

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO IBEROAMERICANO

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN CONTEMPORARY IBERO-AMERICAN LAW

MTRO. JOSÉ ALBERTO VÁZQUEZ ARELLANO¹

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Sumario: *I. Teoría de Robert Alexy. I.1. Tesis del contenido esencial y el principio de proporcionalidad; I.2. Neoconstitucionalismo y América Latina. II. Críticas y propuestas alternativas; III. Defensa y desarrollo; IV. Aplicación en algunos ordenamientos nacionales; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.*

Resumen: En este artículo se hace una revisión de una serie de artículos que se encuentran en la siguiente colección de libros CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, CARBONELL, M. y GRÁNDEZ CASTRO, P., *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, y CARBONELL M. (editor) *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. Estos artículos son escritos en su mayoría por autores iberoamericanos, y en estos se sintetizan y revisan críticamente el análisis propuesto por ROBERT ALEXY. El lector podrá encontrar tanto artículos de especialistas que defienden y desarrollan la teoría de este autor, como artículos en los cuales se proponen análisis alternativos de la estructura argumentativa de este principio, y finalmente encontrará artículos en donde se

¹ Candidato a doctor por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH).

analiza su aplicación en ordenamientos jurídicos nacionales. Creemos que las posturas que han desarrollado estos especialistas (algunos de ellos alumnos de ALEXY) permiten formar una clara perspectiva sobre las principales discusiones en torno a la estructura argumentativa y la aplicación de este principio en el contexto iberoamericano. El objetivo del artículo es identificar y reconstruir las posturas y argumentos de estos especialistas.

Abstract: This article is a review of a series of articles found in the following book collection, CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, CARBONELL, M. y GRÁNDEZ CASTRO, P., *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, y CARBONELL M. (editor) *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. These articles are written mostly by Ibero-American authors, and they synthesize and critically review the analysis proposed by ROBERT ALEXY. The reader will find articles by specialists who defend and develop this theory, as well as articles in which alternative analyses of the argumentative structure of this principle are proposed, and finally, articles in which its application in national legal systems is analyzed. We believe that the positions developed by these specialists (some of them students of ALEXY) allow us to form a clear perspective on the main discussions on the argumentative structure and the application of this principle in the Ibero-American context. The objective of the article is to identify and reconstruct the positions and arguments of these specialists.

Palabras clave: Fórmula del peso, derecho penal, proporcionalidad penal, derecho sociales constitucionales, retribucionismo.

Keywords: Weight formula, criminal law, criminal proportionality, constitutional social rights, retribution.

Recepción original: 07-04-2021

Aceptación original: 28-09-2021

I. TEORÍA DE ROBERT ALEXY

Iniciamos presentando brevemente un mapa de la teoría de R. ALEXY, el cual tiene la función de permitir al lector ubicar cómo se insertan las discusiones de los textos posteriores. En su teoría de los derechos fundamentales distingue dos tipos de normas: reglas y

principios.² La diferencia consiste en que las reglas son siempre satisfechas o no, es decir están ordenadas de manera definitiva. Por el contrario, los principios son requisitos de optimización, los cuales exigen la máxima realización posible, relativa a las posibilidades fácticas y jurídicas. La interpretación de los principios como mandatos de optimización hace que estos tengan una dimensión de peso *prima facie*, en el sentido de que su creación o conservación está ordenada *prima facie*. Para ALEXY, los razonamientos que involucran reglas están gobernados por la fórmula de subsunción, ésta codifica una relación lógica-deductiva, (ALEXY, 2007, pág. 306). Sin embargo, los razonamientos que involucran principios requieren de una nueva forma de argumento, la fórmula del peso.³

El principio de proporcionalidad es un método argumentativo para la aplicación de normas, en particular de principios sobre derechos constitucionales que originalmente elaboró el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. ROBERT ALEXY ha reconstruido y sistematizado la estructura argumentativa que se asocia con este principio. Tanto su reconstrucción como su teoría de los derechos fundamentales han adquirido una enorme influencia en el debate contemporáneo. Actualmente se considera que es una de las herramientas más importantes para la interpretación constitucional, de hecho ROBERT ALEXY afirma que es el principio más importante del derecho constitucional material.

El principio de proporcionalidad, en tanto técnica de interpretación, tiene por objetivo tutelar de la mejor manera posible los derechos fundamentales, lo cual se realiza al ampliar tanto como sea posible su ámbito de protección, siempre y cuando tal ampliación

² Siguiendo a ALEXY (2016, pág. 39), los derechos fundamentales que se interpretan como principios materiales son derechos que han sido integrados en una constitución con el propósito de positivizar derechos humanos. A su vez, los derechos humanos son derechos morales que se definen por las siguientes características, son universales, su objeto es fundamental y abstracto, su validez es moral y prioritaria a una norma de derecho positivo. Por otro lado, ALEXY (1993, pág. 133, 2014b, pág. 20) también reconoce principios formales, en este caso sus objetos de optimización son decisiones legales que no toman en cuenta su contenido. Un ejemplo es el principio democrático que dice que el legislador democráticamente legítimo debe tomar tantas decisiones importantes para la sociedad como sea posible. A menos que se indique lo contrario, a lo largo del texto voy a utilizar de forma distinta las expresiones “principios” y “derechos fundamentales”.

³ Inicialmente el autor sólo reconocía una forma básica de argumento (la fórmula de la subsunción), posteriormente incorporó la fórmula del peso, la cual se asocia con su teoría de los derechos fundamentales, y finalmente ha propuesto la fórmula de la analogía, (ALEXY, 2010). Para una descripción de la evolución de la teoría de R. ALEXY véase KLATT (2020).

sea compatible con otros principios (CARBONELL, 2014). PULIDO afirma que el principio de proporcionalidad como una técnica de interpretación constitucional requiere reconocer que los derechos fundamentales tienen dos tipos de contenido. Un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El primero al interpretarse de manera amplia comprende todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho, es decir, su contenido es *prima facie* ilimitado,⁴ y por lo mismo puede entrar en colisión con el contenido (*prima facie* ilimitado) de otros derechos y bienes protegidos por una constitución. Cuando ocurre una colisión, el contenido (*prima facie*) puede ser restringido legítimamente por los poderes públicos. Por ejemplo, se puede decir que el reconocimiento de un derecho de libertad a una empresa, como libertad negativa, comprende *prima facie* el derecho a que tal empresa maneje sus negocios como quiera (PULIDO, 2010, pág. 12). Pero debido a que la libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, puede ser restringida. Tal restricción no puede ser ni absoluta ni arbitraria, sino que los poderes públicos deben guiarse por el juicio de proporcionalidad en sentido amplio.⁵ El resultado de aplicar tal juicio en un caso concreto determina el contenido definitivo del derecho en esa situación (BORWSKI2003, pág. 66). A este tipo de teorías sobre el contenido se le conoce como teorías relativas (ALEXY, 1993, pág. 288).

La teoría de los derechos fundamentales de R. ALEXY parte de la tesis de la conexión necesaria entre el principio de proporcionalidad (en sentido amplio) y la interpretación de los principios como mandatos de optimización, a saber que el análisis conceptual del principio de proporcionalidad (en sentido amplio) en términos de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta proporcionan las condiciones necesarias y suficientes que explican (completamente) en qué consiste optimizar un principio, (ALEXY, 2011).⁶ El subprincipio de (i) idoneidad excluye la adopción de medios no idóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado, ii) el subprincipio de necesidad exige que de entre dos medios igualmente idóneos para garantizar la máxima realización de un principio o un fin (constitucionalmente legítimo), se debe elegir aquel que sea menos lesivo respecto de otros

⁴ También véase BORWSKI2003, pág. 66.

⁵ Por esta razón, se dice que el principio funcionan como un límite de los límites.

⁶ ALEXY (2003, pág. 111y ss.) ha argumentado en contra del intento de SIECKMANN de analizar la naturaleza de un principio —como un mandato de optimización— en términos de operadores modales, por ejemplo, un operador de mandato “O” el cual se interpreta como “está ordenado que...” y una variable “P” que representa lo que está ordenado.

principios, y iii) proporcionalidad en sentido estricto. Los subprincipios i) y ii) expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel, sino que se trata de impedir que las intervenciones en los principios sean evitables sin costos para otros principios. Por otro lado, si hay un conflicto entre principios, por ejemplo un principio implica que cierta acción está prohibida, pero otro principio implica que esa misma acción está permitida, entonces la ponderación es inevitable y se tiene que aplicar el subprincipio iii), el cual se refiere a la optimización de un principio relativo a las posibilidades jurídicas. El resultado de la ponderación consiste determinar una relación de precedencia entre los dos principios en conflicto, la cual está condicionada a las circunstancias del caso concreto. Por medio de la ley de colisión tal relación de dependencia se puede codificar en una regla para el caso concreto. La ley de colisión dice que las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros constituye el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad, (ALEXY, 2003, pág. 99).

El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por la ley de la ponderación, la cual dice: 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. ROBERT ALEXY propone una fórmula para determinar el peso concreto (G_i, j) de un principio P_i con respecto de otro principio P_j ; sus elementos (o variables) son a) el peso concreto (I_x) de un principio x , b) el peso abstracto (G_x) de un principio x , y c) la seguridad de las premisas (S_x) de un principio x . A cada variable se le asigna un valor numérico bajo ciertos criterios que a continuación voy a explicar. La fórmula es la siguiente:

Según la fórmula, el peso de un principio concreto P_i con respecto a otro principio P_j es el cociente del producto de las cantidades numéricas asociadas a las variables I_x , G_x , S_x de cada principio. El numerador de la fórmula representa la intensidad de la intervención del principio P_i y el denominador representa la importancia concreta de la satisfacción del principio contrario, P_j . De acuerdo con lo anterior, el peso concreto ($G_{i,j}$) de un principio con respecto a otro se determina por tres aspectos, A) la intensidad de la intervención, en la cual se define el grado de la no satisfacción o de afectación del principio P_i . B) la importancia concreta de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario (P_j y C) definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. El núcleo de la

fórmula corresponde a la determinación de las intensidades de las intervenciones I_i y I_j , los otros elementos (Gx , Sx) sólo son relevantes si tienen magnitudes desiguales. El autor sostiene que la magnitud de las intervenciones siempre son concretas y que tanto I_x como Gx pueden ser evaluados en términos de las magnitudes, leve, medio y fuerte, a las cuales les asocia un valor numérico de acuerdo a una serie geométrica: 2^0 , 2^1 , 2^2 , respectivamente.⁷ La otra variable Sx se discute más abajo.

La intensidad de la intervención I_i de P_i se identifica con la intervención de hecho del principio que se evalúa en un determinado contexto. En cambio, la importancia concreta (I_j) de satisfacción del principio contrario P_j , se determina por medio de un razonamiento hipotético acerca de cuán intensa sería la intervención con respecto de P_j de no llevarse a cabo una intervención en el principio P_i . “Se trata de la intensidad de una hipotética intervención mediante la no intervención” (ALEXY 2014a, pág. 24).

El segundo elemento de la fórmula es el peso abstracto, el cual determina el peso de un principio independientemente del contexto. Con esta variable se reconoce que en ocasiones los principios que colisionan tienen la misma jerarquía en virtud de la fuente del derecho de la que se originan, por ejemplo dos derechos fundamentales que están en una constitución tienen la misma jerarquía normativa. No obstante, en virtud de la concepción de los valores predominante en la sociedad, uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto. PULIDO (2005, pág. 79) ilustra este punto afirmando que la justificación para asignar un peso abstracto mayor a la protección a la vida que a la libertad se debe a que para poder ejercer la libertad es necesario tener vida. Por su parte CLÉRICO (2009, pág. 222) identifica dos principios que sirven para determinar el valor de esta variable, el principio de protección y respeto de la dignidad humana, y el principio democrático. Sostiene que la asignación de un peso abstracto “especialmente alto” a la libertad de expresión de una opinión en un escenario político se justifica en virtud de que la “discusión libre es el fundamento propiamente dicho de la sociedad libre y democrática”. ALEXY llama a estas dos variables (peso concreto y abstracto) “ponderación material”.

La tercera variable de la fórmula representa el grado seguridad de los presupuestos empíricos (o normativos) que son relevantes para justificar, en un caso concreto, la intervención de un principio y la optimización de otro. Esta variable se introduce debido a que

⁷ Pero puede extenderse para incluir mayores valores.

se reconoce que la falta de certeza de las premisas o de la información empírica que justifica la intervención de un derecho fundamental puede debilitar la fuerza argumentativa de la ponderación material. El valor (o peso) de esta variable se determina por medio de una ponderación epistémica, la cual se basa en la siguiente ley: cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención. Esta variable garantiza que sólo es admisible la intervención de un derecho cuando se haya establecido la veracidad de las estimaciones empíricas (o normativas), de las que depende la idoneidad y la necesidad de la medida de intervención. Los grados epistémicos asociados a esta variable se clasifican en cierto, plausible, y posible, y se les asocia el valor numérico 1, 1/2, 1/4 respectivamente. Por ejemplo, si las premisas son ciertas, su valor epistémico es 1 y, por tal razón, la ponderación epistémica no afecta el resultado o fuerza argumentativa de la ponderación material, es decir los valores materiales permanecen intactos. Sin embargo, si los valores epistémicos no son ciertos (son dudosos, poco fiables, no son evidentemente falsas), entonces los valores materiales o sustanciales de la ponderación material se reducen, de tal forma que pueden debilitar o incluso anular casi por completo las razones sustanciales más fuertes que justifican la intervención de los derechos fundamentales.⁸

I.1. Tesis del contenido esencial y el principio de proporcionalidad

Las teorías del contenido absoluto de los derechos fundamentales sostienen que existe un núcleo básico de cada derecho fundamental que en ningún caso puede ser afectado, es decir presuponen que hay derechos fundamentales absolutos que no se pueden ponderar. Esta teoría se contrapone a la teoría del contenido relativo de ALEXY. Sin embargo, este autor observa que cuando se afirma desde una teoría absoluta que “hay posiciones con respecto a las cuales no existe ninguna razón superior que las desplace, en cierta medida tiene razón” (ALEXY, 1993, pág. 291). Esto se debe a que la

⁸ ALEXY ha desarrollado la fórmula del peso en dos aspectos importantes. El primero es una generalización que le permite ponderar colisiones de varios principios (ALEXY 2014a). La segunda modificación (ALEXY, 2014b) surge al analizar la relación entre los principios formales y la ponderación, en este artículo propone un desarrollo de la fórmula que llama “modelo epistémico”. Lamentablemente, el análisis de estas modificaciones cae fuera de este texto.

ley de ponderación impone la condición de que el grado de intervención o de afectación de un derecho fundamental debe ser proporcional al grado de justificación de su intervención. Lo cual no implica que se rechace la idea de que puede haber un derecho fundamental que tiene tal importancia que para justificar su intervención, la fuerza de las razones opuestas tendrían que aumentar desproporcionadamente. Por ejemplo, el núcleo inviolable de un derecho (como la libertad de acción) “es aquel ámbito a partir del cual no hay duda de que no existe ningún bien jurídico legítimo de igual o mayor valor que restrinja derechos fundamentales.” Por tal razón, se puede afirmar (con un alto grado de seguridad) que existen ciertas condiciones en las que no tiene precedencia ningún derecho opuesto, tales condiciones se puede considerar que definen el núcleo de la configuración privada de la vida y, por lo tanto, determinan su contenido esencial; pero este carácter absoluto de protección es una cuestión que siempre dependerá de su relación con otros principios. Pues, ALEXEY observa que no se puede eliminar la posibilidad de que haya una constelación (o configuración) en la cual los derechos opuestos tengan precedencia. Por tal razón señala que la convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas puede ser que sea considerada auto vinculante para un individuo que tiene la libertad de sacrificarse en aras de determinados principios, pero no puede valer desde el punto de vista del derecho constitucional.

I.2. Neoconstitucionalismo y América Latina

Siguiendo a CARBONELL (2007) el término “neoconstitucionalismo” permite dar cuenta de una serie compleja de fenómenos que suponen una novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional contemporáneo. Pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir en Europa después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo xx. Estos textos no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Una de las consecuencias de la expedición y entrada en vigor de este tipo de modelo sustantivo de textos constitucionales tiene que ver con la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales, las cuales han ido cambiando también de forma relevante. Pues los jueces encaran la dificultad de tener que

trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de ejercicios de interpretación para dotarlos de un contenido normativo concreto y de esta forma ser capaz de aplicarlos a los casos concretos de manera justificada y razonable. De ahí que las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, (la ponderación, la proporcionalidad, entre otras) adquieran gran importancia. Algunos autores consideran que las transformaciones e innovaciones institucionales en los ordenamientos jurídicos que se acaban de describir (entre otras) implican, por lo menos dos cosas. En primer lugar, que el positivismo jurídico ha quedado superado, en el sentido de que es incapaz de explicar cabalmente estas realidades jurídicas. En segundo lugar, que el neoconstitucionalismo se debe considerar no solo como una ideología (es decir, como una doctrina que promueve una Constitución para asegurar los derechos y libertades individuales frente al Estado), sino como una teoría que presenta un sistema jurídico novedoso, el cual compete contra el positivismo. Por ejemplo, ALTERIO (2020, pág. 30), retomando a POZZOLO, afirma que el neoconstitucionalismo no se presenta como un tipo de positivismo ni como un iusnaturalismo, sino como un tercer género que no apunta a recomendar modificaciones a estas teorías. Por el contrario, es una postura intermedia que elimina los defectos de ambas y reúne sus virtudes.

En América Latina también se puede identificar el surgimiento de una serie de reformas constitucionales sustanciales que se inició a partir de los años noventa y que continúa hasta el presente, lo cual significó (entre otras cosas) una amplia recepción constitucional de principios de derechos fundamentales y la expansión del control de constitucionalidad. Por lo cual no es de sorprender que el neoconstitucionalismo despertó un enorme entusiasmo al considerar este modelo también puede dar cuenta de esta serie de reformas; gracias a esto algunos de los países de la región realizaron adaptaciones de los diseños institucionales a los mandatos teóricos y modelos del neoconstitucionalismo. Razón por la cual, las contribuciones teóricas y metodológicas de ROBERT ALEXY se vuelve un elemento central para el estudio del constitucionalismo latinoamericano. Siguiendo a PULIDO (2010, pág. 8) se puede decir que esta etapa de constitucionalismo latinoamericano estuvo encabezada por Perú y Colombia. En este texto —en la sección IV— se van a presentar artículos que discuten la recepción, justificación y aplicación del principio de proporcionalidad en algunos países de América Latina, es claro que no se puede discutir todos los casos de la región; sin embargo, se va a discutir algunos de los más representativos, en particular se

han seleccionado algunos que pertenecen a la región andina, como lo son Colombia, Perú y Ecuador. Se puede justificar la elección de estos países por la importancia que tienen para el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, pues representan ejemplos paradigmáticos de adopción del neoconstitucionalismo, pero también del desarrollo de un constitucionalismo plurinacional como lo es el caso de Ecuador (este punto se va a discutir al final del artículo).

II. CRÍTICAS Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

JOSÉ JUAN MORESO, *Alexy y la aritmética de la ponderación*. En primer lugar sostiene que la teoría de la ponderación encara tres objeciones que proporcionan razones suficientes para abandonarla. La primera tiene que ver con la interpretación de los principios como mandatos de optimización, es decir dado que se postula la existencia de pesos abstractos independientes del caso concreto, se requiere tener una escala de ordenación abstracta de los derechos. Sin embargo, ALEXY no proporciona una escala que sea razonable. La segunda tiene que ver con la distinción entre interferencias leves, moderadas y graves de los derechos, las cuales se analizan en términos cuantitativos. La objeción es que la distinción no está adecuadamente justificada, pues la afectación de un derecho constitucional no representa una propiedad que sea cuantificable objetivamente y, por lo tanto, no se puede analizar por medio de una escala numérica. La tercera tiene que ver con la idea de que la ponderación se refiere siempre a un caso individual, por lo cual es un procedimiento que no permite hacer predicciones y esto implica que carece de un mecanismo de control racional. En segundo lugar, presenta un modelo alternativo para la ponderación que llama “especificacionista” y argumenta que por medio de él es posible el control racional de la función aplicadora del derecho. En éste se considera a la ponderación como una operación (previa a la subsunción) que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales con estructura de principios a reglas con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción. Las etapas de esta operación son las siguientes. La primera consiste en delimitar el problema normativo determinando el universo de discurso al que se aplica, es decir determinado el conjunto de todas las acciones humanas posibles a las que se aplica, la segunda consiste en identificar las pautas *prima facie* aplicables a tal ámbito de acciones, la tercera consiste en considerar casos paradigmáticos (reales so hipotéticos) del ámbito normativo previamente seleccionado, la cuarta consiste en determinar propiedades relevantes del universo de discurso que

permiten la determinación de una solución normativa y, finalmente, la quinta consiste en la formulación de una regla que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo de discurso. Según el autor, este modelo permite articular y otorgar coherencia a la función judicial, pues cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual perteneciente a un determinado ámbito normativo, con su reconstrucción resuelve todos los casos individuales de dicho ámbito. Y ante otro caso individual asociado a ese ámbito, surgen dos posibilidades, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o demostrar que hay una propiedad relevante, que se no apreció previamente y que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso. De esta forma, este modelo permite resolver la colisión sin ponderación.⁹

IGNACIO VILLAVERDE en *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales* sostiene que hay una confusión al hablar de una colisión de derechos fundamentales en el juicio de ponderación, literalmente dos derechos fundamentales no pueden colisionar, el conflicto sólo se establece entre el derecho fundamental y sus límites. Sostiene que únicamente se puede hacer justicia a la posición normativa de los derechos fundamentales si los conflictos se conciben como un problema de delimitación y posteriormente de limitación de los derechos fundamentales. Derivado de esta observación, hace algunos comentarios críticos sobre la aplicación del principio de proporcionalidad para la solución de conflictos. Por ejemplo, señala que esta técnica argumentativa resuelve conflictos entre derechos no a partir de los límites que la Constitución impone a los derechos fundamentales, sino a partir de los datos del caso concreto que son los que determina cuál derecho en conflicto debe prevalecer. Algunas de las consecuencias de aplicar esta técnica son que el valor de los derechos fundamentales y de la Constitución se relativizan. Finalmente, señala que concebir un conflicto entre derechos fundamentales como un problema de delimitación, requiere que la ponderación se conciba como una herramienta que tiene como finalidad última evitar que el poder público al aplicar los límites de un derecho fundamental vulnere su contenido esencial.

LUIS CASTILLO CÓRDOVA en *Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad*. Primero señala que el significado de un derecho fundamental es el contenido jurídico que se reconoce en la Constitución, pero señala que, a partir de ésta es imposible formular un catálogo exhaustivo ni de los supuestos de aplicación de

⁹ Cfr. CLÉRICO (2012)

los derechos, ni de sus consecuencias jurídicas, ni de todas su excepciones; por lo cual, no aparecen plenamente delimitados ni existen fronteras claras entre los derechos y sus límites. Argumenta que del hecho de que los derechos requieran concretarse no se sigue que estos se deben interpretar como principios con un contenido ilimitado y, por lo tanto, como esencialmente conflictivos. Además sostiene que no existe ninguna exigencia constitucional (ni formal ni material) que permita justificar la existencia de un contenido constitucional de carácter ilimitado *prima facie* y añade que esta interpretación descansa en un error, confunde la indeterminación semántica con la expansión ilimitada jurídica de un derecho. Propone una forma alternativa de entender los derechos fundamentales que se basa en una interpretación teleológica, y que se caracteriza por asumir que hay un vínculo necesario entre el contenido de los derechos fundamentales y el concepto de dignidad humana. Tal y como se entiende esta noción se puede afirmar que la dignidad es un valor que es un fin en sí y no un medio, y de acuerdo con esto la dignidad siempre será la finalidad del comportamiento estatal y, por lo mismo, es un valor superior de una Constitución. Los derechos en la medida en que intentan capturar la esencia de la dignidad humana se conciben como esencialmente limitados, pues no pueden tener un significado contradictorio que desdiga esa unidad y que los haga ilimitados. De modo que el contenido constitucional de un derecho no es el resultado de ningún de restricción o de lesión de ningún otro derecho, sino que es producto de la vigencia conjunta y razonable de un derecho en consideración con los demás derechos y bienes jurídico constitucionales igualmente vigentes y vinculantes. Desde la perspectiva teleológica se debe distinguir entre limitar y delimitar. La delimitación consiste en una actividad hermenéutica que con base en la conjunción de una serie de métodos interpretativos permita justificar decisiones prudenciales, pero estas decisiones no significarán limitación o restricción de derecho alguno, sino que deberán significar determinaciones o concreciones del contenido constitucionalmente protegido del derecho; en este sentido concretar una norma iusfundamental será establecer límites que existen previamente, fronteras internas. La función del principio de proporcionalidad es definir el alcance limitado del contenido de un derecho fundamental dentro de circunstancias concretas. En la determinación de su contenido, se sustituye la ponderación jerarquizadora por principios de hermenéutica constitucional, los cuales permiten determinar razonablemente si una pretensión cae dentro o fuera del contenido constitucionalmente protegido de un derecho. En este sentido, lo que está en conflicto en un problema iusfundamental no

son derechos fundamentales sino pretensiones, intereses o bienes, por lo cual se exigirá que se sopesen y ponderen tanto los distintos intereses o pretensiones en juego como las circunstancias mismas en las que se ejerce el derecho, de manera que se atienda a aquellas que tengan mayor peso por ser reflejo o proceder del contenido constitucionalmente protegido del derecho.

III. DEFENSA Y DESARROLLO

LUIS PRIETO en *El juicio de ponderación constitucional* distingue dos tipos de antinomias, las generales y las concretas. Sostiene que la existencia de las segundas justifica el juicio de ponderación. Posteriormente, discute algunas objeciones en contra de la ponderación, éstas son i) es irracional, ii) no es necesaria, y iii) no hace justicia al carácter normativo de la Constitución. Una de las razones para rechazar la primera crítica es que la ponderación tiende a la construcción de una regla, y en ese sentido se guía por el principio de universalidad, el cual opera como garantía de racionalidad. Con respecto a ii), sostiene que descansa en una interpretación errónea de en qué consiste la resolución de un conflicto constitucional, el error es concebir a la ponderación como “la imposición más o menos arbitraria de un punto medio”. Por el contrario, el objetivo de la ponderación no es establecer un punto medio, sino: a) construir una regla susceptible de universalización para los casos análogos con propiedades relevantes, b) hacer explícitas de la manera más razonable las excepciones implícitas a los distintos principios, y c) establecer las condiciones de aplicación de normas abiertas. Por último, analiza la objeción de que la estructura de la ponderación hace que la Constitución pierda su estatus normativo, en el sentido de que tal procedimiento la convierte en una herramienta jurídica de la cual todo puede justificarse, y por esa razón colapsa su valor normativo.

BERNAL PULIDO en *La racionalidad de la ponderación*, presenta una defensa de la teoría de la ponderación en contra de una objeción clásica, a saber que induce a la irracionalidad. La defensa consiste en dar una explicación de cuál es la noción de racionalidad que subyace a la ponderación, y para esto distingue entre racionalización y hiperracionalización. Afirma que las objeciones a la teoría de la ponderación presuponen una noción de objetividad hiperracional. Por ejemplo, en el caso de los principios este tipo de objetividad se obtiene cuando las disposiciones de un sistema jurídico determinan por completo su contenido, es decir establecen explícitamente las normas individuales que prescriben con exactitud qué

está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible; lo que implica que cada decisión judicial obtendrá una justificación completamente objetiva. Sin embargo, señala que este tipo de sistema es imposible de llevar a cabo porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas y su indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. De ahí que la indeterminación normativa implica que la subjetividad no se puede excluir ni de la ponderación ni de cualquier otro procedimiento alternativo. En este sentido, una racionalidad perfecta (hiperracional) es algo que no se puede exigir en el caso del “razonamiento jurídico” y, por tal razón, se puede afirmar que la noción de racionalidad que subyace a la ponderación es una que acepta que la racionalización tiene límites. Posteriormente, desarrolla la fórmula del peso cociente, pues afirma que es incompleta y que para justificar que es un procedimiento racional tiene que incorporar un conjunto de variables adicionales. En primer lugar, considera que las primeras variables de la fórmula del peso, a saber el grado de afectación de un principio en un caso concreto (pág. 37) (*IPiC*) y la importancia de la satisfacción del principio opuesto (*WPjC*) deben incorporar adicionales variables normativas y empíricas. Propone las siguientes variables normativas, una variable que represente el significado (*Si*) de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio desde el punto de vista del ‘concepto de persona’ presupuesto por el sistema jurídico y político (*SiPiC* y *SiPjC*); otras variables que capturen la importancia de la posición jurídica (*PJ*) considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes (*PJPiC* y *PJPjC*). Desde la perspectiva de las variables empíricas señala las siguientes, la eficiencia (*E*), velocidad (*V*), probabilidad (*P*), alcance (*A*) y duración (*D*) con que la medida afecta y satisface los principios en juego. En el sentido que cuando más eficiente, rápido, probable, potente y duradero sea el acto bajo examen para efectuar y satisfacer los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios. El análisis de la ponderación concreta no se modifica. Finalmente, las variables adicionales asociadas a la ponderación epistémica (*SPiC*, *SPjC*), son las siguientes, seguridad epistémica (*SEIPiC*, *SEPPjC*), la importancia de los principios en el caso concreto (*SNIPiC*, *SNWPjC*) y abstracto (*SNPPiA*, *SNPPjA*). Una de las consecuencias de la generalización es que en algunos casos no se podrá determinar el valor de cada variable, ni si el valor de cada variable debe ser el mismo, por lo cual el signo de multiplicación sólo puede cumplir un papel metafórico, solo expresa la idea de que en la ponderación debe tenerse

en cuenta el valor de todas estas variables. Entonces, un modelo de una ponderación racional es:

GLORIA LOPERA MESA, en el *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales sostiene que* la aplicación de este principio (en su variante de prohibición de exceso) al control de constitucionalidad de leyes penales requiere del desarrollo de una estructura argumentativa mucho más compleja y completa de la que se viene utilizando, en la que simplemente se identifica el juicio de proporcionalidad con la exigencia de proporcionalidad estricta entre la gravedad de la pena y del delito. Por ejemplo, en las teorías utilitaristas el juicio sobre la legitimidad externa (o ética) de una ley penal y el juicio interno acerca de su validez constitucional comparten la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en “sentido amplio”, es decir la legitimidad externa (y la validez interna) del derecho penal debe perseguir un fin legítimo, además de acreditar ser un medio idóneo y necesario para alcanzarlo, y la suma total de sus costes en términos de libertad debe ser inferior a la garantía de libertad que con ella se obtiene. Una de la virtudes de esta estructura consiste en que permite sistematizar los principales límites materiales del poder punitivo (FERNÁNDEZ CRUZ 2007, pág. 360), por ejemplo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se incorpora dentro de las razones normativas *prima facie* en contra de una intervención penal legislativa, el principio de lesividad de la conducta se incorpora en el subprincipio de idoneidad, y el principio de intervención mínima se incorpora en el subprincipio de necesidad. Pero señala que aunque comparten esta estructura, esto no equivale a reducir ambos juicios, pues el primero se basa en el razonamiento práctico en general, mientras que segundo se basa en el discurso jurídico el cual se caracteriza por tener un componente autoritario e institucional representado por medio principios formales, “en particular del que ordena optimizar la competencia decisoria del legislador”. Este principio fundamenta el reconocimiento de diversos márgenes de acción legislativos que restringen el alcance con que pueden ser aplicados los subprincipios de la proporcionalidad para enjuiciar la validez de una ley penal. En virtud de los límites al control de constitucionalidad derivados del reconocimiento de los márgenes de acción legislativos, no es posible asimilar el juicio que efectúa el Tribunal acerca de la validez de una ley penal con el juicio sobre su legitimidad externa. Por ejemplo, las decisiones adoptadas por el legislador dentro de los márgenes de acción estructural, serán decisiones normativas válidas; sin embargo, pueden ser susceptibles de una crítica ética y

política, aunque no jurídico constitucional. La autora trata de establecer hasta qué punto deben matizarse tales exigencias, por ejemplo si en virtud de los márgenes de acción legislativos el control que puede practicar el Tribunal debe limitarse a un modelo poco exigente o si, por el contrario, puede tener mayor intensidad. La autora argumenta a favor del segundo, y presenta un modelo constituido por los siguientes elementos, 1) la atribución al legislador de las cargas de argumentación y prueba, 2) la adopción de una perspectiva *ex post*, es decir la necesidad de respaldar las premisas empíricas en el conocimiento científico disponible, y 3) la exigencia de que dichas premisas cuenten con un alto grado de probabilidad.

LAURA CLÉRICO en *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto* intenta desarrollar la estructura argumentativa asociada al submandato omisión. Comienza señalando que su estructura no se puede reducir a la estructura del submandato de prohibición por exceso (aplicado a derechos de defensa). Su objetivo es desarrollar “nuevas herramientas en el examen de proporcionalidad en sentido amplio cuando se analiza su aplicación para la protección de los derechos sociales en su función de derechos de prestación positiva” (CLÉRICO, 2010, pág. 115) es decir cuando se exige al destinatario que haga algo para que el titular del derecho pueda ejercerlo. Afirma que debido a las características de los elementos que constituyen a los sub exámenes de idoneidad y de necesidad, ambos deben ser modificados. Solo voy a ilustrar el análisis del primero. Por ejemplo, afirma que se viola la obligación de protección o de prestación positiva iusfundamental, cuando a) las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales sean inidóneas o defectuosas para alcanzar el fin de protección obligatorio o cuando quedan muy por detrás de lo obligado o b) el poder estatal permanece totalmente inactivo. Presenta la siguiente fórmula del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente, la cual se aplica a las dos situaciones previas: es necesaria una protección que sea “adecuada” bajo la consideración de los bienes jurídicos que colisionan, y es decisivo que la protección sea como tal “eficaz”. Además, las medidas legislativas deben ser “suficientes” para alcanzar una protección “adecuada y eficaz”. En ambas situaciones se distingue diferentes maneras en que se establece la relación de fomento entre un medio y un fin. Por ejemplo, en la primera (a), el medio atacado es una acción y el problema radica en su insuficiencia o en su defecto, el fin es la promoción de un derecho fundamental de prestación que además puede coincidir con el fin estatal perseguido por el legislador. En la

segunda (b), el medio es una omisión (no hacer algo), se distinguen diferentes modalidades de omisión, pero el problema básico consiste en determinar si realizar una acción es obligatorio en forma definitiva. El fin es la promoción de un derecho fundamental de prestación dado por la Constitución que puede o no coincidir con el fin estatal. Por otro lado, la prohibición por exceso y la prohibición por omisión o insuficiencia también se pueden diferenciar en virtud del análisis del medio, el fin, y la relación de fomento entre estos. En primer lugar, con respecto al medio, en la prohibición por exceso, éste está dado desde el principio, por ejemplo fue discutido, seleccionado y establecido por el legislador para el logro del fin. En cambio, en la prohibición por omisión o insuficiencia, el medio es indeterminado. “Para el sujeto del derecho de prestación positiva el medio, que hay que someter a examen, es la omisión o acción estatal insuficiente y el medio ordenado sería una acción suficiente o adecuada.” Por otro lado, el Estado considera que la selección del medio es parte de su margen de apreciación y puede incluso no existir la obligación de elegir algún medio determinado que implique realizar una acción. En segundo lugar, las diferencias con respecto al fin son que en el caso del examen del mandato de prohibición por exceso, el fin estatal es determinado por el legislador, y basta con que el fin no esté definitivamente prohibido por la Constitución. En el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, por lo menos, uno de los fines se refiere a la realización de un derecho en su función de prestación. “Es el derecho fundamental del afectado que requiere ser precisado de acuerdo con las circunstancias particulares del caso; es decir, de acuerdo con el estado de cosas (de insuficiente realización del derecho) que de hecho se alcanzó a través de la omisión o acción insuficiente o defectuosa atacada (estado de inicio) y el estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr a través de una acción suficiente (estado final).” (CLÉRICO, 2010, pág. 124). En tercer lugar, con respecto a la relación de fomento entre el medio y el fin, en el caso de prohibición por exceso basta con una exigencia débil para que se considere que el medio es idóneo, a saber que el medio promueva al fin en algún sentido. Pero en el caso de omisión o acción insuficiente, se requiere de una exigencia más fuerte, el problema es determinar qué tan fuerte debe ser esta exigencia, la autora presenta un análisis detallado de este punto. También analiza de forma detallada el juicio de necesidad. Finalmente, en el caso de la ponderación en sentido estricto, la diferencia no se encuentra en la estructura argumentativa (como en los casos anteriores), sino en el contexto de aplicación; en concreto, la ley de ponderación se debe interpretar progresivamente,

por ejemplo se debe tener en cuenta la proyección del mandato en contextos de exclusión social.¹⁰

IV. APLICACIÓN EN ALGUNOS ORDENAMIENTO NACIONALES

CARLOS BERNAL PULIDO en el *Principio de proporcionalidad de la legislación penal* discute dos cuestiones. La primera versa sobre la controversia surgida en la jurisprudencia colombiana, la cual consiste en determinar si la tipificación de una conducta como un delito y su sanción correspondiente es una cuestión que sólo concierne al legislador o si, también, es susceptible de ser controlado por la Corte constitucional; esta última opción plantea la segunda cuestión, es legítimo y racional llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes penales sobre la base del principio de proporcionalidad o no. El autor muestra que la primera controversia se origina debido a tres tesis. La tesis de autorestricción, según la cual la Corte constitucional se restringe así misma en el ejercicio del control sobre las leyes penales, es decir ha declinado todo intento de fiscalizar al detalle la compatibilidad de las medidas adoptadas por el Congreso con los derechos fundamentales, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad. La tesis de la intervención, la cual dice que la tipificación de un delito y la fijación de su pena representa una intervención en los derechos fundamentales. Y la última tesis, la cual dice que toda ley penal representa una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales. PULIDO argumenta que sólo el principio de proporcionalidad (como una técnica interpretativa que sirve de criterio para determina el contenido de los derechos fundamentales) puede ofrecer un modelo entre derechos constitucionales y legislación penal que permite armonizar las tres tesis. Para responder la segunda cuestión compara al principio de proporcionalidad con la teoría del mínimo y presenta los problemas que encara esta teoría.

TERESA AGUADO CORREA en *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano* tiene por objetivo elucidar cuál es el contenido del artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en el cual se hace referencia al principio de proporcionalidad. Para esto realiza un análisis de este principio centrándose en su justificación constitucional y en el análisis de su estructura argumentativa. Con respecto a la estructura, ésta se analiza en los tres subprincipios. El primero es el subprincipio de idoneidad, el cual exige que se

¹⁰ Cfr. FAZIO (2019)

identifique la relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental, para lo cual el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad son fundamentales. De esto se sigue que una pena será constitucionalmente válida si tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional y si tipifica conductas que realmente lesionen o pongan en peligro a los bienes jurídicos. La autora argumenta que debido a que el Tribunal Constitucional establece la observación obligatoria de los principios de dignidad de la persona y de libertad, se considera que el Derecho Penal posee una finalidad garantista, en el sentido de que se asume que éste no sólo cumple una función preventiva de delitos, sino también una función de protección de los bienes jurídicos de los delincuentes. Sin embargo, señala que de la obligatoriedad de estos principios sólo se sigue el reconocimiento del principio de proporcionalidad en sentido amplio en cuanto limite al *ius punendi*, pero no que el Derecho Penal posea una finalidad garantista. Con respecto al subprincipio de necesidad, éste implica otros principios, los cuales representan los límites más importantes del *ius puniendi*, a saber el principio de exclusiva protección de bienes y el principio de intervención mínima. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto implica que debe existir una proporción entre la pena y el delito, la cual se puede analizar en dos aspectos uno abstracto y en concreto. El primero va dirigida al legislador y el otro al juez. Finalmente, analiza la relación entre el principio de proporcionalidad con respecto de las medidas de seguridad, y las consecuencias accesorias.

CARLOS BERNAL PULIDO en *La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 045-2004-PI/TC* analiza el siguiente problema, la pretensión de vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley en virtud de tratos diferenciados a favor de los magistrados titulares del Poder Judicial y el Ministerio Público debido al artículo 3 de la Ley 277466. El Tribunal Constitucional resolvió que la disposición impugnada representa una intervención en la igualdad y, por tanto, la declaró inconstitucional. Para justificar su fallo propuso el siguiente análisis del principio de proporcionalidad cuando se aplica al juicio de igualdad: a) determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación; b) determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad; c) determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin) d) examen de idoneidad, e) examen de necesidad, f) examen de proporcionalidad estricta.

PULIDO analiza críticamente cada uno de estos puntos, sólo voy a comentar algunas observaciones sobre el primero. En primer lugar, discute la siguiente afirmación del Tribunal, “la intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público”, comienza señalando que es erróneo pensar que la intervención en un derecho fundamental sólo puede afectar su dimensión subjetiva y no a su dimensión objetiva, por el contrario puede afectar ambas. Además sostiene que esta manera de caracterizar al término “intervención” es cuestionable. Por ejemplo, observa que es incorrecto considerar que una intervención en un derecho fundamental consiste en una restricción o limitación, pues el concepto de “limitación” pertenece al marco o estructura conceptual de las teorías internas de los derechos fundamentales, pero éstas en tanto que rechazan la posibilidad de que el legislador, por lo menos *prima facie*, pueda suprimir una parte del contenido de los derechos, son incompatibles con la aplicación del principio de proporcionalidad. También observa que el concepto de intervención entendido como una situación en la cual una norma legal representa una afectación negativa de una norma o posición *prima facie* adscrita en un derecho fundamental no puede ser expresada por medio de la noción de restricción y vulneración. Esto se debe a que la intervención en un derecho representa un presupuesto para aplicar el principio de proporcionalidad, en el sentido de que catalogar a una norma como una intervención tiene lugar antes de la aplicación de este principio, de ahí que afirmar que hay una intervención en un derecho implica tanto la validez *prima facie* de la norma legal, como la validez *prima facie* de la norma iusfundamental afectada. En cambio, una restricción o una vulneración de un derecho se produce sólo después de la aplicación del principio de proporcionalidad, por ejemplo una restricción implica la validez definitiva de la norma legal y la correlativa pérdida de validez *prima facie* de la norma iusfundamental afectada, por ello se entiende que las restricciones a los derechos fundamentales son intervenciones constitucionales. Pero si se verifica la desproporción de la norma legal, entonces se debe considerar como una vulneración del derecho y, por tal razón, debe ser declarada inconstitucional. En cambio, propone que el concepto de intervención se analice por medio de cuatro reglas argumentativas.

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO en *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano* hace un análisis de su recepción y en particular de la aplicación de los sub principios que lo integran. Señala que aunque ha sido bien recibido por el Tribunal

Constitucional peruano (TC), éste en algunas ocasiones comete algunas deficiencias en su aplicación, por ejemplo, con la calidad de los argumentos que se utilizan para justificar su aplicación. Debido a estas deficiencias, en la opinión pública se cuestiona la objetividad del test, lo cual ha llevado a la errónea impresión de que es irracional y de que lleva a un “decisionismo” encubierto de argumentación. Pero el autor afirma que esta impresión es infundada pues los errores en su aplicación no demuestran que la estructura argumentativa sea censurable. Esto se puede ilustrar con la justificación que se proporciona de la aplicación del test de proporcionalidad en dos casos que —según el autor— son similares, pero las sentencias del Tribunal son contrarias. Se trata de la expulsión de dos alumnos de diferentes centros escolares en virtud de que incurrieron en faltas de acuerdo al reglamento de la institución. En un caso se consideró que besarse dentro un centro escolar constituye (según el reglamento) un acto reñido contra la moral y las buenas costumbres, y por lo tanto representa una falta grave. El autor señala que en este caso, el Tribunal optó por remitirse al principio de legalidad sin evaluar la proporcionalidad de la medida. Por un lado, el TC sostiene que dado que “no hay una relación necesaria entre el principio de legalidad y el de taxatividad, las precisiones en la descripción de las conductas pueden hacerse mediante las reglas básicas del sentido común, toda vez que la Moral es la ciencia que trata del bien en general” (GRÁNDEZ, 2010, pág. 374); por otro lado, el TC considera que “su imposición denota la estricta observancia del principio de legalidad, puesto que se aplicó la sanción que estaba previamente contemplada en la norma que sanciona como prohibida la falta en la que incurrió la demandante.” En virtud de lo cual, el TC convalidó la expulsión aunque invocando el test de proporcionalidad. El autor dice que esto muestra que: “el Tribunal pareciera supeditar el test de proporcionalidad al principio de legalidad. No obstante se trata, a todas luces, de un problema de argumentación imputable al Tribunal y no a la técnica en sí.” En el otro caso se llegó a un resultado opuesto también apoyándose en el test de proporcionalidad. En esta situación la expulsión se debe a que el alumno estaba fumando marihuana. En esta sentencia, a diferencia del caso anterior se evalúa (no solo en términos formales) la razonabilidad de la medida, por ejemplo se considera que una medida es racional cuando es una consecuencia de la aplicación del test de proporcionalidad. Por lo cual, el TC evaluó la constitucionalidad de la aplicación del reglamento escolar, y a diferencia del caso anterior se argumenta que la falta de certeza en el reglamento no puede suplirse con actos ejercidos fuera de un control. A juicio del TC, la medida resulta desproporcionada. Finalmente, GRÁNDEZ

señala que a diferencia de la crítica de GARCÍA ARMANDO al principio de proporcionalidad, según la cual la dependencia del test respecto de la interpretación de los principios en conflicto constituye un problema metodológico, la justificación de los principios para evaluar la proporcionalidad de la medida no resulta del todo negativo.

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA en *El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)* analiza la relación entre la Constitución y el Derecho Penal ecuatoriano, y en particular algunas de las consecuencias que tiene el neoconstitucionalismo y el garantismo en el derecho penal. Por ejemplo, comienza señalando que los derechos humanos constituyen la base del sistema político y jurídico contemporáneo, ya que se conciben como principios rectores del Estado. Dado que de estos emanan obligaciones de abstención por parte de los poderes públicos, se puede afirmar que invierten la perspectiva sobre la relación tradicional del Estado con el ser humano, en particular el Estado está al servicio del ser humano y solo se legitima si cumple con los objetivos que constan en los principios determinados en la parte dogmática de una constitución, que no son otros que los derechos humanos. El máximo desarrollo que han experimentado ha obligado al Estado a minimizar sus ataques, de tal modo que la Constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática, y por esta razón, el derecho penal debe ser leído en clave constitucional, y en concreto en perspectiva de los derechos humanos y los principios constitucionales. En este sentido, los derechos humanos se presentan como renovadores de la teoría del derecho penal. El poder punitivo como una forma de intervención en el ejercicio de los derechos solo se justifica cuando es estrictamente necesario y cuando no atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos, de ahí que los tipos penales no pueden proteger bienes jurídicos que no tengan sustento en principios y derechos humanos reconocidos constitucionalmente. A causa de ello, el legislador al definir los tipos penales está ante una paradoja. Por un lado, debe promover los derechos humanos y evitar su restricción; por otro lado, debe restringir los derechos de las personas que cometen delitos. Para evitar esta paradoja debe basar su actividad en algunos principios básicos como el principio de proporcionalidad, el principio de necesidad, el principio de legalidad, etc. Por otro lado, en el Estado constitucional, el juez no debe ser un mero aplicador de la ley penal, sino garante de los derechos reconocidos en la Constitución,

incluso puede inobservar la ley penal por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional. Por ello, el principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa de los derechos humanos y como un principio a través del cual el Estado legitima su intervención en su ejercicio. Por medio de tal principio se puede evitar violar el principio de legalidad, por ejemplo el autor afirma que un juez que pondera y argumenta la inaplicación de un tipo penal, “no viola el principio de legalidad sino que está aplicándolo bajo el supuesto de que la Constitución es norma jurídica (principio también de legalidad y que podríamos, para diferenciarlo, denominarlo principio de constitucionalidad).” (SANTAMARÍA, 2008, pág. 335). Finalmente, analiza casos en los que afirma que hay un conflicto entre normas penales y constitucionales, y en lo cuales el juzgador penal tendría potestad para inaplicar el Código Penal. Finalmente, argumenta que debido a lo anterior múltiples tipos penales del Código Penal deben dejar de existir.

MARÍA TERESA CASTIÑEIRA y RAMÓN RANGUÉS, *Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Se discute dos tesis si i) un principio de proporcionalidad que se aplique a las penas de prisión está implícito en la Constitución de Estados Unidos, en particular en la octava enmienda, y ii) si lo está entonces cuáles son sus límites. Los autores señalan que El Tribunal Supremo reconoce que la octava enmienda contiene una prohibición de penas excesivas que tiene vigencia en relación con la pena de muerte, sin embargo, no establece claramente el alcance del principio en relación con la pena de prisión. Por lo cual, la cuestión a discutir es si la pena de prisión es constitucional *per se* con independencia de su gravedad. Este punto se ilustra con la discusión de la ley *Three Strike*. Se presenta el análisis de dos casos emblemáticos, *Ewing v. California*, y *Lockyer, Attorney General of California v. Andrade*; en los cuales aunque se cometieron hurtos leves (el robo de unos palos de golf y el robo de unas cintas de videos), al aplicar la ley *Three Strike*, se les impuso penas muy severas, la pena común en ambos casos fue de reclusión perpetua con un cumplimiento mínimo de veinticinco años. El Tribunal Supremo resolvió que las penas en ambos casos era constitucionales. Los autores hace un análisis minucioso de las sentencias del Tribunal Superior en ambos casos. Finalmente afirman que a pesar de que el Tribunal haya otorgado su pleno respaldo a esta ley, se pueden reconocer algunas objeciones. Por ejemplo, desde un punto de vista de la función de la pena, en la argumentación del Tribunal se percibe cierta tendencia a confundir

las exigencias de penas desproporcionadas con la necesidad de que la pena cumpla algún tipo de función, por ejemplo, la intimidación o inoquización. Sin embargo, tal confusión tiene como secuencias un concepto de proporcionalidad en el cual se elimina la dimensión garantista de la prohibición de penas excesivas y, por lo cual, carece de una dimensión retributiva de la pena. Por el contrario, sostienen que el concepto de proporcionalidad estricta es una noción esencialmente retributiva (FERRAJOLI, 2004, págs. 397-398).

V. CONCLUSIONES

Este ensayo se ha centrado en discutir principalmente la naturaleza y la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad. El objetivo fue mostrar las principales discusiones que se han originado en torno a estos temas. En el mismo se puede observar cómo se integran y complementan las discusiones contenidas en los artículos, por ejemplo, algunas de las principales objeciones que se presentan en la sección II en contra de la teoría de ALEXY tienen una respuesta en los artículos de la siguiente sección (III). Pero también se puede identificar otras discusiones; por ejemplo parece que la observación de CASTILLO, según la cual el concepto de dignidad humana representa un valor superior para una constitución y, por tal razón, tiene una importancia central para construcción de una teoría de los derechos fundamentales, ALEXY la puede aceptar. En la reconstrucción que se presentó (en la sección I.A) se mostró que ALEXY reconoce que puede haber un principio (como el de la dignidad de la persona) que tiene tal importancia que para justificar su intervención, la fuerza de las razones opuestas tendrían que aumentar desproporcionadamente. Lo cual muestra que ALEXY (1993, pág. 106) puede justificar a la idea de que la noción de dignidad humana tenga cierta prioridad o centralidad para una teoría de los derechos fundamentales. Adicionalmente, CLÉRICO (2012) ha argumentado que el modelo de la ponderación desarrollado por MORESO no parece ser incompatible con la postura de ALEXY. Finalmente, FAZIO (2019) ha argumentado— en contra de la postura de CLÉRICO— que el examen de proporcionalidad en el caso de prohibición por omisión no tiene que exhibir una estructura argumentativa distinta a la aplicada al caso prohibición por exceso. En la última sección (V), la mayoría de los artículos se centran en la aplicación de este principio en el derecho penal de diferentes ordenamientos. En parte esto se debe a que la estructura argumentativa del principio ha resultado una herramienta muy fructífera para

abordar teóricamente diversos temas centrales del derecho penal, por ejemplo la relación entre el legislador y el juez penal. Aquí también se pueden identificar discusiones entre las posturas que ha desarrollado los autores, como por ejemplo la de TERESA AGUADO CORREA y RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA acerca de si el reconocimiento del principio implica reconocer que el derecho penal tiene una finalidad garantista o no.

Me gustaría finalizar señalando un problema reciente que no se discute directamente en los artículos presentados, pero el cual me parece que representa una objeción importante. En la sección IV se presentaron artículos en los cuales se discute la recepción, justificación y aplicación del principio proporcionalidad por las cortes o tribunales constitucionales de la región andina. En tal sección se argumentaba que el neoconstitucionalismo permitía dar cuenta de la ola de reformas surgida en los noventa. Sin embargo, han aparecido algunas voces críticas al respecto, por ejemplo GARGARELLA (2018, pág. 116) sostiene que unas de los grandes problemas del constitucionalismo latinoamericano es su grave déficit democrático. En este sentido y con la intención de dar cuenta de este déficit, se puede preguntar cuáles es la mejor manera de diseñar las instituciones dentro una democracia constitucional (ALTERIO 2020). Desde esta perspectiva, algunos autores cuestionan la adecuación del neoconstitucionalismo, pues argumenta que este modelo tiene cierto tipos de arreglos institucionales que en lugar de eliminar la clásica tensión entre constitucionalismo y democracia (UGARTE, 2015), la fomentan. Por ejemplo, ALTERIO (2020, pág. 140) sostiene que el neoconstitucionalismo genera un modelo de constitucionalismo fuerte y elitista, (esto se debe a la adopción de una Constitución rígida contra mayoritaria junto con el tipo de control de constitucionalidad que presupone) aunado a que conlleva a una concepción de la democracia fuertemente sustancialista. Gracias a esto, el neoconstitucionalismo introduce límites estructurales y formales que excluyen la deliberación colectiva sobre temas centrales, por ejemplo sobre el reconocimiento y el contenido de los derechos fundamentales. Considera que mecanismos como la ponderación se pueden concebir como procedimientos que inducen a despolitizar la Constitución y, por lo tanto, pueden generar cierto fenómeno de dominación, como lo es la supremacía judicial. Razón por la cual, considera que en este modelo la determinación del contenido de los derechos fundamentales puede volverse una cuestión de elites o una cuestión sesgada.

En el neoconstitucionalismo principalista, la formulación de principios abstractos tiende a generar un modelo de supremacía judicial.

En el sentido de que los tribunales se presentan no sólo como foros de principios cuyas interpretaciones morales de la Constitución son superiores a cualquier interpretación extra judicial, sino que también se fomenta por medio de la ponderación que sean los jueces los que tienen la última palabra autoritativa en materia constitucional. El problema de la supremacía consiste en que impide el diálogo con los otros poderes, además de que da al pueblo el mero papel de ratificadores de la voluntad judicial, sin mayores herramientas para hacer valer sus eventuales desacuerdos. Por ejemplo, GARGARELLA (2018, pág. 117; ALTERIO, pág. 130) sostiene que la historia del constitucionalismo latinoamericano se caracteriza por concentrar sus esfuerzos en el reconocimiento de cada vez más derechos, sin embargo, parece descuidarse el trabajo necesario que se requiere en la organización del poder. De este modo, se deja in-tocada el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toda de decisiones democrático. Lamentablemente esta omisión puede generar la expansión de poderes como el judicial, lo cual al final cuentas resulta incompatible con la intención democrática que puede motivar la expansión de derechos.

Por otro lado, GARGARELLA (2019, pág. 31) señala que un rasgo que también caracteriza a la ola más reciente de reformas constitucionales en América Latina (y en especial en la región andina) es su énfasis en la cuestión indígena. Fajardo (2011) identifica tres ciclos de reformas constitucionales que se han dado en las tres últimas décadas y que tienen que ver con el reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas. Afirma que los cambios implican una reconfiguración sustancial de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas e impactan en la caracterización del Estado mismo. Estas reformas suponen un conflicto con el neoconstitucionalismo principalista, pues éste parece que supone una concepción monista del constitucionalismo y del Estado, es decir suponen la existencia de un solo sistema jurídico de un Estado y una ley general para todos los ciudadanos; mientras que estas reformas apuntan hacia un constitucionalismo pluralista. Por ejemplo, Fajardo identifica los siguientes ciclos de reformas, a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009). Dentro del constitucionalismo andino, las reformas de Colombia (1991), Perú (1993) y Ecuador (1996) se inscriben en la segunda ola, mientras que la reforma de Ecuador (2008) lo inscribe en la tercera. Fajardo sostiene que la novedad más importante del segundo ciclo reside en que las constituciones introducen

fórmulas de pluralismo jurídico gracias al reconocimiento de conceptos como el de “nación multiétnica/multicultural” y el de “Estado pluricultural”, con lo cual se logra romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico. Las constituciones de este ciclo reconocen a autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos, y funciones jurisdiccionales o de justicia. A partir de estos reconocimientos se pone en cuestión la visión clásica de soberanía, y el monopolio que las constituciones asignaban a los poderes u órganos soberanos del Estado para la producción del Derecho y la violencia legítima. Con lo cual se trata de subsanar el déficit democrático del neoconstitucionalismo. En el tercer ciclo, el fundamento del pluralismo jurídico en las Constituciones ya no radica solamente en la diversidad cultural, sino que las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia se proponen una refundación del Estado, en el sentido de que los pueblos indígenas son reconocidos no solo como culturas diversas, sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación. Al definirse como un Estado plurinacional, los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman.

Esto muestra que el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano (y en especial de los países de la región andina que aquí se discuten) no solo se caracteriza por el reconocimiento de derechos fundamentales, sino también por el desarrollo de una concepción pluralista de la Constitución y del Estado que apunta al desarrollo de un constitucionalismo popular. Lo cual permite cuestionar la adopción del neoconstitucionalismo como un modelo que puede dar cuenta del desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, y como señala ALTERIO abre la posibilidad de desarrollar un constitucionalismo auténtico, uno que permita que pueda dar cuenta de las características de la región, sobre todo uno que intente dar cuenta del déficit democrático que caracteriza al constitucionalismo latinoamericano.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano” en CARBONELL, M. y GRÁDEZ CASTRO, P. (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra Editores, Lima. 2010.

- ALEX, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1993.
- ALEX, R., “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 2002, págs. 13-64.
- ALEX, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2003
- ALEX, R., *El concepto y la validez del Derecho*. Gedisa, España, 2004.
- ALEX, R., *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores, 2 edición, Lima, 2007.
- ALEX, R., “Two or three? Nature of legal principles”, *Archives for philosophy of law and social philosophy*, vol. supl.119, 2010, págs. 9-18.
- ALEX, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista española de derecho constitucional*, núm., 91, 2011, págs. 11-29
- ALEX, R., “La fórmula del peso” en CARBONELL, M. (editor), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4 edición, Porrúa, México, 2014a.
- ALEX, R., “Principios formales”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014b, págs. 15-29
- ALEX, R., *La doble naturaleza del derecho*. Trotta. España, 2016.
- ALTERIO, A., *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Tirant lo Blanch. México, 2020.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R., “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)” en CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
- BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.
- CARBONELL, M., “El Neoconstitucionalismo en su laberinto” en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta— IIJ-UNAM, Madrid, 2007.
- CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.

- CARBONELL, M., (editor), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4 edición, Porrúa, México, 2014.
- CARBONELL, M. y Grádez Castro, P. (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra Editores, Lima. 2010.
- CASTILLO CORDOVA, L., *Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad* en Carbonell, M. y Grádez Castro, P. (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra Editores, Lima. 2010.
- CASTIÑEIRA, M. y Ragués, R., “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
- CLÉRICO, L., “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto” en CARBONELL, M. y GRÁDEZ CASTRO, P. (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra Editores, Lima. 2010.
- CLÉRICO, L., “Sobre “casos” y ponderación: Los modelos de ALEXY y MORESO, ¿Más similitudes que diferencias?”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Núm. 37. octubre, 2012, p. 113-145.
- CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Eudeba. Argentina, 2009
- COMANDUCCI, P., “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico” en *Isonomía*. No 16, Abril 2002.
- GRÁNDEZ CASTRO, P. “*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano*” en CARBONELL, M. y GRÁDEZ CASTRO, P. (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra Editores, Lima. 2010.
- DE FAZIO, F.. (2019). “Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales”. En *Isonomía*. No. 51, México oct. p. 95— 115.
- FERNÁNDEZ CRUZ, J. A., “Reseña de Principio de proporcionalidad y la ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales de Gloria Patricia Lopera Mesa” en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol, XX, Núm.1, 2007, p. 359-361.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2004

- GARGARELLA, R., «Sobre el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”», *Revista Uruguaya de Ciencias Política*, vol 27, n.1, 2018, p. 109-129.
- GARGARELLA, R., “Latin America’s Contribution to Constitutionalism” en RACHEL SIEDER, KARINA ANSOLABEHERE y TATIANA ALFONSO (editores), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*. Routledge, Nueva York y Londres, 2019.
- KLATT M., “La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema” en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 43,2020, págs 219-252.
- LOPERA MESA, G., “El principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales” en CARBONELL, M. (editor), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4 edición, Porrúa, México, 2014.
- MORESO, J., “ALEXY y la aritmética de la ponderación”, en CARBONELL, M. (editor), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4 edición, Porrúa, México, 2014.
- PRIETO, L., “El juicio de ponderación constitucional” en CARBONELL, M. (editor), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4 edición, Porrúa, México, 2014.
- PULIDO, B., *El derecho de los derechos, Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad del Externado. Colombia, 2005.
- PULIDO, B., “La ponderación en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica” en T. Alexdander Aleinokoff, *El derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra Editores, Lima, 2010.
- PULIDO, B. *La racionalidad de la ponderación*. En CARBONELL, M. (editor), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4 edición, Porrúa, México, 2014.
- PULIDO, B. *El Principio de proporcionalidad de la legislación penal* en CARBONELL, M. (editor), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4 edición, Porrúa, México, 2014.
- PULIDO, B., *La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 045-2004-PI/TC* en CARBONELL, M. y GRÁDEZ CASTRO, P. (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra Editores, Lima. 2010.

- UGARTE SALAZAR, P., “Sobre el concepto de Constitución” en JORGE LUIS FABRA ZAMORA y Ezequiel Spector (editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol, 3. UNAM, p. 1930— 1959.
- VILLAVERDE, I., “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales” en CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
- YRIGOYEN, F., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización” en C. GARAVITO comp. *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XII, Buenos Aires, 2011.