



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2008

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2008). Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (8), 37-51.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

Si preguntásemos qué significa un derecho fundamental, sería pacífico afirmar y admitir que todo derecho fundamental significa (y, por tanto, vale) su contenido. Al Derecho le importa sólo el contenido jurídico de un derecho fundamental, no el posible significado ético, político o social. En todo caso, también le interesa estas dimensiones conceptuales en la medida que tengan relevancia jurídica. Pues bien, hablar de un contenido jurídico de los derechos fundamentales significa al menos reconocer que un derecho fundamental tiene un contenido constitucional. Y digo al menos porque incluso desde una posición iusnaturalista es posible sostener un nivel jurídico –y por tanto exigible– *metaconstitucional*. Reconocer que todo derecho fundamental tiene un contenido constitucionalmente reconocido y exigible lleva a admitir que una de sus fuentes normativas es la Constitución. Desde el Derecho positivo hay que acudir a la Constitución para saber qué es lo que significa (y, por tanto, vale) un derecho fundamental. Luego, y secundariamente, será obligado acudir a la Ley ya sea para terminar de definir el contenido constitucional del derecho, ya sea para seguir definiendo el contenido jurídico del mismo.

Nos es difícil constatar que las distintas disposiciones referidas a los derechos fundamentales (disposiciones iusfundamentales), son enunciados abiertos y generales que no precisan completamente ni el supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas. Consecuentemente, la aplicación de las disposiciones iusfundamentales no se realizará –al menos no inicial ni directamente– a través del procedimiento de subsunción. Ésta es posible de desarrollar sólo en los casos en los que la disposición contempla con claridad tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, de modo que el intérprete se limita a establecer si los hechos que analiza coinciden –se subsumen– o no dentro del supuesto de hecho normativo, a fin de aplicar o no la correspondiente consecuencia jurídica. La constatación de que las normas iusfundamentales que definen el contenido constitucional de los derechos fundamentales son abiertas, genéricas e imprecisas, exige un específico método de interpretación constitucional distinto de la mera subsunción¹.

Si el derecho fundamental significa su contenido constitucional, y la Constitución ha reconocido el derecho en normas vagas e imprecisas, la pregunta es obligada: ¿cómo determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental? Con otras palabras ¿qué mecanismos existen para concretar y precisar la disposición abierta que reconoce un derecho fundamental? Uno de los mecanismos o herramientas hermenéuticas propuesta por la dogmática constitucional y recibida y aplicada normalmente por el intérprete constitucional (entre ellos los órganos supremos de interpretación constitucional) es el llamado principio de proporcionalidad.

* Investigador Contratado Doctor adscrito al Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de A Coruña (España). Profesor de la Universidad de Piura.

¹ STÜCK, Hege, “Subsumtion und Abwägung”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 84, 1988, ps. 409 y ss.



El presente trabajo tiene por finalidad abordar el estudio del principio de proporcionalidad como elemento que en cada caso concreto permite establecer una determinación iusfundamental. Este estudio se elaborará en las tres siguientes etapas: en la primera se analizará en que consiste el principio de proporcionalidad; en la segunda se intentará determinar las incongruencias que el principio trae consigo, y en una tercera se pretenderá establecer al menos las líneas generales de una propuesta metodológica que supere esas incongruencias.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Presupuestos metodológicos

Un concepto de derechos fundamentales

Para entender la mecánica y la finalidad del principio de proporcionalidad tal y como se suele concebirlo, es necesario partir de los presupuestos desde los cuales se formula. Estos presupuestos atañen al menos a las dos siguientes categorías jurídicas: los derechos fundamentales y la Constitución. Sólo es posible comprender el principio de proporcionalidad a partir de un determinado modo de entender una y otra categoría.

Los derechos fundamentales son entendidos como principios, y los principios son entendidos como mandatos de optimización. En palabras de Alexy “los principios son 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”². A partir de este modo de entender los principios se ha arribado a las siguientes dos consecutivas consecuencias. La primera es que los derechos fundamentales en sí mismos considerados tienen una amplitud ilimitada. Toda disposición iusfundamental genera un ámbito de protección prácticamente ilimitado en la medida que viene 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”³. Esta conformación o adscripción tiene carácter *prima facie* 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*”⁴. Este ámbito jurídico equivale al contenido constitucional de los derechos fundamentales aunque con carácter *prima facie*⁵. Precisamente porque nos hallamos ante un verdadero contenido constitucional del derecho fundamental es que no cualquier lesión, agresión, vulneración o sacrificio del mismo será permitida, sino solamente la que se manifiesta como proporcionada o razonable⁶.

² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz, CEC, Madrid, 1993, p. 86.

³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 460.

⁴ *Ibidem*.

⁵ 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.

⁶ 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

La segunda consecuencia es que ese contenido constitucional *prima facie* ilimitado de un derecho fundamental puede llegar a contraponerse y entrar en conflicto con el contenido *prima facie* ilimitado de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional⁷. Este conflicto entre contenidos constitucionales *prima facie* ilimitados será resuelto estableciendo contenidos definitivos, lo cual se lograría conseguir a través de la formulación de una regla de precedencia completamente definida en sus supuestos de aplicación⁸. Según Alexy⁹, cuando ocurre una colisión entre principios (derechos fundamentales), es decir, cuando uno de ellos dispone una prohibición y el otro una permisión sobre un mismo asunto, y dado que los dos no pueden regir al mismo tiempo, uno de los principios deberá ceder ante el otro. Para saber el principio que ha de ceder se ha de establecer una relación de precedencia condicionada (*eine bedingte Vorrangrelation*). Esta precedencia, que no es general sino que está referida siempre de unas concretas circunstancias, es consecuencia de la aplicación de la llamada ley de colisión (*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”¹⁰.

La relación de precedencia que se llegue a establecer determinará cuál derecho fundamental prevalecerá sobre el otro derecho fundamental que se le contrapone y respecto del cual se formula el conflicto constitucional. 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 otro derecho fundamental. Es connatural al carácter *prima facie* su derrotabilidad en su camino a adquirir definitividad¹¹, de modo que el conflicto constitucional se decidiría estableciendo un derecho vencedor y un derecho vencido. Sólo en el caso del derecho vencedor, su contenido constitucional inicialmente *prima facie* se convierte en contenido constitucional definitivo. La restricción del contenido constitucional del derecho vencido sólo podrá ocurrir en la parte de su supuesto núcleo duro si se parte desde la base dogmática de las teorías absolutas¹², o podrá ocurrir en cualquier parte de su contenido si se parte de las teorías relativas¹³.

derecho o para la consecución de un fin legítimo”. PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 239.

⁷ 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.

⁸ 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”, en CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Neoconstitucionalismos(s)*, Trotta, Madrid 2003, p. 144 y ss..

⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 89.

¹⁰ Idem., p. 94.

¹¹ MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Neoconstitucionalismos(s)*, Trotta, Madrid 2003, ps. 105 y ss.

¹² 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.

¹³ 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,



Un concepto de Constitución

El manifestado modo de entender los derechos fundamentales como principios, así como las dos comentadas consecuencias, sólo es posible con un determinado modo de entender la Constitución. En su concepción clásica la Constitución se presenta como la norma jurídica fundamental destinada a limitar positiva y negativamente el ejercicio del poder público¹⁴, hoy extendida también al poder privado. 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 un carácter esencial: su normatividad¹⁵. La pérdida, aunque parcial, ocurre porque el ejercicio del contenido constitucional de determinados derechos fundamentales admite y exige *restricciones*¹⁶, *lesiones*¹⁷ y *sacrificios*¹⁸ del contenido constitucional de otros derechos fundamentales. Estas *restricciones*, *lesiones* y *sacrificios* son referidos del contenido constitucional –*prima facie*– de derechos fundamentales, es decir, son *restricciones*, *lesiones* y *sacrificios* de la Constitución misma, con la pérdida de exigibilidad y vinculación hacia ella y consecuente abandono de su normatividad.

Contra esta afirmación podría sostenerse que es la propia Constitución la que si bien no expresamente sí tácitamente permite y ordena primero, la consideración de los derechos fundamentales como mandatos de optimización entendidos como mandatos de expansión ilimitada *prima facie*; y segundo, la resolución de los conflictos de los derechos fundamentales estableciendo reglas de precedencia condicionada, es decir, mediante la jerarquización *ad casum* de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta respuesta sería verdadera si es que es posible sostener que ese modo de entender los derechos fundamentales es el único modo posible y constitucionalmente correcto de concebirlos. Sin embargo, y como más adelante se abordará, existe un modo distinto de entender los derechos fundamentales como principios que permite superar esta deficiencia de normatividad.

Ahora es necesario poner de manifiesto que la pérdida del carácter normativo de la Constitución viene muy vinculada con la pérdida del carácter sistemático y unitario de su lectura e interpretación. En efecto, quienes entienden que los derechos fundamentales son principios entendidos como mandatos de expansión ilimitada *prima facie*, basan su modo de entender las normas iusfundamentales (y los derechos fundamentales ahí contenidos) en que la Constitución que las contienen no se presta para una interpretación sistemática y

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.

¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2^o edición, 4^o reimpresión, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, ARIEL S.A., Barcelona, 1986, p. 149.

¹⁵ Sobre el principio de normatividad de la Constitución, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3^a edición, 4^a reimpresión, Civitas, Madrid 2001, ps. 197 y ss.

¹⁶ Término empleado por Prieto Sanchís. Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 227.

¹⁷ Término empleado también por Prieto Sanchís. Idem., p. 239.

¹⁸ 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.

unitaria, sino que por lo contrario lo debido es una interpretación aislada de la literalidad de cada precepto constitucional. 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 o dejar de hacer algo que la expansión ilimitada *prima facie* del derecho fundamental contrapuesto prohíbe hacer o dejar de hacer. Consecuentemente lejos de concebir a la Constitución como un sistema que permite y exige una interpretación como si de una unidad se tratase, es concebida y tratada como una realidad llena de contradicciones. Estas contradicciones se solucionarían, precisamente, a través de la regla de precedencia de derechos fundamentales antes mencionada. A través de ella se determinaría cual de las dos interpretaciones aisladas y literales de un precepto constitucional ha de ser la constitucionalmente correcta debido a que no pueden ser ambas a la vez por contradictorias.

Los juicios en los que se divide

Si la Constitución es una realidad que contiene mandatos iusfundamentales contradictorios que disponen la optimización de los derechos fundamentales, de modo que estos considerados individualmente conducen a resultados constitucionales opuestos, surge la cuestión de establecer un mecanismo interpretativo que haga posible la determinación o concreción del mandato de optimización dentro de unas concretas circunstancias. Este mecanismo establecido y generalmente admitido es el llamado juicio de ponderación o juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Este juicio es uno de los tres en los que se divide el llamado principio de proporcionalidad. Este principio, dentro de la consideración de los derechos fundamentales como principios, es empleado como un instrumento que permite establecer cuando la restricción, lesión o sacrificio *prima facie* del contenido constitucional de un derecho fundamental, debe ser considerada como constitucionalmente correcta y con ello convertirse en definitiva. Para que ello ocurra, la medida que contiene la mencionada restricción, lesión o sacrificio debe ser una medida idónea, necesaria y ponderada (o proporcionada en sentido estricto)¹⁹.

Que sea idónea significa que la agresión del contenido constitucional *prima facie* de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si una violación de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, deberá ser considerada como una medida que cumple con el juicio de necesidad. Ser calificada de idónea una agresión a un derecho fundamental no la convierte necesariamente en constitucional, sino que a la vez a de ser necesaria. Una violación 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 constitucional perseguida. Si este fuese el caso se dice que la agresión del derecho fundamental además de idónea es necesaria.

¹⁹ 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.



Pero para que la referida agresión deba ser considerada como constitucionalmente permitida, ha de superar un juicio más llamado de proporcionalidad en sentido estricto o simplemente ponderación, y es sobre el cual conviene detenerse un poco más siguiendo a Robert Alexy, quien con más fortuna ha teorizado las dos últimas décadas sobre este juicio. El reconocido profesor alemán ha formulado lo que él ha denominado “Ley de la ponderación” (*Das Abwägungsgesetz*) de la siguiente manera: “Cuanto 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”²⁰. Con base en esta definición, Alexy divide en tres pasos la aplicación del juicio ponderativo. Tomando como base la presencia de dos principios (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 principio²¹.

La ley de la ponderación, consecuentemente, 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 distintas: leve, medio y grave. 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*”²².

Los tres pasos y las respectivas magnitudes quedarían formulados de la siguiente manera, siendo P_i un principio y P_j el otro. En lo que respecta al primer paso, el grado de intervención en P_i dentro de las circunstancias de un caso concreto quedaría denotado de la siguiente manera: IP_iC . En lo que respecta al segundo paso, el grado de importancia del otro principio en las circunstancias de un caso concreto quedaría formulado de la siguiente manera: WP_jC . Y en lo que respecta al tercer paso se compara las dos valoraciones (leve, medio grave) atribuidas en los dos pasos anteriores. La comparación permite establecer nueve posibles respuestas: tres en las que P_i precede a P_j ²³; tres en las que P_j precede a P_i ²⁴ y otras tres en las que hay empate²⁵.

Con afán de clarificar más este razonamiento ponderativo, Alexy propone lo que denomina como fórmula del peso (*Die Gewichtsformel*), “fórmula que exprese el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, o de manera más breve, su peso concreto”²⁶. La fórmula toma la siguiente expresión:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

²⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 161.

²¹ ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid 2004, p. 49.

²² *Ibidem*, 60.

²³ Esas tres son: $IP_iC: g / WP_jC: l$; $IP_iC: g / WP_jC: m$; $IP_iC: m / WP_jC: l$.

²⁴ Las tres posibilidades son: $IP_iC: l / WP_jC: g$; $IP_iC: m / WP_jC: g$; $IP_iC: l / WP_jC: m$.

²⁵ Las tres posibilidades de empate son: $IP_iC: l / WP_jC: l$; $IP_iC: m / WP_jC: m$; $IP_iC: g / WP_jC: g$.

²⁶ ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 67.

Esta fórmula se lee de la siguiente manera: el peso concreto (G) de Pi en relación con Pj dentro de unas circunstancias C es igual al cociente resultante de dividir el grado de afectación de Pi en las circunstancias C, entre el grado de importancia de Pj en las circunstancias C. La aplicación de esta fórmula matemática requiere asignar valores numéricos a cada una de las dos magnitudes: el grado de lesión y el grado de importancia. Alexy propone los siguientes valores numéricos: para leve un valor de 1 (es decir 2⁰); para medio un valor de 2 (es decir 2¹) y a grave un valor de 4 (es decir, 2²).

Así, cuando el intérprete constitucional tenga que resolver una cuestión iusfundamental que atañe a dos principios (derechos fundamentales) que debido a la optimización ordenada chocan, se ha de limitar a asignar valores numéricos a las magnitudes que representan tanto a la lesión del derecho fundamental agredido como a la satisfacción del derecho fundamental cuya optimización se pretende privilegiar. Operando aritméticamente estos dos valores, el intérprete podrá establecer la relación de precedencia condicionada de uno de los principios en juego sobre el otro al que se contrapone. De esta manera, con base en leyes (de la colisión y de la ponderación) y de fórmulas (la fórmula del peso) se llegaría a resolver las distintas colisiones iusfundamentales que se presentarían entre derechos fundamentales.

CRÍTICA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A sus presupuestos metodológicos

El modo de entender tanto los derechos fundamentales como la Constitución que los contiene no está exento de críticas, las que se pasarán a formular brevemente. La primera es que no existe ninguna exigencia constitucional que obligue concebir los derechos fundamentales tal y como los concibe las teorías conflictivistas. El único acuerdo, por tratarse de un hecho objetivo, es que las disposiciones iusfundamentales son mandatos abiertos y genéricos que requieren de concreciones. Sin embargo, y más allá del acierto 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)²⁷, Aulis Aarnio (quien repara en que los principios se asemejan a las reglas en cuanto o se cumplen o no se cumplen)²⁸ y Luis Prieto (quien plantea que los principios no tienen por qué ser necesariamente mandatos de optimización o carecer de condiciones de aplicación)²⁹, de la exigencia de determinación y concreción no se sigue

²⁷ 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*, 4^a edición, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 2005, p. 328.

²⁸ 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

²⁹ 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



necesariamente que los derechos fundamentales deban concebirse como una realidad que se expande ilimitadamente en su contenido constitucional. Lo único que sí se concluye es que las disposiciones iusfundamentales son abiertas y genéricas que no definen de modo acabado los supuestos de hecho a los que se ha de aplicar.

Es verdad que la persona humana es un fin en sí misma y nunca un medio³⁰, por lo que el Derecho –a través del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales– se ha comprometido seriamente en la consecución por parte de la persona humana de los bienes humanos suficientes para satisfacer sus necesidades humanas y adquirir grados de perfeccionamiento humano³¹; pero esto no habilita a confundir *indeterminación semántica* con *expansión ilimitada jurídica*. No toda acción que comparta alguna propiedad con la literalidad de una disposición iusfundamental forma parte del contenido constitucional del derecho ahí recogido en su *nome iuris*, y no lo conforma porque el derecho fundamental si bien se define a partir de la semántica o literalidad de una disposición, no se agota en ella. No es una realidad sin causa y sin fin, sino que su causa y su fin será la persona humana, más precisamente, el pleno desarrollo de la persona humana. Una acción forma parte del contenido constitucional en la medida no sólo que comparte una propiedad semántica con la disposición iusfundamental, sino también en la medida que permite satisfacer la necesidad humana a través de la consecución del bien humano que justifica el reconocimiento del derecho fundamental.

Es más, aún asumiendo que los derechos fundamentales son mandatos de optimización, ésta sólo podrá verificarse dentro de las posibilidades jurídicas, es decir, que el afán optimizador no podrá lesionar, restringir o sacrificar el contenido constitucional de otro derecho fundamental. Esta advertencia nos coloca rápidamente sobre la advertencia –fácilmente constatable, además– de que los derechos fundamentales son reconocidos en conjunto y en conjunto han de ser determinados y concretados en su contenido constitucional, y en conjunto también han de ejercitarse. Por esta razón el derecho *prima facie* no es un derecho exigible, por lo que jurídicamente no tiene valor, pues el derecho *prima facie* es fruto de la consideración aislada de cada disposición iusfundamental. Sólo tendría alguna consideración como recurso metafórico en la argumentación jurídica, pero nunca como un mandato deóntico exigible.

Consecuentemente, el intérprete a la hora de determinar o concretar una disposición constitucional, no podrá limitarse a su sólo texto, sino que deberá orientarse según la causa y fin que está vinculada al derecho fundamental que recoge. Es lo que normalmente suele conocerse con el nombre de interpretación teleológica. Igualmente no podrá limitarse al sólo texto de la concreta disposición iusfundamental y a la sola finalidad del derecho fundamental ahí recogido, sino que deberá también tomar en consideración el texto y la finalidad de las demás disposiciones iusfundamentales y los respectivos derechos

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.

³⁰ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Ariel Filosofía, Barcelona 1996, p. 187.

³¹ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Lima 2007, ps. 29–37.

fundamentales ahí recogidos. Es lo que normalmente se conoce con el nombre de interpretación sistemática.

De esta manera se podrá obtener que es posible afirmar que las disposiciones iusfundamentales podrán concretarse y determinarse de manera armónica con las otras disposiciones iusfundamentales, de modo que el contenido constitucional de un derecho fundamental no sea consecuencia de ningún sacrificio, restricción o lesión de ningún otro derecho fundamental, sino que sea producto de la vigencia conjunta y razonable de un derecho fundamental en consideración con los demás derechos y bienes jurídico constitucionales igualmente vigentes y vinculantes. Así lo posibilita y exige no sólo la consideración de la persona humana como una unidad en su esencia³²; sino también la consideración de que la Constitución conforma un sistema y que sus distintas disposiciones deberán ser interpretadas buscando la unidad y evitando la contradicción³³. Lo primero permitirá una coherencia material (*Substantielle Kohärenz*), lo segundo una coherencia instrumental o formal (*Formale Kohärenz*)³⁴.

A sus componentes

Como se ha dicho, el principio de proporcionalidad se ha presentado como un mecanismo para resolver la colisión entre los derechos fundamentales entendidos como principios, en particular su tercer elemento constitutivo que es el juicio de ponderación, y es sobre el cual recaen las principales críticas. Una de las más importantes es sin duda la arbitrariedad que subyace en él. Más allá de que los grados de importancia de satisfacción y afectación de los derechos fundamentales no son cuantificables en una escala métrica³⁵, está el dato cierto de que no existe ningún dato que objetivamente permita atribuir un valor (*l*, *m* o *g*) al grado de frustración de un derecho y a la importancia de la optimización de su contrapuesto³⁶ a fin de establecer cual principio (derecho fundamental) ha de preceder a su opuesto³⁷. La doctrina de Alexy no aporta ningún criterio que permita la determinación de los grados de optimización y de sacrificio de los derechos fundamentales a fin de establecer

³² SERNA, Pedro, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información”, en *Humana Iura*, número 4, Pamplona, 1994, p. 230.

³³ HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 27.

³⁴ BRACKER Susanne, *Kohärenz und juristische Interpretation*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden 2000, 166 y ss.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ 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.



la relación de precedencia³⁸. Será en definitiva la particular concepción axiológica de quien deba ejecutar la ponderación, la que termine estableciendo en el caso concreto los valores numéricos que conformarían el dividendo y el divisor en la fórmula del peso. Esta realidad se nota especialmente 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 jurídicas³⁹, a favorecer el principio democrático que representa el legislador⁴⁰ en los supuestos de empate.

El asunto se oscurece especialmente cuando en definitiva lo que se propone es jerarquizar derechos en el caso concreto⁴¹. 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 en un valor numérico, uno de ellos precede al otro, es decir, uno de ellos se optimiza a costa del sacrificio, violación y restricción del otro. Y la complicación aumenta cuando se repara en que en la fórmula del peso propuesta por Alexy 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 considerados⁴². Si dudas habían acerca de la racionalidad en el establecimiento del grado de afectación o de importancia de satisfacción (l, m o g) de los derechos fundamentales, ellas se convierten en certezas cuando se trata de establecer magnitudes que definan los pesos abstractos⁴³. Pero 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 opuesto⁴⁴. 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? Es más, no podrá negarse que la relación de precedencia prácticamente se definiría a favor del derecho fundamental a quien el intérprete constitucional otorgue un mayor peso abstracto.

Por lo demás, si el propio Alexy ha reconocido que la fórmula del peso que permitiría establecer la relación de precedencia entre dos derechos fundamentales en conflicto sólo puede ser empleada de modo analógico⁴⁵ y metafórico⁴⁶, se ha de admitir que esta fórmula no puede resolver en estricto ningún problema iusfundamental más que sólo a modo de ejemplo. Pues bien, si esto es así, la actividad de concreción y determinación de la disposición iusfundamental tiene que abandonar fórmulas matemáticas y con ellas las bases dogmáticas que las sostienen, para con base en un entendimiento distinto de los derechos

³⁸ MARTÍNEZ ZORRILA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, ob. cit., p. 249.

³⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 549.

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 44 y 74.

⁴¹ 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

⁴² ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., nota 68, ps. 67–68.

⁴³ 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.

⁴⁴ SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 25.

⁴⁵ ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 69.

⁴⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 93.

fundamentales y de la Constitución misma, se planteen mecanismos de interpretación y concreción constitucional.

APROXIMACIÓN A UN NUEVO ENTENDIMIENTO

Como ya lo he puesto de manifiesto en otra parte⁴⁷, ese nuevo entendimiento de los derechos fundamentales exige considerarlos en conexión necesaria con la persona humana, en particular, con la naturaleza y esencia humana (que permitirá definir los bienes humanos que les dan sustento, en la medida que ellos se definen como realidades que satisfacen necesidades humanas y perfeccionan el ser humano), y con la dignidad humana que significa su valor como fin y nunca como medio. Esa necesaria conexión permite advertir que si la naturaleza humana es una radical unidad, los derechos fundamentales que en ella se fundan no pueden tener reconocido un significado (contenido) contradictorio que desdiga esa unidad. Los derechos fundamentales no cuentan con un contenido desligado de la persona humana que los hace ilimitados y desorientados, provocando choques y contradicciones, sino que son realidades *esencialmente* limitadas, que todos ellos considerados reproducen la unidad que cualifica la esencia de la que proceden, la humana. Es lo que normalmente se conoce como interpretación teleológica. Si hay unidad lo que no habrá serán choques ni contradicciones, el contenido de un derecho fundamental, si realmente es contenido y lo es de un derecho fundamental, jurídicamente no puede exigir lo contrario de otro contenido de un distinto derecho fundamental.

Esta unidad se ve favorecida por la exigencia de interpretar las distintas disposiciones iusfundamentales que los recogen como si de una unidad se tratase. De lo contrario se pondría en riesgo la misma eficacia normativa de la Constitución al contener un mandato que obliga a hacer algo y otro que prohíbe hacer eso mismo. Es el conocido principio de unidad en la interpretación de la Constitución que exige interpretar las distintas disposiciones constitucionales como integrantes de un sistema⁴⁸, de una unidad⁴⁹, de una realidad “esencialmente homogénea, o al menos con principios conciliables”⁵⁰. Es decir, y en referencia a las disposiciones de la Constitución que recogen derechos, se debe interpretar “evitando cuidadosamente toda interpretación del derecho fundamental que pudiera convertirlo en contradictorio con otras normas constitucionales o que pudiera vaciar de contenido otros mandatos de la Constitución”⁵¹.

⁴⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Los derechos constitucionales..., ob. cit., en particular capítulos I y VI

⁴⁸ Para el Tribunal Constitucional español la interpretación debe “hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática”. STC 5/1983, de 4 de febrero, f. j. 3.

⁴⁹ Hesse, al aludir al *principio de unidad de la Constitución*, ha dicho que “[l]a conexión e interdependencia de los individuales elementos de la Constitución fundamenta la necesidad de no sólo ver la norma individual, sino siempre en plena conexión (...); todas las disposiciones constitucionales deben interpretarse de modo que sean evitadas las contradicciones con otras disposiciones constitucionales”. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, ob. cit., p. 27.

⁵⁰ RÜFNER, Wolfgang, “Grundrechtskonflikte”, Am Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Band II, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, p. 453.

⁵¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales*. En “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol”, n° 32, Valencia, 2000, p. 128.



Hay quien afirma que este modo de entender los derechos fundamentales “no parece representar menoscabo del principio de unidad de la Constitución. Por el contrario, se ofrece como una manera de hacerlo efectivo”⁵². Esta afirmación parte del reconocimiento de que las disposiciones de la Constitución que ostentan fuerza normativa entran en conflicto, y con ellas los derechos fundamentales o bienes constitucionales en ellas reconocidos, de modo que tomarse en serio el principio de unidad de la Constitución significa el reconocimiento de esta colisión, y el reconocimiento que la única salida es “declarar que una de las dos disposiciones ostenta una prioridad en el supuesto concreto, y que por tanto, la solución del caso debe ser aquélla que está prescrita por la norma iusfundamental adscrita a la disposición que prevalece”⁵³. De hecho, este modo de entender las cosas supone que “[t]odos los derechos fundamentales son tomados en serio, desde el principio, con un contenido amplio, y bajo el reconocimiento de que normas y sus posiciones *prima facie* pueden entrar en colisión las unas con las otras, pero que después de la aplicación del principio de proporcionalidad, las colisiones quedan resueltas”⁵⁴.

Sin embargo, esta *manera de hacer efectivo el principio de unidad de la Constitución* no está exenta de dificultades. En primer lugar, reconocer que las disposiciones iusfundamentales (y las normas iusfundamentales que de ahí se desprendan, así como las posiciones jurídicas iusfundamentales que de ella se sustenten) entran en conflicto es un dato que se obtiene de la interpretación aislada de las mismas. Si de la disposición iusfundamental recogida en el artículo 5.1 LF se interpretase que existe un contenido *prima facie* por el cual está permitido la emisión del reportaje “Der Soldatenmord von Lebach”, entonces se está interpretando aisladamente el artículo 5.1 LF. Del mismo modo, si se interpretase la disposición iusfundamental recogida en el artículo 2.1 LF como si de ella derivase una norma adscrita *prima facie* que prohibiese la emisión del reportaje “Der Soldatenmord von Lebach”, se estaría también interpretando aisladamente el artículo 2.1 LF. La interpretación aislada de estas dos disposiciones iusfundamentales conduce irremediabilmente a dos resultados contradictorios entre sí: una permite la emisión del reportaje y la otra lo prohíbe. Pues bien, precisamente esto es lo prohibido por la interpretación sistemática de la Constitución exigida por el principio de unidad constitucional: hay que interpretar las disposiciones de la Constitución evitando llegar a interpretaciones contradictorias entre sí. Muy por el contrario, lo exigido por la mencionada interpretación sistemática y unitaria es la consideración conjunta de ambas disposiciones para a partir de ellas dos empezar a determinar lo jurídicamente ordenado por la Constitución.

En segundo lugar, no parece ser verdad que se estén tomando en serio los derechos fundamentales cuando se interpretan las disposiciones iusfundamentales como contradictorias entre sí, de modo que la colisión o contradicción se solucione estableciendo un derecho vencedor y un derecho vencido. Precisamente, si nos tomamos los derechos fundamentales en serio, no pueden existir derechos fundamentales vencidos de ninguna forma. En la lógica de quienes comparten teorías absolutas o relativas de los derechos fundamentales, el derecho vencido tiene que sacrificar su contenido constitucional para permitir el ejercicio del derecho fundamental vencedor. Pero, si fuese posible comunicarnos con los derechos fundamentales vencidos, ¿cómo les explicaríamos que los hemos tomado en serio? Si en serio nos lo hubiésemos tomado no tendría que haber ocurrido su derrota.

⁵² BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad ...*, ob. cit. p. 483.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Idem*, p. 484.

Sólo de esta manera es posible el cumplimiento efectivo de toda la Constitución, de todos sus dispositivos iusfundamentales, es decir, sólo de esta manera se favorece el principio de normatividad de la Constitución.

En este contexto dogmático, para resolver las distintas cuestiones iusfundamentales no se requerirán de relaciones de precedencia condicionada y, por tanto, ni de la ley de colisión, ni de la ley de ponderación ni mucho menos de fórmula alguna del peso que lleva a decisiones arbitrarias cuando no faltas de racionalidad. Sino que las cuestiones se resolverán a través de una actividad hermenéutica en que con base en la conjunción de una serie de métodos interpretativos permita dar justificación suficiente a decisiones prudenciales. Estas decisiones no significarán limitación o restricción de derecho fundamental alguno, sino que deberán significar determinaciones o concreciones del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, ya que diferenciando la limitación de la delimitación⁵⁵, concretar una norma iusfundamental será establecer límites (fronteras internas) que existen previamente⁵⁶.

Esto no significará de ninguna manera considerar que los derechos fundamentales se encuentran en el texto constitucional ya plena y completamente definidos en sus contornos inmanentes, de modo que el intérprete constitucional trabajase con reglas constitucionales precisas para resolver las controversias iusfundamentales⁵⁷. Por el contrario significará que los derechos fundamentales lejos de tener una vocación expansiva y conflictiva, tiene una vocación de armonía y coherencia, y esa vocación es la que deberá seguir el intérprete constitucional a la hora de concretar en las circunstancias del caso concreto la disposición iusfundamental determinando la línea definitoria del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental que interpreta. Y a esta interpretación bien se le podría llamar de concordancia o de coherencia o de armonía práctica.

En esta hermenéutica prudencial el principio de proporcionalidad es una exigencia de la razonabilidad, pero con un significado distinto al que se le ha venido dando. Esta concepción distinta del principio de proporcional debe partir de concebir los derechos fundamentales como derechos esencialmente limitados, al advertir que el hombre existe en comunidad, y a ella no llega con libertades ilimitadas que se restringen, a ella llega con libertades de determinado contenido y alcance. Con unos derechos limitados, la tarea del principio de proporcionalidad es definir el alcance limitado del contenido de un derecho fundamental dentro de unas circunstancias concretas, de manera que haga posible la determinación del ejercicio razonable del mismo. Para ello exigirá que un pretendido ejercicio de un derecho fundamental, para significar realmente un ejercicio del contenido constitucional de un derecho fundamental, deba perseguir una finalidad

⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlín, 1990, ps. 81 y ss.

⁵⁶ HÄBERLE, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Auflage, CF Müller, Heidelberg, 1983, p. 56.

⁵⁷ No acierta Prieto Sanchís cuando critica este modo de entender los derechos fundamentales porque cree que lo propuesto es que los derechos fundamentales aparecen ya plenamente delimitados en el texto constitucional. Ha escrito este destacado profesor español que “la idea de que los derechos aparecen delimitados desde la Constitución, o de que entre los derechos y sus límites existen fronteras nítidas, creo que es una idea errada: desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas su excepciones”. PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ob. cit. p. 220.



constitucionalmente válida y que ese ejercicio se muestre apto para lograr esa finalidad (juicio de idoneidad). Igualmente exigirá que, debido a la especial significación de los derechos fundamentales tanto para el hombre como para la sociedad, se deba promover su más plena vigencia o, si se quiere, se promueva la optimización de la eficacia de su contenido esencialmente limitado, lo que llevará a reconocer como inconstitucional todo acto estatal que manifestándose igualmente apto para alcanzar la finalidad buscada, no favorezca la plena vigencia del derecho fundamental (juicio de necesidad). Y en fin, se exigirá que se sopesen y ponderen tanto los distintos intereses o pretensiones en juego como a las circunstancias mismas de manera que se atienda a aquellas que tengan mayor peso por ser reflejo o proceder del contenido constitucionalmente protegido del derecho (juicio de ponderación)⁵⁸.

Y es que lo que realmente se encuentra enfrentado en un problema iusfundamental no son los derechos fundamentales, sino las pretensiones o intereses⁵⁹, y un interés será *jerárquicamente superior* en un caso concreto en la medida que esté realmente y no aparentemente sustentado en el contenido constitucional de un derecho fundamenta⁶⁰. La manera que se tiene de ponderar los distintos argumentos o intereses en pugna es aplicando una serie de criterios hermenéuticos que nos conduzca a dar valor (y validez) a uno sólo de los argumentos o intereses en pugna. Estos criterios, que ya he puesto de manifiesto en otra oportunidad⁶¹, son la interpretación sistemática, la interpretación supranacional, la interpretación teleológica y la interpretación de armonización práctica⁶².

CONCLUSIONES

Como al inicio se apuntó, a lo largo de estas páginas se ha intentado poner de manifiesto algunas de las deficiencias que enfrenta la ponderación como mecanismo para jerarquizar derechos *ad casum*, así como las bases dogmáticas de la misma. El intérprete constitucional tiene que optar entre un determinado concepto de derechos fundamentales y de Constitución, para luego –en concordancia con ello– optar por un mecanismo de interpretación constitucional. El aquí criticado es el llamado conflictivista que parte de la consideración de los derechos fundamentales como principios, de la Constitución como el continente de un hervidero constante de choques entre derechos fundamentales opuestos que pugnan por no perder la carrera de la optimización y evitar la lesión o restricción, lo que hace imposible interpretarla de modo sistemático y unitario, y que relativiza cuando no abandona su fuerza normativa. Partiendo de esta base dogmática llega a proponer que a

⁵⁸ Como ha advertido Prieto Sanchís, “[e]n la ponderación (...) hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión”. *Idem.*, p. 189. Es de recibo que la pugna o conflicto se circunscriba a las razones, intereses o bienes, sin que esto alcance de modo efectivo y real al contenido de los derechos fundamentales.

⁵⁹ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...*, ob. cit., p. 37.

⁶⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales.*, ps. 337 y ss.

⁶¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149. Para la aplicación de estas pautas o criterios hermenéuticos referidos de las libertades de expresión e información, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 152, julio 2006, ps. 13–25.

⁶² Alexy ha manifestado con acierto que para realizar el juicio ponderativo “pueden utilizarse todos los argumentos posibles en la argumentación iusfundamental”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 159.

través de fórmulas que exigen cantidades numéricas puede llegarse a establecer cual de los derechos en pugna deberá ser optimizado y cual se ha de sacrificar, olvidando primero, que no son magnitudes (la optimización y el sacrificio) cuantificables numéricamente; y segundo, no percatándose que las decisiones de preferencia será en definitiva fruto de la arbitrariedad axiológica del que decida.

Frente a ella se ha propuesto un modo de ver las cosas que bien puede llamarse coherentista o armonioso el cual aboga por la no desconexión de los derechos fundamentales con su fuente que es la persona humana, se propone que a la interpretación literal de las disposiciones iusfundamentales se agregue una interpretación teleológica que permita advertir que de lo que se trata cuando se reconoce y garantiza constitucionalmente un derecho fundamental, es de promover la satisfacción de necesidades humanas a través de bienes humanos que permita la adquisición de grados perfeccionamiento humano. Con este punto de partida se propone que a la interpretación literal y teleológica se añada una interpretación sistemática, que en aplicación del principio de interpretación unitaria de la Constitución descarte las interpretaciones iusfundamentales contradictorias. Y tanto la interpretación literal, como la teleológica y sistemática se vean complementadas por una interpretación de coherencia o armonía práctica, a través de la cual se exige que debido a que la delimitación de los derechos fundamentales no está acabada en el texto constitucional, sino que éste es un punto de partida, el intérprete constitucional deba tomar en consideración las circunstancias del caso concreto para en ellas procurar la determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental que lo haga compatible (armonioso) con el de los demás derechos (y bienes jurídicos) fundamentales. En este contexto es posible una reformulación del principio de proporcionalidad no para determinar relaciones de precedencia, sino para confirmar una concreción como delimitación de un contenido constitucional.

Siendo verdad que en la mayoría de los problemas iusfundamentales se arribará a una misma solución ya sea desde una u otra teoría⁶³, los conflictivistas lo hacen desde un entendimiento de los derechos fundamentales y de la Constitución al menos bastante discutible. No obstante, será el intérprete constitucional quien deberá optar por una u otra manera de concretar las abiertas e imprecisas disposiciones iusfundamentales, tomando en consideración que una y otra opción implica tomar partido por una base dogmática u otra. Aconsejable es que esto no le pase inadvertido y luego de una conveniente reflexión decida por cual entendimiento de los derechos fundamentales y de la Constitución se decanta, lo que le conducirá a uno u otro procedimiento de concreción iusfundamental, el jerarquizador o el coherentista⁶⁴.

⁶³ En efecto, hay que reconocer que “[e]n la mayoría de los casos, puede que mediante la aplicación de uno u otro método se llegue a los mismo resultados, es decir, que el sentido del fallo contenido en la sentencia de constitucionalidad sea idéntico (...) porque es bastante probable que en la práctica el contenido definitivo del derecho fundamental que, según la teoría externa surge después de la aplicación del principio de proporcionalidad, coincida con el único contenido definitivo, observado en los derechos por la teoría interna”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 466–467.

⁶⁴ Acierta Alexy cuando ha manifestado que “quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa y a aquel a quien le interese la posición de miembro o membresía en una comunidad, tenderá a la teoría interna”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 269.

