

## INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN

### 1. IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO:

- a. Código del proyecto de investigación:
- b. Título del proyecto de Investigación: La ponderación de los derechos fundamentales según el modelo de Robert Alexy: Crítica y alcances
- c. Investigador principal:  
Dr. Antonio Oscuvilca Tapia
- d. Línea de investigación: Fundamentos científicos del Derecho

### 2.- INTRODUCCIÓN

La presente investigación tuvo como **problema general** ¿Cuál es el tipo de ponderación de los derechos fundamentales según el modelo de Robert Alexy?, siendo **el objetivo** Determinar cuál es el tipo de ponderación de los derechos fundamentales según el modelo de Robert Alexy. La **muestra poblacional** del estudio fue: Teoría planteada por Robert Alexy, en cuanto a la Ponderación de Derechos y los conflictos de derechos Fundamentales; **los instrumentos fueron** fichas bibliográficas que se utilizaron para la recolección de datos importantes relacionados a la Teoría de la Ponderación de Derechos; las **Dimensiones** son los Derechos Fundamentales, y razonamiento jurídico; **Los Resultados** fueron que el tipo de ponderación de Derechos que Alexy plantea se basa en criterios determinando grados de interferencia que son de apoyo al conflicto de principios. **Conclusión** Se determinó que la ponderación es una técnica para dar solución a conflictos, dicha técnica contiene tres etapas las cuales son determinar el grado de no satisfacción, determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y determinar la importancia del principio contrario que justifica la no satisfacción del otro principio. **Recomendaciones** los operadores del derecho deben de aplicar la teoría de la ponderación de Derechos para garantizar y dar mayor validez a la tutela de derechos en nuestro ordenamiento jurídico.

### **3.- MARCO TEÓRICO**

#### **1.- Aspectos generales**

La relación entre los derechos constitucionales y la proporcionalidad es uno de los temas principales del debate constitucional contemporáneo. Dos puntos de vista básicos están en conflicto: la tesis de que existe algún tipo de conexión necesaria entre los derechos constitucionales y el análisis de proporcionalidad, y la tesis de que no existe una conexión necesaria de ningún tipo entre los derechos constitucionales y la proporcionalidad. De acuerdo con el segundo punto de vista, la cuestión de si los derechos constitucionales y la proporcionalidad están conectados depende de la ley positiva, es decir, de lo que los redactores de la constitución realmente han decidido. Por esa razón, una conexión entre derechos constitucionales y proporcionalidad solo puede ser una conexión posible o contingente.

Hay dos puntos de vista básicos sobre la relación entre los derechos constitucionales y el análisis de proporcionalidad. El primero sostiene que existe una conexión necesaria entre los derechos constitucionales y la proporcionalidad; el segundo argumenta que la cuestión de si los derechos constitucionales y la proporcionalidad están conectados depende de lo que los redactores de la constitución hayan decidido, es decir, del derecho positivo. La primera tesis puede denominarse "tesis de necesidad", la segunda "tesis de contingencia". Según la tesis de la necesidad, la legitimidad del análisis de proporcionalidad es una cuestión de la naturaleza de los derechos constitucionales, de acuerdo con la tesis de contingencia, es una cuestión de interpretación.

La relación entre los derechos constitucionales y la proporcionalidad es uno de los temas principales del debate constitucional contemporáneo. Dos puntos de vista básicos están en conflicto: la tesis de que existe algún tipo de conexión necesaria entre los derechos constitucionales y el análisis de proporcionalidad, y la tesis de que no existe una conexión necesaria de ningún tipo entre los derechos

constitucionales y la proporcionalidad. De acuerdo con el segundo punto de vista, la cuestión de si los derechos constitucionales y la proporcionalidad están conectados depende de la ley positiva, es decir, de lo que los redactores de la constitución realmente han decidido. Por esa razón, una conexión entre derechos constitucionales y proporcionalidad solo puede ser una conexión posible o contingente. La primera tesis puede denominarse "tesis de necesidad", la segunda, "tesis de contingencia". Defenderé una versión de la tesis de necesidad.

Los derechos constitucionales son efectivamente leyes positivas, es decir, leyes positivas a nivel de la constitución. Esto no es suficiente, sin embargo, para explicar su naturaleza. La positividad no es más que un lado de los derechos constitucionales, es decir, su lado real o fáctico. Por encima de esto, poseen también una dimensión ideal. La razón de esto es que los derechos constitucionales son derechos que se han registrado en una constitución con la intención de transformar los derechos humanos en leyes positivas: la intención, en otras palabras, de positivizar los derechos humanos. Esta intención a menudo es una intención en realidad o subjetivamente en poder de los redactores constitucionales. Y, además de esto, es un reclamo necesariamente planteado por quienes establecen un catálogo de derechos constitucionales. En este sentido, es una intención objetiva. Ahora los derechos humanos son, primero, derechos morales, segundos, universales, terceros, fundamentales y, en cuarto lugar, abstractos que, en quinto lugar, tienen prioridad sobre todas las demás normas. Aquí, solo dos de estas cinco propiedades definitorias son de interés: su moral y su carácter abstracto. Los derechos existen si son válidos. La validez de los derechos humanos en cuanto derechos morales depende de su justificación y solo de eso. Intenté mostrar que los derechos humanos son justificables sobre la base de la teoría del discurso. El Leitmotiv de esta justificación es que la práctica de afirmar, preguntar y argumentar presupone libertad e igualdad. Nada de esto se puede elaborar aquí. Para los propósitos actuales, el único punto de interés a este respecto es que los derechos humanos, en cuanto derechos morales, pertenecen a la dimensión ideal de la ley.

La segunda propiedad definitoria que es importante aquí es el carácter abstracto de los derechos humanos. Se refieren a objetos como la libertad y la igualdad, la vida y la propiedad, y la libertad de expresión y la protección de la personalidad. Como derechos abstractos, los derechos humanos inevitablemente colisionan con otros derechos humanos y con bienes colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad pública. Los derechos humanos, por lo tanto, necesitan un equilibrio.

Se podría objetar que esto no es un argumento en absoluto para una conexión necesaria entre el equilibrio o la proporcionalidad y los derechos constitucionales. Después de su transformación en ley positiva, los derechos humanos son derechos positivos y no son nada más que derechos positivos. Sin embargo, esto sería una idea errónea de la naturaleza dual de los derechos constitucionales. El carácter ideal de los derechos humanos no desaparece una vez que se hayan transformado en ley positiva. Más bien, los derechos humanos permanecen conectados con los derechos constitucionales como razones a favor o en contra del contenido que ha sido establecido por la positivización y como razones requeridas por la textura abierta de los derechos constitucionales. Por lo tanto, la dimensión ideal de los derechos humanos sigue viva, a pesar de su positivización.

En respuesta a esto, podría plantearse la objeción de que la presencia perdurable de la dimensión ideal destruye el carácter positivo de los derechos constitucionales. Pero este no es el caso. La tesis de la naturaleza dual requiere que uno tome en serio tanto la dimensión real como la real de la ley. Requiere, además de esto, que prima facie se le dé prioridad a la dimensión positiva o autoritativa. Cuando los redactores constitucionales han decidido una cuestión de equilibrio mediante el establecimiento de una regla, el intérprete de la constitución está obligado a aplicarla. El ejemplo de una norma de derechos constitucionales en la Constitución alemana que es estrictamente vinculante es el artículo 102 de la Ley Fundamental, que dice: "Se abolió la pena de muerte". Otros ejemplos de decisiones de los redactores constitucionales con el carácter de una regla son la restricción de la libertad de reunión al derecho de "reunirse pacíficamente y sin armas", esto en el Artículo 8 (1)

Ley Básica, y los detalles de la regulación altamente compleja de la adopción de medios técnicos para la observación acústica del alojamiento en el que se supone que reside el sospechoso, que se encuentra en el artículo 13 (3) - (6) de la Ley Fundamental. Sin embargo, la prioridad de las disposiciones emitidas por los legisladores constitucionales no está totalmente fuera de discusión en todos los casos. Un ejemplo es el Artículo 12 (1) (1) de la Ley Básica, según el cual la libertad de elegir una profesión es, en contraste con la libertad de ejercer una profesión, sujeto a ninguna limitación. Si uno fuera a tomar esto como una regla estrictamente vinculante, no abierta a ningún equilibrio, las personas que nunca hayan aprobado el examen de la ley tendrían el derecho constitucional de ser admitidos en el colegio de abogados. El Tribunal Constitucional Federal declaró ese resultado como "legalmente inverosímil" y aplicó correctamente el análisis de proporcionalidad.

Estos ejemplos ilustran el sentido en que se puede hablar de una conexión necesaria entre los derechos constitucionales y la proporcionalidad. Los principios están conectados con todas las normas de derechos constitucionales independientemente de si, como tales, tienen el carácter de reglas o principios. Si los redactores constitucionales han aprobado una colisión de principios al emitir una regla, entonces el principio formal de la autoridad de la constitución requiere que se observe esta regla. Sin embargo, si esta regla es ambigua, vaga o evaluativa abierta, los principios sustantivos que se encuentran detrás de ella inmediatamente vuelven a entrar en juego.

La existencia de una razón suficiente para una tesis no excluye la existencia de motivos adicionales suficientes para esta tesis. Una segunda razón para la segunda tesis de necesidad se basa en el reclamo de corrección, que está necesariamente relacionado con los derechos constitucionales y con la ley en general. El reclamo de corrección ha sido explicado y defendido en otra parte. Aquí un único punto es de interés. El reclamo de corrección, necesariamente relacionado con la revisión constitucional, requiere que la decisión del tribunal constitucional sea lo más racional posible. Muchos autores han argumentado que el equilibrio es irracional.

Uno puede llamar a este reproche la "objeción de irracionalidad". No es posible responder a esta objeción. Sin embargo, algunos comentarios dirigidos a la objeción pueden ser útiles. Un argumento principal para la objeción de irracionalidad es que Weight Formula no dice "cómo se identifican, miden y comparan los pesos concretos que se insertarán en la fórmula" .56 Ahora es cierto que la fórmula de peso no nos dice qué interferencia con un derecho constitucional ( $I_i$ ,  $I_j$ ) cuando se usa la luz de escala ( $l$ ), moderada ( $m$ ) y grave ( $s$ ). Tampoco nos dice cuáles son los pesos abstractos ( $W_i$ ,  $W_j$ ) de los principios colisionantes. Finalmente, no dice nada sobre la fiabilidad ( $R_i$ ,  $R_j$ ) de los supuestos empíricos relevantes. Nada de esto, sin embargo, tiene algo que ver con la irracionalidad. Precisamente lo contrario es el caso. Los valores que deben sustituirse por las variables de la fórmula de peso representan, como ya se mencionó, proposiciones, por ejemplo, la proposición de que la infracción con el derecho de la personalidad es grave. Tales proposiciones pueden ser justificadas, y, por supuesto, deben ser justificadas. Esto solo puede hacerse por argumento. Por lo tanto, la fórmula del peso resulta ser una forma argumentativa de discurso legal racional. Como tal, es indispensable para introducir el "orden en el pensamiento legal". Deja en claro cuáles son los puntos decisivos y cómo estos puntos son relacionados unos con otros. No es posible una estructura de derechos constitucionales-discurso que reclame una racionalidad aún mayor. Esto es suficiente para demostrar que el análisis de proporcionalidad es necesariamente requerido no solo por la naturaleza de los derechos constitucionales, sino también por el reclamo de corrección, necesariamente planteado en la revisión constitucional.

Para que la presentación sea más vívida, comienzo con un ejemplo ilustrativo de pesaje y equilibrio. Para este propósito, se utilizará un caso legal muy conocido (mencionado por Alexy en varios trabajos), a saber, el llamado caso Lebach, decidido por el Tribunal Constitucional alemán.

### **1.1.- El caso Lebach**

A fines de la década de 1960, dos jóvenes atacaron un depósito de municiones y armas pertenecientes a la defensa militar alemana (Bundeswehr). Mataron a cuatro soldados durmientes y lesionaron gravemente a un quinto soldado. Robaron armas y municiones del depósito. Posteriormente, cometieron un intento de chantaje en un agente financiero. Por estos crímenes, los dos hombres fueron condenados a cadena perpetua. Los dos hombres pertenecían a un grupo de tres entre los que había una relación homosexual. Soñaron con adquirir un yate de alta mar y vivir en el Pacífico Sur en una nueva comunidad social.

El tercer hombre, llamado W, tenía 24 años en el momento de la comisión del crimen. W no había tomado parte en el asalto. Además, durante la planificación del crimen, dejó en claro que no era capaz de participar en el asalto. Sin embargo, él les había explicado a los perpetradores el funcionamiento de la pistola que se usó en el crimen. Además, había aprobado la carta de chantaje dirigida al corredor. W fue sentenciado a seis años de prisión por cómplice. El tribunal sostuvo que, en el grupo, había sido un compañero de viaje en lugar de una fuerza convincente. Como circunstancias atenuantes se consideraron los hechos que él había contribuido a la solución del caso, entre otras cosas al revelar dónde estaban escondidas las armas robadas, que había confesado su parte en el crimen y obviamente se arrepintió de su parte, que su personalidad estaba inhibido y carecía de independencia, y que tenía una relación emocional e irracional de dependencia con los principales perpetradores.

En 1973, W había cumplido dos tercios de su sentencia y tenía la posibilidad de ser puesto en libertad condicional. Tenía previsto volver a su pueblo natal y comenzar una nueva vida. Durante el encarcelamiento de W, sin embargo, los asesinatos de Lebach habían recibido una gran atención en los medios alemanes.

Ya se había publicado un libro sobre el caso antes de que la sentencia hubiera adquirido fuerza legal, y en 1972, la compañía de televisión ZDF había producido una película documental sobre "el asesinato del soldado Lebach". La película describía al grupo homosexual, su planificación, el asalto, el chantaje y el trabajo policial. La película se dividió en dos partes y debía mostrarse los viernes por la noche. Ciertas partes contienen imágenes auténticas de los tres hombres, mientras que en otras partes los hombres fueron representados por actores. Los nombres auténticos de los hombres se presentaron a lo largo de la película.

En el tribunal regional de Rhein-Pfalz, W alegó que la exhibición de la película debía prohibirse, argumentando que la transmisión prevista de la reproducción televisiva representaba un daño ilegal a su derecho a la personalidad, su derecho a un nombre y su derecho a su propia imagen.

El tribunal regional rechazó su demanda y también lo hizo el tribunal de apelación de Koblenz. Luego W se dirigió al Tribunal Constitucional en Karlsruhe con un recurso constitucional. Argumentó que la concepción del hombre en la Constitución no dejaba lugar a la idea de que los delincuentes, aún después de cumplir el castigo que les imponía la ley, tuvieran que soportar una degradación adicional al ser puestos en una "picota moderna". frente a millones de espectadores televisivos. Él se refirió a las disposiciones sobre la dignidad humana y los derechos de la personalidad en el Código Constitucional de Alemania:

La dignidad del hombre es inviolable. Respetarlo y protegerlo es deber de toda autoridad estatal. Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no viole los derechos de los demás ni ofenda el orden constitucional ni el código moral.

La compañía de televisión impugnó su alegato y se refirió a la garantía constitucional de la libertad de expresión: Toda persona tiene el derecho de expresar y difundir libremente su opinión mediante el habla, la escritura y las

imágenes, y libremente para informarse a sí mismo a través de fuentes de acceso general. La libertad de prensa y la libertad de informar por radio y películas están garantizadas. No habrá censura.

El Tribunal Constitucional revocó las decisiones anteriores y prohibió la transmisión de la película.

## **2.- Conflicto de derechos fundamentales**

### **2.1. Distinción entre reglas y principios**

La diferencia añadida en primer lugar por Ronald Dworkin y la cual desarrolló posteriormente Robert Alexy entre regla y principio se considera de forma acertada una clave para solucionar la problemática medular del dogma de los derechos elementales. En la actualidad, diversos autores exponen los derechos fundamentales como principios. De acuerdo a la teoría de la división estricta, prevalece una diferencia lógica entre regla y principio. Todo principio contiene un deber no definitivo en tanto que las reglas un deber definitivo. Cuando las reglas valen y se aplican, siempre se atribuyen consecuencias jurídicas. A diferencia de un principio, una regla no puede simplemente retrotraerse en un caso individual. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume. Todo conflicto entre principios se determina en la dimensión del peso, empero los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez.

La dimensión de peso propia de los principios le falta a las reglas, que son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible. Los principios, en cambio, presentan un objeto de optimización, el cual puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de dicha realización determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión de principios. Entre el carácter de

principio de una norma y el principio de proporcionalidad en sentido amplio existe un vínculo de implicación recíproco.

## **2.2. Los principios como normas jurídicas**

De manera excepcional se evidencia el interés de que la interpretación de los derechos fundamentales como principios haga que se lleve una moralización sin medida del derecho constitucional. Pensamiento que no tiene una buena base. Los principios jurídico-fundamentales son normas jurídicas que deben llenar todos los criterios de validez propios del ordenamiento jurídico correspondiente. De otro modo no se estaría hablando de un derecho vigente, y por tal motivo dichos principios deberían de ser objeto de una proporción jurídico-elemental. Quien comprende los derechos fundamentales como principios y un llamado a examinar de manera intuitiva sus prejuicios como pretensiones contenidas en el derecho, interpreta erróneamente la teoría del derecho fundamental como principio. Por tanto, las disposiciones del Constituyente deberían precisarse en el procedimiento en lo que respecta a su contenido semántico.

El punto central de todo derecho fundamental yace en que, como resultado de la breve enunciación en su positivación. En estos casos, quien aplica el derecho deberá instaurar una resolución normativa a través de la ponderación de principios.

## **2.3. Los principios como “mandatos de optimización”**

A consideración del docente de Kiel, la cualidad básica que diferencia principios y reglas es que los principios son normas que establecen que algo se realice en las mayores medidas posibles, dentro de las probabilidades jurídicas que existen, en contraste a las reglas, que “contiene disposiciones en el ámbito de lo que es jurídicamente posible”. Entonces podemos afirmar que entre principios y reglas existe una separación a nivel cualitativo, lo cual lleva a Alexy a señalar que “todas las normas son bien reglas o principios”. Se

menciona y de forma razonable que la teoría de Alexy es teóricamente más profundo que el planteamiento de Dworkin en lo relacionado a la diferenciación entre reglas y principios. Particularmente, Alexy se basa en la metáfora de Dworkin sobre la “dimensión de peso” de los principios para que se construya sobre esta su concepto de los principios como órdenes de optimización. Como ha indicado por Alfonso García, señala 4 características básicas: Graduable: Todo principio ordena que algo se efectúe en la mayor medida posible. Es decir existe la probabilidad de un grado mayor o menor de satisfacción del principio dentro de los lineamientos determinados por las posibilidades a nivel jurídico y fáctico. De manera contraria, las reglas no son graduables en su cumplimiento, es decir que las medidas de satisfacción son exactas.

Optimización: Afirma que el cumplimiento de todo principio debe efectuarse en la mayor medida que se pueda, es decir que para que se establezca que los principios se cumplieron en cada caso no es suficiente que se acredite un nivel de satisfacción cualquiera, sino debe ser el más alto posible en razón del contexto fáctico y jurídico.

Deber ser ideal: La orden de optimización que añade todo principio tiene sentido a partir de un enfoque de un “deber ser ideal” que delinea el norte a nivel normativo al que debería tender su aplicación, empero en cuya formulación todavía no se consideran los contextos fácticos (probabilidades reales) y jurídicos (que estén presentes otras normas) que podrían condicionar su aplicación. De manera contraria toda regla cuando establece determinaciones que se refieren a las probabilidades fácticas y jurídicas, resultaría en deberes definitivos o reales.

Carácter prima facie: Los mandatos que incorporan los principios no son definitivos sino prima facie. Es decir, sólo llegan a ser órdenes definitivas una vez que, al considerar toda circunstancia, se determinan las medidas ordenadas de su satisfacción en cada caso, a través de la aplicación de la

máxima proporcionalidad. Sin embargo, la característica “no definitiva” no es exclusividad de los principios, ya que las reglas podrían perder su carácter definitivo y asumir una cualidad no definitiva o prima facie, en todos los casos diferentes al de los principios, pues estos tienen una mayor fuerza derivada, no sólo de los principios sustanciales que fundamentan la regla, sino del respaldo que les permite el principio formal que manda se sigan las determinaciones normativas impuestas por autoridades legítimas.

### **3.- La ley de colisión**

La solución a la colisión de principios constitucionales desde la perspectiva de la ponderación es distinta dependiendo del caso en concreto. Al respecto, Alexy señala que ningún ordenamiento jurídico obtendrá tal grado de perfección que las normas existentes brinden respuesta a todos los casos. Por lo tanto cada decisión se fundamenta en la racionalidad de la pretensión de corrección implícita que tienen las normas dentro del ordenamiento jurídico, para que el sistema jurídico no pierda su legitimidad. Es en este punto, donde el autor plantea que los principios y los valores no tienen ninguna diferencia si se analizan en un caso concreto, desde una perspectiva deontológica o axiológica. Si bien, estos elementos tienen un contenido moral, pueden hacer parte del ordenamiento o tener una estructura jurídica. En este orden de ideas, la pretensión de corrección en el Derecho, se sirve de los principios como herramienta, como mandatos de optimización, a fin de encontrar la mejor solución según las posibilidades fácticas y jurídicas de un caso determinado. Frente a la noción de optimización, autores como García Figueroa, señalan que la optimización le adjudica a los principios una aplicación “más o menos” en cada caso, a diferencia de las reglas, que solo se aplican totalmente o no se aplican. Puntualmente, este concepto se refiere a la forma de establecer la aplicación de un principio, teniendo en cuenta para ello,

los elementos fácticos y jurídicos del caso concreto, que afectan la norma objeto de optimización.

Según Alexy, “los principios son órdenes de optimización cuya característica es que se pueden cumplir en diferentes grados”, lo cual depende del nivel de cumplimiento de las probabilidades a nivel fáctico y jurídico. Las diferencias entre regla y principio, según Alexy, “se muestran de la forma más evidente en la colisión de principios y en las disyuntivas de las reglas”.

Cuando 02 reglas son opuestas, dicha disyuntiva solo puede resolverse “al introducir en una de las reglas una cláusula de excepción para eliminar el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida”. Por el contrario, si 2 principios se oponen, uno de los principios debe ceder ante el otro, empero “ello no quiere decir que se invalide el principio desplazado y tampoco se podría introducir en el principio desplazado una cláusula de excepción. Sino lo que ocurre es que, bajo determinadas situaciones, un principio puede preceder al otro, y en otros casos el desplazo podría ser a la inversa. Lo concluyente en los conflictos entre principios es el peso, ya que vence el de mayor peso de acuerdo a la situación. En resumen “El conflicto de reglas toma su lugar en la dimensión de la validez, en tanto que la colisión de principios toma lugar más allá, es decir en la dimensión del peso”.

Dice Alexy que la problemática del conflicto entre reglas se puede solucionar “a través de reglas tales como "la ley posterior deroga a la anterior" y “una ley especial establece una excepción a la ley general”, empero es factible que se proceda acorde con la relevancia de las reglas en conflicto”. Debemos suponer que con la relevancia hace referencia la jerarquía formal entre las normas confrontadas, por tanto insiste en que “Lo básico es que la decisión se encuentra sobre la validez”.

Otro punto importante que no puede perderse de vista es que al tratarse de reglas con idéntico grado jerárquico e igual alcance para el total de casos, lo

que el magistrado hace es no dar por sentada la invalidez de una de ellas, sino tomar una decisión de manera discrecional lo cual se aplica a casos concretos. La validez de las normas no se trata de que se establezcan al momento de ser aplicadas, sino depende de factores previos.

¿Se puede establecer en el caso de las reglas una correlación de precedencia como la que Alexy detalla cómo cualidad de las relaciones entre principios? Se ha señalado que si se opera en términos de los juicios de validez, las respuestas han de ser positivas: prevalecen las reglas válidas sobre las inválidas. Así también está la interrogante de si ¿Existe tal precedencia en términos generales entre principios? Existe igualmente, cuando se comparan principios de diferente jerarquía.

Es así que entre una norma legal que señale “Los ciudadanos no tienen derecho a la libertad de expresión” y una norma constitucional que mencione “Los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión”, prevalece por motivo jerárquico la segunda. Entre una norma constitucional anterior que mencione “Los ciudadanos no tienen derecho a la libertad de expresión” y una norma constitucional posterior que disponga lo contrario, tiene preferencia, por motivo de validez, la segunda. Alexy señala que “sólo pueden entrar en oposición principios válidos”.

Alexy da respuesta a las objeciones de pueden haber colisiones de principios que se solventan a través de la declaración de invalidez de uno de estos. Afirma que “existen principios que, si surgieran en cierto orden jurídico, deberían declararse inválidos, al confrontarse con otros principios”.

En el caso de aparecer una norma infra constitucional dicho “principio”, sería inválido por su oposición con diferentes articulados constitucionales, empezando por prohibir la discriminación. Pero, puesto que en Alexy los principios podrían existir independientemente de los enunciados normativos y puesto que la contradicción que considera no es la lógico-semántica, sino que sea incompatible en lo sustancial o material.

Sólo así se puede explicar que afirme que dentro del orden jurídico no puede haber contradicciones entre principios válidos e inválidos, aunque sí puede existir tal contradicción entre reglas, y que manifiesta que “la contradicción de normas en sentido extenso que tienen lugar dentro del orden jurídico son siempre oposiciones de principios, dichas oposiciones se dan también dentro de determinado orden jurídico”, así como que “el concepto de colisión de principios admite la validez de los principios que se hallan en colisión”.

Podemos ver entonces, que colisión de principios no quiere decir contradicción, ya que 2 principios que colisionan no son dos principios contradictorios, ya que no cabe contradicción entre 2 normas que dicen que X debe hacerse en la mayor medida posible y que Z debe hacerse en la mayor medida posible, aun cuando la norma primera y la segunda planteen soluciones opuestas. A través de la definición de los principios como mandatos de optimización se elimina la probabilidad de la contradicción lógico-semántica, pero lo fundamental es que previamente se deben pasar los principios por algo así como un test de validez no basado en razones formales, de pertenencia formal del respectivo enunciado normativo al sistema jurídico, sino que se sustenta en razones de compatibilidad axiológica, razones que se basan en que no puede formar parte de un orden jurídico un principio de contenido inmoral o injusto.

#### **4.- La fórmula de Alexy**

La fórmula de peso, llamada por Alexy la fórmula "completa", es la siguiente:

$$W_{1,2} =$$

En la fórmula, el numerador  $I_1 \cdot W_1 \cdot R_1$  es el producto obtenido multiplicando los tres números indicados por  $I_1$ ,  $W_1$  y  $R_1$ , y de forma similar, el denominador  $I_2 \cdot W_2 \cdot R_2$  es el producto de  $I_2$ ,  $W_2$  y  $R_2$ . El número que

representa  $W_{1,2}$  es el cociente del peso del argumento que apoya la aplicación de P1 y el peso del argumento que apoya la aplicación de P2 en el caso.

La letra I representa la intensidad de la interferencia, donde  $I_1$  es la intensidad de la interferencia con el principio P1 en el caso que nos ocupa, si no hay interferencia con P2 e  $I_2$  son la intensidad de la interferencia con P2 en el caso que nos ocupa si no hay interferencia con P1.

El establecimiento de una relación entre  $I_1$  e  $I_2$  se ajusta a la primera ley de equilibrio de Alexy, que se ejecuta de la siguiente manera:

Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer al otro.

A cada uno de  $I_1$  e  $I_2$  se le asigna exactamente uno de los números 4, 2 y 1, donde 4 es el número de interferencia grave, siendo "grave" abreviado por s, 2 es el número de interferencia moderada, "moderado" abreviado por m, 1 es el número de interferencia de luz, "luz" está abreviado por l.

A continuación, la fórmula de Alexy tiene en cuenta el peso abstracto relativo,  $W_1$  y  $W_2$ , de los principios P1 y P2: La intensidad de la interferencia es siempre una cantidad concreta. Como tal, es diferente del peso abstracto de  $P_i$ . El peso abstracto de  $P_i$  es el peso que  $P_i$  tiene en relación con otros principios independientemente de las circunstancias de cualquier caso.

$W_1$  y  $W_2$  también tienen los valores serios (s), moderados (m) y claros (l), representados por los números 4, 2, 1, respectivamente.

Finalmente, por  $R_1$  y  $R_2$ , la fórmula tiene en cuenta la fiabilidad de las suposiciones empíricas. Este componente presta atención a lo que Alexy llama su segunda ley de equilibrio:

Cuanto más pesa una interferencia con un derecho constitucional, mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes.

## 5.- El papel de los números: lo que las fórmulas de Alexy dicen y no dicen

Dentro del marco de Alexy, su fórmula de peso proporciona los medios para obtener información sobre el peso "completo" mediante combinaciones de información parcial sobre el peso concreto, el peso abstracto y la fiabilidad de las suposiciones empíricas. However, la expresión matemática de una relación entre números, que representa  $W_{1,2}$ , y obtenida por multiplicación y división, no puede entenderse en el sentido matemático. Por ejemplo, si, en el caso de Lebach,  $W_{1,2} = -2$ , el mathe sentido matemático de esto sería que el que el peso del argumento para dar la precedencia al principio P1 en el caso que nos ocupa es el doble del peso del argumento para dar prioridad al principio P2. Entendido de esta manera, sin embargo, la afirmación no tendrá sentido de acuerdo con el concepto de significado de la teoría de medición establecida.

El problema de la significatividad necesita una elucidación. Compare las siguientes dos afirmaciones:

(1) La duración actual de mi nieto es la mitad (es decir,  $1/2$  de) mi propia longitud.

(2) La temperatura máxima actual en Suecia es la mitad (es decir,  $1/2$  de) la temperatura máxima hace dos meses.

Si bien el enunciado (1) es significativo, el enunciado (2) no tiene sentido. ¿De qué depende esta diferencia en cuanto a la significación? Notemos las siguientes similitudes entre (1) y (2).

- Ambos (1) y (2) dicen que algo es mitad algo más.
- En ambos casos hay escalas de medición establecidas.
- Ni (1) ni (2) especifica ninguna unidad de medida.

La diferencia con respecto a la significación depende del hecho de que la verdad del enunciado del cociente en (1) es independiente de la escala de medida particular para la longitud utilizada (metro o pie); la declaración es verdadera o falsa de todos modos. Por otro lado, la verdad de (2) depende de qué escala particular se use. Como no se menciona dicha escala, (2) no tiene sentido. Si la declaración es verdadera para una escala particular (por ejemplo, centígrados), será, en general, falsa para otra (por ejemplo, Fahrenheit).

La oración (1) establece un cociente o cociente, y esto está de acuerdo con el hecho de que la longitud debe medirse en una escala de razón. Si algo se mide en la escala de relación del tipo de escala, se puede ir de una escala particular a otra al multiplicar con un número constante. Por lo tanto, en el caso de la longitud, para ir de metro a pie, se multiplica con el número 3.28. En consecuencia, si la longitud de X es de 1 metro, y la longitud de Y es de 2 metros, hay un número (a saber, 3,28) tal que, en el pie, la longitud de X es  $1 \cdot 3,28$  y la longitud de Y es  $2 \cdot 3,28$ . Es decir, el cociente de la longitud de X y la longitud de Y permanece igual (es decir,  $1/2$ ), independientemente de si se mide en metro o pie.

El enunciado (2) también establece un cociente. Sin embargo, la temperatura no se mide en una escala de razón, sino en una escala de intervalo. Por lo tanto, la verdad de la estabilidad del cociente en (2) depende de qué escala de medida particular se usa para la temperatura.

Más exactamente, cuando algo se mide en la escala de intervalos de tipo de escala, debe proceder de la siguiente manera para pasar de una escala particular a otra. Primero multiplicas por un número constante; luego, al producto, agrega otro número constante. Así, para ir de centígrados a Fahrenheit primero se multiplica por el número 1.8 y luego se agrega el número 32. En consecuencia, si la declaración del cociente (2) anterior es verdadera para centígrados, no será, en general, verdadera para Fahrenheit (y

viceversa). versa) .27 Como consecuencia, dado que (2) no especifica la unidad de medida, esta afirmación no tiene sentido.

La definición estándar de significado en la teoría de medición es la siguiente:

... una declaración que involucre escalas numéricas es significativa si su verdad o falsedad no se modifica después de que una (o todas) las escalas se transforman mediante una transformación admisible.

## **6.- El modelo de Alexy como modelo de subsunción**

### **6.1.- Fórmula de subsunción y fórmula de peso**

Alexy hace un punto de comparar el pesaje y el equilibrio con la subsunción. Las similitudes se establecen de la siguiente manera:

En ambos casos, se puede identificar un conjunto de premisas a partir de las cuales se puede inferir el resultado. Ni la Fórmula de subsunción ni la Fórmula del peso aportan nada directamente a la justificación del contenido de estas premisas.

Las premisas reales de la fórmula de peso no son los números, sino los juicios sobre los grados de interferencia, la importancia de los pesos abstractos y los grados de fiabilidad. La Fórmula de subsunción y la Fórmula del peso están, en este sentido, en el mismo pie de igualdad, ya que los juicios siguen siendo en ambos casos la base.

En mi opinión, estas afirmaciones son más bien obviamente ciertas, ya que, de acuerdo con la fórmula de subsunción y la fórmula de peso, las

soluciones normativas se derivan de premisas que son juicios. La declaración de las diferencias de Alexy es de más interés:

La fórmula de subsunción representa un esquema que funciona según las reglas de la lógica; la fórmula de peso representa un esquema que funciona según las reglas de la aritmética.

La Fórmula de subsunción conecta ... [juicios] directamente a través de las reglas de la lógica, la Fórmula del peso indirecta o análoga mediante la interpretación de los juicios a través de los números. Esta parece ser la diferencia formal más interesante entre las dos fórmulas. Esta diferencia es una expresión de dos dimensiones del razonamiento legal, uno clasificatorio y otro que se gradúa, que puede y debe combinarse de muchas maneras para realizar tanta racionalidad en la argumentación legal como sea posible.

Con todo respeto, en mi opinión, estas declaraciones son muy cuestionables. En primer lugar, como he intentado mostrar arriba, el uso de números no es esencial; además, utilizarlos de la forma en que Alexy lo hace (con multiplicación y división) da como resultado declaraciones sin valor, si las operaciones numéricas se entienden en el sentido establecido. Por lo tanto, no puedo aceptar la afirmación de Alexy de que la fórmula de subsunción funciona de acuerdo con las reglas de la lógica mientras que la fórmula de peso funciona de acuerdo con las reglas de la aritmética. Si la fórmula de peso de Alexy está representada en la Sección 4, puede de hecho, se expresa como una fórmula de subsunción. Así, las combinaciones de palabras abreviaron *ssr*, *smr*, *msr*, *ssp*, *mmr*, *slr*, etc. (refiriéndose a la interferencia, el peso abstracto y la confiabilidad, respectivamente), formuladas adecuadamente en oraciones genéricas, junto con oraciones que establecen un orden comparativo de fuerza entre ellos (ver la Sección 4), pueden usarse como premisas en un esquema de inferencia donde se deriva una solución normativa (a saber, una solución con respecto a cuál de

dos principios P1 y P2 tendrán prioridad en el caso que nos ocupa). Obviamente, las palabras usadas ("serias", etc.) son vagas, pero, como es bien sabido, en la ley este es el caso más a menudo que no.

Se puede afirmar que, como las premisas y la conclusión inferida en el modelo de Alexy se pueden expresar como una fórmula de subsunción, lo que Alexy de hecho ha logrado es la transformación del pesaje y el equilibrio en una subsunción del tipo habitual. En mi opinión, la transformación de hecho de Alexy de pesar y equilibrar en subsunción es uno de los puntos fuertes de su modelo. La preocupación de Alexy con los números y las operaciones matemáticas parece haber ocultado el punto de que su modelo es una transformación.

Como secuela, quiero cuestionar la afirmación de Alexy de que clasificar y grapar son "dos dimensiones del razonamiento jurídico", donde el primero se representa mediante la subsunción y el segundo al ponderar y equilibrar. En la siguiente subsección, hablaré un poco sobre este tema.

## **6.2.- Orden y clasificación comparativas**

Como se indicó anteriormente, la clasificación de Alexy es un orden comparativo; si se usan números, corresponde a una escala ordinal. Por lo tanto, cuando la intensidad de la interferencia se clasifica como grave, moderada o leve, se presupone que "grave" es más intensa que "moderada", y "moderada" es más intensa que "leve". Cuando se usan números, el número asignado a un evento que interfiere más intensamente debe ser mayor que el número asignado a un evento que interfiere menos intensamente. De esta forma, la relación "más intensa que" entre los eventos interferentes se refleja en la relación "mayor que" entre los números asignados a los eventos.

En la ley, los ordenamientos comparativos y la clasificación son bastante comunes fuera del ámbito de ponderación y equilibrio; hay muchas otras instancias. Un ejemplo en la ley sueca son los delitos de drogas, clasificados

comparativamente como "leve", "normal" y "grave". Cada una de estas clases de delitos de drogas corresponde a una descripción, y se puede usar la fórmula de subsunción. La clasificación no es un caso de pesaje y equilibrio, sino de subsunción en el sentido habitual.

Si las etiquetas de las fórmulas de peso de Alexy realmente se darán en textos legales con autoridad (legislación, precedentes), el problema del juez en casos futuros sería un problema ordinario de subsunción bajo un concepto vago. Quizás el Tribunal Constitucional alemán no utiliza estas etiquetas para la clasificación en casos de pesaje y equilibrio. Si es así, las etiquetas de Alexy constituyen una propuesta constructiva de un académico. Si las etiquetas de Alexy recibieran apoyo autoritario y los tribunales establecieran casos ejemplares de subsunción según estas palabras, se obtendrían importantes ventajas, a saber, una mayor previsibilidad de los resultados y un manejo más fácil de los casos futuros.

Una posible objeción a la subsunción según la fórmula de peso de Alexy es que la división en meras tres clases en cada una de las dimensiones de interferencia, peso abstracto y confiabilidad de las suposiciones, es demasiado grosera, ya que las comparaciones hechas por los tribunales en el pesaje y balanceo los casos representan (o deberían representar) comparaciones más sutiles. El propio Alexy plantea la cuestión de si la división ("grave", "moderada", "ligera") puede hacerse más fina por subdivisiones. Sin embargo, renuncia a esto, ya que tales divisiones adicionales pueden hacer que las etiquetas de palabras sean incomprensibles:

¿Cómo, por ejemplo, se supone que uno debe entender "seriamente moderado"? Parece que esta conjunción de tres clases excede nuestro poder de comprensión; si no, una conjunción de cuatro clases seguramente lo haría. Sin embargo, las proposiciones que expresan las clasificaciones deben ser comprensibles, porque deben ser justificadas, y la justificación presupone la comprensión. Esta es la razón de los límites de los refinamientos de escala.

Fuera de la ley, la asignación de etiquetas de palabras a más clases que tres ocurre en ordenamientos comparativos conocidos que corresponden a escalas ordinales. Un ejemplo es la escala de viento de Beaufort, con una variedad de etiquetas para la fuerza del viento: "calma" (número 0), "aire ligero" (número 1), ... y así sucesivamente, hasta "tormenta violenta" (número 11) y "huracán" (número 12). En la escala de Beaufort, estas doce clases se definen operativamente en términos de velocidad del viento, medidas en nudos o en millas por hora.

Del mismo modo que el sistema de Beaufort, el sistema de Alexy es del tipo de etiquetas de palabras. Obviamente, sin embargo, las clases "grave", "moderada", "ligera", así como "confiable", "plausible", no evidentemente falsa ", no están definidas operativamente. En el modelo de Alexy, las etiquetas de palabras en sí mismas son el medio principal para identificar las clases; no son secundarios a otras definiciones operativas. Esta es la razón de las dificultades para hacer que la clasificación con etiquetas de palabras sea más fina que con solo tres clases, como "grave", "moderada" y "ligera".

Una alternativa al modelo de Alexy podría ser abstenerse por completo de usar etiquetas verbales ("serias", etc.) con clases prefijadas y simplemente usar declaraciones comparativas en términos de "más" o "menos". (Esto podría llamarse ponderación y equilibrio genuinos). En el caso Lebach, en lo que respecta a la interferencia, esto equivaldría simplemente a dar argumentos para una declaración como la siguiente:

(\*) La interferencia con P1 en el caso x (que muestra la película) es mayor que la interferencia con P2 en el caso y (prohibición)

Posiblemente, tal argumentación puede dar diferenciaciones más finas y más sutiles que un argumento para la afirmación:

(\*\*) La interferencia con P1 en el caso x (que muestra la película) es grave, mientras que la interferencia con P2 en el caso y (prohibición) es moderada.

Supongamos, por lo tanto, que la intensidad de la interferencia con P1, aunque algo mayor, era bastante cercana a la intensidad de la interferencia con P2. Entonces la subsunción según (\*\*) parecería inapropiada.

En el caso Lebach, donde la intensidad de la interferencia es el problema principal, las etiquetas de Alexy no son utilizadas por el Tribunal Constitucional. Por el contrario, la intensidad de la interferencia con las perspectivas de vida de W, si se muestra la película de televisión, se compara directamente con la intensidad de la interferencia con la libertad de expresión y el derecho a la información, si la película está prohibida. Por lo tanto, recordamos las citas anteriores, Sección 2 (en las notas 22 y 23). Entre los pronunciamientos posteriores del tribunal a este respecto se pueden citar los siguientes:

Principalmente, después de la satisfacción del interés de la información sobre eventos actuales, su derecho [del delincuente] a "quedarse solo" adquiere cada vez más importancia y establece límites al deseo de los medios de comunicación, y la necesidad del público de hacer su área individual de la vida es el objeto de la promoción o incluso del entretenimiento.

Para resumir: el modelo de subsunción de Alexy parece proporcionar más para la predictibilidad, mientras que el modelo de una comparación "más" o "menos" sin etiquetas de palabras y clases prefijadas proporciona más para las diferenciaciones finas.

#### **4.- CONCLUSIONES, RESULTADOS, HALLAZGOS Y RECOMENDACIONES**

##### **4.1.- Discusión de los resultados**

##### **DISCUSIÓN SOBRE EL PROBLEMA GENERAL:**

## **¿Cuál es el tipo de ponderación de los derechos fundamentales según el modelo de Robert Alexy?**

La ley de ponderación –señala Alexy (2009: 30), puede sintetizarse en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Bajo esas premisas Robert Alexis mantiene su teoría enfocándose al estudio de la ponderación, haciendo una distinción entre los tipos de normas y los principios. Estableciendo criterios para la distinción entre ellos.

Así tenemos el criterio de generalidad, el criterio de determinabilidad en la aplicación, el criterio de la Génesis (origen), el criterio de la explicitud valorativa, criterios que indican argumentación o formas de comportamiento, mandato de optimización.

La ponderación centra además su estudio desde las obligaciones morales distinguiendo a David Ross (2003) quien manifestó que las obligaciones morales no son obligaciones absolutas, sino que son obligaciones *prima facie*, es desde este punto de partida que se cuestiona las obligaciones morales concernientes a los derechos fundamentales y haciéndolas entrar en conflicto para así hallar una ponderación adecuada a los principios.

Para hablar de ponderación se debe de tener en cuenta a la ponderación como técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales. Mediante esta técnica se permite la construcción de derechos fundamentales como principios.

Alexis a través de estos enunciados trata de demostrar la posibilidad de realizar juicios racionales, que mediante la aplicación del juez se pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse.

Alexis hace una notable distinción entre principios y reglas, destacando que existen dos tipos de normas 1) los que constituyen y organizan el Estado y 2) las que limitan y dirigen el poder estatal. En la ponderación la distinción básica se

realiza desde el criterio de generalidad o universalidad que se contrapone al criterio de especificidad o particularidad detallando que una regla es diferente a un principio básicamente por los criterios señalados.

El criterio de generalidad esta dado para los principios y el criterio de especificidad para las reglas o normas.

Partiendo del enunciado, Alexis acusa la concepción de los principios a las cuales les aplica la dimensión del valor; es decir en un derecho fundamental como el Derecho a la Vida se ubicaría la dimensión del principio o valor. Mientras que una obligación de realización de Derecho Penal por ejemplo, se le atribuiría la dimensión de carácter instrumental. Esto con el fin de entender que los principios cumplen un fin jerárquico superior a las reglas, es por ello que los principios tienden a no ser positivizados.

Y el encontrarse en conflicto un principio con otro se halla el conflicto de valores los cuales el legislador tiene que sopesar para dar con una solución.

Es por ello que la ponderación de derechos como técnica busca la solución al conflicto de principios o valores establecidos en el ordenamiento jurídico.

Es así que la ponderación debe de cumplir una optimización para dar con un criterio razonable apoyado por los parámetros de la lógica jurídica Alexy afirma que no pretende crear una “matemática del derecho”, en palabras de Jhering, sino tomar del “manejo lógico” lo que hay en él de correcto e indispensable para la jurisprudencia. En este sentido, el autor afirma que la teoría estructural que propone continúa la tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos

Entre esta clasificación Alexis demuestra los elementos necesarios que debe de cumplir la ponderación como son: subprincipios de adecuación, necesidad y la proporcionalidad.

Teniendo en cuenta que los principios (i) no tienen un campo de aplicación determinado, por lo que es una cuestión controvertida si un principio se aplica a un

cierto caso; (ii) no establecen soluciones unívocas para las cuestiones de derecho; y, además, (iii) aun cuando puedan ser aplicables a un caso, puede ser que no se apliquen.

La naturaleza de un principio es que se hallan enmarcados en el ordenamiento jurídico, pero gracias a su característica de universal o criterio de generalidad es que se busca una solución al hallarse un conflicto.

Una norma de derecho fundamental, según su estructura puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de la posibilidad jurídica existente. Por tanto, los principios son órdenes de optimización. Sin embargo, las reglas son normas que sólo pueden cumplirse o no. Si una regla es válida, se debe realizar con precisión lo que ésta exige. Es así que las reglas contienen precisiones en el ámbito de lo posible, sea en lo fáctico o lo jurídico. La diferencia entre reglas y principios no es de grado, sino cualitativa

Además de precisar que los principios tienen una dimensión de peso o de categoría de la que no poseen las reglas. Una colisión entre principios ha de resolverse dando preferencia a uno de ellos, sin despojarse de la validez de ambos.

La ley de ponderación de Alexy menciona que mientras mayor sea el grado de afectación de un principio, tanto mayor debe de ser la satisfacción del otro.

Para ello el autor implica tres características básicas de su enunciado 1) Que se defina el grado de insatisfacción o de afectación de uno de los principios. 2) la relevancia de la satisfacción del principio que va en sentido opuesto, 3) si la relevancia de la satisfacción del principio opuesto justifica la afectación o la insatisfacción del otro.

Mediante la ponderación de derechos lo que se busca es garantizar las decisiones del operador jurídico y que dichas decisiones estén debidamente justificadas siendo ello una exigencia para reforzar la legitimidad de las decisiones

judiciales.

## **DISCUSIÓN SOBRE LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS**

### **DISCUSIÓN SOBRE EL PRIMER PROBLEMA ESPECÍFICO:**

**¿Qué es el conflicto de derechos fundamentales en la noción de Robert Alexy y cuáles son sus presupuestos dogmático-filosóficos?**

El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve al hacer que un principio pueda invalidar a otro, sino se pondera a qué principio se le debe brindar un mayor peso específico. En tal sentido, el autor señala de que, bajo determinadas circunstancias, un principio puede preceder a otro. A esto Alexy llama la ley de colisión (p. 89). Dicha ley de colisión es de importancia básica en la Teoría de Alexy, ya que manifiesta que los principios primero, son mandatos de optimización entre los que no existen relaciones totales de precedencia y, segundo, que se refieren a acciones y contextos que no se pueden cuantificar.

La Ley Fundamental al parecer determina al menos un principio absoluto, al indicar en el art. 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental: “La dignidad humana será inviolable”. Para plantear esta cuestión, el autor asevera que la norma de dignidad humana puede ser tratada como regla o como principio.

Cuando la dignidad humana es tratada como regla es si la norma es violada o no, si se lesiona o no la dignidad humana. Para el autor la dignidad humana es vaga ya que respalda su enunciado al decir que no es posible dar una respuesta a la pregunta en que circunstancia se viola la dignidad humana, y para ello hay que remitirnos al caso concreto. Al decir que el principio de dignidad humana no es absoluto, Alexy realiza un análisis redactando que bajo determinadas circunstancias dicho principio precede a los demás principios, no implica que este sea absoluto sino que “simplemente significa que casi no existen razones jurídico - constitucionales inmovibles para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones”

Bajo estos parámetros Alexy sostiene que la ley fundamental contiene principios y reglas de derecho fundamental diversas, añadiendo que existen normas que tienen un carácter doble como en el caso de la dignidad humana.

En la teoría analítica de Alexy, existen 03 tipos de posiciones jurídicas o derechos: 1) derechos a algo; 2) libertades y 3) competencias

Los derechos a algo, se sub dividen en derechos de defensa y derechos a acciones positivas.

Los derechos de defensa se sub dividen además en 03 grupos

El primero se constituye por derechos que el Estado no impide ni obstaculiza ciertas acciones del titular del derecho; el segundo, por derecho a que el Estado no debe afectar ciertas situaciones del titular del derecho (v.gr. la inviolabilidad del domicilio); y el tercero se compone por derechos a que el Estado no debe eliminar ciertas posturas jurídicas del titular del derecho (v.gr. la situación jurídica de propietarios, la cual necesita de una configuración jurídica).

Los derechos de acciones positivas se sub dividen en 02 grupos: el de aquéllos cuyo objeto son acciones fácticas y el de aquellos cuyo objeto son las acciones normativas. Los derechos a acciones normativas son derechos a actos estatales de obligación de una norma. En los derechos de acción fáctica no es relevante la forma jurídica en que se efectúa la acción para la satisfacción del derecho (v.gr. la pretensión individual para la creación de plaza de estudio).

En el segundo grupo los derechos de libertades, basados en la posibilidad de hacer algo denominando a ello “libertad negativa”

Los derechos de libertad jurídica los divide en protegida y en no protegida.

En cuanto a las competencias las vincula con autorización, facultad o capacidad jurídica.

Alexy analiza también como es que un derecho fundamental puede ser restringido por una norma, siempre en cuando esta norma sea constitucional. En base a ese análisis entiende que hay dos tipos de restricciones fundamentales las que son directamente constitucionales y las que son indirectamente inconstitucionales. Explicando que las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales dividiéndolas a su vez en restricciones y cláusulas restrictivas, la restricción corresponde a la perspectiva del derecho y a la perspectiva de la norma. Entendiéndose esto que cómo está restringido o puede ser restringido lo que está protegido en la norma.

Es básicamente con esta explicación que Alexy da solución al problema de los conflictos de derechos fundamentales. Entonces estas subdivisiones, así como la abstracción de una institución jurídica basado en principios hace que el conflicto sea visible y pueda manipularse por parte del operador jurídico.

Sin embargo, el fin básico de la distinción de la ponderación de los derechos para la resolución de conflictos es dar facilidad y tutelar con mayor garantía un derecho.

## **DISCUSIÓN SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA ESPECÍFICO:**

**¿Qué es la ley de colisión y cómo ha de entender racionalmente, desde un punto de vista de la lógica jurídica actual?**

Según Alexy la ley de colisión se enfoca básicamente a las colisiones de principios, distinguiéndose estos de los conflictos de reglas. La máxima de dicho enunciado da a entender que cuando colisionan dos principios uno de ellos debe de ceder ante el otro, ello no significa que debe de declararse invalido el principio al cual se desplazó. Aunque Alexy asocia esto y da solución mediante la fórmula del peso.

La ley de colisión planteada por Alexy también la relaciona con la vinculación necesaria entre principios o en otras palabras como los mandatos de optimización y el juicio de proporcionalidad.

La optimización deriva de tres máximas parciales que son adecuación, necesidad y proporcionalidad o ponderación.

La máxima de proporcionalidad se enfoca a optimizar cuando dos principios entran en colisión al darse una intervención legislativa. Al darse la protección de un derecho fundamental o un bien colectivo y al imponerse esta una restricción.

Por otro lado, la adecuación es tratada para seleccionar los medios idóneos para satisfacer el principio o derecho fundamental. Es decir, mediante la adecuación se orientará a examinar si el supuesto constituye un medio idóneo.

La necesidad se da en cuanto se hallan dos supuestos idóneos en relación al principio, pero uno de ellos afecta menos que el otro al principio. Es decir, desde la teoría de la optimización se dará selección a los supuestos mediante una posibilidad fáctica de permitido o prohibido.

Entonces el juicio de proporcionalidad revela la optimización mediante las posibilidades jurídicas según los principios que se juegan en sentido contrario. Y para ello Alexy plantea la ley de ponderación determinando los grados de satisfacción o afectación de uno de los principios.

La teoría de la ponderación expresa mediante reglas un resultado y esto responde a la llamada ley de colisión que establece las condiciones de un principio que precede a otros bajos los supuestos de hecho que se expresan mediante la consecuencia jurídica del principio precedente.

Alexy también determina a los principios como mandatos de optimización esto con el fin de darles un tratamiento y mantener una manipulación controlada para ejercer una tutela o una correcta aplicación.

Así los principios como mandatos de optimización deben de cumplir con características específicas como la gradualidad, la optimización, el deber ser ideal y el carácter prima facie. Dichas características configuran la esencia de la ley colisión. Ya que mantiene en el margen a los principios que se encuentran en ponderación.

### **DISCUSIÓN SOBRE EL TERCER PROBLEMA ESPECÍFICO: ¿Qué es la actual formula de peso y cuáles son sus límites y alcances?**

**Alexis realiza un análisis en torno a los derechos y sus dimensiones destacando entre ellos a los principios y estableciendo límites para cada uno.**

La explicación que da Alexis sobre la fórmula del peso es que: consiste en analizar el peso de las razones que justifican interferir un derecho fundamental en beneficio de otro. Dicho peso se determinará mediante la escala de valores “leve”, “media”, y “grave”. Tomando en consideración el peso del grado de intervención y el peso de la importancia de las razones que justifican la interferencia.

Para esto analicemos la siguiente fórmula planteada por Alexis:

$$W_{1,2} = \frac{I_1 \cdot W_1 \cdot R_1}{I_2 \cdot W_2 \cdot R_2}$$

Donde:

$I_1$  = es el grado de interferencia

$W_{1,2}$  = peso concreto del principio, cuya violación es objeto de examen para el Pi

$R_1$  = la fiabilidad de las suposiciones

Es básicamente mediante esta fórmula que Alexy intenta dar solución a los conflictos presentados por los principios ya que en su obra el autor hace un estudio detallado de los principios y las reglas, definiendo a cada uno y caracterizando de

acuerdo a argumentos necesarios para la configuración y solución de los conflictos basados en principios.

Sin embargo, la fórmula de Alexy cumple un rol necesario en la calificación y resolución de un problema jurídico. Esto en base al modelo de ponderación.

Explicando un poco el modelo de ponderación se basa en el conflicto entre dos derechos, supongamos el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. De acuerdo a la complejidad de la realidad y adecuando el caso a una solución necesaria tenemos, que el principio libertad de expresión simbolizada por el valor P1 y el derecho al honor mediante el valor P2. Es mediante la ponderación y sus elementos establecidos en la fórmula que la interferencia o también conocida como intervención estará dada por el valor simbólico I1 que pertenece al principio primero o P1; asimismo el símbolo I2 para el principio dos. Cada uno de estos valores simbólicos será medido mediante el añadido 1, 2 o 4 los cuales reflejaran el grado en el cual se hace la interferencia del principio P1 para sopesar con el I2 del principio segundo.

Alexy desarrolla esta teoría con el fin de aportar soluciones a conflictos jurídicos basados en derechos, sin embargo existen factores o elementos de la teoría que el autor desarrolla que de acuerdo a Sieckmann se plantea objeciones de la conocida formula de peso de Alexy describiendo que dicha fórmula ofrece un esquema inferencial que deriva resultados a partir de la fundamentación de determinados factores, no obstante estos presupuestos de racionalidad basados en la deducción generan dudas desde el punto de la racionalidad discursiva o procedimental. Añade, además, que la fundamentación de normas es posible con presencia de un modelo deductivo y que la ponderación si es entendida como un mecanismo deductivo no sería posible establecer una diferencia conceptual con la subsunción.

El trabajo de Alexy es un avance a la teoría jurídica, aunque diversos autores mantengan una oposición a ella, Federico De Facio en su artículo destinada a ¿es posible aplicar derechos fundamentales sin ponderar? Nos da una visión que debe

aceptarse la ponderación ya que la exigencia de los derechos sociales fundamentales no permite el abandono de la ponderación, detalla que, aunque esta teoría es ciega a la argumentación en un caso individual resultando así un déficit para dar cuenta en forma acabada de tales derechos. Pueden resolverse conflictos sin entrar en una ponderación ya que al no contarse con las circunstancias del caso individual se recurriría a vacíos o defectos de solución.

Dentro de los alcances producidos por la teoría de la ponderación y la fórmula del peso, Gorra Daniel nos dice que cuando la terminología jurídica es oscura y se da un intento de positivizar valores y principios en el texto jurídico obliga a los operadores a remitirse a niveles abstractos. Es donde Alexy aparece con la teoría argumentativa para pesar los principios, y es donde la tutela de los derechos no se halla en el derecho, sino, en la interpretación moral del juez.

#### **4.2.- CONCLUSIONES:**

- 1.- El tipo de ponderación de derechos planteado por Robert Alexy es aquel que cuantifica el grado de satisfacción o restricción de un principio. Ello basado en criterios de generalidad y especificidad; la ponderación también se centra en una distinción de las obligaciones morales detallando que las obligaciones morales no son obligaciones absolutas por lo tanto pueden cuestionarse así entrar en conflicto.

Se determinó que la ponderación es una técnica para dar solución a conflictos, dicha técnica contiene tres etapas las cuales son determinar el grado de no satisfacción, determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y determinar la importancia del principio contrario que justifica la no satisfacción del otro principio.

Alexy en su obra donde establece la ponderación de derechos realiza una distinción entre principios y reglas, diferenciando dos de ellas las que constituyen y organizan el Estado y las que limitan el poder estatal. Y los principios siempre son tratados bajo el criterio de generalidad de acuerdo a lo plasmado por Alexy.

La ponderación de derechos busca dar solución a los conflictos de principios, a través de una optimización apoyándose en parámetros de la lógica jurídica. La ponderación debe de cumplir con elementos para establecer soluciones coherentes entre estas tenemos subprincipios de adecuación, necesidad y la proporcionalidad.

Entonces mediante la ponderación de derechos Alexy busca garantizar la tutela de derechos estableciendo a través de un razonamiento lógico, que somete a los principios que se hayan en conflicto.

- 2.- El conflicto de derechos fundamentales, es cuando se hallan dos principios o dos derechos fundamentales en conflicto dentro de un caso, a estos principios Alexy los denomina bajo los términos “mandatos de optimización”.

Alexy para establecer estos mandatos de optimización hace un estudio desde los principios (derechos) realizando una clasificación donde existen derechos a algo, libertades y competencias. Cada una de estas categorías él las divide para poder identificar y se pueda realizar una manipulación con mayor grado de precisión de los principios establecidos en el ordenamiento jurídico.

Además, Alexy hace una distinción entre principio y reglas, y las formas en que puede un derecho ser restringido por una norma siempre en cuando esta norma sea constitucional.

- 3.- La ley de Colisión en términos de Alexis son aquellos conflictos producidos de dos principios jurídicos. Entre las máximas planteadas por Alexy es que al colisionar dos principios uno de ellos debe de ceder ante el otro. Siendo esa la verdadera esencia de la ley de Colisión planteada por Alexy.

En esta ley de colisión Alexy relación el vinculo necesario entre mandatos de optimización y el juicio de proporcionalidad. Siendo que la adecuación será tratada bajo la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad. Además, que con la máxima de proporcionalidad se intentara optimizar a los principios que se dan en colisión.

La forma de resolución que plantea Alexy a la Ley de Colisión lo relaciona a la fórmula de peso con el cual establece los criterios para llegar a una solución necesaria.

- 4.- La fórmula de peso que explica Alexy lo realiza con el fin de resolver conflictos entre principios, no sin antes dar un estudio detallado y la forma de poder entender los conflictos de derechos fundamentales, las máximas de optimización y la distinción y clasificación de los principios y reglas.

Mediante ello Alexy plantea la fórmula de Peso mediante simbolismo matemático, el cual le permite distinguir un panorama amplio para llegar a una ponderación lógica y razonable. Aunque dicha fórmula de peso causa diversas críticas a muchos autores hay autores que afirman que es necesaria la aplicación de la fórmula de peso para tutelar con mayor claridad un conflicto entre principios y esto sea aplicado por los operadores jurídicos.

#### **4.3.- RECOMENDACIONES**

- 1.- Se recomienda la aplicación de la Ponderación de Derechos de Robert Alexy en nuestro ordenamiento jurídico peruano, ya que la motivación de una sentencia exige un razonamiento exhaustivo y por ello la teoría planteada por Alexy se muestra como una técnica que puede ser útil al presentarse un conflicto de derechos fundamentales.
- 2.- Se recomienda que el operador jurídico motive con criterios de optimización al darse un conflicto de derechos fundamentales ya que el estudio planteado por Alexy profundiza en un análisis de los principios y reglas con bases lógicas que ayudarían a resolver casos de conflictos de derechos fundamentales.
- 3.- Se recomienda el entendimiento y aplicación de la ley de colisión planteada por Alexis en el sentido que se tendrá un panorama más visible al darse la colisión de principios, ayudando a optar por caminos adecuados al encontrarse con la colisión de dos principios.

- 4.- Se recomienda ampliar los conocimientos de la fórmula de peso de Alexy con el fin de optimizar una solución jurídica fundamentada en razonamientos jurídicos y así tutelar con mayor claridad un conflicto entre principios.

## **5.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Imprenta Fareso. S.A.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13-64.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho*, 3-14.
- Alexy, R. (2014). Constitutional Rights and Proportionality. *Revus*, 51-65.
- Alexy, R. (s.f.). Constitutional Rights and Constitutional Review.
- Alexy, R. (s.f.). The Existence of Human Rights. 9-12.
- Atienza, M. (s.f.). Criticas planteadas por Manuel Atienza a la Teoría de la Argumentación jurídica de Robert Alexy.
- Lindahl, L. (2015). On Robert Alexy's weight formula for weighing and balancing. *ResearchGate*, 173-193.
- Igartua Salaverri, J. (s.f.). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*.
- Joshi Jubert, U. (2008). *Materiales para el estudio de los derechos fundamentales de la persona*.
- Koninck, T. (2006). *De la Dignidad Humana*. Madrid: Dykinson.
- Rodriguez Gaona, R. (2006). *El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Madrid: Dykinson.

## **6.- FECHA Y FIRMA.**

01 de octubre del 2018