

**Artículo de revisión**

**LA PONDERACIÓN EN UN ESTADO  
CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

**THE WEIGHTING IN A CONSTITUTIONAL STATE  
OF LAW**

Yiye Laura Lino<sup>1</sup>  
*Universidad Privada de Tacna*

**RESUMEN:**

El propósito del presente trabajo de investigación es recabar información producto de la investigación de juristas nacionales y extranjeros que han dedicado sus esfuerzos a estudiar la materia. Esta información, nos permitirá analizar los métodos de aplicación del derecho, para que así podamos conocer los criterios que actualmente se utilizan para ejercitar la actividad de ponderación, en donde se advierte el choque por la supremacía entre dos principios constitucionales, en momentos en que se está ante un conflicto social en donde el contexto se presta para la activación de la protección que ofrecen cada principio a un bien jurídico protegido, de acuerdo al hecho que se avizora en la realidad.

**PALABRAS CLAVE:** ponderación, subsunción, Estado Constitucional de Derecho, derechos fundamentales.

**ABSTRACT:**

The purpose of this research work is to gather information product of the investigation of national and foreign jurists who have dedicated their efforts to study the matter. This information will allow us to analyze the methods of application of the law, so that we can know the criteria that are currently used to exercise the

---

<sup>1</sup> Bachiller en Derecho por la Universidad Privada de Tacna. Miembro de CIELO - Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional. El autor obtuvo el primer puesto en el Concurso de Ponencias en materia laboral sobre la Nueva Ley Procesal de Trabajo organizado por el Módulo Corporativo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Tacna en el año 2019. E-mail: [yiye\\_laura@hotmail.com](mailto:yiye_laura@hotmail.com)

weighing activity, where the clash for supremacy between two constitutional principles is noticed, at a time when It is facing a social conflict where the context lends itself to the activation of the protection that each principle appears to a protected legal right, according to the fact that is seen in reality.

**KEYWORDS:** weighting, subsumption, Constitutional State of Law, fundamental rights.

## INTRODUCCIÓN

Existen dos formas básicas para aplicar una norma jurídica, la subsunción y la ponderación. El estudio de la subsunción ha merecido muchos esfuerzos investigativos por parte de los juristas en el mundo; en cambio, la ponderación no ha tenido la misma fortuna; pese a que muchos países viven en las bases de un sistema constitucional de Derecho, en donde los derechos fundamentales están en el nivel más alto de la escala de la jerarquía normativa, considerados máximas de interpretación.

El propósito del presente trabajo de investigación es recabar información producto de la investigación de juristas nacionales y extranjeros que han dedicado sus esfuerzos a estudiar la materia. Esta información, nos permitirá analizar los métodos de aplicación del derecho, para que así podamos conocer los criterios que actualmente se utilizan para ejercitar la actividad de ponderación, en donde se advierte el choque por la supremacía entre dos principios constitucionales, en momentos en que se está ante un conflicto social en donde el contexto se presta para la activación de la protección que ofrecen cada principio a un bien jurídico protegido, de acuerdo al hecho que se avizora en la realidad.

El contenido del presente trabajo de investigación está ordenado de la siguiente manera: La relatividad de los derechos. Las formas de aplicación del Derecho, dentro de ellas, la tan comentada metáfora de la balanza; el conflicto de los principios constitucionales; los caracteres de la ponderación; el test de proporcionalidad; la

fórmula del peso; las cargas de la argumentación. Propuesta de la derrotabilidad del principio menos eficiente para el caso concreto. Análisis de las críticas a la ponderación. Para finalizar, esbozamos nuestras conclusiones, recomendaciones y; la bibliografía, que fue de gran ayuda para el estudio del tema.

## **LA RELATIVIDAD DE LA NORMA JURÍDICA**

Sabemos que nada en este mundo es perfecto. Esa imperfección también alcanza a las normas jurídicas (reglas o principios), ya que ninguna norma es considerada absoluta. Dentro de ese relativismo, las normas tendrán que convivir unas con otras, evitando avasallarse entre sí. En ocasiones esa convivencia de evitación será, ineludiblemente, quebrantada; superada por los hechos que oscilan en la realidad.

El jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, sostiene:

para que la coexistencia de los principios (...) sea posible, es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado, a partir de uno solo de ellos, concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y solo permitiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios (...) deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos (Citado por Gascón Abellan y García Figueroa, 2005, p. 249).

En general, las reglas y los principios jurídicos, no son normas incólumes. Ambas guardan una relatividad intrínseca que, en ocasiones excepcionales, se pone en manifiesto. Para nosotros este carácter de relatividad otorgada por el legislador, se funda en la diversificación e indeterminabilidad de los hechos producidos en la realidad. Si se pudiera precisar qué situaciones particulares pueden ocurrir en la convivencia y desarrollo social, se podría pensar en fijar algunas normas con carácter absoluto. Al no ser posible esto, existen normas jurídicas que gozan de una mayor preferencia y otras con menor preferencia.

### **Reglas y principios**

Antes de iniciar el estudio de la ponderación, debemos entender en qué se diferencia una regla de un principio jurídico; para luego comprender, por qué la ponderación sólo se aplica a principios y no a reglas jurídicas.

Primero, qué es una regla jurídica y, por su parte, qué es un principio jurídico, ambas normas jurídicas.

Las reglas jurídicas, como precisa el jurista alemán Robert Alexy, “son mandatos definitivos” (Citado por Bernal Pulido, 2014, p. 14), mientras dice del principio jurídico, que “son mandatos de optimización” (Alexy, 1993, p. 112).

Las reglas jurídicas son normas condicionadas, por cuanto tienen que reunir algunas condiciones para generar efectos jurídicos. Por ejemplo, en el delito de homicidio, el sujeto activo deberá realizar la conducta punible (supuesto de hecho) establecida en el enunciado normativo y, en consecuencia, la fuerza estatal podrá reprimir al sujeto con una sanción de privación de libertad personal (consecuencia jurídica).

En cambio, si un individuo realiza un acto reprochable por la sociedad, pero que no es penalmente relevante por mandato expreso de la ley, aquel individuo no tiene por qué ser sancionado con una pena. En caso que el juzgador lo sancione, éste estará trasgrediendo el principio de legalidad, porque nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, ni sancionado por algo que no contempla.

El jurista norteamericano Ronald Dworkin (1989) sostiene que una característica básica entre la regla y el principio jurídico es que

las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión (p. 75).

Pero no es así como operan los principios. Ni siquiera los que más se asemejan a normas (reglas jurídicas). El profesor Dworkin (1989) sostiene que la diferencia central entre ambas, es que

los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene (pp. 77, 78).

A modo de comparación, respecto al balance de importancia o peso que se utiliza en la ponderación, Dworkin agrega que

una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso (p. 78).

En cambio, los principios no prohíben ni restringen la conducta humana, sino que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades de hecho y de derecho. Para el profesor Alexy, estos mandatos de optimización guardan una particularidad respecto a las reglas jurídicas, y es que

se caracterizan porque pueden ser cumplidas en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario (Citado por Bernal Pulido, 2014, p. 14).

En algunos casos de conflicto de normas –reglas jurídicas–, se podrá hacer uso de mecanismos menos complejos para resolver una colisión entre aquellas. La «*lex superior*», «*lex posterior*» o «*lex specialis*»; serán muy útiles en situaciones en que una norma jurídica goce de un mejor posicionamiento en la escala jerárquica; o cuando una de ellas, haya sido reconocida con anterioridad a su contrincante; y, finalmente, cuando aquella norma jurídica se haya

creado especialmente para regular situaciones o actividades particulares.

En contrario, los principios jurídicos solo pueden ser equilibrados cuando hay colisión de estos, por medio de la ponderación, a través del examen de proporcionalidad y las cargas de la argumentación. Cuando ocurra esto, estaremos frente a un principio jurídico derrotado y otro vencedor, del cual resultará una medida acorde al fin constitucional perseguido. Esta medida deberá ser el más idóneo, necesario y proporcional en relación al otro principio en colisión.

Por su parte, H. L. A. Hart

considera que los rasgos que distinguen principios de reglas son su generalidad y su papel justificativo. El primero es (...) una cuestión de grado porque los principios son más amplios, generales o no específicos, el segundo en cambio, está relacionado en su opinión, con el hecho de que los principios se refieren de alguna manera a un fin, propósito o valor, por lo que es considerado deseable preservarlos, ya que contribuyen a la justificación de las reglas (Citado por Olivera García, 2015, p. 27).

Los derechos fundamentales son un fin per se, ya que son aquellas normas que poseen una característica dual, actúan como reglas jurídicas para reconocer un derecho sustantivo y también como principio a la hora de influir como directriz en el sistema jurídico. Mientras que las reglas jurídicas, son normas positivizadas que regulan la conducta humana.

## **FORMAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO**

Existen dos formas básicas para aplicar el Derecho. La primera es la subsunción, utilizada, por excelencia, para aplicar reglas jurídicas. En cambio, cuando se requiere aplicar un principio jurídico, se deberá acudir a la ponderación.

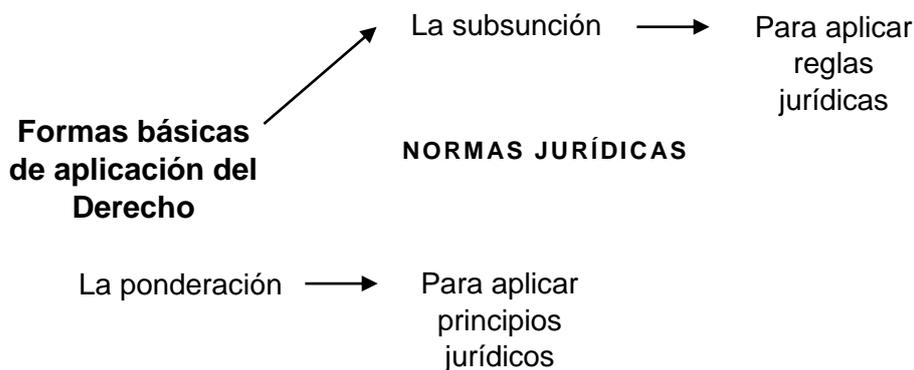
En esta investigación, centraremos nuestra atención en la ponderación, por ser aquella que está teniendo mayor protagonismo en la administración de justicia de los Estados de Derecho contemporáneos, en donde no basta la sola aplicación subsuntiva

de las normas jurídicas para resolver casos complejos. En estos sistemas jurídicos con vinculación al Neo constitucionalismo, se prioriza la aplicación ponderativa del juzgador, cuando existe la colisión de dos o más derechos fundamentales.

El jurista alemán Alexander Aleinikoff (2010) nos dice, la ponderación

es un método de interpretación constitucional en que los jueces contrapesan la importancia de diversos factores influyentes en un caso en particular (...). Es entendible, entonces, que se considere que la ponderación permite una interpretación judicial más libre (p. 20).

Para algunos autores, esta libertad transita por en el espacio intuitivo del juzgador (subjetividad del intérprete), apartando al Derecho de los cánones de racionalidad. Nosotros creemos, que esto no es así, ya que esta libertad a la que se refiere el autor, no es absoluta, por cuanto existen límites a la interpretación y, justamente estas limitaciones se fundan en los parámetros constitucionales. La medida adoptada no es aquella que es considerada idónea, necesaria y proporcional porque contribuirá al interés del juzgador o porque él cree que será la más justa; sino porque la decisión representa la medida más importante y es equitativa con el grado de no satisfacción provocado al discriminar, en el caso, a otro principio.



## LA PONDERACIÓN

## **La metáfora de la balanza**

Como lo plantea el jurista español David Martínez Zorrilla (2007), coincidiendo con Alexy y Aleinikoff, hablar de la ponderación de principios jurídicos

resulta obvio, una metáfora, una imagen en la que los elementos en conflicto son puestos en una 'balanza' a fin de determinar cuál de ellos 'pesa' más. Naturalmente, las normas no son entidades físicas y, por ende, carecen de 'peso' en sentido estricto, que es una característica propia de la materia. Pero como en toda metáfora bien lograda, se dejan entrever algunos aspectos destacables que están presentes tanto en la imagen metafórica como en el objeto al cual ésta se aplica (en nuestro caso, el procedimiento 'ponderativo'). (p. 155)

Esta metáfora busca graficar lo que en teoría se realiza con la ponderación, cuando el intérprete intenta sopesar las cargas de ambos principios que en forma de bultos son puestos a cada lado de la balanza. Como desarrolla Alexy, en su fórmula del peso, cada principio posee un peso abstracto y uno concreto.

De palabras de Martínez Zorrilla, es obvio que los principios no gozan de una realidad física, sólo de una virtual. Es una creación del legislador que el intérprete tendrá en frente para poder decidir en favor de una, pero no porque le resulte la más agradable, sino porque es aquella que racionalmente reúne las características para ser la medida que resuelva el caso concreto y vaya acorde al interés constitucional.

Respecto a la dinámica de equilibrio de la balanza, el autor agrega que

la metáfora de la balanza parece destacar el hecho de que la toma de la decisión acerca de qué principio aplicar al caso planteado no obedece a una decisión arbitraria, sino que obedece a criterios totalmente objetivos e independientes de la voluntad del decisor, que se limita a constatar cuál de los elementos es el más importante. Los elementos en conflicto son puestos en una 'balanza' (algo externo y objetivo), y ésta determinará el resultado. (Martínez Zorrilla, 2007, p. 155)

Existe un afán de dotar de objetividad a las decisiones judiciales, la finalidad –para nosotros- es la existencia de una imperante necesidad de generar una calidad en la justificación o motivación de las resoluciones judiciales que la alejen de toda crítica que la tilde de arbitraria e irracional.

### **El conflicto entre principios constitucionales**

La mayoría de los principios constitucionales se encuentran albergados en la parte dogmática de la Constitución Política del Estado, principalmente en el artículo 2º, referido a los derechos fundamentales. Estos derechos poseen una doble identidad, son normas sustantivas y también principios que influyen a todo el sistema normativo.

Según el profesor italiano Riccardo Guastini (2017, pp. 335, 336), todo conflicto entre principios constitucionales presenta las siguientes características:

- a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre norma que (por lo general) han sido promulgadas en el mismo momento.
- b) En segundo lugar, se trata de un conflicto entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho.
- c) En tercer lugar, se trata de un conflicto –en concreto-, no identificable en sede de interpretación textual: un conflicto, en suma, que se revela solo en ocasión de la aplicación de las normas implicadas en un caso particular.
- d) En cuarto lugar, se trata de un conflicto –parcial bilateral-, en el sentido de que las clases de supuestos de hecho reguladas por ambas normas se superponen parcialmente, de manera tal que algunos, pero solo algunos, de los supuestos de hecho regulados por una norma coinciden con algunos, pero solo algunos, de los supuestos de hecho regulados (incompatiblemente) por la otra norma.

Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos mediante los criterios estándar de solución de conflictos entre normas. No se puede emplear el criterio «*lex posterior*», ya que ambos principios son contemporáneos. No se puede emplear el criterio «*lex superior*», ya que ambos principios tienen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes. No se puede emplear el criterio «*lex specialis*», ya que ambas clases de hechos regulados por ambos principios no mantienen una relación de género a especie, sino que se entrecruzan.

### **Los caracteres de la ponderación**

Para Guastini (2017, pp. 337, 338), la ponderación consiste en establecer entre dos principios en conflicto, una jerarquía que presenta dos caracteres: es una jerarquía axiológica y, al mismo tiempo, una jerarquía móvil.

i) Una jerarquía axiológica es una relación de valor creada (no por el propio derecho, como la jerarquía de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un enunciado dotado de la forma lógica: «El principio P1 tiene más valor que el principio P2». Por consecuencia, instituir una jerarquía axiológica se resuelve en atribuir a uno de los principios en conflicto un «peso», un valor, una «importancia» ético-política mayor en relación al otro.

Como resultado, el principio que tiene «más valor» prevalece sobre el otro: este es aplicado, mientras que el otro es dejado de lado (...). El principio que sucumbe, si bien es dejado de lado (no es aplicado), en absoluto es declarado abrogado o inválido. En otras palabras, este queda «con vida», en el sistema jurídico, listo para ser aplicado en otras controversias.

Por tanto, la ponderación no es precisamente una «conciliación». No consiste en «poner de acuerdo», como en ocasiones se dice, dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de «equilibrio», o una «vía media» entre ellos. No consiste en la aplicación ni en el sacrificio parcial entre ambos. Uno de los principios es aplicado, mientras que el otro es dejado de lado momentáneamente, desaplicado.

ii) Por otra parte, una jerarquía móvil, es una relación de valor inestable, variable: una jerarquía que es válida para el caso concreto

(o para una clase de casos), pero que podría ser revocada –y que a menudo es revocada- en un caso concreto distinto (o en una clase de casos distinta).

El hecho es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no analiza el «valor» de dos principios «en abstracto», de una vez por todas. No instituye entre ellos una jerarquía fija o permanente. Tampoco aplica –como abstractamente podría hacerlo- el criterio *lex specialis*, reconstruyendo los dos principios de manera que uno de ellos exceptúe al otro siempre, en todas las circunstancias. El juez se limita a analizar la «justicia» de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto.

Como resulta, el conflicto no es resuelto de manera definitiva: toda solución es válida solo para una controversia particular –para una (presunta) antinomia entre la Constitución y una ley específica- de manera que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras, en las que estén implicados los mismos principios, pero una ley distinta.

Según Alexy, hay que tener en cuenta tres elementos que forman parte de la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

### **El test de proporcionalidad o ley de la ponderación**

#### **Caso Lüth: Una controversia proporcionalmente resuelta**

El profesor colombiano Luis Montealegre Lynett nos muestra el Caso Lüth, un caso a considerar para la investigación de la ponderación y el examen de proporcionalidad. El autor cuenta que

desde sus primeros años, el Tribunal Constitucional alemán ha recurrido a las ponderaciones. (...) Así, en su emblemática decisión sobre el caso antes mencionado, el Tribunal planteo una suerte de ponderación al formular la llamada teoría de reciprocidad (*Wechselwirkungstheorie*), que establece que la restricción que impone cierta ley sobre el derecho a la opinión debe interpretarse a la luz de la importancia concedida a este derecho de un Estado libre y democrático. (Montealegre Lynett, 2014, pp. 18, 19).

Al término de la Segunda Guerra mundial, el mundo vivía momentos tensos de una ‘paz vergonzosa’. El espectro jurídico no

era ajeno, también se encontraba sumergido en tal incertidumbre. La sociedad mundial había presenciado los denominados ‘Juicios en Núremberg’. Allí, fueron procesados y sentenciados muchos nazis genocidas. Dentro de ellos, operadores de justicia que abusaron del Derecho -para algunos-; y, para otros, solo cumplieron el mandato legal.

Años más tarde, en 1958, en el Tribunal Constitucional alemán se ventila el Caso Lüth, en el cual el juzgador tuvo que determinar la medida más idónea, necesaria y proporcional ante la inminente colisión de dos principios constitucionales. Montealegre Lynett (2014), nos explica que

este fallo tiene su origen en una demanda de amparo constitucional interpuesta por el funcionario municipal de Hamburgo Erich Lüth, contra el fallo de la audiencia provincial de Hamburgo. Dicho fallo prohibía a Lüth, instar al boicoteo de la película ‘Unsterbliche Liebe’ dirigida por Veit Harlan, conocido director de películas antisemitas durante el periodo nacionalsocialista. El Tribunal Constitucional decidió apartarse de la sentencia de la audiencia provincial y permitir el llamado a boicoteo con base en la libertad de opinión consagrada en el art. 5° de la Ley Fundamental. (p. 19)

El Tribunal Constitucional alemán determina la colisión entre dos principios, por un lado, las buenas costumbres y el orden público; y, por el otro, el derecho a la libertad de expresión del señor Lüth. Ante una controversia de esta naturaleza, habiendo sido declarado infundado en contra de Lüth, por el tribunal ad quo. El tribunal ad quem –como diría el profesor Dworkin-, ‘actuó en el papel de juez hércules’, resolviendo el caso, al preferir el principio constitucional del derecho a la libre expresión, por considerar que es la medida más proporcionalidad y acorde a los fines democráticos del Estado.

### **Caso Riggs v. Palmer**

De forma sucinta explicaremos los hechos sobre la cual se versa la tan famosa causa Riggs v. Palmer: En 1889 un tribunal de Nueva York tenía la obligación de decidir si un heredero designado en un testamento válido podía heredar, aunque para ello hubiera asesinado al testador.

Dworkin, citado por Olvera García (2015), analiza el caso y comenta

Un juez apelando al principio de legalidad afirma que el derecho permite heredar y debe aplicarse la regla válida que así lo dispone (voto disidente del juez Gray), pero el otro sostiene que el derecho impide heredar porque hay un principio jurídico ‘implícito’ que prohíbe que alguien pueda beneficiarse de su propio ilícito (dolo o injusticia). Los jueces discuten cuál es la mejor solución al caso específico, la que le permite heredar conforme dispone la regla de derecho positivo, o la que lo prohíbe en función de un principio. En realidad, lo que se disputa es la fuerza de los argumentos jurídicos aducidos. (p. 25)

El juzgador se encuentra ante la posibilidad de que un sujeto herede lo declarado por el testador antes de fallecer. Según el principio de legalidad, el sujeto tiene el pleno derecho de solicitar que se le otorgue todo cuanto está estipulado en el testamento, ya que en la ley no se consagra la posibilidad de declarar indigno al homicida, por quitarle la vida al testador, para acelerar la lectura del testamento. El juzgador ponderó del otro lado, el principio general del Derecho, que sostiene que “nadie puede beneficiarse de su propio ilícito”; en razón al cual, no tiene derecho a heredar por atentar contra quien lo beneficiaría.

### **Caso Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.**

El profesor Dworkin (2014) revive lo acontecido en 1960, en Nueva Jersey, en donde un tribunal tuvo que abordar la importante causa Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., que analiza la responsabilidad de un fabricante de automóviles en caso de que éstos salgan defectuosos

Henningsen había comprado un automóvil, y firmado un contrato a tenor del cual la responsabilidad del fabricante se limitaba a la reparación de las piezas defectuosas y que esta garantía sustituye expresamente cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades. Henningsen alegó que, al menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debería escudarse en esta limitación, sino que habría de responder por los gastos médicos y de otra clase a cargo de las víctimas de un choque. No consiguió señalar

ninguna ley, ni norma jurídica alguna aceptada que impidiera al fabricante acogerse al contrato. El tribunal, sin embargo, dio la razón a Henningsen. En diversos puntos de la argumentación del tribunal, se hicieron las siguientes remisiones a normas o pautas sociales: a) Debemos tener en cuenta el principio general de que, no habiendo fraude, una persona que se niegue a leer un contrato antes de firmarlo no podría posteriormente eximirse de las cargas derivadas de él; b) En la aplicación de ese principio, el dogma fundamental de la libertad de las partes capaces para contratar es un factor importante; c) La libertad contractual no es una doctrina tan inmutable como para no poder negar su aplicabilidad en la esfera que nos ocupa; d) En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento habitual y necesario para la vida diaria, y en la que su utilización se halla tan expuesta a peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante está sujeto a una obligación especial en relación con la construcción, promoción y venta de sus coches. En consecuencia, los tribunales deben examinar atentamente los contratos de compraventa, por ver si en ellos se estipulan correctamente los intereses del consumidor y el interés público; e) ¿Existe algún principio más familiar o más firmemente arraigado en la historia del derecho (...), que la doctrina fundamental de que los tribunales no permitirán que los utilicen como instrumentos de iniquidad e injusticia?; y, f) Mas consecuentemente, los tribunales no suelen prestarse a la aplicación de pactos en los que una de las partes se haya aprovechado de la indigencia económica de la otra (pp. 119-121).

### **Precisión conceptual del principio de proporcionalidad**

Para el profesor Alexy (2007), el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina ‘ley de la ponderación’ y que se puede formular de la siguiente manera: “Cuando 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”. (p. 460)

El sacrificio que deberá hacer el juzgador, prefiriendo un principio jurídico sobre otro de la misma categoría fundamental, debe gozar del suficiente sustento jurídico, del por qué se prefirió éste y no el otro. El mismo que debe ir acorde a la consecución de los intereses sociales.

Además, el autor agrega que esta ‘ley de ponderación’ permitirá reconocer la ponderación en tres pasos:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. (Citado por Carbonell, 2008, p. 16)

En palabras del profesor colombiano, César Augusto Londoño Ayala, citado por García Yzaguirre (2012):

el examen de proporcionalidad es un filtro de legalidad y licitud constitucional que pretende eliminar todas aquellas medidas, habilitaciones o prohibiciones que sean inútiles, innecesarias o exijan un sacrificio exagerado de los derechos fundamentales. En efecto, detrás de la proporcionalidad existe un concepto de justicia fundado en el equilibrio de intereses y en repudio a lo excesivo. (p. 286).

El autor hace énfasis en el concepto de justicia que, según manifiesta, ésta se encuentra inmersa en el test de proporcionalidad. Cuando ocurre que dos o más principios jurídicos colisionan y, éstos gozan del mismo peso constitucional, resulta controvertido y exigido, determinar cuál prevalecerá. Justo es allí, donde se considera que hay una actividad pro justicia y, ésta se refleja a través de una decisión proporcional, la cual será elegir la medida menos gravosa, atentatoria de los derechos fundamentales, siendo considerada proporcionalmente idónea y justa.

El profesor José Víctor García Yzaguirre (2012) señala que

el test de proporcionalidad es la versión metodológica de la ponderación, como mecanismo de solución de controversias entre principios constitucionales. En estricto, constituye una metodología argumentativa, en tanto, pretende formular una estructura mediante la cual los participantes en un sistema jurídico puedan ordenar la motivación (o analizar con cierto orden) en base a etapas que poseen sus propias exigencias, a fin de comprobar la optimización a nivel

fáctico y jurídico por parte de una medida para beneficiar un determinado fin. (p. 286)

Lo que el autor quiere decir es que el test de proporcionalidad, viene a ser una regla que establece los requisitos por los cuales se puede determinar si un principio debe prevalecer frente a otro, de conformidad con las condiciones concretas. Además, será importante dentro del método aplicado, tener en consideración la finalidad perseguida, es decir, qué es lo que busca el legislador con la dación de este derecho. Luego de preferirse un derecho sobre otro del mismo rango, el detrimento constitucional que se produzca debe ser menor al que se pudo causar de ser el caso de haber elegido el otro derecho en colisión.

### **Subprincipios del examen de proporcionalidad**

El jurista colombiano, Carlos Bernal Pulido (2014, pp. 51-53), guiándose de las obras del profesor Alexy, sostiene que el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

a) Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

El autor claramente establece que el juzgador podrá cumplir con este subprincipio siempre que motive dos exigencias: a) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita el derecho sea constitucionalmente legítimo, es decir, que la medida adoptada no contravenga ningún otro principio constitucional, distinto de los que están en conflicto; y, b) que la medida sea adecuada para la obtención de tal fin. La medida adoptada tiene que poseer un alto grado de consecución del fin perseguido.

El Tribunal Constitucional peruano, establece que “la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio

adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin” (STC 0045-2004-AI).

b) De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

El ejercicio de proporcionalidad busca la medida menos lesiva a los fines constitucionales que guía la nación. Con esto no se quiere decir que un derecho es jerárquicamente superior a otro, lo que realmente se dice, es que, de acuerdo a las situaciones particulares, se inclinará la balanza ponderativa en favor del derecho que representa la medida más idónea que contribuya a preservar los principios constitucionales y por tanto generen un detrimento menor en aquellos. En términos económicos (costo-beneficio), se podría precisar que las ventajas que se obtienen por medio de la intervención de un derecho fundamental, compensan los sacrificios que implica para sus titulares y para la sociedad en general.

El Tribunal Constitucional peruano, establece que

se dice que este principio busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin (STC 0045-2004-AI).

Además, de valor una medida que contribuya a lograr el fin perseguido. El juzgador también deberá analizar si existe alguna otra medida a considerar que pudiera generar daños menos gravosos.

La decisión de adoptar una norma de optimización sobrevalorándola a otra, pese a que ambas gozan de características similares, traerá consigo inevitablemente un daño. El subprincipio de necesidad se refiere a motivar si esta decisión es ‘necesaria’ para

lograr amparar el beneficio que se logra al hacer el test de proporcionalidad en el conflicto de principios.

c) En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido.

La proporcionalidad reúne el cumplimiento de algunos requisitos como son, a) que los principios en colisión guarden la misma categoría jurídica; b) que la medida adoptada vaya acorde a los fines estatales; c) que las consecuencias producto de la medida adoptada, sean las menos lesivas para el orden jurídico y social.

El Tribunal Constitucional peruano, establece que

consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada 'ley de ponderación'. En la ley están presentes los dos elementos: la afectación –o no realización- de un principio y la satisfacción –o realización- del otro. Se establece así una relación directamente proporcional según la cual: cuando mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho habrá superado el examen de ponderación y no será constitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en el derecho no estará justificada y será inconstitucional (STC 0045-2004-AI).

### **Fases del examen de proporcionalidad en sentido estricto**

El jurista español David Martínez Zorrilla (2007, p. 245), sostiene que el examen de proporcionalidad en sentido estricto se desarrollaría en tres fases consecutivas (si bien la primera y la segunda pueden realizarse indistintamente en cualquier orden):

a) La determinación del grado de la lesión o menoscabo de la decisión provoca en uno de los elementos en conflicto.

- b) La determinación del grado o la importancia de la satisfacción del otro elemento del conflicto.
- c) La comparación de las magnitudes anteriores en orden a comprobar si la importancia de la satisfacción del elemento prevalente justifica la lesión o afectación del otro elemento.

Producto de estas fases consecutivas, el juzgador tendrá que determinar el grado de lesión producido a causa del desamparo de uno de los principios en conflicto. Al estar ante la colisión inminente de dos derechos fundamentales, resulta obvio que la preferencia por uno, generará un detrimento sobre el otro. Pero es una desprotección que está fundada en fines más superiores.

Ante un empate entre la satisfacción de un derecho y el perjuicio del otro, el profesor Alexy, en su obra ‘Teoría de la argumentación jurídica’, sostiene que existen determinadas máximas que son las llamadas a dirimir el conflicto. Estas máximas a las que se refiere Alexy, son el derecho a la libertad e igualdad jurídica.

Por nuestro lado, consideramos que una de las máximas que debe ser considerada dentro del factor dirimente, es el principio de dignidad humana. El Estado ha sido creado para proteger los intereses de la sociedad y, por ende, la persona humana debe ser el objeto básico de tal protección judicial. No debiera prevalecer ningún principio que contravenga la integridad del ser humano.

### **La escala triádica**

El profesor Alexy, citado por Martínez Zorrilla (2007, p. 245), propone que

el establecimiento del grado de satisfacción o de lesión de los distintos elementos en colisión se realiza (...) de acuerdo con una escala triádica que distingue entre tres niveles: «leve», «moderado» y «grave» (o, en lugar de grave, puede usar «intenso» o «fuerte» en caso de que hablemos de satisfacción y no de lesión). Esta clasificación no la toma el autor como algo inmovible, sino que reconoce que pueden utilizarse escalas con un mayor número de segmentos, aunque puntualiza que usualmente en la mayoría de casos ya es suficiente con tres niveles distintos (y suficientemente

complicada la valoración de acuerdo con esta escala triádica como para utilizar escalas más complejas). La valoración de la lesión de un principio y del grado de satisfacción del otro se hace además atendiendo a las circunstancias del caso, y no en abstracto (atendiendo a su importancia o jerarquía dentro del sistema jurídico, pues en tal caso los elementos en conflicto, al ser de usualmente de la misma jerarquía –rango constitucional- tendrían el mismo valor).

Evidentemente, queda a libre disposición del intérprete determinar qué número de escalas va a considerar en el ejercicio de su fórmula del peso. El grado de la lesión se dará en atención del nivel de satisfacción que posea determinado principio en colisión, pudiendo oscilar entre un grado leve, moderado o fuerte. No se considerará para esta valoración la jerarquía que posea este principio en el sistema jurídico, porque esa importancia es de carácter abstracto.

### La fórmula del peso

El profesor Alexy dice que la fórmula del peso tiene la siguiente estructura:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

Esta fórmula propende que

el elemento lesionado o sacrificado es simbolizado (...) con la variable «Pi». Los distintos grados de afectación, que como hemos visto, pueden ser «leve» (l), «moderado» (m) y «grave» (g), se simbolizan con la variable «I». Las circunstancias del caso se simbolizan como «C». De este modo, la expresión correspondiente a la importancia o grado de afectación del principio Pi en las circunstancias C se simboliza como «IPiC». El esquema no es muy distinto por lo que hace a la otra magnitud de la comparación, el nivel de satisfacción del otro elemento del conflicto (que se simboliza con la variable «Pj»). El grado o magnitud de dicha satisfacción se simboliza como «W». La importancia del principio «Pj» en las circunstancias C se simboliza como «WPjC». De acuerdo con la escala triádica, tanto el valor de IPiC como el de WPjC puede ser l, m o g (Martínez Zorrilla, 2007, p. 245).

Alexy, tal como expresa Bernal Pulido (2003, p. 229),

mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve  $2^0$ , o sea 1; medio  $2^1$ , o sea 2; e intenso  $2^2$ , es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro  $2^0$ , o sea, 1; plausible  $2^{-1}$ , o sea  $\frac{1}{2}$ ; y no evidentemente falso  $2^{-2}$ , es decir,  $\frac{1}{4}$ .

Para poder operacionalizar las variables, Alexy le atribuye valores matemáticos a cada una de ellas. Si la lesión o no satisfacción causada al principio es leve, le corresponde el valor de: 1; mientras que, si es moderado, el valor atribuible será: 2; por último, si la no satisfacción es alta o intensa, le corresponderá: 4. El intérprete deberá reemplazar dichos valores en la fórmula del peso para generar un valor por cada principio. Dependiendo del valor de cada uno se podrá determinar, al final, que medida será la de mayor peso.

Ahora, respecto a las variables relacionadas a los hechos producidos, se le irá atribuyendo un valor en tres categorías. Si existe seguridad de la producción de una lesión del principio resguardado, le corresponde el valor: 1; si no existe certeza, pero hay convicción de que se produzca,  $\frac{1}{2}$ . En cambio, si existe la certeza de que la premisa fáctica es falsa, el valor será:  $\frac{1}{4}$ .

### **Las cargas de la argumentación**

Cuando exista un empate en los resultados de los principios sometidos a la fórmula del peso, se tendrá que hacer uso de la argumentación jurídica. Para ello, el jurista colombiano Carlos Bernal Pulido, revisando las obras de Robert Alexy, concluye que en la ponderación rigen dos cargas de la argumentación de acuerdo a las siguientes:

En la obra ‘Teoría de los derechos fundamentales’, Bernal Pulido (2003, p. 231) señala que Alexy

defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima ‘*in dubio pro libertate*’. De acuerdo con esta carga de argumentación,

ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor ‘razones más fuertes’. Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas. Dicho de otra manera, el empate jugaría a favor de la libertad y de la igualdad jurídica. Como consecuencia, si una medida afectara a la libertad o a la igualdad jurídica y los principios que la respaldan no tuviesen un mayor peso que éstas, entonces, la medida resultaría ser desproporcionada y, si se tratase de una ley, ésta debería ser declarada inconstitucional.

Coincidamos con la postura del profesor Alexy, pero proponemos la incorporación de una máxima tan importante como las mencionadas. Nos referimos a la dignidad humana, que en la mayoría de las constituciones de la región es considerada como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Inclusive, consideramos que el principio de dignidad humana debiera ser considerado, forzando la teoría del carácter relativo de las normas jurídicas, una máxima no absoluta pero de mayor peso al que propende Alexy, en razón a que representa un fin supremo social. La persona humana es la razón por la cual se han creado los Estados y, con mayor razón, en estos tiempos que se promueve la promoción y protección de los derechos humanos en Estados Constitucionales de Derecho.

No obstante, Bernal Pulido (2003) hace notar que Alexy, quince años más tarde, en su obra ‘Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales’

se inclina a favor de una carga de argumentación diferente. En los casos de empate, sostiene, la decisión que se enjuicia aparece como ‘no desproporcionada’ y, por tanto, debe ser declarada constitucional. Esto quiere decir, que los empates jugarían a favor del acto que se enjuicia, acto que en el control de constitucionalidad de las leyes es precisamente la ley. En otros términos (...), los empates no jugarían a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento. De este modo, cuando existiera un

empate, la ley debería declararse constitucional, por haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador. (p. 231)

Años más tarde Alexy, le da mayor valor a la discrecionalidad del juez y a la legitimidad que poseía el legislador cuando promulgó la norma jurídica. Pese a la variación de postura adoptada por Alexy. Nosotros sostenemos que se debe seguir considerando como máxima dirimente al principio de igualdad y libertad jurídica, porque refleja el reconocimiento del principio de democracia de los Estados. Además, promovemos que, a éstas, debe añadirse la dignidad humana, como ya mencionamos.

### **DERROTABILIDAD DEL PRINCIPIO MENOS EFICIENTE PARA EL CASO CONCRETO**

Cuando nace un hecho en la realidad que requiere de intervención judicial, porque ante este nacimiento, existen dos principios que, a primera vista, son válidos y pueden someter al elemento fáctico a su gobernanza, es necesario que el juzgador realice un procedimiento ponderativo para determinar la medida más proporcional. Como sostiene el profesor Jorge Portocarrero (2016, p. 67)

el resultado de este procedimiento de ponderación indicará cuál de los principios en colisión, en función a las circunstancias propias del caso, debe tener prioridad sobre el otro. A diferencia del conflicto entre reglas, ninguno de los principios contrapuestos será expulsado del sistema jurídico, sino que únicamente será objeto de una jerarquización en función de las circunstancias del caso concreto.

Sostenemos que la finalidad de este examen de ponderación es determinar el principio más adecuado para el caso concreto, en aras de obtener el resultado constitucionalmente esperado. Aquel que vaya más acorde a los fines político-sociales; por lo que, de este procedimiento se podrá determinar un ‘principio vencedor’ y otro ‘derrotado’. El ‘principio derrotado’ no será expulsado del Sistema jurídico, sólo será inobservado para el caso en revisión. Contrario a la suerte del ‘principio derrotado’; el ‘principio vencedor’ será el

que se aplique en el caso, por considerarse que es el idóneo, necesario y proporcional para lograr los fines perseguidos.

Además, es importante precisar que la derrota del denominado ‘principio derrotado’ no se encuentra dentro de una esfera de validez, sino en un grado de peso o importancia. Es por ello, que este principio es válido para ser aplicado en otros casos, en la que, si pudiera sobreponerse a otro principio, de acuerdo a las circunstancias propias del caso.

Resulta insólito, que en el mundo jurídico en donde se propende con algidez la protección de los derechos fundamentales, se deje en descuido un principio constitucional, pero esto se da porque ante un supuesto de hecho hay dos principios jurídicos que se atribuyen la preferencia de influir sobre aquel, para lo cual es necesario que el juzgador decida sobre uno estos. Es una decisión judicial compleja, a diferencia de lo que ocurre en un caso de conflicto de reglas jurídicas, donde la resolución no es muy compleja y se usan medios como la ‘*lex superior*’, ‘*lex posterior*’ y la ‘*lex specialis*’.

### **ANÁLISIS DE LAS CRÍTICAS A LA PONDERACIÓN**

Tal como el profesor Portocarrero (2016, p. 67) comenta, los juristas alemanes Habermas y Schlink, sostenían

que cuando el juzgador realiza este tipo de ejercicios ante la inminente colisión de principios, esta práctica carece de toda racionalidad y, contrario sensu, sólo se está apelando a la subjetividad de aquél. Considerándola una operación arbitraria e irreflexiva. En definitiva, sólo pueden llevarse a cabo mediante el ‘decisionismo’.

Pese a la crítica sostenida por estos autores. En la actualidad los Estados democráticos propenden la protección de derechos fundamentales con carácter superlativo frente a otros de inferior jerarquía, en los cuales no hay mayor problema para preferir a uno sobre otro. El dilema radica en la ponderación ante la colisión existente entre dos principios de la misma jerarquía normativa. En donde el juzgador tendrá que realizar un test de proporcionalidad,

otorgándole la preferencia al principio que posea una importancia equiparable con la pérdida o sacrificio incurrido.

Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones: el conflicto entre la libertad de prensa y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la privacidad, etc.). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos constitucionales de los usuarios. También se puede plantear que alguna ley, que imponga un deber a los ciudadanos con el fin de concretizar uno u otro principio constitucional, se resuelva en una lesión o limitación de algún derecho constitucional de los propios ciudadanos y, como resultado, esté en conflicto con algún (otro) principio constitucional.

Puede decirse que la finalidad del profesor Alexy, es intentar mostrar que la ponderación es un procedimiento racional, descartando todas las críticas que la tildaban de un ejercicio de intuición o irracional. No obstante, según expresa Martínez Zorrilla (2007, p. 238), para el profesor Alexy

el principio de proporcionalidad está conceptualmente conectado con el concepto de «principio» como mandato de optimización y con su noción de «ponderación» como establecimiento de una relación de precedencia condicionada. Dejando de lado las consideraciones acerca de la corrección o solidez de tales concepciones (en especial, de su concepto de «principio»), creo que no existe ningún inconveniente para distinguir e «independizar» convenientemente el principio de proporcionalidad como teoría normativa de los demás aspectos conceptuales y metodológicos de la ponderación: esto es, con independencia del concepto de «principio» que se maneje, y de la posición acerca de la posibilidad de establecer, en forma de reglas universalizables, las relaciones de precedencia condicionada a que da lugar la ponderación, la proporcionalidad puede verse como una teoría normativa independiente acerca de cuándo el resultado de una ponderación es correcto o está justificado desde la perspectiva de su contenido.

Algunos autores ven al principio de proporcionalidad con una medida subjetiva e intuitiva adoptada por el juzgador, que carece

de toda racionalidad. El profesor Alexy busca desbaratar estos argumentos malintencionados por medio de la exposición de una teoría normativa de la proporcionalidad, es decir, que para que el juzgador pueda motivar su decisión amparándose en la aplicación de un test de proporcionalidad, previamente tendrá que satisfacer los requisitos que ésta posee. Estos requisitos se versan sobre la justificación de los subprincipios que componen el principio de proporcionalidad.

A pesar de que el principio de proporcionalidad no cuenta con reconocimiento explícito en la legislación nacional y extranjera. Muchos autores y tribunales de justicia en el mundo, coinciden en señalar que la proporcionalidad se descompone en los tres subprincipios siguientes: a) el subprincipio de adecuación o idoneidad; b) el subprincipio de necesidad; y, c) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Es pertinente subrayar que cada uno de estos subprincipios tiene la consideración de una condición necesaria, de tal modo que, si la medida no satisface los parámetros de alguno de ellos, se considerada injustificada. Además, de que la aplicación de estos subprincipios es sucesiva, es decir, que se comienza analizando si la medida es idónea o adecuada; si lo es, se pasa a considerar si es necesaria, y sólo en tal caso se pasara al examen de la proporcionalidad en sentido estricto.

## CONCLUSIONES

1. Los derechos al igual que los hechos que ocurren en nuestra realidad, están revestidos de un carácter de relatividad, es decir, no son absolutos. Es por ello, que ante un conflicto de competencia con otra norma, pudieran resultar avasallados, siendo inobservados porque el contrincante goza de la preferencia del juzgador, en razón a que representa la medida más adecuada para lograr los fines constitucionales.
2. La explicación de la relatividad de las cosas se centra en que nada en este mundo es absoluto, porque no se pueden predecir lo que pudiera ocurrir en el futuro. Lo mismo ocurre con los

derechos, esa relatividad esta apuntalada en lo relativo de las situaciones surgidas en el mundo real; es por ello, que los juzgadores tienen la obligación de evaluar el caso y sus circunstancias particulares y, no la tendencia de cómo se resuelve el caso, preferiblemente.

3. Las dos formas básicas de aplicación del Derecho son la subsunción y la ponderación. En un Estado Constitucional de Derecho, en donde existe la preferencia en cuanto a la protección de los derechos fundamentales sobre cualquier otro derecho que pudiera existir, propende a que la ponderación sea, por esencia, la forma de aplicar los principios jurídicos.
4. En un Estado Constitucional de Derecho, las decisiones de nuestros funcionarios de la administración de justicia, tienen que ser debidamente motivadas y acorde a los parámetros racionales, para que quede libre de toda especulación intuitiva de la aplicabilidad del Derecho.
5. El test de proporcionalidad es una metodología argumentativa, ya que pretende formular una estructura mediante el cual se pueda hacer un análisis de ponderación entre dos principios en colisión, a través del cumplimiento de una serie de etapas que poseen sus propias exigencias, a fin de comprobar la optimización a nivel fáctico y jurídico, por parte de una medida para beneficiar un determinado fin constitucional.
6. Es sabido que el test de proporcionalidad solo la aplica el juzgador a la hora de interpretar y valorar los principios que están involucrados en un conflicto de preferencia, pero eso no exime la importancia del conocimiento de esta metodología de aplicación del Derecho por parte de todos los operadores jurídicos, ya que como tales debemos contribuir a la justicia, por lo menos hablando el mismo lenguaje.
7. La medida adoptada será idónea siempre que ésta no contravenga el orden constitucional. Una vez superada esta

etapa, será sometida a un juicio de necesidad, la cual será justificable, solo en caso que esta medida sea la menos gravosa y no colisione con otro principio constitucional distinto a los que están en conflicto. Mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se medirá a través de la valoración del peso abstracto, peso concreto y lesión o menoscabo del derecho subvaluado.

8. Proponer a los funcionarios de la administración de justicia que, a la hora de hacer este ejercicio ponderativo, puedan considerar como parte de las circunstancias del caso, el aspecto multicultural de las partes involucradas en la causa. Hacer un análisis cultural del Derecho resultaría de gran importancia en la contribución de la consecución de los intereses constitucionales de la nación, teniendo en consideración nuestra naturaleza pluricultural y multilingüe.

## REFERENCIAS

- Aleinikoff, T. A. (2010). *El Derecho constitucional en la era de la ponderación*. (J. Aliaga y B. Pulido, Trad.). Palestra Editores.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza e I. Espejo, Trad.). Palestra Editores.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdés, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Cuarta Ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2003). “Estructura y límites de la ponderación”. *Doxa*, 26, 225-238.  
<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10074>
- Carbonell, Miguel. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (Segunda Ed.). (M. Guastavino, Trad.). Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (2014). *La filosofía del Derecho* (Segunda Ed.). (J. Sáinz de Los Terrenos, Trad.) Fondo de Cultura Económica.
- García Yzaguirre, J. V. (2012). *El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Editorial Adrus.
- Gascón Abellan, M. y García Figueroa, A. (2005). *La argumentación en el Derecho* (Segunda Ed.). Palestra Editores.
- Guastini, R. (2017). *Las fuentes del Derecho: Fundamentos teóricos* (Segunda Ed.). (C. Moreno More, Trad.). Ediciones Legales.
- Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons.
- Montealegre Lynett, L. E. (2014). *La ponderación en el Derecho: Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia.
- Olvera García, J. (2015). *La filosofía del Derecho de Ronald Dworkin: Críticas y aportaciones*. Universidad Autónoma del Estado de México.
- Portocarrero Quispe, J. A. (2016). *La ponderación y la autoridad en el Derecho*. Marcial Pons.

Recibido: 01/12/2021

Aceptado: 21/01/2022