

## Repercusión Jurídica de la Ponderación en los Procesos Constitucionales

*Legal Repercussion of Weighting in Constitutional Processes*

Fecha de Recepción: 30 de septiembre del 2023

Fecha de Aprobación: 26 de octubre del 2023

**Onodera Otsuka, Rimi**<sup>1</sup>

*Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" Campus Itapúa. Paraguay*

### **Resumen**

Uno de los reconocimientos más trascendentales de la teoría del derecho contemporáneo, tanto en el mundo anglosajón como en Europa continental, es que el derecho no está conformado únicamente por reglas de estructura condicional hipotética, sino también por principios jurídicos de aplicación indeterminada que al no tener un supuesto de hecho no pueden resolverse por la subsunción normativa como ocurre con las reglas, sino por medio de la ponderación como una nueva forma de aplicación del derecho. En este contexto, la línea central del presente artículo centra la visión en destacar la repercusión jurídica de la ponderación en los procesos

constitucionales para poner de relieve que esta técnica argumentativa, a través del principio de proporcionalidad, sirve como mecanismo del control de constitucionalidad y de convencionalidad a fin de facilitar la cabal realización de la justicia material, porque cumple una función epistemológica y humanista del proceso para hallar un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto con el afán de consolidar la tutela judicial efectiva de los derechos humanos fundamentales en atención a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso en concreto.

---

1. Abogada por la Universidad Católica "Ntra. Sra. de la Asunción", Sede Regional Itapúa, Encarnación, Paraguay. Especialista en "Derecho Procesal" por la Universidad "Gastón Dachary" de la Ciudad de Posadas, Provincia de Misiones, Argentina. Actualmente, maestrando en "Derecho Público, Justicia Constitucional y Derechos Humanos con énfasis en el Control de Convencionalidad" por la Universidad Católica "Ntra. Sra. de la Asunción", Sede Regional Itapúa, Encarnación, Paraguay. Miembro de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Con publicaciones hechas en la Revista Jurídica Actio N° 3; Conferencista en el IV y V Congreso Paraguayo de Derecho Procesal Constitucional; V Congreso Mundial de Justicia Constitucional y en el VIII Seminario Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Brasil.  
[myronodera@gmail.com](mailto:myronodera@gmail.com)

**Palabras Claves:** ponderación, proporcionalidad, principios constitucionales, justicia.

### **Abstract**

One of the most transcendental recognitions of contemporary legal theory, both in the Anglo-Saxon world and in continental Europe, is that the law is not only composed by rules of hypothetical conditional structure, but also of legal principles of indeterminate application which, not having a factual assumption, cannot be resolved by normative subsumption as occurs with rules, but by means of ponderation as a new way of applying the law. In this context, the central line of this article focuses on highlighting the legal impact of ponderation in constitutional processes in order to emphasize that this argumentative technique, through the principle of proportionality, serves as a mechanism for the constitutionality control and conventionality in order to facilitate the full realization of substantive justice, because it fulfills an epistemological and humanistic function of the process to find a fair balance between the competing interests of the individual and society as a whole with the aim of consolidating the effective judicial protection of fundamental human rights in view of the factual and legal circumstances of the particular case.

**Keywords:** weighting, proportionality, constitutional principles, justice.

### ***1. Introducción:***

La presente investigación tiene por objeto resaltar la relevancia del uso de la técnica de ponderación, a través del principio de proporcionalidad, como método de interpretación y aplicación de los principios constitucionales, dado que cada vez más con mayor fuerza la realidad jurídica-social exige la necesidad de interpretar la Constitución con textura abierta en

### **Mombyky**

Peteîva umi reconocimiento transcendental teoría jurídica contemporánea, mundo anglosajón ha Europa continental-pe, ha'e léi ndaha'êi ojejapóva norma hipotética estructura condicional añónte, sino avei principio jurídico aplicación indeterminada, péva, ha'ekuéra guive ndorekói Peteî suposición hecho ndikatúiva oñesoluciona subsunción normativa rupive ojuhuháicha norma-kuéra rehe, sino pesaje rupive forma pyahu aplicación léi reheguáva. Ko'ã mba'épe, línea central ko artículo ojesareko visión omomba'évo repercusión jurídica ponderación umi proceso constitucional-pe omomba'eguasúvo ko técnica argumentativa, principio de proporcionalidad rupive, oservíva mecanismo ramo control constitucionalidad ha convencionalidad ikatu haguã ombohape plena realización justicia material, omoañetégui función epistemológica ha humanística proceso ojuhúvo equilibrio justo intereses concurrentes individuo ha sociedad en su conjunto orekóva deseo omopyendáva protección judicial efectiva derechos humanos fundamentales en ombohováí haguã umi circunstancia hecho ha jurídica káso específico rehegua.

**Ñe'ẽ momba'ẽ guasupy:** Ponderación; proporcionalidad, principio jurídico; justicia.

pos de efectivizar el respeto del contenido sustancial o axiológico de los derechos fundamentales del hombre, porque estos derechos son la positivización de los valores y principios connaturales de la dignidad humana que representa orden, razón y límite al accionar de los poderes estatales, y dentro de su contenido esencial se halla la justicia como valor imprescindible para consolidar un efectivo Estado Social y Democrático de Derecho.-

Ante esta situación emerge la repercusión jurídica de la ponderación en los procesos constitucionales, por cuanto esta percepción material, en contraposición a la visión mecánica, cerrada, formal y carente de humanidad del *ius* positivista, permitirá delimitar la cobertura constitucional de un derecho fundamental frente a otro derecho y dirimir los conflictos que se suscitan entre los derechos fundamentales de manera proporcional, la cual es más consecuente con un modelo funcional de Derecho Constitucional donde los problemas jurídicos se resuelven a través de la ponderación de los principios y valores constitucionales para la realización de la justicia real, efectiva, equitativa y social, por ende, el principio de proporcionalidad se consolida como un derecho constitucional inherente a la existencia del derecho, del Estado Social y Democrático, de la dignidad humana y de la justicia.-

Para cumplir el cometido de exponer la trascendencia constitucional de la ponderación se aborda en el presente artículo un cúmulo temático referente a su justificación como nuevo método interpretativo y aplicativo del derecho, delimitación conceptual y su estructura con el propósito de comprender la vinculación de la ponderación con el principio de proporcionalidad y la de éste con los principios de racionalidad y de razonabilidad, y fundamentar la validez jurídica y aplicación de la ponderación a través del principio de proporcionalidad como mecanismo del control de constitucionalidad y de convencionalidad.-

## ***2. La ponderación como método para interpretar y aplicar los principios constitucionales:***

Canosa Usera (2012, p. 267, 278 al 282) explica que en el proceso de interpretación y aplicación constitucional el elemento evolutivo cobra mayor fuerza cuando tras el empleo de otros métodos *-como elemento literal, histórico, lógico, teleológico o sistemático-* el sentido normativo extraíble de la disposición no sirva para regir la realidad y, por ende, surge la necesidad de transformar el sentido normativo para adaptarla a una nueva acorde a las condiciones sociales, económicas y políticas existentes al tiempo de su interpretación y aplicación, y no las condiciones y necesidades existentes al tiempo de su sanción normativa. La Constitución está muñida con abundancia de principios que por su ambivalencia se amplía la esfera de sentidos extraíbles para lograr su eficacia normativa, por ende, esta necesidad de actualización exige al juez, entre varias interpretaciones posibles, a escoger la interpretación

más adaptada a la realidad de cada momento que favorezca el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales para preservar el principio *pro hómine*<sup>1</sup>, siendo éste el contenido axiológico y finalista de la Constitución.-

Esta clave evolutiva es posible desde el reconocimiento eficaz de los derechos humanos como principios en la teoría del derecho contemporáneo, máxime a partir de las teorías difundidas de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, por cuanto el derecho ya no se reduce solo a la ley positiva, sino tiene un campo más amplio y moral por los principios y valores connaturales de la dignidad humana y del Estado Social y Democrático, cuya aplicación no puede resolverse por vía de la subsunción normativa, sino por la ponderación, dado que los principios no tienen hipótesis ni consecuencia predeterminada. Por ello, para el ejercicio de la interpretación y aplicación constitucional hay que conocer las diferencias entre los principios y las reglas para poder interpretarlos y aplicarlos correctamente, porque ellas justifican este nuevo método de interpretación y aplicación del derecho basado en la ponderación.-

En tal sentido, según la tesis de la ponderación alexiana (2016, p. 458) el criterio de distinción entre reglas y principios no consiste en el carácter de “todo o nada”, en contraposición a la teoría de Dworkin, sino de “optimización”, un mandato que puede cumplirse en distintos grados, porque de seguir por el carácter de aplicación absoluta se requerirá que todas las excepciones a las reglas fueran reconocidas previa y taxativamente, cuya situación es fácticamente improbable. Así, aunque ambas son normas jurídicas que regulan la conducta humana y son fundamentos de decisiones jurisdiccionales, las reglas son imperativos específicos y definitivos que exigen una única medida de cumplimiento: “se cumplen o no se cumplen”, por ende, adoptan la forma del condicional hipotético con silogismo directo *–al ocurrir un supuesto de hecho acarrea una consecuencia–*; en cambio, los principios son de carácter general que no se plantean en términos de “sí o no”, sino de optimizar el valor o bien jurídico en la máxima efectividad posible habida cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas del caso en concreto.-

Entonces, para Alexy (Neria Govea et al., 2019, p. 105) de existir un conflicto de reglas constitucionales sólo puede ser solucionado, ya sea introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inaplicable una de las reglas; en cambio, cuando dos principios entran en colisión uno de los dos tiene que ceder ante el otro, pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, sino uno de los principios precede

---

<sup>1</sup> A favor del hombre.-

al otro por medio de una interpretación argumentativa basada en la ponderación sobre la base de que todos los derechos son iguales y equivalentes entre sí, que los derechos fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario y guardan entre sí relaciones de coordinación y complementariedad, y que la determinación tanto de los límites al ejercicio de cada derecho fundamental como la de sus respectivos contenidos deben realizarse atendiendo al conjunto de los derechos fundamentales, de tal forma que exista un equilibrio o armonía entre ellos que descarte el predominio incondicionado o absoluto de alguno sobre los demás.-

De lo que resulta es que cada uno de los principios tiene una dimensión del peso relativo que *-a diferencia de las reglas que tienen igual dimensión-* varía según las especificidades del conflicto jurídico, por eso, en cada caso concreto es precioso determinar cuál de los principios tiene un peso o importancia mayor, argumentando las razones de la decisión tomada entre varias respuestas posibles, para resolverlo de la mejor manera posible de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso; por esta razón la ponderación alexiana se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional como una nueva forma de interpretar y aplicar los principios jurídicos como mandatos de optimización en atención a las circunstancias específicas del caso.-

### **3. Delimitación conceptual de la ponderación:**

El término “ponderar” deriva de la locución latina *pondus* que significa “peso” e implica pesar o sopesar los principios en juego (Peláez Mejía, 2019, p. 199). Ahora bien, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada frecuentemente y equivocadamente se emplean los términos de “ponderación y proporcionalidad” como sinónimos, y al respecto Bernal Pulido (Citado por Quiroga Natale, 2016, p. 111) explica:

Con bastante probabilidad, una de las causas de este uso inconsistente estriba en la pluralidad de significados que puede adscribirse al término de ponderación. Por ponderación se puede entender una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a la subsunción para aplicar las normas jurídicas, una forma de fundamentar decisiones en derecho y el resultado que estas decisiones contienen (2005, p. 565).-

Quiroga Natale (2016, p. 118) distingue entre la ponderación “en sentido estricto” y en sentido amplio, y explica que el primer supuesto hace referencia al subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto, lo cual equivale a la ley material de la ponderación como parte integrante o complemento del principio de proporcionalidad en sentido amplio -1. *subprincipio de idoneidad o adecuación*, 2. *subprincipio de necesidad* y 3. *subprincipio de*

*proporcionalidad en sentido estricto (3.1. afectación, 3.2. importancia y 3.3. justificación)*-. En este sentido, el principio de proporcionalidad en sentido estricto determina, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar, en atención a las especificidades del conflicto jurídico (Londoño Ayala, 2012, p. 386).-

En cambio, la ponderación “en sentido amplio”, siguiendo a Quiroga Natale, es una técnica-sistema de argumentación y aplicación de los principios constitucionales para resolver la colisión surgida entre ellos en el caso concreto, cuya función consiste en fundamentar la preeminencia de uno de los principios colisionantes, por ende, es autónoma e independiente de la proporcionalidad, y esta técnica se desarrolla por medio de tres juicios, fases o estructuras *-1. ley material de la ponderación (1.1. afectación, 1.2. importancia y 1.3. justificación), 2. fórmula del peso y 3. la carga argumentativa-*. Al respecto, Rodríguez De Santiago (1998, p. 109. Citado por Quiroga Natale, p. 119) sostiene que el principio de proporcionalidad en sentido amplio solo se lleva a la práctica cuando los derechos fundamentales son objeto de intervención por parte de medidas estatales; en tanto en la ponderación la intervención proviene de un acto particular<sup>2</sup>.-

Sin embargo, respecto al ámbito de aplicación señalado no parece tan taxativo o determinante como para concluir que la ponderación se aplica para resolver la colisión de los principios proveniente del acto particular y la proporcionalidad cuando es producto del advenimiento de medidas estatales, puesto que en la ponderación en sentido amplio también se aplica el principio de la proporcionalidad, ya que para el análisis de la ley material de ponderación como parte integrante de la ponderación en sentido amplio se estudian todas las fases del principio de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, si la medida estatal o decisión judicial son idónea y necesaria se estudian las tres fases propias de la ley material de

---

<sup>2</sup> Para explicar mejor esta postura, Quiroga Natale (2016) ejemplifica de la siguiente manera: “...piénsese en la colisión entre el principio a la intimidad y el principio a la libertad de prensa, en el evento que un periodista sigue constantemente para tomar fotografías a una persona que ostenta la calidad de figura jurídica. El referido enfrentamiento no se da por el advenimiento de un instrumento de intervención estatal (ley, decreto, ordenanza, acuerdo, etc.), por el contrario, éste se produce por el ejercicio particular de los derechos de cada una de las personas involucradas (el periodista y el político). La técnica para solucionar casos como el citado no obedece a la triada de subprincipios de proporcionalidad, pues la autonomía de la técnica adoptada bajo la aceptación de ponderación en sentido amplio se materializa en la creación de una estructura propia. Los referidos juicios (las fases de la ponderación en sentido amplio) pueden aplicarse de forma integral o escindida dependiendo del caso concreto a solucionar; por ejemplo, para eventos en los cuales se encuentre bajo examen la colisión de principios producto del advenimiento de un instrumento de intervención estatal, los juicios de ponderación que pudieran apoyar con mayor grado de utilidad el test de proporcionalidad serían la ley de ponderación y las cargas de la argumentación; por el contrario, en el evento en que la colisión de los principios sea de facto, el juicio aplicable para la solución del caso es la fórmula del peso” (p. 120).-

la ponderación -1. *afectación*, 2. *importancia* y 3. *justificación*- para “ponderar” los principios en juego y fundamentar razonablemente si la ponderación de un principio con mayor peso se halla constitucionalmente justificada de manera “proporcional” frente al sacrificio de otro en el caso concreto. Asimismo, tampoco resulta acertada afirmar que en uno se aplica la fórmula del peso y en otro la ley material de la ponderación y la carga argumentativa de forma escindida, porque para estudiar aquella justificación se debe analizar la fórmula del peso o la ley empírica de la ponderación y como última *ratio*<sup>3</sup> también está habilitada la prerrogativa por la libertad, igualdad o la propiedad *prima facie* del legislador, según sea el caso.-

#### **4. Estructuras de la ponderación en lato sensu<sup>4</sup>:**

##### *1. La ponderación en sentido estricto o la ley material de la ponderación:*

Según la ley de la ponderación alexiana: “*cuanto mayor es el grado de la insatisfacción de un principio, tanto mayor debe ser el grado de la importancia de la satisfacción del principio opuesto*”, y esta ley implica analizar hasta qué punto se puede o debe sacrificar un principio para el cumplimiento del otro y si la importancia de éste es suficiente para la no satisfacción del primero. Dicho de otro modo, las preguntas que pueden ser resueltas por medio de esta ley de la ponderación, según Hernández y Jiménez (2017, pp. 87, 93 y sigs.), son: “¿*Qué tanto se está afectando un derecho/principio?*, ¿*Qué tan importante es satisfacer el principio contrario?* y ¿*esta importancia justifica la afectación del derecho/principio?*”. Y para responder a estos interrogantes los citados autores afirman que según Alexy hay que seguir los siguientes pasos:-

*1.1. El grado de la insatisfacción de uno de los principios:* Se define el grado de no satisfacción o de afectación de un principio se usa el modelo tríadico de grados o de intensidades en: “leve, grave e intenso”. Sobre este punto, Alexy (2016, p. 470) señala que las intervenciones o bien las restricciones en los principios siempre son concretas, por ende, sus intensidades también son concretas.-

*1.2. El grado de importancia de la satisfacción del otro principio:* Se determina el grado de importancia y para ello también se usa la misma escala tríadica de grados en: “leve, grave e intenso”; sin embargo, según Alexy (2016, p. 472), a diferencia de lo que ocurre con la intensidad de la intervención, este grado de importancia puede ser de una magnitud concreta o de abstracta. Así, en este segundo paso, Alexy marca la diferencia entre la importancia del peso abstracto y del concreto, de modo que el grado de importancia de un principio depende de la intensidad de intervención del principio contrario y de la magnitud del

---

<sup>3</sup> Último recurso.-

<sup>4</sup> En sentido amplio.-

peso abstracto; no obstante, el peso abstracto relativo al principio particular sólo juega un papel en la ponderación cuando los principios en colisión se diferencian en sus pesos abstractos, si estos son iguales se neutralizan mutuamente, por ende, sólo serán objetos de la ponderación las intensidades de las intervenciones.-

1.3. *La justificación de la insatisfacción de un principio ante la importancia de satisfacer otro principio:* Se analiza si la importancia de satisfacer un derecho se justifica el sacrificio de otro derecho contrario en relación al titular y la sociedad en general, es decir, además de ser imprescindible, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse, por ende, si tal proporción no existe, la norma o decisión limitadora o reguladora será inválida, por cuanto para Alexy, siguiendo a Hernández y Jiménez, si la ponderación de un derecho es proporcional con el sacrificio del otro, entonces, el detrimento debe ser proporcional con el beneficio que trae la garantía, de tal modo que la afectación del derecho tiene que ser proporcional con el grado de garantía que se le debe dar al derecho ponderado.-

2. *La fórmula del peso o la ley empírica de la ponderación:*

A partir de la premisa anterior, Bernal Pulido (2008, p. 101) plantea: “¿Cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la certeza de premisas empíricas, para determinar dicha justificación?” De acuerdo con Alexy (2016, pp. 478 al 488) esto es posible mediante la fórmula del peso, y con ella trata de explicar que el peso concreto de cada uno de los principios en colisión depende no solo de las distintas intensidades de las intervenciones sino también de sus pesos abstractos y de los grados de seguridad epistemológica que se traduce en: “cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”; por ello, esta última variable se llama “ley empírica de la ponderación” y a diferencia de la “ley material de la ponderación” no se basa en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica porque las apreciaciones empíricas pueden tener distintos grados de certeza en cada caso concreto.-

Así, concluye, por un lado, la tesis alexiniana trata de distinguir el valor abstracto de un principio -el valor que cada sistema jurídico y social le otorga, por ejemplo, el derecho a la intimidad por su conexión con el valor dignidad humana, y la libertad de expresión con la democracia- y su concreción según las condiciones específicas del caso en particular, porque generalmente el peso abstracto de los principios es el mismo por tener la misma jerarquía, entonces, surge la necesidad de elaborar un peso concreto; por ello, a través de esta fórmula Alexy plantea la posibilidad de relacionar todas las variables y así obtener como resultado el

peso concreto o la importancia de los principios con relación a los principios contrarios, cuyo grado también se determina mediante el uso de la misma escala tríadica de intensidades pero con valor numérico en “leve: 1, intermedio: 2 e intenso: 4”.-

Y, por otro lado, trata de establecer el grado de certeza en la que se basan las premisas del legislador para hacer un juicio racional sobre la afectación de un derecho o principio, porque solo en los casos de premisas con certeza absoluta se justifica la intervención de un derecho, por ello, para indicar el nivel de certeza o conocimiento empírico real de los argumentos para el discurso racional, según Hernández y Jiménez (2017, pp. 99 al 102), Alexy propone un sistema tríadico muy semejante al de los grados de afectación con valor numérico, cuyas premisas se pueden medir en 3 niveles que son: “seguro: 1 *-la certeza es alta-*, posible: 1/2 *-es plausible-* y no evidentemente falso: 1/4 *-por el hecho de no negar una remota posibilidad, algo no se declara como falso-*”, es decir, es el margen que le permite afirmar si una medida cuenta con certeza o es insegura, de cuyo discurso racional depende la intervención que haga el operador jurídico a la hora de crear leyes o a la hora de ponderar.-

Para una mejor comprensión, siguiendo al ejemplo citado por Bernal Pulido (2008, p. 102) en el caso de los testigos de Jehová que en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa los padres se niegan a autorizar la transfusión de sangre para su hijo menor, aunque peligre su vida, la aplicación de la fórmula del peso se puede sintetizar: Grado de afectación del derecho a la vida y a la salud del niño: Afectación Intensa: 4 *-la vida está en juego-*; Peso abstracto Intenso: 4 *-el peso de la vida es mayor que el de la libertad-*; Certeza de premisas Segura: 1 *-existe riesgo inminente de muerte-*:  $4 \times 4 \times 1 = 16$ . Y el grado de satisfacción del derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad de los padres: Satisfacción Intermedia: 2 *-la religión no es de vida o muerte-*; Peso abstracto Intermedio: 2 *-la religión es menor a la vida-*; Certeza de premisas Segura: 1 *-obligarles a actuar en contra de su creencia religiosa viola su libertad de cultos-*:  $2 \times 2 \times 1 = 4$ . Entonces, el peso concreto de los derechos de los padres es menor en comparación a la importancia de satisfacer los derechos del hijo menor:  $16/4 = 4$  *-la vida del niño es mayor-*  $4/16 = 0,25$  *-la libertad religiosa de los padres es menor-*. Por lo tanto, la satisfacción del derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad de los padres no justifica la afectación del derecho a la vida y a la salud del niño.-

### 3. *La carga argumentativa:*

Según Quiroga Natale (2016, p. 124) este último elemento opera cuando después de aplicar la fórmula del peso el resultado es el mismo para los dos extremos de la operación, es decir, cuando el peso concreto de un principio no es mayor ni menor que el principio

contrario, sino que ambos pesos son iguales, entonces, se resuelve a favor de la protección de los siguientes principios:-

3.1. *In dubio pro libertate*<sup>5</sup>: Si el conflicto surge entre un principio o derecho contra el derecho a la libertad o la igualdad jurídica prevalecen estos últimos derechos (especialmente en la colisión surgida de *facto*). Al respecto, Canosa Usera (2012, p. 284) explica que el criterio favor *libertatis* implica elegir la interpretación más favorable a los derechos, incluso mediante la interpretación evolutiva si favorecer la libertad exige esa adaptación a las nuevas realidades que acaso el legislador ni siquiera imaginó, porque sin esta tarea evolutiva la expansividad de los derechos carecería de cauce para materializarse en la vida jurídica y la finalidad de toda interpretación constitucional que es la eficacia normativa se defraudaría.-

3.2. *In dubio pro legislatore*<sup>6</sup>: En cambio, siguiendo a Quiroga Natale, cuando el empate surge entre dos principios distintos a los de libertad o igualdad jurídica la solución propuesta por este principio indica que la prioridad será designada por la propiedad *prima facie*<sup>7</sup> -especialmente en la colisión surgida de un instrumento de intervención estatal-, es decir, en caso de colisión de los principios de libertad o igualdad con otros la misma propiedad hace que estos sean ponderados; en cambio, si el choque es entre dos libertades la propiedad *prima facie* no se considerará, porque dicha propiedad solo funciona frente al conflicto de otros principios que no son de la libertad o igualdad. Y esta propiedad *prima facie* significa que en los casos de empate debe decidirse a favor de lo determinado por el legislador -autonomía que la Constitución ha deparado a un individuo o un colectivo, por ejemplo, el interés superior del niño y adolescente o la autonomía de la comunidad indígena- y del principio democrático -por ejemplo, la libertad de expresión por su conexión con el valor democracia-, y es *prima facie* porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución, por ende, puede ser restringido legítimamente a la luz de la ponderación.-

Alexy (citado por Hernández y Jiménez, 2017, pp. 104 y sigs.) indica que el elemento *prima facie*, sumado a las cargas argumentativas del discurso racional para realizar la ponderación, será el que dirima el conflicto dando prevalencia a uno u otro. Interviene, el margen epistémico y demás márgenes que le dan libertad al operador para decidir sobre la prevalencia de los principios, acudiendo a un juicio valorativo que debe encausarse por

---

<sup>5</sup> En caso de dudas, a favor de la libertad.-

<sup>6</sup> En caso de dudas, a favor del legislador.-

<sup>7</sup> A primera vista.-

determinados parámetros a fin de evitar la arbitrariedad, por cuanto la opción por determinado resultado que solucione el conflicto no puede ser producto de la mera subjetividad del órgano judicial o estatal, o de su particular apreciación de la vida, sino que debe ser una derivación razonada de la realidad social donde se produce o se quiere evitar el conflicto, de los valores, principios, derechos y demás normas jurídicas que concurren a la solución del caso concreto, así como de las circunstancias comprobadas de la causa.-

Finalmente, Bernal Pulido (2008, pp. 110 al 134) explica que no existe un criterio objetivo para establecer los factores determinantes de estas estructuras, porque existen casos fáciles y casos difíciles, siendo las premisas de graduación de esos últimos casos mucho más inciertas; además tampoco resulta fácil determinar si un caso es fácil o difícil, a veces un caso a simple vista puede parecer fácil, pero en realidad puede resultar un caso difícil; razón por la cual la ponderación no es un procedimiento algorítmico que garantice la obtención de una única respuesta para todos los casos, sino sirve para determinar si la prevalencia de uno de los derechos o principios se halla justificada a través de la argumentación constitucional para dar razones suficientes “del porqué” de ese predominio relativo en el caso concreto y “en qué medida” va tener predilección de interferencia sobre otros derechos, principios o valores.-

En este sentido, Lopera Mesa (Citado por Neria Govea et al., 2019, pp. 206 y 207) asevera:-

No puede afirmarse que se trata de la única estructura de argumentación útil para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales, -pero- sí constituye la más satisfactoria de la que hasta ahora se dispone, pues es la que posibilita en mayor medida vincular la interpretación constitucional con la teoría de la argumentación jurídica, lo que a su vez contribuye, si se emplea bien, a dotar de mayor racionalidad las decisiones -jurídicas-, no porque elimine la inevitable discrecionalidad que depara la determinación del contenido definitivo de los derechos fundamentales en los casos difíciles, sino porque al acotar y hacer explícitas tales valoraciones, obliga a dar buenas razones que respalden sus elecciones valorativas (2007, p. 85).-

##### **5. Estructuras del principio de proporcionalidad en sentido amplio:**

Londoña Ayala (2012, p. 50) expone que la proporcionalidad tiene carácter de principio, porque forma parte integrante de la pretensión primera de corrección del orden normativo para contrarrestar o anular cualquier situación generadora de desequilibrio pragmático-normativo y así garantizar su desarrollo ecuánime y razonable en términos de justicia material, porque todo sistema jurídico que tenga por objeto el valor de la realización

de la justicia ha de predicar la prohibición del ejercicio de los derechos con abuso, extralimitación o arbitrariedad y, por consiguiente, su fundamento radica en la concepción de un modelo de justicia desde el plano del equilibrio de intereses jurídicos, porque determina si la intervención estatal es o no constitucionalmente justificada, razonable y legítima a la luz del análisis de su adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Siendo la proporcionalidad el fundamento del sistema normativo como componente corrector y especificador de justicia, es el principio más importante del derecho constitucional material.-

Alexy (2016, pp. 459 al 460) partiendo de la base de la definición de los principios como mandatos de optimización dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas sostiene que mientras los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan mandatos de optimización dentro de las posibilidades fácticas o reales para impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales que sean evitables sin costo para otros principios; en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto la ponderación juega un papel trascendental y su campo estriba en las posibilidades jurídicas determinadas por los principios que respaldan a las reglas opuestas; así, cada uno de los subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir como parte inescindible del concepto de proporcionalidad en *lato sensu* como juicio de valor constitucional:-

*1. Subprincipio de adecuación o idoneidad:*

En este principio se analiza la legitimidad de la intervención desde el punto de vista formal a partir del análisis de dos aspectos: por un lado, la existencia de fines constitucionales admisibles para la adopción del instrumento, es decir, se analiza si existe un fundamento constitucional de orden teleológico para limitar un derecho fundamental, y, además, la existencia de una relación de conducencia entre el fin perseguido y el medio que se utiliza para conseguirlo, es decir, determina si la medida tomada es idónea para lograr ese fin constitucional en el caso concreto (garantizar un determinado derecho fundamental). De esta manera, a través de esta medida, se examina no solo la idoneidad de la intervención adoptada sino también su eficacia porque la intervención no solo debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo, sino, además, debe ser adecuado para alcanzar dicho fin propuesto (Peláez Mejía, 2019, pp. 190 y 191).-

En este sentido, siendo la legalidad, judicialidad y motivación los requisitos extrínsecos del principio de proporcionalidad en sentido amplio, Londoña Ayala expone:-

*Corresponde a los operadores jurídicos la carga argumentativa de la legitimidad y justificación de la concreción material de la finalidad y el medio estipulado en la decisión jurídica, debiéndose demostrar que la medida es útil para la consecución de*

*un propósito. La motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de un resultado jurídico* (2012, p. 311).-

2. *Subprincipio de necesidad:*

Se trata de verificar si la intervención adoptada es necesaria porque no existe otra medida igualmente efectiva, pero menos lesiva para la intervención de un derecho fundamental, es decir, se estudia si entre todas las medidas alternativas idóneas se haya elegido a la que menos interfiera o afecte al derecho fundamental opuesto o bien al derecho a la defensa. En tal contexto, uno de los principales objetivos de este subprincipio de necesidad es imponer el medio menos invasivo a la libertad personal, por cuanto la libertad general de acción constituye garantía fundamental que brinda sentido práctico al ejercicio de los demás derechos constitucionales propuestos (Peláez Mejía, 2019, p. 192).-

De esta manera, se trata de analizar si la transgresión del valor superior, del derecho fundamental o del bien jurídico constitucionalmente protegido se explica en una auténtica necesidad y si ésta se mantuvo en los límites determinados por tal necesidad, o si, por el contrario, existía otro derecho menos lesivo, o si dicha transgresión produjo un daño mayor al beneficio aportado al proceso. Por ello, Londoño Ayala afirma:-

El juicio de necesidad sienta unos criterios de evaluación tales como: condiciones sociales, laborales, familiares, intelectuales, mínimo vital, salud, culturales, económicos, etc. para medir el impacto que pueda tener la medida estudiada en el derecho de libertad (libertad entendida como libertad sustancial, es decir, como libertad efectiva en tanto se ejerce con las garantías y posibilidades que la hacen realizable como la formación académica, el mínimo económico para una existencia digna, el derecho a componer un núcleo familiar y permanecer en él sin alteraciones y limitaciones injustificadas, etc.) de los sujetos jurídicos que se vean involucrados con las consecuencias jurídicas de la medida. (2012, p. 363).-

3. *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:*

Una vez determinado que el medio adoptado es idóneo y necesario, en este campo se determina si el sacrificio de un derecho fundamental para preservar otro que pretende proteger es proporcional a través de la ley material de la ponderación antes descrita (ver epígrafe anterior, punto 1). Por lo tanto, siguiendo a Hernández y Jiménez (2017, pp. 104 y sigs.) se puede concluir que este juicio de valor constitucional es puntual cuando se trata de desarrollar la preferencia de un derecho fundamental sobre otro, pero no en el plano de establecer una jerarquización propiamente dicha (para Alexy ningún derecho fundamental es absoluto), sino

asume una conjetura de jerarquía variable en función de la gravedad de los derechos o valores controvertidos, las circunstancias comprobadas del caso, el concreto ordenamiento jurídico vigente y la realidad social del país; por ende, el intérprete debe evaluar los dos males y elegir motivadamente el realmente menor para lograr un sano equilibrio entre ellos para finalmente concluir si la intervención a un derecho fundamental para satisfacer o ponderar otro derecho contrario es o no proporcionada y constitucional.-

#### **6. Vinculación del principio de proporcionalidad con otros principios integradoras:**

Dentro de la estructura del principio de proporcionalidad como método hermenéutico de la ponderación también comprenden los principios de racionalidad y razonabilidad, por cuanto estos últimos regulan la argumentación jurídica de la ponderación racional que integra el principio de proporcionalidad. Además, la naturaleza fundamental del derecho fundamental determina que ninguno de ellos pueda ser soslayado por la mera invocación de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido, sino que, por tratarse de elementos de igual jerarquía, su concurrencia o conflicto en cada caso concreto debe ponderarse en términos de proporcionalidad, racionalidad y razonabilidad.-

##### *1. Ligamen con el principio de racionalidad:*

Según Bernal Pulido (2008, pp. 62 al 65), la racionalidad es un concepto más abstracto y complejo que los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad, en tanto en la doctrina de la filosofía jurídica y del derecho constitucional no existe un catálogo unívoco de los criterios de racionalidad jurisprudencial; no obstante, existen ciertos criterios racionales para valorar, criticar y analizar las decisiones y sus motivaciones que diferencian de los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad, tales como: la claridad y consistencia conceptual *-los argumentos interpretativos deben ser claros y consistentes desde el punto de vista conceptual -la no contradicción de los argumentos y al uso constante de sus conceptos-* y lingüístico *-las reglas lingüísticas de la comunidad-*, consistencia normativa *-tratamiento coherente del caso idéntico o análogo-*, máxima de saturación *-todo argumento debe ser completo en el sentido de contener todas las premisas que le pertenezcan-*, respeto a la lógica deductiva y la carga argumentativa (las reglas de la lógica deductiva y las cargas de la argumentación propias del control de constitucionalidad) y la consistencia y coherencia argumentativa *-la no contradicciones entre las proposiciones que componen los argumentos y que estas encuentren sustento en las reglas, valores comunes o en los principios generales-*.

Asimismo, para Londoño Ayala (2012, pp. 64 al 67) la racionalidad presenta tres modalidades: la racionalidad pura o conocimiento teórico *-se puede caracterizar por una intención explícita y exclusiva de conocer lo que es, de saber cómo son las cosas y por qué*

*son así; la razón pura toma como punto de partida la constatación empírica y busca primero el comprender –momento hermenéutico-, y después dar el por qué –momento explicativo-; la racionalidad práctica o empírica -contienen juicios acerca de los fines y el deber ser en general, la razón práctica juzga la legitimidad de los medios, la juzga comparándola con otros fines diferentes que deben al mismo tiempo respetarse, de modo que se busca lo que se debe hacer sobre la base de dos rasgos fundamentales: el reconocimiento de una pluralidad de fines, no el carácter absoluto de alguno de ellos, que proporciona la base para el juicio de valor de la racionalidad práctica, y la presencia de un horizonte de totalidad, esto corresponde a lo que se define como la razonabilidad-; y la racionalidad técnica -apunta a establecer prescripciones pragmáticas –etapas, modalidades, formas, pasos, sistemas, etc. para la presentación de discursos argumentativos adecuados para la realización y desarrollo de discursos analítico-justificativos que sustentan correctamente estos juicios de valor justificativos que atienden a la razonabilidad.-*

El autor concluye que la diferencia entre racionalidad pura y racionalidad práctica estriba en que mientras esta última consiste en justificar una elección entre las posibles y se trata de precisar lo que debería ser según la regla de una acción; la primera es justificar lo existente y esta justificación o explicación racional de lo que es llega a mostrar qué es lo que debe ser según la pura necesidad lógica; y finalmente, la racionalidad técnica se ocupa de establecer cuáles deben ser los medios o métodos, se trata de una racionalidad puramente instrumental. De esta manera, la relación que existe entre racionalidad y proporcionalidad consiste en que el principio de proporcionalidad es un juicio de racionalidad práctica -*como juicio de justificación orientada por los criterios racionales-* y de técnica -*como forma de la metodología hermenéutica conformada por la estructura del principio de la proporcionalidad a través de sus tres subprincipios.-*

Por lo tanto, en el principio de proporcionalidad se utilizan los criterios racionales que orientan al juez constitucional a determinar si una norma constitucional ponderada es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto; por ello, Alexy (2016, p. 457) señala: “*Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Si los análisis revelan que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia constitucional*”, es decir, la legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad.-

## *2. Ligamen con el Principio de razonabilidad:*

Por otra parte, el concepto de la razonabilidad también es muy ambiguo y entre esta multiplicidad de conceptos, por un lado, Bernal Pulido (2008, pp. 68 al 72) concluye que para

sostener que una decisión es razonable debe necesariamente considerar los criterios de racionalidad, por cuanto estos criterios resultan esenciales para identificar cuáles son los argumentos generalmente aceptados por la comunidad *-a través de los criterios de claridad, consistencia y coherencia argumentativa-* que conducen a una ponderación adecuada en pos de equilibrar las diversas exigencias contrapuestas, entonces, la vinculación entre razonabilidad y racionalidad es que toda decisión racional intenta ser una decisión razonable, por ende, toda decisión razonable presupone los criterios de racionalidad.-

Asimismo, afirma Haro (1987, pp. 243-244. Citado por Londoño Ayala, 2012, pp. 78-79) que si lo razonable es constitucional el control de razonabilidad evidentemente implica el control de constitucionalidad, habida cuenta que aquél viene a ser un modo específico del actuar legítimo del Estado, y que existen tres dimensiones de la razonabilidad: la razonabilidad cuantitativa *-el juicio ponderativo se realiza entre el derecho y la restricción en sí misma, independientemente del objeto de la ley o decisión estatal, a fin de averiguar el quantum constitucional de la restricción, si ésta ha llegado al extremo tal que ha alterado o no el derecho-*; la razonabilidad cualitativa *-se analiza la razonabilidad que debe existir entre varios supuestos fácticos, iguales o diferentes, y la norma jurídica o decisión estatal, a fin de evitar que las desigualdades no sean contempladas por la ley o decisión estatal-*; y la razonabilidad instrumental *-se trata de averiguar la proporcionalidad que existe entre la finalidad de la ley y las restricciones impuestas a los derechos, se busca el equilibrio entre el fin de la ley o decisión estatal y los medios de aplicación escogidos para su cumplimiento.-*

En este contexto, Bidart Campos (Citado por Quintero, p. 562. y a su vez citado por Londoño Ayala, 2012, p. 76) señala: *“La razonabilidad impuesta por la Constitución en cuanto derecho positivo se extrae del valor de justicia o derecho natural. La razonabilidad –comporta- la obligación constitucional de que los órganos estatales actúen con justicia”*; de modo tal que el principio de proporcionalidad y sus respectivos tests involucran contenidos teleológicos y axiológicos que dimanen de la Constitución como estructura normativa que conceptualiza el orden jurídico en términos de justicia material, y este es lo que hace que la proporcionalidad aparezca como principio y al mismo tiempo como método hermenéutico jurídico constitucional que sirve para limitar el ejercicio del poder estatal y así hacer valer las pretensiones finalísticas y valorativas de la Constitución.-

Dicho en otras palabras: el método hermenéutico de ponderación, a través del principio de proporcionalidad *-racionalidad técnica-* y las exigencias de los criterios de racionalidad *-racionalidad práctica-*, es precisamente la concreción de la razonabilidad de las decisiones jurídicas. Por consiguiente, la racionalidad es un sistema metódico del

razonamiento jurídico que a través de los criterios racionales regulan la argumentación jurídica desde el plano metodológico; mientras que la razonabilidad consiste en el sistema de argumentos materiales que optimiza la consecución de los mejores argumentos desde el orden jurídico teleológico – constitucional que exige justificaciones discursivas como contenidos de los subprincipios del principio de proporcionalidad en *lato sensu*; por ende, la relación con el principio de proporcionalidad estriba en que la proporcionalidad es el concepto que concreta o materializa la exigencia de la razonabilidad, por ende, el principio de razonabilidad es una manifestación del principio de proporcionalidad.-

**7. La aplicación del principio de proporcionalidad como método hermenéutico de la ponderación a la luz del control de constitucionalidad y de convencionalidad:**

**1. A la luz del control de constitucionalidad:**

Uno de los valores fundamentales del derecho es la justicia y este derecho a la justicia para lograr la tutela efectiva de los derechos fundamentales del hombre hace que el concepto de proporcionalidad pueda extenderse en cualquier otro ámbito jurídico -*civil, penal, laboral, etc.*-, por eso, aunque el principio de proporcionalidad no aparezca plasmado en forma expresa en la normativa debe sobreentenderse su implícitud, por cuanto constituye una exigencia hermenéutica constitucional como método hermenéutico de la ponderación más importante y de mayor aplicación en los sistemas jurídicos, cuya metodología argumentativa cumple una función indispensable para avalar el postulado constitucional de limitación al poder del Estado con el propósito de evitar abusos o excesos contrarios a la función pública, y garantizar que el operador jurídico se ocupe de las particularidades del caso para hallar una solución más justa y proporcional en cada caso concreto .-

En este contexto, Londoño Ayala (2012, p. 274 al 290) señala que la relevancia constitucional del principio de proporcionalidad radica en que es el criterio de legalidad constitucional que garantiza el pleno acatamiento de las normas constitucionales con carácter vinculante al momento de la justificación de una decisión que tenga por objeto limitar, afectar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales. Es el criterio que condiciona la validez jurídica de los límites de los derechos fundamentales, cuyas restricciones deben ser idóneas, necesarias y proporcionadas entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce para la obtención de un fin legítimo en el caso concreto. Por ello, el principio de proporcionalidad es la más significativa de las restricciones que el Estado impone a los derechos fundamentales y se utiliza cada vez con mayor ahínco en la jurisprudencia constitucional comparada como criterio inexorable de aplicación para la

delimitación de los derechos fundamentales. Seguidamente, el autor expone la postura de la Corte Constitucional de Colombia en los siguientes términos:-

En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política... En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –*unidad, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución*-, busca asegurar que el poder público actúe dentro del marco del Estado de Derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones... Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales del Estado Social de Derecho (democracia), supremacía constitucional (fuerza normativa de la Constitución) y dignidad humana (carácter inalienable de los derechos de la persona humana) ... (Jurisprudencias citadas por Londoño Ayala, 2012, p. 274 al 290)<sup>8</sup>.-

Ahondando aún más, a fin de justificar la aplicación del principio de proporcionalidad a la luz del control de constitucionalidad corresponde señalar algunos principios constitucionales esenciales que fundamentan su existencia y validez jurídica:-

*1.1. Principio de la dignidad humana:* Londoño Ayala (2012, pp. 95-98, 103 al 107 y 124) expone que la dignidad humana es el fundamento del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, porque materializa la condición del ser humano que representa orden, razón y límite estatal, y en su contenido esencial se halla la justicia como valor orientador de las relaciones recíprocas entre los individuos, y entre estos y la institución estatal. De modo que, cualquier actividad institucional del Estado debe ser abordada desde el plano de la dignidad humana en la medida en que es la fuente que origina e inspira el catálogo jurídico de derechos y libertades fundamentales connaturales de los seres humanos que son reconocidos universalmente, por ende, el hombre es un fin en sí mismo y el Estado un medio porque el Estado no concede la dignidad humana, sino que la reconoce e incorpora dentro del sistema político y jurídico positivo como valor supremo para regular y proteger los derechos esenciales o inherentes del ser humano exigidos por su misma dignidad.-

Entonces, siguiendo su postulado, se puede afirmar que el principio de la dignidad humana es el máximo parámetro interpretativo de todos los ordenamientos jurídicos y una de las plurales teleologías que resguarda la dignidad humana es precisamente el principio de

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia, C-916, octubre 29/2002, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.-

proporcionalidad como exigencia de medida, justicia, adecuación, limitación y racionalidad para preservar las condiciones mínimas para la vida digna del ser humano, porque con los derechos fundamentales dimanantes de la dignidad humana, que sientan las bases teleológicas, complexivas y funcionales del desarrollo del sistema normativo estatal, surge la convicción de que la actividad estatal debe ser medida, adecuada, racional, razonable, justa y correcta para garantizar la sustancialidad y esencialidad de cada uno de los derechos y las garantías constitucionales connaturales al Estado Social y Democrático de Derecho.-

1.2. *Principio de la democracia y del Estado Social de Derecho:* La esencia del Estado Constitucional no radica en la mera existencia de la normativa constitucional, sino en el respeto a los derechos fundamentales consagrados en ella, por cuanto estos derechos declarados en la Constitución solo es la positivización de los valores y principios constitucionales que son el fundamento del orden político y de la paz social del Estado Social y Democrático. En este sentido, Londoña Ayala (2012, p. 153) manifiesta que el Estado Social de Derecho como cláusula esencial del Estado Constitucional es la forma jurídica que garantiza la observancia de los derechos fundamentales, y que la defensa, promoción y tutela de estos contenidos sustanciales constitucionales se cumplen por medio de la concreción real del principio de proporcionalidad, porque es el que delimita para que el Estado actúe legítima y razonablemente en pos de lograr que los derechos constitucionales se desarrollen equilibradamente en una trilogía relación consecuente “*norma – realidad social – individuo*”. Entonces, la proporcionalidad representa un sector importante de la estructura constitucional del Estado en vista de que contribuye a maximizar el equilibrio de esta trilogía relación.-

Asimismo, Bernal Pulido (2008, pp. 126, 132 y 134) sostiene que la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho impone al Estado, por un lado, una dimensión negativa de derechos de defensa, que es el deber estatal de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida *-principio de prohibición del exceso-*, por ende, en esta dimensión la libertad general de acción y los demás derechos fundamentales prohíben que las medidas a adoptar sean excesivas, y, por otro lado, una dimensión positiva de derechos de protección *-principio de prohibición de protección deficiente-*, donde el Estado tiene el deber de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales y de los valores que representan.-

Y en virtud de esta dimensión positiva, en el Estado Constitucional, Social y Democrático los derechos fundamentales dejaron de ser meras normas programáticas, huera de declaraciones de principio o normas objetivas para convertirse en auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una tutela judicial efectiva que constituye en lo constitucionalmente necesario, entendido como mínimo irrestringible de protección que el

Estado debe ofrecer, y para establecer esta dimensión mínima de los derechos fundamentales, a su criterio, el principio de proporcionalidad es viable porque está provisto de una estructura argumentativa de la forma más racional posible en el caso concreto para controlar la constitucionalidad de las decisiones estatales habida cuenta la afectación de derechos de defensa o la satisfacción de derechos de protección, según sea el caso.-

1.3. *Principio de la justicia material:* El principio de proporcionalidad es una de las manifestaciones de justicia que modela el sistema jurídico, por cuanto para que el sistema sea considerado jurídico ha de ser justo. En tal sentido, Ross (1963, p. 272. Citado por Londoño Ayala, 2012, p. 120) expresa “es injusto cuando emana de la subjetividad del Estado o particular contrariando lo que es típico en la sociedad”. Entonces, la justicia es la clave esencial del orden jurídico, porque la justicia es el valor supremo que encabeza el plexo axiológico de la dignidad humana y del Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, un Estado de Derecho que tiene como norte alcanzar un Estado de Justicia.-

Sobre el concepto de justicia, Cossio (1964. Citado por Torres Vásquez, 2006, p. 634, y a su vez citado por Londoño Ayala, 2012, p. 121) aclara que hay dos tendencias opuestas, por un lado, la “justicia formal” que exige que la acción sea consecuente con el modelo de justicia estipulado por el derecho, es decir, está regulado por medio de normas jurídicas predeterminadas que contienen las condiciones, pautas o medidas para que se impongan soluciones justas, con independencia de la voluntad del y, por otro lado, la “justicia material” entendida como la medida de su corrección hacia la equidad concreta tendiente a lograr la justicia real y efectiva para la efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales.-

De esta manera, siendo la justicia material la realización efectiva del derecho, una de las razones de justicia se encuentra en la pretensión de la proporcionalidad como criterio corrector y determinador de justicia, porque el cimiento conceptual de la proporcionalidad es la equidad tendiente a lograr la correcta aplicación del derecho en cada caso para garantizar un proceso justo mediante la distribución ecuánime de los intereses jurídicos conforme a la justicia material. Así, Londoño Ayala expresa:-

El principio de proporcionalidad en sí mismo es un criterio teleológico indicador de justicia que es útil en el momento de evaluar que las decisiones jurídicas se encuentren en correspondencia con el plexo de valores que orientan el contenido del ordenamiento jurídico (2012, p. 170).-

## 2. *A la luz del control de convencionalidad:*

El Derecho Internacional *-normas y jurisprudencias-* tiene una férrea influencia en el orden doméstico de los Estados signatarios, en la medida en que estos últimos están obligados

a respetar, garantizar y adecuar su orden interno *-tanto normativo como interpretativo-* a los estándares mínimos de efectividad de las normas convencionales como mandatos ineludibles para garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos y evitar que las autoridades internas de los Estados signatarios de los Tratados Internacionales de Derecho Humanos se extralimiten en el ejercicio de sus decisiones. Hoy en día ninguna duda cabe que la protección de los derechos fundamentales no debe centrarse únicamente al texto constitucional *-control de constitucionalidad-* sino también al conjunto normativo supranacional que contiene un índice de mayor protección de las garantías básicas del ser humano *-control de convencionalidad-* para así afianzar un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales entre las autoridades nacionales y las instancias internacionales.-

Londoña Ayala (2012, pp. 242 y 243) indica que el Derecho Internacional, a través de una pluralidad de instrumentos contentivos de regulaciones sobre Derechos Humanos *-la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, la Declaración Universal de los Derechos Humanos -DUDH-, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales -COPDHLFEu-, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio sobre los Derechos del Niño, el Convenio de Ginebra, el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, entre otros-*, establece que la justicia, la igualdad, el acceso efectivo a la justicia, el debido proceso, el plazo razonable, la proscripción de la arbitrariedad, la razonabilidad, la equidad, etc. son derechos humanos esenciales y que estos derechos apuntan a concretar jurídicamente la vigencia del principio de proporcionalidad de modo indirecto, y la concreción jurídica expresa en cuanto al desarrollo conceptual, funcional y estructural del principio de proporcionalidad tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos *-Corte IDH-* como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *-TEDH-*, incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *-CIDH-* manifiestan en los siguientes términos:.-

### *2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos:*

Los Derechos Humanos constituyen un sistema integrado tendiente a proteger la dignidad humana, la democracia y la preeminencia del Derecho (esta última significa que todos los seres humanos son iguales ante la Ley) y los derechos humanos deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de los mismos, justificándose su restricción bajo el panorama del principio de necesidad social imperiosa... El equilibrio corresponde a la proporcionalidad que debe existir entre un derecho humano

y la restricción que se le imponga... TEDH haciendo alusión al principio de proporcionalidad *lato sensu* y sus subprincipios integrantes, proscribió respecto a las medidas tomadas en ellos que fueren manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas... Que el Estado debe adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del apartado 1 del art. 8. Hay que tener en cuenta el justo equilibrio ente los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto, gozando el Estado en cualquiera de las hipótesis de un cierto margen de apreciación en el momento de decidir restricciones sobre los derechos... (Resoluciones citadas por Londoña Ayala, 2012, pp. 243, 245 y 247)<sup>9</sup>.-

### *2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos:*

La restricción a un derecho a la Convención debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en su efectivo ejercicio... La razonabilidad implica un juicio de valor... referido a parámetros de interpretación de los Tratados y de la Convención. Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo, arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión, pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable... (Res. citadas por Londoño Ayala, 2012, pp. 244 al 262)<sup>10</sup>.-

### *2.3. Comité Interamericano de Derechos Humanos:*

Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.... Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de las medidas restrictivas... (Observaciones citadas por Bedoya Bedoya y Delgado Builes, 2007, p. 19, y, a su vez, citada por Londoño Ayala, 2012, p. 245)<sup>11</sup>.-

---

<sup>9</sup> TEDH, sentencia, septiembre 23/1982. Caso Sporrang y Lonroth contra Suecia. Números 7151/75 y 7152/75. También casos Gillow y Sunday Times y Barthold citados por la CIDH. Además, sentencia, octubre 17/1986, caso Ress vs Reino Unido, Serie A, Número 106, p. 15, Aparte 37 y caso López Ostra vs España, Capítulo Fundamentos de Derecho, Parte II, Aparte 51.-

<sup>10</sup> Corte IDH, caso Herrera Ulloa. Fondo, 07/2004, serie C, Números 107, 112 a 116 y 120 a 123. También, caso Panel Blanca (Paniagua Morales y Otros) vs Guatemala. Serie C. N° 23. Enero 25/1996. Serie C. N° 37. Marzo 8/1998. Serie C. N° 76. Mayo 25/2001. Punto 2. Aparte 41.-

<sup>11</sup> Observación General N° 27 de la CIDH, sentencia, agosto 31/2004, caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Serie C. N° 111. Punto 2. Apartes 96 y 132.-

## 8. Conclusión:

El fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho es la tutela efectiva de los derechos humanos fundamentales sobre la base del reconocimiento de la dignidad humana como cimiento del ordenamiento jurídico, del orden político, de la paz social y del bienestar colectivo, por cuanto esta nueva concepción del Estado Constitucional surgió sobre la base del reconocimiento de los derechos naturales fundamentales de los hombres como derechos indisponibles para la autoridad estatal con el propósito de triunfar los postulados de justicia y de los derechos humanos fundamentales, en el entendido de que el sistema constitucional democrático es un mero instrumento para materializar los supremos principios y valores del derecho que son los derechos humanos, y no un fin en sí mismo, por eso, la justicia no puede resultar sacrificada por hueras formalidades que no comprometan las garantías constitucionales, porque éstas se hallan inescindiblemente vinculadas con dicha efectividad.-

Esta percepción material, máxime ante la significativa influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contentivo de diversos principios rectores que inspiran los contenidos del Derecho Constitucional, ha marcado la nueva era del Derecho Procesal Constitucional para asegurar el respeto, la garantía y la realización integral de los derechos humanos fundamentales, por lo tanto, esta nueva disciplina emergió como la vía por antonomasia para consolidar el fin esencial del Estado Social y Democrático de Derecho.-

Así, comenzó a entenderse que todo proceso debe interpretarse desde la perspectiva del ser humano que permita incorporar las bondades del *ius* naturalismo, pero sin fomentar el subjetivismo arbitrario ni la inseguridad jurídica, sino a la luz de la esencia de las fuentes *ius* fundamentales (constitucionales y convencionales) y buscar un punto de equilibrio entre el sistema *ius* positivista e *ius* naturalista, porque el fundamento y la razón de la existencia del derecho es el hombre, por eso, tanto los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como las normas constitucionales elevan la dignidad humana como principio rector supremo del ordenamiento jurídico, por ende, la dignidad humana es el fundamento hermenéutico y axiológico que sirve de orientación para delimitar la cobertura constitucional de los derechos humanos fundamentales en cada caso concreto.-

Y a la luz del reconocimiento de los principios jurídicos como parte integrante del ordenamiento jurídico, la ponderación alexiana comenzó a ganar espacio aplicativo muy significativo en el sistema constitucional y convencional, en razón de que los principios, al no tener hipótesis ni consecuencia predeterminada, son normas que deben cumplirse en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas para consolidar la efectiva realización de los derechos humanos fundamentales en cada caso; cuya técnica ponderativa

consiste en adoptar una solución que armonice la importancia de cada uno de los derechos fundamentales involucrados, en la medida de la coherencia entre la afectación de un derecho fundamental y la satisfacción de otro derecho contrario, a través de un juicio valorativo consistente en derivación razonada de los principios, derechos o valores constitucionales y demás normas jurídicas que concurren a la solución del caso, y de la dinámica realidad social con una visión constructiva de la particular idiosincrasia y cultura de cada sociedad que propenda al bien común en respeto a la dignidad humana, la democracia sustantiva, y a la justicia de manera efectiva, equitativa y social.-

Por lo tanto, esta ponderación sirve como herramienta correctiva que coadyuva al operador jurídico para adaptar el mandato constitucional a las circunstancias concretas del caso específico y como humanización de ese mandato en función de los méritos del caso concreto; de modo que cumple una función epistemológica y humanista del proceso, en aras de facilitar la cabal realización de la justicia material sobre la formal. En este contexto, siendo la función esencial del Derecho Procesal Constitucional la de formular una técnica efectiva para garantizar la protección de los derechos humanos fundamentales para la realización de la justicia, el principio de proporcionalidad como método hermenéutico de la ponderación sirve como mecanismo del control de constitucionalidad y de convencionalidad para determinar el alcance material de los límites racionales de los derechos humanos fundamentales en conflictos de manera proporcional y equitativa mediante la correcta valoración argumentativa conforme a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso en concreto, porque es un componente corrector y especificador de justicia para consolidar la tutela efectiva de los derechos humanos esenciales desde el plano del equilibrio de intereses jurídicos colisionantes, en atención no solo al titular, sino también a la sociedad en general para hacer valer las pretensiones finalísticas y valorativas de la Constitución y así garantizar un proceso justo y confiable que solidifique un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho.-

#### **9. Referencias bibliográficas:**

Alexy, R. (2016). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú.-

Bernal Pulido, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.-

Canosa Usera, R. (2012). *Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales*. En: La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje Paraguay a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho. Coordinadores: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Jorge Silvero Salgueiro. Primer Edición. Editorial Alonso y Testanova. Asunción, Paraguay.-

Hernández, C. A. y Jiménez, C. (2017). *Roberto Alexy y ponderación en la Corte Constitucional*. Universidad Libre. Bogotá, Colombia.-

Londoño Ayala, C. A. (2012). *Principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia.-

Neria Govea, M., Hernández Aguirre, C. N. y Avila Silva, J. M. C. (2019). *Ponderación de principios y Discreción judicial*. En: Principios, ponderación y pretensión de corrección en el Constitucionalismo discursivo de Robert Alexy. Colección de Filosofía y Derecho. Coordinadores Académicos: Carlos Arturo Hernández, Santiago Ortega Gomero y Marcela Salazar Figueroa. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia.-

Peláez Mejía, J. M. (2019). *Las diferencias conceptuales y prácticas entre el balanceo de Ronald Dworkin y la ponderación de Roberto Alexy*. Revista Ius et Praxis. Año 25, N° 3, Universidad de Talca. Colombia. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300167>. Acceso en: Mayo 2021.-

Quiroga Natale, E. A. (2016). *Interpretación Constitucional. El modelo de equilibrio integral para la decisión judicial – constitucional*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia.-