



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Luis Castillo-Córdova

Italia - México, 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2013). Principio de proporcionalidad. En M. Álvarez y R. Cippitani (Coord.), *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica* (pp. 513-520). México: ISEG, Instituto Tecnológico de Monterey, Università degli studi di Perugia.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-  
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día la ciencia jurídica opera “más principios que reglas; más ponderación que subsunción”<sup>i</sup>, lo que le ha llevado a plantear esquemas interpretativos no meramente subsuntivos<sup>ii</sup>. Uno de esos esquemas es el principio de proporcionalidad.

## II. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

Sólo es posible comprender este principio a partir de un determinado modo de entender los derechos fundamentales y la Constitución.

### 1. Un concepto de derechos fundamentales

El principio de proporcionalidad exige entender los derechos fundamentales como principios, y los principios como mandatos de optimización<sup>iii</sup> que obligan a considerar que toda disposición iusfundamental genera un ámbito de protección ilimitado conformado por “todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución”<sup>iv</sup>. Esta conformación tiene carácter *prima facie*<sup>v</sup> y se lleva a cabo con base en criterios muy laxos, ya que “[b]asta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*”<sup>vi</sup>.

El contenido constitucional *prima facie* ilimitado de un derecho fundamental puede contraponerse y chocar contra el contenido constitucional *prima facie* ilimitado de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional<sup>vii</sup>. Dos contenidos que chocan significan dos contenidos irreconciliables. Por ser opuestos, y ante la imposibilidad de cumplir ambos a la vez, surge la disyuntiva de o cumplir uno o cumplir su contrario. Sea cual fuese el que se elige como mandato a cumplir, necesariamente ocurrirá que uno de los dos contenidos constitucionales se verá restringido en su alcance *prima facie*.

Esto exige crear una zona *restringible* en el contenido del derecho fundamental. Así, desde las teorías absolutas se reconoce que en el contenido del derecho existe una parte esencial o nuclear indisponible para el Poder público (y privado), y otra parte no esencial o accidental que puede ser restringida o sacrificada<sup>viii</sup>; y desde las teorías relativas se considera que todo el contenido constitucional del derecho fundamental puede ser dispuesto por el poder<sup>ix</sup>. En uno y otro caso, la restricción o sacrificio será permitido sólo en la medida que sea necesario



para el ejercicio del derecho fundamental o bien jurídico constitucional contrario. En este contexto aparece el principio de proporcionalidad como herramienta que permitirá responder dos preguntas: primera, cuál de los dos contenidos constitucionales iusfundamentales en pugna ha de restringirse; y segunda, cuál ha de ser la medida de la restricción.

Efectivamente, el conflicto entre contenidos constitucionales *prima facie* ilimitados será resuelto estableciendo *contenidos definitivos* a través de la formulación de una regla de precedencia definida en su supuesto de hecho y que exige subsunción en su aplicación<sup>x</sup>. Según Alexy<sup>xi</sup>, cuando ocurre un conflicto entre principios (derechos fundamentales), uno de ellos deberá ceder ante la presencia del otro. Para saber cuál principio cede en su contenido constitucional restringible, se debe llegar a establecer una relación de precedencia condicionada (*eine bedingte Vorrangrelation*). Esta precedencia, que no es general sino que está referida a unas concretas circunstancias, es consecuencia de la aplicación de la llamada ley de conflicto (*Der Regelkonflikt*) y que se define de la siguiente manera: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”<sup>xii</sup>.

La relación de precedencia determinará cuál derecho fundamental prevalecerá. La prevalencia significará que habrá un derecho fundamental cuyo contenido constitucional – *prima facie*– experimentará una optimización a costa de la restricción o sacrificio del contenido constitucional –también *prima facie*– del derecho fundamental opuesto. Es connatural al carácter *prima facie* su derrotabilidad en su camino a adquirir definitividad<sup>xiii</sup>, de modo que el conflicto constitucional se decidiría estableciendo un derecho vencedor y un derecho vencido<sup>xiv</sup>. Sólo en el caso del derecho vencedor, su contenido constitucional inicialmente *prima facie* se convierte finalmente en contenido constitucional definitivo<sup>xv</sup>.

## 2. Un concepto de Constitución

La Constitución del Estado constitucional es una norma rígida que formalmente se coloca por encima de la norma legal, que busca la limitación del poder político<sup>xvi</sup> y la garantía de los derechos fundamentales<sup>xvii</sup>, y a la que es imprescindible la consideración de “norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable”<sup>xviii</sup>. Pues bien, el modo de entender los derechos fundamentales antes referido, sólo es posible si se entiende que la Constitución se ha convertido en una barrera franqueable y disponible por parte del poder siempre que existan *buenas razones* para ello. Con esto la Constitución pierde en su carácter esencial al

relativizarse su normatividad<sup>xix</sup>, porque el ejercicio del contenido constitucional de derechos fundamentales justifica y exige *restricciones*<sup>xx</sup>, *lesiones*<sup>xxi</sup> y *sacrificios*<sup>xxii</sup> del contenido constitucional de otros derechos fundamentales.

La pérdida del carácter normativo de la Constitución viene muy vinculada con la pérdida del carácter sistemático de su lectura y con el rechazo del principio de unidad en su interpretación<sup>xxiii</sup>. Quienes asumen que los derechos fundamentales son mandatos de expansión ilimitada *prima facie*, basan su modo de entender las normas iusfundamentales en que las disposiciones de la Constitución que las contienen no se prestan para una interpretación sistemática y unitaria, sino que irremediamente exigen una interpretación aislada y contradictoria. Así, se detienen sólo en el texto gramatical de cada disposición constitucional a la hora de definir lo constitucionalmente prescrito, y al hacerlo obtienen como posible el siguiente resultado: la expansión ilimitada *prima facie* de un derecho fundamental obliga a hacer algo que la expansión ilimitada *prima facie* del derecho fundamental contrapuesto prohíbe hacer. Nuevamente, el principio de proporcionalidad aparece con la finalidad de salvar el “conjunto de normas contradictorias entre sí que se superponen de modo permanente”<sup>xxiv</sup>.

### III. LOS JUICIOS EN LOS QUE SE DIVIDE

Inicialmente el principio de proporcionalidad fue establecido respecto del legislador con base en la siguiente lógica operativa<sup>xxv</sup>: una ley que contiene una restricción del contenido *prima facie* constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, está permitida si se ajusta a las exigencias del principio de proporcionalidad. Tales exigencias son las siguientes tres: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio ponderativo (o de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>xxvi</sup>.

El juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional *prima facie* de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y además debe ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, habrá superado el juicio de idoneidad. Ser calificada de idónea la agresión no la convierte necesariamente en constitucional, sino que a de cumplir con el juicio de necesidad. Una lesión de un derecho fundamental es necesaria cuando no es posible optar por otra medida menos violatoria del derecho fundamental e igualmente eficaz para alcanzar la finalidad perseguida. Pero, y finalmente, para que la



agresión sea tenida como permitida, ha de superar un juicio más: el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

La ponderación es decisiva y sobre ella conviene detenerse. Según Alexy “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>xxvii</sup>. Esta es la “Ley de la ponderación” (*Das Abwägungsgesetz*), por la que se divide en tres pasos la aplicación del juicio ponderativo. Tomando como base la presencia de dos derechos fundamentales opuestos, en el primer paso se definirá el grado de la no satisfacción o, lo que es lo mismo, el grado de afectación o sacrificio de uno de los principios; en el segundo se definirá el grado de importancia de la satisfacción del principio opuesto; para en un tercer paso definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica el sacrificio del otro principio<sup>xxviii</sup>. La ley de la ponderación opera con magnitudes graduables según una mayor o menor intensidad en el sacrificio o en la importancia de la satisfacción de los derechos fundamentales contrapuestos. Para hacer operativa esta ley, Alexy propone utilizar tres intensidades: leve, medio y grave<sup>xxix</sup>.

Siendo  $P_i$  un principio y  $P_j$  el otro, los tres pasos quedarían formulados así. En el primero se define el grado de intervención sobre  $P_i$  en las circunstancias de un caso concreto, quedando formulado de la siguiente manera:  $IP_iC^{xxx}$ . En un segundo paso se define el grado de importancia del otro principio en las mismas circunstancias fácticas, formulándose de la siguiente manera:  $WP_jC^{xxxi}$ . Y en un tercer paso se compara las valoraciones (leve, medio grave) atribuidas por el intérprete en los dos pasos anteriores. La comparación permite establecer nueve posibles respuestas: tres en las que  $P_i$  precede a  $P_j$ <sup>xxxii</sup>; tres en las que  $P_j$  precede a  $P_i$ <sup>xxxiii</sup> y otras tres en las que hay empate<sup>xxxiv</sup>. Con el afán de operar este razonamiento ponderativo, Alexy propone una “fórmula que exprese el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, o de manera más breve, su peso concreto”<sup>xxxv</sup>. Tal es la fórmula del peso (*Die Gewichtsformel*)<sup>xxxvi</sup>.

#### IV. CRÍTICA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

##### 1. A sus presupuestos metodológicos

Los presupuestos de los que parte el principio de proporcionalidad no están exentos de críticas. La primera es que no existe ningún elemento (ni formal ni material) que permita sostener la existencia de un contenido constitucional de carácter ilimitado *prima facie* dividido en dos partes, una restringible y la otra no sacrificable. Éstas son exigencias

metodológicas propias de una determinada epistemología iusfundamental, de modo que si es posible reformular ésta, será posible abandonar aquellas. El único acuerdo, por tratarse de un hecho objetivo, es que las disposiciones iusfundamentales son mandatos abiertos y genéricos que requieren de concreciones.

Más allá de las críticas que al modelo alexyano sobre la distinción entre reglas y principios ha formulado Jürgen Habermas (quien advierte que los derechos fundamentales no tienen carácter teleológico sino deontológico)<sup>xxxvii</sup>, Aulis Aarnio (quien repara en que los principios se asemejan a las reglas en cuanto o se cumplen o no se cumplen)<sup>xxxviii</sup> y Luis Prieto (quien plantea que los principios no tienen por qué ser necesariamente mandatos de optimización o carecer de condiciones de aplicación)<sup>xxxix</sup>, de la incuestionable y objetiva exigencia de determinación y concreción de la disposición iusfundamental no se sigue necesariamente que los derechos fundamentales deban concebirse como realidades que se expande ilimitadamente en su contenido constitucional y que luego deben ser sacrificadas para permitir la convivencia social.

Nada habilita a confundir *indeterminación semántica* de la disposición con *alcance ilimitado* de la norma. No se tiene derecho a todo, ni *prima facie* ni definitivamente, de modo que no es aceptable –ni como presupuesto metodológico– que toda acción que comparta alguna propiedad con la literalidad de una disposición iusfundamental forme parte del contenido constitucional del derecho ahí recogido en su *nome iuris*. Los derechos fundamentales no son una realidad sin causa y sin fin, sino que nacen de la persona y se dirigen a conseguir su más pleno desarrollo no sólo en su dimensión individual sino también social<sup>xl</sup>.

Aún asumiendo a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, el afán optimizador no podrá en ningún caso *lesionar*, *restringir* o *sacrificar* el contenido constitucional de otro derecho fundamental. Esta advertencia nos coloca rápidamente sobre el hecho –fácilmente constatable– de que los derechos fundamentales son reconocidos en conjunto y en conjunto han de ser determinados y concretados en su contenido constitucional, debido a que en conjunto también deben ejercitarse al existir sus titulares no aisladamente sino en comunidad. Así lo posibilita y exige no sólo la consideración de la persona humana como una unidad en su esencia<sup>xli</sup>; sino también la consideración de que la Constitución conforma un sistema cuyas disposiciones deben ser interpretadas buscando la unidad y evitando la contradicción<sup>xlii</sup>. Lo primero permitirá una coherencia material



(*Substantielle Kohärenz*), lo segundo una coherencia instrumental o formal (*Formale Kohärenz*)<sup>xliii</sup>. Por esta razón el derecho ilimitado *prima facie* no puede ser considerado como un derecho realmente existente por lo que no es exigible jurídicamente<sup>xliv</sup>. La única manera de existir que tiene un Estado constitucional es con base en una protección máxima de todos los derechos fundamentales debido a que ellos “deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana”<sup>xlv</sup> al ser la “traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad”<sup>xlvi</sup>.

## 2. A sus componentes

Las deficiencias conceptuales verificadas respecto de los derechos fundamentales y respecto de la Constitución, repercuten notablemente sobre el principio de proporcionalidad, particularmente sobre el juicio ponderativo. Una de las más importantes críticas que sobre la ponderación es posible formular es no solo que no evita la arbitrariedad de la decisión, sino que además la esconde y la reemplaza por una justificación solo aparente. Más allá de que los grados de importancia de satisfacción y afectación de los derechos fundamentales no son cuantificables en una escala métrica<sup>xlvii</sup>, está el dato cierto de que no existe ningún elemento que objetivamente permita atribuir un valor al grado de frustración de un derecho y a la importancia de la optimización de su contrapuesto<sup>xlviii</sup> a fin de establecer cual principio (derecho fundamental) ha de preceder a su opuesto<sup>xlix</sup>. Alexy no aporta ningún criterio objetivo que permita la determinación de los grados de optimización y de sacrificio de los derechos fundamentales a fin de establecer la relación de precedencia<sup>l</sup>. Será la particular concepción axiológica de quien deba ejecutar la ponderación, la que termine estableciendo en el caso concreto los valores. La arbitrariedad se manifiesta crudamente cuando de la aplicación de la fórmula del peso se concluye un empate entre el grado de importancia en la optimización de un derecho fundamental y el grado de restricción del derecho fundamental opuesto. En estos casos el mismo Alexy se ha mostrado ambivalente al pasar de favorecer la libertad e igualdad jurídicas<sup>li</sup>, a favorecer el principio democrático que representa el legislador<sup>lii</sup>.

El asunto se oscurece especialmente cuando se repara que en definitiva lo que se propone es jerarquizar derechos en el caso concreto<sup>liii</sup>. No otra cosa se puede concluir del hecho de considerar que los derechos fundamentales entran en contradicción y que debido a una determinada carga valorativa manifestada, uno de ellos precede al otro, es decir, uno de ellos se optimiza a costa del sacrificio, lesión y restricción del otro. Y la complicación aumenta cuando en la fórmula del peso se insertan como factores numéricos un supuesto peso



abstracto de los derechos fundamentales que los haría a unos más importantes que a otros en sí mismos considerados<sup>liv</sup>. Si había dudas de racionalidad en el establecimiento del grado de afectación o de importancia de satisfacción de los derechos fundamentales, ellas se convierten en certezas cuando se trata de establecer magnitudes que definan los pesos abstractos<sup>lv</sup>. Pero, se debe insistir, en los textos constitucionales no hay nada que habilite a justificar que determinados derechos fundamentales son jerárquicamente más importantes que otros (en abstracto o en concreto), para que justifique la optimización de uno y el sacrificio, lesión y restricción de su opuesto<sup>lvi</sup>, no sólo porque todos son igualmente necesarios para alcanzar el pleno desarrollo de la persona, sino también porque una vez positivados adquieren la misma jerarquía formal del documento (nacional o internacional) que los reconoce<sup>lvii</sup>.

<sup>i</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Neoconstitucionalismos(s)*, Trotta, Madrid 2003, p. 131.

<sup>ii</sup> STÜCK, Hege, “Subsumtion und Abwägung”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 84, 1988, ps. 409 y ss.

<sup>iii</sup> Mandatos de optimización “que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz, CEC, Madrid, 1993, p. 86.

<sup>iv</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 460.

<sup>v</sup> Es la traslación de la categoría deber *prima facie* que formulara Ross. Cfr. ROSS, W. D., *Lo correcto y lo bueno*, Traducción de Rodríguez, L., Ediciones Sígueme S. A., Salamanca 1994, p. 35 y ss.

<sup>vi</sup> Ibidem.

<sup>vii</sup> El conflicto constitucional es definido, en palabras de Alexy, como “dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 87.

<sup>viii</sup> Como bien se ha puesto de relieve, en estas teorías “la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 405.

<sup>ix</sup> Sobre la teoría relativa se ha manifestado que según ella “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aún cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 288. Y es que “[p]ara esta teoría no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho”. MARÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 21.

<sup>x</sup> Por eso es que dentro de esta lógica conflictivista la ponderación no resulta siendo una alternativa a la subsunción, porque la primera acabaría en la formulación de una regla cuya aplicación ocurriría a través del procedimiento de subsunción. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob. cit., ps. 144 y ss.

<sup>xi</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 89.

<sup>xii</sup> Idem., p. 94.



<sup>xiii</sup> MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Neoconstitucionalismos(s)*, Trotta, Madrid 2003, ps. 105 y ss.

<sup>xiv</sup> El principio de proporcionalidad justificará la restricción del derecho vencido siempre que “la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo”. Sólo así se entienden afirmaciones como la siguiente: “Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo”. PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 239.

<sup>xv</sup> La restricción del contenido constitucional del derecho vencido sólo podrá ocurrir en la parte no nuclear o accidental si se parte desde la base dogmática de las teorías absolutas, o podrá ocurrir en cualquier parte de su contenido si se parte de las teorías relativas.

<sup>xvi</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2<sup>o</sup> edición, 4<sup>o</sup> reimpresión, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, ARIEL S.A., Barcelona, 1986, p. 149.

<sup>xvii</sup> AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la constitucionalización del Estado constitucional”, en DOXA, N.º 24, 2001, ps. 450–451.

<sup>xviii</sup> ARAGÓN REYES, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en CARBONELL, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid 2007, p. 32.

<sup>xix</sup> Sobre el principio de normatividad de la Constitución, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3<sup>a</sup> edición, 4<sup>a</sup> reimpresión, Civitas, Madrid 2001, ps. 197 y ss.

<sup>xx</sup> Término empleado por Prieto Sanchís. Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 227.

<sup>xxi</sup> Término empleado también por Prieto Sanchís. Idem., p. 239.

<sup>xxii</sup> Así, Alexy habla de sacrificios innecesarios (*unnötiger Opfer*) y de sacrificios necesarios (*erforderlichen Opfer*). ALEXY, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 61, 2002, p. 25.

<sup>xxiii</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *La “Constitución abierta” y su interpretación*, Palestra, Lima 2004, p. 251.

<sup>xxiv</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob. cit. p. 134

<sup>xxv</sup> Sin embargo, es posible trasladar esta lógica no sólo a la medida restrictiva del contenido *prima facie* de un derecho fundamental contenida en una ley, sino también en un acto ejecutivo o administrativo, en una resolución judicial o en una decisión privada.

<sup>xxvi</sup> Sobre estos tres elementos véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., ps. 693 y ss.; y C IANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, ps. 61 y ss.

<sup>xxvii</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 161.

<sup>xxviii</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid 2004, p. 49.

<sup>xxix</sup> Así, “el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como *l*, *m* o *g*”. Ibidem, 60.

<sup>xxx</sup> Se lee como el grado de intervención sobre  $P_i$  en las circunstancias  $C$ .

<sup>xxxi</sup> Se lee como el grado de importancia de  $P_j$  en las circunstancias  $C$ .

<sup>xxxii</sup> Esas tres son:  $IPiC: g / WPjC: l$ ;  $IPiC: g / WPjC: m$ ;  $IPiC: m / WPjC: l$ .

<sup>xxxiii</sup> Las tres posibilidades son:  $IPiC: l / WPjC: g$ ;  $IPiC: m / WPjC: g$ ;  $IPiC: l / WPjC: m$ .

<sup>xxxiv</sup> Las tres posibilidades de empate son:  $IPiC: l / WPjC: l$ ;  $IPiC: m / WPjC: m$ ;  $IPiC: g / WPjC:$

g.

<sup>xxxv</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 67.

<sup>xxxvi</sup> La fórmula toma la siguiente expresión:

$$G_{P_i, jC} = \frac{IPiC}{WPjC}$$

Esta fórmula se lee de la siguiente manera: el peso concreto ( $G$ ) de  $P_i$  en relación con  $P_j$  dentro de unas circunstancias  $C$  es igual al cociente resultante de dividir el grado de afectación de  $P_i$  en las

circunstancias C, entre el grado de importancia de Pj en las circunstancias C. La aplicación de esta fórmula requiere asignar valores numéricos tanto al grado de lesión como al grado de importancia de los principios (derechos fundamentales) contrapuestos. Alexy propone los siguientes valores numéricos para cada una de sus tres magnitudes: para leve un valor de 1 (es decir 2<sup>0</sup>); para medio un valor de 2 (es decir 2<sup>1</sup>) y a grave un valor de 4 (es decir, 2<sup>2</sup>). De esta manera, Pi deberá prevalecer sobre Pj cuando el valor del cociente resultante es mayor a 1, si es menor a 1 entonces la precedencia cambia a favor de Pj.

<sup>xxxvii</sup> Según Habermas, “[l]os principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio un sentido 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”. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 4ª edición, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 2005, p. 328.

<sup>xxxviii</sup> Según este autor, “Sea P un principio; por ejemplo, un principio de libertad de expresión. El *principio* mismo no puede, conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa *acerca de* los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado “más o menos”. O se optimiza o no se optimiza”. AARNIO, A., “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña 4*, 2000, p. 596

<sup>xxxix</sup> Según Prieto, “creo que llamamos principios a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, (...). Pero, de otra parte, son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida (...). En la primera acepción, los principios no tienen por qué ser mandatos de optimización, sino que pueden requerir un comportamiento cierto y determinado. En la segunda acepción, creo que los principios no tienen por qué carecer de condición de aplicación o, al menos, no es esto lo decisivo”. PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 180.

<sup>xl</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Lima 2007, ps. 29–37.

<sup>xli</sup> SERNA, Pedro, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información”, en *Humana lura*, número 4, Pamplona, 1994, p. 230.

<sup>xlii</sup> HESSE, Konrad, *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 27.

<sup>xliii</sup> BRACKER Susanne, *Kohärenz und juristische Interpretation*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden 2000, 166 y ss.

<sup>xliv</sup> Es, en estricto un mero recurso metafórico sin mandato deóntico exigible cuya funcionalidad se convierte en una manifestación de la arbitrariedad del intérprete. Y si no existe tampoco existe ni el conflicto entre derechos fundamentales ni la necesidad de hacer prevalecer un derecho sobre otro (jerarquizar).

<sup>xlv</sup> HESSE, Konrad. “Significado de los Derechos fundamentales”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HIEDE (Eds), *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid 2001, p. 89.

<sup>xlvi</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1992, p. 20.

<sup>xlvii</sup> Alexy, “no aporta estrictamente nada nuevo a la conceptualización del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que no exige en ningún momento cuantificaciones susceptibles de ser usadas matemáticamente. En definitiva, pues, se trata de un recurso innecesario y estrictamente no utilizable que a lo sumo sólo tiene virtudes ejemplificativas”. MARTÍNEZ ZORRILA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid 2007, p. 249.



<sup>xlviii</sup> El mismo Alexy admite que “[l]a simple catalogación de una magnitud como leve, media o grave, frecuentemente ya presenta problemas. A veces no puede distinguirse tan fácilmente entre leve y grave, y en ocasiones, incluso puede parecer imposible”. ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., ps. 66–67.

<sup>xlix</sup> Como ha apuntado Bernal, “conviene señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 104.

<sup>i</sup> MARTÍNEZ ZORRILA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, ob. cit., p. 249.

<sup>ii</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 549.

<sup>iii</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 44 y 74.

<sup>iiii</sup> SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 13

<sup>liv</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., nota 68, ps. 67–68.

<sup>lv</sup> Se ha reconocido que “la fijación del peso abstracto también tiene ciertos límites de racionalidad, que asimismo deparan un espacio a la subjetividad del intérprete”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, ob. cit. p. 107.

<sup>lvi</sup> SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 25.

<sup>lvii</sup> Y si no está ordenado que determinado derecho fundamental pese o valga más que otros derechos fundamentales, ¿qué autoriza a colocar a un derecho fundamental sobre otro, ya sea de modo abstracto, ya sea de modo concreto? Nada más que la arbitrariedad aunque se le revista de formas argumentativas.