Marco teórico de la ponderación.....	10
I. Teoría de los principios.....	10
II. Distinción entre reglas y principios.....	14
1. La tesis de la distinción estricta entre reglas y principios.....	16
1.1 La posición de Ronald Dworkin .....	17
1.1.1. El todo o nada de las reglas ( <i>All-or-nothing-fashion</i> ).....	18
1.1.2. La dimensión del peso .....	19
1.2. La distinción de Robert Alexy .....	20
1.2.1. El criterio del mandato de optimización .....	20
1.2.1.1. La definición estándar de los principios como mandatos de optimización.....	20
1.2.1.2 Mandatos de optimización y mandatos a optimizar.....	21
1.3. Las críticas de Alexy a la teoría de los principios de Dworkin .....	23
2. Críticas contra la distinción estricta entre reglas y principios .....	23
2.1. La tesis débil de distinción entre reglas y principios .....	23
2.2. La tesis débil de Ulrich Pensi.....	24
2.3. La tesis débil de Joseph Raz .....	26
2.4. Tesis de la coincidencia o armonía de Aulis Aarnio.....	27
2.5. Principios como reglas (la crítica de Atienza/Manero).....	29
2.5.1. Nivel teórico-normativo: los principios como reglas.....	29
2.5.2. Nivel estructural: la completud del supuesto de hecho.....	30
2.6. La derrotabilidad de las normas y la distinción entre reglas y principios.....	31
Capítulo II .....	35
Racionalidad de la ponderación.....	35
I. La justificación interna y la justificación externa.....	35
1. La justificación interna .....	35
2. La justificación externa.....	37
II. La ponderación como elemento constitutivo del test de proporcionalidad .....	37
III. La ponderación como procedimiento racional.....	39
IV. Estructura de la ponderación .....	41
1. Ley de ponderación.....	41
2. La escala triádica.....	42
3. Fórmula del peso.....	45
3.1. La forma abreviada .....	46
3.2. La forma extendida .....	51
4. La ley de colisión .....	52
4.1. Conflictos entre reglas .....	53
4.2. Colisión entre principios.....	54
5. Cargas argumentativas .....	54
Capitulo III.....	57

Peligros y límites de la ponderación .....	57
I. Peligros de la ponderación.....	57
1. El peligro de la irracionalidad.....	57
1.1. Los principios como valores y la irracionalidad de la ponderación: la crítica de Jürgen Habermas.....	57
1.1.1. La positividad de las normas y la debilidad de los valores.....	58
1.1.2. La irracionalidad de la ponderación.....	60
1.1.3. Racionalidad a través de graduación. Una respuesta a Jürgen Habermas .....	61
2. El peligro del decisionismo subjetivo.....	63
2.1. La prescindibilidad del principio de proporcionalidad en sentido estricto. La crítica de Bernhard Schlink.....	63
2.2 El decisionismo ponderativo y su escasa relevancia. La crítica de Juan A. García Amado .....	67
3. El peligro de la retoricidad.....	72
4. La inconmensurabilidad.....	75
4.1. Inconmensurabilidad e inaplicabilidad. La crítica de Alexander Aleinikoff.....	75
4.1.1. La ponderación en la Corte Suprema norteamericana .....	76
4.1.2. La objeción interna: el problema de la inconmensurabilidad .....	77
4.1.2.1. El problema del <i>tertium comparationis</i> en la ponderación.....	78
4.1.2.2. <i>Taking balancing seriously</i> : el problema de la identificación y la acumulación.....	79
4.1.2.3. La ilusión de la ley de colisión .....	79
4.1.3. La objeción externa: el problema de la aplicabilidad de la ponderación.....	80
4.1.4. Evitabilidad de la ponderación.....	81
4.1.5 La Constitución como <i>tertium comparationis</i> . Una respuesta a Alexander Aleinikoff.....	82
4.2. Particularismo e inconmensurabilidad. La crítica de José Juan Moreso .....	84
II. Límites de la ponderación y el problema de la divergencia.....	92
1.1. Límites normativos de la ponderación .....	94
1.1.1. La inseguridad normativa .....	94
1.1.2. Los principios formales.....	96
1.1.2.1. Importancia teórica .....	97
1.1.2.2. Reconstrucción del concepto de principio formal .....	98
1.2. Límites epistémicos de la ponderación.....	100
1.2.1. La ponderación epistémica o segunda fórmula de la ponderación .....	100
1.2.2. La función de la ponderación epistémica.....	101
1.2.3. Escalas epistémicas.....	103
Capítulo IV.....	106
La ponderación en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano .....	106
I. Caso Magaly Medina (6712-2005-HC/TC).....	106
II. Caso calle de las pizzas (STC 007-2006-PI/TC).....	110
III. Caso Flores Llerena (STC 00815-2007-PHC/TC).....	116
IV. Caso azucareras del norte (STC N° 579-2008-PA/TC).....	120
Conclusiones.....	127
Bibliografía .....	132

## Introducción

El juicio de ponderación, como procedimiento metodológico de aplicación de normas con carácter de principio, constituye una forma de argumentación. El juicio de ponderación no es un procedimiento material de fundamentación de respuestas justas. Ella es más bien un procedimiento argumentativo que garantiza la racionalidad de las decisiones jurídicas. Con ella se gana en calidad argumentativa y en la posibilidad de poder acercarse en la mayor medida posible al ideal regulativo de justicia, sin caer en la ilusión de la única respuesta correcta.

Debido a estas características, la ponderación ha sido materia de mal interpretaciones e incluso utilizada como justificación de decisiones arbitrarias. En efecto, la gran mayoría, por no decir la totalidad, de críticas que se dirigen al procedimiento ponderativo no apuntan del todo a la ponderación en sí, sino a “ciertos peligros” que ella traería consigo y que serían devastadores para el sistema jurídico. Por ello es importante identificar cuáles son esos supuestos peligros y determinar si en verdad ellos se derivan de la ponderación, o si más bien son atribuibles a una práctica argumentativa defectuosa o incluso malintencionada.

No obstante ello, la ponderación, como toda construcción teórica, posee límites. Los límites de la ponderación están referidos a la posibilidad de determinar qué puede ser materia de ponderación, hasta dónde puede llegar la ponderación y si la ponderación es un procedimiento que puede determinar sus fines con exactitud.

La tesis central de la presente investigación consiste en que los llamados “peligros” de la ponderación, están por fuera de ella; es decir, no son atribuibles a la estructura interna de la ponderación. De otro lado, los “límites” de la ponderación, sí son connaturales a la misma. El problema de los límites de la ponderación es un problema de naturaleza epistemológico, mientras que el problema de los peligros de la ponderación es un problema de naturaleza axiológico. Mientras que los límites se abocan a las limitaciones del conocimiento que afectan a la ponderación (como también pueden afectar a la

subsunción o a la analogía), los peligros de la ponderación están referidos a la valoración del juicio ponderativo en sí como procedimiento racional para la aplicación de normas con carácter de principios.

La ponderación, como se anotó líneas arriba, en una forma de argumentación. Toda forma de argumentación puede ser aplicada de manera irracional. ¿Debemos deducir de ello que argumentar es necesariamente irracional? La respuesta a mi parecer tiene que ser negativa. Así como una hermosa botella de fino vino puede ser llenada con veneno, así también pueden ser llenadas tanto la ponderación como la subsunción con argumentos irracionales.

## I. Fundamento teórico de la distinción entre peligros y límites de la ponderación

### 1. Los derechos fundamentales como principios y la ponderación

La ponderación supone asumir que los derechos fundamentales tienen una estructura de principio. Por lo tanto, los derechos fundamentales vendrían a ser mandatos de optimización que exigen optimizar su contenido en la mayor medida posible, en observancia de las circunstancias fácticas y jurídicas relativas al caso. La posibilidad de concebir a los derechos fundamentales como mandatos de optimización les confiere una estructura *prima facie*. Un derecho fundamental es *prima facie* porque implica una carga de argumentación en su favor. Esta carga de argumentación está referida a su validez. La validez *prima facie* de un principio significa que mientras no existan argumentos sustanciales suficientes para contradecir la validez del principio, el mismo seguirá siendo aplicable. Tan pronto un principio, cuya validez es *prima facie*, entre en colisión con otro principio en un caso concreto, se tendrá que determinar cuál de los dos es aplicable al caso, y por ende, cuál de los dos perderá su validez *prima facie*.

La colisión entre dos principios constituye el marco en el cual se aplicará la ponderación. El juicio ponderativo es un procedimiento racional que permite determinar, en el caso concreto, si un principio (derecho fundamental) ha sido afectado por otro de una manera desproporcionada. Para tal fin, se hace uso de

la llamada ley de ponderación. La ley de la ponderación es una estructura argumentativa que permite dotar de racionalidad a la toma de decisiones. La ponderación en sí no permite llegar a una única respuesta correcta para el caso. Ella tan sólo permite ordenar los argumentos y ponerlos en relación el uno con el otro.

Es a través de un juicio ponderativo que el juez constitucional determinará la solución más adecuada y dotada de mayor racionalidad para el caso concreto de colisión de derechos fundamentales.

## 2. La distinción entre peligros y límites de la ponderación

Los peligros y límites que el juicio de ponderación implica, muchas veces son confundidos con la corrección de la misma. Karl Popper sostenía que el hecho de que en algunos casos una teoría no se confirme, no es argumento suficiente para sostener que la misma sea errónea. En efecto, la aplicación del juicio de ponderación muchas veces ha llevado a decisiones erróneas e incluso ha sido utilizada como un elemento justificador de decisiones arbitrarias. Sin embargo, dichas contingencias no son atribuibles a la ponderación y a su estructura lógica, sino al empleo de la misma por parte de los operadores jurídicos.

La ponderación ofrece la posibilidad de lograr decisiones con alto grado de racionalidad. Sin embargo, si el operador jurídico hace mal uso de la ponderación, entonces el problema no radica en la ponderación en sí, sino en su empleo. Otras formas de aplicación de normas como por ejemplo la subsunción no están exentas de correr la misma suerte. Existen casos en que el operador jurídico utiliza la subsunción atribuyéndole premisas falsas que llevan a un resultado lógicamente correcto (verdad lógica) pero materialmente injusto (verdad material). En efecto, la subsunción funciona sobre la estructura del silogismo lógico (*modus ponendo ponens*). El esquema del silogismo no está referido a la corrección material de sus premisas, sino a su corrección formal, es decir a la verdad que se deriva de los jutores, cuantores lógicos, así como de las modalidades deónticas.

Como puede apreciarse, los peligros de la ponderación se encuentran por fuera de la misma. No puede exigirse más a la ponderación de lo que ella puede ofrecer, es decir, ser un marco estructural para ordenar los argumentos con el

fin de llegar a una decisión racional. La corrección de la ponderación dependerá de las premisas que se introduzcan en ella.

No obstante ello, la ponderación también presenta límites. Dichos límites sí son atribuibles a la ponderación. Los límites del juicio de ponderación están referidos a la capacidad del conocimiento. En tanto y en cuanto exista la posibilidad que la reconstrucción del aplicador del derecho difiera de lo que la Constitución en realidad manda, prohíbe o permite, la ponderación tendrá límites. Los límites de la ponderación son entonces límites epistemológicos, que se derivan del problema de la divergencia entre lo que “es” (problema ontológico), y lo que en realidad “se puede llegar a conocer” (problema epistemológico). La ponderación no hace más que ordenar los argumentos proporcionados por el operador jurídico. El cómo sean obtenidos estos argumentos, depende de la teoría de la argumentación jurídica. El hecho de que el juicio ponderativo conduzca a soluciones erradas o sirva para encubrir decisiones arbitrarias no depende de la ponderación en sí, sino de la corrección de las premisas que se le atribuyen por parte del operador jurídico.

El presente trabajo gira precisamente entorno de la aplicación del juicio ponderativo por parte de la jurisdicción constitucional peruana en la interpretación de derechos fundamentales. Se buscará identificar las falencias y peligros de la aplicación de la ponderación con el fin de fundamentar la tesis de que los peligros de la ponderación son externos a su corrección interna. Así mismo, se defenderá la tesis que sostiene que los límites de la ponderación sí le son atribuibles. Estos límites radican en la capacidad de determinar razonablemente, qué es lo que la Constitución manda, prohíbe o permite. Es decir, los límites de la ponderación son internos y de naturaleza epistemológica.

## II. Planteamiento del problema

La problemática de la ponderación no solamente ha tenido repercusión a nivel de la doctrina de la metodología e interpretación jurídica. La problemática de la ponderación tiene efectos concretos que pueden ser rastreados en las decisiones de los tribunales constitucionales en materia de control de la

constitucionalidad de las normas, así como en decisiones entorno a la tutela de derechos fundamentales. La racionalidad de la ponderación, así como sus límites y peligros, deben de formar parte de las consideraciones que el juzgador realice al analizar el caso concreto. Es decir, si no se tiene claro qué se entiende por ponderación, no se podrá saber cómo se ha de aplicar la misma. Es por ello que de esta problemática se generan las siguientes interrogantes que intentaremos responder en esta investigación:

1. ¿Es la ponderación un procedimiento racional de aplicación de normas jurídicas?
2. ¿Son los peligros de la ponderación derivables de la estructura interna de la ponderación?
3. ¿Son los límites de la ponderación derivables de la estructura interna de la ponderación?
4. ¿Excluye necesariamente la racionalidad de la ponderación los límites de la misma?
5. ¿Entiende el Tribunal Constitucional peruano por ponderación lo mismo que de ella se explica en la doctrina?

### III. Hipótesis

1. La ponderación es un procedimiento racional de aplicación de normas con carácter de principio. Su racionalidad se fundamenta en su estructura interna. La estructura interna de la ponderación ofrece un procedimiento de comparación de intensidades de intervención en principios jurídicos, así como los grados de importancia de satisfacción de los principios que juegan en sentido contrario. Dichas intensidades e importancias son pasibles de ser determinadas a través de escalas o grados de intensidad. Dichas escalas constituyen la base de la racionalidad de la ponderación. Si la ponderación no puede demostrar que los principios en colisión pueden ser comparados, entonces no sería un procedimiento racional. Una parte de la presente investigación se refiere a la estructura interna de la ponderación, así como a la comprobación de la commensurabilidad de las intensidades de intervención en

principios jurídicos y de la commensurabilidad de los grados de importancia de satisfacción de los principios que juegan en sentido contrario.

2. Los peligros de la ponderación están por fuera de la estructura interna de la misma. Los peligros de la ponderación son atribuibles al mal empleo que se hace de ella, así como a la introducción de premisas irracionales a la misma. Dichos peligros están también latentes en el procedimiento subsuntivo.

3. Los límites de la ponderación sí son atribuibles a la estructura interna de la misma. Los límites de la ponderación tienen una naturaleza epistemológica y se derivan del problema de la divergencia. El problema de la divergencia se refiere a la incongruencia entre lo que está mandado, prohibido y permitido constitucionalmente y lo que el Tribunal Constitucional puede determinar razonablemente como mandado prohibido o permitido constitucionalmente. Viene a ser la falta de correspondencia entre lo que “es” (supuesto ontológico) y lo que se puede “llegar a conocer razonablemente” (supuesto epistemológico).

4. La racionalidad de la ponderación es un supuesto necesario pero no suficiente para excluir los límites de la misma. Si bien la ponderación se demuestra como un procedimiento racional, dicha racionalidad no excluye que la misma tenga límites que impidan una respuesta correcta a cada caso. Con ello es válida la idea de que los límites de la ponderación son el fundamento para que ella no brinde una única respuesta correcta. Ello debido a la textura abierta de los enunciados normativos, la ambigüedad del contenido normativo y la capacidad de argumentación de los operadores jurídicos.

5. El Tribunal Constitucional peruano ha hecho suyo el juicio de ponderación en reiterada jurisprudencia. En las mismas se aprecia un desarrollo jurisprudencial de la doctrina de la ponderación, brindándole así fundamento institucional a la misma. Ello se condice con la denominada institucionalización de la razón. Sin embargo, se puede apreciar que en algunos casos paradigmáticos, el Tribunal Constitucional peruano, si bien apela a la aplicación del juicio de ponderación, en realidad no lo entiende y

aplica tal y como la doctrina concibe al juicio de ponderación. Por ello se revisarán algunos casos paradigmáticos que demuestren la deficiencia en la aplicación del juicio de ponderación por parte del Tribunal Constitucional peruano. Dicha deficiencia se deriva a su vez del problema de los peligros y límites de la ponderación, mismo que constituye el núcleo de la presente investigación.

#### IV. Estructura de la investigación

La presente investigación se divide en cuatro capítulos. El primero de ellos girará en torno a indagaciones referidas al marco teórico de la ponderación. En el mismo se tocarán temas referidos a la teoría de los principios, la distinción entre reglas y principios, y las críticas dirigidas a éste modelo. Con ello se buscará sentar las bases teóricas que enmarcan a la ponderación dentro del racionamiento jurídico y la teoría de las normas.

El segundo capítulo estará referido a la racionalidad de la ponderación. En dicho capítulo se disertará en torno a la estructura interna de la ponderación, su ubicación dentro del esquema metodológico de la argumentación jurídica y el papel que juega en la interpretación de los derechos fundamentales como parte integrante del principio de proporcionalidad.

El tercer capítulo se dedica a la fundamentación de la tesis de la distinción entre peligros y límites de la ponderación. En dicho capítulo se realizará un excursus de las críticas más importantes dirigidas en contra de la ponderación, planteando una respuesta del autor a cada una de ellas. Así mismo, se expondrán los criterios teóricos para la fundamentación de los límites de la ponderación. Con ello se buscará fundamentar la tesis de la distinción entre peligros y límites de la ponderación

El cuarto capítulo girará en torno a la revisión de algunas de las sentencias paradigmáticas del Tribunal Constitucional peruano donde se aplicó el juicio de ponderación. En dichas sentencias se intentará identificar las hipótesis centrales del presente trabajo y comprobar si la argumentación del Tribunal Constitucional peruano se ve afectada de alguna manera por la problemática de los peligros y los límites de la ponderación.

## Capítulo I

### Marco teórico de la ponderación

#### I. Teoría de los principios

La teoría de los principios es una teoría analítico-normativa referida a la estructura de las normas. Al ser una teoría analítica de normas vigentes, ella realiza una exploración conceptual y sistemática de las normas que conforman un sistema jurídico determinado. Como teoría estructural de normas vigentes, se dedica a analizar los elementos que conforman el concepto de norma, cuáles son sus características intrínsecas y acerca del tipo de discurso jurídico que corresponde a las mismas. “El espectro de las tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma, el derecho subjetivo, de libertad y de igualdad), pasando por la constitución jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y los límites a los derechos fundamentales y el del efecto entre terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales) y el fundamento de los derechos fundamentales (por ejemplo la ponderación)”<sup>1</sup>.

Como teoría normativa, la teoría de los principios busca proporcionar pautas orientadoras para la aplicación de las normas. “Para ella es constitutiva la pregunta de cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta”<sup>2</sup>.

La tesis básica de la teoría de los principios sostiene que el concepto de norma no comprende únicamente estructuras normativas con forma de reglas, sino también estructuras normativas con forma de principios. Esta afirmación tiene como transfondo una teoría no-positivista del derecho. Las teorías no-positivistas del derecho sostienen que el concepto de derecho incluye necesariamente a la moral. Los principios entonces son argumentos morales

---

<sup>1</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 13.

<sup>2</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 15.

que pueden fundamentar decisiones jurídicas. De otro lado, la teoría positivista del derecho sostiene que no existe una conexión entre el concepto de derecho y la moral, esta relación es más bien contingente y externa al concepto de derecho<sup>3</sup>. No existe una conexión entre el derecho como es, con el derecho como debe ser<sup>4</sup>.

La teoría de los principios no solamente asume una posición no-positivista, sino que además le es atribuible la idea de la inclusión de la injusticia o de defectos morales en su concepto de derecho. Esta es la llamada teoría del no-positivismo inclusivo. Dicha teoría sostiene que no todo defecto jurídico está necesariamente incluido o excluido del concepto de derecho. “El no-positivismo inclusivo no afirma que los deméritos morales siempre socaven la validez jurídica o que nunca puedan hacerlo”<sup>5</sup>. El concepto de derecho acepta cierto grado de injusticia e incorrección moral. El caso contrario sería una teoría no-positivista exclusiva que excluya toda injusticia o defecto moral: “norma injusta no es derecho”<sup>6</sup>. A diferencia de esta postura, que podríamos llamar radical, el no-positivismo inclusivo plantea un concepto de derecho de corrección moral débil. El hecho de que exista incorrección moral no implica la pérdida de validez de la norma jurídica, pero esto tiene un límite, ese límite es el umbral de la injusticia extrema. La injusticia extrema constituye el límite exterior que limita el grado de incorrección o demérito moral. Cuando una norma injusta sobrepasa el umbral de la injusticia extrema, pierde su validez jurídica. Esto se deriva de la famosa fórmula de Radbruch, misma que en su versión más resumida dice:

La injusticia extrema no es derecho<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. Joseph RAZ, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en *Law, Rights and Discourse*, George Pavlakos (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2007, págs. 21 y ss.

<sup>4</sup> En ese sentido cfr. Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2da. ed., Porrúa, México D. F., pág. 15.

<sup>5</sup> Robert ALEXY, “The dual nature of law”, *Ratio Juris* 23 (2010), págs. 167-182, 177.

<sup>6</sup> John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pág. 364; Deryck BEYLEVELD/Roger BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pág. 76.

<sup>7</sup> La formulación abreviada corresponde a Robert ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 5 (2001), págs. 75-96, 76. La fórmula completa de Radbruch dice: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe ser resuelto de manera que el derecho positivo, asegurado por la legislación y el poder, debe tener precedencia incluso cuando su contenido sea injusto e internamente inadecuado para alcanzar sus objetivos, salvo que el conflicto entre la ley positiva y la justicia

La teoría de los principios se basa en este tipo de corrección moral débil. Es decir, la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad no exigen una corrección moral absoluta, sino una de tipo débil, siempre y cuando, el demérito moral no sobrepase el umbral de la injusticia extrema.

Otro de los presupuestos de la teoría de los principios se refiere a la posibilidad de que los principios entren en conflicto. Este postulado se ve reflejado a su vez en la teoría de los límites a los derechos fundamentales<sup>8</sup>. En efecto, la teoría de los principios sostiene que los derechos fundamentales tienen estructura de principio y por lo tanto, en casos concretos, entran en conflicto el uno con el otro. Dicha afirmación se condice con la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales. En oposición a esta afirmación se ha planteado una teoría armonizadora u holista de los derechos fundamentales. Para dicha teoría, los derechos fundamentales no son reconstruibles como principios y por ende nunca entran en conflicto<sup>9</sup>. Según esta teoría holista, de lo que se trata es de evaluar si el derecho fundamental afectado, en el caso concreto, encaja con el contenido esencial abstracto del mismo. Es decir, si el contenido esencial de derecho ha sido respetado o no. Conjuntamente con argumentos referidos a la dignidad humana como fin del derecho, así como la unidad de la Constitución, esta teoría arriba a la conclusión de que los conflictos entre derechos fundamentales no son posibles y por lo tanto concepciones conflictivas, como la teoría de los principios, no son adecuadas para la resolución de “tensiones” entre derechos fundamentales. Esta teoría no es distinta, en parte, a lo que sostiene la teoría de los principios, en efecto, la teoría de los principios concibe, en virtud del principio de unidad de la Constitución, que los derechos fundamentales, en abstracto, no son jerarquizables ni entran en conflicto. Es obvio que no tendrían porqué entrar en

---

alcance un nivel tan intolerable que dicha ley, en tanto derecho defectuoso, tenga que ceder ante la justicia”, Gustav RADBRUCH, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971, págs. 1-21, 13-14.

<sup>8</sup> Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 65 y ss.

<sup>9</sup>Luis CASTILLO, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones Constitucionales* 12 (2005), págs. 99-129; Juan CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000; Pedro SERNA, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, *Humana Jura* 4, 1994, págs. 197-234; Pedro SERNA/Fernando TOLLER, *La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

conflicto, si sólo son tomados en abstracto. Una vez se presenta un caso en el cual dos derechos fundamentales presuponen dos soluciones divergentes para el mismo, se debe determinar el contenido esencial del derecho aplicable al caso y subsumir el derecho fundamental afectado al mismo<sup>10</sup>. La determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales consiste en una comparación de dos bienes jurídicos, con el fin de determinar cuál de los dos es el que debe primar en el caso. En ese sentido la teoría holista o armonizadora no hace más que teorizar sobre algo que la teoría de los principios, a través del principio de proporcionalidad, en efecto hace. Por ello ambas teorías no son contrarias, sino más bien confluyentes. Los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto, la tarea de la jurisdicción constitucional consiste en determinar si la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales en conflicto está justificada, y una afectación solo está justificada si ella es proporcional. “La proporcionalidad presupone a su vez ponderación”<sup>11</sup>.

De central importancia para los fines de la presente investigación es el hecho de que ni la teoría de los principios, ni el método de la aplicación de principios, implican una única respuesta correcta. Ciertamente, no obstante Ronald Dworkin, iniciador de la teoría de los principios, sostiene la posibilidad de la única respuesta correcta para cada caso<sup>12</sup>; la actual teoría de los principios no defiende la existencia de una única respuesta correcta. En efecto, suponer que en el derecho existe una única respuesta correcta, implica asumir que existen jerarquías fijas, compuestas por argumentos invariables que siempre han de ser aplicados. De ello se deduce que el juez debe de intentar encontrar la única respuesta correcta aplicable al caso concreto. Esta es la llamada variante fuerte de la teoría de los principios. De otro lado, la variante débil, no aspira a determinar una única respuesta correcta aplicable al caso, sino la que reporte mayor grado de racionalidad. Este orden débil de principios implica a su vez tres elementos: un sistema de condiciones de prioridad

---

<sup>10</sup> Peter HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3ra. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1983, pág. 234 y ss. En contra de la teoría relativa cfr. Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, München, C. H. Beck, 1994, pág. 865 y ss.

<sup>11</sup> Robert ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003), pág. 433-449, 436. Existe traducción al castellano: *Id.*, “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Foro Jurídico* 9 (2009), págs. 40-48.

<sup>12</sup> Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge Mass., Harvard University Press 1978, págs. 68, 105 y ss.

(representada por la ley de colisión), un sistema de estructuras de ponderación (representada por el principio de proporcionalidad) y un sistema de prioridades *prima facie* (representada por los principios formales)<sup>13</sup>.

Desde su concepción, la teoría de los principios ha sido blanco de múltiples críticas<sup>14</sup> y reformulaciones<sup>15</sup>. Las críticas se dirigen principalmente a sus elementos constitutivos, ya que, o bien se dirigen a la separación entre reglas y principios, bien a la concepción de los principios como mandatos de optimización, bien a la ley de ponderación, o bien a la ley de la ponderación. Para una mejor comprensión del rol que juega el juicio de ponderación dentro del sistema conceptual de la teoría de los principios, es preciso detenernos a analizar los principales postulados de esta.

## II. Distinción entre reglas y principios

La distinción entre principios y reglas constituye la base fundamental de la teoría de los principios. La teoría de los principios es el sistema de las implicaciones que se derivan de esta diferenciación. Tanto las reglas como los principios son un tipo de norma, ya que ambas establecen lo que es debido, es decir ambas establecen un juicio concreto de deber ser (*Sollen*). Ambas pueden ser formuladas con ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato (O), permiso (P) y prohibición (F).<sup>16</sup> Dicha distinción no es pacífica, la misma ha sido objeto de innumerables críticas<sup>17</sup> e interpretaciones.

---

<sup>13</sup> Robert ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa* 5 (1988), págs. 139-151, 146 y ss.

<sup>14</sup> Matthias JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1999, págs. 206 y ss; *Id.*, “Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen”, en *Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee*, Otto Depenheuer y otros (ed.), Heidelberg, C. F. Müller, págs. 253-275; Jan Henrik KLEMENT, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, en *JZ* 15 (2008), págs. 756-763; Ralf POSCHER, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, en *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Jan-R. Sieckmann (ed.), Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 59-80.

<sup>15</sup> Cfr. Manuel ATIENZA/Juan Ruiz MANERO, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996; Gustavo ZAGREBLESKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>16</sup> La asignación de las letras O, P y F para mandato, permiso y prohibición corresponden a la notación estándar en la doctrina, la cual se basa en las palabras inglesas *ought*, *permitted* y *forbidden* respectivamente. Dichas expresiones son las correspondientes al primer sistema de lógica deóntica desarrollado por G. H. von WRIGHT, “Deontic logic”, en *Mind* 60 (1951), págs. 1-15.

<sup>17</sup> En el ámbito de habla hispana tenemos las críticas de Alfonso GARCÍA, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; Luis

El término principio abarca en su amplitud conceptual tanto a los llamados derechos individuales, así como a los denominados bienes colectivos. Es por ello que con ayuda de la ponderación se puede solucionar la colisión entre p.e. un bien individual como el derecho al honor, a la integridad física o libertad de expresión y bienes colectivos tales como salud pública, aseguramiento alimenticio, lucha contra el desempleo, seguridad de la república, etc. Concebir los bienes colectivos como principios implica exigir el cumplimiento de los mismos en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas relativas al caso concreto. La inclusión de los bienes colectivos dentro del concepto de principio implica asumir la teoría de que los derechos fundamentales no son simplemente derechos de defensa del individuo frente al Estado, sino que además son derechos a protección del individuo por parte del Estado. Por ello los bienes colectivos son también principios y por ende ponderables.<sup>18</sup>

En los siguientes párrafos nos dedicaremos a delinear las principales tesis que conforman el concepto de separación entre reglas y principios, así como de las principales críticas que se han dirigido hacia este modelo.

El origen de esta distinción se remonta a los años cuarenta, específicamente a la teoría jurídica de Walter Wilburg. Esta teoría entiende a la ciencia del derecho como un “sistema oscilante”. Se trata de una dinámica de “fuerzas oscilantes”, las cuales deben ser determinadas en función de las normas individuales y sus respectivos supuestos jurídicos, en ese sentido se trata de hallar una decisión “caso por caso”<sup>19</sup>. Unos años más tarde Joseph Esser introduce por primera vez al ámbito germano la distinción entre reglas y principios<sup>20</sup>. Pero fue Ronald Dworkin, en su intento de refutación al

---

PRIETO, *Ley, Principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998; *Id.*, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; entre otros.

<sup>18</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 89 y ss. El concepto de Principio de Dworkin solamente concibe a los mismos como derechos de defensa. Los bienes colectivos son entendidos por Dworkin como *policies* o normas programáticas que estrían por fuera del concepto de principio, cfr. DWORKIN, *Taking rights seriously*, pág. 24.

<sup>19</sup> Walter WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg 1941; para una definición sistemática ver: Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ra. ed., Berlín, Springer, 1983 págs. 298 y ss.; Lothar MICHAEL, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, Berlín; Dunker & Humblot, 1997, págs. 50 y ss.

<sup>20</sup> Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1956.

positivismo de H. L. A. Hart, quien puso esta distinción en discusión<sup>21</sup>. Desde entonces se ha escrito mucho sobre la necesidad y la existencia de esta diferenciación, pero a pesar de todas las opiniones que se contraponen, hay algo que todos estos puntos de vista tienen en común: una idea particular sobre el concepto de derecho y sus consecuencias a nivel de la dogmática. Efectivamente, esta distinción entre reglas y principios se refleja a su vez en la aún más controvertida discusión sobre la relación entre derecho y moral. El rechazo o la aceptación de esta distinción trae consigo importantes consecuencias para el sistema jurídico en su conjunto<sup>22</sup>. Por ello es de especial importancia, aceptar o rechazar categóricamente la misma. Detrás de esta relación de tensión se encuentra el gran punto de discusión sobre el cual tanto las teorías positivistas como no positivistas entran en conflicto. Según la opinión de Alexy, los primeros (las teorías positivistas) entienden al derecho como un orden de reglas, que se fundamenta en la conformidad a las leyes y a la efectividad social (es decir un sistema de reglas); mientras que los segundos (las teorías no positivistas) entienden al derecho como un orden objetivo de valores, el cual no sólo se apoya en la conformidad a las leyes y en la efectividad social, sino también en una corrección interna<sup>23</sup> (es decir un modelo de principios). Así, Alexy sostiene: “Esta distinción sería la base de la teoría de fundamentación de los derechos fundamentales y una llave a la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales<sup>24</sup>”.

### 1. La tesis de la distinción estricta entre reglas y principios

La idea central de esta tesis afirma: “Dentro de la estructura de las normas existen dos variantes a reconocer, que no sólo gradual sino cualitativamente han de ser definidas de manera distinta, específicamente las reglas y los

---

<sup>21</sup> Ronald DWORKIN, “Is Law a System of Rules?” en *The Philosophy of Law*, R. Dworkin (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1977, págs. 17-37.

<sup>22</sup> „En los últimos treinta años la distinción entre reglas y principios encierra dentro de sus implicaciones a la teoría de la aplicación del derecho, la estructura del sistema jurídico, la relación entre derecho y moral y la dogmática jurídica, sobre todo la referida a los derechos fundamentales siendo estos objeto de una innumerable cantidad de estudios”, cfr. Robert ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 93-137, 93.

<sup>23</sup> Robert ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pág. 21.

<sup>24</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 63.

principios”<sup>25</sup>. En opinión de Alexy, “La tesis de la diferenciación estricta quiere decir que tanto reglas como principios son parámetros normativos con una estructura lógica totalmente diferente, ya que un parámetro normativo es siempre o una regla o un principio”<sup>26</sup>. De ahí se puede determinar que tanto las reglas como también los principios son un tipo de norma con distinta estructura lógica<sup>27</sup>. Esta diferencia se deja identificar al momento de la aplicación de las normas<sup>28</sup>. Precisamente en este punto es en donde discrepan las opiniones de los principales defensores de la tesis de la separación estricta, especialmente Dworkin y Alexy emplean distintos criterios de distinción<sup>29</sup>. Las particularidades de estas posiciones serán tratadas en los siguientes párrafos.

### 1.1 La posición de Ronald Dworkin

La distinción propuesta en la teoría de Dworkin, tiene su origen en la crítica que este autor realiza contra el concepto normativo positivista. Dworkin afirma que el la reconstrucción de la estructura de la norma jurídica planteada por el positivismo normativo no es suficiente ni para la aplicación ni para la interpretación de la misma. Dworkin determina tres tesis que, según él, caracterizan al concepto positivista de norma. La primera tesis se refiere a la estructura y límites del sistema normativo. “Según ella el derecho de una sociedad está configurado solamente en base a reglas, las cuales han de ser

---

<sup>25</sup> Marius RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pág. 176. “Según la tesis estricta de la separación tanto las reglas como los principios poseen una distinta estructura lógica”. Cfr. Virgilio AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden; Nomos, 2003, págs. 37-38.

<sup>26</sup> Robert ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, págs. 59-87. A. Aarnio es básicamente de la misma opinión: “According to the strong demarcation thesis the difference between rules and principles is qualitative”, cfr. Aulis AARNIO, “Taking Rules Seriously”, en *ARSP Beiheft* 42, 1990, pág. 180; *Id.*, *Reason and Authority, A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1997, pág. 175; ZAGREBLESKY, *El derecho dúctil*, pág. 109.

<sup>27</sup> Una opinión en contra: Claus W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983, pág. 57.

<sup>28</sup> „La differenza tra regola e principio emerge esclusivamente nel momento della interpretazione-applicazione“, cfr. Letizia GIANFORMAGGIO, “L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985/I, pág. 72.

<sup>29</sup> Otros autores que consideran acertada esta distinción son: Manuel ATIENZA/Juan RUIZ MANERO, Sobre Principios y Reglas, en *Doxa* 10 (1991), págs. 101-120; Aleksander PECZENIK, “Legal Rules and Moral Principles”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 11 (1991), págs. 151-167; con una opinión distinta pero en el mismo sentido cfr. aquí con: Ota WEINBERGER, “Das Wesen der Regeln”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 11 (1991), págs. 169-191.

clasificadas no en función de su contenido sino en función de una norma de identificación o proveniencia, además estas reglas jurídicas han de ser diferenciadas de otras reglas sociales, especialmente de aquellas que tengan un contenido moral”. Esta sería la *rule of recognition* (regla de reconocimiento) de Hart. La segunda tesis reza: “Si el derecho está constituido solamente por reglas válidas identificables a través de una regla de reconocimiento, y además se acepta la existencia de casos en los cuales estas reglas no contienen la solución a un determinado caso, se otorga al operador del derecho total discreción para resolver el caso en función a su crítica”. La tercera tesis está referida al concepto de las obligaciones jurídicas (*legal obligations*), Dworkin explica: “Según ella solamente se podría decir que alguien tiene una obligación jurídica cuando exista una regla que diga que esto es así”<sup>30</sup>.

Para superar a estos criterios Dworkin desarrolla su propio concepto de norma, el cual contradice al concepto normativo positivista de Hart al conferirle a las reglas y a los principios un rol central en la estructura de las normas<sup>31</sup>.

#### 1.1.1. El todo o nada de las reglas (*All-or-nothing-fashion*)

Cuando el supuesto de hecho de una regla es cumplido, sólo existirían dos posibilidades: o bien la regla es válida, por lo tanto las consecuencias jurídicas que ella implica han de ser aceptadas, o bien no lo es, entonces ésta no contribuye en lo absoluto a la solución (*all-or-nothing-fashion*)<sup>32</sup>. No hay otra posibilidad (*tertium non datur*), de ahí que las reglas poseen un carácter todo o nada. Incluso la introducción de excepciones no cambiaría éste esquema, ya que las excepciones son una parte de la propia regla, y por ello cada regla debería ser formulada tan específicamente que en ellas se deberían incluir

---

<sup>30</sup> Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, pág. 17.

<sup>31</sup> Se debe dejar constancia de que posteriormente Hart en el *Postscript* a la segunda edición de su libro *The Concept of Law*, admitió que los principios también juegan un rol importante en el sistema jurídico. Así, entre principios y reglas sólo hay una diferencia de grado. Mientras que las reglas generan más certidumbre para su aplicación, la aplicación de principios a casos concretos es más incierta. Sin embargo la regla de reconocimiento está en la capacidad de reconocer a los principios como parte del sistema jurídico. Esto constituye la base de lo que el propio Hart denominó *soft-positivism*. Cfr. Herbert L. A. HART, “Postscript”, en *The concept of law*, 2da. ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, págs. 253-254.

<sup>32</sup> “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”. DWORKIN, *Taking rights seriously*, pág. 24.

todas las excepciones posibles a su aplicación<sup>33</sup>. Como el mismo Dworkin afirma: “Cuanto más excepciones sean nombradas, tanto más precisa será la formulación de la regla”<sup>34</sup>. En contraposición a la estructura de las reglas, se encuentra la estructura de los principios, los cuales no contienen un mandato de la forma “todo o nada” para su aplicación, sino tan sólo motivos fundamentan una decisión<sup>35</sup>. Eso significa que, aunque el supuesto de hecho de un principio válido sea cumplido, no se sigue de esto que las consecuencias jurídicas del mismo serán cumplidas inevitablemente, pues “en el esquema de los principios, podrían entrar en juego otras razones que podrían cambiar estas consecuencias jurídicas”<sup>36</sup>.

### 1.1.2. La dimensión del peso

Entre las reglas y los principios se configura otra diferencia, la cual muestra explícitamente la distinta estructura de cada una de ellas. Así respectivamente son: La dimensión de la validez y la dimensión del peso<sup>37</sup>. Ellas se presentan sobre todo en el conflicto entre reglas y la colisión entre principios. Cuando dos reglas entran en conflicto en un caso concreto, dicho conflicto solo puede ser resuelto a través de la declaración de invalidez de una de ellas y su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico o introducir una excepción en una de las reglas para resolver el conflicto. Por el contrario, lo que se ha de valorar en una colisión entre principios no será la validez de uno de ellos, sino el correspondiente peso que cada uno contiene. En efecto “cuando dos principios colisionan, el principio con mayor peso será el decisivo, sin que por ello el otro sea declarado como inválido”<sup>38</sup>. La decisión dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas, pues un conflicto similar, entre los mismos principios en un caso distinto, podría ser resuelto de otra manera. Las reglas carecen de esta dimensión.

---

<sup>33</sup> En contra: ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, págs. 68 y ss. Alexy no cree en la posibilidad de contabilizar completamente todas las excepciones.

<sup>34</sup> “In theory, at least, the exception could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule”. DWORKIN, *Taking rights seriously*, pág. 25.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 26.

<sup>36</sup> AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pág. 41.

<sup>37</sup> Robert ALEXY, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, en ARSP, Beiheft 25 (1985) págs. 13-29, 16.

<sup>38</sup> DWORKIN, *Taking Rights seriously*, pág. 25.

Como se puede apreciar, en lo que se refiere a principios, dentro del modelo de Dworkin, no se puede hablar de validez o invalidez de un principio, sino de si en el caso concreto tiene más peso que el principio opuesto. La dimensión del peso no existe en las reglas, ya que la dimensión que les corresponde es la dimensión de la validez. Una regla es válida si no es contradecida por otra, o si no contiene excepciones que la hacen inaplicable a un caso determinado.

Si bien Dworkin se basa en la dimensión del peso para fundamentar la tesis de la distinción entre reglas y principios, no proporciona argumento alguno para poder determinar cómo es que se logra determinar el peso de un principio en el caso concreto. Esta deficiencia metodológica es superada luego por la teoría de los principios, a través del juicio de ponderación.

## 1.2. La distinción de Robert Alexy

La tesis de distinción propuesta por Alexy expone una diferenciación tanto lógica como cualitativa entre las reglas y los principios. Alexy desarrolla una reformulación de la teoría de los principios de Dworkin, ya que ésta, según la opinión de Alexy, no puede expresar la completa dimensión de los principios<sup>39</sup>. Estos planteamientos pertenecen a la teoría de los principios de Alexy. Esta teoría se compone de tres elementos constitutivos: el mandato de optimización, la ley de colisión y la ponderación<sup>40</sup>. En cada uno de ellos se demuestra la especial estructura que poseen los principios.

### 1.2.1. El criterio del mandato de optimización

#### 1.2.1.1. La definición estándar de los principios como mandatos de optimización

A diferencia de la tesis sostenida por Dworkin, Alexy reconoce en los principios normas que exigen “que algo sea realizado en la mayor medida

---

<sup>39</sup> ALEXY, “Zum Begriff der Rechtsprinzipien”, pág. 63 y ss. Para una crítica a Dworkin cfr. Claudia BITNNER, *Recht als interpretative Praxis*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988; cfr. aquí también: Ana PINTORE, “Norme e Principi, una critica a Dworkin”, en *Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto*, Milano 1982.

<sup>40</sup> ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, págs. 95 y ss.

posible, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas”<sup>41</sup>. “Los principios son en consecuencia mandatos de optimización”<sup>42</sup>. De este enunciado podemos distinguir dos elementos que caracterizan a los principios. Por un lado, que los principios son cumplidos en grados distintos, y por otro, que el grado de su cumplimiento no depende solamente de las posibilidades materiales (fácticas), sino además de las posibilidades jurídicas<sup>43</sup>. Este carácter de optimización caracteriza solamente a los principios, pues las reglas son normas que solamente pueden ser cumplidas o no serlo<sup>44</sup>. “Cuando una regla tiene validez, entonces es ordenado realizar exactamente lo que ella manda, ni más ni menos. Las reglas contienen con ello determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible”<sup>45</sup>. Ellas son en consecuencia mandatos definitivos<sup>46</sup>. Una regla determina siempre un límite entre lo que es obligatorio y lo que no lo es, entre lo que es prohibido y lo que es permitido. Por el contrario en los principios el grado de su cumplimiento está siempre en relación con su validez. Un principio determina un ideal, el cual puede ser realizado en un mayor o menor grado. La óptima realización de este ideal significa la óptima realización del principio<sup>47</sup>.

#### 1.2.1.2 Mandatos de optimización y mandatos a optimizar

En recientes escritos, y a raíz de las críticas<sup>48</sup> formuladas por Aarnio<sup>49</sup> y Sieckmann<sup>50</sup>, Alexy ha refinado su definición estándar de principios como mandatos de optimización<sup>51</sup>. Según estas críticas el concepto de principios

---

<sup>41</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, págs. 67 y ss; cfr. aquí también con: *Id.*, “Zum Begriff der Rechtsprinzipien”, pág. 79; lo mismo en: *Id.*, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, pág. 224; *Id.*, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, pág. 95.

<sup>42</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 67.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pág. 68. En el mismo sentido también PECZENIK, “Legal Rules and Moral Principles”, “A principle establishes an ideal. The ideal can be carried into effect to certain, more or less”.

<sup>44</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 68.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, pág. 95.

<sup>47</sup> PECZENIK, “Legal Rules and Moral Principles”, pág.151.

<sup>48</sup> Una exposición de éstas críticas en Carsten BÄCKER, *Begründen und Entscheiden*, Baden-Baden, Nomos, 2008, págs. 130 y ss.

<sup>49</sup> AARNIO, “Taking Rules Seriously”, pág.187: „Either one does or one does not optimize. For example, in the case of conflict between two value principles, the principle must be brought together in the optimum manner, and only in the optimum manner”.

<sup>50</sup> Jan-R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden; Nomos, 1990, pág. 65.

<sup>51</sup> ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, pág. 107 y ss; *Id.*, “My Philosophy of Law: The Institutionalization of Reason”, en *The Law in Philosophical*

como mandatos de optimización sería inadecuado para fundamentar una diferenciación entre reglas y principios. Principios como mandatos de optimización exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Esta exigencia expresa un mandato definitivo que exige que siempre sea alcanzado el óptimo. Este mandato solamente puede ser cumplido o no, exigiendo siempre su máxima realización<sup>52</sup>. De ahí que tanto las reglas como los principios tendrían una estructura similar, es decir, una estructura que se corresponde a las reglas.

La respuesta de Alexy a estas críticas presupone una distinción de dos niveles: el nivel de los objetos, es decir de los mandatos a ser optimizados y un meta nivel, es decir el de los mandatos para optimizar<sup>53</sup>. Los principios se encuentran en el nivel de objeto y son por ello mandatos a ser optimizados. Ellos son el objeto de acción de los mandatos para optimizar (mandatos de optimización) que se encuentra en un meta nivel. “Ahí ellos ordenan que sus objetos de acción, los mandatos a ser optimizados, deben ser realizados en la mayor medida posible. Como mandatos de optimización no son objeto de optimización sino que siempre han de ser cumplidos al optimizar los mandatos del nivel objetivo, es decir, los principios”<sup>54</sup>. De ahí Alexy deduce que los principios como objeto de la ponderación no son mandatos de optimización, sino mandatos a ser optimizados. Como tales encierran un “deber ser ideal” (*ideales Sollen*) que aún no ha sido realizado fáctica y jurídicamente<sup>55</sup>. Una vez optimizados se transforman en un “deber ser definitivo” (*reales Sollen*). Por consiguiente Alexy mantiene su definición estándar de principios como mandatos de optimización sólo por motivos pedagógicos. “Ella expresa clara y sencillamente qué es lo que pasa con los principios, al mostrar qué ha de hacerse con ellos”<sup>56</sup>. De este aspecto práctico Alexy deduce otro aspecto teórico, propiamente la necesaria relación entre “deber ser ideal”, es decir principios como tales, y el mandato de optimización como regla.

---

*Perspectives: My Philosophy of Law*, Luc J. Wintgens (ed.), Dordrecht, Springer, 1999, pág. 39, (Cit. 55).

<sup>52</sup> Jan-R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, pág. 65.

<sup>53</sup> ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, pág. 107.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pág. 109.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

### 1.3. Las críticas de Alexy a la teoría de los principios de Dworkin

El punto central de la crítica de Alexy al modelo “todo o nada” de Dworkin como criterio para diferenciar las reglas de los principios, gira entorno al rol que desempeñan las excepciones en este esquema. La forma “todo o nada” se basa en la posibilidad de enumeración e identificación de todas las conocidas y posibles excepciones de la regla<sup>57</sup>, ya que una completa formulación de una regla supondría la enumeración y consideración de todas las posibles excepciones a la misma<sup>58</sup>. En efecto, para Dworkin vale: Tanto más excepciones sean nombradas, tanto más precisa será la formulación de la regla<sup>59</sup>. Precisamente es en este punto en el que Alexy formula sus críticas contra Dworkin. Para Alexy la posibilidad de introducir nuevas excepciones contradice la afirmación que las reglas sean aplicables en un modo “todo o nada”. Cuantas más excepciones sean introducidas, tantos menos casos se darán en los que las reglas sean aplicadas en un modo “todo o nada”. Al final Alexy determina que el modo de aplicación “todo o nada” de Dworkin sólo es posible en reglas que no contengan cláusulas de excepción<sup>60</sup>, y con ello descarta Alexy esta tesis como argumento para diferenciar reglas de principios<sup>61</sup>.

## 2. Críticas contra la distinción estricta entre reglas y principios

### 2.1. La tesis débil de distinción entre reglas y principios

La tesis de la distinción débil se muestra como una alternativa a la tesis de la distinción estricta. Esta tesis reconoce que entre reglas y principios existe una diferencia estructural, pero que está orientada más bien al grado de generalidad

---

<sup>57</sup> Así, también se pueden introducir excepciones a los principios, específicamente sus contra ejemplos. En los principios estos contra ejemplos tampoco pueden ser previstos completamente y con ello tampoco sus casos de aplicación. En consecuencia, ni las reglas, ni los principios podrían ser aplicados en una forma “todo o nada”. Cfr. aquí con: ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, pág. 69.

<sup>58</sup> DWORKIN, *Taking rights seriously*, pág. 25.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pág. 25.

<sup>60</sup> „Son factibles de pensar sistemas normativos constituidos exclusivamente de reglas, que no permitan ninguna excepción a no ser de las previamente estatuidas. Es decir una regla que prohíba la introducción de excepciones a las reglas de dicho sistema normativo. Los modernos sistemas normativos en los cuales se basa Dworkin no son de esta naturaleza“. ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, pág. 69.

<sup>61</sup> ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, pág. 71.

de las normas. Aunque esta tesis identifica tanto a las reglas como a los principios como tipo de normas, no reconoce entre ellas diferencia cualitativa alguna, sino más bien una solamente gradual<sup>62</sup>. Así los principios son normas que poseen un alto grado de generalidad, por el contrario las reglas son normas que poseen un bajo grado de generalidad<sup>63</sup>. Un alto grado de generalidad lo encontramos en una norma que garantiza a todos poder elegir su profesión libremente, una norma con un bajo grado de generalidad la encontramos por ejemplo en aquella que autoriza a todo farmacéutico que haya sido autorizado, a realizar sus actividades en cualquier lugar<sup>64</sup>. Entre los principales representantes de ésta corriente tenemos a Ulrich Penski y a Joseph Raz.

## 2.2. La tesis débil de Ulrich Penski

Según la opinión de Ulrich Penski, es el grado de generalidad del contenido normativo y no un contenido determinado, lo que diferencia a las reglas de los principios<sup>65</sup>. Penski conecta esta afirmación con la generalidad de los destinatarios de la norma. Así sería una formulación de esto último: Tanto más indeterminada sea el grupo de destinatarios, tanto general e indeterminada será la norma. Normas que se dirigen a una determinada persona, así como a un determinado grupo de personas serían normas individuales con un bajo grado de generalidad. Por el contrario normas que se dirigen a un indeterminado número de personas serían normas generales. Penski reconoce además que tan sólo el grado de la generalidad y la indeterminación de los destinatarios no

---

<sup>62</sup> Son representantes de esta tesis: George C. CHRISTIE, "The model of principles", en *Duke Law Journal* (1968), pág. 649-669, 669; Paolo. COMANDUCCI, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", en *Doxa* 21 (1998), págs. 89-104; GIANFORMAGGIO, "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi"; HART, "Postscript", págs 253 y ss; Graham HUGHES, Rules, Policy and Decision Making, en *The Yale Law Journal* 77 (1968), págs. 411-439, 419; Ulrich PENSKI, "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln", en *JZ* 1989, págs. 105-114, 105 y ss; A. PINTORE, "Norme e Principi, una critica a Dworkin", págs. 22 y ss; Joseph RAZ, "Legal Principles and the Limits of Law", en *The Yale Law Journal* 81 (1972), págs. 823-854, 830.

<sup>63</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 65; cfr. Joseph. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1975, pág.49. "The word 'principles' usually carries an implication of greater generality and greater importance than the word 'rules'".

<sup>64</sup> En ese sentido el conocido juicio de las farmacias (*Apothekenurteil*) BVerfGE 7, 377 y ss., comparar aquí también BVerfGE 12, 1 el así llamado juicio de la libertad de religión (*Glaubensabwertungsurteil*).

<sup>65</sup> Penski utiliza en lugar de términos como norma, reglas o principios, otros como norma jurídica, regla de derecho y principios de derecho. PENSKI, "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln", págs. 105 y ss.

bastan para diferenciar a las reglas jurídicas de los principios jurídicos<sup>66</sup>. Por esta razón Pensi añade que los principios jurídicos se muestran como “normas-objetivo o normas-programa”, mientras que las reglas jurídicas se comprueban como normas que determinan acciones. Él entiende como “normas-objetivo o normas-programa” aquellas normas que determinan que una determinada meta sea alcanzada, es decir un estado digno de ser logrado<sup>67</sup>. Un objetivo es un estado deseado, el cual exige que las acciones necesarias para su concreción sean realizadas. Sin embargo, con ello no se puede determinar cuáles serían esas acciones. En las normas que determinan comportamiento se exige una conducta determinada, sin que sea manifiesta la persecución con ello de un objetivo<sup>68</sup>.

Las reglas de derecho serían entonces normas que ordenan o prohíben la realización de un determinado comportamiento. Por el contrario los principios de derecho serían por consiguiente normas que sólo exigirían abstractamente la realización de un objetivo o meta, sin determinar exactamente a través de qué acciones ocurrirá esto<sup>69</sup>.

Pensi critica además la idoneidad del mandato de optimización de Alexy como criterio para diferenciar a las reglas de los principios. Pensi sostiene que el mandato a que algo sea realizado en la mayor medida posible, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, es totalmente indeterminado y expresaría solamente la visión particular de Alexy<sup>70</sup>. Pensi expone que el concepto de principio de derecho, como realización de un objetivo o meta, es más preciso y vinculante que la exigencia de Alexy a que algo sea realizado en la mayor medida posible. A pesar de ello, Pensi reconoce que las colisiones entre principios son inevitables y por ello sería necesario ponderar<sup>71</sup>. Según Pensi la necesidad de ponderar no se sigue del carácter de principio de una norma. Más bien esto se sigue de la indeterminación del comportamiento exigido a través de los principios de

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, págs. 106 y ss.

<sup>67</sup> Aquí Pensi se aproxima a la definición de Dworkin de los programas o políticas (*Policies*), „ I call a Policy that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community”, DWORKIN, *Taking rights seriously*, pág. 22.

<sup>68</sup> PENSKI, “Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln”, pág. 107.

<sup>69</sup> *Ibidem*, págs. 107 y ss.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pág. 109.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 110.

derecho<sup>72</sup>. Así la necesidad de la ponderación en caso de colisión de principios de derecho no depende de la relativización en función a las posibilidades fácticas y jurídicas, sino de la indeterminabilidad del mandato de comportamiento. También la expresión “en la mayor medida posible” es criticada por Pensi. Para él se reconoce en ella la falta de determinación de cuales son los requisitos para alcanzar precisamente esa mayor medida<sup>73</sup>. Por esta razón Pensi utiliza el concepto de proporcionalidad para determinar ésta medida. Por ello es difícil decir si las críticas de Pensi son en verdad críticas en contra del mandato de optimización<sup>74</sup>.

### 2.3. La tesis débil de Joseph Raz

La tesis débil de la diferenciación defendida por Joseph Raz se basa en su crítica a los criterios de diferenciación propuestos por Dworkin para distinguir reglas de principios. En ese sentido Raz sostiene la inexistencia de conflictos entre las reglas, pues a ellas podrían introducirse siempre excepciones, y la inexistencia de la dimensión del peso en la colisión de principios<sup>75</sup>. Raz argumenta que los conflictos también pueden darse entre las reglas, para demostrarlo utiliza el concepto de “*principle of individuation (principio de individualización)*”<sup>76</sup>. Para Raz las reglas interactúan mutuamente ya que son partes individualizadas de un sistema jurídico<sup>77</sup> dado que ellas se pueden modificar y cualificar entre si. De ahí que ellas –aunque no sean principios– pueden colisionar.

Raz critica también la opinión de Dworkin respecto a la idea del peso. Aunque las reglas podrían colisionar, ellas carecerían de peso. En caso que dos reglas colisionen, el ordenamiento jurídico proporcionará una solución para resolver esta situación. Pero esta solución determina cuál de las dos prima sobre la otra.

---

<sup>72</sup> Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, 2da. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, pág. 107.

<sup>73</sup> PENSKI, “Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln”, pág. 110.

<sup>74</sup> Karl-E. HAIN, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden Baden, Nomos, 1999, pág. 119.

<sup>75</sup> „I would like to suggest that legal rules may conflict and have weights, and that therefore Professor Dworkin’s remarks should not be regarded as defining the characteristics of rules and principles“; RAZ, “Legal Principles and the Limits of Law”, pág. 830.

<sup>76</sup> The principles of individuation are method of carving small and manageable units out of the total legal material in a way which will promote our understanding of the law by classifying laws into various types and by showing how these laws interrelate and interact with one another. RAZ, “Legal Principles and the Limits of Law”, pág. 831.

<sup>77</sup> Raz utiliza la expresión de Dworkin „interact“, cfr. RAZ, “Legal Principles and the Limits of Law”, pág. 832.

Esta solución siempre valdrá cuando estas dos reglas colisionen<sup>78</sup>. Raz propone el ejemplo de las reglas de legítima defensa o las del error de tipo pues ellas siempre tendrán prioridad a la regla que prohíbe el asalto.

En los principios esto es distinto. Raz opina que aunque un principio en razón de su peso tenga prioridad sobre otro. Sin embargo, ello no significa que esto deba de ser siempre así. Los principios son relativos al “*the amount of good or harm*”(la equivalencia entre el costo y el beneficio), que está vinculado a la consecución de un objetivo o meta<sup>79</sup>.

De estos argumentos Raz deduce que los conflictos entre reglas solamente deberán ser resueltos en función a su importancia relativa, mientras que las colisiones entre principios serán resueltos en función a su importancia relativa conjuntamente con las consecuencias de sus objetivos o metas. Raz considera a esto como el rasgo fundamental que distingue a las reglas de los principios. Así Raz no ve ninguna diferencia de naturaleza lógica entre las reglas y los principios. Por el contrario Raz opina que esta diferencia es sólo gradual. Él ve este rasgo en el grado de determinabilidad del contenido normativo. Las reglas describen una acción específica, mientras que los principios uno indeterminado.

Pero entre una acción específica y una acción no específica existen distintos grados de intensidad. Así un accionar específico puede ser descrito en distintas formas. Raz da el siguiente ejemplo: “El acto de fumar puede ser determinado en distintas formas, ya que se puede tratar de cigarrillos, cigarrillos o pipas”<sup>80</sup>.

En consecuencia la diferencia entre reglas y principios es de naturaleza gradual, ya que no existe una línea clara que diferencie estrictamente entre acciones específicas y no-específicas.

#### 2.4. Tesis de la coincidencia o armonía de Aulis Aarnio

La tesis de la coincidencia sostiene que la pretendida diferencia entre reglas y principios no es de naturaleza lógica ni gradual, por el contrario, estos

---

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> RAZ, “Legal Principles and the Limits of Law”, pág. 833.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pág. 838.

conceptos tendrían una estructura similar. Todas las características que se muestran en los principios se podrían reconocer también en las reglas<sup>81</sup>.

En el centro de la argumentación de Aarnio se encuentra la tesis de que a nivel de los enunciados normativos no existiría límite alguno reconocible que diferencie a las reglas de los principios, aun más, estos límites aparentes serían tan imprecisos que entre reglas y principios podrían reconocerse otras categorías como: “*rule –like principles*” (reglas como principios) y “*principle-like rules*” (principios como reglas)<sup>82</sup>, en consecuencia, no existen diferencias estrictas entre estas categorías, sino simplemente una leve matizado de<sup>83</sup> una sobre la otra. Aarnio deduce de ahí que a nivel de los enunciados normativos no se constituye la pretendida diferenciación, pues a este nivel domina la vaguedad y la apertura. Esta ambigüedad se puede solucionar a través de un proceso interpretativo que tome en cuenta a todas las circunstancias posibles que tengan conexión con el caso, específicamente lo que él llama el significado de consideración de todo los factores o *all-things-considerate* (ATC). Con ello sería irrelevante si se trata de una regla, de una regla como principio, de un principio como regla o de un simple principio, en todos los casos se obtendrá, luego de la interpretación, una regla válida e inequívoca<sup>84</sup>. Una separación estricta entre reglas y principios sería sólo posible cuando se trate de una regla inequívoca y un principio como valor<sup>85</sup>.

A nivel de la estructura normativa Aarnio critica también al mandato de optimización como criterio de diferenciación entre reglas y principios. Según Aarnio tanto las reglas así como los principios poseen la misma estructura deontica. Esto significa, que ambas categorías contienen al mismo operador deontico: El mandato que exige que algo sea realizado si y sólo si, en la mayor medida posible, es decir alcanzar la óptima realización del lo mandado<sup>86</sup>. Con esto los principios entendidos como mandatos de optimización tendrían una estructura de regla, pues ellos exigen siempre la óptima realización de su objeto. Por esta razón tanto la teoría de la distinción estricta, así como la de la

---

<sup>81</sup> ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, pág. 65.

<sup>82</sup> AARNIO, “Taking Rules Seriously”, pág. 184.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pág. 185.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pág. 187.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pág. 192.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pag. 187.

distinción débil no contribuirían en nada para fundamentar la pretendida separación entre reglas y principios.

## 2.5. Principios como reglas (la crítica de Atienza/Manero)

Otra de las críticas que se dirigen en contra de la diferenciación entre principios y reglas esgrimida por Alexy es la elaborada por los profesores de Alicante Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero<sup>87</sup>. Esta crítica se puede desdoblar en dos niveles: el nivel teórico-normativo y el nivel estructural.

### 2.5.1. Nivel teórico-normativo: los principios como reglas

En función al grado de su cumplimiento, los principios se pueden clasificar en dos categorías: principios en sentido estricto y principios en sentido amplio como normas que determinan fines o normas programáticas<sup>88</sup>. Los principios en sentido estricto serían normas que expresan los valores rectores del sistema jurídico y por ende no pueden ser cumplidos en distintos grados. Un ejemplo de estos principios sería el artículo 14 de la Constitución española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. De otro lado, los principios en sentido amplio son normas que determinan fines o normas programáticas. Este tipo de normas exigen el cumplimiento de un fin determinado. Dicho cumplimiento sí puede darse en grados distintos. Un ejemplo para principios en sentido amplio será el artículo 51 inciso 1 de la Constitución española: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. De ahí se puede deducir que los principios en sentido estricto poseen una estructura de regla, mientras que los principios en sentido amplio, entendidos como normas que determinan fines o programáticas, tienen una estructura de mandato de optimización.

Contra esta “diferenciación interna” se puede objetar el hecho que Atienza/Manero parten de una reconstrucción errónea de la idea de los

---

<sup>87</sup> M. ATIENZA/J. Ruiz MANERO, *Las piezas del derecho*, pág. 28 y ss.

<sup>88</sup> Una opinión similar en SERNA/TOLLER, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, pág. 23.

principios. Ambos profesores ignoran, que los principios están unidos fuertemente con el concepto de cumplimiento *prima facie*. Que un principio exija un cumplimiento *prima facie* significa que su cumplimiento gradual está ordenado en la mayor medida posible. El hecho de que pueda introducirse una cláusula de excepción en el principio, en la forma en que los profesores Atienza/Manero reconstruyen el artículo 14 de la Constitución española<sup>89</sup>, no significa que ese principio demuestre poseer una estructura de regla, sino que dicho principio fue transformado en una regla. „Cada principio puede asimilarse a una norma todo-o-nada mediante una cláusula general de reserva como aquella que establece: ‘y cuando otro principio contrario con mayor peso no ordene otra cosa’”<sup>90</sup>. Lo que muestra el ejemplo proporcionado por Atienza/Manero es una regla cuyo supuesto de hecho es general, pero no un principio con estructura de mandato de optimización<sup>91</sup>.

#### 2.5.2. Nivel estructural: la completud del supuesto de hecho

Más allá de la distinción interna entre principios en sentido estricto y principios como normas que determinan fines o programáticas, las reglas y los principios se pueden diferenciar en función a la certeza de sus supuestos de hecho. Los principios serían normas cuyo supuesto de hecho (*Tatbestand*) es indeterminado (abierto), mientras que las reglas serían normas con un supuesto de hecho determinado. “La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios

---

<sup>89</sup> “Un principio como el formulado en el art. 14 de la Constitución española, visto como principio secundario, puede, nos parece, presentarse en forma de un enunciado condicional como el siguiente: *Si* (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual, etc.) y en relación con el caso individual o genérico de que se trate hay una oportunidad de discriminar por factores de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social y no concurre otro principio que, en relación con dicho caso, tenga un mayor peso, *entonces* (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar por cualquiera de los factores antes citados”. M. ATIENZA/J. Ruiz MANERO, *Las piezas del derecho*, pág 31.

<sup>90</sup> ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, pág. 120 y ss.

<sup>91</sup> De la misma opinión es Aleksander PECZENIK, “Legal Principles According to Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero”, en *Interests, Morality and the Law*; Aulis Aarnio y otros (eds.), Tampere, Institute for Social Sciences, 1996, pág. 84- 88, 87.

no puede formularse una lista cerrada de las mismas”<sup>92</sup>. Atienza/Manero llaman a esto una diferenciación externa de tipo estructural. Ellos parten de que los principios no contienen desde un inicio todos los supuestos de aplicación. Esto implicaría, según Atienza/Manero una “*radical indeterminacy*”, que caracterizaría a la diferenciación entre reglas y principios<sup>93</sup>.

Este aspecto de la crítica de Atienza/Manero se asemeja a al criterio de generalidad para distinguir entre reglas y principios mencionado líneas arriba, es decir a la tesis de la distinción débil<sup>94</sup>. El supuesto de hecho de un principio no se concretiza a nivel del enunciado normativo, sino que se concretizará luego de ser ponderado y con respecto a un caso concreto. Es decir a nivel de la aplicación. El carácter *prima facie* de los principios implica la posibilidad de alcanzar un estado ideal. En tanto y en cuanto el principio a través de un mandato de optimización (mandato a ser optimizado) se convierta en un deber ser real, su supuesto de hecho será concretizado. Un principio, ya optimizado, será empleado como regla para resolver el caso concreto. Esto será explicado con más detenimiento cuando desarrollemos la estructura de la ley de colisión. Esta objeción desconoce también el hecho de que siempre se pueden introducir cláusulas de excepción a las reglas a través de principios, esto se corresponde con el llamado carácter *prima facie* de las reglas<sup>95</sup>. Con ello no se puede afirmar que las reglas tienen un supuesto de hecho cerrado. Esto da pie a otra de las críticas de las que ha sido objeto la distinción entre reglas y principios, nos referimos a las tesis de la derrotabilidad (*Defeasibility*) de las reglas.

## 2.6. La derrotabilidad de las normas y la distinción entre reglas y principios

La teoría normativa de la derrotabilidad o *defeasibility legal reasoning* defiende la tesis de que las normas pueden ser debilitadas a través de la

---

<sup>92</sup> ATIENZA/MANERO, *Las piezas del derecho*, pág. 30 y ss.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pág. 31.

<sup>94</sup> Alfonso GARCÍA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 144.

<sup>95</sup> “La necesidad de un modelo diferenciado resulta de que es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una cláusula de excepción. Cuando esto sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso. La introducción de una cláusula de excepción puede llevarse a cabo en razón de un principio”. Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 80.

introducción en ellas de argumentos (excepciones) que las contradigan. En vista de la limitada capacidad de prever las futuras excepciones a una norma, sería imposible garantizar categóricamente la validez de una norma. Este punto de vista no es nuevo, ya Hart afirmaba que la *defeasibility* es una característica esencial de las normas<sup>96</sup>. La estructura racional que se encuentra detrás de la derrotabilidad o *defeasibility reasonig* en el modelo de la lógica no-monotónica.<sup>97</sup> En oposición a la lógica monotónica o clásica, la lógica no-monotónica afirma que a través de la introducción de nuevas premisas, el paso de la premisa mayor a la conclusión se hace imposible. Así, Giovanni Sartor sostiene que la lógica monotónica no está en condiciones de explicar las estructuras fundamentales de las normas: “Classical Logic deduces consequences implied by subset of the available premises, consequences necessarily true when all premises in that subset are true and therefore never defeated by further information. Therefore, it is unable to deal with defeasibility: it cannot express the normative structures grounding defeasibility and cannot perform the inferences required by these structures”<sup>98</sup>.

Si siempre es posible introducir a las normas nuevas premisas o excepciones, entonces esto significa que todas las normas, sean estas reglas o principio, tienen la característica de ser derrotables. En consecuencia, una distinción entre reglas y principios a nivel estructural es imposible. “The distinction between rules and principles, if grounded upon defeasibility, is not a partition between categories of norms with different logical structures, but at most, an

---

<sup>96</sup> Herbert L. A. HART, “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Logic and Language*, A. Flew (ed.), Blackwell 1951, págs. 145-166, 150; también de la misma opinión: Giovanni SARTOR, “Defeasibility in Legal Reasoning”, en *Rechtstheorie* 24 (1993), págs. 281-316, 301; Henry PRAKKEN, *Logical Tools for Modelling Legal Arguments. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht, Kluwer, 1997, pág. 47; para una opinión discordante cfr. Juan C. BAYÓN, “Why is Legal Reasoning Defeasible?”, en *Diritti&questione pubbliche* 2 (2002), pág. 1-18, 2.

<sup>97</sup> Un desarrollo a nivel del campo de la filosofía, computación e inteligencia artificial de la defeasibility logic se conoce como “lógica paraconsistente”. Son relevantes los trabajos de Graham PRIEST, *An Introduction to Non-Classical Logic: From If to Is*, 2. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008; así como los del profesor brasileño Newton C. A. da COSTA, “On the theory of inconsistent formal systems”, en *Notre Dame Journal of Formal Logic* 15 (1974), págs. 497-510, Newton C. A. da COSTA /V. S. SUBRAHMANIAN, “Paraconsistent logic as a formalism for reasoning about inconsistent knowledge bases”, en *Artificial Intelligence in Medicine* 1 (1989), págs. 167-174. Cabe señalar que el término “paraconsistente” (más allá de la consistencia) fue introducido por primera vez por el filósofo peruano Francisco Miró Quesada Cantuarias en la Tercera Conferencia Latinoamericana de Lógica Matemática (1976).

<sup>98</sup> SARTOR, „Defeasibility in Legal Reasoning“, pág. 301.

empirical and gradual distinction, concerning the prevalence of aspects that each norm owns [...]”<sup>99</sup>.

Sin embargo, una distinción entre reglas y principios también puede ser fundamentada con ayuda de la tesis de la derrotabilidad. Derrotabilidad en las reglas es lo mismo que decir que ellas pueden contener excepciones. Las reglas son derrotables, ya que la totalidad de las excepciones posibles no puede determinada de ante mano. La imposibilidad de preveer las futuras excepciones se origina de: la limitada capacidad humana para preveer acontecimientos futuros y la posibilidad de introducir, en base a principios, excepciones en las reglas<sup>100</sup>. Mientras que los principios no son derrotables en este sentido. En los principios las futuras situaciones jurídicas y fácticas posibles, bajo las cuales serán desplazados y serán impuestos, se determinan a través de la ponderación<sup>101</sup>. En consecuencia, los principios no son normas derrotables en el sentido de esta teoría.

Esto no proporciona un criterio adicional para fundamentar la distinción entre reglas y principios. Sin embargo, es discutible qué es lo que ocurre cuando un principio colisiona con una regla. En básicamente se introducirá una excepción en la regla en virtud de un principio, dicha regla será determinada por la ponderación entre el principio que fundamenta la regla y el principio que juega en sentido contrario. Dado que las reglas son razones autoritativas, están respaldadas por un principio formal, mismo que exige que las razones autoritativas sean respetadas *prima facie* en la mayor medida posible. Si ocurre un conflicto entre un principio  $P_m^2$  y el principio  $P_m^1$  que fundamenta la regla, deben ser ponderados conjuntamente el principio  $P_m^2$  con el principio  $P_m^1$  que fundamenta la regla, así como con el principio formal  $P_f$  que exige el cumplimiento *prima facie* de la regla<sup>102</sup>. Dicha operación puede ser expresada a través de una relación de prioridad condicional del tipo de la ley de colisión. Esta relación tiene la siguiente construcción lógica:

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, pág. 306.

<sup>100</sup> WANG, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, S. 78.

<sup>101</sup> De la misma opinión es Carsten BÄCKER, „Rules, Principles, and Defeasibility. Distinguishing Rules and Principles through Defeasibility“, en *ARSP* 119 (2010), págs. 79-92, 83: “Thus, legal rules always have the capacity to accommodate exceptions, that is to say, they are defeasible. Contrariwise, I claim that principles as optimizations commands do not accommodate exceptions in this sense”. Cfr. aquí también BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, pág. 112.

<sup>102</sup> Cfr aquí WANG, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, pág. 36.

- (1)  $R_i \leftrightarrow P_f \square P_m^1$
- (2)  $(P_f \square P_m^1 \mathbf{P} P_m^2) C_1 \rightarrow R_1$
- (3)  $(P_m^2 \mathbf{P} P_f \square P_m^1) C_2 \rightarrow R_2$

Donde  $R_i$  es la regla que está en conflicto con el principio material ( $P_m^2$ ). Dicha regla  $R_i$  está constituida por un principio formal ( $P_f$ ) y un principio material ( $P_m^1$ ) que la fundamenta.  $\mathbf{P}$  es el símbolo que expresa la prioridad de uno de los principios frente al otro.  $C_1$  y  $C_2$ , vienen a representar las condiciones en las cuales se dará dicha prioridad en favor de la regla  $R_i$  o a favor del principio material ( $P_m^2$ ) opuesto a ella. Finalmente  $R_1$  y  $R_2$  son las reglas resultantes que serán aplicables al caso concreto. En (2) el principio formal ( $P_f$ ) conjuntamente con el principio material ( $P_m^1$ ) que respalda a la regla tienen mayor peso que el principio material ( $P_m^2$ ) que está en conflicto en las circunstancias  $C_1$ . En (3) el principio material ( $P_m^2$ ) tiene mayor peso que el principio formal ( $P_f$ ) y el principio material ( $P_m^1$ ) que respalda la regla  $R_i$  en las circunstancias  $C_2$ .

En vista de que el concepto de derrotabilidad describe el carácter *prima-facie* de las reglas, se puede concluir que las reglas tienen una estructura distinta a la de los principios. Los principios no son derrotables, sino que son normas ponderables. Con ello la derrotabilidad de las normas no sirve como objeción a la distinción entre reglas y principios, sino más bien como criterio para acentuar esta distinción.

## Capítulo II

### Racionalidad de la ponderación

#### I. La justificación interna y la justificación externa

La racionalidad de la ponderación, así como la racionalidad de la subsunción, depende de la racionalidad de las premisas que sean introducidas en ella. La fundamentación de las premisas o argumentos que se introduzcan a la ponderación se identifica con el concepto de justificación externa. La justificación interna se refiere a la estructura interna del procedimiento ponderativo, expresada en la ley de colisión. Es decir, la justificación interna está identificada con la subsunción a la norma adscrita resultante de la ponderación de principios jurídicos.

El concepto de justificación interna y externa pertenece al nivel de la teoría de la fundamentación de las decisiones normativas, es decir a la teoría de la argumentación jurídica. En la justificación de decisiones normativas se identifican estos dos aspectos fundamentales: la justificación interna (*internal justification*) y la justificación externa (*external justification*). Dicha división fue planteada por el profesor polaco Jerzy Wróblewski. Dicho profesor clasificó a los tipos de fundamentación en internos y externos en función a la factibilidad de deducir el resultado lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación<sup>103</sup>.

##### 1. La justificación interna

Se llama justificación interna a la derivación lógica del resultado argumentativo de las premisas que conforman su antecedente. Es decir, se llega al resultado a través de un silogismo jurídico.

La forma más simple del esquema de justificación interna es:

---

<sup>103</sup> Es el profesor polaco Wróblewski quien por primera vez elabora esta distinción, cfr. Jerzy WRÓBLEWSKI, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie* 5 (1974), págs. 33-46, 39 y ss. Posteriormente en el ámbito de la teoría del derecho anglosajona fue MacCormick quien desarrolló la distinción entre *first order justification* y *second order justification* en su teoría del razonamiento jurídico, cfr. Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 19 y ss, 101 y ss.

- (1\*)  $\forall(x) [Tx \rightarrow ORx]$   
 (2\*)  $Ta$   
 (3\*)  $ORa$       (1\*), (2\*)

La cual debe ser leída como:

(1\*) “Para todo x vale: si (x) es un T, entonces está obligado R respecto de (x)”.

(2\*) (a) es un T,

(3\*) Por lo tanto está obligado R respecto de “a”.

$\forall(x)$  es un cuantor universal y se lee: “Para todo x vale...”

“x” es un *individuum variable*, es decir, una elemento que puede ser reemplazado por cualquier otro, sea este por ejemplo el nombre de una persona, o cosa, una idea, un enunciado jurídico, etc. En el ámbito del discurso jurídico puede ser cualquier sujeto dentro del dominio de las personas naturales o jurídicas.

“a” es lo que se llama un *individuum constante*, es decir, la determinación del *individuum variable*. Por ejemplo: Juan, libro, justicia, persona humana, etc.

“T” es un predicado respecto de los *individuum* (sean variables o constantes) y representa el supuesto de hecho. Por ejemplo: Si x es un..., quien mata a otro..., la dignidad humana es el fin supremo del Estado..., etc.

“R” es un predicado que expresa qué es lo que tiene que hacer el destinatario de la obligación “O”. En el ámbito jurídico “O” vendría a ser una norma.

Para ejemplificar este esquema silogístico utilizaremos el siguiente ejemplo proporcionado por el propio Alexy:

(1\*) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.

(2\*) El señor M es un soldado.

(3\*) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio.<sup>104</sup>

No obstante es doctrina mayoritaria identificar a la justificación interna con el silogismo jurídico referido a la aplicación de reglas, existe otro esquema formal que constituye la justificación interna de la aplicación de principios, este es el de la fórmula del peso. Así, mientras que la justificación interna de la subsunción es el silogismo, la justificación interna de la ponderación (como

---

<sup>104</sup> ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 214 y 215.

método de aplicación de principios) es la fórmula del peso. Más adelante nos avocaremos con más detalle a la estructura de la ponderación.

## 2. La justificación externa

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Según Alexy dichas premisas pueden ser de tres tipos distintos: reglas de Derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.

Respecto de la justificación de los enunciados jurídicos (reglas de derecho positivo) y de los enunciados empíricos, basta demostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico o razonabilidad empírica respectivamente. Es en el tercer tipo de premisa que la argumentación jurídica tiene lugar, es decir, se argumenta respecto de premisas que no son reglas de Derecho positivo ni enunciados empíricos. Sin embargo, entre estos tres procedimientos de fundamentación existen múltiples relaciones<sup>105</sup>. Así para interpretar una norma de derecho positivo, o para fundamentar su validez se puede requerir además de las reglas del derecho positivo, también de enunciados empíricos como por ejemplo el análisis de las circunstancias fácticas referidas a la misma. Así como de premisas provenientes del discurso práctico general.

## II. La ponderación como elemento constitutivo del test de proporcionalidad

El juicio de ponderación, como estructura metodológica para la aplicación de derechos fundamentales entendidos como principios, es parte del llamado principio de proporcionalidad<sup>106</sup>. Este principio de interpretación ha venido empleándose en la resoluciones del Tribunal Constitucional peruano desde hace ya algunos años. No obstante fue la resolución STC 0045-2004-AI/TC que desarrolló la estructura del principio de proporcionalidad con mayor precisión a nivel de nuestro máximo intérprete de la Constitución.

---

<sup>105</sup> ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, pág. 222.

<sup>106</sup> ALEXY, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", pág. 436; *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 91; STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, pág. 818.

El principio o test de proporcionalidad está constituido por tres subprincipios: el principio de adecuación o idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación<sup>107</sup>. Los dos primeros representan un análisis medio-fín, referido a la medida que limita un principio jurídico<sup>108</sup>. El tercero se refiere a un análisis de la media restrictiva en función a la intensidad de la afectación que ella representa para un principio contrapuesto.

Los principios como mandatos de optimización exigen ser realizados en la mayor medida, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto se corresponde con el principio de proporcionalidad en sentido amplio y sus tres subprincipios. La realización en relación a las posibilidades fácticas, será determinada por dos principios, específicamente a través del principio de adecuación y el principio de necesidad<sup>109</sup>. Para la realización de las posibilidades jurídicas se requiere del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Éste principio exige que sea llevada a cabo una ponderación entre los principios contrapuestos, en el sentido de la ley de colisión. Estos principios contrapuestos limitan, según las condiciones en las cuales se presente la colisión, su ámbito de realización jurídica<sup>110</sup>. La ponderación se constituye como la principal característica de solución en caso de colisión de principios, ella establece una relación de prioridad condicionada entre los principios que colisionan. Cuando el cumplimiento de un principio presupone el no cumplimiento de otro, se debe de hallar una relación fundamentada racionalmente entre estos principios. Así se sigue la fórmula del peso:

---

<sup>107</sup> Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 91 y ss; Javier BARNÉS, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de derecho público* 5 (1998), págs. 15-49, 18; Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 686 y ss. En contra de la inclusión de la ponderación como tercer elemento del principio de proporcionalidad cfr. Bodo PIEROTH/Bernhard SCHLINK, *Staatsrecht II*, 26ta. ed., Heidelberg, C F. Müller, 2010, pág. 70 (Rn. 304); Bernhard SCHLINK, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, T. II, Peter Badura/Horst Dreier (ed.), Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001, pág. 455; *Id.*, “Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ* 1984, pág. 462.

<sup>108</sup> BARNÉS, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, pág. 25 y ss; Laura CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pág. 54 y ss.

<sup>109</sup> Cfr. BOROWKI, *Grundrechte als Prinzipien*, pág. 90.

<sup>110</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 92.

“Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>111</sup>.

### III. La ponderación como procedimiento racional

Existen, en principio, tres operaciones básicas para aplicar normas: la subsunción, la ponderación y la comparación de casos o analogía<sup>112</sup>. La ponderación es el criterio metodológico para aplicar principios. Ella permite resolver el conflicto entre dos principios jurídicos a través del establecimiento de una relación de prioridad condicionada aplicable al caso. Dicha prioridad condicionada no se limita a la resolución del conflicto que la origina, sino que sirve para la resolución de futuros conflictos de principios en circunstancias iguales. La ponderación permite analizar entonces dos bienes jurídicos no solamente en vía comparativa, sino que además permite identificar el grado de incidencia del uno en el otro y determinar así, en base a un procedimiento racional, cuál de los dos tendrá prioridad en el caso concreto.

Innumerables críticas se han dirigido en contra del procedimiento ponderativo. Se le ha tildado de irracional<sup>113</sup> y hasta peligroso para el Estado

---

<sup>111</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 138.

<sup>112</sup> La posición dominante en la metodología del derecho sostiene que únicamente en función de la subsunción se puede lograr una fundamentación racional de las decisiones jurídicas, cfr. Karl ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 11ra. ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2010, págs. 83 y ss; Joachim KOCH/Helmut RÜBMANN, *Juristische Begründungslehre*, München, C.H. Beck Verlag, 1982, págs. 6, 21 y ss, 67 y ss, 78 y ss; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, págs. 260 y ss; MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, págs. 19 y ss; Reinhold ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 9na. ed., München, C. H. Beck, 2005, págs. 87 y ss. Posteriormente Alexy extiende el modelo tradicional agregando el procedimiento ponderativo como segundo elemento básico para la aplicación del derecho, cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 135 y ss, *Id.*, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, págs. 433-449, 433 y ss. Finalmente Alexy se afirma que existe una tercera operación para aplicar derecho, la comparación de casos o analogía, cfr. Robert ALEXY, “Two or Three?”, *ARSP*, Beiheft 119 (2010), págs. 9-18.

<sup>113</sup> Javier JIMÉNEZ, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 73, Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, pág. 315; Bernhard SCHLINK, “Freiheit durch Eingriff Abwehr- Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, págs. 457-468, 462, *Id.*, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit” en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, P. Badura y H. Dreier (eds.), Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001, págs., 445-465, 445, 460. Así mismo, a nivel de la jurisprudencia norteamericana, el juez Scalia se ha manifestado en contra del proceso ponderativo argumentando que el mismo implica realizar una comparación de dos magnitudes inconmensurables, sería como determinar “si una línea es más larga que lo que una determinada piedra es más pesada”, cfr. *Bendix Autolite Corp. vs. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988). Para un excursu ilustrativo sobre el estado actual del debate en torno a la ponderación cfr. *Desafíos a la*

democrático<sup>114</sup>. Estas críticas, sin embargo, no han podido minar las bases teóricas y fácticas de la ponderación.

El tribunal constitucional peruano ha asumido el concepto de ponderación en múltiples sentencias<sup>115</sup>, así mismo, ha hecho suyo al principio de proporcionalidad<sup>116</sup>, mismo que constituye la concretización de los postulados de la teoría de los principios<sup>117</sup> y por ende de la ponderación en el sistema jurídico.

Los tres problemas son los problemas que supuestamente la ponderación no pueden resolver: el problema de su estructura, el problema de su racionalidad y el problema de su legitimidad.

Si la ponderación no muestra una estructura interna que permita alcanzar soluciones racionales, dicho procedimiento sería simplemente un juego arbitrario. Como juego arbitrario no podría legitimar decisión jurídica alguna, es por ello que la clave para demostrar la legitimidad de la ponderación reside en su estructura.

Ciertamente, que la ponderación pueda ofrecer un alto grado de racionalidad a las decisiones jurídicas, no necesariamente implica el hecho de que ella no pueda ser usada para fines ajenos a los relacionados con la racionalidad del discurso jurídico. En efecto, otro de los defectos que se le atribuye a la ponderación es el peligro de subjetividad que representaría en fundamentación de las decisiones jurídicas. Se sostiene que la ponderación es utilizada por los operadores jurídicos para justificar decisiones arbitrarias. La crítica afirma que el operador jurídico toma una decisión en función a su subjetividad y que es posteriormente cuando trata de justificarla utilizando el procedimiento ponderativo. Esta crítica no es una objeción a la ponderación, sino al uso que

---

*ponderación*, Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

<sup>114</sup> Erst W. BÖCKENFÖRDE, “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, en W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pág. 185.

<sup>115</sup> STC N° 6712-2005-HC/TC; 8726-2005-PA/TC; 0007-2006-AI/TC 1209-2006-AA/TC; 0815-2007-PHC/TC; 4530-2008-HD/TC; 0579-2008-PA/TC; 0024-2010-AI/TC, entre otras.

<sup>116</sup> STC N° 0010-2002-AI/TC; 0649-2002-AA/TC; 0008-2003-AI/TC; 1277-2003-HC/TC; 0016-2004-AI/TC; 0045-2004-AI/TC, 0048-2004-PI/TC; 0050-2004-AI/TC; 1875-2004-AA/TC; 2235-2004-AA/TC; 6626-2006-PA/TC; 0579-2008-PA/TC, entre otras.

<sup>117</sup> Esta es la llamada tesis de la implicación recíproca: la estructura de los derechos fundamentales como principios implica al principio de proporcionalidad y vice versa. Cfr. Robert ALEXI, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 91 (2011), págs. 11-29, 19 y ss. Una tesis similar también en ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 91.

se hace de ella. Esta crítica no apunta a la estructura racional de la ponderación, sino a la calidad de los argumentos que son introducidos en ella. Una crítica similar podría ser ensayada respecto del procedimiento subsuntivo, ya que es posible que el operador jurídico introduzca premisas falsas o irracionales al supuesto de hecho, llegando a una conclusión lógicamente correcta (verdad lógica), pero materialmente injusta o arbitraria.

Los peligros de la ponderación están por fuera de ella, no residen en su estructura interna. Ellos son deducibles de la teoría que la fundamenta. Así mismo, los peligros de la ponderación no deben ser confundidos con los límites de la ponderación, ya que estos, sí residen en la ponderación misma, pero se deben a los límites del conocimiento humano.

La estructura del juicio ponderativo se constituye, como ya se mencionó líneas arriba, de tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación<sup>118</sup>.

#### IV. Estructura de la ponderación

##### 1. Ley de ponderación

La ley de la ponderación constituye el substrato estructural que dota de racionalidad al procedimiento de la ponderación. De ella se deriva la denominada fórmula del peso, cuyo resultado se expresa a su vez en la denominada ley de colisión<sup>119</sup>. La ley de ponderación no es más que un enunciado condicional que pone en relación de implicación recíproca a dos principios, dicha ley tiene la siguiente formulación:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”<sup>120</sup>.

En este enunciado se pueden reconocer tres elementos básicos que permitirán determinar el peso o importación de los principios en liza:

---

<sup>118</sup> ALEXY, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, pág. 36 y ss; Carlos BERNAL, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa* 26 (2003), págs. 225-238, 227; Carlos BERNAL, “La racionalidad de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 77 (2006), págs. 51-75, 60.

<sup>119</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 108.

<sup>120</sup> Robert ALEXY, “La fórmula del peso”, en *Teoría de la argumentación jurídica*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 349-374, 351.

- El grado de afectación o intervención en el principio afectado.
- El grado de importancia de la satisfacción del principio afectante.
- Determinar si el grado de satisfacción del principio afectante justifica la afectación o intervención del principio afectado.

La racionalidad de la ponderación reside en la posibilidad de determinar grados de afectación o intensidad de intervención, grados de importancia de satisfacción y la relación entre estos grados en el caso concreto. Por ello la racionalidad de la ponderación reside en su propia estructura.

## 2. La escala triádica

La racionalidad de la ponderación se deriva entonces de la estructura que pone en relación dos principios. Esta estructura requiere de parámetros comparativos que permitan poner en relación a los principios en conflicto. Dichos parámetros comparativos son los grados con que un principio interviene al otro y viceversa. La determinación de los grados de intensidad en la afectación de un principio en relación con otro, se da a través de la determinación de escalas de afectación. Alexy propone el empleo de una escala triádica para lograr establecer el grado de afectación. Dicha escala está compuesta por grados de afectación débil, moderada y grave. Un ejemplo de afectación leve en un principio (digamos el derecho a la libertad de profesión o de oficio) sería una ley que obligara a los productores de cigarrillos y colocar en los empaques de cigarrillos avisos acerca de las consecuencias nocivas para la salud que trae el hábito de fumar en exceso. Una intervención moderada sería una ley que prohíba a los productores de tabaco distribuir sus cigarrillos en determinados lugares. Por último una intervención grave la constituiría el hecho de prohibir de plano la venta de cigarrillos.

Estas intervenciones al derecho a la libertad de oficio o de profesión del productor de cigarrillos se realizan con el objeto de proteger a la población de los peligros para su salud. Está comprobado científicamente que el consumo excesivo de cigarrillos causa enfermedades como el cáncer, así como enfermedades cardio-vasculares. Por esta razón podríamos asignar a este principio, que afecta al de libertad de oficio o profesión, una importancia grave.

Si ponemos en relación a la importancia grave (elevada) de proteger la salud de la población con la intensidad leve de la afectación al derecho a la libertad de profesión o oficio de los productores de cigarrillos a través de la obligación de colocar avisos de las consecuencias para la salud que acarrea fumar en exceso, entonces el resultado es fácil de determinar:

“La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve”.

Este constituye un ejemplo básico de aplicación de la ley de ponderación. Con el se demuestra que la estructura de la ponderación basada en la ley de la ponderación permite lograr decisiones con alto grado de racionalidad y de legitimidad.

Hasta aquí podría argumentarse que la ponderación solo encuentra aplicación en casos en los que el problema sea reducible a cantidades determinables como es el dinero. Ello sería un error, pues la ponderación también es aplicable a casos que traten sobre bienes inmateriales como son el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. En estos casos la ponderación servirá para analizar los principios enfrentados en función al grado de afectación de uno con el grado de importancia de la satisfacción del otro.

El procedimiento ponderativo requiere entonces de algún criterio para poder determinar los grados de afectación. Este criterio lo constituye la llamada escala triádica de intensidad de la intervención. El procedimiento ponderativo no depende absolutamente de una escala compuesta por tres grados. Se puede realizar una ponderación incluso con solo dos grados, así como también son posibles más grados que sólo tres.

Sin embargo, la praxis de los tribunales demuestra que generalmente en sus argumentaciones recurren a una escala triádica, misma que se constituye de un valor leve (l), uno moderado (m) y uno otro grave o intenso (g)<sup>121</sup>.

Con estas tres variables se determinara el grado de, por un lado, intervención en el principio afectado, y por el otro, el grado de importancia de satisfacer al principio afectante. Cada uno de estos principios, en función a las circunstancias del caso, podrá denotar, según corresponda, si la intervención es

---

<sup>121</sup> STC N° 0045-2004-AI/TC.

leve, moderada o grave, así como si el grado de importancia de satisfacción del principio afectante es leve, moderado o fuerte (grave).

De esta manera, siguiendo a Alexy, se podría formalizar las variables que están en relación a través de la ponderación. El principio afectado podría denotarse como  $P_i$ , mientras que la intensidad de afectación a dicho principio puede tomar la forma  $IP_i$ , donde  $I$  denota a la variable “intensidad”, que luego será reemplazada por alguno de los valores de la escala triádica que explicamos líneas arriba.

Lo mismo podría decirse del principio afectante, mismo que, siguiendo la lógica utilizada para el principio afectado, tendría la siguiente notación:  $IP_j$ . Ahora bien, para efectos de simplificación, podríamos reducir estas notaciones sencillamente a  $I_i$  (intensidad de la afectación en el principio afectado  $P_i$ ) y a  $I_j$  (grado de importancia de satisfacción del principio afectante  $P_j$ )<sup>122</sup>.

Cabe mencionar que todas las afectaciones o intervenciones, así como importancias de satisfacción, se dan en un caso concreto, nunca en abstracto. Por ello renunciamos a colocar algún símbolo que denote que la intensidad de intervención, así como, la importancia de satisfacción son variables concretas. Esto para evitar confusión cuando tratemos la variable “peso abstracto”.

La racionalidad de la ponderación reside en la graduabilidad de la intensidad de la intervención o afectación en un principio y la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

Dicha graduabilidad se da, como se mostró líneas arriba, a través de una escala triádica compuesta por las variables leve (l), moderado (m) y grave o intensa (g). De la combinación de las variables asignadas a la intensidad de la intervención  $I_i$  y de las asignadas a la importancia de la satisfacción  $I_j$ , se pueden generar los siguientes nueve supuestos:

- (a)  $I_i : g, I_j : l$
- (b)  $I_i : g, I_j : m$
- (c)  $I_i : m, I_j : l$

---

<sup>122</sup> ALEXY, “La fórmula del peso”, pág. 358 y ss.

En estos tres primeros supuestos la intensidad de la intervención en el principio  $P_i$  no puede ser justificada por la importancia de satisfacción del principio  $P_j$ , con lo que  $P_i$  prevalece en el caso concreto.

(d)  $I_i : 1, I_j : g$

(f)  $I_i : m, I_j : g$

(g)  $I_i : 1, I_j : m$

En estos tres supuestos, el grado de intensidad de la interferencia o afectación en el principio  $P_i$  sí está justificado por la importancia de satisfacción al principio  $P_j$ , por lo que, en el caso concreto, el principio  $P_j$  tendrá prevalencia.

(h)  $I_i : g, I_j : 1$

(i)  $I_i : g, I_j : 1$

(j)  $I_i : g, I_j : 1$

Estos son los llamados casos de empate. Dichos empates constituyen un punto trascendental en la presente investigación, ya que ellos van a servir para fundamentar la discrecionalidad del legislador, misma que es exigida por el principio formal de la legitimidad democrática de la legislación.

Con esta breve explicación ya tenemos las bases suficientes para abordar el siguiente paso en el análisis de ponderación, la fórmula del peso.

### 3. Fórmula del peso

La fórmula del peso no viene a ser más que la propia ley de ponderación, pero expresada a través de una operación aritmética de división. En ella se colocarán las variables primarias:  $I_i$  y  $I_j$ , en relación a la afectación de la una sobre la otra. Esto se logra dividiendo ambas variables entre sí. Así mismo, serán asignadas las variables secundarias, es decir, el grado de intensidad o de importancia de satisfacción, según corresponda, provenientes de la escala triádica.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Para un desarrollo esquemático y exhaustivo de la fórmula del peso y de las escalas triádicas en la doctrina peruana cfr. Miguel A. LEÓN UTIVEROS, “El principio de

Así mismo, se introducirán dos variables más a cada una de las variables primarias ( $I_i$  e  $I_j$ ). Estas nuevas variables son: el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Dichas variables no tienen fuerza suficiente para decidir el caso sin estar en relación con las variables primarias. Más adelante nos detendremos brevemente para analizar a las mismas.

### 3.1. La forma abreviada

La fórmula del peso puede expresarse tanto en una extensión referida a solo dos principios (forma abreviada), así como expresarse en función de más de dos principios (forma extendida). En la forma abreviada sólo se tomará en cuenta, como ya se dijo, dos principios: el principio  $P_i$  y el principio  $P_j$ , cuyas intensidades e importancias serán  $I_i$  e  $I_j$ . Dichas variables primarias serán puestas en relación la una con la otra, a través de una división. El cociente de dicha división será el peso concreto de la intensidad de la intervención en el principio  $P_i$  en relación con  $P_j$ , mismo que denotaremos como  $W_{i,j}$ .

La representación de dicha relación en función de los dos principios en colisión sería:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

El siguiente paso consiste en asignar a  $I_i$  e  $I_j$  uno de los grados de intensidad de afectación o importancia de satisfacción provenientes de la escala triádica, es decir, se asignará un valor leve, moderado o grave (íntenso) a cada uno, según corresponda.

Ahora bien, ya que estamos hablando de una operación aritmética como lo es la adición, sería útil poder asignar a cada uno de los grados de la escala triádica un número que represente el grado creciente de la intervención en un principio, en relación con el grado creciente de la importancia de la satisfacción del otro. Así, utilizamos para tal fin una progresión geométrica ascendente, misma que correspondería a cada uno de los grados de la escala

---

proporcionalidad en sentido estricto: Metodología de la Ley de Ponderación y la fórmula del peso”, en *Foro Jurídico* 9 (2009), págs. 49-53.

triádica, con lo cual se les asignan los siguientes valores numéricos: leve:  $2^0$ , moderado:  $2^1$ , grave o intenso:  $2^2$ .

Los beneficios de optar por una progresión geométrica (escala discreta) y no por una aritmética (escala infinitesimal), basada en una sucesión de números como 1, 2, 3, reside en que la diferencia entre un nivel y el siguiente, en una progresión aritmética, sigue siendo siempre la misma ( $n+1$ ). Esto no se condice con la idea de la intensidad de la intervención o importancia de la satisfacción, mismos que por definición se incrementan de nivel a nivel, es decir, no existe una distancia constante entre los grados, éste siempre se irá incrementando:  $2^0, 2^1, 2^2 \dots 2^n$ .

Dependiendo de las circunstancias del caso y en función de argumentos, se asignara a  $I_i$  e  $I_j$  uno de estos valores.

Se debe aclarar que los números no reemplazan a las proposiciones, solo las representan,

Otro elemento que puede tomar parte, pero que no necesariamente, en la fórmula del peso, es el denominado “peso abstracto”. Sobre este elemento existe gran polémica, pues es indudablemente discutible que pueda asignarse de antemano un peso a un determinado derecho fundamental, sin tener en cuenta las circunstancias del caso. Esto implicaría abandonar el juicio particularista de la ponderación para asumir uno de carácter universalista y arbitrario. Sin embargo, dependiendo del modelo de Estado al que pertenezca el ordenamiento jurídico en cuyo marco se esté realizando la ponderación, se podría argumentar que de ese modelo político se pueden deducir ciertos pesos abstractos asignables o bienes jurídicos importantes para el sistema. Es así que en una democracia liberal que garantice los derechos fundamentales, como lo es la peruana, el derecho a la vida tiene un peso abstracto por sobre el de la libertad de expresión o el del honor. En otro modelo de Estado la situación podría ser distinta e incluso la opuesta. Basta decir que ésta variable introduce a la fórmula del peso consideraciones relativas al modelo político o de intereses de la realidad donde se le aplique.

Generalmente, ésta variable no desempeña un papel relevante dentro de la ponderación, por lo que es usual asignar un peso abstracto idéntico a cada una de los principios en colisión y de esta manera ambos pesos abstractos se

anularían recíprocamente. La introducción de estas variables se hará cuando las mismas no sean iguales, de serlo, se neutralizarían mutuamente<sup>124</sup>.

La notación para el peso abstracto será  $G_i$  cuando sea relativa al principio  $P_i$ , mientras que será  $G_j$  cuando sea relativa al principio  $P_j$ . A dichas variables también le serán aplicables los valores de la escala triádica, tal como fue explicado para el caso del grado de intensidad de la intervención o de la importancia de satisfacción.

La fórmula del peso adoptaría entonces la siguiente forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

La tercera y última variable de la fórmula del peso la constituye la llamada confiabilidad de las suposiciones o apreciaciones empíricas sobre la realización y no realización de los principios en liza. La relativización de la confiabilidad de las apreciaciones empíricas respecto de  $P_i$  y  $P_j$  se logra a través de la llamada segunda ley de ponderación, misma que corre paralela a la primera ley de ponderación o ponderación de la intensidad de la afectación y la importancia de satisfacción. Esta segunda ley de ponderación, llamada también como ley epistémica de la ponderación, se expresa a través del siguiente enunciado:

“Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”<sup>125</sup>.

Esta ley lleva el nombre de epistémica ya que no está referida, como si lo hace la primera ley de la ponderación, a la importancia material de los motivos que fundamentan la intervención. Esta ley epistémica se concentra sólo en la cualidad de las premisas empíricas que fundamentan la intervención.

Esta valoración de la calidad de las apreciaciones empíricas o premisas empíricas está referida al legislador. Es decir, sobre qué suposiciones empíricas se basó el legislador para emitir la norma que interviene al principio

---

<sup>124</sup> ALEXY, “La fórmula del peso”, pág. 368 y ss.

<sup>125</sup> Ibidem, pág. 370.

afectado. La seguridad de las premisas empíricas que fundamentan la decisión normativa del legislador, tienen que ver directamente con el reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad empírica al legislador. La escala triádica también es aplicable a este caso por lo que se le asignará a cada grado de seguridad en las premisas empíricas una determinada cantidad numérica. Ahora bien, no obstante es requerida también una escala triádica, dicha escala no será de la misma naturaleza que la escala triádica referida a la intensidad en la intervención o la importancia de satisfacción. Aquí se trata más bien de una escala que refleja los grados de seguridad epistémica, es decir, de conocimiento, que haya tenido el legislador para tomar su decisión. Estos grados epistémicos vendrían a ser seguro (g), plausible (p) y no evidentemente falso (e)<sup>126</sup>.

Dicha seguridad va desde un nivel donde la seguridad epistémica es mayor hasta uno donde dicha seguridad es menor. De ahí que se tenga que optar por una gradación decreciente.

A la seguridad de las premisas empíricas respecto de  $P_i$  se le asignará la variable  $S_i$ , a la seguridad de las apreciaciones empíricas respecto de  $P_j$  se le asignara la variable  $S_j$ .

De esta manera, cuando el conocimiento sobre las premisas empíricas que tenga el legislador sea seguro, le corresponderá  $2^0$ , cuando este conocimiento sea plausible  $2^{-1}$ , finalmente, cuando éste conocimiento no sea evidentemente falso le corresponderá un  $2^{-2}$ . De esta manera la fórmula abreviada del peso con sus tres variables posibles tendría la siguiente forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Estas aclaraciones bastan para poder analizar la fórmula del peso en el contexto de una colisión de principios (derechos fundamentales). Para tal fin se analizarán tres de las 256 constelaciones posibles de conflicto entre dos principios.

---

<sup>126</sup> A dichos grados les correspondería un grado de control por parte de la jurisdicción constitucional: control intensivo, control de plausibilidad y control de evidencia. Cfr. BverfGE 50, 290 (333).

La primera constelación está referida a una afectación grave de un principio, justificado por la importancia moderada de satisfacer el principio afectante. Bajo el supuesto de que ambos tengan el mismo peso abstracto y que el legislador tenga igual seguridad sobre las apreciaciones empíricas que fundamentan su decisión. Dicha constelación se deja expresar a través de la siguiente operación:

$$W_{i,j} = \frac{4 \cdot 1 \cdot 1}{2 \cdot 1 \cdot 1} = 2$$

Por lo que para el caso concreto es el principio  $P_i$  el que tiene prevalencia. En la segunda constelación tanto al grado de intensidad de la afectación, como el grado de la importancia de la satisfacción son graves, los pesos abstractos son iguales, pero el grado de seguridad de las apreciaciones empíricas es seguro (intensa) para  $P_i$ , mientras que para  $P_j$  es plausible.

$$W_{i,j} = \frac{4 \cdot 1 \cdot 1}{4 \cdot 1 \cdot \frac{1}{2}} = 2$$

En este caso son las variables  $S_i$  y  $S_j$  las que deciden el caso, por lo que  $P_i$  tiene prevalencia<sup>127</sup>.

Una tercera constelación posible plantea la igualdad entre la intensidad de interferencia y la importancia de la satisfacción, así como la igualdad existente entre los dos grados de confiabilidad de las apreciaciones empíricas respecto de  $P_i$  y  $P_j$ . La diferencia reside en el peso abstracto que cada principio tenga en el sistema normativo en el que se da la colisión. Este supuesto ha provocado innumerables críticas pues implicaría una jerarquización en abstracto de los derechos fundamentales entendidos como principios, lo que entraría en franca oposición con la labor de jurisdicción, así como implicaría fundamentar la jerarquización de unos derechos frente a otros.

---

<sup>127</sup> Un caso en la jurisprudencia constitucional alemana en el que se dio tal constelación fue el llamado *Mitbestimmungsurteil*. Cfr. BverfGE 90, 145(182).

Esto no es correcto, dado que en sistemas jurídicos como el peruano se suele asignar, a través de la jurisprudencia y de los principios generales del sistema, cierto peso abstracto a bienes jurídicos indispensables para el mantenimiento del modelo de Estado. Así, no se podrá negar que el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el derecho al honor, o que el derecho a la libertad de expresión tiene cierto peso abstracto mayor que el derecho al honor, o que el derecho a la libertad de expresión tiene cierto peso abstracto mayor que el de libertad de contratar. Se debe dejar constancia que la naturaleza del peso abstracto es solo argumentativa, no es categórica. El peso abstracto establece una carga argumentativa en favor del derecho fundamental al que favorece. Esto significa que si las circunstancias del caso así lo requieren, y existen argumentos suficientes para contradecir la carga, entonces dicha carga argumentativa de la que se deriva el peso abstracto desaparecerá.

### 3.2. La forma extendida

La fórmula extendida de la ponderación está referida a la complejidad de las variables a ser tomadas en cuenta para su construcción. Esta complejidad se refiere a la inclusión de más de dos principios tanto del lado del principio afectado, como del lado del principio afectante. Así mismo corresponderá a cada uno de estos nuevos principios sus respectivos pesos abstractos, así como la confiabilidad de las apreciaciones empíricas en las que cada uno de ellos se basa.

Esta extensión dejaría a la fórmula del peso con la siguiente notación:

$$W_{i-m, j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i + \dots I_{i-m} \cdot G_{i-m} \cdot S_{i-m}}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots I_{j-n} \cdot G_{j-n} \cdot S_{j-n}}$$

Esta fórmula es la denominada fórmula de la ponderación completa y ampliada. Dicha fórmula de la ponderación supone asumir un criterio acumulativo de los principios que pueden introducirse a cada lado. Cada uno

de estos principios, aunque con distinto objeto de optimización, deben de tener características materiales similares para poder ser acumulados.<sup>128</sup>

El problema reside en el supuesto de que se intenten sumar bienes individuales con bienes colectivos. Dicha operación implicaría la yuxtaposición de derechos ya incluidos el uno en el otro. Esto sería la prueba para sustentar la tesis de que el criterio de la acumulación es insuficiente para estos supuestos. La doctrina de la ponderación no ha podido responder aún a esta pregunta, lo cual no impide hacer uso del procedimiento ponderativo como un marco argumentativo para ordenar los razonamientos al momento de resolver el caso. La ponderación no proporcionara nunca una única respuesta correcta, sino más bien, dará el marco racional para llegar a la mejor respuesta posible en el caso concreto.

#### 4. La ley de colisión

La ley de colisión es la representación formalizada del resultado de una ponderación. La ley de colisión expresa una relación de precedencia condicionada entre dos principios jurídicos que genera una regla aplicable al caso concreto. Dicha ley sostiene que “las condiciones bajo las cuales el principio ( $P_i$ ) precede a otro principio ( $P_j$ ) constituyen el supuesto de hecho (C) de una regla (R) que expresa las consecuencias jurídicas del principio precedente”<sup>129</sup>. La ley de colisión tiene la siguiente forma:

$$(4) \quad (P_i \mathbf{P} P_j)C \rightarrow R$$

La regla que se genera es denominada también como norma adscrita<sup>130</sup>. Esta norma adscrita tiene carácter de regla, y será la norma individual a la que será subsumido el caso. Es decir, la ley de colisión representa la transformación del

---

<sup>128</sup> Para una reconstrucción de la forma extendida de la ponderación cfr. BERNAL, “La racionalidad de la ponderación”, pág. 73.

<sup>129</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 75.

<sup>130</sup> La definición de Norma adscrita no es nueva, fue Kelsen quien definió a la norma adscrita como la relación entre el supuesto de hecho (*Tatbestand*) con la integridad del ordenamiento (*Einheit der Ordnung*). De esta manera, por ejemplo, la persona viene a ser el punto de adscripción (*Zurechnungspunkt*) de una norma. “Los actos de las personas jurídicas son actos de personas, mismos que son adscritos al ente ficticio” (Trad. Alt), Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ra. ed., Aalen, Scientia Verlag, 1994, pág. 57. Cfr. también ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 78 y ss; BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pág. 110 y ss.

proceso ponderativo en un procedimiento subsuntivo. Con ello es válida la afirmación de que la ponderación comienza con dos subsunciones y termina con una subsunción.

La norma adscrita es el resultado de un proceso judicial de creación jurídica, dicho problema es conocido en la doctrina jurídica alemana como el problema del *Rechtsfindung* o *Rechtsgewinnung*. La ley de ponderación, la fórmula del peso y la ley de colisión constituyen entonces parte del procedimiento de creación judicial de derecho. Dicha problemática tiene como punto central la determinación de los límites competenciales reservados a la legislación y a la jurisdicción.

La ley de colisión constituye también un argumento a favor de la distinción entre reglas y principios. En efecto, como Alexy señala, la diferencia entre reglas y principios se muestra claramente en los conflictos entre reglas y la colisión entre principios. “Común tanto en la colisión entre principios como en los conflictos entre reglas es que dos normas, aplicadas cada una por si solas, llevan a resultados incompatibles, expresamente a dos juicios de deber ser contrarios. Ellas se diferencian en la forma en que se solucionan estos conflictos”<sup>131</sup>. Así la solución de los conflictos entre reglas está en la determinación de la validez de cada regla, por el contrario en la colisión de principios la solución no está en la validez de los principios que colisionan, pues ambos podrían pretenderla para si mismos, sino que el problema reside en la determinación del peso concreto y con ello una relación de prioridad condicionada en el caso concreto. En el conflicto entre reglas se trata de la pertenencia al ordenamiento jurídico. Por el contrario las colisiones entre principios sólo ocurren dentro del ordenamiento jurídico<sup>132</sup>.

#### 4.1. Conflictos entre reglas

Los conflictos entre reglas pueden ser resueltos de dos formas: O bien a través de la introducción de una cláusula de excepción en una de las reglas en conflicto, o bien a través de la declaración de invalidez de por lo menos una de

---

<sup>131</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 69.

<sup>132</sup> Ernst LUTHE, *Optimierende Sozialgestaltung*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001, pág. 431.

ellas<sup>133</sup>. Alexy da un ejemplo para esto: “El reglamento de una escuela que por un lado prohíbe abandonar el aula antes que suene del timbre de salida, y que por otro lado ordena precisamente lo contrario cuando suene la alarma de incendio. Este conflicto es fácil de resolver a través de la introducción de una “excepción en caso de incendio” a la prohibición de dejar el aula antes de que suene el timbre de salida. Si no se llegase a una solución tal, quedaría aun la posibilidad de por lo menos declarar por inválida a una de estas reglas”<sup>134</sup>.

#### 4.2. Colisión entre principios

La colisión entre principios se soluciona de otra manera. Más bien la solución está en determinar una relación de prioridad que esté en conexión con el concepto de “principios como mandatos de optimización”. Cómo se determina esta relación de prioridad, depende de la ley de colisión. Se trata de una relación condicionada a las circunstancias del caso. “La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede a otro. En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente”<sup>135</sup>.

Dos principios colisionan cuando cada uno de ellos conduce a distintos y contrarios juicios de deber ser. Ambos pretenden para sí validez y prioridad. Este tipo de colisiones han de ser resueltas al realizarse una ponderación entre los principios que colisionan. Lo que vale depende de cómo éste, en función de las circunstancias del caso, ha de ser resuelto<sup>136</sup>.

#### 5. Cargas argumentativas

Las cargas de argumentación son por un lado una exigencia de fundamentación y por el otro una razón a favor de los precedentes. Es una exigencia de fundamentación porque exige que las intervenciones a principios

---

<sup>133</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 69 y ss; *Id.*, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, pág. 95 y ss; *Id.*, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, pág. 72 y ss. Una opinión similar en: DWORKIN, *Taking rights seriously*, pág. 24.

<sup>134</sup> ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, pág. 96 y ss.

<sup>135</sup> ALEXY, *Teoría De los derechos fundamentales*, pág. 73.

<sup>136</sup> *Ibidem*, pág. 77.

jurídicos, digamos derechos fundamentales, se encuentren en una relación directamente proporcional con la contundencia de los argumentos que las justifiquen. “Los argumentos que jueguen a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental”<sup>137</sup>.

De otra parte, la carga de argumentación es una razón a favor de los precedentes. Ella establece la exigencia de presentar argumentos suficientes para poder apartarse de un precedente. Es decir, si dos casos son idénticos o análogos, la carga de argumentación exige que, de no existir argumentos suficientes que justifiquen una solución distinta, los casos idénticos o análogos deben ser resueltos de la misma manera, conforme a la regla originada en una ponderación previa. “La regla que establece una relación de precedencia condicionada debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos”<sup>138</sup>.

Con ello la carga de argumentación muestra un aspecto dinámico y otro estático. El aspecto dinámico está referido a la posibilidad de intervenir en el ámbito protegido de los principios jurídicos o a través de argumentos suficientes y que no impliquen desproporción. El aspecto estático está referido a la formación de una fuerza estabilizadora de las decisiones jurídicas, ya que ellas deberán de mantenerse inalteradas en futuros casos idénticos o análogos en tanto y en cuanto no existan argumentos que justifiquen su cambio. “Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de argumentación”<sup>139</sup>.

El primer aspecto de las cargas de argumentación apunta a la exigencia de razones suficientes y proporcionadas para la afectación de un principio jurídico. “El Estado debe justificar todas las intervenciones que practique dentro del mismo”<sup>140</sup>. Que el Estado justifique toda intervención a derechos fundamentales se corresponde con la función clásica de los derechos fundamentales, es decir, con la función de los derechos fundamentales como derechos de defensa de la persona frente al Estado.

---

<sup>137</sup> BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pág. 789.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 493; cfr. también *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, pág. 265.

<sup>140</sup> Bernhard SCHLINK, “Freiheit durch Eingriff Abwehr-Rekonstruktion des klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ* 1984, págs. 457-468.

El segundo aspecto de la carga de argumentación apunta la universalidad de la relación de prioridad condicionada resultante de la ponderación. En efecto, la regla que afirma la precedencia de  $P_i$  ante  $P_j$  en determinadas circunstancias no solamente es válida para el caso concreto, sino que para todos los demás casos en que ambos principios vuelvan a colisionar bajo las mismas circunstancias, a excepción de que existan razones suficientes, referidas al caso, que justifiquen una decisión diferente.

Ambos aspectos de las cargas argumentativas se encuentran en una relación de implicación necesaria, ya que sin una relación de prioridad condicionada resultante de la afectación de un principio por otro, no se podrá estatuir una regla aplicable al caso que sirva de precedente para casos idénticos o análogos en el futuro.

Sin embargo, es posible que el grado de afectación de un principio sea igual al grado de importancia de satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Si no se puede determinar cuál de los dos principios enfrentados es quien tiene preferencia frente al otro en el caso concreto, no se podrá configurar una relación de precedencia condicionada, si no se da una relación de precedencia condicionada, no podrá cumplirse con la carga de argumentación que exige aplicar a los casos futuros el resultado de esa ponderación.

Este es el caso del empate en la ponderación. En caso de empate surge una tercera carga de argumentación, esta vez no estará referida a los derechos fundamentales como derechos de defensa, o al respeto de los precedentes, sino una carga argumentativa a favor del legislador. Esta carga exige que las decisiones tomadas por el legislador democráticamente legitimado deberán ser respetadas en la mayor medida posible, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas referidas al caso. Esta carga de argumentación a favor del legislador es llamada principio formal.

## Capítulo III

### Peligros y límites de la ponderación

#### I. Peligros de la ponderación

##### 1. El peligro de la irracionalidad

La objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación. Esta objeción sirve a su vez de fundamento para las demás críticas que acusan a la ponderación de ser un procedimiento subjetivo, ser una figura retórica que enmascara decisiones arbitrarias, e incluso de ser un procedimiento a través del cual se comparan magnitudes inconmensurables. Por ello, en la medida que se pueda responder satisfactoriamente a la objeción de irracionalidad, se podrá demostrar la falsedad de las críticas derivadas de ella. “La racionalidad de la ponderación no es condición suficiente para la refutación de las otras objeciones; pero ella es, en todo caso, una condición necesaria para esto”<sup>141</sup>.

Así mismo, las consecuencias de la irracionalidad de la ponderación serían devastadoras para la teoría de los principios. En efecto, si la ponderación se demostrara como irracional, la teoría de los principios, misma que define a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, entraría en crisis y con ella el principio de proporcionalidad que por definición se deriva de la definición de principio.

##### 1.1. Los principios como valores y la irracionalidad de la ponderación: la crítica de Jürgen Habermas

Jürgen Habermas dirige su crítica no solamente contra la ponderación como procedimiento racional de aplicación de normas con carácter de principio, sino también contra la teoría que sirve de fundamento a la ponderación, es decir, a la teoría de los principios. En su crítica, Habermas diserta sobre la legitimidad

---

<sup>141</sup> Robert ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pág. 28.

de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán. Habermas, a diferencia de lo que sustenta Böckenförde, sostiene que el peligro para la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán no se encuentra en el cambio de paradigma<sup>142</sup>, sino más bien ella se ve amenazada por la aparición de nuevos criterios metodológicos. Este nuevo criterio metodológico que pone en grave riesgo la legitimidad de las decisiones de la jurisdicción constitucional lo constituye la teoría de los valores que es la base, según Habermas, para la reconstrucción de los derechos fundamentales como principios pasibles de ser ponderados.

La objeción de Habermas se deja sistematizar en dos aspectos: de un lado la distinción entre normas principio y principios-valor, y por el otro la racionalidad de la ponderación.

#### 1.1.1. La positividad de las normas y la debilidad de los valores

Habermas entiende a los principios como valores, valores que se identifican con los preceptos éticos desarrollados por Max Scheller y Nicolai Hartmann. Dichos preceptos éticos son pasibles de ser ordenados en una escala de importancia, ellos constituyen por ende un orden concreto de valores. Los derechos fundamentales (principios) al ser valores justifican decisiones valorativas. Dichas decisiones valorativas se orientan hacia una “ponderación de bienes”.

Los derechos fundamentales como valores suponen que cada uno de ellos debe ser concretizado de la mejor manera posible. Sin embargo, los grados en los que dicha optimización deberá ser cumplida no se encuentran en la norma-valor-principio en sí, sino que se hayan por fuera de ella. Esto significa que la ponderación de bienes jurídicos (valores-principios) tendría una naturaleza teleológica, es decir, se trata de una ponderación orientada a fines. Todo esto

---

<sup>142</sup> “Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas”. Cfr. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, 5. ed., Madrid, Trotta, 2008, pág. 264. El paradigma jurídico indica entonces cómo, en el marco de tal modelo, pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho.

apunta, según Habermas, a una concretización de valores en un caso específico<sup>143</sup>.

Con ello se hace clara la postura de Habermas. La teoría de los principios reconstruye a los principios jurídicos (derechos fundamentales) como valores. Esto trae consigo que la interpretación de los derechos fundamentales se oriente a fines externos a ellos. Las normas de derecho fundamental, reconstruidas como principios-valores pierden su carácter deontológico para asumir un carácter teleológico. “Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual, a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas”<sup>144</sup>. Los valores suponen una jerarquización de preferencias en el marco de un grupo humano determinado. Con ello, los valores y su grado de importancia dependen del contexto social en el que sean reconocidos. Por otro lado, las normas solo pueden ser entendidas en un sentido binario: “válido-Inválido”. Las normas, a diferencia de los valores, no pueden ser relativizadas en función a preferencias, es decir, ellas valen o no valen. “Los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos considera grados”<sup>145</sup>. Si bien los valores, debido a su naturaleza teleológica, pueden entrar en colisión, y de hecho esa es su naturaleza en una sociedad plural, las normas no deben entrar en contradicción, ellas deben mantener una relación coherente entre sí.

Las diferencias entre normas y valores se reflejan a su vez en la forma en que ellas se aplican. La determinación de la corrección de una conducta específica es definida de manera distinta por los valores que por las normas. Dicha divergencia se debe a que los valores determinan qué es lo bueno para mí o para el grupo de personas que comparte mi estructura valorativa; las normas por el contrario determinan qué es lo bueno para todo en el marco de un sistema jurídico vigente, independientemente de que yo o el grupo de personas

---

<sup>143</sup> HABERMAS, *Facticidad y validez*, pág. 327.

<sup>144</sup> *Ibidem*, pág. 328.

<sup>145</sup> *Ibidem*.

al que pertenezco compartamos la idea de “lo bueno” instituido por la norma. Esto es la esencia del derecho positivismo según Habermas<sup>146</sup>.

En tanto y en cuanto la jurisdicción constitucional asuma la idea de que los derechos fundamentales se pueden reconstruir como principios (valores), ella se transforma en una instancia autoritaria. La reconstrucción de los derechos fundamentales como principios-valor les quita su carácter deontológico. Al perder su carácter deontológico, pierden fuerza vinculante, por lo que la aplicación de principios está sujeta a la escala de valores que el aplicador del derecho tenga a bien aplicar en su interpretación. “Pues si en caso de colisión todas las razones pueden cobrar carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos contrafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico”<sup>147</sup>. Con ello los derechos fundamentales como principios se debilitan y pasan a convertirse en juicios sobre valores sujetos a la subjetividad del operador jurídico.

### 1.1.2. La irracionalidad de la ponderación

El segundo aspecto de la crítica de Habermas a la reconstrucción de los principios jurídicos como mandatos de optimización pasibles de ser ponderados se dirige a la metodología de su aplicación. Una vez los derechos fundamentales sean entendidos como principios-valor, la determinación de qué principio tendrá prioridad en el caso concreto, se da a través de un procedimiento subjetivo e irracional.

Las normas de derecho fundamental poseen un carácter deontológico, y por lo tanto no pueden ser aplicadas a través de una ponderación. Esto debido a que dichas normas tienen una constitución de validez binaria, y por lo tanto no pueden ser relativizadas en función a preferencias derivadas del caso concreto.

---

<sup>146</sup> Se podría objetar a esto que a la distinción de Habermas le hace falta un elemento que Kelsen consideraba como transcendental en la definición de norma jurídica y que los tratadistas contemporáneos consideran aun parte necesaria pero no suficiente para definir al derecho. Este elemento es el de la coerción. No basta que las normas tengan la característica de determinar el tipo de “idea de lo bueno” a todos los integrantes de la sociedad, además, y sobre todo, debe tener la capacidad de ser impuesta. Por el contrario las normas morales carecen del elemento de la coerción. La definición de Habermas en este punto es incompleta o por lo menos no es clara, ya que para que un sistema normativo tenga vigencia debe tener validez y si tiene validez, las normas que lo conforman tienen la posibilidad de ser impuestas. Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pág. 22 y ss.

<sup>147</sup> HABERMAS, *Facticidad y validez*, pág. 332.

Los derechos fundamentales, como normas, tienen una validez general, no una validez caso por caso. “Los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitorio con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado”<sup>148</sup>.

Por estas razones, Habermas sostiene que la reconstrucción de los derechos fundamentales como valores-principio y su posterior aplicación a través de la ponderación, lleva necesariamente a la jurisdicción constitucional a tomar decisiones irracionales en función a fines y no en función a argumentos normativos.

En palabras de Alexy, los dos aspectos de la crítica de Habermas a la ponderación se sintetizan en el siguiente argumento: “Los derechos fundamentales primero se debilitan al transformarse en mandatos de optimización y luego amenazan con desaparecer en la vorágine de la ponderación irracional”<sup>149</sup>.

### 1.1.3. Racionalidad a través de graduación. Una respuesta a Jürgen Habermas

La totalidad de la crítica de Habermas a los principios como mandatos de optimización y a la ponderación de los mismos se basa en la identificación de los principios con valores. En ese sentido, la crítica de Habermas al Tribunal Constitucional alemán se orienta hacia la teoría de los valores que dicho tribunal estaría asumiendo para emitir sus fallos. Sin embargo, dicha crítica es anacrónica<sup>150</sup>, ya que el Tribunal Constitucional alemán ha renunciado al concepto de orden de valores desde los años setenta<sup>151</sup>.

La identificación que realiza Habermas de los principios como mandatos de optimización con la ética de valores de Scheller y Hartmann, tiene la intención de fundamentar la subjetividad valorativa que afecta a todo intento de preferir a un principio frente a otro en un caso concreto. En efecto, la ética de valores

---

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, pág. 512.

<sup>150</sup> AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pág. 57.

<sup>151</sup> Cfr. Bernhard SCHLINK, “The Dynamics of Constitutional Adjudication”, en *Cardozo Law Review* 17 (1996), pág. 1234 y ss.

elaborada por Max Scheller y Nicolai Hartmann buscaba establecer una jerarquía de valores cerrada. Habermas cree ver la misma estructura detrás de los principios como mandatos de optimización y la ponderación. Ciertamente la crítica de Habermas, en lo que respecta a la teoría de los valores de Scheller y Hartman, es acertada, es decir, si los principios como mandatos de optimización tienen una estructura de valor, entonces Habermas está en lo correcto. Sin embargo, basándonos en la distinción entre reglas y principios, vemos que los principios son un tipo de norma y como tales, tienen un carácter deontológico. Habermas tendría que demostrar que los principios no se pueden distinguir de las reglas jurídicas y que por ello, los principios son simplemente valores. Por lo tanto, la crítica de Habermas, en este sentido, es insuficiente y errada.

En lo que respecta a la pérdida de vinculatoriedad de los derechos fundamentales reconstruidos como principios, se tiene que dejar constancia que dicha tesis se corresponde con una concepción positivista del derecho. Habermas entiende, en consecuencia, al sistema jurídico como un sistema compuesto exclusivamente de reglas. Ello significaría que las normas no podrían ser cumplidas en grados distintos y que las mismas solo podrían ser aplicadas a través de un procedimiento subsuntivo. Se tendrían que saber de antemano todas las posibles antinomias que las reglas puedan tener y proveerlas introduciéndolas en el supuesto de hecho de las mismas a través de cláusulas de excepción. En caso de conflicto, solo los criterios de resolución de conflictos entre reglas serían válidos: *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generalis* y *lex superior derogat legi inferiori*. Sin embargo, en la praxis jurídica, son frecuentes los casos que no se pueden resolver a través de estos criterios<sup>152</sup>.

La parte más interesante de la crítica de Habermas se refiere a la inexistencia de estándares para ponderar. Esto supone que es imposible establecer racionalmente grados de cumplimiento o de afectación en principios. En contra de esta crítica, se puede argumentar que los principios o derechos fundamentales sí son pasibles de ser cumplidos o afectados en distintos grados. Para ello se hace uso de la escala triádica expuesta en el capítulo anterior. Con

---

<sup>152</sup> Digamos el conflicto entre dos normas de la misma jerarquía, la misma fecha de promulgación y el mismo grado de generalidad. Este sería, por ejemplo, un conflicto entre derechos fundamentales.

ella se hace posible comparar las intensidades de intervención con los grados de satisfacción o cumplimiento. La racionalidad de la ponderación reside entonces en la capacidad de fundamentar racionalmente los distintos grados en que un principio (derecho fundamental) puede ser satisfecho o afectado. “Más bien vale la justificabilidad – a pesar del hecho de que no se la pueda equiparar a la demostrabilidad (*Beweisbarkeit*) – implica racionalidad y con esto objetividad, que está ubicada entre seguridad y arbitrariedad”<sup>153</sup>.

En conclusión, la racionalidad de la ponderación reside en su estructura. Es decir, la racionalidad de la ponderación se deriva de la ley de ponderación, de la fórmula del peso y de la ley de colisión.

## 2. El peligro del decisionismo subjetivo

La objeción de subjetividad puede ser deducida a su vez de la objeción de irracionalidad. En puridad ambas sostienen lo mismo. No existen criterios o parámetros racionales para realizar una ponderación. Los criterios que emplean los operadores jurídicos provienen de sus prejuicios y concepciones personales. La ponderación es por ello necesariamente irracional, ya que ella simplemente sirve para comparar juicios subjetivos sobre bienes colectivos o individuales que en el caso concreto le parezcan al juzgador como dignos de protección o como pasibles de ser limitados. Todo ello hace a la ponderación peligrosa y por lo tanto prescindible.

### 2.1. La prescindibilidad del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

#### La crítica de Bernhard Schlink

Schlink, al igual que Habermas, sostiene que la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, es un procedimiento irracional. Schlink ve en la ponderación un recurso innecesario y peligroso para la fundamentación de límites a los derechos fundamentales. Es peligroso porque permite un alto grado de subjetividad al juez constitucional, quien podría introducir juicios y prejuicios personales para la fundamentación de la intensidad de intervención o para la importancia de satisfacción de dos

---

<sup>153</sup> ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, pág. 37.

derechos fundamentales. “En el test de proporcionalidad en sentido estricto es solo la subjetividad del aplicador la que puede, al final, ser efectiva. Las operaciones de evaluación y ponderación requeridas por el test de proporcionalidad en sentido estricto pueden ser logradas, solamente en forma decisionista”<sup>154</sup>. De otro lado, la ponderación sería prescindible porque el examen de proporcionalidad entre medios restrictivos y fines constitucionales deseados, se resuelve a través de los subprincipios de adecuación y de necesidad. Por ello el principio de proporcionalidad solo estaría constituido por la razonabilidad del medio para alcanza el fin deseado, así como los subprincipios de adecuación y de necesidad.

Para fundamentar dicha tesis, Schlink recurre a la distinción entre juicios de pronóstico y juicios de valoración. Los juicios de pronóstico son enunciados que expresan una realidad futura, dichos juicios se comprobarán como verdaderos o falsos en el futuro. Los juicios valorativos son decisiones en las cuales se favorece a una magnitud frente a otra. Las valoraciones nunca podrán demostrarse como verdaderas o falsas. Tanto los juicios de pronóstico, como los juicios de valoración pueden ser optimizados. A través de evaluaciones empíricas respecto de lo ocurrido en el presente y en el pasado, se pueden elaborar predicciones acertadas para el futuro. A través del conocimiento de las consecuencias de las valoraciones y su relación con otras valoraciones, se incrementa la posibilidad de que las valoraciones se comprueben como acertadas. Sin embargo, los juicios de pronóstico, al basarse en comprobaciones empíricas sobre la realidad presente y pasada, son objetivos; mientras que los juicios de valoración, al basarse en su aceptación, son subjetivos. “Los pronósticos se comprueban o no se comprueban como acertados, si ellos son acertados o no, depende de la realidad. Las valoraciones se demuestran o no se demuestran en tanto ellas sean aceptadas o rechazadas, dicha aceptación o rechazo significa que otro también las acepte o desestime”

155

---

<sup>154</sup> Bernhard SCHLINK, “Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, en *EuGRZ* 11 (1984), pág. 462, Cfr. además *Id.*, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, págs. 460 y ss.

<sup>155</sup> Bernhard SCHLINK, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, pág. 455. Cfr. Aquí también *Id.*, “Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, pág. 462.

Para Schlink el principio de proporcionalidad está constituido únicamente por juicios de pronóstico, que se comprueban en la realidad. Solamente los subprincipios de adecuación y necesidad se dejan reconstruir como juicios de pronóstico. La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, tiene una naturaleza de juicio valorativo y por lo tanto necesariamente subjetivo. Por ello el principio de proporcionalidad debe limitarse estrictamente al juicio de adecuación y necesidad, dicho principio no necesita de valoraciones ni de ponderaciones adicionales, ya que con ellos pierde objetividad<sup>156</sup>. Así mismo, Schlink sostiene que si bien el juicio de proporcionalidad en sentido estricto juega un rol importante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán a nivel teórico, a nivel práctico dicho principio es irrelevante<sup>157</sup>.

Para Schlink, el factor decisionista y subjetivo de la ponderación entraña un peligro adicional. La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto supondría la asunción por parte de la jurisdicción constitucional de tareas y prerrogativas propias de la legislación. Pues el Tribunal Constitucional no solamente sería un órgano de valoración de la proporcionalidad de la relación medio-fin, sino que también lo sería de las propias valoraciones que llevaron al legislador dictar la medida restrictiva. Así el Tribunal Constitucional sería juez y parte en el control de la constitucionalidad de las leyes<sup>158</sup>. Por ello, la ponderación debe ser separada de la estructura del principio de proporcionalidad y ser dejada a la política. “La jurisdicción constitucional no es una parte constitutiva de la política, sino su contraparte dotada de legitimación y racionalidad propias”<sup>159</sup>. Dotar de racionalidad política a la jurisdicción constitucional significaría concederle una facultad que no le corresponde.

En conclusión, Schlink excluye a la ponderación del principio de proporcionalidad por su alto grado de subjetividad e irrelevancia al momento de evaluar la proporcionalidad de una afectación a derechos fundamentales. Según Schlink, los argumentos que son empleados para determinar dicha

---

<sup>156</sup> SCHLINK, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, pág. 458.

<sup>157</sup> PIEROTH/ SCHLINK, *Staatsrecht II*, pág. 70 (Rn. 304).

<sup>158</sup> SCHLINK, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, pág. 462.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

proporcionalidad en sentido estricto no son hallados por el juez, sino antes bien inventados, siendo subjetivos en lugar de ser objetivos<sup>160</sup>.

La alternativa planteada por Schlink, reducir el principio de proporcionalidad a solo dos subprincipios no es del todo acertada. El modelo de Schlink no sería aplicable a supuestos de casos en los que el juicio de adecuación y necesidad no sean suficientes para determinar la prioridad de un derecho frente a otro en un caso determinado. Este sería el caso de los denominados “casos difíciles”. En estos casos Schlink plantea que se debe de garantizar la existencia de una posición mínima<sup>161</sup>. Así por ejemplo en intervenciones al derecho a la libertad de expresión que no se puedan resolver a través de los juicios de adecuación y de necesidad, se debe de buscar establecer como tercer paso la garantía de una posición mínima de dicho derecho fundamental y del derecho fundamental que justifica la intervención. El establecimiento de la posición mínima se realiza en cada uno de ellos, sin establecer una relación entre los mismos. La garantía de una posición mínima en los derechos fundamentales se condice con la teoría absoluta del contenido esencial<sup>162</sup>. En dicha teoría, los derechos fundamentales cuentan con un contenido predeterminado e inafectable que les confiere sentido, si se afectase dicho contenido o núcleo, el derecho fundamental perdería su naturaleza. Schlink, al sostener que se debe de garantizar una posición mínima de los derechos fundamentales en colisión, apunta en este sentido. Sin embargo, “parece difícil determinar la posición mínima el contenido esencial absoluto de un derecho sin realizar una ponderación”<sup>163</sup>. En efecto, Schlink busca evitar una ponderación al argumentar que en los casos en que no sea posible determinar cuál de los dos derechos debe tener prevalencia en el caso concreto, se debe recurrir a la determinación de sus contenidos absolutos para luego volver al subprincipio de necesidad y evaluar cuál de los dos contenidos es el necesario para resolver el conflicto. Con ello lo que en realidad ocurre en el modelo de Schlink es un desplazamiento de la ponderación hacia el subprincipio de necesidad<sup>164</sup>. Por lo que el juicio de

---

<sup>160</sup> Bernhard SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976, pág. 144.

<sup>161</sup> Ibidem, pág. 93

<sup>162</sup> Cfr. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pág. 865 y ss; Manfred STELZER, *Das Wesensgehaltsargument und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Wien, Springer, 1991, pág. 49 y ss:

<sup>163</sup> AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pág. 132.

<sup>164</sup> Ibidem, pág.100.

necesidad no sería exclusivamente un juicio de pronóstico, sino también, en los casos difíciles, un juicio de valoración de contenidos esenciales absolutos, lo cual encierra una contradicción en la argumentación de Schlink.

En lo que concierne a la irracionalidad de la ponderación, vale remitirnos a los argumentos planteados para responder la objeción de Habermas, ya que en realidad los argumentos esgrimidos por Schlink se refieren a la inexistencia de criterios o parámetros racionales para ponderar, lo cual significaría que la ponderación es un procedimiento decisionista y arbitrario. “Si no fuera posible realizar juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de la interferencia, segundo, el grado de importancia, y, tercero, la relación existente entre uno y otro principio, las objeciones elevadas por Habermas y Schlink estarían justificadas”<sup>165</sup>. Como se argumentó líneas arriba, la racionalidad de la ponderación se deriva de su estructura. Schlink tendría que demostrar al igual que Habermas, que la estructura de la ponderación no permite elaborar juicios racionales respecto a las intensidades de intervención y la importancia de satisfacción del principio que justifica la intervención. Tanto Schlink como Habermas no se han referido a este punto.

## 2.2 El decisionismo ponderativo y su escasa relevancia. La crítica de Juan A. García Amado

Las objeciones realizadas por el profesor García Amado al procedimiento ponderativo se avocan esencialmente la irracionalidad del mismo, así como su irrelevancia para la interpretación de normas de derecho fundamental. Para fundamentar esta posición el profesor García Amado elabora las siguientes tesis:

En el modelo de la ponderación, tras de toda regla existe siempre un principio, por lo que todos los conflictos entre reglas son, de acuerdo a la reconstrucción de García Amado, conflictos entre principios y por ende ponderables.

La ponderación es un método carente de autonomía debido a que su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso.

---

<sup>165</sup> ALEXY, La construcción de los derechos fundamentales, pág. 28.

La ponderación no es más que un recurso argumentativo que es empleado por los tribunales cuando desean fundamentar sus decisiones subjetivas y arbitrarias, con un “menor rigor argumentativo”.

La ponderación es un método de interpretación jurídica fútil y prescindible, dado que en realidad lo que cuenta es la interpretación de los preceptos normativos en función de las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica.

En conclusión, el único método válido para la aplicación de normas de derechos fundamentales es el tradicional método subsuntivo<sup>166</sup>.

De la totalidad de estas tesis se puede colegir que la crítica del profesor García Amado apunta a la racionalidad de la ponderación en su variante de subjetividad, así como a la reconstrucción de las normas de derecho fundamental como principios y las implicancias que esta reconstrucción tiene.

En general, la reconstrucción que García Amado hace de la ponderación y la teoría de los principios, se corresponde con el denominado modelo puro de principios. En el modelo puro de principios existen dos tipos de normas: reglas y principios. Las reglas serían el resultado de la ponderación de los principios. Las garantías directamente estatuidas por las disposiciones de derecho fundamental son concebidas como principios. Las reglas vendrían a ser el resultado de la ponderación de las mismas, estableciendo las condiciones de precedencia, por lo tanto en este modelo las reglas depende de los principios. Este es el concepto de normas de derecho fundamental que García Amado presupone para realizar su crítica. De otro lado el modelo que García Amado asume para refutar a la teoría de los principios y la ponderación se corresponde con el denominado modelo puro de reglas. En el modelo puro de reglas, se busca defender la tesis de que a través de la eliminación de los principios y de la ponderación, se gana en vinculatoriedad al texto constitucional, en seguridad jurídica y en previsibilidad. Para el modelo puro de reglas, las normas de derecho constitucional sólo pueden ser complementadas y nunca ponderadas. Únicamente la subsunción vendría a ser el método de aplicación de normas de derecho fundamental entendidas como reglas.

---

<sup>166</sup> Juan A. GARCÍA AMADO, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Ricardo Sanin Restepo (ed.), Bogotá, Legis, 2006, 120-163. Cfr. también *Id.*, “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007”, de 25 de abril de 2007, en *Palestra del Tribunal Constitucional* 8 (2007), págs. 629-627, 623 y ss.

Si la teoría de los principios entendiera a las normas de derecho fundamental únicamente como principios y a las reglas como normas adscritas dependientes de la ponderación de los mismos, entonces la crítica de García Amado sería correcta. Sin embargo, la teoría de los principios sostiene que ni el modelo puro de principios, ni el modelo puro de reglas son los adecuados, sino que más bien el modelo a seguir es un modelo combinado. Este modelo reconoce la existencia de reglas dentro de las normas de derechos fundamentales. Incluso sostiene que las determinaciones hechas a nivel de las reglas preceden a las determinaciones a nivel de principios. Es decir la prioridad de las reglas sobre los principios, en el modelo combinado, es una prioridad *prima facie*. “Por tanto entre los dos niveles no existe una relación estricta de precedencia. Mas bien tiene validez la regla de precedencia según la cual, el nivel de las reglas tiene precedencia frente al nivel de los principios, a menos que las razones a favor de otras determinación diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la vinculación al texto de la Constitución”<sup>167</sup>.

En lo que atañe a la primera objeción de García Amado, es decir, que detrás de toda regla existe un principio<sup>168</sup>, se puede contraponer el siguiente argumento: detrás de esta afirmación “late” la objeción de la ilimitada discrecionalidad del juez, del activismo judicial y de la puesta en peligro de la seguridad jurídica a través de normas con carácter de principios. Si analizamos aisladamente a los derechos fundamentales como principios, a primera vista esto parece ser cierto. Un juez que reduce todo a principios para aplicar ponderaciones irracionales, parece ser un efecto inevitable que los principios traen consigo<sup>169</sup>. Sin embargo, si analizamos más de cerca esta problemática, la objeción demuestra estar errada. En efecto, la labor del juez (ordinario o constitucional) no está librada a su albedrío e irracionalidad decisionista. El juez tiene dos límites a su accionar: el límite de la racionalidad del discurso y el límite de los

---

<sup>167</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 114.

<sup>168</sup> De la misma opinión es Luis PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, págs. 64 y ss; *Id.*, “El juicio reponderación”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pág. 215.

<sup>169</sup> Esta objeción no es nueva, ya en los años cincuenta Ernst Forsthoff acusaba a la jurisdicción constitucional alemana de que a través de su jurisprudencia, reducía todo a valores o principios constitucionales, desde el código penal hasta la ley de fabricación de termómetros, Forsthoff denominaba a esto: la Constitución como huevo jurídico originario. Cfr. Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial: el modelo de la Republica Federal de Alemania*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pág. 242.

principios formales. El límite de la racionalidad del discurso consiste en una exigencia de fundamentación de sus decisiones en función de premisas racionales. Si el juez introduce premisas irracionales en su argumentación, es precisamente la ponderación la que, a través de la ley del peso, pondrá de manifiesto la irracionalidad de las mismas, haciéndolas reconocibles a quien revise la argumentación empleada. Se podría objetar que si bien esto es un buen deseo, los jueces no solamente argumentan, sino que sus decisiones, bien o mal argumentadas, son vinculantes, y aunque la argumentación pueda ser manifiestamente irracional, ella tendrá efectos jurídicos. En contra de esta actividad del juez existen remedios procesales como el prevaricato que podrían ser además un límite institucional para el juez que argumente irracionalmente.

El segundo límite para la labor del juez lo constituyen los principios formales. Los principios formales son argumentos para competencia, ellos determinan quién es el competente para decidir y exigen que esa decisión sea respetada. El principio formal exige que las decisiones autoritativas sean acatadas en la mayor medida posible, en función de las posibilidades jurídicas y fácticas relativas al caso. Con ello es un mandato de optimización y posee una validez *prima facie*. Los principios formales son argumentos para el respeto de la discrecionalidad legislativa y un límite al activismo judicial. Ellos garantizan la seguridad jurídica al introducir una carga de argumentación a favor de la autoridad legislativa, brindando de esta manera estabilidad al sistema jurídico, pues el juez no podrá decidir arbitrariamente si ante él tiene la carga no solamente de argumentar y vencer no solo a la regla que se le opone, sino también al principio formal que dice que debe de respetar en la mayor medida posible las decisiones del legislador elegido democráticamente. Por eso detrás de cada regla, no late un principio, en el sentido de derecho fundamental, sino que late un principio formal.

Por estas razones, no existe solamente un principio material (derecho fundamental) detrás de las reglas p.e. del derecho civil, sino también una decisión autoritativa que es fortalecida por un principio formal. Los principios formales constituyen la garantía que ofrece la teoría de posprincipios a la discrecionalidad legislativa y por ende al Estado democrático. Así mismo, los principios formales constituyen el segundo límite a la discrecionalidad del juez, ya que el mismo no solamente deberá alegar razones suficientes para

desplazar a la regla o al principio material en el que se basa la misma sino que además, deberá proporcionar razones suficientes para desplazar al principio formal que exige que la decisión del legislador sea respetada en la mayor medida posible.

Respecto de la segunda tesis del profesor García Amado, en el sentido de que la ponderación es un procedimiento sin autonomía porque depende de la interpretación de las normas que vengán al caso, cabe acotar lo siguiente. Toda ponderación se inicia con dos subsunciones y termina con una. En efecto, para llegar al nivel de la ponderación primeramente se deberá determinar cuáles son los derechos fundamentales que entran en conflicto. Es decir, se tendrá que subsumir los hechos a las *fattispecie* correspondientes para luego estas ser materia del test de proporcionalidad. Una vez que se haya determinado que la medida restrictiva es adecuada y necesaria, recién se llegará al nivel de la ponderación, Luego, a través de la ley de colisión, se establecerá al resultado de la ponderación como regla aplicable al caso bajo la cual se tendrá que subsumir el mismo. Por ello, la ponderación no excluye a la subsunción, sino que la presupone.

La tercera objeción de García Amado apunta precisamente a la tesis que se busca defender en el presente trabajo. Que los tribunales busquen introducir premisas irracionales en la ponderación para justificar sus intereses subjetivos, no es un problema atribuible a la ponderación, sino que el mismo es externo a ella. En efecto, la subsunción también puede ser llevada a cabo con premisas irracionales y subjetivas, y no por ello vamos a calificar a la misma como irracional<sup>170</sup>. El argumento de García Amado intenta atribuir a la ponderación problemas externos a ella. Así mismo, la ponderación no implica un déficit de argumentación, todo lo contrario, ella es una estructura argumentativa que permite ordenar racionalmente los argumentos empleados para la toma de una decisión jurídica. Ella funciona de la misma manera que la subsunción, si la ponderación no puede llevarnos a juicios racionales de deber ser, la subsunción tampoco garantizaría racionalidad, ya que tanto a la subsunción como a la ponderación pueden ser introducidas premisas irracionales.

En consecuencia, y en relación a la cuarta tesis de García Amado, la ponderación no es un procedimiento prescindible y fútil, ya que ella constituye

---

<sup>170</sup> Una opinión similar en BERNAL, “La racionalidad de la ponderación”, pág. 55.

el método de aplicación de los derechos fundamentales con carácter de principio. Prescindir de la ponderación implicaría asumir necesariamente que el sistema jurídico está constituido únicamente por reglas aplicables únicamente a través de la subsunción. Esta peculiar concepción no es defendida incluso por ningún positivista contemporáneo.

### 3. El peligro de la retoricidad

El peligro de retoricidad está conectado intrínsecamente con la objeción de irracionalidad. En efecto, se argumenta que la ponderación no es más que una fórmula hueca<sup>171</sup>, que es empleada por los jueces para encubrir sus decisiones arbitrarias, es decir, la ponderación sería simplemente una técnica de justificación de las valoraciones personales con las que el operador jurídico resuelve un caso. Siendo esto así, la ponderación deviene en una mera retórica ya que “encubre ralmente una decisión, sobre la que su autor retórico quiere ahorrarse el esfuerzo de fundamentar”<sup>172</sup>. La determinación, sopesamiento, comparación y realización de los derechos, bienes e intereses se dan en función a criterios de plausibilidad, primando la valoración del actor de la ponderación. Con ello todo el procedimiento ponderativo y su reputada racionalidad devienen nada más que en una metáfora<sup>173</sup>.

Los efectos retóricos de la ponderación no se limitarían únicamente al encubrimiento de fundamentaciones defectuosas, sino que además entraña el peligro de la justificación del poder político de la burocracia. “En el lugar de las grandes políticas partidarias entra, de la mano de la ponderación y del principio de proporcionalidad, una política partidaria fina y disimulada; en dicha política el funcionario público y el juez reemplazan a los parlamentarios y gobernantes [...], (por lo que) el juez tiene que pensar leyes y en la ponderación el razonamiento del juez no es más que política”<sup>174</sup>. Con ello el

---

<sup>171</sup> Pablo DE LORA, “Tras el rastro de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 60 (2000), págs. 359-369, 263 y ss; Juan A. GARCIA AMADO, “¿Ductibilidad del derecho o exaltación del Juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en *Anuario de filosofía del derecho* 13-14 (1996-1997), págs. 65-86, 71.

<sup>172</sup> Wolfgang GAST, *Juristische Rhetorik*, 4ta. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2006, pág. 382 (Rn. 1077).

<sup>173</sup> GAST, *Juristische Rhetorik*, pág. 383 (Rn. 1078)

<sup>174</sup> Walter LEISNER, *Der Abwägungsstaat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pág 172.

procedimiento ponderativo sería una técnica del poder, debido a que tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad, a nivel de las altas instancias, no pueden ser controlados. De esta manera el Estado de derecho pasaría pronto a llamarse “Estado ponderativo”<sup>175</sup>.

En conclusión, la objeción de retoricidad identifica en la ponderación una especie de “fórmula mágica” (*Zauber Formel*) que carece de fundamentación racional, misma que pone en peligro la seguridad jurídica y al Estado democrático de derecho<sup>176</sup>.

La ponderación es método de interpretación jurídica orientado a la construcción de un supuesto de hecho al que el caso concreto ha de subsumirse en vista que no existen estándares positivos con los cuales se pueda resolver el caso. La ponderación posee una estructura interna que le aporta racionalidad, dicha estructura interna es la fórmula del peso. En ella se comparan premisas cuyo grado de afectación o de importancia será fundamentado a través de una argumentación. La objeción de retoricidad falla precisamente en la determinación del objeto de su crítica. En efecto, el ámbito de justificación interna de la ponderación, es decir, la fórmula del peso, no es irracional en sí misma. Esto se demostró cuando se respondió a las objeciones planteadas por Habermas. La ponderación no es una fórmula retórica, es una estructura de argumentación, no es una fórmula hueca, sino una estructura formal. La objeción de retoricidad debería estar orientada a la forma de fundamentar las premisas con las que se va a llevar a cabo una ponderación y no la estructura de la misma. En ese sentido, la objeción de retoricidad apunta a la ponderación, cuando en realidad su objeto es la forma en que las premisas a ser ponderadas son fundamentadas, es decir, se orienta hacia la argumentación externa de la ponderación. Así mismo, el carácter retórico que se atribuye a la ponderación, también puede ser atribuido a la subsunción, ya que ambos métodos de aplicación de normas se basan en premisas. En el caso de la subsunción, estas premisas son reglas a cuyos supuestos de hecho se subsumen conductas, en la ponderación son principio a los que también se subsumen conductas. El cómo se identifiquen qué conductas deben ser subsumidas o los

---

<sup>175</sup> La expresión “Estado ponderativo” pertenece a Leisner, cfr. LEISNER, *Der Abwägungsstaat*, págs. 170 y ss; *Id.*, “Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat”, en *NJW* 10 (1997), págs. 636-639, 639.

<sup>176</sup> Fritz OSSENBRÜHL, “Abwägung im Verfassungsrecht”, en *DVBl* (1995), págs. 904-912, 905.

supuestos de hecho en la subsunción, también puede ser irracional o retórico, ya que dicha atribución de significado se basa en una adecuación de la conducta al supuesto de hecho descrito en la regla. Dicha adecuación puede estar amenazada de irracionalidad y con ello la subsunción solamente sería un instrumento para justificar valoraciones personales del operador jurídico. Así mismo, la interpretación de las reglas no está exenta de inseguridades propias de los leguajes naturales tales como su textura abierta, su vaguedad, su imprecisión y su ambigüedad<sup>177</sup>.

La ponderación es un procedimiento de aplicación de normas tal y como lo es la subsunción, no una técnica de justificación del poder. De ser cierta esta objeción, también la subsunción, con su impecable estructura silogística, también serviría para justificar el poder de quien subsume. En consecuencia, toda forma de aplicación del derecho devendría en amenaza a la seguridad jurídica y al Estado democrático de derecho. En realidad la problemática a la que se refieren los críticos de la ponderación en cuanto a su supuesta naturaleza de técnica de justificación del poder, no es otra que la clásica tensión entre Derecho y democracia. La solución de dicha tensión y la de sus implicancias está por fuera de los objetivos del presente trabajo.

Finalmente, es válida la afirmación de que los críticos de la ponderación esperan mucho de ella y precisamente ahí es donde radica su error, ya que la ponderación no tiene carácter material, sino simplemente es una forma de argumentación, una estructura vacía a ser llenada con premisas normativas. Las premisas a ser introducidas en la ponderación a su vez tienen que ser fundamentadas, dicha fundamentación se da a través de la argumentación o contexto de descubrimiento. Por lo tanto, si el proceso de descubrimiento producido en la justificación externa es irracional, la ponderación será irracional y retórica, tal como la subsunción deviene en irracional y retórica si el supuesto de hecho ha sido arbitrariamente atribuido a una conducta que no cae en él.

---

<sup>177</sup> Cfr. Carlos E. ALCHOURRÓN/Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pág. 61; HART, *The concept of law*, , pág. 120 y ss; KOCH/RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*, pág. 188 y ss; Carlos S. NINO, *Introducción al estudio del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pág. 268; Jose J. MORESO, *Indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 87.

Esto demuestra que la tesis de que los peligros de la ponderación no se encuentran en su estructura interna, ni están relacionados con la racionalidad de su estructura, sino que se encuentran por fuera de la ponderación y se deben a la irracionalidad de los argumentos esgrimidos. La clave para fundamentar racionalmente dichas premisas son las reglas del discurso jurídico y la tesis del caso especial<sup>178</sup>.

#### 4. La inconmensurabilidad

##### 4.1. Inconmensurabilidad e inaplicabilidad. La crítica de Alexander Aleinikoff

No obstante esta crítica suele estar clasificada dentro de las llamadas objeciones de inconmensurabilidad de la ponderación, la crítica de Alexander Aleinikoff al uso de la ponderación por parte de la Corte Suprema norteamericana tiene un carácter más amplio. Ella se dirige más bien al alto grado de subjetividad que la ponderación confiere al juez constitucional y a las consecuencias que la ponderación acarrea a la legislación parlamentaria. Estas falencias hacen que, según Aleinikoff, la ponderación sea prescindible.

Es necesario dejar en claro que la crítica de Aleinikoff no tiene como objetivo central a la ponderación tal y como la entiende el Tribunal Constitucional peruano. Aleinikoff no hace mención al test de proporcionalidad y a los subprincipios de adecuación y necesidad. Esto debido a que en la tradición jurisprudencial norteamericana, la ponderación no ha venido siendo usado únicamente para dar orden al discurso jurídico, sino que además es usado como criterio material de justicia. Es decir, en Estados Unidos la ponderación sí debe proporcionar una respuesta justa (o por lo menos eso es lo que esperan de ella sus críticos), mientras que en los países como Perú, España o Alemania, la ponderación tiene una naturaleza de “forma de argumentación”, misma que solo puede asegurar una respuesta racional, mas no necesariamente justa (como también esperan alguno de sus críticos).

En conclusión, esta crítica deberá ser analizada detenidamente y enmarcada en el contexto donde se origina. Por ello donde se hable de Corte Suprema, debe

---

<sup>178</sup> Cfr. Robert ALEXY, “La tesis del caso especial”, en *Isegoría* 21 (1999), págs. 23-35, 24.

entenderse para nosotros Tribunal Constitucional, ya que en Estados Unidos es la Corte Suprema la que es el ente competente para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes a través de la *Judicial Review*. Con ello, deberá deducirse lo aplicable a nuestra problemática constitucional y evitar caer en la tentación de transferir directamente las críticas de Aleinikoff a la ponderación norteamericana a la problemática de la ponderación en el Perú.

#### 4.1.1. La ponderación en la Corte Suprema norteamericana

En su artículo “*Constitutional Law in the Age of Balancing*” del año 1987<sup>179</sup>, Alexander Aleinikoff se enfrenta a la idea de ponderación que la Corte Suprema norteamericana ha venido empleando en los últimos 50 años. Según el autor, la ponderación ha venido transformando peligrosamente la jurisprudencia y el derecho constitucional norteamericano.

Aleinikoff define a la ponderación como un procedimiento interpretativo referido a la identificación, valoración y comparación de intereses contrapuestos<sup>180</sup>. El operador jurídico identifica los intereses en conflicto y alcanza una decisión a través de la asignación de valores a los mismos. “El punto central de la ponderación está orientado hacia la valuación de los intereses o factores en sí. Cada interés busca ser reconocido por sí mismo, lo que lleva a realizar una comparación ‘*head-to-head*’ entre los intereses enfrentados”<sup>181</sup>.

El autor identifica dos tipos de ponderación en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana: una ponderación privilegiadota de intereses y una ponderación condensadora o niveladora de intereses. En el primer tipo de ponderación, el juez privilegia uno de los intereses en conflicto frente al otro, en función a su mayor peso. En el segundo tipo de ponderación, el juez busca equiparar o compensar ambos intereses.

Tradicionalmente, a juicio de Aleinikoff, la Corte Suprema norteamericana ha enfrentado solamente dos tipos de intereses: los intereses individuales y los intereses del Estado. El autor sostiene que esto es un error ya que los intereses que pueden llegar a enfrentarse en una ponderación pueden ser no sólo de

---

<sup>179</sup> Alexander ALEINIKOFF, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal* 96 (1987), págs. 943-1005.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pág. 945.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

particulares frente al Estado, sino también entre dos órganos del Estado o incluso entre dos particulares. Así mismo Aleinikoff sostiene que los intereses podrían no estar basados en la Constitución. Esta última consideración constituye un argumento contra la reconstrucción de la ponderación efectuada por Aleinikoff, ya que suponer que existen intereses a ser ponderados que no pueden ser derivados de la Constitución, implica la pérdida del punto de vista común que hace comparables o medibles a los intereses en conflicto. Que la corte suprema norteamericana aplique un juicio ponderativo a intereses por fuera de la Constitución, como por ejemplo lo hace en el caso *Schneider vs. State*<sup>182</sup>, no significa que el juicio ponderativo adolezca de la capacidad para elaborar juicios racionales sobre los principios (intereses) en juego. Esta circunstancia sirve de argumento para fortalecer la tesis de que los peligros de la ponderación están por fuera de ella y se deben a cómo es aplicada.

Aleinikoff sostiene que la ponderación implica una paradoja: por un lado ella representa la superación del formalismo de la jurisprudencia de los conceptos decimonónica, a través de la introducción de argumentos pragmáticos e instrumentalistas. Por otro lado, la ponderación parece representar un enfoque activista y políticamente orientado contra el cual precisamente se ha venido enfrentando el mundo académico en el último cuarto de siglo.

La crítica de Aleinikoff se centra en dos aspectos que él identifica como problemáticos en la ponderación: la estructura interna de la ponderación y la aplicabilidad de la ponderación como método para la interpretación de derechos fundamentales. La respuesta a estas dos problemáticas de la ponderación radica en su estructura interna<sup>183</sup>.

#### 4.1.2. La objeción interna: el problema de la incommensurabilidad

El primer aspecto de la crítica de Aleinikoff a la ponderación se refiere a la falta de criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego. Esta primera objeción a la ponderación se condice con la formulada por Habermas, en el sentido de que no existen parámetros racionales para ponderar<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> 308 U.S. 147 (1939).

<sup>183</sup> ALEINIKOFF, "Constitutional Law in the Age of Balancing", pág. 972; cfr. también John ELY, *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1980, págs. 75 y ss.

<sup>184</sup> HABERMAS, *Facticidad y validez*, pág., 332 y ss.

#### 4.1.2.1. El problema del *tertium comparationis* en la ponderación

El primer aspecto de la crítica de Aleinikoff a la ponderación parte de que si bien los intereses en conflicto pueden ser comparados, así como las manzanas pueden ser comparadas con las naranjas, esta operación requiere un tercer elemento que exprese de manera uniforme e inequívoca el valor de una manzana con el valor de una naranja necesitamos una moneda común que exprese a los mismos<sup>185</sup>. Es decir, Aleinikoff no se opone a la conmensurabilidad de los intereses en juego, sino que afirma que no existe una moneda común, un *tertium comparationis*, que permita expresar el valor de cada uno de dichos intereses.

La falta del *tertium comparationis* encierra el peligro de que el juzgador introduzca en la ponderación sus propias preferencias personales. Así mismo, una escala de valoración subjetiva socavaría el sistema de precedente, proveyendo poca orientación a las cortes inferiores, los legisladores, administrativos, abogados y clientes<sup>186</sup>.

Según Aleinikoff este problema puede ser solucionado estableciendo una escala de valor externa a las preferencias personales de los jueces. El problema entonces consiste en determinar de dónde y cómo puede ser derivada esa escala<sup>187</sup>. La Corte Suprema norteamericana ha recurrido a criterios tales como la historia, el consenso social vigente, o la importancia de un interés. Así mismo, se podría asignar un valor a los intereses en conflicto en función a su capacidad para favorecer el logro de determinados fines, sean estos constitucionales o no<sup>188</sup>. Sin embargo, Aleinikoff es de la opinión de que ninguno de estos criterios sirve para resolver el problema de la “escala externa”<sup>189</sup>. Es decir, ninguno de estos criterios sirve de *tertium comparationis* para la asignación de valor a los intereses enfrentados en la ponderación.

---

<sup>185</sup> Esto en contra de lo que en un primer momento afirmó Alexy en el sentido de que la crítica de Aleinikoff se centraba sólo en la imposibilidad de comparar la intensidad de la interferencia con la importancia de satisfacción del principio que juega en sentido contrario. ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, pág. 442. En la traducción al español cfr. *Id.*, “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, pág. 45.

<sup>186</sup> ALEINIKOFF, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, pág. 973.

<sup>187</sup> *Ibidem*.

<sup>188</sup> *Ibidem*, pág. 974.

<sup>189</sup> *Ibidem*, pág. 975.

Para Aleinikoff esto significa entonces que la ponderación vendría a ser una suerte de “caja negra”, donde la importancia de los intereses en juego sería asignada de manera intuitiva y oculta.

#### 4.1.2.2. *Taking balancing seriously*: el problema de la identificación y la acumulación

Dentro de la objeción de la inconmensurabilidad que dirige Aleinikoff a la ponderación se encuentra el problema de la identificación de los intereses y el problema de su acumulación.

El problema de la identificación de intereses consiste en que la ponderación, al igual que un legislador, debe de determinar cuáles son los intereses relevantes que garantizan la supremacía de la Constitución o el bienestar de la sociedad en su conjunto. Es decir, por ejemplo, si el debido proceso, la libertad de expresión, el derecho al honor, etc., son los intereses relevantes que van a ser tomados en cuenta para ser comparados en el juicio ponderativo. Según Aleinikoff las cortes no están en la capacidad de determinar cuáles son estos intereses relevantes para la ponderación, esto nos llevaría nuevamente a una fundamentación subjetiva de la ponderación.

De otro lado, existe además el problema de la manera de acumular a los titulares de los intereses relevantes. Es decir, si la corte sólo debe limitarse a evaluar los intereses de los titulares individuales o si también debería incluir intereses que potencialmente se vieran afectados. Esto también constituye a juicio de Aleinikoff un argumento más a favor de la inconmensurabilidad de los intereses enfrentados en la ponderación.

#### 4.1.2.3. La ilusión de la ley de colisión

Aleinikoff objeta también la posibilidad de crear una regla aplicable al caso y que a su vez sirva para decidir casos futuros en circunstancias idénticas o análogas en el sentido de la ley de colisión. En efecto, Aleinikoff sostiene que la ponderación definicional (*definitional balancing*) no puede mantener su resultado pues en nuevos casos, las circunstancias concretas y sobre todo, los intereses siempre serán distintos, por lo que siempre se tendrá que realizar una

ponderación “ad hoc”. Con lo que sólo se dará una regla del tipo de la ley de colisión si la corte “decide dejar de pensar acerca del caso”<sup>190</sup>.

En conclusión, Aleinikoff atribuye a la ponderación carecer de criterios que permitan la identificación, evaluación y comparación de intereses. El catálogo de intereses a tener en cuenta en la ponderación se reduce a los intereses individuales frente a los del Estado, sus pesos son impuestos mas no fundamentados. “La teoría de interpretación que fue creada para traer realismo al derecho y limitar la subjetividad en la interpretación constitucional parece ser cada vez más manipulativa”<sup>191</sup>.

#### 4.1.3. La objeción externa: el problema de la aplicabilidad de la ponderación

Independientemente de la corrección o no de la crítica interna referida a la inconmensurabilidad de los intereses enfrentados en el juicio de ponderación, Aleinikoff sostiene que desde un punto de vista externo, referido a la aplicación de la ponderación en los procesos de control de la constitucionalidad, dicho juicio presenta también serios problemas.

En opinión de dicho autor, la aplicación de la ponderación en la jurisdicción constitucional trae como consecuencia que los jueces se enfrenten a los legisladores. En efecto, las tareas referidas a la determinación de los costos y beneficios de las decisiones legislativas por parte de la Corte Suprema norteamericana vienen a significar una suerte de duplicación de las tareas que en sí le corresponden realizar al legislador antes de emitir su decisión.

Aleinikoff prueba explicar este fenómeno argumentando que podría decirse que la Corte Suprema juega un rol de “corrector de errores” provenientes del legislativo. Sin embargo, el propio autor señala que este argumento no es el adecuado, ya que el mismo implicaría afirmar que la jurisdicción constitucional (Corte Suprema) vendría a ser una segunda cámara revisora de las decisiones del legislador. Esto traería como consecuencia que en la etapa de revisión puedan ser introducidas modificaciones a la norma sin la intervención del legislador. El sistema de “control de calidad” por parte de la Corte Suprema norteamericana se hace innecesario porque en los Estado Unidos existe la bicameralidad.

---

<sup>190</sup> Ibidem, pág. 981.

<sup>191</sup> Ibidem, pág. 982.

Un segundo argumento que podría ensayarse para justificar la aplicabilidad de la ponderación al control de la constitucionalidad de las normas sería afirmar que la Corte hace factible su ponderación al asignar peso a los intereses que la legislación tiende a ignorar o a sobreestimar. Con ello la corte se convertiría en el protector de los intereses de las minorías, así como el custodio de los derechos fundamentales e intereses que son a veces olvidados por la política<sup>192</sup>. El que la Corte asuma esta tarea representa una asunción de funciones que no corresponden a la jurisdicción constitucional. El cálculo de la corte no debe reemplazar a la voluntad del legislador.

#### 4.1.4. Evitabilidad de la ponderación

Aleinikoff plantea un enfoque no-ponderativo del control de la constitucionalidad de las normas. Esta afirmación lo lleva a formularse la siguiente pregunta: “Si la ponderación no es ni inevitable, ni previsible, entonces ¿cómo deberíamos interpretar la Constitución? El mencionado autor sostiene que no debe buscarse una única teoría para entender e interpretar la Constitución. “La Constitución es un documento complejo, con distintos tiempos de preceptos, concebidos en tiempos distintos y por personas distintas para la consecución de fines distintos”<sup>193</sup>. Por estas razones, una única teoría para entender e interpretar la Constitución es ilusoria.

Se debe de buscar, a juicio de Aleinikoff, en cada caso, alternativas a la ponderación. Sin embargo, Aleinikoff no indica criterios metodológicos para reemplazar a la ponderación.

En conclusión, para Aleinikoff la ponderación es rígida y formalista. El derecho constitucional está padeciendo bajo la era de la ponderación. Es tiempo, dice el autor, de buscar nuevas metáforas liberadoras. Sin embargo no indica cuales serían estas metáforas.

---

<sup>192</sup> Ibidem, pág. 984 y ss.

<sup>193</sup> Ibidem, pág. 1003.

#### 4.1.5 La Constitución como *tertium comparationis*. Una respuesta a Alexander Aleinikoff

Como señalamos líneas arriba, la crítica de Aleinikoff no solamente se centra en la commensurabilidad y por ende, en la racionalidad de la ponderación; sino que es en realidad un análisis evaluativo de la aplicación de la ponderación en los fallos en materia de control de la constitucionalidad de las leyes emitidos por la *Supreme Court* norteamericana. Partiendo de ese supuesto, las críticas que podrían ser derivadas de este ataque a la tendencia ponderativa de la jurisdicción constitucional norteamericana estarían referidas principalmente a la estructura de la ponderación, su aplicabilidad, la posibilidad de que las reglas resultantes de la ponderación sean válidas para casos futuros y el peligro de usurpación de las funciones legislativas por parte del tribunal constitucional. En lo que respecta a las clasificaciones efectuadas por Aleinikoff de los tipos de ponderación y los tipos de intereses que prioriza la Corte Suprema norteamericana, serán dejados de lado ya que dicha problemática no corresponde a los peligros que representa la ponderación en jurisdicciones constitucionales como la peruana.

En lo referente a la crítica de Aleinikoff a la imposibilidad de comparar la intensidad de la interferencia en un principio (interés), con el grado de importancia de satisfacción del principio que juega en sentido contrario, debe ser objetado que Aleinikoff requiere abstraer los intereses del marco normativo donde se da el conflicto. En efecto, Aleinikoff está en lo cierto cuando sostiene que no se pueden comparar dos intereses si no se cuenta con un parámetro que pueda determinar el grado de afectación del uno en el otro. Sin embargo, es obvio que el *tertium comparationis* en función del cual se atribuye un valor y por lo tanto un grado de afectación del mismo en materia de derecho constitucional es la propia Constitución. Cuando en el procedimiento ponderativo se habla del grado de interferencia y el grado de importancia, lo que se está haciendo en realidad no es sólo comparar los dos principios en juego abstraídos de su contexto, sino que la intensidad de la interferencia de un principio siempre está en función a la importancia que tiene dicho principio para la Constitución. El parámetro para la comparabilidad lo constituye entonces la propia Constitución. Naturalmente es posible tener una disputa respecto de qué puede ser válido desde un punto de vista individual. Lo que yo

considere como válido o digno de protección no coincide necesariamente con lo que otros puedan pensar sobre el mismo objeto. “La inconmensurabilidad se presenta tan pronto se abandona el punto de vista común”<sup>194</sup>. Por lo que la crítica de Aleinikoff es acertada siempre y cuando no hablamos de principios jurídicos, es decir, de intereses sin sustento en la Constitución. Sin embargo, la ponderación es una forma de Argumentación del discurso jurídico y en tanto y en cuanto la ponderación se realice teniendo como *tertium comparationis* a la Constitución, no existe peligro de inconmensurabilidad, al menos en el sentido en que Aleinikoff sostiene. “El discurso racional se orienta hacia la idea regulativa de qué es lo correcto en base a la Constitución”<sup>195</sup>.

La objeción de aplicabilidad de la ponderación en la interpretación de derechos fundamentales desconoce que precisamente la ponderación asegura un margen de discrecionalidad al legislador. En efecto, el juez constitucional no es una suerte de corrector de los errores del legislador. El legislador es libre de establecer los medios y determinar los fines que desea alcanzar. El juez constitucional no puede corregir ni los medios ni los fines del legislador. El juez constitucional a través del test de proporcionalidad evaluará si los fines son los idóneos, si son necesarios y si la intervención de un derecho fundamental está justificada por la importancia de satisfacción del principio que fundamenta la medida interventora. Sólo si la medida legislativa no supera este test, el juez constitucional declarará la norma como inconstitucional o, como es el caso del tribunal peruano, realizará una labor interpretativa de la norma amenazada de inconstitucional en función de los principios de conservación de la ley e interpretación conforme a la Constitución, para subsanar, de ser posible y necesario, la norma que está analizando<sup>196</sup>. En el

---

<sup>194</sup> ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, pág. 442.

<sup>195</sup> Ibidem.

<sup>196</sup> Respecto a este punto, el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo a la doctrina italiana, ha introducido diversos tipos de sentencias que modifican parte del contenido de la norma bajo análisis para salvar su constitucionalidad. Estas son las llamadas: Sentencias Interpretativo-normativas, también llamadas Manipulativas. La aplicabilidad de dichas sentencias, así como la legitimidad del Tribunal Constitucional para emitir las ha generado un amplio debate en la doctrina nacional y comparada. Cfr. Francisco J. EGUIGUREN, “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, en *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Francisco García Belaúnde (Coord.), Ponencias peruanas al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2002, págs. 45-71; Eloy ESPINOZA-SALDAÑA, “Sentencias Interpretativas: Sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 4 (2006), págs. 203-220; Víctor GARCÍA, “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)”, en *Anuario de Derecho Penal*

análisis de Aleinikoff no existe mención al test de proporcionalidad, por lo que es difícil que el mencionado autor distinga los límites racionales y procedimentales del control de la constitucionalidad de las normas. Es muy posible que Aleinikoff tenga por objetivo más que la proporcionalidad en sí, al empleo del concepto de la proporcionalidad para justificar decisiones arbitrarias o subjetivas. Por lo tanto la crítica de Aleinikoff no es tan crítica, es más bien un argumento más a favor de la tesis sustentada en la presente investigación, es decir, que los peligros de la ponderación están por fuera de la estructura interna de la misma.

Finalmente, en lo que respecta a la aplicación de los resultados de un procedimiento ponderativo a casos futuros, sólo queda señalar que, al sostener Aleinikoff que la ponderación supone la comparación de lo incomparable, el resultado de dicha comparación no es ni válido para el caso concreto ni para los futuros casos similares. Sin embargo, como se demostró líneas arriba, dicha objeción solo es correcta si abstraemos a los intereses en conflicto del marco de la Constitución. Por lo que dicha objeción tampoco afecta a la ponderación.

#### 4.2. Particularismo e inconmensurabilidad. La crítica de José Juan Moreso

La crítica del profesor José Juan Moreso a la estructura de la ponderación se constituye de tres objeciones centrales: la objeción de jerarquización abstracta, la objeción de objetividad de la escala triádica y la objeción del particularismo ponderativo. Las dos primeras objeciones están referidas a la inconmensurabilidad de los principios a ponderar en la fórmula del peso, mientras que la tercera tiene que ver más con la estrategia con que la

---

2005, págs. 173-210; Marina GASCÓN, “La justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 41 (1994), págs. 63-87; Rubén HERNÁNDEZ, “Los poderes del juez constitucional”, en *Justicia Constitucional Comparada*, UNAM, México D. F., 1993, págs. 41-50; Cesar LANDA, “Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana”, en *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?*, T. I. Bogdandy, y otros (eds.), México D. F., UNAM, 2010, págs. 599-621; *Id.*, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional”, en *Anuario Parlamento y Constitución* 9 (2005), págs. 9-32; Paul RUEDA, Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 2 (2004), págs. 323-335; Carlo Magno SALCEDO, ¿El Tribunal Constitucional legisla a través de las sentencias normativas?, en *Cuadernos Jurisprudenciales* 72 (2007), págs. 3-20. Para un desarrollo jurisprudencial de dichas sentencias en la jurisdicción constitucional peruana cfr. STC 010-2002-AI/TC.

ponderación resuelve los conflictos entre principios jurídicos actuales y futuros. Sin embargo las tres objeciones están relacionadas, en lo que se refiere a la idea central de la crítica de Moreso, con 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 como el test del rayado en la ponderación de principios en un caso concreto, no se podrá generar argumentos jurídicos que sirvan para resolver casos futuros. La pregunta que plantea el profesor Moreso respecto de los argumentos de Alexy en el caso Titanic es esclarecedora: “¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro? ¿Puede alguien decirlo con seguridad?”<sup>197</sup>. La primera objeción formulada por Moreso se refiere a la jerarquización abstracta exigida por la ponderación. Según Moreso la ponderación exige una escala de ordenación abstracta de los derechos. Dicha escala se deriva de la necesidad de ponderar derechos como la vida, la dignidad o la libertad. El problema, según Moreso, consiste en que una escala de tal tipo no es posible, pues no existen criterios que nos permitan determinar si el derecho a la vida es más importante que el derecho a la libertad o si el derecho a la salud es más importante que el derecho al trabajo etc. “Dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos”<sup>198</sup>. La inexistencia de una escala de ordenación de los derechos fundamentales plantearía en cada caso futuro la interrogante del peso abstracto de los principios en liza.

Ahora bien, la afirmación de Moreso es acertada en lo que respecta que no existen escalas abstractas que impliquen la prevalencia de un determinado derecho ante otro en todos los casos. La existencia de tal escala implicaría que unos derechos sean de categoría superior a otros, generando algo así como derechos de primera categoría y derechos de segunda categoría. La ponderación, en este supuesto, consistiría únicamente en determinar si el derecho de mayor categoría puede ser derrotado en vista a las circunstancias especiales del caso concreto.

---

<sup>197</sup> Jose J. MORESO, “La aritmética de la ponderación”, en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009 pág. 315.

<sup>198</sup> *Ibidem*, pág. 312.

Dicho supuesto no se corresponde con la ponderación. En efecto, la ponderación es un procedimiento de aplicación de normas con carácter de principio que establece una relación de prioridad condicionada entre los mismos en función de las circunstancias del caso. La ponderación supone la inexistencia de jerarquizaciones abstractas. Cuando la ponderación hace mención de pesos abstractos lo hace en referencia a una variable distinta al grado de intervención en el derecho fundamental afectado o al grado de importancia de satisfacción del derecho fundamental que juega en sentido contrario. Los pesos abstractos a que se refiere la ponderación son variables que son introducidas en la fórmula del peso. Los pesos abstractos a ser introducidos en la fórmula del peso se derivan del modelo de Estado al que pertenezcan los principios en liza. Así por ejemplo el peso abstracto del derecho a la vida tendrá un valor distinto en un Estado constitucional de derecho que en uno de corte teológico o de corte comunista. El derecho a la propiedad privada será considerado de importancia central en un estado liberal de derecho que en uno socialista<sup>199</sup>. No obstante la ponderación hace mención a los pesos abstractos con el fin de complementar la relación comparativa entre los derechos fundamentales o bienes colectivos que se estén ponderando. Por lo general los pesos abstractos son iguales, por lo que su importancia en la ponderación y en la fórmula del peso es irrelevante. “Como consecuencia, la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones. [...] Si los pesos abstractos son iguales, entonces se neutralizan mutuamente”<sup>200</sup>. Con ello la objeción de jerarquización abstracta planteada por Moreso es errada en lo que respecta a la ponderación, ya que la misma presupone realizar la determinación del peso de los principios en liza siempre en el caso concreto, dejando los pesos abstractos de lado porque siempre tienen la misma importancia y se anulan mutuamente.

La segunda objeción de Moreso, referida a la falta de objetividad de la escala triádica, tiene implicancias directamente sobre la racionalidad de la ponderación. Precisamente en la escala triádica y la posibilidad de su fundamentación racional descansa la racionalidad de todo el procedimiento ponderativo. Si la escala triádica no pudiese ser fundamentada racionalmente,

---

<sup>199</sup> De la misma opinión BERNAL, “La racionalidad de la ponderación”, pág. 71.

<sup>200</sup> ALEXY, “La fórmula del peso”, págs. 358-359.

la ponderación sería necesariamente irracional. Moreso argumenta que una escala como la escala triádica debería tener una estructura similar a la del test del rayado de los minerales, a través del cual los minerales se clasifican en función a su dureza que se determina en función a la capacidad de que un mineral raye a otro. “La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal. No veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave”<sup>201</sup>.

La escala triádica está referida a la intensidad de la intervención del principio intervenido y al grado de importancia del principio que juega en sentido contrario. Los valores de la misma se derivan de las circunstancias del caso concreto. La fundamentación de la intensidad de una intervención, digamos en el derecho al honor se deriva del contexto en que dicha intervención se produjo. En efecto, en el caso Titanic<sup>202</sup>, se determinó que la intervención al derecho al honor del soldado en lo que respecta al epíteto “asesino nato” fue leve debido al contexto satírico en que se produjo y a la praxis repetida de la revista Titanic de nombrar a las personas objeto de comentario con el epíteto “nato”. No obstante ello, se podría preguntar, de dónde surgen estos argumentos. La respuesta a esta pregunta se encuentra en la denominada justificación externa de la ponderación. La justificación externa de la ponderación viene a ser el discurso jurídico. El discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general a través de tres elementos: la ley, los precedentes y a la dogmática jurídica<sup>203</sup>. La fundamentación del grado de intervención o de importancia de satisfacción se realiza en función a argumentos prácticos. Dichos argumentos se encuentran muchas veces por fuera del discurso jurídico. Por ello, para justificar la expresión “asesino nato” como de intensidad media o moderada, se recurrirá al discurso práctico general. Esto quiere decir que la tesis del caso especial es el puente entre el discurso jurídico y el discurso práctico general, y la racionalidad de la escala triádica de la ponderación radica en la posibilidad de efectuar juicios racionales sobre

---

<sup>201</sup> MORESO, “La aritmética de la ponderación”, pág. 313.

<sup>202</sup> BverfGE 86, 1 (11).

<sup>203</sup> ALEXY, “La tesis del caso especial”, págs. 23-36, 24.

determinados acontecimientos en el discurso práctico general. Quien quiera negar la racionalidad de la escala triádica y de la ponderación deberá entonces negar la racionalidad del discurso práctico general. Es decir, quien niegue la racionalidad de la ponderación, deberá negar también la posibilidad de elaborar juicios racionales.

La tercera objeción de Moreso no se refiere a la estructura de la ponderación, sino a su forma de resolver los conflictos entre principios. Moreso, basándose en la distinción entre principios morales de carácter particularista y principios morales de carácter universalista. Moreso deduce de esta distinción que la técnica para resolver los conflictos entre principios planteada por la ponderación implica necesariamente una estrategia particularista. Por particularismo en el razonamiento jurídico Moreso entiende una concepción dependiente de las circunstancias particulares de un caso concreto para la resolución de los conflictos entre principios. Así mismo la solución alcanzada a través de la estrategia particularista serviría únicamente para el caso concreto y no para los demás casos en los que principios similares y en similares circunstancias entren en conflicto. “Según dichas concepciones, el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia”<sup>204</sup>. La contraparte de una concepción particularista la constituye una concepción universalista, que, según Moreso, está representada en el razonamiento jurídico por la subsunción. La reconstrucción de la subsunción efectuada por Moreso la describe como un procedimiento interpretativo por el cual un caso particular es subsumido a un caso general. Precisamente esta característica es la que, según Moreso, diferencia al modelo particularista-ponderativo del universalista-subsuntivo. “Lo que la concepción particularista rechaza de la subsuntiva puede ser resumido del siguiente modo: el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación a su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia”<sup>205</sup>. Entre estas dos opciones, que Moreso considera insatisfactorias, existe la denominada concepción especificacionista. “En realidad, tanto el enfoque

---

<sup>204</sup> José J. MORESO, “Esbozo de preliminares a una teoría de la Constitución”, en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 54.

<sup>205</sup> José J. MORESO, “Dos concepciones en la aplicación de normas” en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 298.

subsuntivo como el enfoque particularista constituyen dos extremos, que iluminan algunos aspectos de la cuestión a costa de distorsionar de manera excesiva otros aspectos. Entre estos dos extremos, cabe un espectro de posiciones intermedias”<sup>206</sup>.

La concepción especificacionista planteada por Moreso pretende ser un punto intermedio entre los extremos particularistas y universalistas. Una concepción especificacionista permitiría fundamentar que la ponderación constituye un paso previo a la subsunción. Así mismo, el supuesto de hecho de dicha subsunción estaría constituido por lo que Moreso denomina “casos paradigmáticos”. Los casos paradigmáticos tendrían su origen en el “universo del discurso” y estarían constituidos por las circunstancias que hacen reconocible cuando un principio vence a otro. Es decir serían una suerte de *topoi* que nos dice cuando un principio constitucional puede desplazar a otro. “Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: solo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyan los casos paradigmáticos adecuadamente. Los casos paradigmáticos constituyen el transfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar”<sup>207</sup>. En función a una concepción particularista de la interpretación jurídica, el empleo de casos paradigmáticos como supuestos de hecho para la solución de las tensiones entre principios de derecho fundamental, Moreso llega a la conclusión de que la ponderación debe fungir como paso previo a la subsunción.

El punto decisivo para responder a la objeción planteada por el profesor Moreso gira en torno a la afirmación de que el procedimiento ponderativo se corresponde con lo que Moreso denomina concepción particularista. En efecto, según Moreso, la ponderación al ser particularista solamente proporciona una solución dependiente de las circunstancias del caso y solo aplicable al mismo. Con ello el resultado de la ponderación no serviría como pauta para resolver casos futuros. Dicha afirmación no se condice con la estructura de la ponderación. La ponderación se constituye por la ley de la ponderación, la fórmula del peso, la ley de colisión y las cargas de argumentación. La ley de colisión, como el propio Moreso reconoce, establece una relación de

---

<sup>206</sup> MORESO, “Esbozo de preelminares a una teoría de la Constitución”, pág. 55.

<sup>207</sup> MORESO, “Dos concepciones en la aplicación de normas”, pág. 303.

precedencia condicionada<sup>208</sup>. Dicha relación de precedencia condicionada no solamente es válida para el caso del que se genera, sino que sirve de pauta resolutoria para casos futuros idénticos o análogos. “La regla que establece una relación de precedencia condicionada debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos”<sup>209</sup>. Es decir, la carga de argumentación exige que si el operador jurídico pretende apartarse de las condiciones que generaron la relación de prioridad condicionada aplicable al caso, deberá de argumentar suficientemente el porqué de esa necesidad. Esto vendría a ser lo que en la jurisprudencia anglosajona se conoce como *distinguish*. Por lo tanto, no puede argumentarse que la ponderación solo es aplicable a un caso concreto y que las relaciones de prioridad condicionada resultantes de ella no podrán ser aplicadas en casos futuros. En consecuencia la ponderación no se condice con lo que Moreso denomina particularismo. Que la ponderación tenga una estrategia particularismo para resolver los casos en que es aplicada no significa que la ponderación no tenga características propias que la diferencien del modelo de particularismo moral que Moreso cree identificar en ella. Esta característica diferenciadora es la carga de argumentación a favor de la decisión tomada por el juez. Por lo tanto, una estrategia particularista no es lo mismo que una lógica particularista.

Un segundo aspecto de esta crítica es la supuesta solución especificacionista presentada por Moreso, la cual consiste en concebir a la ponderación como un paso previo a la subsunción. En este extremo la observación del profesor Moreso es acertada, ya que la ponderación es un procedimiento que presupone a la subsunción, por lo que es válida la afirmación de que la ponderación comienza con dos subsunciones y termina con una subsunción. Sin embargo esta afirmación es propia de la teoría de los principios, por lo que Moreso no está diciendo nada que la teoría de los principios no haya dicho antes. Ahora bien, lo que Moreso denomina “casos paradigmáticos” no son otra cosa que las características, hechos o circunstancias que fundamentan la relación de prioridad condicionada resultante de la ponderación. Podríamos reconstruir esto de la siguiente manera

---

<sup>208</sup> José J. MORESO, “Conflictos entre derechos fundamentales” en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 279.

<sup>209</sup> BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pág. 789.

$$(4) (P_i \mathbf{P} P_i) C \rightarrow R$$

$$(4') C = \sum \{M_1 + M_2 + M_3 + \dots + M_n\}$$

$$(4'') R = O(P_i \mathbf{P} P_i) \quad (4), (4').$$

En donde (4) es la relación de prioridad condicionada resultante de la ponderación; C es la sumatoria de las circunstancias del caso concreto  $M_1 + M_2 + M_3 + \dots + M_n$  que fundamentan la relación de prioridad condicionada expresada en (4) y finalmente R es la regla adscrita aplicable al caso concreto resultante de (4) y (4'), y, de no mediar argumentos suficientes que justifiquen lo contrario, a casos futuros idénticos o análogos.<sup>210</sup> Si una de las circunstancias M no se da en el caso concreto, el operador jurídico sigue estando obligado a fundamentar el porqué, si *mutatis mutandis*, desea apartarse de esta relación de prioridad condicionada.

Por lo que la observación de Moreso no es otra cosa que una confirmación de lo que la ponderación a través de la ley de colisión y de las cargas de argumentación en realidad hace. En conclusión, las objeciones al particularismo de la ponderación y su consiguiente reducción de la fuerza de los principios jurídicos no dan en el blanco. La ponderación se demuestra como un procedimiento racional y de estrategia particularista (mas no particularista en el sentido planteado por Moreso) de aplicación de normas jurídicas con carácter de principio. Así mismo, la posición especificacionista de Moreso no hace más que redundar en lo que la ponderación en efecto hace<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Un ejemplo jurisprudencial para este esquema se haya en el famoso caso Lebach (BverfGE 35, 202), donde se da prioridad al derecho al honor frente al derecho a la libertad de expresión (p), bajo los supuestos de que la información que se pretenda propalar gire en torno a un delito grave ( $M_1$ ), la información no se a de interés actual ( $M_2$ ), que sea una información repetida ( $M_3$ ) y que la propalación de la información ponga en peligro la resocialización del afectado ( $M_4$ ). Ello daría como resultado la siguiente estructura:  $C = \sum \{M_1 + M_2 + M_3 + M_4\}$ ;  $C \rightarrow R = O \rightarrow p$ .

<sup>211</sup> Para una opinión similar cfr. Manuel ATIENZA, A vueltas con la ponderación, en La Razón del Derecho. Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas 1 (2010), pág. 8. “Moreso defiende una estrategia especificacionista para la ponderación, que sería capaz de superar el particularismo. Sin embargo, de lo que no parece darse cuenta Moreso es de que, en realidad, él está diciendo lo mismo que Alexy; o, si se quiere, Moreso está olvidando lo que antes señalaba: que la ponderación genera una regla general y abstracta y, por eso, no es *ad hoc*, en el sentido en el que él usa esta expresión”.

## II. Límites de la ponderación y el problema de la divergencia

Como se explicó en el apartado anterior, los peligros de la ponderación o bien se derivan de circunstancias ajenas a su estructura o bien son el fruto de una mal interpretación de la misma. Muchas de las críticas que se han dirigido contra la ponderación y su supuesta falta de racionalidad formulan en realidad exigencias hiperracionales que la ponderación no podría satisfacer<sup>212</sup>. La ponderación es solo una forma de argumentación. Ella posee una justificación interna y una justificación externa para la fundamentación de sus resultados. La justificación interna está representada a través de la fórmula del peso, tal y como el silogismo jurídico representa la justificación interna de la subsunción. La justificación externa, mediante la cual se fundamenta racionalmente los pesos concretos de los principios a ser ponderados, está constituida por el discurso jurídico y, a través de la tesis del caso especial, por el discurso práctico general<sup>213</sup>.

En el presente apartado trataremos una problemática que sí está unida intrínsecamente con la ponderación y que sus críticos pasan por alto, es decir, los límites de la ponderación. Dichos límites se derivan del problema de los límites del conocimiento humano y de la posibilidad de elaborar juicios prácticos sobre lo que está ordenado, prohibido y permitido. Dichos límites demarcan las fronteras de la ponderación, así como, constituyen el límite de su racionalidad. Estos límites se basan a su vez en el denominado problema de la divergencia. El problema de la divergencia “aparece cuando son inciertos los conocimientos acerca de lo que está ordenado, prohibido o confiado a la discrecionalidad del Legislador por los derechos fundamentales”<sup>214</sup>. Dicha incertidumbre puede deberse a la falta de certeza de las premisas empíricas o de las premisas normativas. El problema de la divergencia viene a ser entonces la falta de correspondencia entre lo que *es* (supuesto ontológico) y lo que *se puede llegar a conocer razonablemente* (supuesto epistemológico). El problema de la divergencia se suscita cuando el Tribunal Constitucional exige

---

<sup>212</sup> Cfr. BERNAL, “La racionalidad de la ponderación”, pág. 55.

<sup>213</sup> En contra de la tesis del caso especial cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, pág. 302; Ulfrid NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, pág. 84. En el ámbito de la doctrina española para una crítica a la tesis del caso especial cfr. Alfonso, GARCÍA FIGUEROA, “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, en *Doxa* 22 (1999), págs. 195-220, 209 y ss.

<sup>214</sup> ALEXY, „Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales“, pág. 547.

valores inferiores de corrección, por ejemplo limitarse a una exigencia de plausibilidad. Si analizamos al caso de la píldora del día siguiente<sup>215</sup>, en donde el juez constitucional limitó la fundamentación de su fallo a un déficit de conocimiento empírico, es decir, vemos que el juez constitucional se limitó a exigir un grado de corrección plausible de las premisas empíricas del legislador.

Sostener que existe un ámbito de discrecionalidad cognitiva en favor del legislador, en casos en los cuales el juez constitucional no pueda determinar la certidumbre de las premisas que sustentan la norma, es atribuir una carga argumentativa en favor del mismo. Dicha carga argumentativa es solo una carga de naturaleza *prima facie*. En su argumentación, el juez constitucional podrá demostrar la veracidad o falsedad de las mismas respecto del caso concreto. De esta manera se podría determinar que las premisas del legislador son falsas y declarar la inconstitucionalidad de la norma, o por el contrario, confirmar su veracidad, darla por constitucional y declarar por improcedente la demanda de inconstitucionalidad.

Este fenómeno puede ser identificado por ejemplo en la limitación a los derechos fundamentales. En efecto, siguiendo la teoría relativa de los límites a los derechos fundamentales, el ámbito de protección del derecho fundamental que se logra a través del test de proporcionalidad, no coincide, en la mayoría de los casos, con el contenido *prima facie* establecido por la Constitución. “La amplitud del análisis jurisprudencial es superado por la amplitud del derecho fundamental en su integridad. El Tribunal Constitucional no protege la totalidad del derecho fundamental. Dado que, desde éste punto de vista, la amplitud del derecho fundamental y la amplitud de la protección del mismo no coinciden, se puede hablar de la existencia de una solución en función de la divergencia”<sup>216</sup>.

Con esto se demuestra que el problema de la divergencia juega un papel importante en la determinación no solo del grado de afectación de un derecho fundamental, sino también en el grado de control que tendrá el juez constitucional sobre las normas acusadas de inconstitucionales.

---

<sup>215</sup> STC Exp. N° 02005-2009 PA/TC. En la jurisprudencia alemana es conocido el caso del Cannabis como un caso de divergencia basado en premisas empíricas, cfr. BverfGE 90, 145 (182 y ss). Para un caso de divergencia basado en premisas normativas en la jurisprudencia alemana cfr. BverfGE 97, 169 (176).

<sup>216</sup> RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis*, pág. 148.

Los límites epistémicos de la ponderación pueden ser de dos clases: límites epistémicos de carácter normativo y límites epistémicos de carácter empírico. Ambos límites se derivan a su vez del problema de la divergencia y constituyen argumentos para el reconocimiento de la discrecionalidad del legislador en casos en que la ponderación no sea suficiente para la resolución de un determinado caso.

### 1.1. Límites normativos de la ponderación

Los límites normativos de la ponderación se refieren a la limitación argumentativa del procedimiento ponderativo para determinar con seguridad si la medida limitativa que restringe un derecho fundamental está confiada o no a la discrecionalidad del legislador. Es decir, la ponderación no podría determinar si la limitación al derecho fundamental cae o no dentro de la competencia del legislador. La causa de esta incertidumbre puede radicar en la falta de seguridad que el juez tenga sobre las premisas normativas (es decir, argumentos basados en principios jurídicos)<sup>217</sup>. Esto implica necesariamente que el juez debe de reconocer un ámbito de discrecionalidad al legislador en todo aquello que no pueda llegar a determinar. Este reconocimiento de la discrecionalidad legislativa por parte del juez constituye el límite normativo de la ponderación. “Se trata de un margen de acción epistémico de naturaleza normativa, cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración”<sup>218</sup>

#### 1.1.1. La inseguridad normativa

Los límites normativos aparecen cuando no se puede llegar a elaborar con seguridad, a través de la ponderación, juicios prácticos sobre aquello que el texto normativo, en nuestro caso la Constitución, establece. “El caso más representativo en que este fenómeno [la inseguridad normativa] se presenta en

---

<sup>217</sup> ALEXY, „Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales“, pág. 547.

<sup>218</sup> Ibidem, pág. 548.

el ámbito de los derechos fundamentales es la inseguridad para llevar a cabo la ponderación”<sup>219</sup>. Es decir, el juez no puede determinar con seguridad qué es aquello que la Constitución manda, prohíbe o permite al legislador.

Es importante mencionar que los modelos de reconstrucción de la ponderación en consideración de la inseguridad de las premisas normativas, es un ámbito aún no resuelto en la doctrina de la ponderación y es terreno fértil para innumerables clasificaciones y definiciones. Nosotros asumiremos la tesis que sostiene que la inseguridad respecto de las premisas normativas no puede ser resuelta por el juez constitucional, dado que existe un principio formal que exige que las decisiones del legislador sean respetadas en la mayor medida posible, en función de las circunstancias fácticas y jurídicas<sup>220</sup>.

Esto significa que el juez constitucional está sujeto a una carga argumentativa a favor del legislador. Cuando exista inseguridad sobre si una norma es aplicable a un caso concreto o si la norma implica una afectación de un derecho fundamental no prevista en el ordenamiento jurídico, etc., el juez constitucional no podrá, en función a estas premisas, ni declarar inconstitucional la norma, ni, en observancia a principios como la conservación de la ley y la interpretación conforme a la Constitución, introducir cambios en el tenor o sentido de la norma.

Un ejemplo de inseguridad normativa sería el caso de no poder determinar si cierto grupo de personas está sujeto o no a determinada normatividad. Este es el caso del despido, que concertó mucha atención en la jurisprudencia alemana. Se trataba de si era posible exonerar a las fábricas con menos de cinco trabajadores, de las condiciones de despido en general que eran relativamente estrictas, de modo que el empleador pudiera gozar del régimen más flexible para el despido ofrecido por la legislación civil<sup>221</sup>. En este ejemplo vemos que colisionan el derecho al trabajo que tiene el trabajador<sup>222</sup> y el derecho a la libertad contractual que tiene el empleador<sup>223</sup>.

Otra de las causas de inseguridad sobre las premisas normativas radica en la dificultad de determinar si una intervención a un derecho fundamental o la importancia de satisfacer el principio o bien colectivo que juega en sentido

---

<sup>219</sup> ALEXY, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, pág. 556.

<sup>220</sup> SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, págs. 147 y ss.

<sup>221</sup> BverfGE 97, 169.

<sup>222</sup> Art. 2 inciso 15 de la Const. P. P.

<sup>223</sup> Art. 2 inciso 14 de la Const. P. P.

contrario es grave, moderada o leve. Es decir, “no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el Legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración”<sup>224</sup>. Si por ejemplo solamente tuviésemos un solo grado en nuestra escala, digamos un grado “grave”, no existiría duda respecto de las premisas normativas que sustentan dicha afectación. El problema de la duda respecto de las premisas normativas se origina cuando tenemos más de un grado para clasificar el grado de afectación o de importancia de los principios en colisión. Esta incertidumbre se incrementa proporcionalmente cuantos más grados sean posibles. La dificultad para determinar, en caso de duda, el grado de la intensidad de la afectación o el grado de satisfacción de los principios enfrentados en virtud de la seguridad de las premisas normativas, constituye un límite más para la racionalidad de la ponderación.

Alexy sostiene que la dificultad con la cual se hace reconocible la afectación de un derecho dependerá de la intensidad con que dicha limitación se dé, así:

“A medida en que aumenta la intensidad de la intervención en los derechos fundamentales, no solo aumenta su fuerza de resistencia sustancial, sino también la posibilidad de las diferencias graduales”<sup>225</sup>.

### 1.1.2. Los principios formales

El principio formal, es mandato de optimización de carácter *prima facie*, es decir, que podrá ser contradicho por razones que sean suficientes para hacerlo. Como principio *prima facie* podrá ser cumplido en determinados grados. Sin embargo, a diferencia de los principios materiales o sustanciales como por ejemplo los derechos fundamentales, el principio formal no forma parte, al menos no directamente, de la ponderación. El principio formal es un

---

<sup>224</sup> ALEXY, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, pág. 549.

<sup>225</sup> Ibidem, pág. 561; cfr. también Matthias KLATT/Johanes SCHMIDT, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2010, pág. 42.

argumento a favor de la competencia de una autoridad.<sup>226</sup> Es decir, el principio formal tiene un peso neutro cuando es considerado en el marco de la ponderación de dos principios materiales. El principio formal formará parte de este procedimiento solamente en conexión con el principio material o bien jurídico que la autoridad legislativa haya buscado favorecer<sup>227</sup>.

#### 1.1.2.1. Importancia teórica

El concepto de principio formal no es nuevo, el propio Alexy destaca su importancia dentro de su reconstrucción teórica de los derechos fundamentales<sup>228</sup>. En la actualidad el concepto de principio formal ha cobrado importancia no sólo en la intensa polémica acerca de la determinación del margen de decisión legislativa y la dimensión del control constitucional sobre el legislador, sino también debido a las críticas que la teoría de los principios ha recibido por parte de sus detractores, los cuales, basándose en clásicas críticas al concepto de Constitución como orden fundamental, sostienen que la presencia de derechos fundamentales, con carácter de principio, amenazan el orden constitucional democrático del Estado moderno.

Por su parte la teoría de los principios sostiene que las respuestas a las preguntas acerca del grado en que los derechos fundamentales pueden ser afectados o qué tan extensas son las competencias que tiene el legislador para limitar derechos fundamentales, no pueden ser proporcionadas sólo como resultado de la ponderación entre principios materiales (derechos fundamentales o bienes colectivos) sino que se requiere de un elemento que sirva de contrapeso a la fuerza expansiva que tienen dichos principios materiales. Este elemento lo constituiría los así llamados principios formales. Es aquí donde se abre un nuevo capítulo para la teoría de los derechos fundamentales, así como para la teoría de los principios, en donde se postula

---

<sup>226</sup> Así también lo entiende Borowski: "Formal principles confer power to create a goal to be optimised. This goal to be optimised represents the substantive content of the formal principle when it is subsequently balanced against competing principles". Cfr. Martin BOROWSKI, "The structure of Formal Principles – Robert Alexy's 'Law of Combination'", en ARSP, 119 (2010), pág. 19-35, 30. De la misma opinión AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pág. 149 y ss.

<sup>227</sup> ALEXY, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", pág. 560.

<sup>228</sup> Robert ALEXY, "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main 1995, págs. 262-287, 279 y ss; *Id.*, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, págs. 112, 257, 373, 416; *Id.*, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", pág. 547 y ss.

que los principios formales pasan a formar parte de un nuevo nivel en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Los principios formales tienen también un rol importante a nivel de la distinta naturaleza *prima facie* de las reglas y los principios. En efecto, mientras que los principios son mandatos *prima facie*, cuyo cumplimiento dependerá de las circunstancias empíricas y jurídicas, las reglas son mandatos definitivos, que, sin embargo, pueden perder esta característica de ser mandatos definitivos. Mediante una decisión jurisdiccional, que puede estar incluso basada en principios, se pueden introducir cláusulas de excepción a una regla, perdiendo así la misma su carácter definitivo. “El carácter *prima facie* que adquieren [las reglas] a raíz de la pérdida de su carácter estrictamente definitivo es, sin embargo, básicamente distinto del de los principios”<sup>229</sup>. Mientras que los principios deben su carácter *prima facie* a la posibilidad de ser desplazadas por otro principio con peso mayor, para desplazar una regla no basta que el principio opuesto tenga un peso mayor que el principio que sustenta la regla, conjuntamente con este principio debe ser desplazado también el principio formal que exige que el cumplimiento de las decisiones impuestas por una autoridad legitimada deberán ser respetadas en la mayor medida posible. De esta manera se genera la siguiente relación entre el carácter *prima facie* de las reglas y los principios formales: “Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto más fuerte será el carácter *prima facie* de sus reglas”<sup>230</sup>.

#### 1.1.2.2. Reconstrucción del concepto de principio formal

Los principios formales vienen a ser principios que carecen un contenido de optimización determinado, son más bien “normas que fundamentan la validez de otras normas”, independientemente del contenido de corrección que estas tengan. “Característico de los principios formales es precisamente que ellos estatuyen razones para el seguimiento de otra norma”<sup>231</sup>. Ellos, sin embargo, no plantean una validez estricta de la norma a las que se refieren, sino más bien una validez *prima facie*. Esto significa que el acatamiento de una norma

---

<sup>229</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 81.

<sup>230</sup> *Ibidem*.

<sup>231</sup> AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pág. 145; cfr. también: RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis*, pág. 184.

fundamentada por un principio formal sólo deberá ser “en principio válido”. Los principios formales estatuyen razones que exigen al operador jurídico, considerar una determinada norma como válida o aplicable en principio. Sin embargo, estas razones no tienen una vinculatoreidad estricta, sino ellas contienen simplemente proposiciones de naturaleza puramente formal. Se trata de normas de validez que carecen de un contenido material. En resumen: los principios formales determinan razones para la validez *prima facie* de otra norma.

Debido a su carácter de principio, los principios formales son mandatos de optimización, por lo tanto son principios que pueden ser realizados en una mayor o menor medida, es decir, son “susceptibles de ser optimizados” y por lo tanto ponderables<sup>232</sup>. Lo único que les diferencia de un principio material, es decir, del principio que tiene como contenido un derecho fundamental, es su falta de contenido determinado, de ahí la denominación de formal.

Ejemplos de principio formal serían el principio democrático que asiste al legislador para tomar decisiones importantes para la comunidad<sup>233</sup>, el principio de seguridad jurídica, el principio de separación de poderes, el principio de igualdad ante la Ley<sup>234</sup>. Tomemos como ejemplo al principio de competencia decisoria del legislador democráticamente legitimado. Este principio formal exige que el aplicador jurídico deberá reconocer dicha competencia tanto como sea posible y de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas<sup>235</sup>. Sin embargo, esta vinculación contiene un mandato *prima facie*, el cual contiene a su vez razones que fundamentan una validez o aplicabilidad que pueden ser contradecidas.

---

<sup>232</sup> Los principios formales son ponderables en la medida que no estén conectados con un principio material. Esta ausencia de conexión no es posible en la ponderación entre principios materiales. Sin embargo, una ponderación entre un principio material y un principio formal donde a este último se le puedan asignar grados de cumplimiento es la denominada fórmula de Radbruch.

<sup>233</sup> ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 416, comparar además: ibidem, pág. 257.

<sup>234</sup> Wolfgang, ENDERLEIN, *Abwägung in Recht und Moral*, Freiburg, 1992, pág. 338 y ss.

<sup>235</sup> Una opinión similar en SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, pág. 148.

## 1.2. Límites epistémicos de la ponderación

### 1.2.1. La ponderación epistémica o segunda fórmula de la ponderación

Al igual que la primera ley de ponderación, la ponderación epistémica o segunda ley de ponderación pone en relación a dos variables cuyos grados de importancia dependen el uno del otro. Sin embargo, la diferencia con la primera ley de ponderación (también llamada ley material de la ponderación<sup>236</sup>) radica en que aquí no se ponderarán las variables relativas a la intensidad de la intervención, ni las relativas a la importancia de la satisfacción, sino que se compararán valores relativos al grado de certeza epistémica que se tenga acerca de las premisas '(empíricas y normativas) que fundamentan o justifican la intervención de un principio  $P_i$ . "A diferencia de la primera, esta segunda ley de ponderación no hace énfasis en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica"<sup>237</sup>.

Con ello se hace claro que la ley epistémica de la ponderación pondrá en relación al grado de certeza que se tenga de las premisas que justifican la intervención, con el peso de la intervención en un principio.

"Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que lo sustentan"<sup>238</sup>.

Para comprender mejor la relevancia de la segunda ley de la ponderación en la limitación de derechos fundamentales, Borowski plantea una inversión de la misma:

"Cuanto más intensos o graves sean los argumentos que justifican la restricción de un derecho fundamental, tanto

---

<sup>236</sup> ALEXY, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", pág. 552.

<sup>237</sup> Ibidem.

<sup>238</sup> Ibidem, pág. 553.

mayor debe ser la seguridad de la afectación y sus consecuencias ulteriores”<sup>239</sup>.

La segunda ley de la ponderación está referida entonces a la seguridad que se tenga de las premisas que fundamentan la intervención. De ella se deduce que en caso de existir una afectación grave a un derecho fundamental, la exigencia de la seguridad o corrección de las premisas que justifican dicha intervención será también mayor<sup>240</sup>.

Las variables que introducen la seguridad o confiabilidad de las premisas o apreciaciones empíricas en la fórmula del peso son  $S_i$  y  $S_j$ . De esta manera resulta que la fórmula del peso, cuando toma en cuenta a las variables referidas a la seguridad de las premisas empíricas, consta de dos leyes de la ponderación: la ley material de la ponderación (referida a la intensidad de la intervención y la importancia de satisfacción) y la ley epistémica de la ponderación (referida a la seguridad de las premisas empíricas que sustentan a los principios en liza).

En lo que se refiere a la confiabilidad o seguridad de las premisas normativas, ellas no son ponderables<sup>241</sup>, pues determinar la seguridad de las mismas le corresponde únicamente al legislador. Dado que el procedimiento ponderativo lo realiza el juez constitucional, no le corresponde valorar, en caso de duda epistémica, la seguridad de las premisas normativas en que se basa el legislador para emitir su decisión. De hacerlo, el juez constitucional estaría invadiendo competencias que no le corresponden y contradiciendo el principio formal que exige que las decisiones del legislador deban ser respetadas en la mayor medida posible en observancia de las circunstancias fácticas y jurídicas referidas al caso concreto.

### 1.2.2. La función de la ponderación epistémica

---

<sup>239</sup> BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, pág. 83.

<sup>240</sup> Para una crítica al modelo propuesto por la segunda ley de la ponderación cfr. Julian RIVERS, “Proportionality, Discretion and the second Law of Balancing”, en *Law, Rights and Discourse*, George Pavlakos (ed.), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, pág. 186 y ss.

<sup>241</sup> Para una opinión contraria cfr. KLATT/SCHMIDT, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, pág. 51 y ss.

Como se ha visto, la ponderación epistémica hace posible poner en relación a las premisas empíricas referidas a los principios que se están ponderando en la fórmula del peso. Con ello a través de la ponderación epistémica se establecerá cuál de los principios deberá tener prevalencia en el caso concreto. La ponderación epistémica implica tres supuestos, primero, que la ponderación epistémica determine que la intensidad de la intervención al principio  $P_i$  se basa en premisas que no bastan para justificar la misma; segundo, que la ponderación epistémica determine que la intensidad de la intervención al principio  $P_i$  sí se justifica pues se basa en premisas empíricas que son lo suficientemente seguras; tercero, que de la ponderación epistémica no se pueda llegar a determinar cuál de las dos premisas empíricas tiene el mayor grado de seguridad, es decir que se da un empate entre las premisas empíricas que justifican la intensidad de la intervención en el principio  $P_i$ , y las premisas que justifican el grado de importancia de satisfacción del principio  $P_j$ . Este último supuesto es de la mayor importancia, pues él constituye el fundamento para otorgar al legislador, en caso de duda epistémica proveniente de un empate entre la seguridad de las premisas empíricas que fundamentan cada principio, un margen de discrecionalidad epistémica de naturaleza empírica.

Con ello, una de las funciones principales de la ponderación epistémica consiste en otorgar al legislador un margen de discrecionalidad respecto de las premisas empíricas, cuando en la valoración del Tribunal Constitucional exista inseguridad sobre dichas premisas.

Así mismo, otra de las funciones de la ponderación epistémica es la de fundamentar restricciones a principios (derechos fundamentales) basadas en la seguridad de las premisas empíricas que las sustentan. Dicha restricción se da a través de una intervención por omisión de protección, es decir, el Tribunal Constitucional, al realizar la ponderación epistémica, puede decidir que la limitación al derecho fundamental (principio) querida por el legislador, es constitucional, y denegar la protección del derecho, basándose en la ponderación de la seguridad de las premisas empíricas.

Evidentemente, en caso el Tribunal Constitucional, considere que las premisas empíricas en las que se basa el legislador para limitar el derecho fundamental

(principio) son insuficientes, no podrá justificar la intensidad de la intervención, teniendo que declarar la norma como inconstitucional<sup>242</sup>.

Una tercera función atribuible a la ponderación epistémica, consiste en que ella constituye un límite a la optimización de principios y por ende una necesaria extensión al concepto de principio. Dado que se establece una exigencia de la optimización epistémica, dicha optimización constituye el límite de los principios como mandatos de optimización en función de las circunstancias jurídicas y fácticas. Bernal Pulido ha propuesto una definición ampliada de la definición de principio:

“Los principios son mandatos de optimización, que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, en función de las posibilidades jurídicas, fácticas y epistémicas”<sup>243</sup>.

Con ellos se puede fundamentar la tesis que la ponderación epistémica no solamente sirve para establecer una relación de peso entre las premisas empíricas que fundamentan a los principios enfrentados en la fórmula del peso, sino que también constituyen límites a la propia ponderación, límites más allá de los cuales no es posible una decisión racional.

### 1.2.3. Escalas epistémicas

La posibilidad de elaborar escalas epistémicas está directamente relacionada con la racionalidad de la ponderación epistémica. Si y sólo si es posible determinar grados de seguridad sobre las premisas empíricas que sustentan a

---

<sup>242</sup> Un ejemplo de esto se puede encontrar en la sentencia del Tribunal Federal alemán sobre la ley de seguridad aérea: BVerfGE 115, 118 (155) y ss. En esta decisión el Tribunal Federal determinó que no se puede asumir que de los requisitos reales para la orden y ejecución de una medida como la de derribar una aeronave de pasajeros (sospechosa de ser utilizada como medio para realizar un atentado que ponga en peligro la seguridad nacional) puedan ser determinados siempre con la necesaria seguridad. Para un análisis de la aplicabilidad de la ponderación a esta sentencia cfr. Gustavo BEADE, “El carácter deontológico de la ponderación”, en *Desafíos a la ponderación*, Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, págs 253-297.

<sup>243</sup> Carlos BERNAL PULIDO, “Grundrechtsprinzipien in Spanien: Rationalität und Grenzen der Abwägung”, en *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Jan R. Sieckmann (ed.), Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 197-213, 211.

los principios en conflicto, entonces será posible conferir a la ponderación epistémica el estatus de procedimiento racional.

Dicha escala no se refiere a la intensidad de la interferencia en un principio o la importancia de satisfacción del principio que juega en sentido contrario, sino que se refiere al grado de certeza o seguridad de las premisas empíricas que sustentan a dichos principios. Este grado de seguridad epistémica es el resultado del análisis efectuado por el juez constitucional. Es el juez constitucional quien determinará si las premisas que sustentan la norma sujeta a su control son seguras, plausibles o no evidentemente falsas.

Una premisa empírica es segura, si existen elementos de juicio suficientes para probar la veracidad de la misma. Estos juicios pueden ser de carácter experimental, sociológico, psicológico, lógico, etc. Determinar la certeza de la premisa empírica que afirma que la reclusión de un hombre en un espacio cerrado por un tiempo indefinido no trae consigo consecuencias graves para su personalidad, es posible de acuerdo al estado actual de las ciencias psicológicas. Determinar cuándo se inicia la vida de un ser humano, es relativamente posible a través de los hallazgos de la ciencia médica moderna. Determinar si la prohibición de la venta de alcohol servirá para disminuir la violencia familiar, no es evidentemente falso, pero tampoco absolutamente verdadero ni plausible.

El grado de certidumbre que se tenga de las premisas empíricas que sustentan la norma acusada de inconstitucional puede expresarse entonces en una escala triádica: seguridad de la certeza de las premisas empíricas ( $2^0$ ), plausibilidad de la certeza de las premisas empíricas ( $2^1$ ), falsedad no evidente de las premisas empíricas ( $2^2$ ). Estos grados epistémicos delimitan el ámbito de control que el Tribunal Constitucional dispondrá para analizar la constitucionalidad de la norma.

En la jurisdicción constitucional alemana, esta escala determina además la intensidad del control que el Tribunal Constitucional federal al que someterá a la norma acusada de inconstitucional. Así, de ser las premisas empíricas ciertas, se realizará un control intenso de la constitucionalidad de la norma. Si las premisas empíricas son plausibles, realizará el denominado control de plausibilidad de la constitucionalidad de la norma. Si las premisas que sustentan la norma sujeta a control no son evidentemente falsas (porque de

serlo no realizaría control alguno y declararía la norma de plano inconstitucional) se lleva a cabo el denominado control de evidencia<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> BVerfGE 50, 290 (332).

## Capítulo IV

### La ponderación en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano

En el presente capítulo se revisarán algunas de las sentencias en los que el Tribunal Constitucional peruano hizo uso de la ponderación. La razón para escoger estas cuatro sentencias fue poder comprobar los argumentos y conceptos esgrimidos en la parte teórica de esta investigación, así como comprobar si la argumentación del máximo intérprete de la Constitución en el Perú es consecuente con la doctrina de la ponderación. Así mismo, se buscará demostrar en los casos materia de análisis, si los peligros de la ponderación son consecuencia de la estructura interna de la misma o si más bien obedecen a una mal interpretación de la misma, así como de la irracionalidad de los argumentos introducidos en ella. Ciertamente se evidenciará en uno de estos casos que la ponderación tiene límites, dichos límites se deben no solamente a la estructura de la ponderación, sino a la limitación del conocimiento humano cuando se tratan de inseguridades empíricas o normativas.

#### I. Caso Magaly Medina (6712-2005-HC/TC)

El Tribunal Constitucional evalúa el recurso extraordinario de Habeas Corpus interpuesto por la señora Magaly Jesús Medina Vela y el señor Ney Guerrero Orellana contra los Magistrados miembros de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, quienes expidieron la resolución en el Recurso de Nulidad N.º 3301-04, de fecha 28 de abril de 2005, en la cual se declara no haber nulidad en la sentencia de fecha 4 de junio de 2004, la misma que condena a los demandantes a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el término de tres años, por la comisión del delito contra la libertad–violación de la intimidad. Los recurrentes sostienen que se ha violado su derecho a la libertad personal por haberseles negado tutela procesal efectiva pues se estaría vulnerando su derecho a la probanza y a la defensa. Los recurrentes fueron sentenciados a

causa de la propalación, en un programa televisivo, de imágenes explícitas que mostraban a una persona manteniendo relaciones sexuales presuntamente ejerciendo la prostitución clandestina.

El programa de televisión “Magaly TV”, emitió el 31 de enero de 2000 un video editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda, y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como ‘Las Prostivedettes’, y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta.<sup>245</sup>

El Tribunal Constitucional luego de dilucidar si existía o no una restricción al derecho a la tutela procesal efectiva de los recurrentes, determina que tal restricción sí existe, teniéndose que determinar si la restricción es constitucional. Para ello hace uso del test de “racionalidad” y sus tres subprincipios: subprincipio de adecuación o idoneidad, subprincipio de necesidad y subprincipio de ponderación. Los bienes jurídicos que el Tribunal Constitucional pone en liza son: el derecho a la información y el derecho a la vida privada. Luego de aplicar el test de racionalidad y sus tres subprincipios determina que el derecho a la intimidad ha sido vulnerado y por lo tanto declara infundada la supuesta violación al derecho a la defensa.

Ciertamente lo que el Tribunal Constitucional denomina principio de racionalidad no es otro que el Principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, más allá de la cuestión terminológica, el razonamiento y la aplicación del test de proporcionalidad, y en especial de la ponderación, es deficiente. En efecto, el Tribunal, al realizar el examen de adecuación, lo hace en función a los dos derechos en conflicto. Como se explicó líneas arriba, el subprincipio de adecuación o idoneidad es un análisis medio-fin. En ese sentido, lo que el Tribunal debió analizar no era si el acto de propalar el video por en el mencionado programa de televisión era adecuado para el esclarecimiento de la existencia de una supuesta red de prostitución clandestina. El Tribunal debió evaluar si la medida restrictiva del derecho a la libertad de información era adecuada para la protección del fin perseguido con ella, que era la protección al derecho a la intimidad de la agraviada. En efecto,

---

<sup>245</sup> STC N° 06712-2006 HC/TC (Fundamento 1).

el Tribunal no evalúa en el examen de adecuación si las conductas que realiza una persona son adecuadas no, como parece hacer el Tribunal al ponerse a dilucidar si la propalación de las imágenes era adecuada para la revelación de la red de prostitución. El examen de adecuación se avoca a determinar si la medida adoptada por el Estado, la Resolución Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la Republica en el Recurso de Nulidad N.º 3301-04, de fecha 28 de abril de 2005, era adecuada para la consecución del fin constitucionalmente legítimo, es decir, la protección del derecho a la intimidad de la agraviada. Por ello, el razonamiento del Tribunal Constitucional es errado y representa una mala aplicación del principio de proporcionalidad en su subprincipio de adecuación.

En lo que atañe al examen de necesidad, el Tribunal Constitucional tampoco aplica acertadamente la definición de necesidad, pues afirma: “El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista”<sup>246</sup>. Esto no es del todo correcto, pues el subprincipio de necesidad no solamente exige escoger la medida más idónea existente para la protección del derecho, sino que de entre todas las medidas igualmente idóneas para alcanzar el fin, se debe de escoger la que sea menos lesiva al derecho sujeto a restricción. Sin embargo, el Tribunal Constitucional vuelve a insistir en analizar la conducta de la recurrente y evaluar si la misma era la medida más adecuada y necesaria para la denuncia de la supuesta red de prostitución. Esto es errado, pues en el subprincipio de necesidad lo que se realiza es un análisis medio-medio. Los medios a compararse son las medias objetivas e hipotéticas que restringen un derecho con el fin de realizar un determinado fin. Tanto el subprincipio de adecuación y el principio de necesidad son la expresión del denominado “Óptimo de Pareto”, el cual expresa la idea de que ninguna posición puede ser mejorada a costa de perjudicar a otra. Esto no se lee en la sentencia objeto de análisis. El Tribunal dilucida si emitir el reportaje fue necesario o no. Ello nuevamente demuestra la deficiencia en la argumentación del Tribunal, cuya irracionalidad no puede ser atribuida al principio de proporcionalidad en sentido amplio, ni a la ponderación.

---

<sup>246</sup> STC N° 06712-2006 HC/TC (Fundamento 44).

Por último, el Tribunal Constitucional no evalúa si la afectación al derecho a la libertad de información es proporcional a la importancia de protección al derecho a la intimidad, sino que se avoca a algo así como un test de flexibilidad. Para el Tribunal el subprincipio de ponderación, o de proporcionalidad como lo denomina el Tribunal, consiste en “procurar que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada”<sup>247</sup>. Luego afirma que: “En el caso de la relación entre vida privada e información, se procura que ambos derechos tengan la mayor efectividad posible, y que uno y otro sean protegidos de una manera adecuada, máxime si ha habido circunstancias que demuestran la desproporcionalidad del reportaje emitido”<sup>248</sup>. Esto no se condice con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. La formulación correcta de la relación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad sería la siguiente:

“Cuanto mayor sea la intensidad de la intervención en el derecho a la libertad de información, tanto mayor deberá ser el grado de realización u optimización del derecho a la intimidad”.

Esta reformulación hubiera dado como resultado una ponderación entre la intensidad de la afectación en el derecho a la libertad de información y la importancia de satisfacción del derecho a la intimidad. En función a las circunstancias del caso, se puede afirmar que la limitación a la libertad de información es leve porque la medida restrictora se basa en un proceso penal con sentencia definitiva, por lo tanto la medida que es materia de análisis no restringe de manera directa al derecho a la libertad de información, sino que solamente está confirmando lo que se decidió en el proceso penal, es decir, la sanción a los recurrentes. Por otro lado, la importancia de satisfacción del derecho a la intimidad es grave, ya que el mostrar imágenes explícitas de una persona manteniendo relaciones sexuales y posteriormente transmitir las por

---

<sup>247</sup> STC N° 06712-2006 HC/TC (Fundamento 50).

<sup>248</sup> Ibidem.

televisión o cualquier otro medio de propalación de imágenes de video, constituye una afectación gravísima al derecho a la intimidad, mismo que el Estado está en la obligación de garantizar.

Si bien es cierto que el Tribunal llega a la conclusión de que la afectación al derecho a la intimidad es grave y por lo tanto declara infundada la demanda planteada por los recurrentes, se advierte que el Tribunal no llegó a tal decisión por medio de un procedimiento racional como lo es el principio de proporcionalidad o la ponderación, sino presumiblemente por la contundencia del ilícito que los recurrentes pretendían justificar. Cabe preguntarse si el Tribunal Constitucional hubiera llegado a una solución acertada con los mismos argumentos que utilizó para resolver este caso, si la contundencia de la afectación a un derecho fundamental no hubiera sido tan evidente.

## II. Caso calle de las pizzas (STC 007-2006-PI/TC)

En el año 2005, dos ordenanzas emitidas por la Municipalidad del distrito limeño de Miraflores (Ordenanzas N° 212-2005 y N.º 214-2005) restringían el horario de atención de establecimientos comerciales ubicados en los pasajes San Ramón y Figari, zona conocida también con el nombre de “Calle de las Pizzas”. La primera de las mencionadas ordenanzas establecía que los establecimientos ubicados en dicha zona, debían de limitar su horario de atención al público como máximo hasta las 01:00 del día siguiente (de domingo a lunes) y hasta las 02:00 del día siguiente (viernes, sábado y vísperas de feriados no laborables). Así mismo, en dicha ordenanza se establecía como sanción por incumplir con lo dispuesto en ella una multa ascendiente a 1UIT (Unidad de Referencia Tributaria) y como medida complementaria, la clausura definitiva de los locales infractores. En la segunda ordenanza se estableció el horario de inicio de actividades de los locales ubicados en la mencionada zona sería el de las 07:00 horas.

La municipalidad de Miraflores fundamentó la necesidad de limitar el horario de funcionamiento de los locales ubicados en la “Calle de las Pizzas” con argumentos basados en el interés público y beneficios para la comunidad

como son la conservación del orden, la preservación de la seguridad ciudadana, la tranquilidad pública y la salud de los vecinos de Miraflores.

Los comerciantes, titulares de los locales afectados con la medida restrictiva, interpusieron una demanda de inconstitucionalidad contra las citadas ordenanzas pues consideraban que las mismas afectaban su derecho a la igualdad.

El Tribunal Constitucional peruano determinó que el caso no se dejaba reconstruir en términos de afectación al derecho a la igualdad: “La restricción del horario máximo de atención no es contraria al derecho a la igualdad puesto que tiene un fundamento objetivo y razonable”<sup>249</sup>. El Tribunal se inclinó más bien por reconstruir el caso como uno de colisión entre, por un lado, el derecho a la libertad de trabajo y desarrollo a la personalidad y por el otro, el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y el derecho a la salud. El tribunal llegó a esta conclusión alegando que debía comprobarse si las ordenanzas significaban o no una medida proporcionada respecto de la protección de los derechos de las personas que vivían en las inmediaciones de la mencionada zona.

El análisis del Tribunal comienza con lo que en doctrina se denomina principio de razonabilidad, como paso previo al análisis de proporcionalidad. El test de razonabilidad aplicado por el Tribunal consistió en determinar si la relación entre el medio establecido, la restricción del horario de atención de los locales, era razonablemente adecuado para la consecución del fin constitucionalmente protegido, es decir, la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a la “Calle de las Pizzas”. El test de razonabilidad no forma parte estructural del test de proporcionalidad, es un paso previo que sirve para identificar los medios utilizados para la limitación de un derecho fundamental y el fin constitucionalmente protegido que con ellos se busca alcanzar.

Luego del test de razonabilidad, el Tribunal aplica el test de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, aplica un examen escalonado para comprobar la adecuación o idoneidad de la medida para alcanzar el fin, luego analiza si no existe otro medio igualmente efectivo pero menos lesivo para el derecho afectado que permita alcanzar el fin deseado, y por último aplica el

---

<sup>249</sup> STC N° 00007-2006-PI/TC (Fundamento 29).

denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto, que viene a ser la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto.

Luego de realizar el test de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que la medida restrictiva superaba dicho test y que por lo tanto debía declarársela como constitucional. Por lo que declaró la demanda de inconstitucionalidad planteada por los comerciantes afectados como infundada.

Ahora bien, más allá de que estemos de acuerdo o no con el fallo del colegiado, es de especial interés determinar si la ponderación fue aplicada correctamente en este caso o si no hubo necesidad de llegar a ella. En efecto, en los dos primeros estadios del principio de proporcionalidad en sentido amplio (adecuación y necesidad) el examen a efectuarse se refiere exclusivamente al análisis de los medios y los fines empleados y buscados por el legislador.

En el caso, la medida se muestra como adecuada o idónea para la consecución del fin. En la jurisprudencia, son pocos los casos en los que el test de proporcionalidad termina con el análisis de adecuación o idoneidad<sup>250</sup>. Por lo general los legisladores buscan emplear medios adecuados para la consecución de los fines que deseados. El medio empleado por la Municipalidad de Miraflores para alcanzar el fin de protección del medio ambiente, la tranquilidad y la salud de los vecinos es adecuado. Sin embargo esto no basta para dar por superado el test de proporcionalidad. Como se menciono líneas arriba, el principio de proporcionalidad es un mecanismo escalonado y preclusivo, una vez superado un subprincipio, se pasa al siguiente. Ahora toca examinar si la medida es necesaria para la consecución del fin, es decir, que no existan otros medios igualmente efectivos pero menos lesivos al derecho de los comerciantes<sup>251</sup>. Es discutible si no pudieron haber existido otros medios hubiesen podido permitir alcanzar la protección del medio ambiente, la seguridad y la salud de los vecinos sin que se limite el horario de atención de

---

<sup>250</sup> En la jurisprudencia constitucional alemana existe un caso paradigmático en el que los medios empleados por el legislador no superaron el test de adecuación o idoneidad. Se trata del caso de los Cetreros (BverfGE 55, 159 (166)).

<sup>251</sup> En la jurisprudencia constitucional alemana generalmente se emplea el caso del arroz inflado (BverfGE 53, 135 (146)) para explicar el subprincipio de necesidad. La doctrina dominante en Alemania sostiene que el principio de proporcionalidad debe terminar aquí, cfr. PIEROTH/ SCHLINK, *Staatsrecht II*, pág. 70 (Rn. 304); SCHLINK, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, pág. 455; *Id.*, “Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, pág. 462.

los establecimientos. Una alternativa pudo haber consistido en la prohibición de la venta de alcohol en los mencionados locales y limitar el tipo de actividad de los establecimientos a la de expendio de comida y bebidas no alcohólicas, sin limitar el horario de apertura. Cabe preguntarse si ésta no habría sido una alternativa más adecuada a los argumentos que emplea el tribunal para fundamentar su decisión. Tal alternativa sin embargo entraría en colisión directa con los derechos adquiridos de los propietarios de los locales. Así mismo, se estaría facultando a la Municipalidad a cambiar a su discreción la zonificación de los sectores bajo su jurisdicción cuando tenga por conveniente limitar las actividades que ahí se realicen. Por lo que, la limitación del horario de atención, si bien es cierto constituye una afectación a los derechos fundamentales de los comerciantes, es un medio necesario para la consecución del fin deseado.

Luego de dar por superado el examen de necesidad, el Tribunal entra en el subprincipio de ponderación. El colegiado pone en liza al derecho que justifica la intervención, es decir, los derechos al medio ambiente, a la tranquilidad y el derecho a la salud; y del otro lado a los derechos afectados por la medida interventora, es decir, los derechos a la libertad de trabajo de los dependientes de los locales y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de las personas que asisten a dichos locales. En este contexto se pone de manifiesto una de las problemáticas que presenta la ponderación, es decir, bajo qué criterio se ponderan más de un principio. En efecto, como es evidente, del lado de la medida restrictora tenemos, según el Tribunal, no solamente el derecho al medio ambiente (Art. 2 inciso 22), sino además el derecho a la tranquilidad (Art. 2 inciso 22) y el derecho a la salud (Art. 7 en concordancia con el Art. 3 de la Constitución)<sup>252</sup>. Así mismo, del lado de los comerciantes afectados con la medida, el Tribunal considera que los derechos fundamentales afectados vendrían a ser el derecho a la libertad de trabajo (Art. 2 inciso 15 de la Constitución) y el libre desenvolvimiento de la personalidad (Art. 1 en concordancia con el Art. 3 de la Constitución).<sup>253</sup> El Tribunal no aporta criterio alguno para la valoración de estos derechos, no sabemos si los ha integrado

---

<sup>252</sup> STC N° 00007-2006-PI/TC (Fundamento 39).

<sup>253</sup> También pudo haberse incluido al derecho a la libertad de empresa de los propietarios o administradores de los locales sujetos a la restricción (Art. 59 en concordancia con el Art. 3 de la Constitución).

dentro de un derecho más comprensivo como sería el derecho a gozar de salud en un ambiente equilibrado y tranquilo. O si ha asumido un criterio de acumulación para estos derechos. El Tribunal parece que se inclina por reconocer dos derechos, un derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y un derecho a la salud, por lo que presumimos asume un criterio de acumulación. Del lado de los derechos afectados tenemos también dos derechos: el derecho al trabajo de las personas que laboran en los locales y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de las personas que asisten a estos locales, que no necesariamente son convergentes en un derecho más comprensivo. Aquí el Tribunal tampoco nos da un criterio para la valoración de los mismos, así que tendríamos que asumir que es en base a un criterio de acumulación.

Ahora bien, el Tribunal determina que la intensidad en la intervención al derecho a la libertad de trabajo es leve ( $2^0$ ) pues no se está limitando totalmente el ejercicio del mismo, sino solo restringiendo a determinadas horas<sup>254</sup>. Así mismo, el Tribunal estima que la intervención al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad es leve ( $2^0$ ), ya que se trata de una restricción temporalmente parcial limitada a determinadas horas<sup>255</sup>. De otro lado para el Tribunal el grado de importancia de satisfacción del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad es elevado ( $2^2$ ), ya que la mejor forma de alcanzar un ambiente adecuado es a través de la garantía de un ambiente silente. Así mismo, en lo que respecta al derecho a la salud, el Tribunal también reconoce que la importancia de satisfacción del mismo es elevada ( $2^2$ ), pues las interrupciones durante las horas de sueño provocarían un detrimento en la salud de los vecinos. Se generaría la siguiente estructura en la fórmula del peso:

$$W_{i+m,j+n} = \frac{I_i + I_m}{I_j + I_n} \rightarrow \frac{2^0 + 2^0}{2^2 + 2^2} \rightarrow \frac{1+1}{4+4} \rightarrow \frac{2}{8}$$

$I_i$  = Intensidad de la intervención en el derecho a la libertad de trabajo

<sup>254</sup> STC N° 00007-2006-PI/TC (Fundamento 44).

<sup>255</sup> STC N° 00007-2006-PI/TC (Fundamento 53).

$I_m$  =Intensidad de la intervención al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

$I_j$  =Importancia de satisfacción del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad.

$I_n$  =Importancia de satisfacción del derecho a la salud.

Con estos argumentos, el Tribunal entiende que la importancia de satisfacción de los derechos al medio ambiente-tranquilidad y al derecho a la salud tiene mayor peso que la intervención a los derechos a la libertad de trabajo y al libre desenvolvimiento de la personalidad. Con esto da por superado el subprincipio de ponderación y por ende la confirmación de la constitucionalidad de la intervención.

Ahora bien, parece discutible si es correcto asumir que las limitaciones a los derechos a la libertad de trabajo y al libre desenvolvimiento de la personalidad solo son leves y no moderadas. En efecto, se puede argumentar que la limitación de las horas laborables para los propietarios de los establecimientos o para un trabajador de los mismos es una limitación al ingreso dinerario y por lo tanto una limitación sino grave por lo menos moderada a su libertad de trabajo. Así mismo, el libre desenvolvimiento a la personalidad también se vería afectado pues no todos los concurrentes a estos locales lo hacen con la intención de consumir bebidas alcohólicas y escuchar música a decibelios elevados. Es cuestionable la argumentación del Tribunal en este sentido, ya que por lo menos debió de considerar las intensidades de afectación a estos derechos como moderadas, es decir asignarle un peso de  $2^1$ . Sin embargo, esto no contribuye en modificar en gran medida el resultado de la ponderación efectuada. Pues la importancia de satisfacción del derecho al medio ambiente-tranquilidad y el derecho a la salud sigue siendo elevada. Por lo que la fórmula del peso tendría la siguiente estructura

$$W_{i+m,j+n} = \frac{I_i + I_m}{I_j + I_n} \rightarrow \frac{2^1 + 2^1}{2^2 + 2^2} \rightarrow \frac{2 + 2}{4 + 4} \rightarrow \frac{4}{8}$$

Esto demuestra que la ponderación solo es una forma de argumentación que sirve para ordenar los argumentos en una estructura comparativa. La

ponderación y el resultado que ella nos brinde depende la racionalidad de los argumentos introducidos en ella. La ponderación en el caso “Calle de las Pizzas” reportó argumentos racionales, pero insuficientes para describir las circunstancias del caso concreto, así como para efectos de la asignación de los pesos a las intensidades de intervención y de importancia de satisfacción. Sin embargo, debido a que la ponderación contribuye a la racionalidad de la argumentación jurídica, el resultado siguió siendo el mismo luego de ajustar la argumentación, debido a que la importancia de satisfacción de los derechos al medio ambiente-tranquilidad y a la salud, en el caso concreto, es de importancia elevada.

### III. Caso Flores Llerena (STC 00815-2007-PHC/TC)

El tribunal constitucional evalúa un recurso de agravio constitucional interpuesto por el señor Justo Germán Flores Llerena contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Suprema de Justicia de Lima de fecha 19 de diciembre de 2006. dicha resolución declaraba infundada la demanda de Habeas Corpus interpuesto por el senior Flores Llerena contra el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de Huaura, pues, según el senior Flores Llerena, dicho juzgado de investigación, a través de la emisión de la Resolución N° 2 de fecha 4 de octubre de 2006, vulneraba sus derechos a la inviolabilidad de domicilio, de defensa, a la tutela procesal efectiva y al debido proceso en conexión con la libertad individual. La mencionada Resolución N° 2 del 4.10.2006 ordenaba la señor Flores Llerena, acusado de cometer delito de violación sexual, a someterse a un análisis de ADN, con el fin de determinar su responsabilidad en el delito que se le imputaba.

El Tribunal Constitucional se propone someter el caso al test de proporcionalidad. El colegiado reconoce que la medida o medio para alcanzar el fin, lo constituye la resolución que obliga al senior Flores Llerena a someterse al análisis de ADN. El fin legítimo que persigue esta medida lo constituye el esclarecimiento de la responsabilidad del señor Flores Llerena en el delito de violación sexual que se le imputa.

El primer subprincipio del principio de proporcionalidad es el subprincipio de adecuación o idoneidad. Dicho subprincipio exige determinar si la medida restrictiva (la resolución que obliga al acusado a someterse al examen de ADN), es adecuada o idónea para la consecución del fin legítimo (el esclarecimiento de la responsabilidad del acusado en el delito que se le imputa). El Tribunal determinó que dicha medida es idónea para la consecución del fin deseado.

El segundo subprincipio del principio de proporcionalidad, subprincipio de necesidad, exige determinar si no existe otro medio igualmente efectivo y adecuado, pero menos lesivo al derecho a la intimidad del señor Flores Llerena. El Tribunal argumenta acertadamente que no existen otros medios igualmente eficaces pero menos lesivos que permitan determinar la responsabilidad del señor Flores Llerena. En efecto, la ciencia médica moderna permite determinar con alto grado de exactitud si el material genético hallado en la víctima corresponde con el del acusado o no. Por esto, una muestra de ADN se hace indispensable para realizar la comparación de las muestras. En la actualidad, esta prueba constituye un medio idóneo para la determinación de la responsabilidad de una persona en delitos como la violación sexual, homicidio, etc. Por lo tanto la medida supera el subprincipio de necesidad.

En lo que respecta al tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, la fundamentación del Tribunal Constitucional sugiere serias dudas respecto de su solidez. El Tribunal realiza en lugar de un examen de ponderación, un examen de equivalencia entre el grado de realización del fin de relevancia constitucional (el esclarecimiento del delito) con el grado de afectación del derecho a la intimidad. El Tribunal no asigna peso alguno a sus afirmaciones y simplemente da por superado el subprincipio de ponderación, alegando que el grado de realización del fin es equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En consecuencia, declara infundada la demanda de Habeas Corpus presentada por el señor Flores Llerena.

El razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional respecto del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación es un claro ejemplo de lo que los críticos denominan: ponderación irracional, decisionista,

retórica e inconmensurable. En efecto, la fundamentación del Tribunal Constitucional es deficiente e insuficiente para llegar a un resultado racional.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional compara dos magnitudes inconmensurables entre sí, es decir, compara el fin legítimo con el derecho a la intimidad. La ponderación no se refiere únicamente a derechos. La ponderación viene a ser la optimización de los derechos en función a las circunstancias jurídicas del caso. Las circunstancias jurídicas están determinadas por los principios (derechos fundamentales o bienes jurídicos) en colisión, no por los medios o los fines.

En efecto, el análisis medio-fin se da en los dos primeros subprincipios del principio de proporcionalidad, es decir, en el examen de adecuación y en el examen de necesidad. Ambos exámenes están referidos a la optimización en función a las circunstancias fácticas del caso. Ellos son la expresión de los que se nomina como “Óptimo de Pareto”, mismo que exige que una posición no puede ser mejorada a costa del detrimento de otra.

El Tribunal mezcla fines con derechos, lo cual desvirtúa la ponderación que realiza, deviniendo en irracional. No obstante, esta irracionalidad no se debe a la estructura de la ponderación, sino a la mala interpretación de la misma y a las premisas irracionales colocadas en ella. Esto confirma la tesis planteada en la presente investigación: “los peligros de la ponderación (entre ellos el peligro de irracionalidad) se encuentran por fuera de la misma”.

En lugar de hablar de “el fin legítimo”, el Tribunal Constitucional debió mencionar el bien colectivo que se busca proteger o promover con la medida restrictiva. Este fin colectivo no sería otro que la eficacia de la administración de justicia. La ponderación no solamente está referida al sopesamiento de derechos individuales tales como el derecho al honor o a la libertad de expresión, sino que el concepto de principio jurídico tiene una mayor amplitud, abarcando a los bienes colectivos.<sup>256</sup> Estos bienes colectivos se derivan de la cláusula de estado social de derecho, división de poderes y democracia. Dichos bienes colectivos, si bien no están enunciados literalmente en el texto de la Constitución (Art. 2), son derechos implícitos cuyo reconocimiento se da a través de la cláusula establecida en el artículo 3 de la Constitución.

---

<sup>256</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 89 y ss.

En consecuencia, los bienes jurídicos enfrentados en el mencionado caso son: el derecho a la intimidad y el principio de la eficacia en la administración de justicia. Con estos principios podemos reconstruir la ponderación que debió llevar a cabo el Tribunal para fundamentar que la afectación al derecho a la intimidad superaba el subprincipio de ponderación:

“Cuanto mayor sea la intensidad de la intervención en el derecho a la intimidad, tanto mayor deberá ser el grado de realización u optimización de la eficacia de la administración de justicia”.

Las intensidades asignadas a cada uno de los principios pueden ser leve ( $2^0$ ), moderada ( $2^1$ ) o elevada ( $2^2$ ).

El grado de afectación al derecho a la intimidad del acusado puede ser catalogado de moderada o elevada, pero de ninguna manera leve, pues se trata de obligar a una persona a realizar una acción contra su voluntad. Sin embargo, la afectación del derecho a la intimidad no podría ser tampoco grave, porque no se está exigiendo que la persona revele datos más allá de los estrictamente relevantes para su propia identificación y posible exculpación de no coincidir las muestras. En cierto sentido, de ser inocente, la prueba del ADN también beneficia al acusado. Por lo tanto el grado de afectación al derecho a la intimidad es moderada ( $2^1$ ).

De otra parte, la importancia de satisfacción del principio de eficacia de la administración de justicia es elevada o intensa ( $2^2$ ), ya que con dicha prueba se podría determinar fehacientemente la responsabilidad o inocencia del inculgado.

Una vez determinados las intensidades, podríamos representar su relación con ayuda de la fórmula del peso:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} \rightarrow \frac{2^1}{2^2} \rightarrow \frac{2}{4}$$

$I_i$  =Intensidad de la intervención en el derecho a la intimidad.

$I_j$  =Importancia de satisfacción del principio de eficacia de la administración de justicia.

En conclusión, vence (R), en el caso concreto, el principio de eficacia de la administración de justicia ( $P_j$ ) al derecho a la intimidad ( $P_i$ ), bajo las condiciones de que se trate de un delito con una pena mayor de cuatro años ( $M_1$ ), no exista otro medio más eficaz para la determinación de la responsabilidad ( $M_2$ ) y no se exijan más datos de los estrictamente necesarios para efectos de la determinación de la identidad del sujeto ( $M_3$ ).

Esto podría ser representado con ayuda de la ley de colisión:

$$(4) (P_j \mathbf{P} P_i)C \rightarrow R$$

$$(4') C = \sum \{M_1 + M_2 + M_3\}$$

$$(4'') R = O(P_j \mathbf{P} P_i) \quad (4), (4').$$

El “O” es el operador deóntico que expresa que la relación de prioridad condicionada debe valer.

Si bien la decisión del Tribunal Constitucional fue acertada, su fundamentación, en lo que respecta a la ponderación, fue deficiente. Son precisamente argumentaciones como esta, las que originan dudas acerca de la racionalidad de la ponderación. Sin embargo, como se puede apreciar en la reconstrucción efectuada, la ponderación ofrece un procedimiento racional para la toma de decisiones jurídicas. El peligro de irracionalidad proviene de la mal interpretación de la ponderación.

#### IV. Caso azucareras del norte (STC N° 579-2008-PA/TC)

El Tribunal Constitucional peruano se avoca al recurso extraordinario presentado por el señor Cesar Augusto Becerra Leiva contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, misma que declaraba infundada la demanda de amparo interpuesta por el recurrente.

El recurrente sostiene que la citada resolución vulneraba su derecho fundamental a la tutela procesal efectiva porque, no obstante existir una resolución judicial firme, se viene prorrogando sucesivamente el cumplimiento de la sentencia de fecha 26 de julio de 2005. Dicha sentencia obliga a la demandada “Agroindustrial Pomalca S.A.A”, a cumplir con el pago al recurrente de una suma ascendente a S/. 359 653.51 por concepto de contraprestación por los servicios prestados en virtud de un contrato celebrado entre las partes sobre el alquiler de maquinaria pesada, y así mismo cumplir con el pago de una indemnización por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño a la persona, con la suma de S/. 870 100.00. El cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia citada se suspendió en un primer momento por encontrarse la demandada dentro del régimen de protección patrimonial dispuesto por la Ley 28027 y en el Decreto Supremo N° 138-2005-EF. Dicha protección patrimonial comprende la suspensión de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales y similares por todo tipo de obligaciones, tributarias y no tributarias, de las empresas agrarias azucareras que cumplan con los requisitos en la referida Ley. Esto con el fin de propiciar el desarrollo de la industria azucarera nacional independientemente de la organización empresarial y composición accionaria promoviendo la inversión en esta actividad, a fin de que se genere empleo, disminuya la pobreza, participe activamente en el desarrollo regional, la generación de ingresos tributarios, seguridad alimentaria, ahorro e incremento de divisas y el desarrollo de otras actividades agroindustriales. La suspensión, que en un primer momento solo era por un lapso de 12 meses, fue objeto de prorrogas sucesivas a través de las Leyes, 28288, 28662, 28885 y 29299 hasta el 31 de diciembre de 2010. No hace mucho se volvió a prorrogar la protección patrimonial de las empresas azucareras mediante la Ley 29678 hasta el 31 de diciembre de 2011.

El Tribunal Constitucional sometió a un examen de proporcionalidad a los bienes jurídicos en conflicto: el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva y el los objetivos constitucionales propuestos por la Ley a favor de la industria azucarera. Cabe mencionar que lo que el Tribunal entiende como objetivos constitucionales propuestos por la Ley a favor de la industria azucarera, en realidad viene a ser el bien colectivo que se busca proteger con la

mencionada ley, es decir, el desarrollo de la industria azucarera, la promoción del empleo, la reducción de la pobreza, generación de tributos, seguridad alimentaria y la promoción de la inversión.

En el examen de adecuación o idoneidad el Tribunal Constitucional argumenta que el establecimiento de un régimen de protección patrimonial en beneficio de las empresas azucareras constituye un medio adecuado para lograr el fin buscado por el legislador. Como se explicó en el apartado correspondiente, el subprincipio de adecuación o idoneidad, es un examen medio-fin, que está orientado a determinar la idoneidad del medio utilizado para la consecución del fin deseado por el legislador. Sin embargo esta relación requiere no solamente de la utilidad del medio para la realización del fin, sino de la fundamentación de esa idoneidad. En efecto en el caso de los Cetreros<sup>257</sup>, correspondiente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, el legislador consideraba como adecuado exigir a los cazadores deportivos que empleaban aves rapaces para sus actividades una licencia de tiro con armas de fuego. A juicio del legislador este medio era adecuado para la realización del fin, que no era otro que brindar seguridad a la población. Sin embargo, si analizamos detenidamente el caso, el medio simplemente es útil pero no idóneo. Es necesario distinguir entre un medio útil y un medio idóneo o adecuado. En efecto, el solicitar una licencia de tiro a los cazadores deportivos con aves rapaces es un medio útil para alcanzar el fin, pero no es un medio adecuado, pues no tiene necesariamente conexión con el fin, no obstante generar efectos que lo favorezcan. En el caso concreto, vemos que la limitación al derecho a la tutela procesal efectiva es útil para la consecución del fin, pero no necesariamente adecuada o idónea. La relación entre el medio y fin no es clara, pues si por un lado se busca la reactivación de las empresas azucareras y evitar el costo social que la puesta en concurso de las mismas traería consigo, este no es un fin que se logre adecuadamente a través de la limitación al derecho fundamental a la tutela procesal efectiva del recurrente. La generación de empleo, la reactivación de la industria nacional y el aseguramiento alimentario son tareas que incumben al Estado y no pueden estar sujetas a la afectación de derechos fundamentales de terceras personas. Así lo entiende también el Magistrado Landa, quien en su voto en discordia

---

<sup>257</sup> BverfGE 55, 159 (166).

sostiene: “La Ley en cuestión ni siquiera supera el *subprincipio de idoneidad*: es evidente que no existe, a nuestro juicio, una relación clara y directa entre el posponer la ejecución de una resolución judicial firme con el “fin constitucional”, según la ponencia, de reactivación de las empresas azucareras en la cual el Estado es accionista”<sup>258</sup>. Por estas razones, es cuestionable el razonamiento del Tribunal Constitucional respecto al examen de adecuación o idoneidad. A nuestro parecer, la fundamentación del Tribunal no es suficiente para justificar la relación entre el medio planteado y el fin buscado con la restricción. A nuestro parecer la medida no supera el examen de adecuación o idoneidad, por lo que no se debió continuar con el test de proporcionalidad declarando la demanda de Amparo por fundada.

El Tribunal continuó con el test de proporcionalidad y, dando por superado el examen de adecuación, pasó al examen de necesidad. Cabe mencionar que analizaremos el razonamiento del Tribunal en los dos exámenes siguientes no obstante ser de la opinión de que no debieron llevarse a cabo. Esto para demostrar las falencias en la argumentación del Tribunal y la mal interpretación de la ponderación, cuyos peligros, dependen de factores externos a ella.

El examen de necesidad llevado a cabo por el Tribunal gira en torno a un análisis medio-medio entre medidas igualmente efectivas pero menos lesivas al derecho a la tutela procesal efectiva del recurrente. El tribunal alega que la suspensión de la acreencia reconocida judicialmente al recurrente es el medio más idóneo y menos lesivo para la realización del bien. Otro medio, tal como la condonación de la deuda de las empresas sujetas a protección, sería menos efectivo para la consecución del fin buscado por el legislador. El Tribunal agota la búsqueda de medios alternativos en estos dos supuestos. Así mismo, no fundamenta porqué la denegación de la demanda de amparo del señor Becerra Leiva es el más adecuado para la consecución del fin. El análisis de necesidad se da a través de un procedimiento comparativo entre las medidas igualmente idóneas. El Tribunal se limita simplemente a establecer la idoneidad de la medida restrictiva, pero no la compara con ninguna otra, ni siquiera con la que él mismo señala como medio hipotético alternativo: la condonación de la deuda. Nuevamente estamos en desacuerdo con lo

---

<sup>258</sup> STC N° 00579-2008 PA/TC, voto en discordia del Magistrado Cesar Landa, (Fundamento 8).

argumentado por el Tribunal Constitucional, toda vez, que la medida restrictiva del derecho fundamental se basa en una Ley que ha venido prorrogándose desde hace más de seis años, lo cual genera con cada renovación una nueva afectación al derecho fundamental del recurrente. Dicha afectación se intensifica de una manera exponencial, mientras que la importancia de protección de los bienes jurídicos favorecidos por el legislador va disminuyendo.

Finalmente, en lo que respecta al principio de proporcionalidad en sentido estricto o examen de ponderación, el Tribunal elabora el siguiente enunciado: “Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley a favor de la industria azucarera”<sup>259</sup>. El Tribunal hace uso también de la escala triádica de intensidades, asignando a la afectación del derecho a la ejecución de sentencias una intensidad leve, mientras que a la satisfacción del cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos por la ley materia de análisis le asignó una intensidad elevada. La fundamentación de la asignación de dichas intensidades es bastante cuestionable. Para justificar la intensidad leve de la afectación al derecho a la ejecución de sentencias, el Tribunal argumenta que la suspensión de la ejecución de la sentencia es solo temporal y que, teniendo en cuenta la fecha en que se emitió la sentencia materia de análisis, la mencionada suspensión terminaría el 31 de diciembre de 2008. Para el Tribunal esto es argumento suficiente para justificar la levedad de la intervención al derecho a la ejecución de sentencias que ampara al recurrente, así mismo argumenta que la levedad se basa en que el derecho no ha sido eliminado y que no impide que se inscriban las acreencias en el registro correspondiente. Es decir, la temporalidad de la medida justifica la levedad de la intervención. Posteriormente se ha comprobado que los efectos suspensivos de la mencionada ley se han venido prorrogando incluso hasta la fecha en que se redacta el presente análisis, siendo, a la fecha, el nuevo plazo de vencimiento el 31 de diciembre de 2011. Consideramos que la intervención al derecho a la tutela procesal efectiva es de intensidad grave, ya que precisamente las constantes prorrogas hacen irrealizable el derecho reconocido

---

<sup>259</sup> STC N° 00579-2008 PA/TC (Fundamento 30).

judicialmente al recurrente. En efecto, la afectación del derecho a la tutela procesal efectiva se encuentra en una relación directamente proporcional con el tiempo que demora hacerla efectiva. Cada vez que se prorrogan los efectos de la Ley, la afectación al derecho que ampara al recurrente se incrementa. Por lo tanto consideramos que el Tribunal ha introducido premisas irracionales en la ponderación, convirtiéndola en irracional y por lo tanto vehículo para el decisionismo político. Así mismo, la importancia de protección de los bienes jurídicos amparados por la ley de protección patrimonial va decreciendo con cada prorroga. A nuestro parecer la afectación al derecho a la ejecución de sentencias es elevada y no leve como argumenta el Tribunal.

En lo que respecta a la intensidad elevada del grado de importancia de realización o satisfacción del objetivo propuesto por el legislador que en este caso, es lograr el desarrollo, reactivación y saneamiento económico y financiero de las empresas agrarias azucareras, así como la promoción del empleo y la disminución de la pobreza, estamos también en desacuerdo con lo que el Tribunal presenta como justificación. El Tribunal argumenta que la medida se hace imprescindible para efectos de la reactivación económica de la demandada. En efecto, se argumenta que la suspensión de la ejecución de la sentencia que ampara el derecho del recurrente contribuye a que la empresa demandada consiga alianzas económicas necesarias para su reactivación. En efecto, la medida restrictiva contribuye en gran medida a la reactivación de las empresas azucareras beneficiadas con la ley de protección patrimonial. Sin embargo, la reactivación de las empresas azucareras no es tarea del Estado. En un Estado democrático, social y de derecho, donde el modelo económico es el del libre mercado, el Estado tiene que fomentar la inversión privada, interviniendo en la menor medida posible en el mercado dejando el funcionamiento del mismo en manos de los actores económicos. Esto tiene un límite, ese límite lo constituyen los derechos fundamentales y sociales que asisten a las personas. En efecto, los derechos fundamentales no solamente tienen una función de libertades negativas (derechos de defensa), sino que también exigen una acción del Estado cuando se trate de la protección de derechos fundamentales (derechos de protección). En el caso, el Estado interviene porque hay derechos sociales dependientes del mantenimiento de la empresa demanda. Es por eso que el legislador busca proteger dichos derechos

a través de la emisión de la Ley de protección patrimonial. Esto indica que la importancia de satisfacción de los bienes colectivos en juego es también elevada, no obstante estar mal fundamentada por el Tribunal. Esto generaría un empate, entre la grave intervención al derecho del recurrente y la importancia elevada de satisfacción de los bienes jurídicos dependientes del mantenimiento de la empresa demandada.

Este vendría a ser un supuesto en el que el Tribunal Constitucional, no podría decidir a cual de las dos posiciones debería favorecer, pues carece de elementos de juicio para hacerlo. Aquí se hacen reconocibles los límites de la ponderación. En efecto, la ponderación nos dará como resultado un empate, siendo los pesos abstractos de los derechos en juego iguales, solo queda decidir en función a lo que denominamos principio formal. El principio formal exige que las decisiones tomadas por el legislador sean respetadas en la mayor medida posible, en función a las posibilidades fácticas y jurídicas relativas al caso. En virtud del principio formal, el juez constitucional no podría decidir respecto del caso y debería dejar la decisión a la discrecionalidad del legislador. Por lo que el juez constitucional debería privilegiar la solución legislativa, es decir la restricción.

Ahora bien, esto funcionaría siempre y cuando el medio haya superado los dos exámenes previos a la ponderación, es decir, el examen de adecuación o idoneidad y el examen de necesidad. En el caso concreto y nuestro juicio el medio no es idóneo y por lo tanto no debió haberse proseguido con el análisis de proporcionalidad. Sin embargo, de haberse tratado de un medio idóneo y necesario, el caso hubiera terminado en empate dando la razón al legislador.

Por lo tanto la medida al ser inidónea, no supera el test de proporcionalidad debiendo haberse declarada fundada la demanda interpuesta por el recurrente.

## Conclusiones

- I. La problemática referida a la ponderación tiene dos aspectos: el primero se refiere a los peligros de la ponderación, mientras que el segundo se refiere a los límites de la ponderación.
- II. El marco teórico que da fundamento a la ponderación es la teoría de los principios. Dicha teoría se basa en la distinción trascendental entre reglas y principios. Así mismo, la teoría de los principios se conforma de tres elementos constitutivos a saber: un sistema de condiciones de prioridad (representado por la ley de colisión), un sistema de estructuras de ponderación (representado por el principio de proporcionalidad) y un sistema de prioridades *prima facie* (representada por los principios formales).
- III. La teoría de los principios supone a su vez asumir un concepto de derecho. Dicho concepto se corresponde con la concepción “no-positivista” del derecho, en su variante de no-positivismo inclusivo, que entiende como elementos de la definición de derecho a tres elementos: la expedición autoritativa, la eficacia social y la corrección moral de las normas. Esta concepción es conocida también como la teoría de la doble naturaleza del derecho.
- IV. Los principios, conjuntamente con las reglas, son un tipo de norma. El concepto de principio abarca tanto a los derechos individuales, como a los bienes colectivos.
- V. Los principios son mandatos de optimización que exigen que algo sea cumplido en la mayor medida posible, en función a las posibilidades fácticas y jurídicas relativas al caso concreto. Por ello los principios pueden ser entendidos como mandatos *prima facie*. Existen dos tipos de principio: los principios materiales (p.e. los derechos fundamentales) y los principios formales (p.e. la seguridad jurídica, el principio de autoridad democrática).
- VI. Las reglas son mandatos definitivos que establecen juicios de deber ser definitivos en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.
- VII. Los principios y las reglas tienen un distinto carácter *prima facie*. Mientras que los principios deben su carecer *prima facie* a la posibilidad de poder ser

desplazados por otro principio con mayor peso, las reglas deben su carácter *prima facie* a la posibilidad de poder incorporar, a través de decisiones jurisdiccionales, cláusulas de excepción que les quiten su carácter de mandato definitivo.

- VIII. Detrás de toda regla hay por lo menos dos principios que la fundamentan. Uno es el principio material que origina o motiva la regla y el otro es el principio formal que exige que las decisiones tomadas por el autor de la regla (el Legislador) sean respetadas en la mayor medida posible.
- IX. La teoría actual de los principios se deriva de las tesis antipositivistas de Dworkin. Sin embargo es la reconstrucción de Alexy es la que constituye la doctrina dominante respecto al concepto estructura y aplicación de los principios jurídicos.
- X. La racionalidad de la ponderación reside en su estructura interna. Dicha estructura está compuesta por cinco elementos. La ley de ponderación, la escala triádica, la fórmula del peso, la ley de colisión y las cargas argumentativas.
- XI. La mayoría de las críticas dirigidas en contra de la ponderación se refieren a su racionalidad, su supuesta subjetividad argumentativa, su prescindibilidad, la retoricidad de su argumentación y su incapacidad para comparar premisas inconmensurables.
- XII. Las críticas a la ponderación apuntan, en conclusión, al peligro que esta significaría para el sistema jurídico y para el Estado constitucional de derecho.
- XIII. Las críticas acerca de los peligros de la ponderación son en consecuencia erradas, ya que atribuyen a la ponderación fines que ésta no aspira ni podría cumplir. Los peligros atribuidos a la ponderación se encuentran por fuera de ella, en el nivel de la conformación del discurso y de los argumentos jurídicos. Dichos peligros pueden ser en consecuencia atribuidos también a la subsunción o a cualquier método de interpretación o aplicación del derecho.
- XIV. La objeción de irracionalidad e inconmensurabilidad plantea una exigencia de hiperracionalidad a la ponderación.
- XV. La ponderación es una estructura formal de argumentación racional, es decir, sin contenido material determinado. Ella ordena los argumentos provenientes del nivel de la justificación externa del discurso jurídico y les concede orden y

racionalidad procedimental. La ponderación es un medio argumentativo, no un fin en sí misma.

- XVI. La ponderación, si bien es cierto, concede un alto grado de racionalidad, tiene también límites que le son intrínsecos. Los límites de la ponderación se derivan de los límites del conocimiento humano y la posibilidad de elaborar, a partir de lo que se puede llegar a conocer, juicios prácticos de deber ser. Los límites de la ponderación tienen por lo tanto una naturaleza epistémica. Los límites epistémicos de la ponderación constituyen la frontera de la racionalidad de la misma.
- XVII. El punto central de los límites de la ponderación lo constituye el problema de la divergencia. El problema de la divergencia, en su aspecto teórico, viene a ser la falta de correspondencia entre los que “es” (supuesto ontológico) y “lo que se puede llegar a conocer razonablemente” (supuesto epistemológico). A nivel normativo, el problema de la divergencia aparece cuando son inciertos los conocimientos del intérprete o aplicador del derecho acerca de lo que está ordenado, prohibido o confiado a la discrecionalidad del Legislador por los derechos fundamentales.
- XVIII. Los límites epistémicos de la ponderación pueden ser de dos clases: límites epistémicos de carácter normativo y límites epistémicos de carácter empírico. Ambos constituyen argumentos para el reconocimiento de la discrecionalidad del Legislador.
- XIX. Los límites epistémicos de carácter normativo implican la dificultad, en base a premisas normativas tales como argumentos basados en principios, de determinar si un caso concreto es subsumible o no a una norma o determinar el correcto sopesamiento de los principios en colisión.
- XX. Los límites epistémicos de carácter empírico implican la dificultad, en base a premisas empíricas tales como el estado actual de la ciencia o los procedimientos médicos, etc., de determinar si un caso ha de resolverse a favor del principio favorecido por el Legislador o a favor del principio que juega en sentido contrario.
- XXI. Los principios formales constituyen la clave para la solución de los problemas derivados de los límites epistémicos de la ponderación, sean estos de carácter normativo o de carácter empírico. Los principios formales son, en tanto principios, mandatos de optimización que exigen que la decisión tomada por

un órgano legislativo competente, sea respetada en la mayor medida posible, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto. La principal función de los principios formales en el sistema jurídico es asegurar la validez (*Geltung*) de las decisiones provenientes de un procedimiento autoritativo de toma de decisión. Ejemplos de principio formal son la seguridad jurídica, el principio democrático de toma de decisión y los precedentes judiciales.

XXII. En consecuencia los límites epistémicos de la ponderación, si bien es cierto, significan el límite de racionalidad para la ponderación realizada por el juez constitucional, encuentra a su vez sus límites en los principios formales, los cuales constituyen la frontera institucional donde culmina la ponderación en caso de incertidumbre epistémica.

XXIII. En los casos prácticos desarrollados podemos comprobar que la ponderación ha venido siendo aplicada por el Tribunal Constitucional peruano en decisiones sobre derechos individuales (derecho al honor, derecho a la libertad de expresión, derecho a la igualdad y tutela jurisdiccional efectiva) así como respecto a bienes colectivos (tranquilidad pública, eficacia en la administración de justicia y la reducción de la pobreza/fortalecimiento de la industria azucarera nacional). Esto comprueba que nuestro Tribunal asume una definición amplia de principio.

XXIV. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional peruano aplica la ponderación para dotar de racionalidad a sus decisiones, este órgano de control de la constitucionalidad incurre en un déficit argumentativo al momento de justificar las premisas a ser introducidas en ella.

Se puede observar en lo que respecta al caso STC N° 06712-2006-HC/TC que el Tribunal Constitucional redefine a la ponderación convirtiéndola en algo así como un test teleológico orientado en función a intereses y no en función a argumentos normativos. El Tribunal no ordena sus argumentos de acuerdo a la ley de ponderación, sino que busca justificar su decisión en función del beneficio de ciertos intereses que considera como valiosos.

En el caso STC N° 00007-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional no aporta criterios suficientes que permitan identificar como es que se asignaron los grados de intensidad de afectación e importancia de satisfacción a los principios en colisión.

En el caso correspondiente a la STC N° 00815-2007-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ni siquiera asigna pesos o compara intensidades. El Tribunal Constitucional asume que la proporcionalidad es un argumento material en sí mismo y simplemente, en base a su propio criterio, da por superada la ponderación. Este caso constituye un claro ejemplo de lo que los críticos de la ponderación llaman “decisionismo”. Así mismo, este caso sirve para fundamentar la tesis de que los peligros de la ponderación se encuentran por fuera de ella.

Finalmente, el caso correspondiente a la STC N° 579-2008-PA/TC, puede ser reconstruido como un ejemplo de inseguridad epistémica de carácter normativo, pues no se puede determinar el mejor sopesamiento de los dos principios enfrentados. En este caso los principios formales podrían ayudar a resolver el conflicto a favor del Legislador. Sin embargo, dicha constelación de inseguridad normativa cambia con cada prórroga de la Ley de protección patrimonial, generando que cada vez disminuya el peso de los argumentos que justifican la decisión autoritativa del Legislador, mientras que la afectación al derecho fundamental del acreedor se incrementa exponencialmente. Debido a estos factores este caso debió de resolverse en virtud del dato empírico referido a las prórrogas constantes que hacen cada vez el derecho del acreedor irrealizable.

## Bibliografía

1. Aarnio, Aulis, Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1997.
2. Aarnio, Aulis, "Taking Rules Seriously", en ARSP Beiheft 42, 1990, págs. 180-192.
3. Afonso da Silva, Virgilio, Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume, Baden Baden, Nomos, 2003.
4. Alchourrón Carlos E./Bulygin Eugenio, Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Astrea, 1975.
5. Aleinikoff, Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balancing", The Yale Law Journal 96 (1987), págs. 943-1005.
6. Alexy, Robert, El concepto y la validez del derecho, 2. ed., Barcelona, Gedisa, 1994.
7. Alexy, Robert, "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", en Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main 1995, págs. 262-287.
8. Alexy, Robert, La construcción de los derechos fundamentales, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
9. Alexy, Robert, "La fórmula del peso", en Teoría de la argumentación jurídica, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 349-374.
10. Alexy, Robert, "La tesis del caso especial", en Isegoría 21 (1999), págs. 23-35.

11. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 91 (2011), págs. 11-29.
12. Alexy, Robert, “My Philosophy of Law: The Institutionalization of Reason”, en *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Luc J. Wintgens (ed.), Dordrecht, Springer, 1999.
13. Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003), págs. 433-449.
14. Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México D.F., Fontamara, 2007, págs. 89-103.
15. Alexy, Robert, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, en *ARSP, Beiheft* 25 (1985), págs. 13-29.
16. Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa* 5 (1988), págs. 139-151.
17. Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 93-137.
18. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed., traducción al castellano de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
19. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
20. Alexy, Robert, “Two or Three?”, *ARSP, Beiheft* 119 (2010), págs. 9-18.

21. Alexy Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 5 (2001), págs. 75-96.
22. Alexy, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en *Rechtstheorie, Beiheft* 1, 1979.
23. Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *La Razón del Derecho. Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas* 1 (2010).
24. Atienza, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993.
25. Atienza, Manuel/Manero Juan Ruiz, “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, *Doxa* 24 (2001), págs. 115-130.
26. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Lima, Palestra, 2006.
27. Atienza, Manuel/Manero, Juan Ruiz, *Las Piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.
28. Atienza, Manuel/Manero, Juan Ruiz, “Sobre principios y reglas”, en *Doxa* 10 (1991), págs. 101-120.
29. Barnés, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de derecho público* 5 (1998), págs. 15-49.
30. Bayón, Juan C., “Why is Legal Reasoning Defeasible?”, en *Diritti&questione pubbliche* 2 (2002), pág. 1-18.
31. Bäcker, Carsten, *Begründen und Entscheiden*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
32. Bäcker, Carsten, “Rules, Principles, and Defeasibility. Distinguishing Rules and Principles through Defeasibility”, en *ARSP* 119 (2010), págs. 79-92.

33. Beade, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación”, en *Desafíos a la ponderación*, Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, págs 253-297.
34. Beade Gustavo/Clérico Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
35. Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
36. Bernal, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa* 26 (2003), págs. 225-238.
37. Bernal, Carlos, “Grundrechtsprinzipien in Spanien: Rationalität und Grenzen der Abwägung”, en *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Jan R. Sieckmann (ed.), Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 197-213.
38. Bernal, Carlos, “La racionalidad de la ponderación” en *Revista Española de Derecho Constitucional* 77 (2006), págs. 51-75.
39. Bernal, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?” en *Doxa* 30 (2007), págs. 275-291.
40. Bitnner, Claudia, *Recht als interpretative Praxis*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
41. Böckenförde, Ernst-W., “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, en Ernst-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, págs. 1-31.

42. Borowski, Martin, Grundrechte als Prinzipien, 2. ed., Baden Baden, Nomos, 2006.
43. Borowski, Martin, La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
44. Borowski, Martin, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s ‘Law of Combination’”, ARSP Beiheft 119 (2010), págs. 19-36.
45. Bulygin, Eugenio/Mendonca, Daniel, Normas y sistemas normativos, Madrid, Marcial Pons, 2005.
46. Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1983.
47. Castillo, Luis, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en Cuestiones Constitucionales 12 (2005), págs. 99-129.
48. Christie, George C., “The model of principles”, en Duke Law Journal (1968), pág. 649-669.
49. Clérico, Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
50. Cianciardo Juan, El conflictivismo en los derechos fundamentales, Pamplona, EUNSA, 2000.
51. Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa* 21 (1998), págs. 89-104.
52. De Lora, Pablo, “Tras el rastro de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 60 (2000), págs. 359-369.

53. De Otto, Ignacio, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, Ariel, 1987.
54. Dworkin, Ronald, “The model of rules I”, en Taking rights seriously, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1978.
55. Ely, John H., Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1981.
56. Enderlein, Wolfgang, Abwägung in Recht und Moral, München, Alber, 1992.
57. Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 11ra. ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2010.
58. Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1956.
59. Finnis, John, Natural Law and Natural Rights, Oxford, Clarendon Press, 1980.
60. Forsthoff, Ernst, El Estado de la sociedad industrial: el modelo de la Republica Federal de Alemania, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
61. García Amado, Juan, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Justicia constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo, Ricardo Sanín Redrepo (ed.), Bogotá, Legis, 1996, págs. 119-163.
62. García Amado, Juan, “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en Archivo de Filosofía del Derecho, tomos XIII–XIV, 1996–1997.
63. García Amado, Juan, ¿Ponderación o simples subsunciones?, en Palestra del Tribunal Constitucional 8 (2007), págs. 619-627.

64. García Figueroa, Alfonso, Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
65. García Figueroa, Alfonso, “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, en Doxa 22 (1999), págs. 195-220.
66. Gascón Abellán, Marina, “La justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción”, Revista Española de Derecho Constitucional 41 (1994), págs. 63-87.
67. Gast, Wolfgang, Juristische Rhetorik, 4ta. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2006.
68. Gianformaggio, Letizia, L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, en Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1985/I, págs. 65-103.
69. Grandes, Pedro, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC Peruano”, en Tribunal Constitucional y argumentación jurídica, Lima, Palestra, págs. 163-227.
70. Guastini, Ricardo, Estudios sobre la interpretación jurídica, México D.F., Porrúa, 1999.
71. Guastini, Ricardo, Lezioni di teoria costituzionale, Torino, G. Giappichelli, 2001.
72. Guastini, Ricardo, “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales” en Palestra del Tribunal Constitucional 8 (2007), págs. 631-637.
73. Guastini, Ricardo, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Madrid, Trotta, 2007.

74. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, 5. ed., Madrid, Trotta, 2008.
75. Hain, Karl-E., *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden Baden, Nomos, 1999.
76. Hart, Herbert L. A., “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Logic and Language*, A. Flew (ed.), Blackwell 1951, págs. 145-166.
77. Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2da. ed., Oxford, Oxford University Press, 1997.
78. Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3ra. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1983.
79. Hughes, Graham, *Rules, Policy and Decision Making*, en *The Yale Law Journal* 77 (1968), págs. 411-439.
80. Hwang, Shu-Perng, “Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?”, en *AöR* 133 (2008), págs. 605-628.
81. Jestaedt, Matthias, “Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen”, en *Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, Otto Depenheuer y otros* (ed.), Heidelberg, C. F. Müller, págs. 253-275.
82. Jestaedt, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1999.
83. Jiménez, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
84. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2da. ed., México D.F., Porrúa, 1991.
85. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1ra. ed., Aalen, Scientia Verlag, 1981.

86. Klatt Matthias/Schmidt Johannes, Spielräume im Öffentlichen Recht, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2010.
87. Klement Jan H., “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, en JZ 15 (2008), págs. 756-763.
88. Koch Hans-J/Rüßmann Helmut, Juristische Begründungslehre, München, C.H. Beck, 1982.
89. Landa Arroyo, Cesar, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra, 2010.
90. Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. ed., Berlín, Springer, 1983.
91. Leisner, Walter, “Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat” en NJW 1997, págs. 636-639.
92. Leisner, Walter, Der Abwägungsstaat, Berlín, Duncker & Humblot, 1997.
93. MacCormick, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford, Clarendon Press, 1978.
94. Moreso, José Juan., La Constitución: modelo para armar, Madrid, Marcial Pons, 2009.
95. Moreso, José Juan., Indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
96. Nino, Carlos Santiago, Introducción al estudio del derecho, Buenos Aires, Astrea, 1982.
97. Nino, Carlos Santiago, La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997.

98. Nowak, John E. / Rotunda, Ronald D., *Constitutional Law*, 5. ed., St. Paul, West Publishing; 1995.
99. Ossenbrühl, Fritz, “Abwägung im Verfassungsrecht”, en DVBl (1995), págs. 904-912.
100. Peczenik, Aleksander, “Legal Rules and Moral Principles”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 11 (1991), págs. 151-167.
101. Peczenik, Aleksander, “Legal Principles According to Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero”, en *Interests, Morality and the Law*; Aulis Aarnio y otros (eds.), Tampere, Institute for Social Sciences, 1996, pág. 84-88.
102. Pensi, Ulrich, “Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln”, en JZ 1989, págs. 105-114.
103. Pieroth Bodo/Schlink, Bernhard, *Staatsrecht II*, 26ta. ed., Heidelberg, C F. Müller, 2010.
104. Pintore, Ana, “Norme e Principi, una critica a Dworkin”, en *Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto*, Milano 1982.
105. Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de la constitucionalidad”, *Revista de Derecho del Estado*, Bogotá, 2011, [por editarse].
106. Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, “Sobre la distinción entre reglas y principios”, en: *Pautas para interpretar la Constitución*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, págs. 103-120.
107. Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, “Teoría de la argumentación y decisión jurídica”, en *Gaceta Constitucional* 27 (2010), págs. 247-255.

108. Poscher, Ralf, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, en Die Prinzipientheorie der Grundrechte, Jan-R. Sieckmann (ed.), Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 59-80.
109. Prakken, Henry, Logical Tools for Modelling Legal Arguments. A Study of Defeasible Reasoning in Law, Dordrecht, Kluwer, 1997.
110. Prieto Sanchís, Luis, Apuntes de teoría del derecho, 4. ed., Madrid, Trotta, 2009.
111. Prieto Sanchís, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, 2. ed., Madrid, Trotta, 2009.
112. Prieto Sanchís, Luis, Ley, principios, derechos, Madrid, Dykinson, 1998.
113. Prieto Sanchís, Luis, Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
114. Raabe, Marius, Grundrechte und Erkenntnis, Baden-Baden, Nomos, 1998.
115. Radbruch Gustav, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en Derecho injusto y derecho nulo, Madrid, Aguilar, 1971.
116. Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, en The Yale Law Journal 81 (1972), págs. 823-854.
117. Raz, Joseph, Practical Reason and Norms, Oxford, Oxford University Press, 1975.
118. Raz, Joseph, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en Law, Rights and Discourse, George Pavlakos (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2007.

119. Raz, Joseph, *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979
120. Sartor, Giovanni, “Defeasibility in Legal Reasoning”, en *Rechtstheorie* 24 (1993), págs. 281-316.
121. Schlink, Bernhard, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976.
122. Schlink, Bernhard, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit” en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, P. Badura y H. Dreier (eds.), Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001, págs., 445-465.
123. Schlink, Bernhard, “Freiheit durch Eingriff Abwehr- Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ* 1984, págs. 457-468.
124. Serna Pedro, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, *Humana Iura* 4, 1994, págs. 197-234.
125. Serna Pedro/Toller Fernando, *La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
126. Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
127. Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, C. H. Beck, 1994.
128. Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
129. Wright, G. H. von, “Deontic logic”, en *Mind* 60 (1951), págs. 1-15.

130. Wróblewski, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie* 5 (1974), págs. 33-46.
131. Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 9. ed., Madrid, Trotta, 2009.
132. Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 9na. ed., München, C. H. Beck, 2005.