



Curso en línea



# Fortalecimiento de la impartición de justicia con perspectiva de género e interculturalidad



# COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUICIO DE PONDERACIÓN

Jorge Baquerizo Minuche<sup>1</sup>

*“La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos (...) Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”.*

**Robert Alexy,**  
*“Teoría de los derechos fundamentales”*

## RESUMEN:

Tradicionalmente, los conflictos normativos se han resuelto mediante la aplicación de los clásicos criterios de solución de antinomias: jerarquía, cronología y especialidad. Pero ¿qué ocurre cuando las normas en colisión pertenecen al mismo cuerpo normativo -por ejemplo, la Constitución-? Este es el caso de las llamadas antinomias en concreto que se observan en la plataforma de aplicación de los derechos fundamentales, cuyo sistema no se compecede con la jerarquización abstracta de aquellos. Obligados a abandonar un razonamiento subsuntivo, en el presente trabajo se plantean las bases teóricas del problema, para posteriormente trazar los principales caracteres del test de proporcionalidad o juicio de ponderación, técnica que se viene erigiendo en las jurisdicciones constitucionales como la más depurada forma de resolver la mentada cuestión en favor de la razonabilidad jurídica.

---

<sup>1</sup> Profesor invitado de Lógica Jurídica y de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Director de la Clínica Jurídica de Interés Público de la misma Universidad. Ha realizado cursos de postgrado en Derecho Constitucional y Análisis Económico del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Asimismo, es Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España).

**PALABRAS CLAVE:**

Antinomias, conflictos normativos, derechos fundamentales, ponderación, proporcionalidad.

**SUMARIO:**

I.- Introducción.- II.- Un repaso sobre las antinomias normativas.- III.- El objeto o materia de la ponderación.- IV.- Ponderación: la dimensión de peso y el balance de los derechos.- V.- El test de proporcionalidad y la Ley de la Ponderación.- a) Fin legítimo; b) Idoneidad o adecuación; c) Necesidad; d) Proporcionalidad en sentido estricto; d.1) La intensidad de la intervención; d.2) La importancia de las razones para la intervención; d.3) La justificación de la intervención.- VI.- La fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Ejemplos: 1) Ponderación entre derechos de particulares; 2) Ponderación entre un derecho individual y un bien colectivo; 3) Ponderación entre un bien colectivo y derechos de los ciudadanos.- VII.- Los resultados de la ponderación. Ponderación y Subsunción. VIII.- Conclusiones.-

**I.- Introducción.-**

El primer acercamiento al problema que encierra la colisión entre derechos fundamentales y la forma en que éste tipo de antinomias ha de resolverse, puede advertirse claramente en los procesos constitucionales que tutelan los derechos de las personas (v. gr., la actual acción de protección), donde generalmente se ataca la ilegitimidad de un acto de los poderes públicos que los lesiona.

Pues bien, nadie hoy desconoce aquello; sin embargo se nos pasa por alto una consideración bastante obvia, y es que con bastante frecuencia –más de lo que imaginamos– correlativamente al derecho fundamental lesionado existe otro derecho u otro *principio* de rango constitucional, plenamente oponible, que articula (o debería articular) más complejamente las determinaciones de los jueces.

Lo anterior es de toda evidencia cuando en los citados procesos constitucionales, encaminados a constatar la ilegitimidad del acto de

autoridad pública (como fuere que ésta sea la causal de la invocación de protección), se aprecia, en un alto porcentaje, un paralelismo entre el derecho constitucional violado y el principio constitucional en que se pretende fundar la actuación denunciada. Así, no es desconocido que las administraciones públicas, en defensa de la legitimidad de sus actos, generalmente recuerdan al juez la existencia coetánea de otros principios constitucionales en que aparentemente descansa el basamento de su cuestionado proceder.

La nutrida jurisprudencia derivada de la casuística constitucional en todas las latitudes del orbe, ha dado lugar a la constatación de que los conflictos de derechos fundamentales son bastante frecuentes en el mundo del Derecho; y que estos derechos, numerosos por cierto en las constituciones de fuerte contenido material como las de hoy en día, *no son absolutos*<sup>2</sup>.

Y es que, como acertadamente lo dijera el influyente profesor de Turín, Norberto BOBBIO, *“Son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales, y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección...”*<sup>3</sup>

En este orden de ideas, las eventuales contradicciones que podrían ocurrir (y que de hecho ocurren) entre pares de derechos constitucionales, son bastante frecuentes. Pensemos en la confluencia, v.gr., de la libertad de expresión y el derecho al honor; de la libertad de información y del derecho a la intimidad; de la libertad de empresa y del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; del derecho de manifestación y del orden público; del derecho de propiedad y de la función social de la propiedad; de la presunción de inocencia y de la

---

<sup>2</sup> *“En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho humano ocurre en cambio que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan y no se puede proteger uno incondicionalmente sin hacer inoperante el otro. Piénsese, por poner un ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y en el derecho a no ser engañados, excitados, escandalizados, difamados, vilipendiados, por otro lado. En estos casos, que son la mayor parte, se debe hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos, en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente”* NORBERTO BOBBIO, citado por MENDONCA, Daniel, en *“Los Derechos en Juego”*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 41

<sup>3</sup> Ídem, p. 39

prisión preventiva; y un largo listado de posibilidades antinómicas que con regularidad se muestran, nunca de manera abstracta, sino en un particular caso de limitación de derechos fundamentales<sup>4</sup>.

Los ejemplos utilizados nos demuestran cómo los derechos fundamentales establecidos en la Constitución colisionan entre sí cuando las circunstancias configuran un *caso difícil*<sup>5</sup>. El denominador común de los conflictos de derechos fundamentales consiste en que éstos derechos, perteneciendo al mismo cuerpo constitucional, y por tanto teniendo la misma jerarquía, temporalidad y especialidad, no pueden ser resueltos mediante los clásicos criterios de solución de antinomias normativas. Lo que significa en palabras sencillas que, ante esta colisión de derechos fundamentales, ni podemos subsumir los hechos de forma absoluta en una disposición constitucional -pues de lo contrario el conflicto sería resuelto en forma mentirosa- ni podemos aventurarnos a definir cuál de los derechos contrastados sería jerárquicamente superior, cronológicamente anterior o gradualmente “especial” frente al otro u otros.

La resolución de esta antinomia de derechos debe recurrir, luego, a un criterio metodológico distinto de aquellos que tradicionalmente conocemos; tarea ésta que implica revisar nuestra concepción respecto de la estructura del sistema normativo, que en definitiva no se encuentra solamente compuesto de reglas, sino también -y en grado fundamental- de principios<sup>6</sup>.

La finalidad de este trabajo es, precisamente, exponer en qué consiste, cómo opera y cuál es la estructura de la técnica jurídica que contem-

---

<sup>4</sup> “La idea de derechos en conflicto es, en verdad, fácilmente aceptable. El derecho de un autor a publicar una idea, por ejemplo, puede entrar en conflicto con el derecho de un grupo religioso a no ser ofendido en sus convicciones más profundas o con el derecho de un sujeto determinado a conservar su honor o su reputación moral; el derecho a la huelga de un grupo de operarios puede entrar en conflicto con el derecho de los usuarios de determinados servicios públicos esenciales; el derecho a la salud y a la vida de una madre puede entrar en conflicto con el derecho a la vida del nasciturus; el derecho a la libre información de un medio de prensa puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad o a la imagen de una persona individual” Vid. MENDONCA, Daniel, Op. Cit., p. 64

<sup>5</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, 1ra. Edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1999. En su recurrente crítica al positivismo jurídico y a la aplicación mecánica del derecho, Dworkin pone de manifiesto que con frecuencia jueces, abogados, y juristas en general estarán en desacuerdo sobre los derechos de las partes en los *casos difíciles*, bien por la existencia de normas contradictorias, bien por la inexistencia de norma aplicable.

<sup>6</sup> Sobre la configuración del modelo normativo de principios y reglas, puede consultarse *in extenso* a ATIENZA, Manuel Y RUIZ MANERO, Juan, “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. 3º ed., Ariel, Barcelona, 2005.

poráneamente es reconocida como la forma más apta para resolver la colisión de derechos fundamentales: nos referimos al *juicio de ponderación*.

## II.- Un repaso sobre las antinomias normativas.-

Una antinomia normativa (o colisión o contradicción entre normas jurídicas) se advierte cuando dentro de un mismo sistema jurídico “*se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas...*”<sup>7</sup>, vale decir, cuando un mismo presupuesto de hecho soporta orientaciones incompatibles que no pueden lograrse simultáneamente. Por ejemplo “*una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.*”<sup>8</sup>

Como explica el maestro Luis PRIETO SANCHÍS, la cuestión es que los destinatarios de las normas jurídicas incompatibles no pueden cumplir a la vez las respectivas prescripciones de aquellas, pues fácticamente les resultaría imposible. Así, si se cumple la obligación impuesta por una norma, se estaría vulnerando la prohibición señalada en la norma contrapuesta; o, si se ejerce un derecho establecido en otra norma, se incurriría en un ilícito tipificado por la norma que le es antinómica.

Dentro de las diversas clasificaciones académicas sobre las antinomias normativas merece resaltarse una muy relevante para nuestro propósito, aquella que segmenta a las antinomias en abstracto de las antinomias en concreto<sup>9</sup>:

- Antinomias en *abstracto, internas*, o propias del discurso de validez, son aquellas que se presentan respecto de las normas cuyos presupuestos de hecho se contraponen conceptualmente, ocasionando por tanto una incompatibilidad segura en cualquier caso de concurrencia. Este tipo de colisión es la que se puede advertir, por ejemplo, en la existencia de una norma que prohíba las penas

---

<sup>7</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, Primera Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 175.

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo, “*Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales*” en “*Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*”, Primera Edición, Editorial Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005, p. 108 y ss.

cruelles y de otra que autorice la tortura en comunidades que ancestralmente están acostumbradas a dicha forma de “justicia”; o, también, en el permiso que otorgue una norma para la realización de huelgas y en la prohibición que otra norma imponga sobre la paralización de los servicios públicos.

En este tipo de conflictos antinómicos, sin necesidad de que se presente un caso concreto –esto es, *en abstracto*– anticipadamente se puede tener la certeza de que una de las leyes contradictorias, o es inválida, o constituye una regla general que siempre debe ceder ante la presentación de la circunstancia de excepción. En los ejemplos dados, la norma que permitiese la tortura sería siempre inválida por contrariar la prohibición de penas crueles<sup>10</sup>; y la autorización legal para paralizar el trabajo mediante la huelga tendría siempre como excepción o regla especial a la prestación de un servicio público<sup>11</sup>.

Vale destacar que este tipo de antinomias suelen presentarse con mayor frecuencia en las normas jurídicas categorizadas como reglas, precisamente por la configuración cerrada y completa de los supuestos de hecho de los que están compuestas, característica esta que permite definir agotadoramente el o los casos de confrontación.

- Antinomias en *concreto*, también llamadas *externas*, o propias del *discurso de aplicación*, son las que por el contrario no reflejan

---

<sup>10</sup> “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales” (Art. 171 de la Constitución del Ecuador, CE en lo posterior).

<sup>11</sup> Artículo 326 de la CE:

(...)

“14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios”.

abstractamente ninguna incompatibilidad, ni permiten conocer por adelantado los presupuestos de aplicación, imposibilitando en consecuencia la detección de una regla segura para la solución de la antinomia. Por ejemplo, la coexistencia de una ley que imponga la obligación de cumplir con las promesas y de otra ley que prescriba ayudar al prójimo en caso de necesidad<sup>12</sup>. En este caso ambas normas son válidas y, en principio, coherentes, pero aunque eventualmente puedan entrar en conflicto “...ni es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión, ni tampoco establecer criterios firmes para otorgar el triunfo a una u otra”<sup>13</sup>

Ello obedece a que sólo cuando en una causa particular concurren dichas normas, es que recién se podrá advertir la contradicción a la luz de las circunstancias y, en consecuencia, la necesidad de aplicar una de aquellas mediante una justificación razonable y proporcional, que no siempre será igual en un caso distinto.

Estas antinomias, por su parte, resultan propias de las normas jurídicas que pertenecen a la categoría de *principios*, en razón de la ausencia de condición de aplicación (presupuesto de hecho) o de la configuración abierta o fragmentaria del mismo; y muy particularmente de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución.

Explicado esto es determinante conocer que, cualquiera que sea la antinomia normativa y el tipo en que se la clasifique, el postulado de coherencia del ordenamiento jurídico impone que ésta deba ser resuelta. Luego, nos hallamos en la siguiente situación: “*porque el Derecho es un sistema dinámico resulta perfectamente posible que existan contradicciones*

---

<sup>12</sup> Tomamos el ejemplo de K. GÜNTER, señalado por el profesor PRIETO SANCHÍS, *Op. Cit.*, págs. 177-178. La antinomia en concreto podría darse, según el caso ejemplificativo, cuando acudiendo a una entrevista previamente concertada, presenciamos un accidente y estamos en condiciones de auxiliar al herido, en cuyo caso surge el dilema: o acudimos a la entrevista y entonces incumpliremos la obligación de ayudar al prójimo; o atendemos a la víctima y entonces desobedeceremos el deber de cumplir las promesas. Como anota el autor, no se trata de obligaciones contiguas o sucesivas, sino superpuestas: estamos llamados *aquí y ahora* al cumplimiento de ambas, pero ello es imposible en la práctica.

<sup>13</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, “*Apuntes de teoría del Derecho*”, Primera Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2005, pág. 144.



*normativas; pero como, al mismo tiempo, el Derecho es también un sistema estático, de modo que el contenido de sus normas no puede entrar en contradicción con otras superiores, y singularmente con la Constitución, resulta que la coherencia se convierte en un postulado esencial del sistema*<sup>14</sup>

Las antinomias en *abstracto* o internas normalmente son resueltas por los operadores jurídicos mediante los clásicos criterios para solución de contradicciones normativas<sup>15</sup>. Sin embargo, los criterios *jerárquico* (ley superior deroga ley inferior) y *cronológico* (ley posterior deroga ley anterior) no tienen utilidad alguna cuando la colisión se advierte en normas que se extraen de un mismo documento legislativo, dado que aquellas detentan el mismo rango de jerarquía y el mismo tiempo de permanencia en el ordenamiento; ante esta circunstancia, es al criterio de *especialidad* (ley especial deroga ley general) al que debe acudir, siempre que de los presupuestos de hecho normativos se pueda inferir una relación de generalidad y excepcionalidad entre las disposiciones en choque.

Merece destacarse que este tipo de antinomias normativas *en abstracto* que apelan en última instancia al criterio de especialidad, no necesariamente está ausente en la normativa constitucional relativa a los derechos fundamentales. En Ecuador, por ejemplo, la Constitución garantiza *los derechos de libertad*, prohibiendo la prisión por deudas y otras obligaciones “excepto el caso de pensiones alimenticias” (Art. 66, núm. 29, letra c, de la CE) siendo ésta una norma especial frente a la regla general.

En síntesis, este tipo de antinomias internas en las que resultan plenamente operativos los criterios tradicionales, se caracterizan por resolverse de la forma que antes dejamos expuesta: O una de las normas incompatibles es inválida o no es vigente, por entrar en contradicción con otra norma superior o posterior, respectivamente (esto es, en virtud del principio jerárquico o del principio *cronológico*); o una de las normas

---

<sup>14</sup> Ídem, pág. 132.

<sup>15</sup> En este sentido, la doctrina identifica pacíficamente el criterio *jerárquico*, el *cronológico* y el de *especialidad*. Cfr. ZAVALA EGAS, Jorge, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Edino, Guayaquil, 1999, p. 183 y 184.

actúa como excepción frente a la otra, precisamente en virtud del principio de *especialidad*<sup>16</sup>.

Las antinomias en *concreto* o externas, en cambio, no pueden resolverse con los referidos criterios tradicionales, que para este tipo de conflictos resultan inútiles. Lo explicamos: como la mayoría de los teóricos del Derecho ha constatado, este género de antinomias se muestra peculiar en la concurrencia de *principios*, normas jurídicas que encuentran su pertenencia inmediata en el texto de la Constitución, de donde son extraídos<sup>17</sup>. Esto no significa que no existan principios fuera del texto constitucional (existen también principios infra constitucionales<sup>18</sup>); sin embargo, hay que advertir que “*detrás de cada precepto legal siempre (o casi siempre) es posible encontrar un principio o norma constitucional que lo respalda, y también otro que lo contradice*”<sup>19</sup>. El efecto de impregnación o irradiación constitucional nos posibilita afirmar que hoy en día virtualmente no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado<sup>20</sup>.

Si admitimos entonces que son mayoritariamente los principios constitucionales los que protagonizan este tipo de antinomias, tenemos

<sup>16</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “*Apuntes de Teoría del Derecho*”, pág. 146

<sup>17</sup> Al contestarse él mismo la pregunta de cuáles serían las diferencias entre reglas y principios, el profesor italiano Gustavo ZAGREBELSKY expresa: “*En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir «constitutivo» del orden jurídico. Las reglas aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial (...) no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan*”. Vid. “*El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*”, traducción de Marina Gascón, Sexta Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 110.

<sup>18</sup> V. gr., los principios de *buena fe* y *confianza legítima* que rigen las actuaciones de las Administraciones Públicas: sin estar contemplados en la Constitución (ni curiosamente en la ley), se muestran en nuestro país reconocidos por el Estatuto del Régimen Jurídico de la Administración Ejecutiva (ERJAFE), en el segundo inciso del artículo 101.1

<sup>19</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, “*Apuntes...*” Pág. 145. Así, por ejemplo, el principio de buena fe en el Derecho Administrativo se afina en el derecho constitucional a la seguridad jurídica, como bien expone Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en su obra “*El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*”, Tercera Edición. Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

<sup>20</sup> “*En las constituciones rematerializadas de nuestro tiempo es relativamente fácil vincular una regla a un principio o derecho constitucional: casi siempre habrá alguno. Por tanto (casi) cualquier caso puede, potencialmente, presentarse como un conflicto de principios...*” Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “*La argumentación en el Derecho*”, Segunda Edición corregida. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 315. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “*El Constitucionalismo de los derechos*” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, Núm. 71 (mayo – agosto de 2004), Editorial Civitas, Madrid, p. 56.

que ni el criterio jerárquico ni el cronológico sirven para resolver el conflicto normativo *en concreto*, dado el matiz coetáneo y el rango igualitario de éstos. Ni tampoco es eficaz el criterio de especialidad, puesto que los principios en *sentido estricto* carecen de condición de aplicación o, si la tuvieran, su configuración es tan abierta o fragmentada que no es posible determinar una regla de excepción permanente que pueda conciliarse en una relación de especialidad<sup>21</sup>. Esto sucede con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Ahora bien, según la teoría jurídica contemporánea, los principios constitucionales también pueden ser de tipo *directrices* (por ejemplo, la mayoría de los “derechos económicos, sociales y culturales”), en cuyo caso operan como *mandatos de optimización*, debiendo ser realizados o concretados en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas existentes<sup>22</sup>. Aquí la nota característica es que la estructura normativa de las directrices presenta una configuración abierta tanto de la condición de aplicación como de la consecuencia jurídica<sup>23</sup>, no existiendo por tanto ninguna orientación para decidir por debajo de qué umbral de satisfacción hemos de considerar vulnerados dichos mandatos constitucionales<sup>24</sup>.

En todo caso, la concurrencia antinómica de principios constitucionales (sean éstos, principios propiamente dichos o directrices) no halla respuestas para su solución en los criterios clásicos que hemos mencio-

<sup>21</sup> Más precisamente, si los principios –en tanto enunciados deónticos carentes de condición de aplicación– no describen cuándo y cómo han de ser aplicados, es virtualmente imposible establecer entre ellos un encausamiento de generalidad/especialidad. Por ejemplo, la Constitución, sin más especificaciones, garantiza el derecho de toda persona “a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria” (Art. 66, núm. 13, CE). Si *en concreto* resulta que este derecho se ve enfrentado con una conducta que invoca para su cobertura al *orden interno y la seguridad pública* ¿Cómo se podría establecer cuál de los principios es general y correlativamente especial? La respuesta no la encontramos en este criterio, a menos que sea –como recomienda el italiano Riccardo GUASTINI– “reformulando en sede interpretativa uno de los principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión”, lo cual constituye para PRIETO SANCHÍS, la ponderación misma. Vid. “Justicia Constitucional...” p. 180.

<sup>22</sup> Cfr. ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Ernesto Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, p. 86

<sup>23</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Las piezas del Derecho”, Ariel, Barcelona, 1996. Un claro ejemplo de *directriz* constituye lo dispuesto por el artículo Art. 3, núm. 5, de la Constitución, que instituye como deber del Estado “Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”.

<sup>24</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, “Justicia Constitucional...” p. 183.

nado, pues el resultado que se espera no admite la elaboración de una regla de excepcionalidad constante ni mucho menos de una declaración de invalidez de uno de los principios en conflicto. En consecuencia, es necesario recurrir a un criterio metodológico distinto, que no es otro que la ponderación.

### III.- El objeto o materia de la ponderación.-

La existencia de una antinomia *en concreto* o derivada del discurso de aplicación, que como hemos dicho es la que se observa con mayor grado y frecuencia en las colisiones de principios (y derechos) constitucionales, resulta la materia propia de la ponderación, y ello por la sustancial consideración de que un conflicto de esta naturaleza no se condice del clásico triunfo permanente de una norma sobre la otra (como ocurre en la aplicación de los criterios tradicionales) sino que exige, o bien la victoria circunstancial de uno de los principios, o la determinación de una regla específica que procure la satisfacción de ambos principios contrapuestos, pero en cualquier caso desde el análisis autónomo de las particularidades de cada situación.

La causa de tal exigencia radica en que la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre estas normas. Es más, *“podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma <<dignidad>> constitucional y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras”*<sup>25</sup> Justamente este rasgo característico es el que viene a definir en la teoría del Derecho actual, la clara separación de los principios frente a las reglas: su aplicación no puede ser “todo o nada” pues los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto. Por esta razón *“...los principios suelen dar lugar a una perplejidad entre los juristas: son normas jurídicas que no siempre obtienen aplicación efectiva porque su aplicación puede ser desplazada (o derrotada) por la aplicación de otras. Se ha hablado, en este sentido, de los principios como normas derrotables (defeasible)”*<sup>26</sup>.

El fundamento filosófico de esta configuración sistémica la explica brillantemente el maestro ZAGREBELSKY: *“Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal*

---

<sup>25</sup> Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Op. Cit., p. 306.

<sup>26</sup> Ídem, pág. 252

*cerrado a partir de uno sólo 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 sólo permitiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos”<sup>27</sup>*

A lo que apela el profesor italiano es al pluralismo y, más concretamente, a la base material pluralista que debe gobernar una Constitución de nuestros tiempos: un contexto abierto y *dúctil* de elementos cuya determinación, plasmada conforme a las circunstancias históricas, se delega al legislador. A decir del referido autor, esta es la única vía para que la existencia de una Constitución material no se oponga a la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas; pensar lo contrario, advierte, “no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo *«holístico»* de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia”<sup>28</sup>

Los principios y valores constitucionales, pues, vienen a caracterizarse por ser *incondicionales derrotables*<sup>29</sup>: incondicionales porque en cuanto son mandatos categóricos, su cumplimiento no está supeditado a la existencia de determinadas condiciones (la norma se estructura como un enunciado deóntico, esto es, impone -sin más- el deber de adoptar una conducta); derrotables, porque su eficacia es sólo *prima facie* y no excluye que puedan ser derrotados en eventual concurrencia con otros principios.

En este punto es relevante destacar la *dimensión de peso* de los principios constitucionales conforme lo concibió originalmente Ronald DWORKIN y posteriormente el jurista alemán Robert ALEXI en su *Teoría de los derechos fundamentales*. Dimensionando correctamente la naturaleza antes expuesta, las colisiones entre este tipo de normas se superan mediante el llamado juicio de ponderación, consistente -a breves

---

<sup>27</sup> *Op. Cit.*, pág. 125

<sup>28</sup> Ídem, pág. 152. Esta advertencia nos resulta bastante oportuna a los ecuatorianos, cuando con ocasión de una nueva aventura constituyente se anuncia la esquematización cerrada de valores considerados cuasi sacramentales, como el absolutismo de “la patria”, por ejemplo.

<sup>29</sup> Cfr. BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, en *Isonomía* No. 13 (Octubre de 2000), Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del ITAM (Instituto Tecnológico Autónomo de México), p. 87 y ss.

rasgos- en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso concreto, tratando de buscar una solución armonizadora que optimice su realización (de ahí la acertada calificación de los principios como *mandatos de optimización*).

Así las cosas, los derechos fundamentales y en general los principios establecidos en la Constitución jamás serán absolutos y, por el contrario, en algunas circunstancias podrán ser desplazados por otras normas constitucionales también relevantes “*cuyo peso se considere más decisivo a la vista de una propiedad que se halle también presente en el caso*”<sup>30</sup>. Este es el sentido de la mentada «derrotabilidad».

Cabe matizar, desde luego, la identificación de los derechos fundamentales como principios. Pues aunque casi siempre el enfoque estructural los coloca permanentemente en esta categoría, no es menos cierto que eventualmente –aunque en escasa proporción- pueden actuar como reglas, v. gr., cuando entre dos derechos se colige una relación de especialidad<sup>31</sup>. Es así que “*resulta impropio decir que algunas normas son principios y que, por ello, sus conflictos se resuelven de cierta forma. Es más ajustado afirmar que ciertos conflictos normativos han de resolverse del modo últimamente indicado y que entonces las normas reciben el nombre de principios*”<sup>32</sup>.

Como sea, es preciso dejar consignado que los derechos fundamentales se muestran configurados normativamente mucho más como principios que como reglas, por cuanto en raras ocasiones son excluyentes. Es muy probable que por esta circunstancia, una buena parte de la doctrina niegue que sobre los derechos constitucionales en conflicto se deriven antinomias, pues en dicho caso propiamente habría *tensiones*<sup>33</sup>. Pero de cualquier modo, es dicha concurrencia de derechos y la

<sup>30</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, “*Justicia Constitucional...*” pág. 179, nota No. 14.

<sup>31</sup> Luis Prieto Sanchís ensaya como ejemplo, en el que no cabe excluir a *la igualdad* como regla, la hipotética entrada en vigencia de un régimen de segregación racial dentro de la misma Constitución; en cuyo caso “*uno de los dos habría de resultar necesariamente inválido u operar como excepción permanente*”, precisamente porque en dicho evento, la igualdad en razón de razas sería la regla de excepción frente a la igualdad en general. *Ídem*, pág. 187

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN *et al.*, *Op. Cit.*, p. 250. El origen de esta precisión tiene su antecedente en la jurisprudencia constitucional alemana, que encuentra en estos conflictos una «situación de tensión» (*Spannungsanlage*).

búsqueda de la solución armónica entre éstos, la materia propia de la ponderación.

#### IV.- Ponderación: la dimensión de peso y el balance de los derechos.-

Acercando el término “ponderación” a la óptica jurídica, es posible que la definición que mejor le pertenezca sea aquella que hace referencia a la acción de “considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”<sup>34</sup>, con la finalidad de resolver un conflicto de principios (derechos, bienes jurídicos, intereses, etc.) que suministran justificaciones diferentes y oponibles al momento de adoptar una decisión en un caso concreto.

Pues bien, cualquiera que sea la pugna sometida a la ponderación, puede suceder que, o bien se encuentre una solución armónica o conciliadora entre los principios contrapuestos (acorde al principio de <<concordancia práctica>> o *praktische Konkordanz*, según la expresión alemana<sup>35</sup>) o que aquello simplemente no sea posible, otorgándose preferencia circunstancial al principio con mayor valor, importancia o peso. La cantidad de lesión o de frustración de un principio (su peso) no es una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento del principio en pugna; y, a la inversa, el peso de este último está en función del grado de lesión de su opuesto<sup>36</sup>. De ahí el famoso teorema de Robert ALEXY que hemos reproducido al inicio de este trabajo<sup>37</sup>.

Sea cual fuere el objeto de análisis (derechos, intereses, principios o valores), resulta adecuada la acotación de Daniel MENDONCA acerca

---

<sup>34</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Justicia Constitucional...” p. 189

<sup>35</sup> De acuerdo a este principio de hermenéutica jurídica, “no se puede preferir una posición jurídica sobre las otras, sino que se debe intentar acoger el máximo de las exigencias formuladas por cada una de ellas”. Cfr. “El <<fallo de los crucifijos>> del Tribunal Constitucional Federal Alemán” (16 de Mayo de 1995) en Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile. Vol. 1996 (No. 60), p. 163 y ss. En dicha sentencia, el TCF determinó que la colocación obligatoria de crucifijos en las escuelas públicas contravenía el Art. 4.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que garantiza la inviolabilidad de la libertad de creencia, de conciencia, de profesión religiosa e ideológica; en torno al debate, el fallo dejó en evidencia el enfrentamiento de dos derechos que fueron armonizados acorde al principio de concordancia práctica: “por una parte, el derecho natural de los padres de educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones; y, por otra, el llamado encargo educacional del Estado”.

<sup>36</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Justicia Constitucional...”, p. 190

<sup>37</sup> Cfr. ALEXY, *Op. cit.*, p. 161

del sentido metafórico del vocablo «peso». Por un lado, se habla de un derecho que pesa más que otro en una determinada situación de conflicto: *“Desde esta perspectiva, la imagen es la de un juzgador que pone los derechos en una balanza y determina la manera como ésta se inclina”*<sup>38</sup>. Por otro lado, se utiliza una versión distinta cuando se habla de un equilibrio (o la búsqueda de un equilibrio) entre los derechos involucrados: *“En este caso, la imagen es la de un juzgador que consigue equilibrar la balanza con los derechos en conflicto, calibrándola prudentemente. Ambas formas se asocian, desde luego, a la idea común de medición del peso (...) Lo que une a ambas formas de la metáfora es, obviamente, la supuesta capacidad del juzgador para determinar el pretendido peso específico de los derechos en conflicto empleando una imaginaria balanza”*<sup>39</sup>

Sobre la base de esta ficción, en un conflicto de derechos fundamentales la ponderación recurre a la conocida idea del *balance* de los principios contrapuestos, o más precisamente, de los pesos que a éstos se les asigna<sup>40</sup>; sin embargo, técnicamente la operación de «balancear» derechos en concurrencia consiste, mas bien, en establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro con base en una estimación específica para el caso concreto<sup>41</sup>. En este orden de ideas, la cuestión se centra en las posibilidades de establecer -en un caso determinado y mediante un método específico- *“una métrica común que permita medir y comparar diferentes valores en conflicto”*<sup>42</sup>

Ronald DWORKIN, quien fuera uno de los pioneros en tratar el tópico de la colisión de principios, ha enseñado asimismo que, ante la situación específica de concurrencia de derechos, uno prevalecerá sobre otro sin perjuicio de que el derecho derrotado siga perteneciendo coherentemente al sistema jurídico, porque en un siguiente caso las consideraciones contrarias pueden desaparecer o no tener el mismo peso.

---

<sup>38</sup> Vid. MENDONCA, Daniel, *Op. Cit.*, p. 59

<sup>39</sup> Ídem, p. 60

<sup>40</sup> Justamente en la literatura jurídica italiana, la técnica de la ponderación recibe el nombre de *bilanciamento*.

<sup>41</sup> Cfr. MENDONCA, Daniel, *Op. Cit.*, p. 65

<sup>42</sup> Ídem, p. 59.



Ello significa que, aun cuando uno de los derechos en conflicto deba prevalecer en el caso concreto, no por ello debe considerarse al otro como inexistente o no consagrado. Lo que sucede, según se estima, es que bajo ciertas circunstancias uno de los derechos precede en importancia al otro, *“aunque bajo circunstancias diferentes la cuestión de la precedencia puede ser resuelta de manera distinta o inversa. Esto es, básicamente, lo que quiere decirse cuando se afirma que un derecho prevalece sobre otro (o que pesa más que otro)”*<sup>43</sup>.

Como bien apunta el catedrático de la Universidad de Génova, Paolo COMANDUCCI, los operadores jurídicos -especialmente los jueces- al ponderar o balancear los principios en cuestión, determinan cuál debe prevalecer en el caso concreto, *«cerrando»* las condiciones de aplicación (el ámbito de aplicabilidad) de los principios, pero sólo para el caso que está juzgando; *“Ya que nada impide que en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez «reabra» (...) el balance entre los principios y lo resuelva de manera distinta...”*<sup>44</sup>

De esta forma, sin que en el plano abstracto se altere la antes mencionada convivencia de los principios, lo que se advierte es la configuración de una jerarquía axiológica, esto es, una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor, por cuyo resultado un principio desplaza a otro y se torna aplicable en una causa particular<sup>45</sup>; insistiendo en que dicha *«jerarquía»* siempre se refiere a casos concretos, por lo que -en palabras del maestro Riccardo GUASTINI- *“el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros...”*<sup>46</sup> Se trata también, pues, de una jerarquía móvil según adecuadamente califica el citado profesor italiano.

En torno a esta última cualidad, hay que tener en cuenta que la idea de la ponderación no es obtener una respuesta válida para todo supuesto

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 65

<sup>44</sup> *Op. Cit.*, p. 115

<sup>45</sup> *Cfr.* MORESO, Juan José, *“Guastini sobre la ponderación”* en *Isonomía* No. 17 (Octubre de 2002), *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del ITAM (Instituto Tecnológico Autónomo de México)*, p. 231.

<sup>46</sup> Cita de MORESO, Juan José, *Ídem.*

de conflicto; su finalidad no es conducir al operador jurídico a la declaración de invalidez o a la formulación de excepción permanente de uno de los principios, *“sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente en cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”*<sup>47</sup>. Luego, lo que se logra con esta técnica es un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro caso.<sup>48</sup>

A esta propiedad se refiere el profesor PRIETO SANCHÍS en términos insuperables: *“...el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos”*<sup>49</sup>.

Justamente por ello se ha dicho, con razón, que la mayor virtud de la ponderación radica en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es de independencia o jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos. La ponderación se volverá necesaria, pues, cuando comprendamos que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, *“que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás”*<sup>50</sup>. De ahí la exigencia de proporcionalidad que presupone establecer un orden de preferencia relativo en cada caso concreto.

Es importante observar, finalmente, que la ponderación así delineada favorece la argumentación moral, pues se trata evidentemente de una técnica que depende sustancialmente de juicios de valor, por antonomasia discrecionales. Así, no hay cómo negar que personas razonables puedan discrepar sobre los resultados de la técnica ponderativa: no en vano suele aludirse a ella como juicio de *razonabilidad*<sup>51</sup>. Aun así, ello no equivale a transitar por los predios de la arbitrariedad, como muchos críticos han manifestado, pues existe toda una metodología definida por

<sup>47</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, *“Justicia Constitucional...”* p. 191

<sup>48</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN *et al.*, *Op. Cit.*, p. 307

<sup>49</sup> *“Justicia Constitucional...”* p. 192

<sup>50</sup> Ídem, p. 191

<sup>51</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 307.

vía jurisprudencial y doctrinal que estructura con pormenor los pasos a seguir y las exigencias que deben reunir cada uno de aquellos en el llamado juicio de ponderación.

#### V.- El test de proporcionalidad y la Ley de la Ponderación.-

De lo dicho hasta ahora, se concluye que la finalidad de la ponderación como respuesta al conflicto o tensión de derechos en concreto, es la ordenación de los derechos en cuestión, lo cual—siempre de conformidad con las circunstancias de un caso determinado— *“hace posible que el juzgador dé preferencia a cierto derecho sobre otro y, de esta manera, resuelva el conflicto entre ellos”*<sup>52</sup>.

Esta operación de ordenación se plasma en lo que la doctrina denomina *“regla de precedencia condicionada”* entre los principios en colisión, esto es, la regla que establece las condiciones y requisitos por los cuales un principio debe preceder a otro de conformidad con las circunstancias concretas, vinculando asimismo las consecuencias jurídicas que dicha operación conlleve.

Pero dicha regla no puede ser elaborada sin antes constatar ciertos requisitos de procedencia que vienen a delimitar la factibilidad de la ponderación en cada caso; pues la nutrida casuística jurisprudencial, en Europa básicamente, ha demostrado que no toda norma o medida restrictiva de un derecho merece ser ponderada. Estos requisitos son los que encierran el contenido del llamado *test de proporcionalidad*, (también llamado *“test alemán de proporcionalidad”* por su indiscutible origen germánico<sup>53</sup>) que, con algunas matizaciones o agregados implícitos determinados por el Tribunal Constitucional español, constituyen los escalones para arribar a la ponderación.

Dichos requisitos o escalones, en detalle, son los siguientes<sup>54</sup>:

---

<sup>52</sup> Vid. MENDONCA, Daniel, *Op. cit.*, p. 66

<sup>53</sup> Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 11, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p.53 y ss.

<sup>54</sup> Tomamos como referencia las explicaciones realizadas por el maestro PRIETO SANCHÍS, en su obra *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*, *Op. Cit.*, p. 199 y siguientes.

- a) *Fin legítimo*.- La interferencia en la esfera de otro principio o derecho debe presentar, en primer término, un fin constitucionalmente legítimo que lo fundamente. De lo contrario, se advertiría la gratuidad de la medida restrictiva del derecho fundamental afectado, por cuya consecuencia no existirían términos de comparación o de balance que permitan siquiera intentar la ponderación.

Ahora bien, resulta un tópico no resuelto la definición de lo que implica la legitimidad constitucional de la medida enjuiciada: ¿Debe ésta necesariamente ampararse en un principio o valor constitucional o basta que ella no esté prohibida o no sea incompatible con las prescripciones constitucionales? A priori pudiera pensarse que la ponderación se tendría que determinar entre normas del mismo rango de jerarquía y con idéntico basamento constitucional; empero, como enseña el profesor PRIETO SANCHÍS, pudiera admitirse como válida una ponderación que derive de la segunda alternativa, esto es, aceptando como fin legítimo aquél que no estando prohibido por la Constitución resulte coherente con su *marco axiológico*.

En nuestra modesta opinión nos adscribimos a la tesis sostenida por el profesor de la referencia, pues ya antes hemos dicho que existen también principios no constitucionalizados –como la “buena fe”, la “moral pública” o el “interés público”- que de una u otra forma se vinculan con el esquema de valores reconocidos por la Constitución. Además, el respeto a la autonomía política del legislador, señalado por el autor en cita como un valor constitucional en sí mismo, posibilita que éste tenga la potestad de proponer en la redacción de las leyes cualquier fin que no sea inconstitucional; así, este primer requisito que estamos exponiendo desempeñaría una función “*más bien negativa: no impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos*”<sup>55</sup>

En la postura antes indicada se adscribe también el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, para quien no es jurídicamente necesario que la finalidad perseguida por la medida objeto de control tenga rango constitucional, aunque en algunos supuestos dicha conexión sí

---

<sup>55</sup> Ídem, p. 200

se produce de forma casi necesaria: es el caso de *“los derechos de prestación, de los deberes de protección derivados de la dimensión positiva de los derechos fundamentales, o de las determinaciones de los fines del Estado”*<sup>56</sup>

- b) *Idoneidad o adecuación.*- Este requisito apela a la aptitud que debe acreditar la medida restrictiva o limitativa de un derecho fundamental, en orden a proteger la finalidad legítima que supone estar bajo su respaldo. De la relación de consistencia con el bien o la finalidad legítima que debe subyacer como primer requisito, se determinará si la actuación que afecta un derecho es idónea o adecuada para tal propósito.

Si se encuentra que la medida no es idónea para conseguir su propio fin se debe excluir la legitimidad de la intervención, porque es claro que al no ser ella relevante para el valor constitucional que está invocando, se estaría afectando o limitando un derecho fundamental sin lograr nada a cambio.

Este segundo requisito viene a constituir una extensión del anterior: *“si la intromisión en la esfera de un bien constitucional no persigue finalidad alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, ello es una razón para considerarla no justificada”*<sup>57</sup>.

Robert ALEXY ejemplifica el juicio de idoneidad con un caso práctico<sup>58</sup>: la exigencia legal de demostrar conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, impuesta por la Ley alemana del comercio minorista con la finalidad de proteger a los consumidores de los daños económicos o a la salud, fue considerada por el Tribunal Constitucional Federal no idónea, en el específico caso de la instalación de una máquina de tabaco en una barbería. Según el TCF, dicha prueba –por demás exorbitante– en nada protegía a los consumidores de eventuales daños; por el contrario, vulneraba la libertad de profesión y oficio. Luego, la imposición de

---

<sup>56</sup> *“El principio de proporcionalidad...”* Obra citada, página 122.

<sup>57</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, *“Justicia Constitucional...”*, pág. 200.

<sup>58</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, p. 28; citado por GASCÓN ABELLÁN et. al., *Op. Cit.*, p. 310 y 311.

una multa por no obtener el permiso administrativo prescrito por la ley conforme esa demostración, a guisa de que se estaba afectando los derechos de los consumidores, resultó una medida inadecuada de conseguir un fin que realmente no se inmutaba, y por cuya adopción se vulneraba injustificadamente un derecho fundamental.

Merece observarse que este requisito de idoneidad representa asimismo un criterio negativo en razón de que su finalidad es determinar qué medios no son idóneos; no se trata, luego, de fijar en sede jurisdiccional los medios que serían más idóneos o aptos para alcanzar un particular fin, sino de excluir aquellas medidas consideradas como inconsistentes o ineptas.

- c) *Necesidad*.- La medida cuestionada debe ser, dentro de las alternativas fácticas posibles, la que menos gravosa o restrictiva resulte respecto al derecho fundamental afectado por la intervención. Para ello, debe acreditarse que no existe otra medida que cumpliendo de igual forma con su fin legítimo, sea más benigna.

Al contrario del sentido negativo de los dos primeros requisitos, la exigencia de necesidad implica ensayar prospectos de medidas alternativas, que cumpliendo con el mismo fin o valor perseguido, pudiesen resultar menos lesivas. Por ello, en este escalón se requiere de los jueces un tipo de argumentación positiva o prospectiva.

De nuevo ALEXY nos trae un ejemplo real, demostrativo de este requisito de necesidad<sup>59</sup>: el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que la prohibición de comercializar dulces que aun conteniendo cacao en polvo estuvieran hechos básicamente de arroz inflado, impuesta con la finalidad de proteger a los consumidores de posibles errores al comprar chocolates, era idónea para tal fin pero no era necesaria, pues con tan solo marcar y etiquetar esos productos se podía prevenir eventuales confusiones. Como se advierte, el Tribunal halló esta medida igualmente apta pero menos gravosa para el ejercicio de la libertad de profesión y oficio.

---

<sup>59</sup> Ídem, p. 311 y 312

- d) Proporcionalidad en sentido estricto.- En este requisito, aplicable tanto al enjuiciamiento de las interferencias públicas como a las conductas de los particulares, se enmarca el núcleo de la ponderación. Consiste en demostrar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular (que protegen un bien constitucional o persiguen un fin legítimo) y entre los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor<sup>60</sup>.

Se trata, luego, de lo que Robert ALEXY denomina «Ley de la Ponderación»: cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o de un derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna<sup>61</sup>. O como lo ha dicho recurrentemente el Tribunal Constitucional español: “[la medida objeto de control debe ser] *proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto*”<sup>62</sup>

Si se sigue esta “ley”, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede desglosarse en tres pasos, que el propio Alexy identifica con claridad<sup>63</sup>:

d.1) La intensidad de la intervención: *es preciso definir el grado de la insatisfacción o de afectación de uno de los principios;*

d.2) La importancia de las razones para la intervención: *se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;*

d.3) La justificación de la intervención: *Debe definirse si la importancia de la satisfacción de principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.*

---

<sup>60</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, “Justicia Constitucional...”, pág. 202.

<sup>61</sup> Ídem

<sup>62</sup> Referencia de GONZÁLEZ BEILFUSS, *Op. Cit.*, p. 78

<sup>63</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, citado por BERNAL PULIDO, Carlos, *Estructura y límites de la ponderación*, en DOXA No. 26 (2003), Revista de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, p. 227.

En consecuencia, a partir de las valoraciones realizadas respecto al grado de afectación o lesión de un principio o derecho, del grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, finalmente, de las valoraciones de la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión, es que se determina el *peso definitivo* que en la causa particular tienen los principios en concurrencia, obtenido de la *valoración conjunta y relativa entre satisfacción y sacrificio*<sup>64</sup>.

Ahora bien, como explica el profesor de la Universidad Externado de Colombia y discípulo de Robert Alexy, Carlos BERNAL PULIDO, los dos primeros pasos son análogos, pues en ambos casos la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio–<sup>65</sup>. Es por ello que ambos fenómenos son referidos genéricamente como la «determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto». Sin embargo, cabe preguntarse, ¿cómo se arriba a esta determinación de grado?

Para ALEXY, tal cometido se puede lograr mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades, en donde el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser «leve», «medio» o «intenso».

Las ilustraciones de Alexy resultan oportunas para entender el uso de esta escala. Por ejemplo, en orden a la protección de la salud de los consumidores de cigarrillos, la obligación que imponga el Ministerio de Salud a los productores de tabaco para que identifiquen claramente las advertencias de los riesgos naturales que corren los fumadores, constituye una *intervención (de intensidad) leve* en la libertad de profesión y oficio. En cambio, la prohibición total de tabaco sería considerada una *intervención (de intensidad) grave*, aun cuando la *importancia de las razones* para la intervención sea alta.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS "Justicia Constitucional..." p. 202

<sup>65</sup> Op. Cit. p. 227

<sup>66</sup> El ejemplo de la referencia lo hemos tomado de la obra de GASCÓN ABELLÁN, Marina, Op. Cit. p. 314



BERNAL PULIDO también nos esclarece con otro ejemplo: La decisión de los padres de una menor de edad que profesan el culto evangélico, respecto a negarse a llevarla al hospital para que se le suministre atención médica de emergencia, conlleva una afectación de la vida y de la salud de la menor que podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. Concomitantemente, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que acarrearía dicha permisividad, podría graduarse sólo como media o leve<sup>67</sup>.

Como se ve, con la aplicación de esta escala de graduación se pretende arribar coherentemente al tercer paso, esto es, a determinar si la satisfacción de un principio *justifica* la afectación del derecho o principio concurrente. Sin embargo, existen también otras dos variables empleadas para los mismos fines, que las explicaremos sucintamente<sup>68</sup>:

- El llamado «peso abstracto de los principios relevantes», que presupone admitir (para quienes sostienen su existencia) que a pesar de que los principios en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho de donde son extraídos –por ejemplo los derechos constitucionales–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de valores predominante en una sociedad. Por ejemplo, para algunos autores el derecho a la vida siempre tendrá mayor peso abstracto que otros derechos fundamentales, pues parten de la consideración de que para ejercer cualesquiera de aquellos es necesario vivir. La jurisprudencia constitucional parecería también haber dado cuenta de ciertos escalonamientos abstractos en materia de derechos, aunque ello no signifique nada definitivo, según nuestra opinión.
- La denominada «seguridad de las apreciaciones empíricas» que versan sobre la afectación que la medida cuestionada en el caso concreto proyecte sobre los principios relevantes. Esta variable presupone reconocer el distinto grado de certeza de las aprecia-

---

<sup>67</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *Op. Cit.*, p. 228

<sup>68</sup> Para este resumen nos basamos en las explicaciones del autor en referencia, p. 228 y 229

ciones empíricas, de cuyas diferencias depende la asignación del mayor o menor peso de los principios contrapuestos. Para ponerlo con un ejemplo: Si existe la certeza de que la menor de edad, hija de los padres evangélicos, morirá indefectiblemente de no ser llevada al hospital, entonces la afectación del derecho a la vida será intenso. Pero si no existe esa certeza, porque los médicos no pueden predecir las consecuencias de la falta de tratamiento hospitalario, el nivel de intensidad de la afectación del derecho a la vida será menor.

En todo caso, las distintas variables aplicadas por parte de los operadores jurídicos para determinar el grado de afectación de los principios en concreta colisión, constituyen herramientas válidas para transitar al tercer paso del principio de proporcionalidad y núcleo de la ponderación. No obstante, la nueva gran interrogante que se anuncia luego de comprender aquello es "*¿Cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro?*"<sup>69</sup>. La respuesta ideada por Robert ALEXY la explicamos a continuación.

#### **VI.- La fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Ejemplos.-**

El tercer paso de la «ley de la ponderación» precisa justificar el sometimiento circunstancial de uno de los principios concurrentes en razón de la prevalencia condicionada del principio, derecho, bien o valor contrapuesto, que ha sido hallado más importante de conformidad con las variables que hemos explicado.

Pues bien, la respuesta a la interrogante que se dejó consignada en el acápite anterior, la hallamos en la «fórmula del peso», una fórmula matemática elaborada por Alexy que pretende justificar, mediante la asignación de un determinado valor numérico a las variables, los resultados de la prevalencia de un principio sobre otro.

---

<sup>69</sup> Ídem, p. 229

Para explicar de mejor forma la propuesta del maestro de Kiel, nos remitimos íntegramente a la insuperable exposición que hace su pupilo, el profesor Carlos BERNAL PULIDO<sup>70</sup>:

Esta fórmula establece que el peso concreto de un principio (Pi) en relación con el principio contrapuesto (Pj), deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del principio Pj, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2<sup>0</sup>, es decir, 1; medio 2<sup>1</sup>, es decir, 2; y grave 2<sup>2</sup>, es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2<sup>0</sup>, es decir, 1; plausible 2<sup>-1</sup>, es decir, ½; y no evidentemente falso 2<sup>-2</sup>, es decir, ¼.

No es nuestro ánimo profundizar sobre el desarrollo de esta fórmula matemática, mas por ahora diremos que la fórmula de peso constituye, más que un desarrollo complementario de la ley de la ponderación, una nueva ley de la ponderación<sup>71</sup>. Tesis que enuncia Bernal Pulido después de constatar que la relación de precedencia condicionada que es objeto de esta fórmula, no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto, sino mediante una operación de mayor alcance que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios<sup>72</sup>.

De cualquier modo, la fórmula de peso viabiliza la determinación del «peso concreto» de los principios en concurrencia, de tal suerte que si el peso concreto de uno de aquellos resulta mayor que el peso concreto del principio contrapuesto, el caso debe decidirse de acuerdo con la solución del principio que es hallado más importante en el caso particular (el más “pesado”).

---

<sup>70</sup> “La Racionalidad de la ponderación”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 77, mayo – agosto de 2006, Editorial Civitas, Madrid, pág. 64.

<sup>71</sup> Ídem, p. 65

<sup>72</sup> Ibídem, p. 66

Cuando del resultado de la aplicación de la fórmula de peso no sea posible determinar el mayor peso de los principios oponibles en virtud de una situación de empate, entran en juego las reglas sobre «las cargas de la argumentación». Así, Robert ALEXY en su *Teoría de los derechos fundamentales*, se expone en argumentos que fundamentan una carga a favor de la libertad y la igualdad jurídica.

Respecto a la libertad, no hay dudas de que en ciertas parcelas del ordenamiento jurídico se encuentra entronizado el principio «in dubio pro libertate», acorde al cual ningún otro principio contrario puede imponerse sobre éste sin antes invocar *razones más fuertes*<sup>73</sup>. En palabras sencillas “los empates deben favorecer a la libertad y a la igualdad jurídica”<sup>74</sup>. Consecuentemente, si la intervención en la esfera de estos derechos encuentra respaldo en principios que no tienen un mayor peso (o un mismo peso) que aquellos, la medida resultaría desproporcionada.

Nos detenemos aquí en la exposición teórica para ir a los ejemplos con casos prácticos<sup>75</sup> en los que la jurisprudencia española muestra decisiones de prevalencia condicionada de un principio sobre otro conforme a la ley de la ponderación y a la fórmula de peso.

Ejemplo No. 1.- Ponderación entre dos derechos de particulares. El derecho a la imagen frente al ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (STC 99/1994 del 11 de Abril):

Un trabajador de una fábrica de jamón ibérico es despedido por rehusarse a continuar sirviendo como modelo de varias publicidades comerciales a las que su empleador lo obligaba para promocionar determinado producto. En concreto, no deseaba más que su imagen sea captada mediante fotografías que mostraban sus habilidades como corta-

---

<sup>73</sup> Término de Robert Alexy, citado por BERNAL PULIDO, Carlos “Estructura y Límites de la ponderación”, Op. Cit., p. 231

<sup>74</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, Op. Cit., p. 65

<sup>75</sup> Los ejemplos reflejados a continuación los hemos obtenido de la magnífica obra del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: “La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo”, Primera Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 137 y siguientes.

dor de jamón. El trabajador demandó el despido, pero fue negado en dos instancias; como consecuencia de ello, recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional español.

El TC identifica los dos derechos en conflicto -el derecho a la propia imagen del trabajador y el derecho al ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa-; procede a ponderarlos; otorga prevalencia al derecho fundamental del operario, le concede amparo y declara la nulidad radical del despido.

Para elaborar tal decisión, el Tribunal consideró que el grave perjuicio que sufría el derecho del trabajador no estaba justificado por las exigencias del ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial; mientras el peso de aquél le resultaba relevante, la importancia que cabía atribuir al derecho de la empresa le pareció mínima, dado que el contrato de trabajo no incluía tareas de exhibición de la habilidad del trabajador. La solución ponderada consiste, pues, en que el perjuicio causado al ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial está justificado por la importancia que en este caso hay que atribuir al derecho a la imagen del trabajador.

Como anota el autor de la reseña que reproducimos, la regla de prevalencia condicionada que se obtiene como resultado de este juicio de ponderación, es la siguiente: *“si la naturaleza del trabajo no está relacionada con el despliegue público de la actividad del trabajador y hay otra manera de satisfacer el interés de la empresa, prevalece el derecho a la imagen”*<sup>76</sup>. Ello, sin embargo, no excluye que en otras circunstancias la regla de precedencia condicionada sea contraria y por ende con diferente contenido.

*Ejemplo No. 2.-* Ponderación entre un derecho individual y un bien colectivo. El derecho a la intimidad corporal frente a la seguridad en las cárceles (STC 57/1994, del 28 de Febrero):

Un recluso penitenciario es sancionado por no obedecer la orden de desnudarse y realizar flexiones ante un funcionario del centro carcelario, como medio de “registro” tendiente a evitar la introducción de objetos peligrosos o sustancias estupefacientes en la cárcel. El reo impugna la

---

<sup>76</sup> Ídem, p. 137

sanción en sede administrativa y en sede jurisdiccional sin resultados positivos. Recurre ante el Tribunal Constitucional mediante amparo.

El TC identifica los bienes en conflicto: intimidad corporal y seguridad del centro carcelario; los pondera; considera prevalente en el caso concreto el derecho del recluso y otorga el amparo.

En este caso, el Tribunal dimensionó que el grave perjuicio a la intimidad corporal no se encontraba justificado por la importancia del cumplimiento de la seguridad en la cárcel. En consecuencia, la regla de prevalencia condicionada que se extrae de la decisión comentada, consiste en que *“si no existe una situación excepcional, o del comportamiento del recluso no puede deducirse una especial situación de peligro, no puede adoptarse una medida que afecte tan intensamente a la intimidad corporal como la de ordenar desnudarse y realizar flexiones para llevar a efecto un registro”*<sup>77</sup>

*Ejemplo No. 3.-* Ponderación entre un bien colectivo y derechos de los ciudadanos, resuelta por la jurisdicción contencioso – administrativa. La seguridad del Estado frente al derecho a la tutela judicial efectiva (STS del 4 de abril de 1997 – Ar. 4513):

Durante la instrucción de la etapa del sumario en un proceso penal iniciado por delito de asesinato, un juez solicita al Estado que se desclasifique determinados documentos. El Consejo de Ministros no accede a tal petición, fundándose en el principio de seguridad del Estado. El Acuerdo que contiene la negativa es impugnado ante la Sala 3ra. del Tribunal Supremo español.

El Tribunal identifica los principios en concurrencia (seguridad y defensa del Estado frente a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a aportar los medios de prueba procedentes); efectúa juicio de ponderación entre ellos respecto a cada uno de los documentos clasificados; y, finalmente, ordena la desclasificación de algunos de ellos.

En este llamativo caso, no existió una sino varias reglas de prevalencia condicionada, en razón del diverso contenido de los documentos oficiales del Estado que se encontraban clasificados y, por ende, en las distintas circunstancias advertibles. Una de ellas podría ser, según el

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 138

profesor RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: *“si un documento contiene exclusivamente determinados datos de los que el juez instructor ya ha podido tener conocimiento por otras vías, pero es útil como elemento probatorio, prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva y procede su desclasificación a esos efectos”*<sup>78</sup>

## VII.- Los resultados de la ponderación. Ponderación y Subsunción.

Para finalizar este trabajo, nos remitiremos a un tópico que guarda conexión con el producto de la labor ponderativa, esto es, con la tantas veces mencionada regla de prevalencia condicionada que en los casos concretos ordena los principios en tensión.

Tradicionalmente, y en un estadio totalmente superado, se pensó que la subsunción era la única forma de aplicar toda la multiplicidad de normas jurídicas que componen el ordenamiento: la separación entre órganos de creación y órganos de aplicación del Derecho, la aplicación mecánica y autosuficiente de éste, la negación de las lagunas normativas y el rol de los jueces como boca muda de la ley, son algunos de los clásicos dogmas que acompañaron al viejo esquema del silogismo judicial que adiestraba a los operadores jurídicos a buscar siempre encajar o subsumir casos “en los hechos y en el Derecho”.

Posteriormente, y a partir de finales de la década del 60', empiezan a surgir revolucionarias concepciones que dan cuenta de la existencia de principios y no solamente de reglas en los sistemas jurídicos; ello, en gran medida, a causa del fuerte contenido material que se advierte en las constituciones emanadas luego de la Segunda Guerra Mundial. Producto de esa dimensión, la ponderación se perfiló como la forma de aplicación de los principios jurídicos por antonomasia.

En la actualidad, merece matizarse la distinción entre subsunción y ponderación como esquemas exclusivos de aplicación de reglas y principios, correspondientemente. Cuando no existe un problema de principios, el encaje fáctico y la solución normativa vendrán siempre de la mano de la pertinente regla; pero, al contrario, cuando en efecto se advierte una concurrencia de principios, la subsunción, tanto como la ponderación, operarán en distintas fases de la aplicación del Derecho.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 138

Ello obedece a dos circunstancias. En primer lugar, porque antes de ponderar, es imprescindible constatar que en el caso concreto existen al menos dos principios en tensión que concurren en forma contrapuesta, con lo cual se ejerce un tipo de subsunción. Luis PRIETO SANCHÍS lo ejemplifica de la siguiente forma: *“Por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite excesivo o no justificado al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental”*<sup>79</sup>

Lo anteriormente dicho merece incluso que se reconozca que a veces las normas enjuiciadas mediante la ponderación carecen de supuesto de hecho o presentan una condición de aplicación bastante abierta o fragmentada, lo cual dificulta la subsunción *ex ante* a la cual nos referimos, esto es, comprobar que existen principios concurrentes que efectivamente estén en real contraposición circunstancial. El autor en cita destaca, por ejemplo, ciertas conductas particulares que se muestran ambiguas en su finalidad, como el consumo del alcohol por motivos de ejercicio de un culto. En tal caso, es necesario subsumir tales comportamientos en el tipo de la libertad religiosa para en forma posterior practicar la ponderación.

En segundo término, la subsunción es del todo evidente cuando después de obtener el resultado del juicio de ponderación, es necesario aplicar la regla de precedencia o prevalencia condicionada como la premisa normativa de un esquema subsuntivo para el caso particular que se ha resuelto, en orden a culminar el proceso de aplicación del Derecho.

De esta forma, la ponderación viene a ser considerada como *“el paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular prima facie un cierto caso, y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso”*<sup>80</sup>. Tal innegable reciprocidad de los dos esquemas ha merecido que Alfonso GARCÍA FIGUEROA califique a la subsunción como el ideal de la ponderación y a la ponderación como la realidad de la subsunción<sup>81</sup>.

Como se advierte, la subsunción en lo absoluto se repliega ante el juicio de ponderación, sino que por el contrario, actúa *ex ante* y *ex post*

---

<sup>79</sup> *“Justicia Constitucional...”* Op. Cit., p. 193

<sup>80</sup> Ídem, p. 194

<sup>81</sup> Referencia de PRIETO SANCHÍS, *Ibidem*, p. 193



en la compenetración esquemática que viabiliza la elaboración y aplicación de una regla o premisa mayor como respuesta al conflicto de principios.

### VIII.- Conclusiones.-

1. El tránsito hacia la constitucionalización del orden jurídico, que implica al menos asimilar el modelo normativo de principios y reglas y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no requiere de cambios estructurales o formales en los sistemas constitucionales, sino mas bien un cambio de concepción constitucional dominante, esto es, de la interpretación de la propia práctica constitucional<sup>82</sup>. El juicio de ponderación, en tanto técnica depurada de solución de conflictos entre principios y especialmente de colisión de derechos, podrá introducirse en la práctica cuando en nuestro medio nos percatemos, entre otras cosas, que los derechos no son ilimitados ni absolutos, y que la forma de solucionar las tensiones entre aquellos no es la misma que se predica comúnmente respecto a las reglas.
2. En su mayoría, los casos de tensión entre derechos son casos difíciles, cuya resolución supone una alta dosis de discreción judicial. No obstante, aunque la discreción suponga la ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un determinado supuesto, la ponderación se sujeta a estándares de racionalidad y justicia a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la elección. La técnica ponderativa supone, pues, un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional, y ello con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideremos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad<sup>83</sup>.
3. No se puede ponderar sin interpretar. Dado que en la formulación de los principios aparecen expresiones de significado abierto o

---

<sup>82</sup> Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, *“La constitución del Estado Constitucional”*, Primera Edición, Editorial Palestra, Lima, 2004, p. 61.

<sup>83</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, *“El constitucionalismo de los derechos”*, Op. Cit., p. 56

impreciso, su utilización requiere, naturalmente, una labor de interpretación; aun más si se acepta una concepción de la ponderación como la de Alexy, en la que no cabe duda que expresiones como "peso abstracto" o "afectación grave", necesitan también ser interpretadas. La ponderación, luego, es un esquema que envuelve diversos momentos interpretativos, de la misma forma que la argumentación constitucional parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación -bien por la realización de una ponderación, o bien por la aceptación de una ponderación efectuada anteriormente<sup>84</sup>.

4. El empleo del juicio de ponderación presupone una visión abierta y pluralista que no conoce de jerarquías o absolutismos en el catálogo de bienes, valores y derechos constitucionales. Sólo de esta forma se puede dimensionar correctamente la finalidad de la técnica ponderativa, que no es la imposición o la sublimación de uno de los principios en concurrencia, sino la armonización de aquellos mediante el menor grado de lesión o afectación posibles. La pluralidad de los principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación<sup>85</sup>.
5. Los conflictos de derechos fundamentales en el Ecuador siguen siendo resueltos por los jueces mediante el silogismo racionalista propio de la primera mitad del siglo pasado. Ello es patente cuando en frecuentes y conocidas causas, o se "olvida" la existencia del o los principios en tensión, sometiendo los hechos así imprecisos a la tradicional subsunción; o bien se reconoce la concurrencia del derecho o principio contrapuesto, pero se lo sublima en razón del falso pero declarado absolutismo del principio contrario a quien, sin perjuicio de la justicia o injusticia de la decisión, irrazonablemente se adjudica vencedor. Este estancamiento es y será palmario en nuestra cultura jurídica mientras se mantenga la ignorancia sobre lo que

---

<sup>84</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel, *Argumentación y Constitución*, ponencia efectuada en las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Universidad de Alcalá de Henares, marzo de 2007, p. 48 y siguientes. [http://www.filder.es/manuel\\_atienza.pdf](http://www.filder.es/manuel_atienza.pdf)

<sup>85</sup> Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Op. Cit.*, p. 125

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

realmente comprende un orden constitucional legítimo. Por ello concluimos el presente trabajo citando la atinada recomendación del maestro ZAGREBELSKY, que no es otra que la ineludible llamada a los operadores jurídicos para que empleen la prudencia necesaria de quien debe hacer vivir al Derecho sin embalsamarlo, pero tampoco haciéndolo absoluto como un fetiche.<sup>86</sup>

Guayaquil, junio de 2009

---

<sup>86</sup> Ídem, p. 144.