

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica

Los Principios en el Derecho

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Argumentación
Jurídica**

AUTOR

Sixto Joseph Barriga Albis

ASESOR:

José Enrique Sotomayor Trelles

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20184573

AÑO

2019

Los Principios del Derecho

Resumen:

El presente trabajo parte de la situación problemática que representan los principios en el Derecho. Esta situación se origina por la ambigüedad que el mismo término *principios* ya presenta en el lenguaje común u ordinario y que se intensifica en el ámbito del lenguaje jurídico. Nuestro ordenamiento en las diferentes leyes especiales que lo componen recoge, usualmente, en los títulos preliminares una serie de normas denominadas principios, las cuales tienen un carácter orientativo hacia los operadores jurídicos, conteniendo entre otras disposiciones aquellas que permitirán guiar la interpretación de las normas específicas recogidas a lo largo de las leyes. Adicionalmente y con el auge del constitucionalismo, se ha introducido en nuestro ordenamiento a los principios como mandatos de optimización, los cuales son desarrollados esencialmente por Robert Alexy y recogidos por nuestra Constitución, especialmente en su parte dogmática. Estos principios son concebidos como verdaderas normas que contienen un mandato que debe ser optimizado de acuerdo a las posibilidades jurídicas y materiales que presente el caso en concreto. De esta manera, el presente trabajo pretende establecer diferencias entre ambos tipos de principios a fin que el operador cuente con elementos que le permitan saber en qué momento y bajo qué circunstancias utilizar ambos principios, sin incurrir en errores o yerros. De manera indicaria podemos indicar que los principios generales del derecho son concebidos como pautas que orientan la interpretación y aplicación de las normas a los operadores jurídicos, por su parte los principios concebidos como normas son aquellos son considerados como mandatos de optimización normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Palabras Clave: Principio, Regla, Colisión, Proporcionalidad, Ponderación, ley de ponderación, fórmula del peso, ley de colisión.

Contenido

1. Los Principios Generales del Derecho	5
1.1. Reseña histórica sobre el ascenso de los principios en la práctica jurídica	5
1.2. Los Principios como concepto problemático	8
1.3. Los Principios Generales del Derecho	12
1.3.1. Bases ideológicas del concepto	12
1.3.2. El Derecho natural como fundamento del Derecho.....	12
1.3.3. El positivismo	15
1.4. Definición	17
1.5. Naturaleza de los PGD.....	19
1.6. Funciones de los PGD.....	20
2. Teoría de los principios	23
2.1. Los principios como mandatos de optimización.....	24
2.2. Conflictos Normativos	25
2.1.1. Conflicto de reglas:.....	25
2.1.2. Colisión de Principios:	27
2.3. El Principio de Proporcionalidad.....	29
2.3.1. Subprincipio de idoneidad:.....	30
2.3.2. Subprincipio de necesidad:.....	32
2.3.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:	34
2.4. La Ponderación	34
2.4.1. La ley de la ponderación.....	36
2.4.2. La Fórmula del Peso	39
2.4.3. La ley de la colisión:.....	42
2.4.4. Las cargas de la argumentación.....	42

4. Reflexiones finales	43
Bibliografía.....	43



1. Los Principios Generales del Derecho

1.1. Reseña histórica sobre el ascenso de los principios en la práctica jurídica

El 8 de octubre de 1889, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York resolvió uno de los casos más trascendentales para el ámbito de la Teoría del Derecho. Nos referimos al caso *Riggs contra Palmer* o simplemente el caso Elmer, o del nieto asesino. En él se discutió si un nieto (Elmer E. Palmer) que asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer) podía o no heredarle, situación no determinada por el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York. El Tribunal resolvió que Elmer no podía heredar a Francis, basándose en la máxima general y fundamental del *Common Law*: “A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen”.

Sobre la base de este caso, Ronald Dworkin formulará su crítica contra el positivismo jurídico (especialmente en la versión articulada por H.L.A. Hart), señalando que los jueces -al momento de resolver un caso- no se basan solo en las reglas sino que también recurren a determinados principios no positivizados. Esta afirmación fue la que reavivó la discusión sobre relación entre el derecho y la moral y provocó otras nuevas como la diferencia entre reglas y principios, la idoneidad de la ponderación como método o herramienta argumentativa, entre otras. Cabe precisar que hoy en día, la discusión no se centra en establecer si los principios (como los entienden las concepciones no positivistas del derecho) forman o no parte del Derecho, ya que es en algún modo pacífico admitir su inclusión.

La publicación del artículo *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, de Ronald Dworkin, supuso el tránsito de los principios de ser considerados como meros criterios interpretativos o de integración a ser calificados como verdaderas normas jurídicas. En este artículo Dworkin critica a la versión más poderosa del positivismo jurídico, vale decir a la teoría de Herbert Lionel Adolphus Hart; la crítica se centraba en desnudar la incapacidad del positivismo para dar cuenta de la presencia en el Derecho de normas distintas de las reglas

– es decir principios -, circunstancia que devendría en la imposibilidad de comprender el razonamiento que sirve para resolver un caso difícil¹.

Dworkin concibe a las reglas como normas que se aplican del modo todo o nada, vale decir si se cumple el supuesto de hecho y se considera que la regla es válida entonces irremediamente corresponde aceptar la consecuencia, solo es posible una de dos opciones, o se aplica o no se aplica (por ser inválida); a diferencia de las reglas, los principios por sí solos no determinan la solución del caso, ya que solamente aportan razones a favor o en contra de una posición, las cuales necesariamente deberán conjugarse con otras razones. Por tal motivo, un principio puede prevalecer a otro sin que pierda su validez (circunstancia que determina la dimensión del peso de los principios)².

Sin embargo, Dworkin no habría sido el primero en concebir a los principios de esta manera, de manera previa a él ya Josef Esser señalaba que “los principios son aquellas normas que establecen fundamentos para encontrar un determinado mandamiento”. Por su parte, Karl Larenz los definía como “normas de gran relevancia para el ordenamiento jurídico, en la medida en que establecen fundamentos normativos para la interpretación y aplicación del derecho, de los que derivan, directa o indirectamente, normas de comportamiento”; finalmente Canaris indicaba que existen “dos características que alejarían a los principios de las reglas. En primer lugar, el contenido axiológico: los principios, al contrario de las reglas tendrían un contenido axiológico: los principios, al contrario de las reglas, tendrían un contenido axiológico explícito y carecerían, por ello, de reglas para su concreción. En segundo lugar, la existencia del modo de interacción con otras normas: los principios, al contrario de las reglas, recibirían su contenido de sentido tan sólo mediante un proceso dialéctico de complementación y limitación”³

Continuando la idea de plasmada por Dworkin, Robert Alexy señala 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 tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su

¹ Atienza, M., & Ruiz, M. J. (1996). *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel.

² Ávila, H. B., & Criado, S. L. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons. P 34-35

³ Op cit

cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también por las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos” (Alexy 2002:86).

Finalmente, resulta pertinente tener en cuenta como lo señala el profesor Pedro Grández que los principios a partir de Dworkin han atravesado por tres momentos, determinados por el objeto de debate o discusión.

El primer momento, al que denomina de la normatividad, se centra en la reivindicación de su carácter normativo, en este momento se produce la adhesión a los principios como mandamientos morales que obligan a los jueces a tenerlos en consideración al momento de resolver los procesos judiciales.

El segundo momento, el de la identidad, se centra en la discusión sobre las diferencias entre reglas y principios; se individualizan las tesis fuerte y débil de distinciones y la tesis de Ferrajoli o tesis negativa. Estas diferencias serán desarrolladas en los siguientes puntos.

El último momento identificado es el de la fundamentalidad, en el cual se considera a los principios como las normas fundamentales del ordenamiento jurídico, en la medida que no necesitan fundamento y sirven para fundamentar a las demás normas

De manera alternativa a estos debates, podemos plantear una línea de investigación referida esencialmente a determinar si estos principios son los llamados principios generales del derecho o en su caso cuál sería la relación entre ambos conceptos.

Y es que en realidad la presencia de los principios (en términos amplios) en el Derecho no es una novedad, ya que como lo señala Prieto Sanchís “desde la época de la codificación se viene insistiéndose en que el Derecho no es sólo un universo de normas o, al menos, no sólo de esas normas con estilo concluyente propias del Código Penal sino que comprende también principios o principios generales”⁴. Según Moreso y Vilajosana, los principios de manera tradicional se referían a las siguientes preguntas: “a) *en ausencia de ley y costumbre aplicable, ¿los jueces deben recurrir a los principios jurídicos?*, y b) *¿Estos principios jurídicos son parte del Derecho positivo, están implícitos en (o pueden inducirse de) las normas jurídico – positivas?*”⁵.

⁴ Prieto, L. (2013). Sobre Principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. Bogota: Temis.p 13.

⁵ Moreso, J.-J., & Vilajosana, R. J. M. (2004). Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Marcial Pons. P 89

1.2. Los Principios como concepto problemático

Uno de los problemas esenciales a todo el Derecho es su indeterminación lingüística, el cual provoca que en general las disposiciones jurídicas o textos normativos contengan dosis de ambigüedad o vaguedad. Este es un aspecto que no resulta ajeno al concepto de principio. Así, si revisamos el diccionario de la Real Academia de la Lengua veremos que el término principio tiene presente nueve (9) significados distintos⁶.

En el ámbito jurídico, esta indeterminación también es palpable, ya Esser en 1956 nos advertía que tanto la teoría como la jurisprudencia utilizaban términos tales como “*Principios del Derecho*”, *ideas directrices*” o “*pensamientos generales*”, *sin que jamás se haya procedido a un análisis sistemático de su respectivo sentido y alcance, ni se haya intentado siquiera arrojar luz sobre la función y procedencia de los conceptos en ellos expresados*⁷.

Por su parte Genaro Carrió⁸ señalaba que la expresión “*Principios Jurídicos*” podía encontrarse emparentado:

- Con las ideas de parte o ingredientes de algo importante, propiedades fundamental, núcleo básico, característica central.
- Con las ideas de regla, guía, orientación o indicación general.
- Con las ideas de fuente generadora, causa u origen.
- Con las ideas de finalidad, objetivo, propósito o meta.
- Con las ideas de premisa, inalterable punto de partida para el razonamiento, axioma, verdad teórica postulada como evidente, esencia, propiedad definitoria.
- Con las ideas de regla práctica de contenido evidente, verdad ética incuestionable.
- Con las ideas de máxima, aforismo, proverbio, pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.

⁶ <https://dle.rae.es/principio?m=form>

⁷ ESSER, J. (1961). Principio y Norma en la elaboración jurisprudencia del Derecho Privado. Barcelona: Bosch.

⁸ CARRIO, G. (1970). Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Buenos Aires: Abeledo Perrot. P 33-34.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero indicaron que las acepciones más significativas parecen ser las siguientes:

- i. *Principio en el son muy sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. Por ejemplo, el artículo 1091 del Código Civil español, cuando establece que las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al terno de los mismos.*
- ii. *Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, como el artículo 7, apartado 2 del Código civil español: la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.*
- iii. *Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. Por ejemplo, el artículo 51.1 de la Constitución española: los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*
- iv. *Principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinado forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.*
- v. *Principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. Por ejemplo, el artículo 4 del apartado 2 del Código civil: las leyes penales, las excepciones y las de ámbito temporal no se aplicaran a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.*
- vi. *Principio en el sentido de regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Por ejemplo de los primero es el principio de jerarquía normativa. De lo segundo, el principio del legislador racional que, aun sin estar formulado explícitamente*

en nuestro Derecho, es utilizado en numeraciones ocasiones por los juristas teóricos o prácticos⁹.

Atendiendo a esta indeterminación, Jerzy Wróblewski, a partir de una concepción analítica nos indicará que los principios en la lengua jurídica pueden ser de cinco (5) tipos diferentes¹⁰:

Tipo de principio en la práctica judicial	Descripción
Principio positivo del derecho (PJD)	<i>Es una norma del derecho en vigor, una disposición o regla. La calificación de principios sirve para tratar a algunas normas como más importantes que las otras. Son calificadas así las normas que juegan un papel decisivo en la institución jurídica, o en el acto normativo (por ejemplo una ley) o en el sistema jurídico entero. Su importancia reside en la estructura del conjunto de las normas o en las valoraciones acerca de su importancia desde el punto de vista de los valores no relativizados (puros o primarios) o relativizados (sistémicos, instrumentales, condicionales).</i>
Principio implícito del derecho (PJI)	<i>Este principio es una regla que es considerada premisa o consecuencia de normas. En el primer caso, se llega a las premisas de las normas por un razonamiento reductivo. En el segundo, sin embargo, a través de una deducción. Para aceptar este concepto es necesario admitir lo siguiente: a) hay reglas de razonamiento a partir de las cuales se pueden formular las premisas o las consecuencias de normas en vigor y controlar si están justificadas o</i>

⁹ Atienza, M., & Ruiz, M. J. (1996). Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Editorial Ariel. P 3-4.

¹⁰ Wróblewski, J. (2013). Sentido y hecho en el derecho. Lima: Grijley. p 208-2012.

	<p>no; b) el concepto de sistema de derecho contiene las premisas y las consecuencias que se derivan de las normas y las trata como válidas.</p> <p>La hipótesis a) plantea el problema de si los PJI son normas del derecho (razonamiento correcto, estamos ante un PJI) o reglas extrasistémicas (razonamiento incorrecto estamos ante un PJE).</p>
Principio extrasistémico del derecho (PJE)	<p>Es una regla no contenida en el sistema de derecho, es mejor calificarlos como postulados del derecho.</p> <p>Proviene del derecho comparado (se formulan los principios propios de los tipos o familias del derecho) o de reglas sociales aceptadas por la práctica judicial (principios extrasistémicos simples, extraídos de la moral, las costumbres, el derecho natural, la política, etc). Para hablar de este tipo de principios es naturalmente necesario el concepto de sistema del derecho, pues éste será el que determine las reglas que pertenecen al sistema como normas en vigor.</p>
Principio – nombre del derecho (PJI)	<p>Son los nombres que caracterizan los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas o la línea general de regulación del derecho. Son los nombres que caracterizan al conjunto de normas, pero no son reglas de comportamiento, aunque a veces se les considere como fuentes en la interpretación jurídica, de donde proviene su significación normativa. Como nombres, son antes que nada instrumentos de descripción del derecho en vigor, pero que tienen una importancia normativa. El principio de libertad contractual, la verdad objetiva, la buena fe etc.</p>

Principio – construcción del derecho (PJC)	<p><i>El caso paradigmático es la construcción del legislador racional o perfecto. Esta construcción sirve de fuente para varios procederes de la práctica y de la ciencia del derecho. Las características del legislador, tales como coherencia, competencia lingüística, creación de normas praxeológicamente justificadas, influyen en la interpretación jurídica. No son reglas, son las construcciones que determinan la argumentación jurídica. La fórmula tradicional de la interpretación jurídica que invoca la voluntad del legislador como principio para zanjar las dudas.</i></p>
--	---

Es precisamente esta indeterminación la que provoca que los operadores jurídicos utilicen de manera indistinta la frase “*principios jurídicos*”, razón por la cual resulta relevante al menos individualizar a qué acepción nos referimos cuando utilizamos los “*principios generales del derecho*”.

1.3. Los Principios Generales del Derecho

1.3.1. Bases ideológicas del concepto

Como la mayor parte de las instituciones o conceptos jurídicos vinculados al ámbito de la Teoría General del Derecho, sus bases ideológicas se encontrarán fuertemente vinculadas al fundamento del Derecho a lo largo de la historia. Esencialmente son dos grandes corrientes filosóficas e ideológicas las que se han ocupado de este tema, el iusnaturalismo y el positivismo, razón por la cual, la aproximación a este desarrollo se realizará a la luz de estas concepciones.

1.3.2. El Derecho natural como fundamento del Derecho

Esta concepción del Derecho prevaleció hasta el siglo XIX, siendo que históricamente se sustentó en tres distintas bases, en un primer período su origen se remitió a la filosofía de la época clásica (Aristóteles o Cicerón), posteriormente se

sustentará en las bases teológicas desarrolladas por San Agustín de Hipona y Santo Tomas de Aquino¹¹; y, finalmente, se fundamentará en la razón humana (Grocio, Locke, entre otros). La característica común de estas corrientes es la afirmación que el derecho vale y obliga, no porque lo haya creado el legislador o tenga su origen en alguna fuente formal, sino en la bondad o justicia intrínseca de su contenido (GARCÍA 1993: 110).

En esencia el iusnaturalismo determina que el derecho positivo debe adecuarse a la moral. Así Tomás de Aquino nos dirá que:

(...) las normas positivas pueden proceder del Derecho natural de dos modos: a) o bien por derivación lógica de los principios del Derecho natural, per modum conclusiones, b) o bien por medio de una especificación de dichos principios, per modum determinationis. Un ejemplo del primer caso puede ser el siguiente: Se debe cumplir lo estipulado por los contratos de compraventa es una consecuencia lógica del principio se deben cumplir las promesas bajo el supuesto de que los contratos son un tipo de promesas. Un ejemplo del segundo caso es el siguiente: la norma expresada por Se debe circular a una velocidad inferior a los 120 km por hora en las autopistas no se deriva lógicamente del principio se debe conducir de modo tal que se reduzca al máximo la probabilidad de causar daños a terceros, pero especifica un modo de cumplir con dicho principio (MORESO & VILAJOSANA 2004: 193-194).

De igual manera resulta relevante tener en consideración que el autor alemán Bernd Ruthers nos dirá que:

El derecho natural es un derecho superior y por ello tiene respuestas para todas nuestras interrogantes, adoptando una postura crítica respecto al derecho positivista y satisfaciendo así nuestras necesidades de un derecho justo, en el cual nuestra conciencia jurídica experimente el sentimiento inmediato y evidente de lo que es la justicia y la injusticia. Es un derecho en sentido

¹¹ Usualmente se asocia a esta concepción el lema que una “ley injusta no es ley”, el cual se atribuye a Tomás de Aquino. Al respecto, Brian Bix nos precisa que “sostener que leyes injustas no son realmente leyes puede ser solamente para apuntar que no poseen la misma fuerza moral u ofrecen las mismas razones para la acción que las leyes consistentes con la ley superior,... Hay, a menudo, razones morales para obedecer una ley aunque sea injusta. Si la ley es parte de un sistema jurídico en su mayoría justo, y la desobediencia pública de la ley puede socavar el sistema, hay una razón moral para, al menos, un mínimo cumplimiento público de la ley injusta. Hay una raíz de esta posición en Tomás de Aquino, él establece que un ciudadano no está obligado a obedecer una ley que impone una carga injusta en sus sujetos...excepto quizás en función de evitar escándalos o disturbios. Bix, B., & Navarro, P. E. (2006). Teoría del derecho: Ambición y límites. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Pp 40.

supremo. Se encuentra por encima de cualquier ordenamiento positivo y constituye su modelo y su conciencia, siendo el monarca de toda ley, la norma por sobre todas las normas. (RUTHERS 2018: 212).

De esta manera si independientemente del matiz de cada una de las distintas ideas del iusnaturalismo tenemos que el Derecho natural es concebido como el conjunto de verdades eternas, inmutables, universales y permanentes, entonces tenemos que los principios que integran ese Derecho compartirán las mismas características. Adicionalmente, tendrán la condición de ser la base última de toda el Derecho positivo que pueda ser creado o elaborado por los seres humanos.

El inicio de la codificación europea, desarrollada bajo el influjo del Derecho natural racionalista, puso especial énfasis en el hecho que los jueces no debían abstenerse de resolver un caso por insuficiencia de la ley. Bajo esta idea, el Código Civil austríaco de 1811 hizo referencia por primera vez a los Principios como fuente supletoria de la ley. Según este Código sino se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decide por la ley en los casos análogos y en los fundamentos de otras leyes semejantes. Si resultare aún dudoso el caso, se decidirá de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales (DIEZ PICAZO & GULLON 1997:138).

De igual manera el Código civil de los Estados Sardos, recoge una solución normativa similar, con la única diferencia que en lugar de mencionar a los *principios jurídicos naturales* mencionará a los *principios generales del Derecho*. Sin embargo, como mencionara Del Vecchio, en ambos casos y aun a pesar de la distinta redacción, no cabe duda que existe una remisión al Derecho natural.

Ahora bien, estos principios generales a los que se hacen referencia, como menciona Del Vecchio, tendrán la característica de ser universales y no particulares o propios de cada ordenamiento nacional.

(...) claramente se refería a las verdades supremas del derecho in genere, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanas, son virtualmente comunes a todos los pueblos. La afirmación de que los principios generales del Derecho son válidos solamente para cada pueblo particular, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una contradictio in adjecto, no corresponde ciertamente a la creencia en un ratio iuris de carácter universal que, desde los romanos acá, dígase lo que se quiera en contrario, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y, sin duda, inspiró también a los autores del Código vigente (DEL VECCHIO 2006: 40-41).

Consecuentemente, bajo esta lógica los Principios Generales del Derecho no se encontrarán circunscritos a un determinado cuerpo normativo o incluso ordenamiento jurídico, sino que serán consustanciales a todos los ordenamientos jurídicos, consecuentemente el intérprete se encontraría habilitado a buscar soluciones, fuera de su marco normativo originario e incluso fuera del Derecho mismo.

1.3.3. El positivismo

De acuerdo con Wilfrid Waluchow la mayor parte de los defensores del positivismo coinciden en afirmar que *el derecho, como producto de actividades humanas, dirigido más o menos exitosamente hacia una multiplicidad de fines humanos, de los cuales sólo algunos son moralmente dignos de alabanza, es moralmente falible, ..., el dictado de una ley no es como una expresión de gratitud o un acto de caridad; no es necesariamente algo moralmente bueno, y quien reclama por un derecho jurídico no expresa necesariamente, ni incluso intenta expresar, un reclamo por un derecho o un deber moral*" (Waluchow 2007:96).

Desde una visión histórica, Rafael de Asís nos indica que puede hablarse de cinco momentos en la historia de esta corriente: a) asunción del dogma de la omnipotencia del legislador, b) la crítica al Derecho natural, c) el movimiento en favor de la codificación, d) el abandono del Derecho natural; y, e) la escuela de exégesis. De estos momentos, señala el autor, los relevantes son los referidos a la creación del

Derecho (dogma de la omnipotencia del legislador), su concepción (la codificación supone al Derecho como un Ordenamiento) y su interpretación (la escuela de la exegesis destacará como único método el lógico racional)¹².

Por su parte Ruthers nos menciona que una de las tesis de las que históricamente parte el positivismo jurídico es que *en el proceso de emitir las normas, el legislador no está atado a ningún principio jurídico material, a ningún valor básico y a ningún principio ético superior. El control de contenido de las leyes estatales, basado en una justicia material, es imposible llevar a cabo (RUTHERS 2018: 239).*

En cuanto a la consideración de los Principios Generales del Derecho, el Código Civil de Napoleón representaría su máximo exponente, ya que a diferencia del Código Civil austríaco que autorizaba el uso de los *principios jurídicos naturales*, éste solo prohibía al juez que rehúse a juzgar por silencio, oscuridad o deficiencia de la ley. Esta particular situación, señala Bobbio, determina que:

“(...) En el caso del silencio (y también de la insuficiencia) de la ley, el problema fundamental es éste: el juez, que necesita una regla para suplir (o integrar) la ley, ¿debe buscarla en el interior del mismo sistema legislativo (recurriendo a la aplicación analógica o a los principios generales del Ordenamiento jurídico) o fuera de él, obteniéndola de un juicio personal de equidad (lo que significa: recurrir a un sistema normativo – el moral o el del Derecho natural distinto del sistema del Derecho positivo)?, ..., la solución asumida por el positivismo jurídico en sentido estricto es la primera: el dogma de la omnipotencia del legislador implica, de hecho, que el juez debe siempre encontrar en el interior de la ley la respuesta a todos los problemas jurídicos, en cuanto que en ella están contenidos los principios que, por medio de la interpretación, permiten identificar una disciplina jurídica por medio de la interpretación. El dogma de la omnipotencia del legislador implica, por tanto, otro dogma estrechamente

¹² Véase la Introducción realizada por Rafael de Asis Roig a “El Positivismo Jurídico” en Bobbio, N. (1993). El positivismo jurídico. Madrid: Debate. P 13.

conectado al primero, que es el de la plenitud del Ordenamiento jurídico (...)”
(BOBBIO 1993: 89).

De esta manera, como precisa Puig Brutau, se arraiga la idea que no existen principios generales del Derecho universales como propugna el iusnaturalismo, sino que estos se encuentran acotados al ordenamiento jurídico de cada país y por tanto solo pueden aplicarse aquellos propios del Derecho positivo. Así, estos principios se obtendrían a partir de sucesivas abstracciones del conjunto de normas contenidas en el ordenamiento (1981: 233).

1.4. Definición

José María Díaz Couselo indica que *los principios son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria*¹³.

Por su parte García Amigo nos señala que *son las líneas directrices, las líneas fundamentales, los hilos conductores que dan sistema al conjunto de instituciones que integran el Derecho privado o, en sentido más amplio, el total del ordenamiento jurídico*¹⁴.

Desde una concepción axiológica, Díez – Picazo y Gullón manifiestan que

“(...) la sustancia de los principios generales del Derecho consiste en que constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización y convivencia, ..., [así] para que una norma constituye un auténtico principio general del Derecho basta su arraigo como norma fundamental en la conciencia social. Por otra parte, los principios generales son informadores del ordenamiento jurídico en mayor o menor medida, pues si todo él reposa en un

¹³ DIAZ, J. (1971). Los Principios Generales del Derecho. Buenos Aires: Plus Ultra. p 75.

¹⁴ García, A. M. (1979). Instituciones de derecho civil. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. p 175

sistema de creencias y convicciones del grupo humano al que afecta, es evidente la interrelación entre principios y ordenamiento. De ahí que aquellos pueden estar acogidos de una manera expresa en el texto de las leyes positivas o implícitos en la normativa concreta de las instituciones”¹⁵.

En esta misma línea, Margarita Beladiez Rojo indica que *una vez que en una determinada sociedad se ha consolidado la idea de que la soberanía reside en el pueblo, parece lógico que el Derecho se fundamente en sus convicciones jurídicas, pues es de la comunidad de donde surge todo el poder jurídico. Los principios jurídicos serán así los valores jurídicos propios de esa sociedad*¹⁶.

Desde una posición positivista, Manuel Albaladejo postula que *son las ideas fundamentales que informan nuestro Derecho positivo contenido en leyes y costumbres y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro Ordenamiento jurídico.*

De lo indicado por los autores citados tenemos que una característica común es que los Principios Generales del Derecho constituyen el fundamento del Derecho, de un ordenamiento jurídico o de alguna disciplina jurídica específica. La necesidad de encontrarse positivizados o no dependerá de la concepción que cada operador jurídico. Sin embargo, en el caso que los principios no se encuentren positivizados y se considere que los mismos provienen del Derecho natural o de moral, al momento de aplicarlos deberá existir consistencia entre los principios naturales y los positivos. Como señala Del Vecchio *este requisito se funda esencialmente en la naturaleza del sistema jurídico, el cual debe constituir un todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura – no ambigua y menos aún contradictoria – para toda posible relación de convivencia*¹⁷.

¹⁵ Díez-Picazo, L., & Gullón, B. A. (1997). Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos. p 156.

¹⁶ Beladiez, R. M., & García, . E. E. (2010). Los principios jurídicos. Madrid: Civitas. Pp 37-38.

¹⁷ Del, V. G., Ossorio, M. J., & Clemente, . D. L. (1979). Los principios generales del derecho. Barcelona: Ara Editores. p 53.

1.5. Naturaleza de los PGD

En cuanto a este tópico, esencialmente son dos los aspectos más relevantes, el primer relativo a como se obtienen estos principios (problema de procedencia) y el segundo si son considerados normas jurídicas o no (problema de vinculatoriedad).

En cuanto al primer aspecto, Díez – Picazo apelando a las concepciones positivistas y iusnaturalistas, indica lo siguiente:

- Visión positivista, se obtienen por vía de sucesivas abstracciones, del conjunto de normas particulares; de esta manera las normas jurídicas se inspiran en ellos, constituyendo de esta manera los antecedentes del ordenamiento jurídico, en los cuales se ha inspirado el legislador¹⁸. Esta visión es compartida por Puig Brutau quien nos indica que la manera de obtener los principios es a través de la inducción, vale decir partiendo de los casos individuales hasta llegar a la generalización, ya que en un primer momento (momento cero) no se tiene conocimiento de la existencia del principio. Es posible inferir que para esta concepción o posición los PGD resultarían preexistentes a la construcción del ordenamiento, ya que solo nos podemos inspirar en algo que conocemos, por tanto el legislador solo realizaría concreciones de dichos PGD. En ese sentido, si resultan preexistentes no resultaría necesario realizar abstracciones o generalizaciones para encontrarlos, sino indagar en la presunta voluntad del legislador. Ahora bien, asumir que por vía de abstracciones se puede llegar a determinar cuáles son los PGD resultaría partir de la idea que el ordenamiento posee una racionalidad y logicidad innata (que incluso podría no provenir del legislador) que hay que descubrir. Esta racionalidad provendría de la interacción de los distintos legisladores e incluso de los operadores del derecho que son quienes en la creación, interpretación o aplicación de las leyes, las van dotando de un determinado sentido, siendo ese sentido o finalidad el que será reconstruido posteriormente a través de las abstracciones.
- Visión iusnaturalista: Díez – Picazo nos indica que *los principios generales del derecho equivalen a normas del derecho natural. Son normas que no tienen formulación positiva ni sanción estatal, pero que poseen innegable*

¹⁸ Díez-Picazo, L., & Gullón, B. A. (1997). Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos. Pp 139

*vigencia, validez y obligatoriedad por formar parte de un sistema superior e ideal, al que de aquella manera se le denomina. El derecho positivo tiene como misión la determinación y concreción de aquel derecho natural, que es el iustum*¹⁹. El autor crítica esta postura indicando que junto a las reglas del Derecho natural también juegan otras reglas, por ejemplo aquellos que nacen de las ideologías liberales o socialistas, así como la tradición jurídica que siga un determinado ordenamiento; esta circunstancia también se complejiza con las variadas corrientes iusnaturalistas.

El segundo aspecto (problema de vinculatoriedad) se refiere a si los PGD pueden o no considerarse como normas jurídicas vinculantes. Si partimos del hecho que estos principios son considerados (incluso por algunas positivistas) como fundamentos del ordenamiento jurídico, entonces la discusión no tendría mucho sentido. Sin embargo, el debate²⁰ se debe a la estructura que tienen estos principios, así se parte de la idea que las normas jurídicas deben estar construidas por un supuesto de hecho y una consecuencia, de tal manera que aquellos dispositivos que no cumplan con dicha esquema no serían normas jurídicas. Esta postura no tiene en consideración que no todas las normas tienen esa estructura, ya que por ejemplo los derechos fundamentales descritos en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, a pesar que no tienen esa estructura, nadie dudaría de su vinculatoriedad. Por consiguiente, dado que el argumento que refuta la vinculatoriedad de los PGD no resulta sólido, entonces queda admitir que son verdaderas normas jurídicas.

1.6. Funciones de los PGD

La doctrina de manera consensuada reconoce la existencia de tres (3) funciones de estos principios²¹:

- a) Función de fundamentar el Derecho, constituyen el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Son desde este punto de vista las bases últimas de todo

¹⁹ Op cit 139.

²⁰ ²⁰ Beladiez, R. M., & García, . E. E. (2010). Los principios jurídicos. Madrid: Civitas. Pp 101 – 127.

²¹ Díez-Picazo, L., & Gullón, B. A. (1997). Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos. Pp 137 – 146

el Derecho positivo. Son ellos los que convierten al ordenamiento jurídico de conjunto inorgánico en unidad vital.

- b) Función interpretativa, supone que los operadores jurídicos al momento de atribuir significado a un determinado texto normativo, deberán tener en consideración los valores del ordenamiento contenidos en el principios. De tal manera que entre las diferentes alternativas interpretativas se pueda elegir a aquella que resulte coherente con dichos valores.
- c) Función integradora, esta es la función primigenia que se asignó a los PGD. Así los principios resultaran una suerte de fuente del Derecho que sería aplicable en los casos en los cuales ni la ley ni la costumbre regulen un determinado supuesto de hecho. Esta función además permite determinar que los PGD constituirían el cierre del sistema, ya que en atención a la plenitud del ordenamiento jurídico, toda controversia jurídica debe ser resuelta.

Nuestro ordenamiento de manera palpable recoge la función integradora. Así, el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú señala que en caso de vacío o deficiencia de la ley deben aplicarse los principios generales del derecho. De la misma manera el artículo VIII del Código Civil señala que frente al vacío o deficiencia deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano. De esta manera corresponderá verificar en cada uno de las disciplinas cuáles son los principios específicos que resultarían aplicables en caso de estar frente a una laguna normativa. Así, por ejemplo en el ámbito administrativo, el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo N° 004-2019-JUS – (TUO de la LPAG) recoge un total de 19 principios generales, los cuales serán de aplicación para construir una consecuencia a un supuesto no regulado.

De igual manera, en nuestro ordenamiento también resulta aplicable la función interpretativa. Así, por ejemplo – y nuevamente en el ámbito administrativo – el principio de informalismo (numeral 1.6 del artículo IV del TUO de la LPAG) ordena que las normas del procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados. En el ámbito

laboral existe el principio de indubio pro operario (inciso 3 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú) el cual prescribe que debe existir una interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma. En el marco de la protección a los niños y adolescentes, el artículo IX del Código de Niños y Adolescentes señala que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. En el ámbito del Derecho Civil, el artículo 1362 del Código Civil determina que Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Como podemos apreciar todos estos principios contenidos en diferentes normas de nuestro ordenamiento, por sí mismos no constituyen normas de conducta, sino que prescriben cómo deben ser interpretadas otras normas bajo determinados contextos problemáticos.

Ahora bien, conforme se puede inferir estos Principios Generales del Derecho, constituyen de manera esencial normas que orientan a los operadores jurídicos sobre cómo interpretar otras normas (reglas de conducta), qué hacer frente a una laguna normativa y cuál es el fundamento de las reglas, existen otros principios que no presentan estas características, sino que por el contrario contienen mandatos hacia las personas, al Estado y a la sociedad para que actúen de una determinada manera. Estos principios serán analizados, esencialmente, desde la óptica de la teoría desarrollada por Robert Alexy.

2. Teoría de los principios

En esta teoría, bajo la concepción de Alexy, se establece que las normas de derecho fundamental prescriben un deber ser que se puede materializar a través de los operadores deónticos de mandato, permiso y prohibición²², distinguiéndose entre reglas y principios; *esta distinción representa la base de la teoría de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales*²³ (ya que sin ella no es posible establecer límites a los derechos fundamentales ni proponer una solución a su colisión).

Ahora bien, cómo podemos saber si nos encontramos frente a una norma tipo regla o tipo principio, al respecto la doctrina se han formulado diferentes criterios de distinción, siendo que Martínez Zorrilla²⁴ los sintetiza en los siguientes:

- a) Según el nivel de abstracción, generalidad o vaguedad de la norma, se señala que los principios gozan de estas características, mientras que las reglas serían reglas más precisas o específicas; con relación a este criterio debemos señalar que el mismo se limitaría al caso de reglas infraconstitucionales, sin embargo teniendo en consideración que la Constitución no solo contiene principios, sino también reglas, entonces podemos predicar que dichas características son compartidas por ambas normas.
- b) Según el grado de importancia de la norma, se sustenta en la premisa que los principios serían las normas fundamentales del sistema jurídico, empero ello implicaría que los principios serían jerárquicamente superiores a las reglas, con lo cual nos encontraríamos nuevamente en la situación anterior, ya que la Constitución contiene tanto principios como reglas, por tanto este criterio esencialmente es uno de tipo valorativo y esencialmente ideológico.
- c) Según el carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación, el propio autor, en atención a la derrotabilidad de las reglas indica que dado que un principio

²² Estos operadores se denotan a través de las letras O, P y F, derivadas de las iniciales de las palabras inglesas, ought (mandato), permitted (permiso) y forbidden (prohibición).

²³ Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* (Carlos Bernal Pulido, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p 81.

²⁴ Martínez, D. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. Madrid: Marcial Pons. pp. 140-144

puede constituir una excepción a una regla y por el carácter abierto de los principios, entonces la regla derrotada también tendría carácter abierto.

- d) Principios como normas categóricas, este criterio deviene de la contraposición con las normas condicionales (requieren un supuesto de hecho), identificando a estas con las reglas, sin embargo también cabe la posibilidad que existan reglas categóricas, así por ejemplo tenemos el artículo 43 de la Constitución Política del Estado, que determina que el Estado es uno e indivisible (nos encontramos frente a una regla por cuanto la misma solo permite su cumplimiento o incumplimiento, mas no su cumplimiento gradual y es categórica por cuanto no tiene un supuesto de hecho para ser aplicada).
- e) Principios como mandatos de optimización, el autor señala que un principio establecería un ideal o modelo al que hay que acercarse en la medida posible; este es desarrollado Robert Alexy y es en base al cuál se realizará el presente análisis.

2.1. Los principios como mandatos de optimización

Alexy define a los principios como las *normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*²⁵, vale decir que en este tipo de norma no hay un comportamiento estándar o predefinido que deba aplicarse para toda situación, sino que el deber ser deberá materializarse en atención a un caso en concreto (posibilidades reales) y por aquellas normas que se le opongan (posibilidades jurídicas); siendo que las reglas se diferencian en el extremo que son normas que exigen un cumplimiento pleno, vale decir de ser cumplidas o no, no cabe la posibilidad que una regla sea cumplido en forma gradual.

Sobre esta concepción, Martínez indica que la misma funciona *muy bien para aquellas normas que establecen las directrices básicas en materia de política social y económica, ya que tienen que ser concretados en medidas legislativas específicas y pueden ser satisfechos en distinto grado, no parece en cambio ajustarse bien a otra categoría muy importante de los principios, como son los derechos fundamentales*²⁶,

²⁵ Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. p 86.

²⁶ Martínez, D. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. p 144.

al respecto debemos tener en consideración que este autor al realizar la comparación con las políticas²⁷ sociales y económicas, está pensando en el desarrollo concreto de los deberes que la Constitución Política impone a un Estado para con su sociedad, el mismo que lógicamente se realizará en forma progresiva de conformidad con las posibilidades – esencialmente – fácticas del propio Estado, con lo cual en relación a los derechos fundamentales serían las acciones concretas que adoptaría el Estado para su respeto y garantía, sin embargo esta no es la idea que Alexy preconiza, ya que la misma se refiere a la forma de cumplimiento de una determinada norma en un caso en concreto, por consiguiente la crítica esbozada no resulta adecuada para no considerar a los principios como mandatos de optimización.

Ahora bien, podemos señalar que los principios serían aquellas normas que reconocen y protegen derechos fundamentales, ciertas garantías como la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la irretroactividad de las normas, o los preceptos constitucionales que guían las políticas socioeconómicas (protección de salud, promoción del empleo, etc), vale decir bienes colectivos.

2.2. Conflictos Normativos

Atendiendo a la naturaleza de las normas antes señaladas (reglas y principios), se van a producir distintas formas o maneras de solucionar los conflictos normativos.

2.1.1. Conflicto de reglas:

Teniendo en consideración que las reglas son normas que exigen un cumplimiento de todo o nada, el conflicto se va a producir cuando a un mismo hecho o circunstancia fáctica corresponda aplicarse 2 normas que prescriben cada una un “deber ser” opuesto, de tal forma que el cumplimiento de una implicará necesariamente el incumplimiento de la otra, de esta forma una norma mandaría hacer algo que otra lo prohíbe, o permite no hacer lo que otra ordena, siendo que bajo cualquier circunstancia el destinatario de las normas incurriría en un comportamiento ilegal²⁸.

²⁷ Debemos comprender que se refiere a las políticas públicas que son un conjunto de acciones y decisiones encaminadas a solucionar problemas propios de las comunidades y que implican un proceso que comprende cuatro etapas principales: 1) Identificación de la situación, 2) diseño, 3) ejecución, y 4) seguimiento y evaluación; siendo que por tal motivo señalaría que las políticas pueden ser satisfechas en distintos grados.

²⁸ Las antinomias pueden ser clasificadas como: a) total – total, cuando el supuesto de hecho regulado en ambas normas es idéntico, b) total – parcial, en este caso el supuesto de hecho de una de las normas está incluido pero

Frente a esta irregular situación, existen dos formas de solución: a) introducir una cláusula de excepción en alguna de las reglas que elimine el conflicto y b) declarar a alguna de las reglas como inválida – al menos para el caso en concreto –.

La primera de las alternativas es conocida como la derrotabilidad de las normas (reglas), a través de la cual *las reglas dejan de ser tomadas como razones excluyentes en la base de la deliberación judicial*²⁹, por cuanto el caso está fuera del alcance de una regla dado que las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tal caso (por ejemplo la regla de no ingresar vehículos a un parque público, pretende proteger la integridad y tranquilidad de las personas que concurren al mismo, sin embargo a efectos de brindar mantenimiento al parque en horas en las que no está abierto al público, estaría permitido su ingreso)³⁰ y en consecuencia se produce la introducción de una excepción en la regla, de tal forma que la misma sigue siendo válida; asimismo corresponde hacer la precisión que resulta imposible conocer a priori todas las excepciones que pueden ser introducidas en una regla, ya que el legislador no puede preverlas.

La segunda de las alternativas está determinada por la aplicación de los criterios tradicionales: a) jerarquía, b) especialidad, c) temporalidad y d) competencia; con respecto a ellos, el Tribunal Constitucional en la STC 00025-2010-AI/TC f. 11-12, determinó que la aplicación de los criterios de especialidad y temporalidad no está asociada en calidad de potestas a ningún órgano del Estado en particular, siendo que en cualquiera de estos casos, cualquier órgano o sujeto de aplicación del derecho puede determinar la inaplicabilidad de la norma, no requiriendo que se le reconozca una competencia jurídica-estatal para ello.

Sin embargo no sucedería lo mismo cuando la antinomia deba ser resuelta apelándose al principio de jerarquía o el de competencia, ya que dada la gravedad de los efectos que ocasionan una declaración de invalidez en el ordenamiento

no es idéntico al supuesto de la otra norma y c) parcial – parcial, aquí alguno de los supuestos de una norma también son regulados por la otra, pero existen otros regulados por ambas normas que resultan compatibles.

²⁹ Ródenas, A. (2015, noviembre 19). *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas*. Doxa, 24, pp. 51-83

³⁰ Para un mayor análisis sobre los aspectos que presenta la derrotabilidad de las normas, cfr. Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra. pp 126 – 132.

jurídico, la solución de conflictos normativos bajo tales principios está sujeto a una reserva de jurisdicción, pues sólo pueden ser resueltas por órganos jurisdiccionales

2.1.2. Colisión de Principios:

En tanto que las reglas pueden entrar en conflicto de manera abstracta y de hecho es factible verificarlos a priori, los principios únicamente colisionan en el caso en concreto.

Sin embargo esta afirmación no es del todo pacífica a nivel doctrinario, así tenemos que el profesor Guastini señala que *no existe impedimento teórico alguno para que puedan plantearse auténticas antinomias o inconsistencias lógicas entre principios*³¹, de igual forma Martínez hace mención a una categoría intermedia entre las inconsistencias lógicas del sistema (antinomias) y los conflictos derivados de circunstancias empíricas, denominado a esta categoría como *antinomias contextuales y se producen cuando una misma acción o comportamiento individual es simultáneamente subsumible en dos (o más) acciones genéricas que están deónticamente modalizadas de modo incompatible (facultativo-obligatorio, facultativo-prohibido, obligatorio-prohibido)*³², a efectos de corroborar lo señalado, el autor italiano nos da el siguiente ejemplo: consideremos una constitución que establece un principio P₁: “Los ciudadanos están obligados a pagar impuestos” y otro principio P₂: “Los parados estarán excluidos del pago de impuestos mientras dure su situación de desocupación”, así cuando se trate de ciudadanos desocupados, estarán simultáneamente obligados y eximidos de pagar impuestos, configurándose una antinomia parcial de toda regla entre P₁ y P₂; con relación a este ejemplo debemos indicar que por principio debemos tener en consideración que no nos encontramos frente a principios sino ante una regla y una excepción, así el P₁ es una regla determinada por el hecho que todo ciudadano está obligado a pagar impuesto, con lo cual liminarmente dicha prescripción se cumple o no, no existe la posibilidad que el cumplimiento se realice en forma progresiva y variable de caso en caso, mientras que P₂ se

³¹ Citado por David Martínez Zorrilla en Martínez, D. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. p 146.

³² Martínez, D. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. p 148.

configura en una excepción a la regla, atendiendo a que si no obtienes ganancias o renta no existe la posibilidad de pago de impuestos, evitándose de esta forma costos innecesarios para la administración como para la ciudadanía (o alguna otra razón legítima que haya determinado el legislador).

Ahora bien, teniendo en consideración la abstracción y generalidad de los ámbitos normativos de los principios, resulta sencillo que los mismos en un caso en concreto colisionen entre sí, en cuyo caso y teniendo en consideración que los principios no pueden ser declarados inválidos y tampoco son derrotables y que exigen su optimización, nos encontramos que el derecho no puede tutelar al mismo tiempo a los principios en colisión, pero tampoco puede permitirse arribar a una conclusión arbitraria, por lo cual en atención a las particulares circunstancias del caso en concreto la intervención será en algunos casos el sacrificio de un principio a costa del otro o el retroceso de ambos a fin de lograr un equilibrio recíproco.

En este orden de ideas y en relación a la colisión de derechos fundamentales (que son un tipo de principios), *la doctrina del TC [español] señala que cuando nos hallemos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental ha de aplicarse una suerte de concordancia práctica, aunque el TC no asuma por lo general esta designación explícitamente, lo que significa que no necesariamente y en todo caso ha de prevalecer el ejercicio de un derecho fundamental sobre el del otro, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre las libertades fundamentales colisionantes. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante*³³.

Ahora bien, atendiendo a que en una colisión de principios tenemos al menos dos principios que pugnan por ser optimizados, vale decir que sean cumplidos en la mayor medida posible en atención a las posibilidades fácticas y jurídicas, es necesario señalar que dicha optimización se realiza a través del principio de

³³ Brage, J. (2004). *Los límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. p. 413.

proporcionalidad, por medio del cual se logra un equilibrio entre los principios en pugna, evitando de esta forma que alguno sea sacrificado en forma absoluta.

A continuación, se procederá a analizar la forma como deben resolverse los conflictos de los principios – concebidos como normas de optimización, más no como principios generales del derecho –.

2.3. El Principio de Proporcionalidad

El principal papel que desempeña este principio es el de *criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para los poderes públicos*³⁴, encontrándose intrínsecamente vinculado las restricciones o intervenciones sobre los derechos fundamentales, siendo que para evaluar la razonabilidad de las mismas, es necesario evaluarlas por medio de tres subprincipios: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Este principio de proporcionalidad, como lo señala Alexy³⁵ se encuentra implicado por el carácter *prima facie* de los principios, siendo que sus subprincipios también derivan de dicho carácter, así tenemos que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se desprende las posibilidades jurídicas, en el extremo que al existir principios contrapuestos, será necesario realizar una relación de precedencia entre los principios colindantes en atención al mayor peso que del caso en concreto, tenga un principio respecto del otro (de tal forma que la optimización de un principio dependerá del mayor o menor grado de afectación o limitación del otro). Con relación a los subprincipios de necesidad e idoneidad, dado que los mismos se refieren a la evaluación de los medios fácticos concretos elegidos para la limitación o restricción de los principios, se refieren a las posibilidades fácticas de optimización.

Teniendo en consideración que donde sea que haya sido introducido el test de proporcionalidad, tiene la misma estructura básica de dos etapas, la primera destinada a establecer que un derecho ha sido infringido por una acción estatal y la segunda destinada a

³⁴ Bernal, C. (2013). Principio de Proporcionalidad. En Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo Tomo V. (437 - 447). Lima: Ara Editores. p.437.

³⁵ Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. p 111-115

que el estado demuestre que persigue un fin legítimo y que la intervención era proporcional, el test se subdivide en 3 subprincipios.

2.3.1. Subprincipio de idoneidad:

A través de este subprincipio se debe verificar que el medio elegido para la intervención logre un fin constitucionalmente legítimo; de esta manera se puede señalar que existen dos elementos a analizar: i) legitimidad constitucional del fin y ii) adecuación entre el medio elegido y dicho fin.

Al respecto Robert Alexy señala que este subprincipio “*tiene el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos. Por esta razón, es compatible con la idea de orden marco. Como elemento de un orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo*”³⁶; asimismo indica que “*si el medio M no es idóneo para lograr la realización u obtención del principio P1, y sin embargo obstruye la realización de P2, entonces no perjudicará ni a P1 ni a P2 el hecho de que M sea omitido, aunque sí existirían perjuicios para P2 si M es adoptado. Por lo tanto, P1 y P2 en conjunto alcanzarán su mayor grado de realización respecto de lo fácticamente posible si M es dejado de lado. P1 y P2, tomados en conjunto, proscriben el uso del medio M*”. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa sino una expresión de la idea del Óptimo de Pareto. Una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra”³⁷.

De esta forma podemos indicar que el legislador democráticamente elegido se encuentra frente a un amplio margen de elección de medios para lograr la finalidad constitucionalidad que subyace a la ley, teniendo como única restricción – para este subprincipio – que el medio realice en alguna medida la finalidad propuesta.

Esta restricción es denominada por Laura Clérico como una relación de fomento entre medio fin, “*la cual puede ser considerada tomando como relevante diversos aspectos. En un aspecto cuantitativo M1 puede fomentar el fin más que M2 (o menos o igual). En un aspecto*

³⁶ Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Año nº 22, Nº 66, 13-64. 2016, noviembre 02, De <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390> Base de datos. p. 28.

³⁷ Alexy, R. (2002). Epílogo ..., op. Cit p. 29.

cualitativo, M1 puede fomentar el fin mejor que M2 (o peor, o tan bien como...). En un aspecto probabilístico, M1 puede fomentar el fin con alto grado de seguridad (más probable) que M2 (o con menor grado de probabilidad, o en el mismo grado) ”³⁸.

Como se puede observar, sin importar el criterio que pretenda ser utilizado, el medio debe fomentar la finalidad en alguna medida, inclusive se puede *dar por comprobada la idoneidad del medio seleccionado con la simple posibilidad abstracta del fomento del fin*, con lo cual se desprende la existencia de al menos dos interpretaciones del mandato de idoneidad: una débil y una fuerte³⁹:

	Fomento Débil	Fomento Fuerte
Criterio cuantitativo	El medio fomenta menos el fin.	El medio fomenta más el fin.
Criterio cualitativo	El medio fomenta peor el fin.	El medio fomenta mejor el fin
Criterio probabilístico	El medio fomenta menor medida el fin.	El medio fomenta en mayor medida el fin.

En atención a estas circunstancias, la autora propone una precisión a la regla de idoneidad:

“Cuando el medio se encuentra en alguna relación con la realización del fin pero no contribuye a su logro en todos los sentidos o sólo lo hace en forma abstracta y en general, pero no en el caso concreto, el medio establecido es idóneo, y deben ser aplicadas las reglas del medio alternativo menos gravoso y la de la proporcionalidad en sentido estricto (para examinar la justificación de la restricción del derecho) ”⁴⁰.

³⁸ Clérico, L. (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales (115 - 160). México: Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes. p. 119 -120.

³⁹ Clérico, L. (2008). Op cit p. 120.

⁴⁰ Op cit. P. 120.

Por consiguiente nos encontramos que para satisfacer este principio, resulta suficiente que el medio fomenta en alguna medida la finalidad que subyace a la legislación bajo análisis, pudiendo inclusive ser de manera abstracta.

Finalmente debemos indicar que Clérico citando al Tribunal Constitucional Federal propone diversas intensidades de control de este principio:

“El Tribunal Constitucional Federal resuelve la cuestión del alcance del control a través de una “solución diferenciada” y distingue entre un “control de evidencia”, un “control de representatividad o admisibilidad” y un “control material intensificado”. Para la determinación del grado de intensidad del control tiene en cuenta en el caso: la particularidad de la materia que se legisla, la posibilidad de formar un juicio seguro y suficiente sobre la materia legislada, el significado de los bienes jurídicos en juego y la intensidad de la restricción del derecho fundamental afectado⁴¹”

2.3.2. Subprincipio de necesidad:

Se pretende buscar la existencia de otra medida igualmente satisfactoria o idónea pero que limite o restrinja en menor medida el principio intervenido, lo cual implica realizar una comparación entre la medida elegida y otras medidas alternativas, siendo que de no existir otra medida, entonces nos encontramos que el medio adoptado es necesario para cumplir el fin elegido.

Al respecto Alexy señala que *el subprincipio de necesidad también es una expresión de la idea del óptimo de Pareto. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra. (...) Al legislador no se está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el Legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales. (...) Entonces el Legislador ostenta la prerrogativa de apreciación y de decisión para elegir entre varias potencialmente adecuadas para alcanzar el fin legislativo⁴²”.*

⁴¹ Op cit. p 130.

⁴² Alexy, R. (2002). Epilogo..., op. Cit p. 30.

Laura Clérico, por su parte señala:

“La estructura del examen del medio alternativo menos lesivo presenta así, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, a) una relación de medio-fin, aunque más compleja ya que implica b) más de un medio técnicamente adecuado, sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. La comparación es c) doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto de la idoneidad) y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita al derecho)⁴³”.

Ahora bien, como señala Alexy, el examen de necesidad puede tornarse en complejo ya que *“frecuentemente aparecen medios más benignos con el derecho fundamental afectado, que a su vez favorecen afectivamente en igual medida el fin perseguido por el legislador, pero que también implican la desventaja de restringir un tercer principio o fin”*; con lo cual frente al análisis de este subprincipios nos podríamos encontrar frente a tres posibilidades:

- ✓ Medio alternativo positivo: es igualmente satisfactorio con la finalidad y menos lesivo con el derecho restringido.
- ✓ Medio alternativo negativo: es igualmente satisfactorio con la finalidad pero igualmente (o más) lesivo con el derecho restringido.
- ✓ Medio alternativo incierto: es igualmente satisfactorio con la finalidad, menos lesivo con el derecho restringido, pero lesiona un tercer principio o derecho fundamental.

Como se puede verificar los primeros supuestos podrían ser calificados como fáciles, ya que se puede determinar con cierta claridad si el medio elegido por el legislador supera o no este examen, sin embargo en el tercer supuesto *la regla del medio alternativo menos lesivo funciona como una suerte de preestructuración del examen de proporcionalidad en sentido estricto⁴⁴”*.

⁴³ Clérico, L. (2008). Op cit p. 135

⁴⁴ Op cit. p 136.

2.3.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:

Dado que proseguiremos con el análisis de este subprincipio en un apartado específico, vale mencionar aquí que a través de él se busca obtener un equilibrio entre los principios o derechos en juego, de tal forma que el grado de satisfacción del principio precedente justifique proporcionalmente la intervención en el derecho limitado.

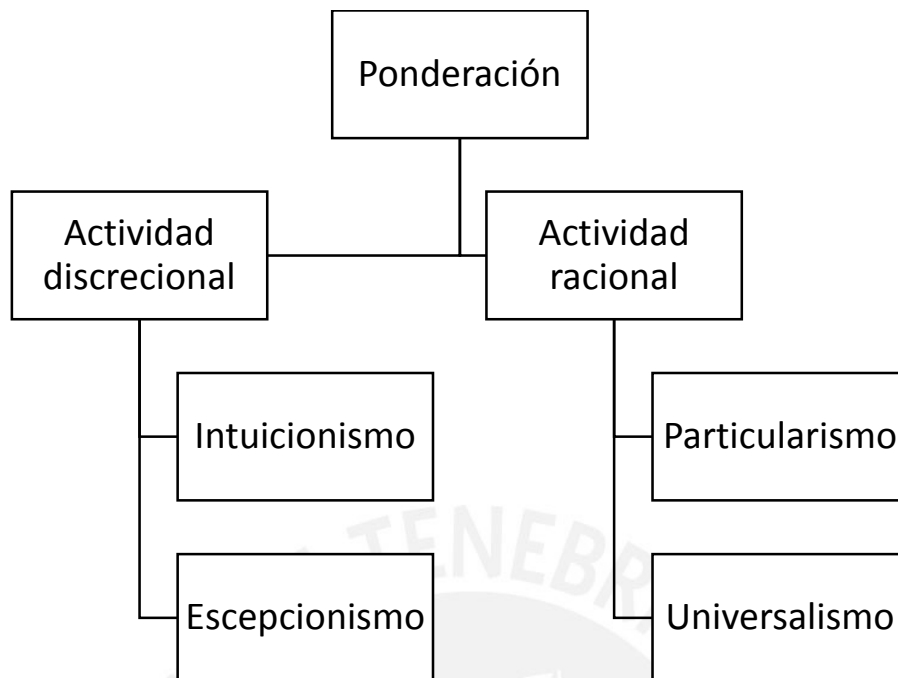
2.4. La Ponderación

En atención a lo anteriormente señalado, la imagen que tendríamos de la ponderación sería de una balanza, en la cual se determine el peso de los principios que han colisionado y cuál de ellos debe prevalecer sobre el otro.

Entonces si la ponderación es la balanza o el instrumento que permite establecer la asignación de pesos a los principios que colidieron y después determinar cuál de ellos – en esa circunstancia específica – tiene un mayor peso y por ende preponderancia, nos encontramos que la ponderación resulta siendo una estructura que permite relacionar los principios en colisión – los cuales a priori no tienen ningún grado de jerarquía o prevalencia – que se derivan de una concreta situación fáctica, de tal forma que atendiendo a dicho contexto se verifique el grado de afectación mutua y se asigne prevalencia a uno en desmedro del otro⁴⁵. Ahora bien, la relevancia de la ponderación como método de solución de conflictos de principios se centra en determinar la forma cómo se realiza la asignación de pesos a los principios e incluso en establecer si los principios pueden ser realmente conmensurables, vale decir si la ponderación es un método racional o si es discrecional o arbitrario, siendo que de manera gráfica y general podemos ver la siguiente figura⁴⁶:

⁴⁵ Esta preferencia es denominada por Martínez Zorrilla como *núcleo conceptual mínimo*, según el cual la ponderación consistiría en la atribución de un determinado nivel de peso o importancia a cada uno de los elementos en conflicto en las circunstancias del caso a decidir (no en abstracto), que determina cuál de estos elementos vence sobre el otro (u otros) y resuelve el caso. Martínez, D. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. p 154.

⁴⁶ Se debe precisar que la presente figura ha sido modificado de la original que aparece en Martínez, D. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. p 155



Con respecto a la racionalidad de la ponderación, Alexy señala que éste es uno de los tres problemas básicos de este método y los otros dos serían el de la estructura y el de su legitimidad, haciendo la precisión que entre los tres existen vínculos estrechos, así *la legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional. El problema de la estructura de la ponderación, es por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho*⁴⁷.

En este sentido, si a través de la estructura se logra establecer la racionalidad y consecuentemente la legitimidad de la ponderación, corresponde centrar nuestro análisis en este elemento, el cual lógicamente permitirá aproximarnos hacia alguna de las posturas señaladas en la figura anterior.

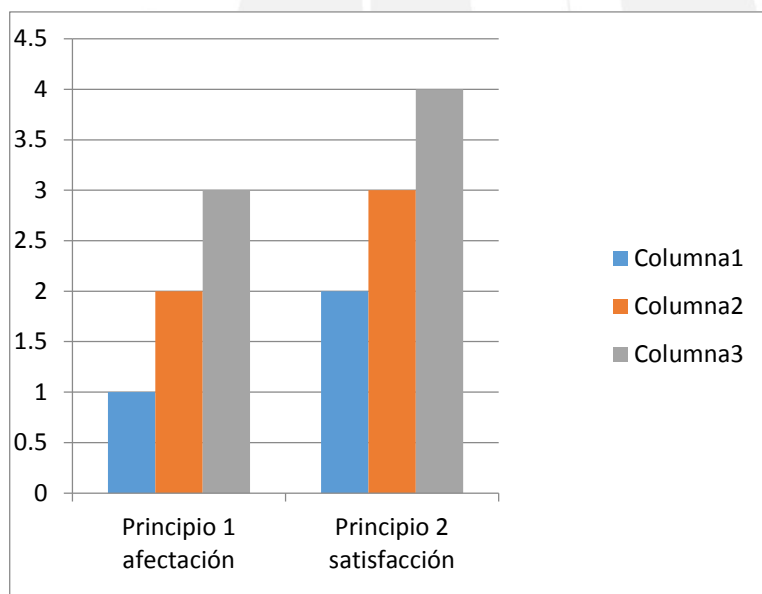
⁴⁷ Alexy, R. (2003). La Fórmula del Peso. En *Teoría de la Argumentación jurídica* (457 - 493). Lima: Palestra. p. 457.

La estructura de la ponderación, como lo señala Portocarrero está compuesta por cuatro elementos básicos: a) la ley de la ponderación, b) la fórmula del peso, c) la ley de colisión y d) las cargas de argumentación⁴⁸.

Sin embargo es necesario hacer la precisión que *el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios*⁴⁹, por consiguiente nos encontramos que para proceder con la ponderación previamente se deberá verificar que el caso se encuentra limitado por dos principios en pugna, los cuales deben ser identificados en forma precisa.

2.4.1. La ley de la ponderación

Implica establecer una relación directamente proporcional entre el grado de afectación del principio P₁ y el grado de satisfacción del principio P₂, que nos permita verificar si la satisfacción de P₂ justifica la afectación de P₁⁵⁰.

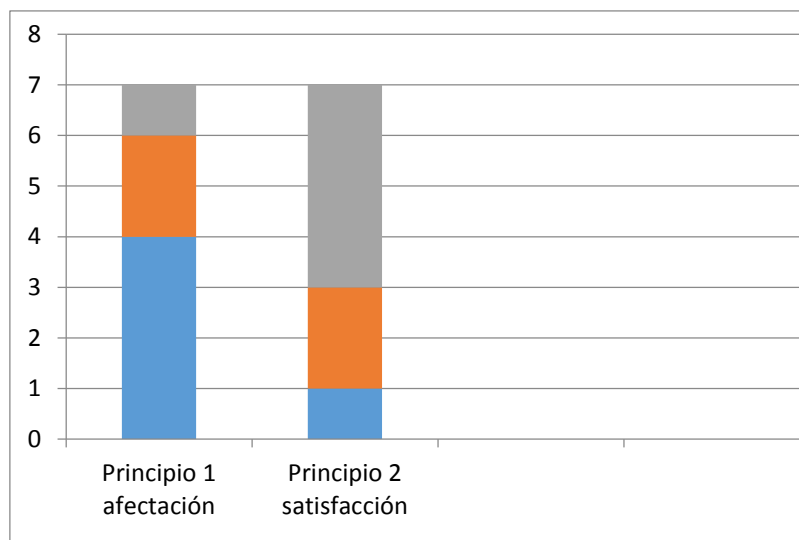


⁴⁸ Portocarrero, J. (2013). *Racionalidad procedimental y ponderación de los derechos fundamentales*. En La argumentación jurídica en el Estado Constitucional (293 - 312). Lima: Palestra Editores. p. 301.

⁴⁹ Prieto Sanchís, L. (2010). *El juicio de ponderación constitucional*. En El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo (59 - 70). Lima: Palestra Editores. p. 97

⁵⁰ Robert Alexy la fórmula de la siguiente manera: *Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*; en Alexy, R. (2003). La Fórmula del Peso. En *Teoría de la Argumentación jurídica* (457 - 493). p. 460.

De la figura se puede verificar que a medida que el grado de afectación en P_1 se incrementa, el grado de satisfacción en P_2 debe incrementarse en al menos una unidad, de tal forma que puestas ambas circunstancias en relación permitan verificar que el grado de satisfacción es mayor a la afectación, siendo por tanto justificada la intervención en el P_1 .



Así, en la presente gráfica se puede observar que el grado de satisfacción de P_2 es menor que la afectación al P_1 (color azul), por lo tanto no estaría justificada la restricción de P_1 ; circunstancia distinta sucede cuando el grado de satisfacción de P_2 es mayor al grado de afectación de P_1 (color verde), en cuyo caso la restricción estaría justificada; empero surge la pregunta ¿cuándo el grado de satisfacción es igual al grado de afectación (color rojo), resulta justificada la restricción?, la respuesta a esta pregunta la encontraremos en las subsiguientes etapas.

La gráfica nos muestra cual es la intensidad de intervención o satisfacción de los principios en juego en un caso en concreto (C), siendo que dicha intensidad la podemos representar como:

- $IP_1C \longrightarrow$ intensidad de la afectación (en forma abreviada I_1).
- $IP_2C \longrightarrow$ intensidad de la satisfacción (en forma abreviada I_2)

Como señala Alexy, *las intervenciones en los principios siempre son concretas*, de igual forma tenemos que la satisfacción de un principio siempre será concreta, ya que el nivel de

satisfacción de un principio únicamente lo podemos verificar en contraposición con la afectación de otro.

Alexy, propone como segunda magnitud de valoración a los grados de la intensidad: a) grave (g), b) medio (m) y c) leve (l), los mismos que como se ha señalado previamente necesariamente acaecen en las circunstancias del caso en concreto (C), al respecto Moreso haciendo alusión al test del rayado (referido a la dureza de los minerales, siendo que un mineral será más duro que otro si el primero puede rayar al segundo y no a la inversa), se cuestiona indicando ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos en un caso en concreto?, si en el derecho no se cuenta con conceptos métricos o comparativos, sino sólo con razones a favor o en contra⁵¹.

Sobre este cuestionamiento, nos encontramos que Portocarrero precisa que *los valores de la misma* – se refiere a la escala triádica – *se derivan de las circunstancias del caso en concreto. La fundamentación de la intensidad de una intervención, digamos en el derecho al honor se deriva del contexto en que dicha intervención se produjo*⁵².

Ahora bien, respecto de esta escala triádica, Alexy⁵³ establece seis casos de precedencia – o preferencia – de un principio respecto de otro:

Precedencia Condicionada de P₁ frente a P₂ (P₁PP₂) C

- I₁: g, I₂: l
- I₁: g, I₂: m
- I₁: m, I₂: l

Precedencia Condicionada de P₂ frente a P₁ (P₂PP₁) C

- I₁: l, I₂: g
- I₁: m, I₂: g
- I₁: l, I₂: m

⁵¹ Moreso, J. (2010). Alexy y la aritmética de la Ponderación. pp 63 – 64.

⁵² Portocarrero, J. (2011). Peligros y límites de la ponderación (tesis para optar el título profesional de abogado). p 87.

⁵³ Alexy, R. (2003). La Fórmula del Peso. Pp.476-477.

De igual forma logra establecer tres casos en los cuales la ponderación no determina ningún resultado:

- $I_1: 1, I_2: 1$
- $I_1: m, I_2: m$
- $I_1: g, I_2: g$

2.4.2. La Fórmula del Peso

A efectos de poder relacionar los principios en forma esquemática, Alexy propone dos fórmulas, la una basada en una serie aritmética y la otra en una serie geométrica.

La primera de las fórmulas es la denominada fórmula diferencial⁵⁴:

$$G_{1,2} = I_1 - I_2$$

Dado que para esta fórmula se asignan las cifras 1, 2 y 3 como correlato de la escala triádica leve, medio y grave, nos encontramos que la diferencia entre los grados de intensidad siempre será 1 (o -1), vale decir estaríamos frente a una intensidad constante y estática, la cual no necesariamente reflejará los niveles de relación entre la intervención y satisfacción de los principios, los cuales pueden ser crecientes.

En atención a lo anterior, nos encontramos que la ilustración de la intensidad se grafica mejor a través de una fórmula de cociente:

$$G_{1,2} = \frac{I_1}{I_2}$$

En esta fórmula tiene como correlato una serie geométrica $2^0, 2^1, 2^2$, para los valores de leve, medio y grave respectivamente, siendo que bajo esta fórmula se obtendría diferencias escalonadas y progresivas de la intensidad de la relación satisfacción/afectación.

- $I_1: g, I_2: \ell$ $G_{1,2} = 2^2/2^0 = 4$
- $I_1: g, I_2: m$ $G_{1,2} = 2^2/2^1 = 2$
- $I_1: m, I_2: \ell$ $G_{1,2} = 2^1/2^0 = 2$

⁵⁴ Alexy, R. (2003). La Fórmula del Peso. p. 479.

- I₁: ℓ, I₂: g G_{2,1} = 2⁰/2² = 0.25
- I₁: m, I₂: g G_{2,1} = 2¹/2² = 0.5
- I₁: ℓ, I₂: m G_{2,1} = 2⁰/2¹ = 0.5

Adicionalmente, a la intensidad de la intervención, Alexy establece de dentro de la fórmula debe considerarse al peso abstracto de los principios, sin embargo conforme se ha señalado previamente, dado que en el Estado Constitucional de Derecho no hay escalas jerárquicas de principios preestablecidas, nos encontramos que sea cual sea el peso que se les asigne el cociente sería 1, por tanto conforme lo señala el propio autor ambos pesos abstractos se eliminan mutuamente, por esta razón no considero pertinente que se dentro de la fórmula se consigne esta variable.

Finalmente Alexy, señala que debe agregarse la variable denominada *Seguridad de los premisas epistémicas*, que implica que *cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención*⁵⁵, de esta manera la fórmula del peso queda de la siguiente forma:

$$G_{1,2} = \frac{I_1 * S_1}{I_2 * S_2}$$

Al respecto Bernal Pulido señala que *desde el punto de vista empírico, la importancia de los principios depende del efecto que tenga sobre ellos la medida que está en juego en cada caso*⁵⁶, de igual forma ha mención a la existencia de *problemas epistemológicos concernientes a la certeza de las premisas normativas relevantes para la ponderación, que determinan la importancia y el peso abstracto de un principio. La falta de certeza de estas premisas da lugar a un margen de acción epistémico normativo del parlamento y de los demás poderes públicos*⁵⁷.

De una similar posición es Portocarrero quien señala que *la determinación de dicha seguridad o fiabilidad (de la premisa normativa) está en función a lo que se ha denominado problema de la divergencia. Dicho problema postula que existe una divergencia entre el contenido de la norma y lo que el operador jurídico puede colegir*

⁵⁵ Alexy, R. (2003). La Fórmula del Peso. p. 488.

⁵⁶ Bernal, C. (2010). *La racionalidad de la ponderación*. En El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo (37 - 57). Lima: Palestra Editores. p. 55.

⁵⁷ Bernal, C. (2010). *La racionalidad de la ponderación*. p 56.

de ella, es decir, debido a nuestro limitado conocimiento humano, no podemos determinar certeramente en todos los casos qué es lo que la norma prohíbe, manda o permite⁵⁸.

Tan igual como sucede en la variable de la intervención, en esta variable también existe una escala triádica, determinada por siguiente sucesión geométrica: 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} , que corresponde a los grados de seguro (g), plausible (p) y no evidentemente falso (nef).

Ahora bien, en un intento de lograr integrar el Análisis Económico del Derecho y la Ponderación, tenemos que Medellín Rincón⁵⁹ propone reformular la fórmula del peso, agregando dos variables adicionales: a) costos de la protección de un principio sobre otro y b) efectos económicos en el largo plazo, con respecto al precedente; siendo su fórmula la siguiente:

$$P(1,2) = \frac{A1 * W1 * S1 * C1 * EE1}{A2 * W2 * S2 * C2 * EE2}$$

De donde:

A: es el grado el grado de afectación.

W: es el peso abstracto.

S: seguridad de las premisas epistémicas.

C: costos de la protección del principio.

EE: efectos económicos de la decisión.

En cuanto a la variable de costos de la protección del principio, se constituye en el análisis costo beneficio que se realiza con el fin de estimar el costo de proteger un derecho respecto al otro, se representa a través de tres valores: 2^2 para un costo elevado, 2^1 para un costo moderado y 2^0 para un costo leve.

Respecto a los efectos económicos de la decisión en el largo plazo con respecto al precedente, se debería tener en cuenta los efectos que podría tener la decisión en el largo plazo y los incentivos que crearían, se representa a través de tres valores: 2^2 para unos costos en el largo plazo elevados, 2^1 para unos costos en el largo plazo moderado y finalmente 2^0 para unos costos en el largo plazo leves.

⁵⁸ Portocarrero, J. (2013). *Racionalidad procedimental y ponderación de los derechos fundamentales*. p.304.

⁵⁹ Medellín, A. (2013). *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p 127.

2.4.3. La ley de la colisión:

El resultado que se obtenga de la fórmula del peso, determinará cuál es el principio o derecho que tiene la precedencia respecto del otro, circunstancia que como dijimos se deriva de un caso en concreto, por consiguiente se genera una nueva regla, la misma que solucionará el conflicto originario a través un razonamiento subsuntivo⁶⁰, siendo que esta ley puede ser representada de la siguiente forma:

$$(P1PP2)C \rightarrow R$$

Pero que sucede cuando el resultado de la ley de la ponderación determina que existe una igualdad entre los principios en colisión, en dichos casos no se genera la precedencia de ninguno de ellos, empero esa circunstancia no impide la formación de la regla, ya que en cuyo caso se avizoraran dos escenarios:

- a) En caso el conflicto sea relativo a medidas legislativas, el mismo será resuelto a favor del legislador, toda vez que el Tribunal Constitucional no ha logrado demostrar que la afectación al P₂ sea justificada para impedir la satisfacción del P₁.
- b) En caso el conflicto derive de una relación entre particulares, se deberá privilegiar el principio que mejor garantice la igualdad y la seguridad jurídica⁶¹.

2.4.4. Las cargas de la argumentación

Esta última etapa se encuentra ligada con el principio de inercia de Perelman, el cual dice que *una idea que haya sido aceptada una vez, no puede rechazarse sin un motivo suficiente*⁶²; de tal forma que la regla obtenida en la ley de la colisión y que es denominada norma adscrita a la Constitución y como tal puede ser imputada como válidamente contenida en el texto constitucional, sirve de regla para aquellos futuros casos en los cuales se presente una situación fáctica similar a la que dio origen a la ponderación, circunstancia que evita que se realice un nuevo juicio ponderativo, a menos claro que existan circunstancias gravitantes que determinen arribar a una regla distinta.

⁶⁰ Prieto Sanchís señala que después de ponderar aparece la exigencia de subsunción, porque la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción. Cfr Prieto Sanchís, L. (2010). *El juicio de ponderación constitucional*. p. 97- 98.

⁶¹ Cfr. Bernal, C. (2006). *El Derecho de los Derechos: Escritos sobre la aplicación de Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp 109-111.

⁶² Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra Editores. p. 248

4. Reflexiones finales

El término “*principio*” es ambiguo tanto en el ámbito del lenguaje común, como en el lenguaje jurídico, razón por la cual resultará necesario prestar especial atención frente a qué tipo de norma nos encontramos para determinar si estamos frente a los principios generales del derecho o frente a principios como mandatos de optimización.

Los principios generales del derecho son aquellas normas que orientan a los operadores jurídicos sobre cómo interpretar otras normas (reglas de conducta), qué hacer frente a una laguna normativa y cuál es el fundamento de las reglas.

Los principios como mandatos de optimización normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, vale decir que en este tipo de norma no hay un comportamiento estándar o predefinido que deba aplicarse para toda situación, sino que el deber ser deberá materializarse en atención a un caso en concreto (posibilidades reales) y por aquellas normas que se le opongan (posibilidades jurídicas).

Los principios generales del derecho no tienen un método de aplicación, por el contrario los principios como mandatos de optimización se aplican – en caso de colisión – a través del principio de proporcionalidad.

Bibliografía

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* (Carlos Bernal Pulido, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, R. (2007). La Fórmula del Peso. En *Teoría de la Argumentación jurídica* (457 - 493). Lima: Palestra.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra.
- Bernal, C. (2006). *El Derecho de los Derechos: Escritos sobre la aplicación de Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Bernal, C. (2010). *La racionalidad de la ponderación*. En *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (37 - 57). Lima: Palestra Editores.
- Bernal, C. (2013). Principio de Proporcionalidad. En *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo Tomo V*. (437 - 447). Lima: Ara Editores.

- Brage, J. (2004). *Los límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Martínez, D. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Medellín, A. (2013). *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreso, J. (2010). Alexy y la aritmética de la Ponderación. En *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho contemporáneo* (59 - 70). Lima: Palestra Editores.
- Portocarrero, J. (2011). *Peligros y límites de la ponderación* (tesis para optar el título profesional de abogado). 2015, noviembre 15. De <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/> Base de datos.
- Portocarrero, J. (2013). *Racionalidad procedimental y ponderación de los derechos fundamentales*. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional* (293 - 312). Lima: Palestra Editores.
- Prieto Sanchís, L. (2010). *El juicio de ponderación constitucional*. En *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (59 - 70). Lima: Palestra Editores.
- Ródenas, A. (2015, noviembre 19). *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas*. *Doxa*, 24.