

UNIVERSIDAD DE CASTILLA LA MANCHA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES - TOLEDO

MÁSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL



TRABAJO FIN DE MASTER

TÍTULO:

**EL JUICIO DE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS ¿ES POSIBLE UNA
JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS?**

TUTOR:

DRA. MARÍA PILAR MOLERO MARTÍN – SALAS

AUTOR:

WILLY ALEXANDER NAVEZ ALVA

2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1: EL JUICIO DE PONDERACIÓN DE DERECHOS	6
1. El concepto de ponderación y su relevancia práctica.....	6
2. Las normas jurídicas como reglas o principios	10
3. La restricción de los derechos fundamentales.....	18
4. La ponderación de derechos.....	27
5. El principio de proporcionalidad.....	29
5.1. Antecedentes del principio de proporcionalidad	35
5.2. Los componentes de la proporcionalidad	41
5.2.1. La idoneidad	44
5.2.2. La necesidad	48
5.2.3. La proporcionalidad en sentido estricto (la ponderación)	51
CAPÍTULO 2: LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS	51
1. El principio de jerarquía.....	54
2. La jerarquía normativa	58
3. Tipos de jerarquía normativa.....	62
3.1. La jerarquía de Principios	66
3.2. La jerarquía de Derechos	73
4. Funciones de la jerarquía de derechos.....	75
5. Alcance y límites de la jerarquía de derechos	78
CAPÍTULO 3: EL DEBATE SOBRE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS ...	80
1. Argumentos en contra de la jerarquización de derechos.....	80
1.1. La igualdad normativa	80
1.2. La unidad normativa de la Constitución	83

2. Argumentos a favor de la jerarquización de derechos	87
2.1. La jerarquía axiológica de derechos	88
2.2. La jerarquía lógica de los derechos.....	92
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	96

INTRODUCCIÓN

La ponderación es un método de aplicación de principios, pues este método en el sentido práctico se produce a partir de una colisión entre principios. Los principios, entendidos como normas jurídicas, al entrar en colisión generan una indeterminación en el derecho al no saber con exactitud qué principio aplicar a un caso concreto. Por ello, la ponderación resulta ser un método a través del cual se aplicará el principio que tenga mayor peso o importancia para el caso particular, de modo que se tutelen en la mayor medida posible los intereses que la Constitución establece.

De acuerdo al método de la ponderación, será posible también ponderar derechos fundamentales, entendidos como principios jurídicos; ya que pueden ser cumplidos en la mayor medida posible y su inaplicación, o limitación en un caso concreto, no resulta en la invalidez de este derecho. Así, un conflicto entre derechos fundamentales conduce a la prevalencia de alguno de ellos y a la limitación del otro derecho, pero ambos resultarán igualmente válidos luego de realizada la ponderación.

En cambio, para el caso de las reglas no se sigue la misma metodología debido a que estas ordenan únicamente el cumplimiento o no de su contenido normativo. Es decir, si una regla no es aplicable al caso concreto, resultará siendo una regla inválida para el ordenamiento jurídico. Así, las reglas entendidas también como normas jurídicas, pueden entrar en conflicto en donde se discuta la aplicación de alguna de ellas para un caso particular. Para ello, deberá aplicarse el método de la subsunción, a través del cual se verificará si el supuesto de hecho de la regla jurídica coincide con los hechos fácticos de la realidad, y de cumplirse con esta condición se podrán aplicar las consecuencias jurídicas establecidas en la regla.

A partir de estas premisas, tanto el método de la ponderación como el de la subsunción son modos de aplicación de normas jurídicas, porque representan métodos de aplicación de principios o derechos, como también de reglas jurídicas. Así, para el desarrollo del presente trabajo, se analizará el método de la ponderación y las discusiones que se derivan de este método de aplicación de normas jurídicas. Específicamente, se analizará la discusión referida a la posible jerarquización de derechos fundamentales que se generaría con la realización de una ponderación entre derechos.

De este modo, para algunos autores, la jerarquización entre derechos fundamentales es inconcebible en un Estado democrático y constitucional de Derecho, ya que estos derechos gozan del mismo nivel de jerarquía constitucional en un ordenamiento jurídico. Sin embargo, existen posturas que defienden un posible orden jerárquico entre derechos fundamentales, al definir algunos de estos derechos como derechos básicos e inderrotables en cualquier situación particular.

Asimismo, a través de la valoración de los derechos fundamentales –realizado a través de la ponderación–, algunos autores sostienen que existe una jerarquía móvil de derechos, al observar que en un caso concreto se generan jerarquías de orden axiológico. Es decir, defienden la existencia de un posible orden jerárquico a partir de la valoración que realiza el juzgador sobre los derechos fundamentales, a partir de la existencia previa de un conflicto normativo en el que se discute la aplicación de normas jurídicas a un caso concreto.

En base a ello, para la presente investigación se ha delimitado la problemática señalada sobre la posible jerarquización de derechos generada a partir del método de la ponderación producido por una colisión entre principios o derechos. En este sentido, la investigación tiene como objetivo estudiar los componentes principales del método de la ponderación, a partir de los cuales se genera una discusión en torno a una posible jerarquización entre los derechos fundamentales valorados a través de este método.

Por lo tanto, el método de estudio de la presente investigación es un método analítico, pues se estudiarán los componentes principales de la ponderación y la discusión en torno a la jerarquización de derechos. Además, de manera específica, se analizarán los fundamentos y categorías esenciales del método de la ponderación; asimismo, se describirán las posturas en torno a la discusión sobre la jerarquización entre los derechos fundamentales.

CAPÍTULO 1: EL JUICIO DE PONDERACIÓN DE DERECHOS

1. El concepto de ponderación y su relevancia práctica

La ponderación es un método de aplicación de los principios jurídicos a los casos particulares. A través de esta metodología, se soluciona el problema de la colisión de principios –entendidos como normas jurídicas–, la cual finalmente terminará en la decisión de la satisfacción de algún principio en detrimento o limitación de otro. Por ello, la ponderación es un método mediante el cual se aplican principios jurídicos a partir de una colisión de estos, resultando en la prevalencia del principio más idóneo y proporcional a la situación que enfrente un caso particular.

De este modo, los principios son definidos como “mandatos de optimización”, según lo señalado por Alexy (2007, págs. 67-68), pues los principios son entendidos como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Por lo tanto, señala el autor que los principios se caracterizan porque “pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.

Así, cuando ocurre una colisión de los principios jurídicos se deberá aplicar el método de la ponderación. Se trata, como su definición lo sugiere, de realizar la aplicación de uno de los principios sobre la limitación de otro; por ello, los principios se caracterizan por ser normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Este hecho no significa que los principios siempre deban ser aplicados; sino que, para los casos particulares de ponderación, algunos principios pueden cumplirse en un grado menor o en un grado mayor dependiendo de la situación particular.

En este punto, advertimos una distinción necesaria entre principios y reglas, ambas entendidas como normas jurídicas. Como se mencionó, los principios son definidos como mandatos de optimización, debido a que estos contienen una orden que puede ser cumplida en mayor o menor grado. En cambio, para el caso de las reglas no es posible que sean cumplidas en un grado mayor o menor; sino que, estas se caracterizan por ser cumplidas o no serlo.

De lo anterior se desprende que, en ambas situaciones puede ocurrir una colisión similar, ya sea una colisión entre principios o una colisión entre reglas. Sin embargo, la metodología de solución de estas colisiones es distinta en cada caso. Así, frente a una colisión entre principios se aplicará el método de la ponderación; mientras que, en el caso de la colisión entre reglas, se aplicará el método de la subsunción (la distinción entre los métodos será detallada más adelante).

De hecho, la aplicación de estas metodologías implicará que algún principio o regla prevalezca sobre otro principio o regla, respectivamente. Aquí, lo relevante será determinar que la ponderación se define como un método de aplicación de los principios jurídicos, porque esta metodología se realiza a partir de una colisión entre principios.

Ahora, un caso de colisión de principios ocurre, por ejemplo, cuando un principio señala que algo está prohibido y, según otro principio, lo mismo está permitido. En este caso, señala Alexy (2007, págs. 70-71) que, “uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro”.

Por tanto, que un principio prevalezca sobre otro en un caso particular de ponderación, no implica que este último sea inválido. Por el contrario, ambos principios resultan ser válidos, pero no siempre debe ser cumplida la orden que contiene un principio. Es por ello que se señala que los principios –en determinadas situaciones– pueden ser cumplidos en un menor o mayor grado que otro principio, de acuerdo a las posibilidades reales y jurídicas.

Continuando con la definición del método de la ponderación, se ha mencionado que a través de este se aplican los principios jurídicos entendidos como mandatos de optimización. A partir de ello, Atienza (2013, pág. 249) afirma que “Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización”. Adoptando este punto de vista, los principios no tienen únicamente un carácter abstracto, sino que también se encuentran positivizados en nuestro ordenamiento, por lo que están regulados en la Constitución a través de los derechos constitucionales.

Además, según Atienza (2013, pág. 249), Alexy afirma que “cuando se producen conflictos entre derechos, los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea,

aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio”. Así, asumiendo que los derechos son concebidos como principios, frente a un conflicto entre derechos constitucionales deberá aplicarse un test de proporcionalidad.

Por su parte, Prieto (2008, pág. 102) afirma que la ponderación “conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto”. Asimismo, la ponderación no fija una respuesta válida para todo conflicto de aplicación del derecho, sino que, de acuerdo con Prieto (2008, págs. 102-103) “se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos”.

Lopera (2010, pág. 159) menciona que la proporcionalidad debe aplicarse en aquellos casos de mayor complejidad, en donde la complejidad surge por la “indeterminación de los contenidos materiales de la constitución, la cual dificulta establecer aquello que la constitución ordena, prohíbe o permite a la luz del supuesto a decidir”. Así, por ejemplo, existirá una indeterminación cuando se discuta qué derecho deba ser protegido ante una situación que logre afectar por lo menos dos derechos fundamentales.

Ante el problema de indeterminación de los contenidos materiales de la Constitución, en la Sentencia 120/1990 se planteó una indeterminación entre dos derechos fundamentales dado, por un lado, por el derecho a la vida consagrado en el artículo 15° de la Constitución española y, por otro lado, por el derecho a la libertad extrema de los reclusos de un sistema penitenciario en una huelga de hambre, que podrían decidir incluso ocasionar la propia muerte. Ello además pondría en cuestión el deber del Estado de no imponer alimentación forzada a reclusos en huelga de hambre.

En el caso señalado, los recurrentes –quienes eran reclusos de un centro penitenciario– señalaban que el artículo 15° de la Constitución también debía proteger la libertad para decidir voluntariamente su propia muerte por un acto propio. De esta manera, los recurrentes se disponen a realizar una huelga de hambre y con ello se oponen a recibir asistencia médica, esperando a que sus demandas sean atendidas por la Administración penitenciaria, aun cuando la vida de los reclusos estaría en grave peligro.

Sin embargo, la Administración penitenciaria tenía el deber de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia, deber impuesto por el artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979. Por lo que, se planteó así un conflicto que se produce entre el supuesto derecho de los huelguistas al ejercicio de su derecho de libertad extrema, incluso de ocasionar su propia muerte; y el derecho a la vida, el cual debía ser protegido por la Administración penitenciaria.

Ante dicha situación, el Tribunal Constitucional español (1990) optó por decidir lo siguiente: “no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente”. (Fundamento jurídico 7).

En consecuencia, ante la inexistencia del derecho fundamental de ocasionar la propia muerte, la decisión final del Tribunal determinó que la asistencia médica coactiva, si bien es una medida que restringiría la libertad de los reclusos de realizar una huelga de hambre para que sus demandas sean atendidas por la Administración penitenciaria, ello no significaba que sea una medida inconstitucional.

Por el contrario, conforme señaló el Tribunal Constitucional español (1990), la asistencia médica obligatoria constituye una limitación del derecho a la integridad física y moral, así como una restricción a la libertad física, pero que “vienen justificadas en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido, y que se realiza mediante un ponderado juicio de proporcionalidad, en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquellos respecto de los cuales se autoriza” (Fundamento jurídico 12).

En suma, la aplicación del principio de proporcionalidad permite una solución razonable para aquellas situaciones de indeterminación sobre los contenidos materiales de la Constitución. Con ello también se logra una mínima y proporcional intervención limitativa en el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ahora bien, como se verá más adelante, el principio de proporcionalidad (o también denominado test de proporcionalidad), en términos de Alexy (2009, pág. 14), está conformado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

estricto. De este modo, en un caso particular de conflictos entre derechos constitucionales, se justificará una restricción o afectación de alguno de ellos siempre que esta medida cumpla con los tres citados subprincipios del test de proporcionalidad.

En síntesis, la colisión entre principios jurídicos –expresados a través de los derechos constitucionales– son resueltos a través del método de la ponderación, toda vez que en una situación particular alguno de estos principios prevalecerá sobre el otro.

La conclusión que cabe extraer del presente apartado que existen dos operaciones básicas de aplicación de la ley: la subsunción y la ponderación. Por lo que, para el desarrollo de la investigación, resulta relevante únicamente la definición del método de la ponderación, el cual permite una solución basada en criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la incertidumbre sobre la aplicación de principios jurídicos en colisión.

Así, el método de la ponderación estará caracterizado por estar encaminado a la aplicación de principios jurídicos –entendidos como normas jurídicas–, cuando estos entren en colisión en una situación particular. De modo que el juzgador, al realizar una valoración sobre los principios en colisión, decida cuál será aquel principio que prevalezca y, por ende, deba ser aplicado al caso concreto.

2. Las normas jurídicas como reglas o principios

Las normas jurídicas son creadas con el objeto de regular la conducta de los seres humanos; se pretende mantener una convivencia social a través de la regulación del comportamiento. Además, es necesario que estas normas sean emitidas por una autoridad normativa legitimada, es decir, que sean emitidas por el Congreso, pues este goza de legitimidad popular.

Cabe notar que, si bien la regulación de la conducta humana es expresada a través de las normas jurídicas, esta regulación puede presentarse de dos maneras: (i) regulación del comportamiento a través de reglas; y (ii) regulación del comportamiento a través de principios. Precisamente, las normas jurídicas entendidas tanto como reglas y como principios, ha determinado posturas en la doctrina que proponen más de una diferencia entre los tipos de normas señaladas.

Así, la teoría constitucional ha desarrollado diferencias entre reglas y principios de diversos modos¹; por ejemplo, se realiza una diferencia a partir de la definición de cada norma jurídica, como también diferencias en la aplicación de metodologías utilizadas frente a la colisión entre este tipo de normas.

Por ahora, se ha mencionado que las reglas –como normas jurídicas– se definen porque contienen mandatos definitivos, pues únicamente se acepta que sean cumplidas en su totalidad o que no sean cumplidas en su totalidad. Así, para ejemplificar el término de la regla como norma jurídica, en el ámbito deportivo –como en el fútbol– existe una regla que prohíbe a los jugadores a tomar el balón con la mano durante el juego, salvo que sea el portero.

En el ámbito del derecho, en cambio, una regla podrá estar determinada –por ejemplo– en la regulación del tránsito, estableciendo que los autos no pueden superar el límite de velocidad o respetar otras normas de tránsito. Por lo tanto, de presentarse un conflicto entre dos reglas, las cuales no pueden ser aplicadas de manera simultánea a una determinada situación, se aplicará el método de la subsunción para determinar la regla jurídica que se aplicará finalmente².

Ahora bien, por otro lado, también se ha mencionado que los principios jurídicos pueden ser cumplidos en mayor o menor grado, lo cual determina que si –en un caso particular– no se cumple con la orden de un principio, ello no significa que este sea inválido, sino que puede ser cumplido en menor grado o limitado en un caso particular. A modo de ejemplo, la libertad

¹ En esta ocasión nos centraremos en la diferencia entre reglas y principios planteada por los autores: Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (Segunda ed.). (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; y Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel. Es menester resaltar que pese a las presuntas diferencias planteadas por los autores, ambos comparten una idea de “contenido material de los derechos, pues para este momento la teoría de Hans Kelsen sobre la exclusividad formal de los derechos ha sido superada”, según lo señalado por Pérez Jaraba, María (2011). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (n. 24), Universidad de Jaén, pág. 186.

² Al respecto, señala Guastini, R. (2013). A propósito del neoconstitucionalismo: “subsumir significa adscribir a un individuo a una clase, o incluir una clase en una más amplia. [...] Se desprende que cualquier enunciado jurídico que haga uso de predicados solo puede ser aplicado a casos concretos mediante subsunción”. En *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo* (págs. 105-122). Lima: Ara Editores, pág. 119. A partir de ello, se determina que el método de la subsunción se aplica a los supuestos de conflicto entre reglas. De manera que, para la aplicación de una de las reglas en conflicto, se deberá realizar un análisis jurídico mediante el cual se verifique si el hecho particular de la realidad coincide o no con el supuesto de hecho general que prevé la regla.

de expresión resulta ser un principio jurídico regulado en el numeral 1.a. del artículo 20° la Constitución española³; así, el principio jurídico de la libertad de expresión podrá ser cumplido en mayor o menor grado dependiendo del caso particular. Es decir, si este principio entra en colisión con otro principio como el del honor⁴ (numeral 1 del artículo 18° de la Constitución); entonces, queda claro que se tendrá que limitar –o cumplir en un menor grado– el principio de la libertad de expresión, ello con el objetivo de no vulnerar otro principio que también debe ser tutelado por el ordenamiento jurídico.

A partir de estas premisas, presentaremos algunas posturas teóricas sobre la distinción entre las reglas y los principios. Así, una primera distinción es la señalada por Dworkin (1977), quien afirma que la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica⁵:

Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. (Pág. 74-75)

Como se sabe, las disyuntivas hacen referencia a aquellas situaciones en las que se debe elegir entre dos soluciones diferentes. Por ello, señala Ferrajoli (2012, pág. 800), citando a Dworkin, que “las reglas son aplicables en la forma del todo-o-nada, en el sentido de que son aplicables o no aplicables determinadas consecuencias jurídicas según concurren o no las condiciones previstas por ellas”.

En tal sentido, las reglas contienen mandatos u órdenes que deben ser cumplidos en su totalidad o no serlo, es decir, contienen una obligación jurídica para determina

³ Artículo 20.- 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. [...].

⁴ Artículo 18.- 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁵ Al respecto, Dworkin, R. (1977), señala una diferencia entre “principios jurídicos” y “normas jurídicas”, la cual hace referencia –finalmente– a la distinción entre “principios jurídicos” y “reglas jurídicas”; pues el autor señala que la forma disyuntiva de las “normas jurídicas” se puede ver con toda claridad si se considera la manera en “cómo funcionan las reglas, no en el derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. En el béisbol, una regla establece que si el *batter* o bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera de juego”. En *Los derechos en serio*, Op. Cit., pág. 74-75.

circunstancias o supuestos de hecho. Por consiguiente, frente a un conflicto de aplicación de reglas en un caso particular, se realizará una subsunción de la conducta analizada a alguna de las reglas en conflicto, prevaleciendo esta última sobre la primera regla.

Por el contrario, los principios –entendidos como normas jurídicas– se diferencian de las reglas por tener una dimensión particular referida al peso o importancia que tienen estas normas en el ordenamiento jurídico. En términos de Dworkin (1977):

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

Dicho de otro modo, como señala Ferrajoli (2012, pág. 800), citando a Dworkin, “los principios no indican consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se den las condiciones previstas; [...] por eso, los principios se pesan, de modo que prevalece aquel que tiene asociado en cada caso mayor peso o importancia”. En efecto, solo en la metodología de la subsunción se observa si se cumplen con las condiciones previstas (supuesto de hecho) por la regla para aplicar las consecuencias jurídicas de manera automática. Sin embargo, en el ámbito de los principios, estos deben ser pesados prevaleciendo aquel que tenga mayor importancia o mayor peso en cada caso en particular⁶.

Además, Dworkin (1977, pág. 72) señala que los principios son “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁷. Por tanto, no cabe concebir un ordenamiento jurídico en que

⁶ Sobre este punto, García, J. (2016) señala que “la expresión ponderación tiene una fuerte carga metafórica. Ponderar o bien es sopesar o bien es pesar”. En: ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 1-22, pág. 2. El autor señala que un pesar objetivo –por ejemplo– ocurre cuando se usa un aparato para medir pesos tales como el de un lápiz. Sin embargo, cuando se trata de normas jurídicas, no se opera en el campo de los objetos físicos (como el lápiz) que tengan un peso objetivo y medible. Por ello, en el ámbito normativo se debe aplicar la ponderación, es decir, aplicar las expresiones de peso, pesar, ponderar y similares, los cuales tienen un alto contenido metafórico por lo ya expuesto.

⁷ Ello determina una teoría jurídica que admite al derecho y a la moral concebidos de manera unitaria, rechazando las ideas formalistas del derecho planteadas por Kelsen en las que se excluía el derecho de la moral.

se admitan únicamente las reglas, o que se discutan solo los conflictos entre estas; sino que, en un estado constitucional de derecho, la presencia de los principios determina que el sistema jurídico admita que la moral y el derecho puedan ser concebidos de manera unitaria.

De hecho, en un ordenamiento jurídico en que solo se tuviera reglas jurídicas establecidas por el legislador legitimado, se lograría satisfacer la seguridad jurídica. Sin embargo, este sistema sería muy rígido, es decir, en la búsqueda de la certeza o seguridad jurídica de la regulación del comportamiento humano, las reglas no se podrían interpretar; sino que, se debería optar por la literalidad de la norma, con lo cual se genera un riesgo en que la aplicación de las reglas genere injusticias. Por ello, los principios flexibilizan las reglas, es decir, flexibilizan un ordenamiento rígido, permitiendo así la interpretación de las normas jurídicas del ordenamiento al momento de aplicarse a un caso particular⁸.

Ahora bien, una segunda distinción entre las reglas y principios es la establecida por Alexy. Se trata de una distinción práctica, el autor Alexy (2007, págs. 67-68) define a los principios como mandatos de optimización, señalando que, “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Por lo que, los principios se caracterizan porque “pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.

En cambio, a diferencia de los principios, las reglas no pueden ser cumplidas en un grado mayor o menor, ya que estas se caracterizan por la única posibilidad de que pueden ser cumplidas o no. Es decir, como señala Alexy (2007, pág. 68), “si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”. Por tanto, las reglas establecen sola una determinación en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible, esto

Pérez, M. (2011). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy*. Op. Cit., pág. 186 y ss.

⁸ Un ejemplo de lo mencionado es el descrito por Dworkin, R. (1977), quien cita el caso *Riggs*, en donde el tribunal “citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley”. En *Los derechos en serio*, Op. Cit., pág. 80. En este caso, un sujeto (Elmer) asesinó a su abuelo para recibir la herencia que le correspondía por ley testamentaria. Así, de concebir un ordenamiento únicamente en base a principios, se podría concluir que pese al asesinato el sujeto debe recibir la herencia porque la regla así lo establece. Sin embargo, en este sistema rígido de reglas, los jueces aplican los principios para llegar a una decisión más justa, concibiendo al derecho y a la moral en un sistema unitario; en donde deberán prevalecer los principios sobre las reglas, cuando estas últimas no satisfacen el criterio de la justicia en un caso particular.

es, que sean cumplidas o no al pretender aplicarlas a un caso particular, sin la posibilidad de que la regla sea cumplida en un grado mayor o menor.

Por último, señala Alexy⁹ (pág. 48) que “la Fórmula de la Subsunción presenta un esquema que trabaja de acuerdo a las reglas de la lógica”. En cambio, la ponderación es un método de aplicación de los principios jurídicos a los casos particulares, en particular, la ponderación es de aplicación cuando los principios entran en colisión, discutiendo así la prevalencia de alguno ellos.

Así, la fórmula de la subsunción es el método de aplicación de las normas jurídicas cuando entran en colisión las reglas del ordenamiento a partir de un caso concreto. Según Guastini (2013, pág. 119), “subsumir significa adscribir a un individuo a una clase, o incluir una clase en una más amplia. [...] Se desprende que cualquier enunciado jurídico que haga uso de predicados solo puede ser aplicado a casos concretos mediante subsunción”. En efecto, la subsunción implicará adscribir una conducta a un determinado supuesto de hecho establecido en una regla jurídica. Por ejemplo, si en la realidad se observa la comisión de un asesinato, se debe subsumir esta conducta en lo establecido por las reglas del homicidio.

Como conclusión, podemos señalar que las reglas y los principios tienen en común que ambos determinan la aplicación de las normas jurídicas en un caso particular. Sin embargo, para el caso de las reglas, no se debe realizar mayor interpretación de las normas, pues únicamente se verifica si el hecho de la realidad coincide o no con el supuesto de hecho de la regla para que esta pueda ser aplicada. En cambio, los principios merecen una interpretación por parte del juzgador, quien debe aplicar un principio u otro dependiendo del mayor peso o importancia que tenga este en un caso particular.

Para finalizar la presente sección, se presentarán a continuación algunas afirmaciones relevantes a propósito de la distinción entre reglas y principios. Así, en relación a la diferencia planteada por Zagrebelsky (1992, págs. 109-110), citado en Gascón (1995) el autor señala que “cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son

⁹ Foro Jurídico. Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. El texto fue traducido por León, M., profesor de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

prevalentemente principios (...). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”.

Las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia, como se acaba de ver, serán los principios que se encuentren regulados en la Constitución. Ello, a diferencia de las reglas, son reguladas en la norma suprema, siendo que su aplicación dependerá estrictamente de la situación particular, en donde se evalúa que la orden contenida en un principio sea cumplida en mayor o menor grado.

Así, por ejemplo, el principio de la libertad de expresión es a su vez un derecho regulado en la Constitución, que ordena que se debe respetar la libertad de expresión de todas las personas. Sin embargo, al ser un principio, este podrá ser aplicable en mayor grado (prevaleciendo sobre algún otro principio con el cual entre en colisión) o en menor grado (cediendo o limitando sus efectos frente a otro principio que también deba ser tutelado) en una situación particular. Pero, en cualquier caso, el juzgador deberá aplicar el principio de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas¹⁰.

En tal sentido, se puede advertir que los principios, expresados a través de los derechos constitucionales o a partir de los criterios de la justicia, en términos de Zagrebelsky (1992, pág. 111) “carecen de supuesto de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica (en particular, en la subsunción en el supuesto de hecho)”. En consecuencia, deberá aplicarse el método de la ponderación para la resolución de una colisión entre principios.

No obstante, algunos autores¹¹ sostienen que la metodología inicial a realizar en la colisión entre principios es la subsunción. Así, Martínez (2006, págs. 67-68), citando a Prieto (1998, pág. 58) afirma que en el ámbito de los principios el método de la subsunción (aplicables,

¹⁰ Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit., pág. 67-68.

¹¹ Autores como: Martínez, D. (2007): Conflictos constitucionales, ponderación, e indeterminación normativa. Madrid, Marcial Pons, pág. 67-68. Así también, Prieto, L. (2003, pág. 135) en términos similares, sostiene que la diferencia entre principios y reglas, entendidas como normas jurídicas, puede formularse de la siguiente manera: “cuando dos reglas se muestran en conflicto ello significa que o bien una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción de la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro”. En: *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (págs. 123-158). Madrid: Trotta, pág. 135.

en principio, para las reglas jurídicas) es un paso posible y necesario; el autor detalla lo siguiente:

Únicamente puede entrar en juego el derecho al honor si previamente reconocemos una acción (sea individual o genérica) como lesiva del honor [...]. Para que haya ponderación, es preciso que un supuesto de hecho concreto sea susceptible de ser subsumido en dos principios que establezcan consecuencias jurídicas incompatibles, y esto precisa de una (doble) subsunción previa.

Por lo tanto, para Martínez se debe, en primer lugar, subsumir la conducta de la realidad a la orden contenida en un principio jurídico. Luego de ello, se analizará si esta conducta entra en colisión con otra orden contenida en un segundo principio. De manera que, la ponderación se aplicará luego de encontrar una incompatibilidad entre la aplicación de dos principios; sin embargo, ello solo sería posible si previamente se realiza una subsunción de las conductas de la realidad en los respectivos principios jurídicos.

En base a ello, Martínez (2006, págs. 67-68), citando a Prieto (1998, pág. 58) afirma que “lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus eventuales conflictos: si colisionando con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio”.

De este modo, una norma será un principio o una regla a partir de la resolución del conflicto entre ambas, dejando de lado el enunciado lingüístico se tomará en cuenta únicamente si la norma prevalece totalmente o no frente al conflicto con otra (reglas jurídicas); o, si por el contrario, esta norma prevalece dependiendo de la situación particular a resolver (principios jurídicos)¹². En particular, Prieto (2003, pág. 137) señala que “ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”.

En adición, Bastida (2005, pág. 40) señala que, “en principio se puede afirmar que el aspecto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades

¹² De modo similar, Betegón, J. *et al.* (1997), *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw Hill, pág. 354.

jurídicas y reales existentes. Por eso se afirma que los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades de hecho, sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser o no cumplidas; si una regla es válida, ha de hacerse lo que ella existe, no más no menos”.

Por último, Ferrajoli (2012, pág. 801) realiza una distinción entre reglas y principios de la siguiente manera:

Son reglas, y de manera más precisa, reglas deónticas, todas y solo las normas de las que cabe configurar los actos que son su observancia o su inobservancia. Llamaré, en cambio, principios directivos, o simplemente directivas, a las normas que formulan objetivos políticos y de las que, por eso, no son concebibles una violación o una específica observancia; en efecto, pues su referencia empírica no consiste en comportamientos determinados, cualificables como sus cumplimientos o incumplimientos, sino en políticas públicas, es decir, en complejos heterogéneos de posibles actividades, ninguna de las cuales es abstractamente predeterminable como su actuación o inactuación.

3. La restricción de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son los derechos básicos de toda persona, que constituyen el fundamento del Estado y de la sociedad, por ello estos derechos son también límites al poder público y a la libertad de los particulares. Así, el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales deberá ser garantizado por el Estado, brindado tutela jurídica efectiva frente a la vulneración o amenaza de estos derechos.

Peces-Barba (2004, pág. 29) afirma que los derechos fundamentales hacen referencia a una pretensión moral justificada, esta justificación se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. En efecto, el fin supremo del Estado es la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, la cual fundamenta los derechos reconocidos en la norma suprema.

La dignidad humana, como base de los derechos fundamentales, fundamenta la existencia del Estado, por ello, los derechos fundamentales son aquellos derechos básicos necesarios para el desarrollo de un Estado social y democrático de derecho, como también del desarrollo integral del ser humano. Conforme señala el inciso 1 del artículo 53° de la Constitución española: Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo –haciendo referencia a la regulación constitucional de los derechos fundamentales– vinculan a todos los poderes públicos.

Así, los derechos fundamentales de la persona humana son derechos básicos que se fundamentan en la dignidad, por lo que deben ser respetados por la sociedad y el Estado, para garantizar un pleno ejercicio de estos derechos.

Ahora, ningún derecho fundamental puede ser considerado como un derecho absoluto, pues si estos fuesen derechos absolutos se permitiría que el ejercicio legítimo de un derecho provoque vulnere otros derechos fundamentales, es decir, no se podría sancionar el ejercicio abusivo de un derecho. Por ello, la interpretación de los derechos fundamentales siempre deberá realizarse observando el sistema jurídico unitario del que forman parte.

En tal sentido, debido a que los derechos fundamentales se encuentran en un mismo sistema jurídico, es posible encontrarnos en circunstancias de conflictos entre derechos, lo cual deberá ser resuelto a través de la ponderación. Además, debido a dichas circunstancias, el ejercicio de los derechos fundamentales deberá tener límites, para permitir una coherencia con los demás derechos fundamentales. Por ello, debe determinarse el alcance del ejercicio de los derechos fundamentales.

Así, el alcance jurídico de los derechos fundamentales debe ser interpretado a partir de la doble dimensión o doble carácter de estos derechos. Es decir, los derechos fundamentales cuentan con alcances jurídico tanto en su dimensión subjetiva (como derechos individuales) como en su dimensión objetiva (como principios, instituciones o valores jurídicos).

Los derechos fundamentales tienen alcances específicos que se abordan a partir de la “doble dimensión” o también llamado “doble carácter” de los derechos fundamentales. De manera

general, esta doble dimensión denota una distinción entre una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

En el ámbito de la dimensión subjetiva, se protegen los derechos fundamentales de las personas en situaciones concretas, es decir, los derechos fundamentales serán entendidos como derechos individuales. En cambio, desde el ámbito de la dimensión objetiva, los derechos fundamentales son concebidos como principios, instituciones o valores jurídicos que vinculan a los poderes públicos y a los particulares; por ello, los derechos fundamentales serán protegidos en función de la supremacía de la Constitución, trascendiendo al caso concreto y procurando la defensa de la norma jurídica suprema.

El Tribunal Constitucional español (1981), en la Sentencia 25/1981 de 14 de julio, establece la definición del doble carácter que tienen los derechos fundamentales:

En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). (Fundamento jurídico 5)

El Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 3330-2004-AA/TC, 2005) al señalar que la realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas, establece una definición de la doble dimensión de los derechos fundamentales, de la siguiente manera:

Los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en cambio, en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en

tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional. (Fundamento jurídico 9).

A partir de la doble dimensión o doble carácter de los derechos fundamentales, el Estado protege los derechos reconocidos en la Constitución en los casos concretos (dimensión subjetiva), atendiendo a la gravedad de los problemas constitucionales que se adviertan en la realidad. Además, se protegen a los derechos fundamentales a partir de la tutela del orden jurídico constitucional, concibiendo a los derechos fundamentales como principios, instituciones o valores jurídicos (dimensión objetiva), procurando la aplicación del principio de supremacía de la Constitución.

El alcance jurídico de los derechos fundamentales debe ser interpretado a partir de la doble dimensión o doble carácter de estos derechos. Es decir, los derechos fundamentales cuentan con alcances jurídico tanto en su dimensión subjetiva (como derechos individuales) como en su dimensión objetiva (como principios, instituciones o valores jurídicos).

En tal sentido, Sarlet (2019, pág. 183) afirma que, la constatación de que los derechos fundamentales ostentan una doble perspectiva, en la medida en que pueden, en principio, ser considerados como derechos subjetivos individuales como elementos objetivos fundamentales de la comunidad.

Ahora, las personas conviven y se desarrollan en sociedad, a partir de un carácter relacional, los seres humanos establecen relaciones interpersonales en distintos ámbitos sociales como el trabajo, la escuela, etc. Por lo que, a partir de estas relaciones sociales las personas pueden encontrarse inmersos en conflictos por el ejercicio de sus derechos fundamentales en determinadas circunstancias.

En otros términos, cuando los derechos fundamentales –regulados en la Constitución de cada Estado contemporáneo– requieren ser protegidos o tutelados en un proceso judicial, estos pueden producir incompatibilidades con otros derechos fundamentales al momento de su aplicación debido a las diferentes demandas de los particulares por la tutela jurídica de sus derechos.

Un ejemplo de lo afirmado sobre la posible incompatibilidad de la aplicación de derechos podrá tratarse de la incertidumbre sobre la protección del derecho a la libertad de expresión en contravención del derecho al honor, o viceversa.

En atención a las posibles incompatibilidades que pueda producir el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, se afirma que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino que cabe establecer límites a su ejercicio o, de otro modo, son derechos que pueden ser relativizados en atención a las situaciones particulares.

Así, los derechos fundamentales deben ser interpretados en función de un sistema jurídico unitario, es decir, la Constitución que positiviza estos derechos debe ser entendida como una unidad normativa compatible internamente. En consecuencia, no cabría concebir derechos absolutos en un sistema unitario, debido a que estos pueden ser restringidos o limitados de acuerdo a las circunstancias de un caso particular.

Al respecto, Zagrebelsky (1992, pág. 18) afirma que la Constitución alberga valores y principios que permiten integrar a las sociedades pluralistas actuales; pero que, en ocasiones, podría resultar tendencialmente inconciliables. Para salvar dicha dificultad, el autor propone que para que dichos valores y principios de la Constitución pueden coexistir no deben ser asumidos con carácter absoluto, sino relativo, debiendo hacerse dúctiles o moderados.

Como se mencionó, los valores y principios jurídicos recogidos en la Constitución representan la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, pues a través de la dimensión objetiva los derechos fundamentales son protegidos en atención al orden jurídico constitucional, el cual vincula a los poderes públicos del Estado y a los particulares, en función del principio de supremacía de la Constitución.

De esta manera, no cabría establecer un carácter absoluto de los derechos fundamentales en un Estado democrático y constitucional de derecho, ya que ello produciría incompatibilidades normativas en el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Asimismo, de admitir un carácter absoluto en los derechos fundamentales, no podría sancionarse el ejercicio abusivo de algún derecho.

Así, por ejemplo, si el derecho a la libertad de expresión fuese un derecho absoluto, no podrían tutelarse los derechos vulnerados con el ejercicio de la libertad de expresión, tales

como el derecho al honor y buena reputación. Ello generaría una situación de desprotección de los derechos fundamentales ante el ejercicio abusivo de otros derechos y, en consecuencia, una incompatibilidad normativa de los derechos recogidos en la Constitución.

Por lo tanto, los derechos fundamentales deben ser concebidos e interpretados como derechos relativos, es decir, como derechos que admiten límites a su ejercicio. Por un lado, los derechos fundamentales son protegidos en situaciones concretas, es decir, como derechos individuales concebidos a partir de la dimensión subjetiva. Por otro lado, estos derechos son protegidos desde una dimensión objetiva, que procura la tutela de derechos como principios y valores jurídicos que vinculan a la sociedad y el Estado.

De acuerdo con Landa (2017, pág. 14), “todo derecho fundamental tiene límites, los que pueden estar constituidos por el ejercicio de otros derechos fundamentales; bienes, como la seguridad jurídica, la defensa nacional o el orden interno; o valores constitucionales, como la solidaridad, la justicia o el bien común”.

En efecto, los límites a los derechos fundamentales pueden ser de carácter subjetivo, tal como el ejercicio de otro derecho fundamental; asimismo, estos límites podrán ser de carácter objetivo, pues los principios o valores constitucionales también son considerados como límites al ejercicio de los derechos fundamentales.

Aba (1998, pág. 17) afirma que el concepto de límite será “toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto, derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos”. Así, los límites jurídicos –impuestos al ejercicio de los derechos fundamentales– tendrán como función restringir las facultades de la persona en el ámbito de un derecho específico.

Asimismo, Peces-Barba (2004, pág. 316) señala que “los límites jurídicos de los derechos fundamentales pueden ser límites del sistema jurídico en general, del subsistema de los derechos fundamentales, internos a cada derecho, o también los del caso concreto que serían no tanto límites del derecho, sino a su ejercicio”.

Por tanto, la delimitación del contenido del derecho, a partir de los límites internos que vienen dados por su propia naturaleza, así como por su dimensión social, permite conocer al titular de un derecho lo que la Constitución le faculta ejercitar. Es decir, el titular de un

derecho específico podrá ejercer las facultades propias del derecho dentro de los límites impuestos por el orden jurídico constitucional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español (1986) en el auto 642/1986 afirmó que la delimitación del contenido de un derecho fundamental será “los límites o contenido básico del derecho” (Fundamento jurídico 3). Asimismo, Medina (1996, pág. 11) sostiene que el contenido constitucional del derecho puede ser definido como las “manifestaciones o proyecciones del bien jurídico a cuya tutela se encomienda el derecho fundamental”.

En este orden de ideas, en la realidad, se presentarán casos en donde un derecho deba ser limitado debido a que produce una afectación en otro derecho; o también que, por el motivo de mantener la unidad normativa de la Constitución, se deban relativizar algunos derechos en atención a los casos particulares. Es decir, los derechos fundamentales poseen límites jurídicos que permiten una coherencia normativa en la Constitución.

Por ello, el carácter relativo de los derechos fundamentales permite que los órganos jurisdiccionales puedan limitar el ejercicio de un derecho fundamental, siempre que esta limitación se encuentre debidamente motivada en criterios razonables como la protección de la supremacía de la Constitución, o de su coherencia normativa. Por el contrario, concebir un derecho fundamental como derecho absoluto, provocaría que el juzgador no pueda aplicar límites jurídicos al ejercicio de un derecho, con el peligro de que se permitan situaciones de abuso de derecho.

Cabe señalar lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. En el caso se cuestiona la decisión de la Sala Constitucional de Costa Rica, que declara inconstitucional un decreto del Poder Ejecutivo de 1995 que permitía la fecundación *in vitro*. La decisión sostenía que la fecundación *in vitro* ponía en riesgo la vida, por cuanto en el procedimiento se descartaba el uso de embriones fecundados.

Uno de los temas resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue determinar si el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹³, que protege el

¹³ Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

derecho a la vida, protege también al embrión fecundado pero no anidado en el útero materno. Al respecto, la Corte IDH señaló lo siguiente:

El embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la concepción, en el sentido del artículo 4.1. tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, concluyen que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. sino que aplica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (Fundamento jurídico 264). (Subrayado agregado).

En el caso señalado se determinó que la protección de un derecho fundamental no debe ser absoluta, por lo que un Estado debe tutelar un derecho fundamental amenazado o vulnerado de manera gradual, de acuerdo a las circunstancias particulares. Ello no implica que la tutela de un derecho fundamental no deba realizarse de manera absoluta, como debe ocurrir en casos de graves vulneraciones a los derechos fundamentales; sino que la protección gradual de un derecho fundamental se debe a que la protección no es un deber absoluto e incondicional del Estado, sino que debe aplicarse dicha protección atendiendo a las posibles excepciones que puedan surgir en un caso particular.

De esta manera, en el caso se analiza si el derecho fundamental a la vida debe o no ser tutelado jurídicamente por el Estado, por lo que se determina si el artículo 4.1, de la Convención Americana de Derechos Humanos protege al embrión fecundado pero no anidado en el útero materno. Así, debido a que esta tutela no constituye un deber absoluto ni incondicional, entonces, se interpretó que la protección del derecho a la vida no incluía al embrión fecundado que aun no estaba anidado en el útero materno.

Por ello, en el caso bajo análisis, la regla general del artículo 4.1. de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Sin embargo, esta regla también podrá admitir excepciones, como en el caso de la fecundación *in vitro*. Por lo que, la tutela de los derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico interno no

siempre será una tutela absoluta e incondicional, sino que pueden establecerse grados de tutela en un derecho fundamental de acuerdo a las exigencias del caso concreto.

Así, en las prácticas de fecundación *in vitro* presuntamente podría ponerse en riesgo la vida, pero conforme a la interpretación de la Corte IDH, el artículo 4.1. de la Convención Americana no protegería la vida en supuestos en donde el embrión aun no es implantando en el útero de la mujer y, en consecuencia, el derecho a la vida no deberá ser tutelado en este caso, pues la concepción –conocido como el momento en el que inicia la vida– no ocurre hasta el momento de dicha implantación.

Podemos concluir señalando lo siguiente, las acciones que restringen derechos fundamentales atienden a las necesidades de cada caso particular, siempre que esta restricción se ajuste a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, la medida restrictiva podrá ser considerada como constitucional. Conforme señala Barak (2017, pág. 130), una restricción de un derecho tiene lugar cada vez que se produce una acción del Estado que deniega o impide que el titular del derecho lo ejerza de acuerdo a la plenitud del supuesto de hecho de dicho derecho.

En tal sentido, deberá existir una proporcionalidad entre la afectación o limitación a un derecho fundamental y el objetivo constitucional fijado que se cumplirá con dicha limitación; de modo que si la medida resulta ser excesiva, entonces, podrá ser considerada como una medida inconstitucional. Al respecto, Barak (2017) sostiene lo siguiente:

Solo cuando la disposición legal que restringe el derecho fundamental es proporcional –solo cuando ella cumple con los requerimientos que establece la cláusula restrictiva– podemos decir que la restricción es válida. Solo entonces puede el derecho fundamental coexistir de manera pacífica con su restricción. No obstante, cuando esta misma restricción no cumple con las reglas de la proporcionalidad establecidas por la cláusula restrictiva, podemos concluir que el derecho ha sido vulnerado. (Pág. 130)

Por tanto, los derechos fundamentales deben tener límites en su ejercicio, ya sean límites establecidos de manera expresa en la Constitución, como también límites establecidos a partir de otros derechos fundamentales. Peces-Barba (2004, pág. 323) afirma que en el análisis de los derechos nos encontramos con los supuestos de los límites en el caso concreto,

en el ejercicio del derecho por su titular. Estos pueden ser a su vez de dos tipos, según se sitúen en aspectos o formas de actuación del titular del derecho, o se encuentren en el acto de aplicación, en las circunstancias del caso.

4. La ponderación de derechos

De acuerdo con lo señalado anteriormente, la ponderación es un método de aplicación de principios jurídicos, entendidos estos como mandatos de optimización, pues contienen una orden que puede ser cumplida en un mayor o menor grado.

Los principios cuando entran en colisión deben ser ponderados¹⁴. Según Alexy (2007, pág. 161), “la ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”.

A partir de ello, Atienza (2013, pág. 249) afirma que “Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización”. Adoptando este punto de vista, los principios no tienen únicamente un carácter abstracto, sino que también se encuentran positivizados en nuestro ordenamiento, por lo que están regulados en la Constitución a través de los derechos constitucionales.

Según Bernal (2003, pág. 238), la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico.

¹⁴ En palabras del Tribunal Constitucional (STC 320/1994.), “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”.

Un caso emblemático de ponderación de derechos es el resuelto por el Tribunal Constitucional español (2002) en la sentencia 154/2002 de 18 de junio. Este caso constituye un conflicto entre el derecho fundamental a la libertad religiosa y el derecho fundamental a la vida de un menor de edad.

Según los hechos de la sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo promovido contra las Sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación 3448/96. Así, en las sentencias recurridas se decretaron sendas condenas penales contra los padres de un menor de edad que se encontraba en un estado de salud muy grave. Debido a su problema de salud, el menor necesitaba una transfusión de sangre; sin embargo, los padres del menor se negaron a recibir una transfusión de sangre alegando motivos religiosos.

En el caso, ante la negativa de los padres de convención al niño para que pueda recibir una transfusión de sangre, el menor finalmente falleció. Así, luego de las condenas penales contra los padres por no permitir la transfusión, el Tribunal Constitucional español realiza un test de ponderación para resolver el caso del conflicto entre el derecho a la vida del menor y el derecho a la libertad religiosa del menor y de sus padres.

Otro caso relevante sobre ponderación de derechos fundamentales se encuentra en la Sentencia 171/1990, en donde el Tribunal Constitucional español (1990) señala que:

Si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. (Fundamento jurídico 5).

La libertad de expresión e información se dirigía a la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, por tanto, “solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general,

careciendo a tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente” (Fundamento jurídico 5).

5. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un método de aplicación del Derecho, en particular, de aplicación de principios o valores jurídicos, los cuales se encuentran en colisión debido a la incertidumbre sobre qué principio o valor jurídico debe ser aplicable en un caso concreto. Por ello, es preciso ponderar cuando no se tiene certeza sobre cuál es el principio que deba ser aplicado, prevaleciendo sobre el otro principio en conflicto.

Además, como la ponderación implicará la aplicación de algún principio, dicha aplicación puede realizarse en diferentes grados, pues los principios podrán ser cumplidos de manera gradual de acuerdo con las circunstancias particulares. Por ello, la ponderación se diferencia del método de la subsunción, ya que este último solo admite una aplicación total o una inaplicación de la regla jurídica en conflicto, sin poder realizar una aplicación gradual en casos distintos.

Atienza (2013, pág. 249), afirma que “cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del Derecho), los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio”.

Al respecto, señala Alexy que el significado de la diferenciación entre las reglas y los principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios.

Conforme señala Barak la regla de la ponderación debe reflejar la importancia social marginal de los beneficios creados por la medida restrictiva (ya sea respecto de los individuos implicados o ya sea respecto del público en general) así como la importancia

social marginal de prevenir la vulneración causada al derecho que ha sido objeto de restricción.

Según Carbonell (2008):

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. (Pág. 10)

Bernal (2008, pág. 44) señala que “mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales”.

El Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 0010-2002-AI, 2003) describe al principio de proporcionalidad en su condición de principio que ordena el ordenamiento jurídico, estableciendo su aplicación en aquellos ámbitos de restricción de un derecho fundamental, como el derecho a la libertad personal que puede ser restringido a través de las penas, precisa lo siguiente:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición

constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (Fundamento jurídico 195).

Prieto (2008, pág. 112) señala que el juicio de ponderación tiene un carácter valorativo con un margen de discrecionalidad, ya que cada paso o fase de la argumentación supone un “llamamiento al ejercicio de valoraciones: cuando se decide la presencia de un fin digno de protección, no siempre claro y explícito en la norma o decisión enjuiciada”

Lopera (2010, págs. 160-161) afirma que el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales.

Conforme señala Barack (2017, pág. 243), “la única base jurídica para la aplicación de la proporcionalidad como un criterio para la restricción de los derechos fundamentales a través de medidas infraconstitucionales debe encontrarse en la constitución misma, ya sea de manera explícita o implícita”.

Por ello, es importante que un ordenamiento jurídico interno regule de manera expresa el principio de proporcionalidad; con ello se garantiza la aplicación de este principio en los casos analizados por el juzgador, en donde se somete a un análisis judicial las medidas dictadas por el poder público que limiten los derechos de los ciudadanos.

En relación a la regulación constitucional del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico de España, de acuerdo con Roca (2013, pág. 6), “la Constitución española no establece con carácter general otra cosa más que la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos y, adosada a ella, la garantía del contenido esencial de los mismos”. Ello en referencia a lo señalado en el artículo 53.1 de la Constitución española:

Artículo 53.- 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Como se observa, la Constitución española no señala de manera expresa la existencia del principio de proporcionalidad. Sin embargo, este principio ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional español a través de su jurisprudencia. Así, en la sentencia 11/1981 se señaló lo siguiente:

Tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. (Fundamento jurídico 7).

En el caso citado, el Tribunal Constitucional español (1981) advierte que la Constitución establece por sí misma los límites a los derechos fundamentales, como también el límite podría estar en la Constitución de manera indirecta. En consecuencia, los derechos fundamentales no pueden ser absolutos, sino que están sujetos a límites de acuerdo con una interpretación sistemática de la Constitución.

A partir de la interpretación del Tribunal, Roca (2013, págs. 6-7) sostiene que esta es una “premisa imprescindible para la operatividad de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como cánones de control, pero no fuerza su introducción con un diseño determinado (...). El tribunal conjuga la garantía del contenido esencial con la aplicación de

un juicio de razonabilidad y proporcionalidad sobre las normas que afectaban el ejercicio del derecho”.

En efecto, el Tribunal Constitucional español (1981) señaló que: “desde el punto de vista jurídico–constitucional lo único que hay que cuestionar es si sobrepasa o no el contenido esencial del derecho” (Fundamento jurídico 7). Con ello se pretendía definir el contenido esencial¹⁵ del derecho en cuestión, para así determinar si la medida que limite dicho derecho vulnera o no este contenido esencial.

A partir del contenido esencial del derecho fundamental, el Tribunal Constitucional español (1981) establece que la intervención sobre algún derecho fundamental era excesiva cuando se presentaban dos situaciones: primero, existía un exceso en la intervención cuando se “desnaturalizaba” el contenido esencial de un derecho subjetivo (Fundamento jurídico 8).

Segundo, el Tribunal Constitucional español (1981) determinó que había una ausencia de exceso cuando: “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (Fundamento jurídico 8).

Así, existe un exceso injustificado e inconstitucional en la medida que limita o restringe un derecho fundamental cuando se desnaturalizaba el contenido esencial del mismo; o cuando en la práctica este derecho se volvía ineficaz, de modo que se imposibilitara su ejercicio.

A partir de la descripción del caso, se observa que si bien la Constitución española no regula expresamente el principio de proporcionalidad, este principio ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional español, determinando que existe una regulación indirecta del principio de proporcionalidad en el artículo 53.1 de la Constitución española.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado el contenido del principio de proporcionalidad a través de su jurisprudencia, aplicando en los casos criterios tanto de

¹⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional español (1981), señaló que “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”. En: Sentencia 11/1981, de 8 de abril.

razonabilidad como de proporcionalidad, como control de las intervenciones del Estado en los derechos fundamentales. Así, Roca (2013) sostiene lo siguiente:

A lo largo de los años ochenta y todavía entrados los noventa del pasado siglo, el Tribunal aplicó en numerosas ocasiones un juicio “conjunto”, casi intuitivo, de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos. El control en términos de razonabilidad y proporcionalidad implicaba tomar en consideración “todas las circunstancias” antes de pronunciarse sobre la “fundamentación, racionalidad y proporcionalidad” de la norma o actuación impugnada. (Pág. 7)

De esta manera, el Tribunal realizó un control de las actuaciones del poder público, estableciendo como requisitos los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Además de lo señalado en el artículo 53.1 de la Constitución española, el Tribunal Constitucional español fundamenta la aplicación del principio de proporcionalidad, junto con el criterio de razonabilidad, en otros principios como la justicia y derechos como la dignidad humana.

Roca (2013, pág. 7) menciona que el fundamento constitucional que el Tribunal invocó para justificar la sujeción de normas y actuaciones a requisitos de razonabilidad y proporcionalidad fueron los siguientes: “la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) o el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), aunque también hubo vinculaciones más remotas, como la que la STC 160/1987 estableció con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”.

Por otro lado, en el ordenamiento peruano el principio de proporcionalidad se encuentra regulado de manera expresa, el cual también cuenta con un desarrollo jurisprudencial en función del análisis de las medidas restrictivas dictadas por el poder público que limiten de los derechos fundamentales. Así, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución peruana señala lo siguiente:

Artículo 200.- [...] Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. (Subrayado agregado)

Así, las acciones que tengan por objetivo la restricción o suspensión de algún derecho fundamental en un caso particular deberán ser analizadas por los órganos con potestad jurisdiccional, para determinar si dicha acción restrictiva resulta ser razonable y proporcionalidad.

5.1. Antecedentes del principio de proporcionalidad

Descrito algunos alcances sobre el concepto del principio de proporcionalidad, presentamos ahora los orígenes de este principio en los distintos ordenamientos jurídicos en donde se desarrolló primigeniamente.

La proporcionalidad como principio jurídico tiene como referencia –en relación a sus orígenes– al derecho público alemán. En particular, en su momento fue el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia el encargado del desarrollo de este principio. Por lo tanto, desde sus orígenes la proporcionalidad resulta siendo un método de aplicación de las normas jurídicas; esto es, una aplicación razonable de las normas jurídicas a los casos particulares realizada por la interpretación de los jueces

Así, precisamente señala Barack (2017, págs. 208-209) la siguiente descripción sobre los orígenes del principio de proporcionalidad:

La proporcionalidad como concepto jurídico positivo comenzó a aparecer en el derecho administrativo prusiano en la segunda mitad del siglo XIX. El término proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) aparece en la doctrina del derecho administrativo alemán hacia finales del siglo XVIII. No obstante, el concepto mismo fue desarrollado principalmente por el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia. En una larga serie de casos, el tribunal decidió que la conducta de la policía era ilegal debido a que no era proporcional.

En efecto, el principio de proporcionalidad es desarrollado a partir de la aplicación del mismo en casos particulares, los cuales fueron observados por el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia¹⁶. Dichos casos se resolvieron en atención al análisis sobre la

¹⁶ Los casos son presentados también por Barack, A. (2017), quien señala que en un caso particular “el Tribunal examinó el caso de un propietario de un inmueble que había construido una cerca en su propiedad. La cerca no

proporcionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, las cuales eran dictadas por el poder público.

Asimismo, conforme señala Covarrubias (2012, pág. 448), “los primeros lineamientos embrionarios del test de proporcionalidad, que pretenden proveer de fundamento estable a las intervenciones del poder de policía en la esfera de la libertad individual, en la Alemania del siglo XVIII, surgen en el Derecho prusiano”.

De esta manera, se corrobora que el principio de proporcionalidad presenta su origen en Prusia, asimismo, al autor Carl Gottlieb Svarez es descrito como el autor principal del desarrollo de este principio en el ordenamiento jurídico. El desarrollo jurisprudencial y de parte de la doctrina, sobre el principio de proporcionalidad, pretendía eludir las arbitrariedades del poder público, evitando los abusos cometidos al momento de dictar medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

En efecto, según Svarez, citado en Covarrubias (2012, págs. 448-449), “el Estado solo tiene derecho a restringir la libertad de los particulares en cuanto sea necesario para poder hacer compatibles la libertad y seguridad (...). Los daños que mediante la restricción de la libertad deben ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante”.

Como se observa, la restricción de un derecho fundamental se fundamenta en la protección de un bien mayor, es decir, existe un fundamento constitucional que legitima el límite al ejercicio de un derecho. Así, la protección de un bien jurídico debe tener una mayor importancia que la restricción de un derecho fundamental que sufrirá un particular a causa de la medida impuesta por decisión del poder del Estado.

Según Svarez, citado en Granja (2014), “la máxima de proporcionalidad debe orientarse, en primer término a evitar perjuicios sociales que al auspicio o promoción de derechos comunitarios”. Luego de ello aparece el subprincipio de idoneidad, que empezó a formar

era visible en la oscuridad, lo que creaba un riesgo potencial para los peatones. En respuesta, la policía ordenó al propietario remover la totalidad de la cerca. El Tribunal falló en contra de la policía sugiriendo que se requería una medida menos extrema, tal como aquella relativa al requerimiento al propietario para que instalase un alumbrado que eliminara el riesgo”. En, *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. (G. Villa Rosas, Trad.) Lima: Palestra Editores, pág. 209.

parte del test de proporcionalidad como un instrumento que limitaba toda intervención en los derechos fundamentales.

De modo similar, Granja (2014) sostiene que el derecho de policía de Prusia constituye el origen del principio de proporcionalidad en materia jurídica. De igual modo, menciona que Svarez es el autor principal de los orígenes del principio de proporcionalidad como noción jurídica en Prusia; señalando que Svarez es el creador de los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Así, el principio de proporcionalidad determinaba si una intervención del poder público en los derechos fundamentales de las personas era proporcionada o no. Para ello, no solo se verificaban los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sino que también se estableció el subprincipio de idoneidad, el cual determinaría si un acto del poder público era idóneo para satisfacer determinado fin de acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional.

Granja (2014) sostiene finalmente que “los actos estatales tenían que ser objeto de control y para poder investirse de legalidad, era preciso verificar su idoneidad. Así, los actos del poder, solo fueron considerados legítimos en la medida en que se orientaran a satisfacer derechos generales, es decir, debían contar con una racionalidad teleológica o dicho de otro modo, el medio debía adecuarse al fin propuesto”.

Por lo tanto, a partir del surgimiento del principio de proporcionalidad como noción jurídica en Prusia, se estableció que constituía un principio que limitaba el poder público, es decir, podría establecer si los actos públicos eran o no proporcionales. De esta manera, se pretendía limitar los actos arbitrarios del Estado contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ahora bien, se ha mencionado que el principio de proporcionalidad cuenta con orígenes en Prusia, con sus inicios en el derecho administrativo, y su posterior desarrollo por el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia. Sin embargo, además del desarrollo sobre la proporcionalidad en Prusia, autores como Casinos (2005), citado en Covarrubias (2012, pág. 448), señalan que “la proporcionalidad tiene raíces en los albores del derecho romano”.

El derecho romano es conocido como el origen del derecho continental, o derecho europeo; por lo que en la doctrina continental también se estableció un desarrollo del principio de

proporcionalidad. Ello a partir de las exigencias de los ciudadanos, quienes demandaban una limitación a los actos del poder público en materia penal, lo cual se encontraba de manera explícita en la potestad punitiva del Estado.

De esta manera, los actos del poder público en materia penal eran determinados a partir de la capacidad del Estado de imponer penas y sanciones a los particulares por la comisión de un delito (potestad punitiva del Estado). Así, en relación a la doctrina continental, el autor Becaría (1982, pág. 138) estableció que –en la doctrina penal– se debía exigir una “proporción entre los delitos y las penas”.

Conforme señala Covarrubias (2012, pág. 448), la doctrina de Becaría en relación a los orígenes del principio de proporcionalidad en el derecho continental, fue recogida por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 8° señala que: “La Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

Por lo tanto, además del desarrollo –jurisprudencial y doctrinario– del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo de Prusia, este principio también tuvo orígenes en el derecho continental. La proporcionalidad en el derecho continental fue desarrollada a partir de casos en materia penal, estableciendo a este principio como una medida restrictiva de la potestad del Estado de imponer penas por los delitos cometidos por los ciudadanos.

Asimismo, de acuerdo con Jellinek (2000, pág. 788), citado en Covarrubias (2012, pág. 449), la noción primigenia del principio de proporcionalidad ha sido “adecuadamente explicada en el contexto de la concepción contractualista, catalizada tras el estallido de la Revolución Francesa, según la cual las intervenciones estatales en la esfera de la libertad individual solo debían ser excepcionales y limitarse a los casos necesarios y con la intensidad indispensable para satisfacer las exigencias impuestas por el interés general”.

En tal sentido, el principio de proporcionalidad orientaba a que las intervenciones del Estado no contravengan injustificadamente los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ello bajo el contexto de la Revolución francesa, en donde el Estado experimenta una transformación

profunda sobre los derechos individuales, pues se buscaba la soberanía del pueblo bajo el ideario de la libertad.

Por ello, en esta época las exigencias para limitar los derechos individuales de los ciudadanos eran mayores, con lo cual no solo se debía imponer una limitación en atención al interés general, sino que además debía ser una limitación justificada y, sobre todo, una limitación proporcional.

Al respecto, Barnes (1998, pág. 24) afirma que, para sostener el crecimiento de un Estado liberal que asume como función básica la conservación de la paz y de la seguridad, surge el brazo del Derecho Administrativo, llamado entonces a disciplinar jurídicamente la intervención pública.

La intervención pública en los derechos individuales, entendida como intervención restrictiva de derechos, fue controlada por el derecho administrativo en la época del Estado liberal de la Revolución francesa. En aquel momento, los tribunales de justicia en sede administrativa debían ejercer un control sobre los actos del poder público, de modo que los subprincipios del test de proporcionalidad fueron desarrollados por la jurisprudencia, en atención de casos particulares.

En efecto, Barnes (1998, pág. 24) sostiene que los tribunales de justicia, en sede administrativa u ordinaria, ejercerían un incipiente control sobre algunos elementos que a la postre pasarían a formar parte de los subprincipios de la proporcionalidad, a saber, la adecuación de los medios a la finalidad perseguida por la regulación estatal, verificando además si las restricciones adoptadas superaban lo estrictamente necesario de conformidad a las exigencias demandadas por el objetivo público (finalidad legítima).

Por último, finalizando la descripción de los antecedentes del principio de proporcionalidad, cabe destacar el desarrollo de la proporcionalidad en el derecho inglés y en el norteamericano, en donde también surge la necesidad de imponer límites a los actos arbitrarios del poder público.

Así, entonces, luego del desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la proporcionalidad en el derecho administrativo de Prusia, y además de los antecedentes de este principio en la

Revolución francesa, el derecho inglés y norteamericano también incorporó el principio de proporcionalidad en su ordenamiento jurídico.

En relación a lo anterior, Arancibia¹⁷ (2011), citado en Covarrubias (2012, pág. 450) sostiene que “el Derecho británico ha incorporado definitivamente el test de proporcionalidad con ocasión de la aprobación del Human Rights Act (1998) por parte del Reino Unido”. Así, en relación con los derechos fundamentales, terreno característico de la acción de estos principios, la Constitución carece de una cláusula del tipo de la recogida en el art. 52.1 in fine de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE:

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

La interferencia en los derechos no debe ser más de lo absolutamente necesario para lograr un objetivo acorde con lo establecido en el Human Rights Act. En otros términos, se debe analizar si la medida restrictiva de algún derecho es excesiva en relación a los intereses legítimos que se pretenden conseguir.

Sobre el principio de proporcionalidad en el derecho inglés, Cianciardo (2000, pág. 290) afirma que se advertía la necesidad de incorporar límites inherentes a la intervención pública mediante el empleo de la “razonabilidad”. De modo que, en el derecho inglés se pretendía restringir las arbitrariedades de las medidas restrictivas impuestas por el poder público a través del criterio de la razonabilidad.

En relación al derecho norteamericano, también se advierte la incorporación y desarrollo del principio de proporcionalidad como límite a las intervenciones del poder público. Al respecto, se considera como criterio para limitar los actos restrictivos del Estado la

¹⁷ Además, Arancibia, J. (2011) señala que “el avance que supone el test de proporcionalidad en el contexto tradicional inglés de una “deferencia razonada” frente a las medidas regulatorias que en el campo económico adopta la autoridad estatal” (pág. 133-215). En: *Judicial review of commercial regulation*. Oxford: Oxford University Press.

“alternativa menos restrictiva”. Así, el Tribunal Supremo norteamericano describe lo señalado en el caso *Lawton v. Steele* (1894), citado en Covarrubias (2012, pág. 449):

Para justificar la intervención de la autoridad del Estado en nombre del público, debe aparecer (...) que los medios sean razonablemente necesarios para el cumplimiento del propósito, y no indebidamente opresivo respecto de los individuos. El legislador no puede (...) imponer restricciones inusuales e innecesarias respecto de actividades lícitas. En otras palabras, su decisión acerca de lo que constituye un adecuado ejercicio de su poder de policía si bien no es decisivo ni definitivo, está, sin embargo, sujeto a la supervisión de este tribunal.

El Tribunal Supremo norteamericano supervisa las medidas restrictivas impuestas por la autoridad del Estado, realizando un control posterior sobre dichas medidas bajo el criterio de razonabilidad. Así, la medida deberá ser la estrictamente necesaria, la menos restrictiva de los derechos fundamentales, además de cumplir con el propósito asignado impuestas por el legislador.

5.2. Los componentes de la proporcionalidad

Luego de describir los orígenes del principio de proporcionalidad, principalmente desarrollado en el derecho administrativo de Prusia, se analizarán los tres componentes que conforman el principio de proporcionalidad. Así, de manera general, los tres componentes a analizar forman parte del método por el cual se determinará si una medida restrictiva de algún derecho fundamental es o no proporcional.

En otros términos, para que una medida impuesta por el poder público a un particular sea considerada como una medida proporcional, deberá lograr superar los tres componentes –o también denominados subprincipios– del principio de proporcionalidad. Los componentes señalados son los siguientes: (i) idoneidad, (ii) necesidad, y (iii) proporcionalidad en sentido estricto.

El Tribunal Constitucional español aplica los mencionados componentes del principio de proporcionalidad a través de su jurisprudencia, a partir de la segunda mitad de los años 90. En este contexto, de acuerdo con Roca (2013, pág. 8):

Es a partir de la segunda mitad de los años 90 se hace visible en la jurisprudencia constitucional el intento consciente de articular de un modo preciso el control de proporcionalidad. En una serie de decisiones representativas del control de proporcionalidad sobre actuaciones del legislador (STC 55/1996), de jueces (STC 207/1996) y de la administración (STC 66/1995), el Tribunal procedió en cada caso a un análisis ordenado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención cuestionada.

El principio de proporcionalidad, y su método ordenado de aplicación, conforman un control posterior sobre las actuaciones del poder público. Así, este control se realizaría sobre la actividad legislativa, de modo que cuando a través de las normas se pretendía restringir o limitar un derecho fundamental, este debía cumplir con los parámetros de proporcionalidad, es decir, debía ser una medida que cumpla con el objetivo constitucional propuesto.

Además, el control se realizaría sobre las actuaciones de los jueces, quienes tienen la facultad de imponer sanciones o penas a los particulares. En estos casos, se exige que los órganos jurisdiccionales ajusten sus decisiones a parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, debido a que generalmente las sanciones impuestas implican la restricción del derecho fundamental a la libertad individual, restricción impuesta a través de una pena.

De igual modo, el principio de proporcionalidad deberá ser aplicado en los jueces constitucionales. Así, conforme señala Guastini (2010, pág. 78), la ponderación es la técnica mayormente utilizada por los jueces constitucionales para dar una solución cuando se enfrentan ante un conflicto entre los principios constitucionales.

En el ámbito administrativo, la proporcionalidad también se encuentra presente como principio que rige la actividad de la administración pública. Así, las funciones realizadas por la administración pública que resulten en la restricción o limitación de algún derecho fundamental, deberán observar los parámetros de la proporcionalidad.

A partir de dicho contexto, iniciando con la descripción de los componentes de la proporcionalidad, es importante resaltar lo establecido por el Tribunal Constitucional español (1995) en la Sentencia 66/1995:

Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. (Fundamento jurídico 5).

Sánchez (2008, págs. 229-230) afirma que, el examen los subprincipios integrantes de la proporcionalidad lato sensu, en conclusión, sirven para formular una regla precisa cuya hipótesis son las circunstancias del caso concreto, con la consecuencia jurídica de preferirse condicionadamente aplicar las consecuencias jurídicas de una de las normas colidentes, para que ésta rija el caso en cuestión.

Bernal (2003, pág. 227) señala que: “al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución al caso concreto”.

Asimismo, Grández (2010, pág. 346) afirma que el principio de proporcionalidad “no solo es un principio de indudable relevancia constitucional. Es también una estructura, esto es, una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos (...). En cuanto estructura, cabe hablar ya no del principio sino del test de proporcionalidad”.

En términos del Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N° 0006–2003–AI/TC, el principio de proporcionalidad también es reconocido como el principio de razonabilidad, por lo que el Tribunal señala que este principio “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos”. (Fundamento jurídico 9).

En conclusión, a través del método de la ponderación se pretende que exista un equilibrio entre la afectación a un derecho fundamental, y la conservación o beneficio que recibe un bien o interés público que aparece con la limitación del mencionado derecho fundamental.

Ahora, a continuación describiremos los aspectos relevantes de los tres componentes del principio de proporcionalidad, estos son: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. De modo que, para que una medida limitativa de un derecho fundamental pueda ser considerada como medida proporcional o razonable, es necesario que dicha medida supere los tres componentes del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, para que una medida limitativa o restrictiva de algún derecho fundamental sea proporcional y razonable, deberá ser una medida idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

5.2.1. La idoneidad

El primer componente del principio de proporcionalidad exige que la medida restrictiva o limitativa de algún derecho fundamental sea idónea para conseguir el fin propuesto con dicha medida. Así, el fin de la medida deberá ser constitucional para que la restricción de un derecho se encuentre justificada; por ejemplo, el objetivo de la restricción a un derecho podrá ser la protección de otro derecho.

De este modo, para superar el primer componente o subprincipio de idoneidad, se deberá justificar o demostrar que existe una relación idónea entre la medida restrictiva y el fin constitucional que surge como objetivo de dicha medida. En consecuencia, si al aplicar la medida restrictiva no se logra cumplir con el fin constitucionalmente propuesto por ella, entonces, dicha medida no será considerada como medida idónea y, por tanto, no superaría el primer componente de la proporcionalidad, debido a que la medida restrictiva no se encontraría justificada en un fin constitucional.

En efecto, para que una medida sea considerada idónea con el fin propuesto no bastará la sola existencia de un fin constitucional, sino que se deberá demostrar que dicha medida sí logra alcanzar el objetivo constitucional propuesto.

En tal sentido, el objeto de análisis en la proporcionalidad, y de manera específica en la idoneidad, será la medida restrictiva de un derecho fundamental. Pero ello ocurre a partir de la colisión entre principios jurídicos, es decir, existe una incertidumbre sobre la aplicación de un principio jurídico que prevalecerá sobre otro en un caso concreto.

Los principios jurídicos son considerados como mandatos de optimización, los cuales se cumplen dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Por ello, de acuerdo con Alexy (2009), “los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas”.

De esta manera, en el primer componente de idoneidad, se deberán analizar las posibilidades fácticas de la aplicación de un principio jurídico, esto es, si en la realidad existe una justificación para que se imponga una medida –objeto de análisis de la proporcionalidad– que limite un derecho fundamental. Por ello, la medida deberá encontrarse justificada en un fin constitucional y demostrar, sobre todo, que dicha medida sí logra cumplir con el fin propuesto, en consecuencia, que sea una medida idónea.

Ahora, el subprincipio de idoneidad o test de conexión racional, en términos de Barak (2017, pág. 337), “exige que los medios usados por la medida restrictiva se ajusten (o estén conectados racionalmente con) el fin para el cual la medida restrictiva ha sido diseñada a cumplir”.

Por tanto, se requiere que exista una conexión racional o idoneidad entre la medida restrictiva empleada y el fin que se pretende conseguir con la realización de dicha medida. Por ejemplo, si la medida restrictiva es limitar el derecho a la libertad de expresión, entonces, se deberá analizar si esta medida tiene una conexión racional o idónea para conseguir un fin determinado, tal fin podría ser la protección del derecho al honor de otra persona.

En el caso señalado sí se cumpliría con el subprincipio de idoneidad, pues la medida restrictiva impuesta al derecho a la libertad de expresión es idónea para conseguir el fin de proteger otro derecho como el derecho al honor. Por lo tanto, si la medida restrictiva no tiene una conexión racional, o no es idónea, para el fin que se pretende conseguir, dicha medida será considerada como desproporcional.

Otro ejemplo de idoneidad o conexión racional fue suscitado en Alemania, BVerfGE 55, 159 sobre licencia de caza de cetrero, una ley exigió tener un conocimiento adecuado del uso de armas de fuego con el objeto de recibir un permiso de caza; se argumentó que la ley era inconstitucional en la medida en que se refería a la caza de águilas. La Corte Constitucional alemana sostuvo que la restricción del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad no era proporcional, en tanto no existía una conexión racional entre el fin de la ley (garantizar la protección de la comunidad del uso de armas de fuego) y los medios usados por la ley –el requisito de conocimiento técnico del uso de armas de fuego respecto de la caza con águilas– referidos a una actividad que no tiene relación alguna con el uso de armas de fuego¹⁸.

Según Bernal (2007, pág. 693), el primer paso que integra el test de proporcionalidad es la idoneidad conocida como adecuación, en este principio se revisa que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Villaverde (2004, pág. 132) afirma que la medida restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de imponerla medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad.

Martínez (2006, pág. 194) señala que el test de idoneidad impone una doble exigencia: a) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita el derecho sea “constitucionalmente legítimo”, y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de tal fin. Estos dos aspectos deben analizarse en este mismo orden (esto es, en primer lugar si el fin es legítimo desde una perspectiva constitucional, y en caso de que lo sea, si la medida es idónea).

El Tribunal Constitucional español (2013, pág. 16) señaló en la Conferencia trilateral España, Italia, Portugal, Roma “el primer canon para precisar la proporcionalidad de una medida es que ésta sea susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella. La medida proporcionada es aquella que sirve para limitar el derecho”.

¹⁸ BVerfGE 55, 159 sobre licencia de caza de cetrero. Obtenido de: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv055159.html>

En materia penal, Aguado (2010, pág. 272) sostiene que el examen de idoneidad debe constatar que la pena es idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo. El subprincipio de idoneidad exige dos requisitos: primero, identificar un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Segundo, se trata del análisis de una relación medio-fin¹⁹, de constatar que la idoneidad de la medida tenga relación con el objetivo.

El principio de idoneidad tiene una doble exigencia, por un lado, este principio requiere que la medida que limita un derecho fundamental tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante. Por otro lado, el principio de idoneidad exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin, es decir, que la medida limitativa de un derecho sea idónea para cumplir el fin constitucionalmente permitido.

El Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N° 2235–2004–AA/TC, sobre la primera dimensión del juicio de idoneidad manifestó que se “exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales”. (Fundamento jurídico 6).

En relación a la segunda dimensión del principio de idoneidad, el Tribunal Constitucional afirmó que “el principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo”. (Fundamento jurídico 6).

¹⁹ Al respecto, el Expediente 0012-2006-PI/TC, 15 de diciembre de 2006, señala lo siguiente en su fundamento jurídico 32: *Examen de idoneidad*. Este examen a su vez, exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin. En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. Sobre lo segundo, este Colegiado ha sostenido que “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin

5.2.2. La necesidad

El análisis del principio de necesidad implica que la medida limitativa de un derecho fundamental haya superado el principio de idoneidad del test de proporcionalidad. Sin embargo, superar el principio de idoneidad no determina que la medida limitativa deba ser considerada como una medida proporcional, pues es necesario que supere el total de los componentes del test de proporcionalidad. En este caso, luego de superar el principio de idoneidad, deberá superarse el principio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

En términos generales, el principio de necesidad exige que la medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental deba ser analizada de forma paralela a otras medidas, de modo que se determine si la medida bajo análisis es la menos restrictiva del derecho fundamental. Así, de existir una medida menos restrictiva que la medida analizada deberá optarse por la que restringe o vulnera en menor medida el derecho fundamental.

En efecto, según Barack (2017, págs. 371-372), el test de necesidad “permite escoger entre diversos medios alternativos racionales aquél que menos restringe el derecho fundamental. Al examinar el pronóstico de la ley y sus antecedentes fácticos, el test de necesidad indaga si el fin de la ley podría haber sido alcanzado a través del uso del medio menos restrictivo posible del derecho fundamental en cuestión”.

Bernal (2007, pág. 740) señala que, de acuerdo con este subprincipio, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

Además, según Villaverde (2004, pág. 132) de acuerdo a este subprincipio, “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benévola con el derecho fundamental que se interviene de entre todas aquellas que revisten cuanto menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”.

Según García (2016, pág. 13), el test de necesidad consiste en que “no será constitucionalmente legítima mi acción si el mismo efecto positivo para mi derecho o para

los principios que me amparan hubiera podido lograrlo con una acción alternativa que dañara menos el principio opuesto”.

De acuerdo con Martínez (2006, pág. 196), si la decisión tomada ha satisfecho las exigencias del subprincipio de idoneidad (fin constitucionalmente legítimo y adecuación), el siguiente elemento a considerar consiste en comprobar si el sacrificio del derecho o bien constitucional que tal medida supone es necesario, en el sentido de que no exista alguna otra alternativa menos gravosa y con al menos el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo.

En Alemania, la reglamentación sobre los alimentos prohibía la venta de ciertos caramelos que contenían cacao en polvo, que era principalmente elaborado con arroz. Estas regulaciones restringían el derecho constitucionalmente protegido a la libertad de escoger profesión u oficio de varios fabricantes de dulces. El fin de la regulación era el de proteger a los consumidores de una compra basada en el error. (BVerFGE 53, 135).

La Corte Constitucional sostuvo que el fin era apropiado y que existía una conexión racional entre el fin y la ley restrictiva. No obstante, la Corte sostuvo que los medios escogidos por el legislador eran desproporcionados en la medida en que no eran necesarios. Dado que se hubiera podido alcanzar el mismo fin a través de una etiqueta de advertencia en el producto, una prohibición completa de la venta del producto era por tanto innecesaria. (BVerFGE 53, 135).

Clérico (2010, pág. 133) denomina al subprincipio de necesidad como la regla del medio alternativo, definiendo esta regla de la siguiente manera: Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o alguno de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio.

Asimismo, Lopera (2010, pág. 164) señala que luego de acreditar la idoneidad de la prohibición y de la sanción establecida por el legislador, “la argumentación continúa con la aplicación del subprincipio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su

idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa”.

A través del subprincipio de necesidad se deben plantear medidas alternativas que sean igualmente posibles que la medida que es objeto de análisis del principio de proporcionalidad. Es decir, dichas medidas alternativas deben ser igualmente idóneas para conseguir el fin propuesto de la medida principal, de modo que si se opta por una medida alternativa en este segundo subprincipio, esta medida deberá ser menos lesiva de los derechos fundamentales involucrados en el caso particular.

Lopera (2010, pág. 164) concluye que, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, “el de necesidad se configura como un examen de eficacia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego”.

El Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 0050-2004-AI/TC, 2006) señala que el subprincipio de necesidad significa que “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental”. (Fundamento jurídico 109).

Además, en relación al subprincipio de necesidad en materia penal, el Tribunal Constitucional peruano (Exp. 0012-2006-PI/TC, 2006) señala que “el examen de necesidad exige que el Legislador estime, ineludiblemente, el carácter fragmentario del Derecho Penal. Al respecto, cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida”. (Fundamento jurídico 32).

Por último, el Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N° 2235-2004-AA/TC, mencionó que “el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa

para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental” (Fundamento jurídico 6).

5.2.3. La proporcionalidad en sentido estricto (la ponderación)

Según Alexy (2009, pág. 15), “la ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”.

De acuerdo con lo señalado por Barack (2017, pág. 375), “con el objeto de justificar una restricción a un derecho fundamental, debe existir una relación adecuada (proporcional en el sentido estricto del término) entre los beneficios obtenidos por el público y la vulneración causada al derecho fundamental con la obtención de tal fin”.

Según Alexy (2007, págs. 94-95), “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es también denominado como la ponderación de derechos o balanceo. Así, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C – 301 de 2004, señaló que:

(...) A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. El operador jurídico debe, entonces, estudiar si la medida (i) es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo

(iii) un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada (...). (Fundamento jurídico 4).

Según Bernal (2007, pág. 763), el principio de proporcionalidad en sentido estricto define que la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Conforme señala Martínez (2006, págs. 196-197), esta tercera fase se ajustaría propiamente a lo que se ha denominado como ‘ley de la ponderación’, y descansa en definitiva sobre la regla de racionalidad según la cual la decisión es correcta o está justificada si los beneficios obtenidos superan los costes que ésta conlleva (no se requiere interpretar aquí las expresiones ‘beneficios’ y ‘costes’ en un estricto sentido económico, sino en su sentido más amplio y general).

Prieto (2008, pág. 112) afirma que la proporcionalidad en sentido estricto consiste en acreditar que “existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor”.

Por último, Prieto (2008, pág. 112) concluye que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entraña más bien un “juicio normativo o jurídico, pues ya no se trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión”.

Según Clérico (2010, pág. 133), la regla de proporcionalidad en sentido estricto dice “cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción iusfundamental) sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal es proporcional en sentido estricto”.

Prieto señala que (2008, pág. 112) se trata, en suma, de determinar el peso definitivo que no coincide necesariamente con su peso abstracto, aun cuando aceptásemos que éste es diferente en cada principio, sino que se obtienen de esa valoración conjunta y relativa entre satisfacción y sacrificio.

El Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N° 2235-2004-AA/TC, señaló que según “el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”. (Fundamento Jurídico 6).

El Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N.º 0731–2004–HC/TC, menciona que “si bien las restricciones a derechos son admitidas prima facie, el principio de proporcionalidad –también conocido como prohibición del exceso–, impide la injerencia desproporcionada sobre los mismos, evaluación que debe medirse en conjunto con otro límite, cual es, la prohibición de rebasar el contenido esencial del derecho”. (Fundamento Jurídico 11).

CAPÍTULO 2: LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS

1. El principio de jerarquía

En el texto que sigue, se describirá el concepto del principio de jerarquía, así como sus alcances y límites. El estudio de este principio pretende analizar si la jerarquía se encuentra presente únicamente en un ámbito normativo o si, además de ello, también puede existir una jerarquía en un nivel más amplio, es decir, si existe una jerarquía a nivel de valores, principios y derechos.

Para iniciar, el término jerarquía es definido por la RAE como “gradación de personas, valores o dignidades”. Con lo cual, la jerarquía implica la existencia de niveles, o existencia de grados, dentro de un mismo sistema o grupo; en el ámbito del derecho –por ejemplo– existen niveles superiores e inferiores si nos referimos a términos normativos, pues un ordenamiento jurídico consta de una norma superior y de normas inferiores.

Por su parte, Ávila (2011, pág. 114) entiende que “la noción de jerarquía implica una relación lineal entre dos normas separadas semánticamente, de suerte que una de ellas se superpone a la otra. Y, en caso de conflicto, la norma inferior incompatible con la norma superior pierde, ipso facto, la validez por medio de un raciocinio de exclusión”. En principio, entonces, para que exista una jerarquía debe tenerse en cuenta por lo menos dos normas jurídicas. Además, estas normas deben encontrarse en niveles diferentes, de modo que una norma sea denominada como superior y la segunda como una norma inferior.

En tal sentido, frente a la situación de un conflicto normativo entre normas de diferente jerarquía, se determinará que la norma inferior que contradiga una norma superior será declarada inválida. Así, por ejemplo, si una ley contradice lo establecido en una norma constitucional (norma superior), la primera deberá ser declarada como norma inconstitucional y, por tanto, deberá ser una norma inválida que tendrá que ser expulsada del ordenamiento.

Al respecto, Espíndola (2015, pág. 238) señala que, la importancia de que exista una jerarquía de las normas implica que exista un “sistema racional de normas jurídicas,

ordenado, coherente, armonizado, escalonado en varios niveles de validez y donde todas las normas se encuentran relacionadas entre sí”.

Por ello, al tratarse de una jerarquía normativa racional, los conflictos entre las normas del ordenamiento jurídico podrán ser resueltas en base a los criterios de la razón, procurando que prevalezca un sistema unitario y coherente. En efecto, un sistema coherente tendrá un carácter de normas jurídicas no contradictorias entre sí.

No obstante, en aquellos casos de conflictos normativos, estos pueden ser resueltos de acuerdo al nivel de jerarquía en que se encuentre cada norma en conflicto. En estos casos de conflictos normativos, por ejemplo, se encuentran los conflictos entre derechos o entre principios, los cuales son resueltos aplicando el test de proporcionalidad²⁰.

De esta manera, la consecuencia de un sistema jerárquico de normas jurídicas será, en términos de Espíndola (2015, pág. 238), “que existan diferentes procedimientos para la creación, modificación, extinción y/o interpretación, para cada tipo de norma”. Así, por un lado, las normas jurídicas de carácter superior poseen un procedimiento específico de creación, el cual le compete principalmente al Poder Legislativo.

Por otro lado, existen creaciones de normas jurídicas con un carácter inferior (por ejemplo, las leyes o los reglamentos), creando así una estructura jerárquica de normas jurídicas. Dicha estructura iniciará con la Constitución, como la base del ordenamiento jurídico, descendiendo en diversas normas inferiores, las mismas que serán creadas dependiendo de la regulación que decida realizar cada Estado en su territorio.

Ahora bien, la jerarquía en un ordenamiento jurídico no es únicamente aplicable a la creación de normas, también se incluyen jerarquías a nivel interpretativo de normas. En este caso, nos encontramos frente a situaciones de antinomias normativas, las cuales si bien tienen criterios tradicionales de resolución, ello implicará que se deban interpretar las normas jurídicas para poder mantener un sistema jurídico coherente y unitario.

Al respecto, señala Martínez (2015, pág. 1312) que la larga tradición jurídica de los criterios de resolución de antinomias se basa en los siguientes criterios: criterio jerárquico –*lex*

²⁰ Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit., pág. 70-71.

superios derogat inferiori–, y el criterio cronológico –*lex posterior derogat priori*–, y del criterio de especialidad –*lex specialis derogat generali*–.

En este trabajo, a efectos de simplificar la exposición, únicamente se describirá el criterio jerárquico como criterio de resolución de las antinomias. Así, como indica la denominación *lex superior derogat inferior*, el criterio jerárquico supone la existencia de dos normas con rango jerárquico distinto y, además, que ambas se encuentren en conflicto. Es decir, una norma superior (como la Constitución) entra en conflicto con una norma inferior (como la ley o el reglamento). En este supuesto, según el criterio jerárquico, la norma jurídica superior deberá prevalecer sobre la inferior, o simplemente prevalece la norma de mayor jerarquía.

Por otro lado, Cianciardo (2003, pág. 896) advierte que el criterio de jerarquía comporta “un análisis del lugar que ocupan las reglas en cuestión en la pirámide normativa; aunque esto resulte insuficiente en caso de equivalencia, y habrá que acudir a reglas como *lex posterior derogat legi priori* y o el criterio de la *lex specialis*”. En otros términos, la jerarquía normativa importa para determinar el lugar que ocupa una regla en el ordenamiento jurídico, así, esta norma podría ser un principio que tenga un carácter general o de norma superior establecida en la Constitución. Pero, también podría ser una norma inferior establecida como reglamento de una ley emitida por el Ejecutivo.

Aquí, señala el autor, lo fundamental es que el análisis realizado para determinar qué lugar ocupa finalmente una regla en el ordenamiento jurídico, es una decisión sobre la validez de la regla, a diferencia de lo que ocurre en la colisión de principios. Sobre este punto, es importante señalar que el análisis del criterio jerárquico (en la que se determina si una norma inferior es válida o no con su respectiva norma superior) no son aplicables a conflictos entre normas equivalentes.

De este modo, Celis (2010, pág. 286-287) afirma que las formas para resolver antinomias normativas como los criterios de *lex posterior*, *lex superior* y *lex specialis*, en sentido estricto, resultan inadecuados para resolver conflictos constitucionales. Así, se hace necesario un mecanismo más específico y complejo de resolución de conflictos llamado ponderación.

En las normas equivalentes, como el conflicto entre dos principios o derechos, se realiza una ponderación para determinar cuál de los dos tiene mayor peso en un caso particular²¹. Por ello, en una ponderación se decidirá sobre la aplicación de uno de los principios –entendidos como normas jurídicas–; pero, en la ponderación no se decide si un principio es o no válido, ya que ambos (principios en conflicto) siguen siendo válidos pese a que uno de ellos no sea aplicable al caso particular.

Por el contrario, con el criterio de jerarquización se realizará un análisis de la validez de las normas jurídicas, pues en este caso existe una norma con jerarquía inferior y una norma con jerarquía o rango superior. Por ello, en el caso particular en que dos normas jurídicas entren en conflicto y, de existir un criterio de jerarquía entre ambas normas, es decir, que tengan diferente nivel jerárquico dentro del sistema normativo (o denominado pirámide normativa), entonces, se decidirá por la validez o no de la norma inferior. Así, de determinarse que la norma con una jerarquía inferior contradice el contenido jurídico de la norma superior, entonces, esta será declarada inválida.

En resumen, la colisión entre dos principios es resuelta a través del método de la ponderación, pero, pese a que se deba aplicar únicamente un principio al caso particular, ambos serán válidos luego de la interpretación del juzgador. Sin embargo, en un conflicto normativo en que se aplique el criterio de jerarquía, existirán dos normas de diferente nivel jerárquico, en este caso, el juzgador analizará la validez de la norma inferior, con lo cual se declarará la invalidez de dicha norma en caso contradiga el contenido de la norma superior.

En este sentido, Espíndola (2015, pág. 239) afirma que “las normas de mayor jerarquía condicionan la existencia y contenido de las de menor rango y éstas a su vez están condicionadas a lo que establecen las de mayor grado de manera que si las contravienen se pueden declarar inválidas”.

Por lo tanto, a partir de lo señalado anteriormente, podemos concluir que una norma de menor jerarquía no debe contravenir las normas de mayor jerarquía, bajo la consecuencia de que esta sea declarada inválida. Finalmente, el criterio de jerarquía será de aplicación cuando el conflicto normativo sea conocido por un órgano jurisdiccional, esto es, que el juzgador

²¹ Al respecto, Dworkin, R. (1977). En *Los derechos en serio*, Op. Cit., pág. 74 y ss.

decidirá si una norma jurídica con nivel jerárquico inferior contraviene o no una norma de mayor rango y, en consecuencia, decidirá sobre la validez o no de una norma jurídica.

Para fijar la ordenación o jerarquía entre normas, Pazos (1995, pág. 399) establece el siguiente ejemplo: “debemos determinar si el sistema dispone que los automovilistas deben detenerse ante los semáforos en rojo aun en zona militar, o si en zona militar es obligatorio no detenerse aun cuando se pases semáforos en rojo.(...) Aquí no parece claro cuál norma prevalece. Es muy probable que éste no haya sido previsto cuando se redactaron las normas y que no pueda establecerse una relación de prioridad ni explícita ni implícita entre las normas que originan el conflicto. Si en el sistema no hay una relación de prioridad entre las normas que pertenecen a un mismo subconjunto crítico, entonces ninguna de ellas tendrá a otra como superior, y por lo tanto ambas serán de jerarquía inferior”.

2. La jerarquía normativa

La jerarquía se puede definir como un modo de organizar las normas en un ordenamiento jurídico. Así, a través del criterio de jerarquía, las normas son válidas siempre que su creación haya sido conforme a la formalidad establecida en normas superiores. Además, la validez de las normas jurídicas se evalúa cuando existe un conflicto entre dos normas jurídicas, ya que las normas con un nivel jerárquico menor no podrían contravenir lo señalado en norma de grado superior.

A partir de ello, el concepto de jerarquía es aplicado principalmente a las normas jurídicas; por lo que, en términos de Requena (2004, pág. 133), la jerarquía normativa es definida de la siguiente manera: una norma es jerárquicamente superior a otro a cuando la validez de esta depende de aquella. Solo así, o en cualquier otra forma que explicita esencialmente esta idea, puede definirse la jerarquía.

En efecto, si una norma reglamentaria o una ley tienen una validez que depende de una norma constitucional, por ejemplo, que la norma constitucional establezca la formalidad de creación de la norma reglamentaria o la ley; entonces, la norma constitucional es jerárquicamente superior a la norma reglamentaria o la ley. Así, en el caso en que la norma inferior sea creada a través de una entidad que no tiene competencia, esta norma deberá ser

declarada inválida por no cumplir con la formalidad establecida en la norma superior, o norma constitucional.

Por tanto, la jerarquía normativa se observa a partir de que una norma superior condiciona la validez de una norma inferior, siendo posible que la norma inferior sea declarada inconstitucional en aquellos casos en que esta sea creada contraviniendo las formalidades establecidas en la norma constitucional –norma superior–.

Ahora bien, dentro del concepto de jerarquía normativa existen niveles o tipos de normas que se ubicarán en el ordenamiento jurídico de acuerdo a lo señalado por la norma suprema de cada Estado, es decir, la Constitución establecerá los niveles de jerarquía en un ordenamiento jurídico.

En atención a los niveles de jerarquía normativa, Kelsen (1993, pág. 202) sostiene que “todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. [...] Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden”.

Así, en los ordenamientos jurídicos, la Constitución –como norma suprema– será la norma que condiciona la validez de la multiplicidad de normas, por lo que, se generan niveles de jerarquía normativa a partir de lo señalado por Kelsen, estos niveles son representados en el siguiente gráfico:



Figura N° 1: Arturo Fernández V. *Jerarquía Normativa*. En: Blog PUCP.

Los niveles normativos presentados son creados a partir de las facultades que confiera la norma suprema, es decir, la Constitución. Esta norma básica –o norma suprema– es la que faculta a los órganos del Estado a poder emitir normas jurídicas en su respectivo ámbito de competencia, las cuales serán ubicadas dentro de un sistema de normas.

Como señala Fernández (1992), la pirámide jurídica “implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide obviamente se sitúa la Constitución”.

De modo similar, Espíndola (2015, pág. 239) señala que por lo menos existen los siguientes grados jerárquicos en un ordenamiento jurídico: las normas fundamentales (también llamadas normas primarias, que tienen el atributo de ser supremas y que por decisión política cada Estado decide que normas son constitucionales o derivadas de un Tratado Internacional); las normas secundarias o terciarias (que ordinariamente se denominan como leyes), las normas reglamentarias (el término de reglamento en sentido estricto), y las normas individualizadas (que obligan o facultan a uno o varios miembros de la misma clase, individualmente determinados)²².

En resumen, el criterio jerárquico será aplicado en los ordenamientos jurídicos dependiendo del contenido que la norma suprema –la Constitución– establezca para la creación o producción de normas jurídicas. Por ello, debido a que el contenido de la Constitución varía en cada Estado, el contenido de los niveles jerárquicos puede ser distinto, de acuerdo a lo que decida regular cada ordenamiento. Sin embargo, pese a las diferencias en la regulación normativa que pueden existir en cada Estado, podemos advertir que el punto en común será

²² Además, Arteaga, E. (2001) al explicar la jerarquía de las normas habla de constitución o norma suprema, de la normatividad derivada de nivel Secundario, de la normatividad de tercer nivel y de la normatividad de cuarto nivel. En: *Derecho Constitucional*. México: Oxford, pág. 20–25. Por otro lado, señala Espíndola (2015) que, los tratados Internacionales son incorporados al nivel jerárquico de un ordenamiento jurídico por decisión del Estado a través de sus órganos. Por tanto, los tratados internacionales se pueden ubicar como normas primarias, secundarias o terciarias, según el criterio o sistema jurídico que se siga. En: *Sobre una teoría de la jerarquía de las normas jurídicas*. Madrid: Universidad Nacional Española de Educación a Distancia, pág. 239.

que la norma suprema condiciona la validez de la multiplicidad de normas que de ella se derivan.

Así, la creación de un sistema normativo tiene como base la Constitución, ya que esta norma establece las facultades que se derivan a los órganos del Estado –como, el Poder Legislativo– para la creación de normas de inferior jerarquía, tales como las leyes, los decretos legislativos, reglamentos, ordenanzas municipales, entre otros. Viceversa, si un órgano del Estado crea una norma jurídica sin respetar las formalidades que la Constitución ha establecido para su creación, esta norma deberá ser declarada inválida o inconstitucional por contravenir la norma que condiciona su validez.

De acuerdo con lo señalado por Guastini (1995, pág. 257): “la noción de estructura jerárquica no puede ser tratada como una noción unívoca y no problemática, ya que en los ordenamientos jurídicos evolucionados se entrelazan una multiplicidad de relación jerárquicas entre normas”.

Por lo tanto, si bien se ha señalado que un sistema normativo jerárquico mantiene como norma suprema a la Constitución y, además, a partir de esta norma se derivan una multiplicidad de normas que crea un sistema normativo; ello no significa que al interior de este sistema no se puedan establecer diferentes niveles de jerarquía. Es decir, el criterio de jerarquía no es aplicable únicamente al sistema normativo en su conjunto, el cual toma en cuenta que la norma superior condiciona la validez de las normas inferiores; sino que, además, este criterio jerárquico puede ser aplicable incluso en el contenido material de la propia Constitución.

Así, por ejemplo, podrá evaluarse si el criterio de jerarquía es aplicado entre los principios o derechos que se encuentran tipificados en la Constitución. En tal sentido, se advierte la existencia de más de una sola jerarquía normativa en un ordenamiento jurídico; se verá entonces en el siguiente subapartado las posibles variantes del criterio de jerarquía normativa.

Finalmente, a partir de la relación entre el derecho internacional con el derecho interno de un Estado, Pierini (2018) señala que:

Actualmente el sistema constitucional y el sistema convencional se estudian en conjunto. Asimismo se trabaja en simultáneo el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. Y ello obliga a deslindar en cada caso las jerarquías normativas. En campos no jurídicos suelen confundirse las jerarquías normativas. Ello implica nuevos requerimientos y precisiones, particularmente necesarios para tener claro cuándo alcanza solo con la constitución y la ley, o si primero hay que revisar las Convenciones y la hermenéutica jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Pág. 185)

3. Tipos de jerarquía normativa

En razón al criterio o principio de jerarquía normativa, un Estado posee un sistema normativo con una multiplicidad de normas jurídicas que a su vez cuentan con diferentes niveles de jerarquía. Así, la norma básica –o norma jerárquicamente– superior será la Constitución, la cual condiciona la validez de las demás normas inferiores, pues establece la formalidad en que éstas deben ser creadas. Por lo que, las normas inferiores no pueden contravenir lo dispuesto en la Constitución.

A efectos del presente trabajo, resulta relevante la aplicación del criterio o principio de jerarquía en la norma suprema –la Constitución–. Es decir, evaluar la posibilidad de la existencia de niveles jerárquicos dentro de la Constitución, niveles que podrán ser considerados en la aplicación de normas constitucionales a situaciones particulares. Ello considerando que la Constitución posee criterios de interpretación que guían la correcta aplicación de las normas jurídicas constitucionales; toda vez que se evalúa la aplicación de dichas normas –frente al conflicto o colisión entre ellas– a partir del concepto de un bloque de constitucionalidad²³.

²³ Sobre este punto, Rubio, F. (1989) describe la expresión del “bloque de constitucionalidad” a partir de una noción de “Constitución total” asociada a la obra de Kelsen. Por ello, el autor señala que la Constitución total es el “complejo normativo, el conjunto de normas positivas de rango superior (no un mero supuesto lógico-jurídico) que distribuye territorialmente el poder (especialmente, pero no sólo, el poder legislativo) entre unas instancias centrales cuya competencia, objetiva o materialmente limitada, se extiende, sin embargo, en el espacio, a la totalidad de territorio, y otras instancias territoriales, cuya competencia es limitada tanto material como espacialmente. Parece evidente que han de considerarse también integradas en la Constitución total aquellas, normas que imponen límites al legislador central o territorial, esto es, sobre todo las normas que consagran derechos fundamentales, pero dejando ahora de lado esta cuestión, lo que importa subrayar es la simple verdad de Perogrullo de que el núcleo esencial de cualquier sistema de división territorial del poder está

No obstante, además de la aplicación del criterio de jerarquía en la Constitución, la noción de estructura jerárquica también puede ser aplicada a la multiplicidad de normas jurídicas del ordenamiento. Al respecto, Guastini (1995, pág. 259 y ss) afirma que existe una variedad de jerarquías normativas, las cuales pueden ser resumidas en las siguientes: las jerarquías estructurales o formales, las jerarquías materiales, las jerarquías lógicas y las jerarquías axiológicas.

En primer lugar, las jerarquías estructurales o formales se dan entre las normas producidas por dos poderes normativos distintos cuando uno de los poderes en cuestión debe su fuente de legitimidad al otro²⁴. Este tipo de jerarquías se encuentra a nivel de los poderes del Estado (con potestad para crear normas jurídicas); aquí, la jerarquía se presente entre ambos poderes, es decir, en materia legislativa, un poder tiene mayor jerarquía porque resulta ser la fuente de legitimidad del segundo poder (por ende, con una menor jerarquía).

En segundo lugar, como señala Guastini (1995, pág. 260), las jerarquías materiales “se dan entre dos normas cuando una de ellas es inválida en caso de que entre en conflicto con la otra”²⁵. La jerarquía en este caso se presente a nivel de normas jurídicas, de modo que se presenta una norma superior y una inferior. Por ello, la consecuencia de un conflicto normativo, según las jerarquías materiales, será la declaración de invalidez o, en su caso, de inconstitucionalidad, de la norma inferior que contraviene a la norma superior.

En tercer lugar, las jerarquías lógicas que se dan “entre dos normas cuando una versa (meta-lingüísticamente) sobre la otra” (Guastini, 1995, pág. 260). Por ejemplo: normas sancionadoras y normas de conducta; normas derogatorias y normas por ellas derogadas; definiciones y normas que contienen el término definido²⁶. Así, en términos amplios de las

integrado precisamente por las normas de delimitación competencial”. En: El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*(27), pág. 24.

²⁴ Guastini, R. (1995). Normas supremas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (17-18), pág. 260. El autor señala como ejemplo de las jerarquías estructurales o formales, en un régimen de constitución flexible, a las normas constitucionales y las normas legislativas; las leyes de delegación y los decretos legislativos.

²⁵ Al respecto, un ejemplo de las jerarquías materiales en un régimen de constitución rígida son las normas constitucionales y las normas legislativas ordinarias; las leyes y los reglamentos. En: Guastini, R. (1995). Normas supremas. *Op. Cit.*, pág. 260. Además, el autor señala que, normalmente, “toda jerarquía material refleja una jerarquía formal, pero no toda jerarquía formal se resuelve en una jerarquía material. Por ejemplo: en un régimen de constitución flexible las normas de rango legislativo están formalmente, pero no materialmente, subordinadas a las normas constitucionales”, Guastini, R. (1995). *Op. Cit.*, pág. 260

²⁶ Guastini, R. (1995). Normas supremas. *Op. Cit.*, pág. 260.

normas meta-lingüísticas o meta-normas podrá incluir a las normas sobre los actos normativas, es decir, incluirá a las jerarquías existentes a nivel formal (entre dos poderes del Estado)²⁷.

Finalmente, la última variedad de jerarquía normativa son las jerarquías axiológicas las cuales, según Guastini (1995, pág. 261), “se dan entre dos normas cuando una de ellas tiene valor de “principio” y la otra tiene valor de ‘simple norma’”²⁸. En este caso, se presentará un conflicto entre dos normas jurídicas de diferente jerarquía. En particular, ambas normas se diferencian porque, por un lado, la norma de nivel superior será un principio (el cual puede contener un derecho, por ejemplo, la libertad de expresión); y por otro lado, la norma de jerarquía inferior es una norma que contraviene el contenido del principio en conflicto.

Por ello, al tratarse la jerarquía axiológica de un conflicto normativo, puede reflejarse también en otro tipo de jerarquías como en las jerarquías materiales²⁹, las cuales incluyen un conflicto normativo en donde una norma inferior tiene una validez que dependerá de la norma superior.

Como se observa, a partir de la aplicación del criterio de jerarquía a las normas jurídicas, se genera una variedad de jerarquías normativas. Ahora, consideramos de especial relevancia la jerarquía axiológica para el análisis de una posible jerarquía de derechos o principios establecidos en la Constitución; es decir, un análisis sobre la jerarquía en las normas reguladas por la Constitución, ya sean estas principios o derechos constitucionales.

Previo a la aplicación de la jerarquía axiológica en la Constitución, son necesarios algunos alcances sobre el término. Así, según la RAE, la axiología es definida como un término de

²⁷ “Si se usa una noción de meta-norma suficientemente amplia para incluir las normas que versan (no propiamente sobre normas sino) sobre actos normativos, entonces toda jerarquía formal es también una jerarquía lógica. En cambio, es cierto que no todas las jerarquías lógicas son también jerarquías formales: no hay ninguna jerarquía formal, por ejemplo, entre normas derogatorias y normas derogadas”. En: Guastini, R. (1995). Op. Cit., pág. 260.

²⁸ Sobre ello, por ejemplo, podría presentarse un conflicto normativo que, por un lado, se establezcan los principios fundamentales involucrados de una materia dada y, por otro lado, sus correspondientes normas de detalle, o normas de aplicación directa que se desprende del contenido del principio fundamental involucrado.

²⁹ Guastini, R. (1995), Op. Cit., señala que “a veces las jerarquías axiológicas se reflejan en otras tantas jerarquías materiales (esto sucede, por ejemplo, cuando los principios de los que se habla están contenidos en una constitución rígida). Pero no siempre una jerarquía axiológica es también una jerarquía material (en el ordenamiento italiano, por ejemplo, no existe una jerarquía material entre una ley estatal de principio y una ley regional de detalle)”, pág. 261.

la filosofía referido a la “teoría de los valores”. Así, el valor se describe porque ser aquello estimado como bueno para un sujeto³⁰.

Asimismo, señala Ruiz (2008, pág. 146) sobre la idea de valor que este se entiende como algo que no pertenece al mundo de las ideas u objetos, sino que solo está constituido por cualidades de los objetos, sujetos y situaciones, además, señala que tiene una naturaleza estructural que se encuentra sujeta a una jerarquía.

En tal sentido, sí existe una jerarquía a nivel de valores, ya que en un caso particular algún valor tendrá mayor relevancia que otro, por ejemplo, los valores éticos podrán ser de mayor alcance por tratarse de valores morales y no instrumentales. Por lo tanto, a partir de una jerarquía entre valores, es posible afirmar que esta jerarquía se encuentra a nivel constitucional debido a que existen valores constitucionales supremos que permiten la existencia de un Estado social y democrático de Derecho.

Así, la Constitución protege principios que ordenan el ordenamiento jurídico, derechos fundamentales, pero además, también se da una protección a los bienes y valores del ordenamiento jurídico. Entonces, debido a que estos principios, derechos, bienes o valores pueden entrar en conflicto en un caso particular –en el que se discuta la aplicación de alguno de estos–, cabe establecer un criterio de jerarquía a nivel axiológico, en donde la multiplicidad de normas jurídicas estaría determinada a partir de niveles de jerarquía.

Cabe destacar lo señalado por Riofrío (2020, págs. 198-199), al mencionar que tanto los valores y/o el peso de los bienes tienen efecto en el peso de los derechos, pues todos los derechos están relacionados con los valores. Así, por ejemplo, el valor constitucional con un nivel mayor de jerarquía para algunos autores es el valor de la “dignidad”³¹.

³⁰ Sobre una definición de valores, Riofrío, J. (2020) describe el concepto de valores a partir de una diferencia entre valores y bienes, los cuales tienen efecto en el peso del derecho. Así, señala el autor que entre valores y bienes existe una gran relación, “mientras el valor es aquello que se estima como bueno por convenir al sujeto, los bienes son la concreción de esos valores en la realidad, por lo que pueden distribuirse”. En: Alcance y límites del principio de jerarquía. Criterios para jerarquizar derechos, valores, bienes y otros elementos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, pág. 199.

³¹ Autores como Ekmekdjian, M. (2002). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma; Fernández, E. (1984), quien afirma que “es necesario establecer una graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenada en relación con la idea de dignidad humana”. En: *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate.

De esta manera, se establece una relación directa entre principios, derechos y valores, lo que hace posible establecer una jerarquía a nivel axiológico, tomando en consideración que la axiología es el estudio de los valores constitucionales con una naturaleza estructural; por consiguiente, cuenta con niveles de jerarquía.

En base a lo expuesto, describiremos a continuación la aplicación del criterio de jerarquía a los principios y derechos constitucionales.

3.1. La jerarquía de Principios

En una situación de colisión entre dos principios, se debe valorar o determinar cuál tendrá mayor peso para una situación particular y, por tanto, un principio será aplicado restringiendo el alcance de otro principio. La metodología para la resolución de esta colisión será la ponderación entre ambos principios; sin embargo, ello no determina en sí mismo que exista una “jerarquía superior” del principio que será aplicado a través de la ponderación al caso particular.

Por el contrario, cuando se resuelve una colisión entre principios con la aplicación de alguno y la limitación o restricción de otro, es decir, un principio prevalece sobre otro, se genera una adecuación del principio prevalente al caso concreto, generando así una aplicación preferente solo cuando el caso particular lo requiere. De esta manera, la prevalencia de un principio en un caso concreto no determinará que en casos futuros los principios sean aplicados de diferente forma; dicha aplicación estará determinada por las circunstancias y necesidades de cada caso.

Atienza (2013, pág. 542) sostiene que “una aplicación del derecho orientada por principios ha de entender acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibrio de bienes o de la mejor relación de jerarquía entre valores”. Por tanto, la aplicación de principios a través de la ponderación debe atender a la situación particular, es decir, considerar qué principio es el más adecuado al caso concreto en consideración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Si bien en la ponderación los principios resultan ser flexibles de acuerdo a la valoración que tenga el juzgador sobre los mismos, ello no significa que la ponderación sea un ejercicio de

mera arbitrariedad. Por el contrario, como señala Atienza (2013, pág. 542), el desplazamiento de un principio en un caso particular “está sujeto a la reserva de coherencia, reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concertado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta”.

De modo similar, Bayón (2000, pág. 89) afirma que ningún sistema constitucional establece una jerarquización precisa (un “orden lexicográfico”) entre todos los derechos fundamentales y bienes de relevancia constitucional que reconoce que, sin embargo, pueden entrar en conflicto de muchas maneras y en muy diversas circunstancias. Asimismo, Charria (2013, pág. 107) señala que, “no existe una organización jerárquica de principios, ni siquiera una medida común entre ellos para determinar su peso en cada caso”.

Por su parte, Martínez (2015, pág. 1334) postula también una posición contraria a una jerarquización de principios, al señalar que el mecanismo de la ponderación es un mecanismo que ofrece una solución al conflicto entre principios teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso a decidir, sin establecer jerarquías entre principios o excepciones generales y definitivas.

Por último, Botero sostiene lo siguiente:

Entre los que niegan la jerarquía de los principios sobre la regla estatal encontramos las tesis iuspositivistas en general, algunas que minimizan la labor de los principios, otras que las niegan, y otras que las reconocen como reglas válidas y sujetas a la acción del sistema -como Hart en su *postscriptum*-. Igualmente, cuando el marxismo reduce el derecho occidental al Estado burgués, termina por negar la existencia de los principios como encauzadores de la actividad estatal, puesto que éstos no podían ser concebidos bajo su percepción de que el derecho es una manifestación de dominación sobre el proletariado.

Por lo tanto, si bien no cabe establecer una jerarquía entre principios debido a que estos tienen una misma regulación constitucional, es decir, poseen un mismo nivel formal. No obstante, la jerarquía si puede presentarse a nivel axiológico, es decir, valorativo. Así, al momento de realizar una interpretación de los principios en conflicto a través del método de la ponderación, el juzgador podrá crear una jerarquía para los casos particulares que enfrenta la colisión entre dos principios constitucionales.

En efecto, Charria (2013, pág. 99) afirma que “es de vital importancia destacar que la operación argumentativa efectuada, a través de la estructura de la ponderación, comprende una doble discrecionalidad, en tanto que instituye un valor jerárquico a los principios en conflicto y cambia su valor relativo de acuerdo al caso concreto”. El valor jerárquico, entonces, no es establecido a nivel formal, sino que se realiza una valoración de los principios en el caso particular de lo que resultará una jerarquía axiológica.

En otros términos, debido a que la valoración axiológica posee una estructura jerárquica, los principios al ser valorados tendrán una jerarquía en relación al caso particular. Así también, para Araújo (2006, pág. 13), “la ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto axiológica una jerarquía móvil”. Para el autor, la operación de ponderación comporta una doble discrecionalidad: (i) La institución de una jerarquía de valores entre los principios implicados y (ii) el cambio relativo de valor de los principios al tenor de los diferentes casos concretos.

Finalmente, Martínez (2015, pág. 1337) citando la crítica de Guastini³² hacia la ponderación como un método discrecional del juzgador, señala que la ponderación establece una jerarquía entre los elementos en conflicto para decidir el caso. Así, como la jerarquía no puede apoyarse en el sistema de fuentes, ya que todos los principios en conflicto tienen idéntico rango formal (constitucional), se trata de una jerarquía axiológica o valorativa entre dichos elementos. Además, sería una jerarquía móvil, pues en otro supuesto de conflicto entre los mismos principios la jerarquía podría perfectamente ser la inversa.

Podemos concluir, entonces, que si bien no puede establecerse una jerarquía de principios a nivel formal debido a que ambos principios mantienen un nivel constitucional, ello no implica que no se genere una jerarquía axiológica en un caso concreto, pues la valoración del juzgador determinará –a través del ejercicio de la ponderación– una jerarquía de los valores en conflicto.

En tal sentido, algunos autores sostienen la existencia de principios jerárquicos en función del método de la ponderación, pues defienden la existencia de principios fundamentales para un Estado democrático que no podrían ser restringidos debido a su especial importancia para

³² Guastini, R. “Los principios en el derecho positivo”.

los ciudadanos. Así, por ejemplo, Alexy defiende la existencia de los principios jerárquicos, como también los autores Hartmann, Zagrebelsky, y Atienza³³

Conforme señala Alexy (2007, pág. 154), citado en Botero (2005, pág. 43), la tiranía del valor no es aceptable, es decir, critica la concepción que habla de valores superiores y, por ende, de principios supremos. Sin embargo, Alexy (1984, pág. 81) defiende la existencia de seis principios básicos de la Ley Fundamental alemana. Estos principios serían los mismos –*mutatis mutandis*– para todas las constituciones de los Estados democráticos contemporáneos. Por ello, Alexy estaría legitimando una jerarquía entre los principios.

Los principios jurídicos regulados expresamente en la Constitución de los de los Estados democráticos gozan de un mismo nivel jerárquico, es decir, por encontrarse en la norma suprema los principios no podrían ser formalmente superiores unos con otros. Así, Valencia (1999, pág. 246) sostiene que “todos los principios son, cuando no formalmente, al menos materialmente constitucionales y, por ende, amparados por la supremacía constitucional”.

La supremacía de la Constitución protegerá, entonces, a todos los principios jurídicos regulados en ella. Por tanto, resulta importante diferenciar dos definiciones del principio jurídico, presentadas por Valencia (1999, pág. 247): “como proceso: valor fundamental, bilateral, social; como resultado del proceso: norma fundamental e imperativa”.

Así, la afirmación de que la supremacía de la Constitución protege a todos los principios jurídicos regulados en ella, se sostiene en que el principio es una norma fundamental, por ende, imperativa para el poder público como para los particulares. Por ello, la norma constitucional que recoge un principio jurídico deberá ser considerada como fundamental para los Estados democráticos contemporáneos.

En tal sentido, los principios jurídicos serán aquellos creados por el legislador, a través de las prácticas y decisiones legislativas que se realicen durante el tiempo. Si bien los principios son creados a través de prácticas legislativas, entendiendo a los principios como normas

³³ Autores descritos por Botero Bernal, A. (2005). En: La jerarquía entre principios generales del derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia. *Revista de derecho, Universidad del Norte* (23), pág. 43.

jurídicas fundamentales que son imperativas para el poder público, ello no implica que existan principios que se creen o se reconozcan jurídicamente por su propio contenido.

En otros términos, la diferencia entre los principios creados por la práctica legislativa y aquellos que gozan de un reconocimiento general o abstracto, será que los primeros son concebidos como normas jurídicas fundamentales al igual que los segundos. Pero en el caso de los últimos existirá un carácter de reconocimiento general, que supera la labor legislativa.

Sobre los principios con reconocimiento por su propio contenido, Vigo (2001, pág. 89) afirma lo siguiente:

Si creemos que el derecho no son sólo las normas que las prácticas y decisiones autoritativas van estableciendo como tales, sino que hay una parte del derecho que cuenta con tal carácter porque así lo establece su mismo contenido, y a cuyo conocimiento puede accederse leyendo en la naturaleza humana, ese sector del derecho preexistente tiene una prevalencia ontológica y axiológica que desautoriza como derecho a lo que grave e insuperablemente se oponga.

De esta manera, los principios jurídicos referidos a aquellos que cuentan con un reconocimiento por su propio contenido, diferenciándolos de los creados por las prácticas legislativas, serán principios con una prevalencia ontológico y axiológica. Es decir, ante una colisión entre principios jurídicos, estos principios tendrán por su naturaleza una prevalencia especial en su aplicación a los casos concretos.

Así, el juzgador deberá valorar con preferencia los principios jurídicos señalados, ante la incertidumbre sobre la aplicación de principios que se encuentren en colisión a raíz de un caso concreto. En efecto, señala Vigo (2001, pág. 89) que, “resulta insostenible no sólo negarle a los principios el carácter de fuente de atribuciones y respuestas jurídicas, sino reconocerle una función de ese tipo meramente accesoria o supletoria”.

Ahora bien, una jerarquía de los principios jurídicos estaría definida por una jerarquía a partir de principios fundamentales para el Estado democrático, sobre aquellos que pueden ser limitados o restringidos. Asimismo, podría tratarse de una jerarquía axiológica de los principios jurídicos, la cual estaría dada a través del método de la ponderación, en donde el

juez decida la aplicación preferente de un principio sobre otro en un caso concreto, con la posibilidad de que la valoración sobre los principios varíe en los casos futuros.

Ante la primera circunstancia, sobre la jerarquía de los principios jurídicos por tratarse de principios fundamentales para el Estado democrático, cabe plantear la interrogante sobre cuál o cuáles deberían ser estos principios; pues los principios jerárquicos prevalecerán sobre otros principios jurídicos ante cualquier colisión. Es decir, aquel principio que logre tener una aplicación preferente en aquellos casos en que se tenga la incertidumbre sobre la resolución de la colisión entre principios.

Al respecto, Botero (2005, pág. 43) señala que la definición de los principios jurídicos jerárquicos “dependerá mucho de la postura política del doctrinante que así lo propone”. Por ello, plantea que para autores con una propuesta liberal clásica, el principio de la libertad será considerado como el principio superior; en consecuencia, deberá definirse el concepto de principio de libertad, así como otorgarle una justificación a la supremacía de este principio en un sistema jurídico.

Por otro lado, conforme señala Botero (2005, pág. 44), los latinistas³⁴ afirman que “el principio superior es la justicia, sin que ello no baste para calificarlo igualmente como un valor superior”. En este caso, la justicia como principio jurídico será un principio fundamental para el Estado democrático, con lo cual el alcance de este principio no podría ser restringido en los casos particulares.

De esta manera, se establecen dos principios jurídicos jerárquicos, en función a las posiciones políticas de los doctrinarios que los proponen. Los principios establecen una jerarquía de su contenido sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, así, la libertad tendrá una mayor jerarquía como derecho y como principio en un ordenamiento para aquellos autores que defienden una postura liberal clásica.

En cambio, para otros autores la justicia será el principio fundamental para un Estado democrático y, por ende, un principio con jerarquía superior. Una definición general de justicia podrá ser el señalado por Peña (2007, pág. 187): “se trata de aquella armonía u orden,

³⁴ Según la Real Academia Española, el término latinista significa “perteneciente o relativo al latinismo”, o “especialista en la lengua y la cultura latina”. Asimismo, el latinismo hace referencia al “modo de hablar propio y privativo de la lengua latina”.

de la cierta congruencia, proporción o equidad, y hasta de una cierta relación armoniosa con el cosmos, que abstraen y perciben los miembros de un grupo social”.

Además, una definición de justicia como principio jurídico jerárquico podrá ser el señalado por Lerner (2013), citando el Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, quien define a la justicia de la siguiente manera:

Un principio ético regulador de nuestra vida social y política que expresa un ideal de convivencia humana en el que se respeten y garanticen constitucionalmente derechos fundamentales como la dignidad y la inviolabilidad de la persona humana, la libertad individual, la igualdad de derechos y oportunidades, la equidad y la solidaridad.

La justicia como principio del derecho implica garantizar otros derechos fundamentales que se deriven de este principio jurídico. Por ello, los autores que defienden la postura de un principio jurídico jerárquico o superior debido a su importancia en un Estado democrático, refiriéndose a este principio como el de la justicia, sostienen la relevancia de este principio en una forma de garantizar demás derechos fundamentales que de este se deriven, tales como la dignidad, la libertad individual y la igualdad ante la ley.

Así, la defensa de un principio jerárquico superior implicará como carga la definición de este principio y su justificación para ser considerado como un principio fundamental y, por tanto, jerárquicamente superior. Es decir, al considerar el principio de la libertad o el de la justicia como principios fundamentales, deberán tener un contenido más amplio, que permita la garantía y el respeto por derechos fundamentales que se deriven de su propia protección fundamental.

En suma, Botero (2005, pág. 44) afirma que los defensores de la jerarquía de la libertad, defenderán este principio en “remembranza del ideal ilustrado moderno!; mientras que los defensores de la justicia defenderán este principio en “remembranza de la historicidad y la fundamentación grecorromana del derecho occidental”.

3.2. La jerarquía de Derechos

Entre los autores que sostienen la aplicación del criterio de jerarquía a los derechos se observa que establecen como derecho supremo, o de mayor jerarquía, a la “dignidad”. Así, Ekmekdjian (2002) consideró que el derecho a la dignidad ocupa la cúspide del sistema jurídico, concibiéndola como un derecho absoluto, ni reglamentable ni restringible.

De modo similar, Fernández (1984) postula que “es necesario establecer una graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenada en relación con la idea de dignidad humana”. La dignidad humana, presentada como derecho y principio que rige el ordenamiento jurídico, mantiene en su contenido la justificación de otros derechos fundamentales, tales como la libertad individual, la salud, entre otros.

A partir de ello, se observa que entre los derechos constitucionales existen bienes básicos que permiten el desarrollo del conjunto de derechos regulados en la Constitución o, en general, mantienen la vigencia del Estado social y democrático de derecho.

Entre los derechos básicos más importantes para el ordenamiento jurídico se encuentra el derecho a la dignidad, con lo cual los autores proponen que este derecho sea concebido como un derecho absoluto, de modo que no cabría establecer medidas que limiten o restrinjan el ejercicio de la dignidad humana.

En otros términos, en aplicación del principio de proporcionalidad, cuando la dignidad humana se encuentre en colisión con algún derecho fundamental del ordenamiento, esta no podrá ser inaplicada, con lo cual siempre prevalecerá su aplicación en un caso concreto, cuando exista una colisión con otro principio o derecho fundamental.

Los derechos fundamentales constituyen los derechos más básicos de un Estado o comunidad, por lo que deberán ser protegidos y podrán estar por encima del resto de derechos, es decir, tener una mayor jerarquía. Así, según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ve a los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre como “la finalidad de cualquier institución política”.

Ahora bien, de acuerdo con Cianciardo (2012, pág. 12), luego de varias clasificaciones parciales, Ekmekdjian (1985) llega a una última clasificación, que no considera definitiva, sino sujeta a crítica. La jerarquía de los derechos sería de la siguiente manera:

1°) Derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.); 2°) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.); 3°) derecho a la libertad física; 4°) los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.); 5°) derecho a la información; 6°) derecho de asociación; 7°) los restantes derechos personales; 8°) los derechos patrimoniales. (Pág. 947)

De igual modo, el derecho a la dignidad humana ocupa un lugar de mayor jerarquía, en conjunto con otros derechos que se derivan de este, con lo cual este derecho y principio no podrá ser restringido ante la colisión con otro derecho fundamental. Por ello, el respeto por la dignidad humana vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares, de modo que el Estado brinde una protección jurídica absoluta a este derecho cuando haya sido vulnerado.

En efecto, Cianciardo (2012), citando a Ekmekdjian (1985, págs. 947-948), señala que los efectos e implicancias del orden jerárquico propuesto son los siguientes:

a) La restringibilidad de los derechos de la cúspide de la escala es mínima, y va aumentando a medida que se desciende por ella; por ello, a') una ley no puede restringir un derecho de rango superior más intensamente que uno de rango inferior; a'') el "índice de garantización" de un derecho determinado es el límite mínimo del "margen de garantización" que tiene todo derecho de rango superior al primero; b) para este autor, la escala jerárquica de los derechos es singularmente útil en materia de conflictos de derechos subjetivo. (Pág. 13)

El principio de proporcionalidad, exigido para que la medida restrictiva de un derecho fundamental sea constitucional, es aplicable ante la colisión entre dos principios o normas jurídicas; así, en el caso de los derechos detallados bajo un orden jerárquico, se observa que gozan de una aplicación preferente ante cualquier colisión entre normas jurídicas.

En consecuencia, a través de los componentes de la proporcionalidad, si se analiza una medida restrictiva contra algún derecho fundamental que tengan una mayor jerarquía bajo el orden propuesto, entonces, esta medida podrá ser considerada como inconstitucional, por tratarse de una limitación o restricción impuesta a derechos fundamentales jerárquicos.

Así, las restricciones a estos derechos son estrictamente mínimas, debido al alto nivel de protección jurídica que debe brindar el Estado ante su vulneración o amenaza, pues esta vulneración implicaría una grave afectación a las personas.

Finalmente, Ekmekdjian (1985, pág. 948) sostiene que la afirmación jurisprudencial según la cual la interpretación debe armonizar los derechos³⁵ “encierra una falacia porque, en caso de conflicto entre dos o más derechos, no hay armonización posible, sino que debe sacrificarse alguno en beneficio del otro u otros. Nosotros entendemos que, en tales casos, el derecho de rango superior debe prevalecer sobre el de rango inferior”.

4. Funciones de la jerarquía de derechos

Según Charría (2013, pág. 98), el juicio de ponderación comprende un ejercicio mental por parte del juez para instituir entre los dos principios en conflicto lo que la doctrina ha denominado una “jerarquía axiológica móvil”, en la que de una parte, exista una jerarquía axiológica como una relación de valor realizada por el intérprete, a través de un juicio de valor subjetivo, prevaleciendo el principio de mayor valor axiológico lo cual no significa que se invalide o abrogue el otro principio, sino que se deja de lado para el caso particular),

³⁵ La posición sobre la armonización de derechos también fue desarrollada por la doctrina. Al respecto, Clérico, L. (2018) señala lo siguiente: “algunos autores prefieren hablar de derechos con puntos de contacto en vez de conflictos de derechos. El punto de partida es negar los conflictos entre derechos. Sostienen, en cambio, que los derechos están en armonía”. En *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (Primera ed.). México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>.

Además, Clérico, L. (2018) señala que los autores que sostienen la armonía de derechos, a partir de la negación de los conflictos entre derechos son los siguientes: Serna, Pedro y Toller, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pág. 24 y 26; Toller, Fernando M., “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pág. 1206-1215 y 1221- 1224; y, Toller, Fernando M., “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y la posición de la vida en el elenco de los derechos humanos”, en Gandra Da Silva Martins, Ives (coord.), *Direito fundamental à vida*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pág. 495-516, y en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-I1025/1036; cfr. Cianciardo, Juan, “El conflictivismo en los derechos fundamentales”, Pamplona, Eunsa, 2000, pág. 9-10, 56; Domingo, Tomás de, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*; Martínez-Pujalte, Antonio Luis y Domingo, Tomás de, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional-Teoría general e implicaciones prácticas*, Lima, Palestra, 2010.

y de otra, la jerarquía móvil que representa el valor mutable que es pertinente para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso diverso.

El principio de jerarquía tiene dos funciones: una «positiva», que es la de «informar», «dar forma» a lo inferior, ser directriz; y otra «negativa», que deslegitima lo inferior cuando entra en conflicto con lo superior. Esta última función solo opera si hay conflicto.

El principio de jerarquía de derechos no opera bien cuando hay deficiencias de conocimiento o imprecisión en el lenguaje; además, su aplicación es flexible, atendiendo a las circunstancias y a las opciones políticas.

Según Guastini (2015, pág. 34), “las jerarquías axiológicas orientan la interpretación, en particular la elección entre dos significados igualmente admisibles de una cierta disposición normativa”³⁶.

Según Ródenas (2017, págs. 215-216), “la imposibilidad de fijar una jerarquía axiológica en abstracto entre principios sustantivos y principios institucionales me suscita una segunda inquietud: inevitablemente el cálculo racional de consecuencias formará parte del razonamiento que, ante cada caso concreto, será necesario llevar a cabo para determinar la prevalencia de uno u otro tipo de principios”.

El peso de los principios institucionales vendrá dado por la gravedad de los efectos que en cada caso concreto su inaplicación produzca en la dimensión institucional del Derecho que se pretenda proteger por medio de tales principios: la gravedad de tales efectos podría ordenarse en una escala, en uno de cuyos extremos estaría la completa inocuidad para la dimensión institucional del Derecho, y en el otro su absoluto colapso, de manera que el orden

³⁶ Por otra parte, señala Guastini, R. (2015) que se encuentran ejemplos muy importantes de jerarquías de tipo axiológicas en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales: “Algunos tribunales constitucionales (el italiano, por ejemplo) asumen que las normas constitucionales no tienen el mismo valor, en el sentido que algunas entre ellas (que pueden ser explícitas así como implícitas) están “más arriba” de las otras. La consecuencia es que dichas normas no pueden ser modificadas, derrotadas, o derogadas en forma alguna: tampoco por medio del procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, este tipo de jerarquía axiológica se vuelve un límite totalmente implícito (una norma implícita por lo tanto) a la revisión constitucional”. En: Interpretación y Construcción Jurídica. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 11-48, pág. 34

en la escala de gravedad de los efectos vendrá dado por el cálculo de las consecuencias que en cada caso se sigan para la dimensión institucional del Derecho.

Resulta de especial importancia la aportación de Kelsen, con su construcción piramidal del ordenamiento, estructurado jerárquicamente y unificado en la Constitución a través del principio de jerarquía.

Como señala Kelsen, citado en Gómez-Ferrer (1987, pág. 13), como es sabido, propone la creación de una justicia constitucional concentrada, confiada a un Tribunal, como garantía jurisdiccional de la Constitución, de su superioridad sobre la Ley —y sobre los reglamentos—.

Según Atienza (2013, pág. 71), “la Constitución, como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos ‘merece la pena’ desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que —aunque no se quiera— pesará la importancia de cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia cuantificación de costes y beneficios en el caso concreto”.

Además, Atienza (2013, pág. 71) señala que: desde el punto de vista de su aplicación, los principios y la técnica de la ponderación pueden incrementar la indeterminación del Derecho y la discrecionalidad de un juez antes sometido sólo al imperio de la ley, y ello por las razones que indica Comanducci: por su mayor grado de vaguedad, por la ausencia de una moral común y porque en la ponderación falta una jerarquía estable y general entre los principios. Pero desde el punto de vista del legislador sometido al control de constitucionalidad (abstracto o concreto), el mismo fenómeno parece tener justamente el efecto contrario: donde antes existía discrecionalidad política ahora se alzan los principios y, consiguientemente, la ponderación y sus cultivadores, los jueces, porque donde antes existía indeterminación ahora pretende existir determinación, aunque sea la que modestamente ofrecen los principios.

5. Alcance y límites de la jerarquía de derechos

Previamente a establecer los límites de la jerarquía de derechos, debemos detallar los presupuestos de este principio. Así, según Riofrío (2020, págs. 205-206), los presupuestos del principio de jerarquía son los siguientes: 1. La existencia de varios elementos, al menos dos; 2. Que esos elementos traten de lo mismo; 3. Que esos elementos se apliquen a lo mismo (mismos sujetos, tiempo, espacio y circunstancias); 4. Que tales elementos muestren algún género de jerarquía entre sí.

Entonces, el primer límite al principio de jerarquía de derechos consistirá en no aplicar esta jerarquía cuando no se cumplan con los presupuestos³⁷. En segundo lugar, las imprecisiones de un derecho ocasionarán que no se pueda aplicar una jerarquía entre derechos, pues antes de aplicar una jerarquía los derechos involucrados deberán estar correctamente regulados, sin establecer mayores indeterminaciones.

Según Martínez, a pesar de las diferencias entre autores, puede sostenerse que existe un núcleo conceptual mínimo sobre la ponderación, que hace referencia al establecimiento de una ordenación o jerarquización de los elementos en conflicto para ese caso concreto, dando lugar a una preferencia de uno de ellos frente al otro. Esto es, al “ponderar” los principios en juego, se da lugar como resultado a una prioridad o preferencia de uno de los principios frente al otro, en las circunstancias del caso concreto (bajo otras circunstancias, la prioridad podría ser la opuesta). El caso enjuiciado será resuelto conforme a lo que disponga el principio que ha resultado “vencedor”.

Según Eguiguren (1992, pág. 6), no debe renunciarse a la aspiración de que todos los derechos que conforman los derechos humanos puedan alcanzar real vigencia y respeto, así como una concreción objetiva verdaderamente igual, interdependiente y sin menoscabo. Pero ello no nos puede llevar a desconocer las diferencias que existen entre las distintas categorías de derechos humanos e, inclusive, al interior de ellas mismas.

Eguiguren (1992, pág. 6), estas diferencias nos llevan a sostener la existencia de una cierta jerarquización o grado de preminencia al interior de los derechos humanos. Ello no implica

³⁷ Además, señala Riofrío, J. (2020) que, si se cumplen los presupuestos del principio de jerarquía mencionados, se pueden presentar cuatro problemas que pueden tornar inoperante al principio: el límite mental, la imprecisión del lenguaje, las circunstancias variables y las opciones políticas. Op. Cit., pág. 206.

conferir mayor o menor valor a determinados derechos o categorías, pero si reconocer que algunos derechos cuentan con mejores niveles de exigibilidad inmediata, de concreción material, de protección, de efectividad e inderogabilidad.

Eguiguren (1992, pág. 6), tampoco conlleva sostener que esta jerarquización necesariamente suponga que los derechos de la primera generación se encuentren en la cúspide, aunque es claro que algunos de ellos (tales como la vida, la libertad e integridad personal, etc.) tienen un mayor componente vital, elemental o suprapositivo, lo que resulta histórica y fácticamente comprobable.

CAPÍTULO 3: EL DEBATE SOBRE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS

1. Argumentos en contra de la jerarquización de derechos

1.1. La igualdad normativa

Un primer argumento en contra de la jerarquización de derechos adopta la figura de la igualdad normativa. Como se ha visto en el texto, el criterio de jerarquía es aplicable a una multiplicidad de normas cuando su validez está condicionada por una norma suprema o norma básica. Así, la jerarquía generará niveles normativos a partir de dicha norma básica, pues de esta norma se derivan las leyes, reglamentos, y demás normas con jerarquía inferior que ven condicionada su validez a la norma suprema.

En tal sentido, debido a la existencia de niveles normativos, se afirma que dentro de cada nivel normativo no existe un criterio de jerarquía. Por ejemplo, los derechos constitucionales forman parte de un mismo nivel de jerarquía en función de la norma suprema; por lo que, al tener la misma jerarquía constitucional no cabría establecer un criterio jerárquico entre estos derechos. Sin embargo, en base a este argumento, si será posible aplicar un criterio jerárquico cuando los derechos constitucionales entren en conflicto con normas de otro nivel jerárquico, de modo que pueda prevalecer un derecho sobre una norma de jerarquía inferior en un caso concreto.

Conforme señala Sánchez (2008, pág. 237), “la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalezca sobre los demás”. La Constitución, entonces, al ser del mismo nivel de jerarquía no cabría la posibilidad de establecer normas constitucionales de mayor relevancia o jerarquía que otras normas del mismo nivel.

Prieto (2002, pág. 62) afirma que el método de la ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, en abstracto todos ellos tienen el mismo peso.

Por ello, según Prieto (2002, pág. 64) la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.

Señala, que cree que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español confirma esta comprensión de la técnica ponderativa como forma de encararse el problema de la limitación de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional español (1994) también afirmó en la Sentencia 320/1994 que la solución al problema de la colisión entre derechos y libertades fundamentales, realizado a través de la ponderación, no implica establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*³⁸. Es decir, no cabe establecer de manera previa (a la colisión de derechos) una jerarquía entre los derechos fundamentales; sino que el método de la ponderación entre derechos determinará que en un caso particular uno de ellos tenga prevalencia sobre otro.

Así, la ponderación actuará en función de las circunstancias particulares, esto es, frente a la colisión de derechos fundamentales. En tal caso, un derecho podrá ser aplicado o tendrá preeminencia frente a otro, siempre que el que se vaya a aplicar se ajuste en mayor medida a los intereses que la Constitución protege. Sin embargo, previamente a la colisión entre derechos fundamentales no existe una jerarquía entre dichos derechos, pues ambos gozan del mismo nivel de jerarquía constitucional.

La ponderación resulta ser el mecanismo o metodología de aplicación de principios, aplicable a situaciones que presenten una colisión entre principios o derechos fundamentales, por lo que será el mecanismo que resuelva una incompatibilidad normativa en un caso concreto. Sin embargo, de acuerdo a lo afirmado por Bernal (2008, pág. 53), “la ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las normas *prima facie* que fundamentan”.

Si aceptamos que la ponderación establece un orden jerárquico entre derechos, entonces, en un conflicto normativo no se podrían aplicar derechos que protejan en mayor medida los

³⁸ En la Sentencia 320/1994, el Tribunal Constitucional español señaló lo siguiente en el Fundamento Jurídico 2: “La solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente”.

finos que la Constitución establece; sino que, solo prevalecería un derecho atendiendo a su nivel jerárquico. En otros términos, no importará que el derecho con menor jerarquía proteja en mayor medida los fines constitucionales, de todas formas prevalecería un derecho con mayor jerarquía, sin analizar de fondo cuál de los derechos en conflicto protege los fines constitucionales en un caso concreto.

La situación descrita no puede ser aplicable en un Estado constitucional, en donde la colisión entre normas jurídicas de un mismo nivel de jerarquía debe ser resuelta a través de la ponderación, que atiende estrictamente a circunstancias particulares del caso concreto. Por lo que, deberá prevalecer aquella norma que proteja en mayor medida los fines que establece la Constitución. La solución frente a una colisión normativa no puede ser resuelta a través de un método de jerarquía entre derechos, principios o valores que se establezca de manera previa a dicha colisión³⁹.

Prieto (2008, pág. 87) señala luego un punto de gran importancia, al referirse a los tres criterios tradicionales para resolver una antinomia normativa, estos son: el jerárquico, el cronológico y el de especialidad. Estos criterios son aplicables a situaciones de conflictos entre normas jurídicas, eliminando la situación que supone no saber que norma aplicar al caso particular. De esta manera, el autor Prieto afirma que los criterios de jerarquía y el cronológico “son inservibles cuando la antinomia se produce dentro de un mismo documento legislativo, pues todos sus preceptos son perfectamente coetáneos y gozan del mismo nivel jerárquico. En tales casos, sólo resulta procedente observar el criterio de especialidad, concibiendo la norma especial como una excepción a la disciplina prevista por la norma general”⁴⁰

³⁹ Bernal, C. (2008) señala que: “Una hipotética solución de este tipo para las colisiones entre principios debe rechazarse por presuponer algo imposible de concebir en el ordenamiento jurídico de una sociedad pluralista: una jerarquía de todos los principios jurídicos que refleje una jerarquía de todos los valores. La ponderación no implica ni la validez de un orden lexicográfico de los derechos fundamentales ni de un orden lexicográfico de principios de justicia”. La racionalidad de la ponderación. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pág. 53.

⁴⁰ Prieto, L. (2008) afirma que “este criterio solo se aplica de manera excepcional, siempre que se observe que el supuesto de hecho contemplado en la norma especial deberá adoptarse la consecuencia jurídica que ella imponga sobre la prevista en la norma general. El juicio de ponderación constitucional”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pág. 87.

De estas afirmaciones podemos resaltar que si en un documento normativo, como la Constitución, se presenta una antinomia normativa, no cabe aplicar un criterio de jerarquía porque las normas jurídicas contenidas en dicho documento gozan del mismo nivel jerárquico. Ello supone la igualdad normativa al interior de una norma jurídica que ocupa un solo nivel dentro de la multiplicidad de normas en un ordenamiento jurídico.

Por último, en la misma línea argumentativa sobre la igualdad normativa, el autor Bassa (2013, págs. 35-36), en relación a la afirmación de que existe una imposibilidad de jerarquizar *a priori* los derechos fundamentales⁴¹, sostiene que las normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales tienen igual jerarquía normativa, en base a los siguientes argumentos: “la unidad conceptual, sistémica y normativa de la Constitución; los derechos fundamentales han sido reconocidos universalmente, atendiendo a demandas históricamente determinadas de ciertos grupos sociales; la igual dignidad de las personas cuyos derechos podrían entrar en colisión; la consecuente imposibilidad de establecer, a priori, preferencias entre la legitimidad de las demandas que históricamente dieron vida a estos derechos, así como entre los intereses concretos de las personas que se enfrentan en una colisión de derechos”.

1.2. La unidad normativa de la Constitución

Otro de los argumentos en contra de la jerarquización de derechos es la unidad normativa de la Constitución que, debido a que esta es una sola norma dentro del ordenamiento jurídico, no cabría establecer una jerarquía entre los derechos fundamentales regulados en ella; ya que existe una unidad formal que impide que mantenga en su interior jerarquías, en especial, jerarquías sobre derechos fundamentales. Al respecto, Basa (2013, págs. 35-36) afirma que las normas constitucionales que garantizan los derechos fundamentales tienen igual jerarquía normativa porque existe “una unidad conceptual, sistémica y normativa de la Constitución”.

⁴¹ Es decir, existe una imposibilidad –en un Estado constitucional– de establecer una jerarquía de derechos de manera previa a un conflicto normativo, en el cual se discuta la aplicación de una norma jurídica, prevaleciendo esta sobre otra norma en un caso concreto. De modo similar, en la Sentencia 320/1994 – FJ 2, el Tribunal Constitucional español señaló la solución a un conflicto normativo no establece jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino que se trata de “conjugarse, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente”.

La Constitución como una unidad normativa una formalidad que debe ser respetada al aplicar los principios o derechos contenidos en esta norma superior; sobre todo, se debe respetar dicha formalidad al momento de realizar interpretaciones sobre los derechos fundamentales. Es decir, el juzgador al momento de interpretar las normas constitucionales debe tener en cuenta que existe una formalidad interpretativa que exige observar la unidad de la Constitución al momento de aplicar las normas contenidas en dicho texto; debido a que no deben existir contradicciones normativas al interior de un mismo cuerpo normativo

Así, en términos de Aguiló (2001, pág. 442), “la constitución formal pretende cumplir funciones normativas *ex ante*, pretende fundar o refundar (hacia el futuro) la identificación, la unidad y la permanencia (la estabilidad definitiva) de un sistema jurídico-político y lo hace determinando qué va a contar (hacia el futuro) como fundamental en ese sistema”. La unidad normativa de la Constitución se relaciona con el concepto de la constitución formal, pues con esta unidad se pretende conseguir un sistema jurídico establece, sin contradicciones normativas, y con el objeto de mantener la seguridad jurídica.

En tal sentido, la Constitución formal se remite a la noción de Constitución rígida⁴², ya que existen condiciones al interior de un sistema jurídico que permiten que obtenga la forma constitucional. De acuerdo con Aguiló (2001, pág. 441), las condiciones que permiten la forma constitucional de un sistema jurídico son las siguientes: “el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado; el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; y la Constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes”.

Estas condiciones, en principio, caracterizan al Estado constitucional, de modo que permiten que exista una unidad normativa constitucional; es decir, las normas que ocupan un nivel de jerarquía superior se encuentran codificadas en un solo documento normativo denominado la Constitución. Además, esta norma no puede ser derogada y reformada por el legislador

⁴² Bryce, J.: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. CEC, Madrid 1988, pág. 6 y 7. El autor inicia con la descalificación de la clasificación tradicional entre “constituciones escritas” y “constituciones no escritas”. A partir de ello, sostiene que el criterio relevante radica en la relación que “cada Constitución mantiene con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta”. Por ello, señala que las constituciones flexibles son las más antiguas y que se caracterizan por no establecer ninguna distinción formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. Citado en: Aguiló Regla, J. (2003). Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa*(26), pág. 300.

ordinario, pues mantiene la legitimidad del poder público en un Estado constitucional. Así también, la jerarquía de la Constitución es superior al de las normas de rango legal.

Por tanto, la Constitución formal permite concebir a esta norma superior como una unidad normativa, pues se encuentra en el mayor nivel de jerarquía en un sistema jurídico, de modo que no cabría establecer en la Constitución un criterio de jerarquía debido a la formalidad rígida que mantiene al interior del ordenamiento. Así, el contenido constitucional goza del mismo nivel de jerarquía, precisamente, por las condiciones que permiten la existencia de una Constitución formal.

Ahora, la unidad normativa de la Constitución implica también una imposibilidad de jerarquizar los derechos fundamentales de manera previa a un conflicto normativo, en donde se discuta la aplicación de algún derecho, el cual prevalecerá sobre el otro. Ello porque al ser la Constitución la norma suprema que ocupa el nivel más alto –en términos de jerarquía– de un ordenamiento jurídico, entonces, todas las normas contenidas en la Constitución gozan de un mismo nivel de jerarquía.

En este sentido, y en relación al argumento de la unidad de la Constitución, Bassa (2013, págs. 35-36) sostiene que las normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales tienen igual jerarquía normativa, pues existe una “unidad del catálogo de derechos fundamentales, que atiende a garantizar diversas esferas de realización personal y social”. Así, los derechos fundamentales se encuentran en un mismo nivel de jerarquía, perteneciendo a una norma constitucional que cuenta con una formalidad basada en la unidad de la Constitución.

La unidad normativa de los derechos fundamentales, regulados en la norma constitucional, atiende a garantizar la tutela de derechos en cada situación particular. Por el contrario, de existir una jerarquía dentro de la Constitución, algunos derechos tendrían una mayor jerarquía que otros, lo cual conduciría a situaciones en donde siempre se aplique un derecho con mayor jerarquía sobre los de menor jerarquía, a pesar de que –en el caso concreto– el derecho de menor jerarquía proteja en mayor medida los intereses de la Constitución.

Los derechos fundamentales recogidos en la Constitución son los que poseen el nivel de mayor jerarquía en un ordenamiento jurídico, teniendo incluso una mayor legitimidad que los tratados internacionales. Así, en el ordenamiento interno se podrán aplicar con mayor

preferencia los derechos fundamentales regulados en la Constitución. Conforme a lo señalado por Tremolada (2014, págs. 393-394) algunos tratados internacionales de derechos humanos pueden ser materialmente jerárquicos a la Constitución (es decir, se aplican con preferencia a esta) en los casos en que la propia Constitución lo disponga. Sin embargo, estructuralmente la Constitución es la fuente de legitimidad primera de aquellos.

Por ello, incluso la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en un ordenamiento interno, deberá respetar el marco de la Constitución, pues no cabe aplicar estos tratados menoscabando los derechos fundamentales establecidos en la norma suprema. Solo cuando la Constitución lo disponga, los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden tener mayor jerarquía que la propia Constitución. Al respecto, Tremolada (2014, pág. 407) afirma que la legitimidad de la Constitución democrática como norma suprema del ordenamiento jurídico la dota del mayor rango jerárquico en dicho ordenamiento (supremacía). Por lo tanto, cualquier aplicación de un tratado internacional que menoscabe un derecho constitucional es materialmente inconstitucional.

Por tanto, si bien el autor no señala que exista una jerarquía normativa entre los derechos constitucionales, afirma que los derechos humanos (en referencia a la normativa internacional) tienen preferencia sobre los derechos constitucionales (en relación a la normativa constitucional de cada ordenamiento jurídico) cuando mejore la situación sobre estos últimos derechos⁴³, ya que se aplican en virtud de las cláusulas de integración⁴⁴.

Para finalizar, Prieto (2008, págs. 101-102) sostiene que la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la

⁴³ Los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden aplicarse en contravención de la Constitución, pues en un ordenamiento interno la Constitución goza del mayor nivel de jerarquía incluso sobre dichos tratados. Sin embargo, los tratados internacionales pueden ser aplicados si mejoran la situación de los derechos constitucionales. Así, Tremolada, E. & Martínez, R. (2014), sostienen que el ordenamiento jurídico internacional puede, en todo caso, mejorar la situación de los derechos constitucionales, por cuanto se aplican con preferencia a esta en virtud de las cláusulas de integración generales y las particulares (derechos humanos). En: Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración . *Vniversitas*, pág. 407.

⁴⁴ Al respecto, Fix, H. (2004) señala que a partir de la Constitución de Weimar se inicia el reconocimiento constitucional del derecho internacional como parte integrante del derecho interno, situación que progresará notablemente en la segunda posguerra en tres sentidos: el reconocimiento amplio de la primacía del derecho internacional general, la creación del llamado derecho comunitario —o, como ha sido denominado posteriormente, derecho de la integración—, y respecto al derecho internacional de los derechos humanos. En: El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista Latinoamericana de derecho*, pág. 144-146.

Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás

2. Argumentos a favor de la jerarquización de derechos

La propuesta de una jerarquía entre derechos parte por asignar mayor relevancia a algunos derechos por su especial trascendencia en una comunidad, por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a la dignidad de todos los seres humanos pueden resultar derechos que merecen una absoluta protección de parte del Estado. Así, frente a la vulneración del derecho a la vida o dignidad, o incluso cuando estos se encuentren amenazados, el Estado deberá brindar una especial tutela para los agraviados.

La tutela especial, o una protección extra de derechos, responde a la mayor importancia de estos en el ordenamiento jurídico; ello podría traducirse en la actuación rápida del Estado para proteger a las personas agraviadas. En cambio, existirán derechos a nivel constitucional que no requieran una protección extra de parte del Estado, pues debido a la propia naturaleza de estos derechos fundamentales no cabrían daños irreparables en la persona agraviada, o de otro modo, la violación de estos derechos no supondría una grave afectación a los intereses que la Constitución protege como principios fundamentales.

La jerarquía entre derechos puede partir de la importancia que le dé la propia Constitución a un determinado derecho, es decir, que establezca una importancia mayor de algún derecho fundamental al interior del mismo documento normativo, ello sin vulnerar la unidad normativa de la Constitución y tampoco la coherencia normativa. De modo que, el derecho con una protección especial podría constituirse como un derecho de mayor jerarquía. En efecto, Riofrío (2020, pág. 197) sostiene que “si la constitución establece una jerarquía de fines, valores, derechos, normas, cargos, etcétera, entonces habrá tal jerarquía. Será una jerarquía meramente formal, no de fondo”.

Además de ello, no solo cabría establecer una jerarquía a partir de lo señalado en una Constitución, es decir, que esta norma establezca una mayor importancia o jerarquía de un derecho en específico; sino que también podríamos afirmar que existe una jerarquía entre

los derechos fundamentales debido a que la redacción de los mismos se ha realizado de manera ordenada en la Constitución. Así, esto es detalle por Estévez (1994, pág. 96), pues afirma que la redacción ordenada de los derechos fundamentales “significa que las normas que los reconocen tienen un cierto grado de organización, fundamentalmente de carácter jerárquico”.

De modo similar, Pierini (2018) advierte lo siguiente:

Artículos constitucionales o convenciones internacionales no son normas superiores o normas inferiores. Sino que son un conjunto que conforman un determinado Derecho, y eso constituye un Sistema en tanto exista alguna relación entre los diferentes elementos. Cada una de ellos podrían estar sujetos a cambios en su composición. No obstante, ese Sistema estará ordenado jerárquicamente con sus distintos componentes en diversos niveles o rangos. La normativa es toda una, precisamente por el carácter sistémico de los Derechos Humanos. Y la diferencia de jerarquías es la resultante de las decisiones políticas respecto de los institutos que lo integran. (Pág. 186).

En este orden de ideas, se plantean posibilidades de establecer una jerarquía entre los derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico; siendo una de las maneras de aplicar este orden jerárquico la situación en donde la propia Constitución señala que existe una jerarquía, o que establece una mayor protección de algunos derechos fundamentales por su especial trascendencia en el ordenamiento.

2.1. La jerarquía axiológica de derechos

Un argumento en favor de la jerarquía de derechos es la referida a una jerarquía a nivel axiológico de los derechos, esto es, a nivel de las valoraciones realizadas sobre los derechos fundamentales en el caso particular. La jerarquía axiológica se define por establecer un criterio de jerarquía para los valores constitucionales, por ello, el estudio de la axiología serán las interpretaciones a nivel valorativo del juzgador.

La ponderación, según Guastini (2010), consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto. A partir de ello, define la jerarquía axiológica móvil del siguiente modo:

- i) Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2. Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un peso, una importancia ético-política mayor respecto al otro. (...)
- ii) Una jerarquía móvil, de otro lado, es una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida –y que a menudo es revertida– en un caso concreto diverso. (Pág. 78-79)

Conforme señala Pierini (2018, pág. 187), “se habla de jerarquía axiológica cuando entre dos normas el intérprete atribuye un valor superior a una de ellas respecto de la otra”. Así, la jerarquía axiológica hace referencia a la aplicación de normas jurídicas –derechos fundamentales– a los casos particulares mediante métodos de interpretación de las mismas-

En dicha interpretación el Juez realiza una valoración de los derechos aplicables al caso particular, en donde el valor asignado a un derecho determinado puede generar una prevalencia sobre otro derecho en función de la solución de un problema jurídico particular. Por tanto, a nivel valorativo (axiológico) será posible establecer una jerarquía normativa de derechos.

En general, se discute una colisión entre principios, derechos o valores, sobre los cuáles deberá prevalecer una sola norma aplicable al caso concreto. Esto también implica que se esté limitando el alcance o eficacia de aquellos otros principios, derechos y valores que no serán aplicados al caso particular, ya que el análisis de aplicación de principios y derechos solo permitirá la aplicación de una norma que tutele en mayor medida los intereses que la Constitución establece.

En una jerarquía axiológica de derechos podríamos afirmar que los derechos de mayor nivel jerárquico son aquellos valorados como derechos básicos, tales como el derecho a la

dignidad. Se suele colocar a la dignidad como derecho con mayor relevancia, o incluso mayor jerarquía sobre otros derechos; por ello, conforme señala Klein (2002), en Alemania se ha mantenido que aunque todo derecho sea balanceable y derrotable, la dignidad humana nunca lo será.

Por tanto, si bien todos los derechos fundamentales se encuentran en el mismo documento normativo, por lo que gozan del mismo nivel de jerarquía, ello no implica que existan diferencias entre los derechos fundamentales. Estas diferencias justifican la posibilidad de establecer una jerarquía únicamente a nivel axiológico, es decir, jerarquías a nivel valorativo de los derechos fundamentales.

Así, se observan por un lado derechos fundamentales que podrían ser reemplazables o “derrotables”⁴⁵; en cambio, por otro lado se encuentran derechos que no sería reemplazables en un caso concreto, pues su eficacia debe mantenerse para proteger los intereses que la Constitución establece. En esta línea, Bayón (2000, pág. 101) señala que dentro de un sistema jurídico puede haber normas derrotables y normas inderrotables; y que una norma derrotable deja el derecho indeterminado en lo que concierne a todos los casos subsumibles en su supuesto de hecho.

De hecho, la existencia de normas derrotables y normas inderrotables permiten establecer una jerarquía axiológica de derechos fundamentales. Así, en los conflictos normativos si una norma es inderrotable no cabría establecer una excepción en función del caso concreto, pues su eficacia no puede ser limitada en función de una situación particular al tratarse de un derecho básico y de protección especial, como lo es el derecho a la dignidad.

Algunos autores parten del principio de dignidad para establecer la jerarquía de derechos. Así, en Argentina, Ekmekdjian (2002) consideró que el derecho a la dignidad ocupa la cúspide del sistema jurídico, concibiéndola como un derecho absoluto, ni reglamentable ni restringible. De modo similar, Fernández (1984) afirmó que “es necesario establecer una

⁴⁵ Según Guastini, R. (2015), el término de derrotabilidad hace referencia a las excepciones implícitas no especificadas de una norma jurídica. En: Interpretación y Construcción Jurídica. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, pág. 23. Además, Guastini señala que en relación al término de derrotabilidad, se encuentra el texto de Alchourrón (1996); asimismo, Redondo (1997); Navarro y Rodríguez (2000); Rodríguez (2002); Bayón y Rodríguez (2003).

graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenada en relación con la idea de dignidad humana”.

Un conflicto constitucional que mantiene un mismo nivel de jerarquía, por ello, no sería posible aplicar un criterio de especialidad porque ambas normas se encuentran dentro del mismo documento normativo. En este caso, según Prieto (2008, pág. 100), nos hallamos en presencia de razones de sentido contradictorio y el intérprete en principio no puede prescindir de la consideración de ninguna de ellas.

Por ello, un principio constitucional no pierde su validez cuando, a través del ejercicio de la ponderación, es limitado en un caso particular, otorgándole prevalencia a otro principio de la misma jerarquía constitucional. Sin embargo, no se descarta completamente una jerarquía entre los derechos fundamentales, ya que Prieto (2008, pág. 100) sostiene que en estos casos solo cabe formular un enunciado de preferencias condicionadas, trazar una “jerarquía móvil” o “axiológica”, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria.

El método de la ponderación resolverá este tipo de conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía normativa. Alexy (2007, pág. 161) define la aplicación de los principios a través de la ponderación con el siguiente enunciado: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”.

Por último, Villaverde (2008, pág. 179) afirma que la ponderación conduce inevitablemente a la jerarquización entre los derechos fundamentales, por cuanto la resolución de sus conflictos no se solventará examinando sus recíprocos límites, sino postergando la aplicación de uno en beneficio de la aplicación del otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen. Ya no se aplican ambos derechos fundamentales al caso, sino que se acuerda suspender la vigencia de uno de los derechos en ese caso concreto (que puede recuperar sin embargo en otro posterior similar) para aplicar en plenitud el elegido en la ponderación.

2.2. La jerarquía lógica de los derechos

El argumento final en favor de la jerarquía de derechos fundamentales se determina a través de una jerarquía lógica. La jerarquía lógica presupone que un derecho fundamental es previo a otro porque el primero permite la existencia del segundo. Es decir, no podría ser ejercido el segundo derecho si el primero no existiese. De este modo, se plantea una jerarquía lógica de la primera norma (que condiciona la existencia de la segunda) sobre la segunda norma, la cual únicamente puede ser exigida a partir de la existencia de una primera norma.

Conforme a lo señalado por Raz (2009, págs. 168-169), existe una diferencia entre los *core rights* con justificación primaria autónoma, y los *derivative rights* que se fundamentarían total o parcialmente en los primeros derechos. Por ello, según la jerarquía lógica es posible establecer un orden jerárquico entre los derechos fundamentales, siempre que un derecho sea la justificación primaria de otro derecho, y que este último se fundamente en el primer derecho.

Asimismo, Hervada (2001, pág. 92) distingue los derechos naturales primarios de los derechos que racionalmente se derivan de ellos. Por lo que, los derechos naturales primarios justificarían la existencia de los derechos derivados de este.

Pierini (2018, pág. 187) además señala que la jerarquía lógica “se da cuando una de ellas versa sobre la segunda (...). El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables. Así ha reiterado en varios de sus fallos la Corte Suprema de Justicia Nacional que: donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”.

En conclusión, de acuerdo con la jerarquía lógica de derechos, existen conceptos que tienen un orden de precedencia a otros conceptos, es decir, existen conceptos originarios que tienen un orden jerárquico mayor debido a su precedencia. En tal sentido, los conceptos o derechos originarios condicionarán a los derechos posteriores, los cuales son reconocidos o contruidos a partir del reconocimiento jurídico de los primeros derechos.

CONCLUSIONES

1. Existen dos operaciones básicas de aplicación de la ley a los casos particulares: la subsunción y la ponderación. El método de la ponderación está encaminado a la aplicación de principios jurídicos –entendidos como normas jurídicas-, cuando estos entren en colisión en una situación particular. En cambio, el método de la subsunción es aplicable frente al conflicto entre reglas jurídicas, en donde únicamente se verifica si el hecho de la realidad coincide o no con el supuesto de hecho de la regla para que esta pueda ser aplicada.
2. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible; por ello, los principios merecen una interpretación por parte del juzgador, quien debe aplicar un principio u otro dependiendo del mayor peso o importancia que tenga este en un caso particular. En cambio, en un conflicto normativo entre reglas jurídicas únicamente se verifica si el hecho de realidad coincide o no con el supuesto de hecho de la norma, y así el juzgador decidirá si las consecuencias jurídicas de esta regla se aplican o no al caso particular.
3. Los criterios tradicionales para resolver una antinomia normativa son el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad. Estos criterios son aplicables a situaciones de conflictos entre normas jurídicas, eliminando la indeterminación que supone no saber que norma aplicar al caso particular. Así, a través del criterio de jerarquía, el juzgador decidirá si una norma jurídica con nivel jerárquico inferior contraviene o no una norma de mayor rango y, en consecuencia, se deberá resolver el conflicto normativo aplicando la norma de mayor jerarquía.
4. La mayoría de autores señala que no puede establecerse una jerarquía de derechos *a priori*, es decir, una jerarquía a nivel formal debido a que todos los derechos mantienen

el mismo nivel de jerarquía constitucional. Así, al encontrarse los derechos fundamentales en un mismo texto normativo –la Constitución–, no cabría aplicar un criterio de jerarquía *a priori* entre los derechos fundamentales.

5. No obstante, algunos autores sostienen que es posible realizar una jerarquía a nivel axiológico en un caso concreto, pues la valoración del juzgador determinará –a través del ejercicio de la ponderación– una jerarquía de los valores en conflicto, o también llamada una jerarquía móvil. Así, la ponderación expresará las preferencias valorativas del juzgador para decidir sobre la aplicación de normas jurídicas a un caso particular; de esta manera, se establece una jerarquía entre las normas en conflicto (derechos o principios), la cual puede variar de acuerdo a las exigencias de nuevos casos.
6. Además, otros autores sostienen que es posible aplicar un criterio de jerarquía en los derechos fundamentales, ya que en un ordenamiento jurídico existen derechos básicos como el derecho a la vida y el derecho a la dignidad, los cuales son inderrotables frente a cualquier conflicto normativo. Es decir, estos derechos básicos no admiten ninguna excepción en su aplicación a un caso particular. Por ello, si los derechos básicos no pueden ser desplazados en ningún caso concreto, ello determinaría la existencia de una jerarquía axiológica entre los derechos fundamentales.
7. No existe una postura uniforme en la doctrina sobre si existe o no una jerarquía entre los principios y derechos. Frente a ello, compartimos la posibilidad de que sea aplicable un criterio de jerarquía en los derechos o principios regulados en un ordenamiento interno; ya que existen derechos y principios que deberán tener una mayor valoración por parte del juzgador en un caso concreto. Así, se determina la prevalencia de derechos básicos o principios fundamentales en cualquier situación conflictiva, debido a su especial relevancia para una sociedad democrática; estos derechos podrán ser tales como el derecho a la vida y el derecho-principio de dignidad.

8. Si bien no existe una jerarquía de derechos reconocida a nivel constitucional, una jerarquía meramente *a priori*, debido a que gozan en conjunto de la misma protección jurídica; ello no implica que se deba negar la existencia de derechos con valores superiores, o derechos habilitantes, como el derecho a la vida y el derecho a la dignidad. Así, estos derechos considerados básicos para una sociedad democrática, habilitan el ejercicio de los demás derechos reconocidos a nivel constitucional. Por lo que, si no se priorizan las garantías de estos derechos no tendría sentido pretender garantizar los demás derechos reconocidos a nivel constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, A. (1998). El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (págs. 13-31). La Coruña.
- Aguado Correa, T. (2010). El principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (págs. 257-296). Lima: Palestra.
- Aguiló Regla, J. (2003). Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa*(26), 289-317.
- Aguiló-Regla, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa*(24), 429-457.
- Alexy, R. (1984). *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. (J. Seña, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (Segunda ed.). (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). La fórmula del peso. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (págs. 13-36). Lima: Palestra.
- Arancibia, J. (2011). *Judicial review of commercial regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- Araújo Rentería, J. (2006). Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia de derechos fundamentales. Crítica. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs. 853-877). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Arteaga Nava, E. (2001). *Derecho Constitucional*. México: Oxford.
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Auto 642/1986 (Tribunal Constitucional España 23 de Julio de 1986).
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid : Marcial Pons.

- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. (G. Villa Rosas, Trad.) Lima: Palestra Editores.
- Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*(5), 15-49.
- Bassa Mercado, J. (2013). La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, 15-46.
- Bastida Freijedo, F. J. (2005). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Bayón, J. C. (2000). Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, 87-117.
- Becaría, C. (1982). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Aguilar.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(23), 225-238.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2008). La racionalidad de la ponderación. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Primera ed., págs. 43-68). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Botero Bernal, A. (2005). La jerarquía entre principios generales del derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia. *Revista de derecho, Universidad del Norte*(23), 29-68.
- Casinos Mora, F. J. (2005). La presencia de los rasgos esenciales del principio de proporcionalidad en el pensamiento clásico y en el derecho romano. En *Presente y Futuro de la Constitución Española de 1978* (págs. 185-204). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Charria Segura, J. M. (2013). La ponderación como método para resolver conflictos de principios y derechos laborales. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4(7), 97-117.
- Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Eunsa.
- Cianciardo, J. (2003). Principios y Reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (págs. 891-906). Ciudad de México.
- Cianciardo, J. (2012). La jerarquización de los derechos. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 11-15. Obtenido de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cianciardo-La-jerarquizacion-de-los-Derechos.pdf>
- Clérico, L. (2010). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (Primera ed., págs. 115-156). Lima: Palestra.
- Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (Primera ed.). México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>
- Covarrubias Cuevas, I. (2012). La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación. *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), 447-480.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel.
- Eguiguren Praeli, F. J. (1992). ¿Tienen todos los Derechos Humanos igual Jerarquía? *Ius Et Veritas*, 3-6.
- Ekmekdjian, M. (2002). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma.
- Ekmekdjian, M. A. (1985). De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles. *El Derecho*, 114-945 y ss.

- El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. (2008). En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 9-12). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,.
- Espíndola Bustillos, M. Á. (2015). *Sobre una teoría de la jerarquía de las normas jurídicas*. Madrid: Universidad Nacional Española de Educación a Distancia.
- Estévez Araujo, J. A. (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta.
- Fernández Segado, F. (1992). *El sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson.
- Fernández, E. (1984). *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate.
- Ferrajoli, L. (2012). El constitucionalismo entre principios y reglas. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (págs. 791-817). Universidad de Alicante. Marcial Pons.
- Fiz Zamudio, H. (2004). El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de derecho*(1), 141-180.
- García Amado, J. A. (2016). ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 1-22.
- García Figueroa, A. (2013). Norma y valor en el neoconstitucionalismo. En *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo* (págs. 79-103). Lima: Ara Editores.
- Gascón, M. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (1987). Relaciones entre Leyes: competencia, jerarquía y función constitucional. *Revista de Administración Pública*(113), 7-38.
- Grández Castro, P. P. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo* (Primera ed., págs. 337-376). Lima: Palestra Editores.

- Granja Angulo, P. J. (29 de Diciembre de 2014). *El principio de proporcionalidad*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/el-principio-de-proporcionalidad-->
- Guastini, R. (1995). Normas supremas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(17-18), 257-270.
- Guastini, R. (2010). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (págs. 71-80). Lima: Palestra Editores.
- Guastini, R. (2013). A propósito del neoconstitucionalismo. En *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo* (págs. 105-122). Lima: Ara Editores.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y Construcción Jurídica. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 11-48.
- Hervada, J. (2001). *Introducción crítica al Derecho natural* (Décima ed.). Pamplona: Eunsa.
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. Granada: Comares.
- Kelsen, H. (1993). *Teoría Pura del derecho* (Séptima ed.). (R. Vernengo, Trad.) México: Porrúa.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales* (Primera ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Lerner Febres, S. (23 de Setiembre de 2013). *Justicia y derechos humanos*. Obtenido de Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP) : <https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/justicia-y-derechos-humanos/>
- Lopera Mesa, G. P. (2010). Principio de proporcionalidad y control constitucional de leyes penales. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (Primera ed., págs. 157-188). Lima: Palestra.
- Martínez Zorilla, D. (2006). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.

- Martínez Zorrilla, D. (2015). Conflictos normativos. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (págs. 1307-1347). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.
- Pazos, M. I. (1995). Contradicciones normativas y jerarquía de normas. *Doxa*, 383-402. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10045/10507>
- Peces-Barba Martínez, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Peña Jumba, A. (2007). Una aproximación al concepto de justicia: el sentido grupal de celo justo. *Foro Jurídico*, 186-192.
- Pierini, A. (2018). El sistema de los DDHH y sus jerarquías normativas. *Redea. Derechos en acción*, 179-192.
- Prieto Sanchís, L. (1998). *Diez argumentos a propósito de los principios*. Madrid: Dykinson.
- Prieto Sanchís, L. (2002). *Derechos Fundamentales. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial . En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo* (págs. 123-158). Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchis, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Primera ed., págs. 85-123). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Raz, J. (2009). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Requena López, T. (2004). *El principio de jerarquía normativa* (Primera ed.). España: Ed. Civitas.

- Riofrío, J. C. (2020). Alcance y límites del principio de jerarquía. Criterios para jerarquizar derechos, valores, bienes y otros elementos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 189-240.
- Roca Trías, M. E. (2013). *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Roma: XV Conferencia Trilateral.
- Ródenas, Á. (2017). ¿Son absolutos los derechos humanos? El desafío de los principios institucionales. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 211-216.
- Rubio Llorente, F. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*(27), 9-37.
- Ruiz Monroy, J. A. (2008). *Deontología del Abogado*. México.
- Sánchez Gil, R. (2008). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Primera ed., págs. 221-268). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Sarlet, I. W. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra.
- Tremolada Álvarez, E., & Martínez Dalmau, R. (2014). Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración . *Vniversitas*, 383-409.
- Valencia Restrepo, H. (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho* (Segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Vigo, R. L. (2001). Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual. *Persona y Derecho*, 44, 65-102. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10171/14175>
- Villaverde Menéndez, I. (2008). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Primera ed., págs. 175-187). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Villaverde, I., & Requejo, P. (2004). *Resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución de 1978*, . Madrid : Tecnos.

Zagrebelski, G. (1992). *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Giulio Einaudi.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Exp. 0012-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional 15 de Diciembre de 2006).

Exp. N° 0010-2002-AI (Tribunal Constitucional 3 de Enero de 2003).

Exp. N° 0050-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 06 de Junio de 2006).

Exp. N° 3330-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 1 de Agosto de 2005).

Sentencia 11/1981 (Tribunal Constitucional España 8 de Abril de 1981).

Sentencia 120/1990 (Tribunal Constitucional España 27 de Junio de 1990).

Sentencia 154/2002 (Tribunal Constitucional España 18 de Junio de 2002).

Sentencia 171/1990 (Tribunal Constitucional España 12 de Noviembre de 1990).

Sentencia 25/1981 (Tribunal Constitucional España 13 de Agosto de 1981).

Sentencia 320/1994 (Tribunal Constitucional de España 28 de Diciembre de 1994).

Sentencia 66/1995 (Tribunal Constitucional España 8 de Mayo de 1995).

Tribunal Constitucional español. (2013). *Conferencia trilateral España, Italia , Portugal*.
Roma.