

JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

**LA PONDERACIÓN
Y LA AUTORIDAD
EN EL DERECHO**

**El rol de los principios formales
en la interpretación constitucional**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	17
PREFACIO	25
INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE LOS PRINCIPIOS FORMALES	27
1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO FORMAL EN EL MARCO DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS	27
2. EXISTENCIA Y NECESIDAD DE LOS PRINCIPIOS FORMALES.....	30
a) La relación intrínseca entre principios materiales y formales.	32
b) El contenido de los principios formales.....	33
3. LOS PRINCIPIOS FORMALES EN EL MARCO DEL DISCURSO JURÍDICO.....	34
4. TESIS	35
5. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN	37

PRIMERA PARTE

ELEMENTOS BÁSICOS DE TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Sección I. Marco teórico-jurídico

I. LOS POSTULADOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS	41
II. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS	45
1. LA DISTINCIÓN ESTRICTA ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS.....	45
2. EL MODELO DE RONALD DWORKIN	46
2.1. El carácter todo-o-nada de las reglas.....	48
2.2. La dimensión del peso.....	48

	Pág.
3. EL MODELO DE ROBERT ALEXY.....	49
3.1. El criterio del mandato de optimización	49
3.1.1. Definición estándar.....	49
3.1.2. Mandatos de optimización y mandatos a ser optimizados	50
3.2. El mandato de optimización como deber ser ideal.....	51
3.3. Las objeciones de Alexy contra el modelo de Dworkin.	53
III. OBJECIONES EN CONTRA DE LA DISTINCIÓN ESTRIC- TA ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS	54
1. LA TESIS DE LA DISTINCIÓN DÉBIL.....	54
1.1. El modelo de distinción débil de Ulrich Penski	55
1.2. La tesis de distinción débil de Joseph Raz.....	57
2. TESIS DE LA COINCIDENCIA O ARMONÍA DE AULIS AARNIO.....	59
3. LA OBJECCIÓN DE MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO	61
3.1. Nivel teórico-normativo: los principios como reglas.	61
3.2. Nivel estructural: la completitud del supuesto de hecho	62
4. LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS Y LA DISTIN- CIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS	63
IV. CONFLICTOS Y COLISIONES ENTRE NORMAS.....	65
1. CONFLICTOS ENTRE REGLAS.....	66
2. COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS.....	66
V. EL PROCEDIMIENTO DE PONDERACIÓN	67
VI. CONCLUSIÓN	68

Sección II. La racionalidad de la ponderación

I. LA JUSTIFICACIÓN INTERNA Y LA JUSTIFICACIÓN EX- TERNA.....	71
1. LA JUSTIFICACIÓN INTERNA	72
2. LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA.....	74
II. LA PONDERACIÓN COMO PARTE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	75
III. LA PONDERACIÓN COMO PROCEDIMIENTO RA- CIONAL	77
IV. ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN.....	79
1. LA LEY DE PONDERACIÓN.....	79
2. LA ESCALA DE AFECTACIÓN.....	80

	Pág.
3. LA FÓRMULA DEL PESO	84
3.1. La forma abreviada.....	85
3.2. La forma extendida.....	91
3.3. Los problemas de la ampliación de la fórmula del peso	92
3.3.1. El problema de la pluralidad de los principios contrapuestos.....	92
3.3.2. El problema de la pluralidad de titulares.....	96
3.4. La ley de constelaciones posibles en la ponderación....	101
3.4.1. Primera constelación.....	102
3.4.2. Segunda constelación	104
3.4.3. Tercera constelación.....	104
3.4.4. Constelaciones adicionales	105
3.4.5. Conclusión	106
4. LA LEY DE COLISIÓN.....	106
5. CARGAS DE ARGUMENTACIÓN.....	108
V. LÍMITES MATERIALES DE LA PONDERACIÓN	109
1. LA OBJECCIÓN DE IRRACIONALIDAD	110
1.1. Los principios como valores y la irracionalidad de la ponderación: la crítica de Jürgen Habermas.....	110
1.1.1. La positividad de las normas y la debilidad de los valores.....	111
1.1.2. La irracionalidad de la ponderación	113
1.2. Racionalidad a través de graduación. Una respuesta a Jürgen Habermas.....	113
2. LA OBJECCIÓN DEL DECISIONISMO SUBJETIVO	115
2.1. La prescindibilidad del principio de proporcionalidad en sentido estricto. La crítica de Bernhard Schlink	115
2.2. El decisionismo ponderativo y su escasa relevancia. La crítica de Juan A. García Amado	118
2.2.1. La dependencia metodológica	119
2.2.2. El argumento de la apariencia.....	119
2.2.3. La tesis de la reducción	119
2.2.4. La trivialidad del principio de proporcionalidad	120
2.2.5. La ponderación como procedimiento necesariamente racional.....	122
3. LA OBJECCIÓN DE RETORICIDAD.....	124
4. LA OBJECCIÓN DE INCONMENSURABILIDAD	126
4.1. Inconmensurabilidad e inaplicabilidad. La objeción de Alexander Aleinikoff	127

	Pág.
4.1.1. La ponderación en la Corte Suprema norteamericana.....	127
4.1.2. La objeción interna: el problema de la incommensurabilidad	129
4.1.2.1. El problema del <i>tertium comparationis</i> en la ponderación.....	129
4.1.2.2. El problema de la identificación y de la acumulación	130
4.1.2.3. La ilusión de la ley de colisión	130
4.1.3. La objeción externa: el problema de la aplicabilidad de la ponderación	131
4.1.4. Evitabilidad de la ponderación	132
4.2. La Constitución como <i>tertium comparationis</i>	132
4.3. Particularismo e incommensurabilidad. La objeción de José Juan Moreso	134
VI. LÍMITES EPISTÉMICOS DE LA PONDERACIÓN.....	141
1. EL PROBLEMA DE LA DIVERGENCIA.....	142
2. LOS LÍMITES EMPÍRICOS DE LA PONDERACIÓN	143
3. LOS LÍMITES NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN.....	144
4. LA SEGUNDA LEY DE PONDERACIÓN.....	146
4.1. La interacción entre la primera y la segunda ley de ponderación	148
4.1.1. La relación paralela.....	148
4.1.2. La relación cruzada.....	150
4.2. La escala epistémica.....	152
4.2.1. La escala de certeza según Alexy.....	152
4.2.2. La escala de certeza según Klatt y Schmidt.....	153
5. LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN CLASIFICANTE	156
6. LA REFORMULACIÓN EPISTÉMICA DE LA FÓRMULA DEL PESO	160
6.1. La indexación de la variable «S» como «S ^e » y «S ⁿ »	160
6.2. La incorporación de una variable «N»	163
6.3. La necesidad de una reformulación epistémica de la fórmula del peso.....	165

SEGUNDA PARTE

ELEMENTOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE PRINCIPIOS FORMALES

I. EL PROBLEMA DE LA ADSCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS FORMALES	169
---	-----

	Pág.
II. LA RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y LOS PRINCIPIOS FORMALES	170
III. LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN MARCO O COMO ORDEN FUNDAMENTAL	171
Sección I. La discusión en torno a los principios formales	
I. LAS DIVERSAS CONCEPCIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS FORMALES	173
1. LOS PRINCIPIOS FORMALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN DE TIPO PROCEDIMENTAL (LA CONCEPCIÓN DE ROBERT ALEXY).....	173
2. LA CONCEPCIÓN DE SIECKMANN SOBRE LOS PRINCIPIOS FORMALES COMO RAZONES INTERPROCEDIMENTALES.....	177
2.1. Trasfondo teórico: principios como argumentos normativos	177
2.2. Principios formales como argumentos normativos	181
2.2.1. La estructura de los principios formales	181
2.2.2. El peso y la ponderabilidad de los principios formales	182
2.2.3. La función de los principios formales.....	184
2.2.3.1. Fundamentación de la vinculación de la jurisdicción a las leyes.....	184
2.2.3.2. Fundamentación de la vinculación a opiniones jurídicas ajenas	186
2.2.4. La clasificación de los principios formales.....	187
2.3. Conclusión parcial	188
3. LA CONCEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS FORMALES COMO PRINCIPIOS DINÁMICOS DE BOROWSKI	190
3.1. Aspectos dinámicos y estáticos de los principios.....	190
3.2. Ponderación entre principios formales y materiales	191
3.3. Principios formales accesorios y no accesorios.....	191
3.3.1. Principios formales accesorios	192
3.3.1.1. El peso de un principio formal.....	193
3.3.1.2. Principios formales y discrecionalidad.	193
3.3.2. Principios formales no accesorios.....	194
3.4. La introducción de principios formales en la fórmula del peso.....	195
3.5. Conclusión parcial	196

	Pág.
4. LA TEORÍA DE KLATT Y SCHMIDT SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS FORMALES.....	198
4.1. Principios formales como elemento de conexión en la dogmática de la discrecionalidad	198
4.2. Conclusión parcial	201
II. OBJECIONES A LOS PRINCIPIOS FORMALES.....	202
1. LA OBJECCIÓN DE JESTAEDT.....	202
1.1. Inadecuación de los principios formales para la fundamentación de la discrecionalidad en la creación de normas	203
1.2. La imposibilidad de una ponderación entre principios materiales y principios formales.....	204
1.3. Insuficiencia del modelo de principios formales concurrentes.....	207
1.4. Inadecuación de la ponderación de principios como procedimiento para el conocimiento jurídico	207
2. LA OBJECCIÓN DE SCHERZBERG	209
3. LA OBJECCIÓN DE HAIN.....	210
4. LA OBJECCIÓN DE HWANG	213
5. LA OBJECCIÓN DE ALLAN.....	216

Sección II. Sobre la racionalidad de los principios formales

I. EL CARÁCTER DE PRINCIPIO EN LA VALIDEZ DE LAS DECISIONES AUTORITATIVAS	219
II. LA RACIONALIDAD PROCEDIMENTAL DE LOS PRINCIPIOS FORMALES	220
III. LA PONDERABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS FORMALES.....	221
IV. EL OBJETO DE OPTIMIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FORMALES	223
V. LA RACIONALIDAD ESTRUCTURAL DE LOS PRINCIPIOS FORMALES	223
1. LA CORRECCIÓN SUBYACENTE A LOS PRINCIPIOS FORMALES.....	224
2. LA RACIONALIDAD DEL PESO DE LOS PRINCIPIOS FORMALES.....	224
2.1. La tesis de la necesidad	225
2.1.1. Necesidad ontológica	225
2.1.2. Necesidad epistémica	226
2.2. La graduabilidad de los principios formales	226
2.2.1. El peso constante	227

	Pág.
2.2.2. El peso graduable.....	228
2.2.2.1. La ponderación de radbruchiana.....	228
2.2.2.2. La ley de la ponderación formal.....	232
 Sección III. El concepto y las funciones de los principios formales	
I. UNA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE PRINCIPIO FORMAL.....	237
II. LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS FORMALES.....	238
1. LA FUNDAMENTACIÓN DEL ÁMBITO DE DISCRETION- NALIDAD EPISTÉMICA DEL LEGISLADOR.....	238
2. LA FUNDAMENTACIÓN DE UNA JERARQUÍA <i>PRIMA</i> <i>FACIE</i> ENTRE LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN JU- RÍDICA.....	242
3. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SUJECIÓN A LAS LE- YES POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN.....	246
4. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SUJECIÓN A LOS PRE- CEDENTES.....	247
5. LA FUNDAMENTACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL SISTEMA MULTINIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA.....	250
RESULTADOS FINALES DE ESTA INVESTIGACIÓN.....	253
BIBLIOGRAFÍA.....	255
ÍNDICE TEMÁTICO.....	265

PRÓLOGO

El objeto de estudio del trabajo al cual dedico estas líneas lo constituyen los principios formales. Los principios formales representan uno de los elementos más discutidos a nivel de la teoría de los principios. Muchas de las preguntas relacionadas con ellos permanecen hasta ahora sin respuesta. De ahí la importancia y necesidad de las investigaciones que aborden dichas preguntas.

En la introducción del trabajo se busca aclarar el concepto de principios formales. En ese sentido se define a los principios formales como un tipo de principios, el cual exige «que los resultados de los procedimientos de toma de decisión sean respetados en la mayor medida posible». Partiendo de este trasfondo, se coloca al concepto de principio formal dentro del ámbito del concepto no positivista del derecho, el mismo que encuentra su expresión en la fórmula de Radbruch. Lo decisivo para este concepto de derecho es la tesis de la doble naturaleza del derecho. Esta tesis postula que el derecho posee tanto un lado real, autoritativo o institucional, así como un lado material o ideal. Los principios formales se encuentran en el lado de la dimensión real, mientras que los principios materiales se encuentran en el lado de la dimensión ideal. La fórmula de Radbruch, la misma que en principio otorga prioridad al lado real o autoritativo sobre el lado ideal o material permitiendo lo contrario solo en caso de presentarse una injusticia extrema, puede ser considerada como el resultado de la ponderación entre el principio formal de la seguridad jurídica y el principio material de la justicia. En ello radica el rol distinto que tienen los principios formales en la ponderación de principios materiales dentro del ámbito de los derechos fundamentales.

En la introducción del trabajo se postula la tesis consistente en que los principios formales, en la ponderación entre principios materiales de derecho fundamental, solo deberían tener un rol cuando se presentan inseguridades o incertidumbres epistémicas. Otra tesis planteada en la introducción del trabajo consiste en que la teoría de los principios formales se encuentra conectada con la idea teórico-discursiva de la racionalidad procedimental. La introducción es culminada con una descripción de la forma en que se llevará a cabo la investigación.

En la primera parte del trabajo se abordan cuestiones fundamentales sobre teoría del derecho. El trabajo se inicia con un análisis respecto de la teoría de los principios en cuanto a tal. Central para la teoría de los principios es la distinción entre reglas y principios. La posición defendida en el trabajo se puede

resumir en tres tesis: (1) la tesis de la distinción estricta o tesis de la separación; (2) la tesis de la distinción débil, y (3) la tesis de la coincidencia o armonía. La tesis de la distinción estricta es defendida, entre otros, por Ronald Dworkin y por quien redacta estas líneas. Esto es desarrollado acertadamente en el trabajo. En especial, se presentan correctamente las debilidades de los criterios empleados por Dworkin para defender la tesis de la distinción estricta. A continuación sigue una discusión en torno a la tesis de la distinción débil. Según la misma, la distinción entre reglas y principios no es de tipo lógico, sino más bien una cuestión de grado. Dentro de esta descripción caen las tesis postuladas por Ulrich Pensi y Joseph Raz. Es destacable la crítica que el autor del trabajo dirige en contra de estas tesis. Lo mismo es aplicable respecto de la tesis de la coincidencia o la armonía de Aulis Aarnio, quien afirma que las reglas y los principios no pueden ser diferenciados los unos de los otros. El autor del trabajo expone acertadamente que la característica de la derrotabilidad de las normas, muy discutida y desarrollada en los últimos años, constituye un argumento a favor de la distinción entre reglas y principios, antes que un argumento en contra de la misma. Finalmente, se observa una conclusión muy bien elaborada respecto a que el significado de la distinción teórica-normativa entre reglas y principios tiene amplias consecuencias para la estructura de la aplicación de normas. En efecto, se concluye que las reglas requieren de la subsunción para su aplicación, mientras que los principios requieren de una ponderación. Con ello el autor logra fundamentar, en base a un argumento metodológico, una conexión entre la distinción entre reglas y principios con el concepto de racionalidad.

La racionalidad es el tema de la segunda sección de la parte referida a los elementos básicos. Dicha parte se inicia acertadamente al abordar primero la distinción entre justificación interna y justificación externa. Asimismo, el autor trabaja adecuadamente la tesis consistente en que esta distinción no solamente puede ser reconocida a nivel de la subsunción, sino que además la misma está presente a nivel de la ponderación. La justificación interna es una estructura puramente formal. En el caso de la subsunción, dicha estructura se corresponde con la deducción lógica, mientras que en el caso de la ponderación dicha estructura viene a ser la operación matemática de la fórmula del peso. Se expone claramente que en ambos casos lo que está en discusión es una estructura formal de racionalidad. Esta estructura, si bien es cierto es una condición necesaria, no es una condición suficiente para alcanzar la racionalidad. El hecho de que el resultado correspondiente sea racional o no, depende principalmente de la racionalidad de las premisas. Esto no se logra a nivel de la justificación interna, sino más bien recurriendo a la justificación externa.

Basándose en estos elementos conceptuales se pasa a abordar la teoría de la ponderación. Uno de los problemas centrales en dicha teoría lo constituye la cuestión acerca de si las intensidades de afectación y los grados de importancia de los principios contrapuestos son posibles de ser graduados. En el trabajo se destaca acertadamente la importancia que tienen las escalas discretas para tal fin en comparación con las escalas continuas, las mismas que solo expresan valores puntuales. Asimismo, se expone de manera muy ilustrativa que a nivel de la ponderación se debe preferir una progresión geométrica antes que una

progresión aritmética. A estos dos desarrollos se añade la tesis consistente en que la escala triádica —conformada por los valores leve (l), moderado (m) y grave (g)— expresa un orden de valores de tipo ordinal. Es correcto que quien redacta estas líneas sostuvo en el libro «teoría de los derechos fundamentales» (1985), que una escala de tipo cardinal no era adecuada. Abandoné esta opción debido a la necesidad de emplear escalas discretas en la fórmula del peso. Esta problemática la desarrollé en mi artículo «deber ser ideal», específicamente en las páginas 37 y ss., de la versión en alemán de dicho artículo. A nivel de la doctrina esto aún es objeto de discusión. En este punto, el señor Portocarrero tuvo que realizar una profundización de dicha problemática ante la falta de claridad que existía sobre dicho problema a nivel de la doctrina. En ese sentido, se abordó la pregunta acerca de si la fórmula del peso no sería en realidad una escala ordinal disfrazada. Portocarrero llega acertadamente a la conclusión de que los números en la fórmula del peso solo representan argumentos, sin reemplazar a los mismos. En consecuencia, en la fórmula del peso, lo que se trata es de una estructura matemática del derecho, mas no de una matematización del derecho.

En el núcleo de la estructura de la ponderación se encuentra la fórmula del peso. En el trabajo objeto de comentario, se aborda acertadamente no solamente la forma básica de la fórmula del peso, sino también su forma ampliada. Llama principalmente la atención la forma en que el autor ilustra cómo es que funciona la forma ampliada de la fórmula del peso recurriendo a dos decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán. En el trabajo se destaca claramente que la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el § 1, párrafo 1, numeral 2 de la Ley de Transexuales (TSG) es un ejemplo para una acumulación aditiva de varios principios afectados por otros. Este ejemplo desarrollado por Portocarrero quedará como elemento a tener en cuenta en las discusiones teóricas futuras sobre el tema. Esto también se verifica en el análisis realizado en el trabajo respecto del problema de la cantidad de los titulares de derechos fundamentales afectados por limitaciones. Es altamente interesante la forma en que se sostiene en el trabajo que el efecto de expansión de la afectación a los titulares de los derechos fundamentales, no requiere ser representada en la fórmula del peso mediante una variable independiente, sino que la misma ha de ser tenida en cuenta dentro del aspecto de la intensidad de afectación. La forma ampliada de la fórmula del peso se encuentra rodeada por más preguntas que por respuestas definitivas. Precisamente, el análisis que el autor realiza sobre la decisión de las escuchas automatizadas y el efecto de expansión de una afectación, contribuye a enriquecer la discusión.

Una característica central de la teoría de los principios consiste en la búsqueda de precisión lingüística a nivel de los conceptos. Esta aspiración subyace precisamente a la formalización realizada mediante el recurso a elementos matemáticos en tanto sea necesario. Después de la exposición y análisis de la fórmula del peso, Portocarrero postula una ley, la misma que hasta ahora no había sido formulada a nivel de la doctrina, me refiero a la «ley de constelaciones posibles» (Abwägungskonstellationsgesetz). La formulación que dicho autor da a la misma es la siguiente: «El número de las constelaciones posibles en la

ponderación se obtiene a partir del número de los posibles grados de intensidad y de certeza elevado al número de las variables a ser ponderadas». Esta ley es desarrollada excelentemente y simplificada mediante el empleo de una tabla a fin de hacerla más comprensible. La sola concepción de esta ley representa una importante y original contribución a la ciencia del derecho.

La fórmula del peso corporiza la estructura formal de la ponderación. Sin embargo, el hecho de que esta estructura formal exista, no significa que la ponderación sea un procedimiento libre de cuestionamientos. A fin de tomar en consideración esta situación, el autor del trabajo aborda el problema de los límites de la ponderación. En ese sentido se postula que la ponderación enfrenta dos límites claramente definidos: los límites materiales y los límites epistémicos. En el caso de los límites materiales se trata de limitaciones que se encuentran por fuera de la estructura interna de la ponderación. Por el contrario, los límites epistémicos se encuentran dentro de la propia estructura de la ponderación. En el trabajo, el autor aborda en primer lugar el problema de los límites materiales. En contra de la objeción de irracionalidad de Habermas, el autor esgrime argumentos sólidos y convincentes. La objeción del decisionismo planteada por Schlink es muy próxima a la objeción de irracionalidad de Habermas, por lo que les son aplicables las mismas objeciones. La diferencia entre ambas radica en que Schlink busca desarrollar un método alternativo al de la ponderación. Esa intención es la que subyace a su teoría de la posición media o intermedia. Portocarrero objeta a esta teoría el hecho de que una posición intermedia no puede ser determinada sin ayuda de una ponderación. Complementariamente dicho autor critica a Schlink el hecho de que su teoría implica mover el test de ponderación hacia dentro del test de necesidad.

Una crítica muy elaborada en contra de la ponderación es la desarrollada por Juan A. García Amado. La tesis central de dicha teoría consiste en afirmar que detrás de la ponderación se encuentra en realidad una subsunción realizada en base a los cánones clásicos de la interpretación jurídica. Esta posición es presentada de manera detallada, siendo rebatida de manera contundente. En efecto, Portocarrero sostiene convincentemente la tesis consistente en que tanto la subsunción como la ponderación son estructuras argumentativas, las mismas que son racionales en sí mismas y cuyo resultado será considerado como racional si las premisas colocadas en ellas son racionales. Este argumento también sirve de base para refutar la objeción de retoricidad.

Una de las críticas que a menudo se dirige en contra de la ponderación es la objeción de la incommensurabilidad. Esta crítica sostiene de una o de otra manera que una ponderación entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y bienes colectivos no es posible, dado que no existe un punto de referencia común que sirva de patrón de medida —como por ejemplo ocurre en con el dinero— a fin de poder medir las intensidades de afectación de los principios enfrentados. En contra de esta objeción se sostiene que sí existe un tertium comparationis: la Constitución misma. En este sentido, Portocarrero refuta sólidamente los argumentos de la objeción planteada por Moreso consistente en que la ponderación conduce a un particularismo intolerable. El centro de la refutación de Portocarrero se basa en la ley de colisión, la misma que postula

que cada ponderación culmina con la formulación de una nueva regla aplicable al caso concreto. Esta situación excluye la posibilidad de que la ponderación implique un particularismo puro.

De especial importancia son los límites epistémicos de la ponderación. En ellos la pregunta central gira en torno a cuál es el rol que tiene la falta de certeza a nivel de las premisas empíricas o normativas en la concesión de discrecionalidad a los órganos de toma de decisión, en especial al legislador. El punto de partida de esta problemática lo constituye la segunda ley de ponderación, la cual postula: cuanto más intensa sea una afectación en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza o seguridad de las premisas que justifican dicha afectación. Klatt y Schmidt sostienen la tesis referida a que en este contexto la problemática gira en torno al problema de la clasificación de intensidades de afectación en la ponderación. Mediante argumentos muy perspicaces, el autor del trabajo opone a dicha tesis que mediante la clasificación de intensidades de afectación solo se toma en consideración una parte del problema. En efecto, respecto de la ley de ponderación se sostiene acertadamente que la misma se refiere tanto a las premisas empíricas como a las premisas normativas. Klatt y Schmidt han intentado conectar a la ley de ponderación con una teoría de la «ponderación clasificante». En contra de este postulado, Portocarrero sostiene que tal afirmación es irrelevante. Acertadamente se afirma que la fórmula del peso no es otra cosa sino «la expresión formalizada de aquello que ha sido determinado a nivel de la ley de ponderación». Otro de los puntos a destacar en el trabajo es la crítica que desarrolla respecto de la teoría de la ponderación clasificante de Klatt y Schmidt. Dichos autores sostienen que la ponderación clasificante viene a ser algo así como un paso previo para la aplicación de la fórmula del peso. En contra de este argumento se sostiene acertadamente que dicha ponderación clasificante lleva a una aplicación reiterada de la variable «S»: primero a nivel del procedimiento de clasificación y luego a nivel de la fórmula del peso. En ese sentido es correcta la afirmación del autor en el sentido de que esto no representa una comprensión adecuada del problema de las escalas en la fórmula del peso. Todo aquello que vaya más allá de la graduación de las escalas en la fórmula del peso es irrelevante.

En la última sección de la primera parte del trabajo se aborda la problemática de la «ampliación epistémica de la fórmula del peso». En la doctrina ya ha sido objeto de debate el hecho de que la variable «S» no puede estar referida únicamente a la seguridad empírica, sino que necesariamente también debe abarcar consideraciones referidas a la inseguridad o falta de certeza de las premisas normativas. Esta situación ha sido graficada de manera correcta por el autor del trabajo. Quien redacta estas líneas ha defendido, hasta ahora, en su formulación de la fórmula del peso, una variable «S» que no se refería a ambos aspectos de la inseguridad epistémica. En efecto, yo defendía una posición referida a que la variable «S» solo estaba referida a la inseguridad de las premisas empíricas. Portocarrero, de manera acertada, afirma que tal postulado de mi teoría contradice el hecho de que la inseguridad epistémica puede tener una naturaleza empírica como una naturaleza normativa. A partir de esta observación, Portocarrero propone reemplazar la variable única «S» por dos variables

«S» indexadas: S^e y Sⁿ. Este postulado es una propuesta importante, que constituirá un punto de referencia en las discusiones futuras en torno a la fórmula del peso. Con ello, Portocarrero ha realizado una contribución científica de gran relevancia.

Mientras que la primera parte del trabajo está dedicada ante todo a los elementos fundamentales de la teoría de los principios, la segunda parte del mismo está dedicada a los elementos centrales de la reconstrucción del concepto de principios formales. El punto de partida lo constituye la tesis consistente en que los principios formales «exigen el cumplimiento óptimo de los resultados provenientes de procesos autoritativos». En este sentido los principios formales son «razones en favor del respeto de competencias». En el trabajo se realiza una exposición panorámica muy completa respecto del estado actual del debate en torno a la los principios formales. No existe, por cierto, ámbito alguno dentro de la teoría de los principios en donde las opiniones de los propios defensores de dicha teoría sean más divergentes como en el ámbito de los principios formales. Esto es expuesto de manera ilustrativa, en la medida en que Portocarrero presenta primero la posición de quien redacta estas líneas, luego la de Sieckmann, a continuación la de Borowski y finalmente la posición de Klatt y Schmidt. La propuesta de Borowski, en el sentido de incorporar a los principios formales como variables independientes en la fórmula del peso, es refutada de manera contundente por el autor del trabajo. El argumento central de esta refutación consiste en que los principios formales «no tienen rol alguno en la ponderación entre principios materiales, en tanto y en cuanto no existan inseguridades o incertidumbres de tipo empírico o de tipo normativo». El modelo de dos niveles propuesto por Klatt y Schmidt también es objeto de crítica en el trabajo. Para tal fin el autor despliega diversos argumentos, entre ellos se destaca la afirmación respecto a que la discrecionalidad y el control no pueden ser separados.

Al diálogo entre las distintas concepciones de los defensores de la teoría de los principios sobre los principios formales, le sigue una exposición de la discusión existente entre los opositores de la teoría de los principios formales. Las objeciones de Jestaedt, Scherzberg, Hain, Hwang y Allan son presentadas de manera completa y sometidas a una aguda crítica por parte del autor del trabajo. Este aspecto de la investigación también constituye un aspecto a ser destacado.

Hasta este punto del desarrollo del capítulo, Portocarrero ha venido presentado diversos argumentos independientes. Estos argumentos sirven de base para que en las dos últimas secciones de la segunda parte, y con destacable claridad, el autor del trabajo determine el contenido de los principios formales: «El contenido de los principios formales siempre será una decisión autoritativa». A ello añade: «Ellos fundamentan las estructuras de autoridad dentro del sistema jurídico». Esto aclara el título del trabajo en la versión alemana: «El carácter autoritativo de la ponderación de derechos fundamentales» (Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung).

Mientras que muchas de las tesis planteadas por Portocarrero deben ser consideradas como correctas sin mayores reservas, su tesis respecto a que los

principios formales poseen un peso constante, debe ser tomada con cierto cuidado pues podría llevar a una contradicción. Esta tesis postula que «los principios formales mantienen un peso constante en la ponderación de principios formales». Esta tesis podría entrar en conflicto con la segunda ley de ponderación, la cual parte de que el peso de los principios formales en la ponderación es graduable. Esto representaría una contradicción, máxime si se tiene en cuenta que en las siguientes páginas el propio autor habla del «peso de los principios formales». El peso constante de los principios formales, sin embargo, es una situación contingente que cambia tan pronto surjan inseguridades epistémicas, momento en el cual los principios formales dejan de tener un peso constante. Este detalle ha de ser tenido en cuenta por quien se interese en esta tesis, a fin de no caer en contradicciones. A la tesis del peso constante no le faltan elementos para llamar la atención, y quizás conduzca a aspectos que hasta ahora no han sido considerados en la discusión de los principios formales.

Hasta ahora, el desarrollo del trabajo se ha referido al rol de los principios formales en la ponderación de derechos fundamentales. Esta constelación se caracteriza por girar en torno a un problema sobre el orden escalonado del derecho. La legislación, representada por el legislador, está sometida a los derechos fundamentales como derecho de más alta jerarquía en el sistema. Es por ello que los principios formales pueden ser tenidos en cuenta en la fundamentación de ámbitos de discrecionalidad epistémica o discrecionalidad de conocimiento, tal y como acertadamente se reitera en el desarrollo del trabajo. Esta situación cambia tan pronto la constelación no puede ser definida mediante un orden escalonado. Esta circunstancia se presenta en la denominada fórmula de Radbruch. De manera consistente y acertada, el autor sostiene que en dicha fórmula lo que existe en realidad es una ponderación entre el principio formal de la seguridad jurídica y el principio material de justicia, en la que solo en caso de traspasar el umbral de la injusticia extrema se concederá prioridad al principio material de justicia sobre el principio formal de seguridad jurídica, en caso de que no represente injusticia extrema, lo opuesto será lo correcto.

En la tercera sección de la segunda parte se aborda la problemática del concepto y funciones de los principios formales. El autor sintetiza adecuadamente la misma: «El contenido de un principio formal se compone siempre de un decisión autoritativa tomada por un órgano empoderado o competente para emitir la misma, exigiendo la validez de dicha decisión independientemente de su corrección de justicia interna». La función más general de los principios formales es sintetizada por el autor de la siguiente manera: «La función más general de los principios formales en un sistema jurídico consiste en exigir la validez de las decisiones autoritativas en la mayor medida posible». A partir de esta tesis, el autor deduce acertadas afirmaciones respecto del ámbito de discrecionalidad que asiste al legislador, respecto de la fundamentación de un orden jerárquico entre los cánones clásicos de interpretación jurídica, respecto de la fundamentación de la vinculatoriedad de los precedentes judiciales, así como también respecto de otros puntos de central importancia.

El trabajo evidencia que el autor posee un profundo dominio de la literatura especializada, una fuerza para comprender sistemáticamente los problemas

teóricos, así como una aguda capacidad para la argumentación. Este trabajo contiene una abundancia de nuevos argumentos. Algunos de ellos abordan y desarrollan certeramente el centro de la teoría de los principios formales. Estos argumentos, sin lugar a dudas, influenciarán profundamente la discusión sobre la teoría de los principios formales a nivel internacional.

Kiel, julio de 2015.

Robert ALEXY

PREFACIO

Desde los inicios de la teoría de los principios en la década de los ochenta, los efectos que esta teoría tiene en la interpretación de los derechos fundamentales, entendidos ahora como principios, han sido objeto tanto de adhesión, así como de numerosas críticas. Una de las objeciones más importantes contra del modelo principialista del derecho consiste en que los principios, debido a su método de aplicación casuístico y su capacidad de ser ponderados, conducen indefectiblemente a una debilitación de la idea de autoridad en el derecho.

¿Es correcto afirmar que la teoría de los principios carece de un poder autoritativo-institucional? ¿Es cierto que concebir a los derechos fundamentales como principios pasibles de ser ponderados conduce a una transición del Estado legislativo-democrático hacia un Estado de la jurisdicción constitucional? Estas son las preguntas a cuya respuesta se orienta la presente investigación. La tesis que subyace a la argumentación empleada para dar respuesta a esta problemática es la siguiente: La objeción de falta de poder autoritativo-institucional dirigida en contra de la teoría de los principios puede ser rechazada recurriendo a los denominados principios formales, aquellos que encarnan el carácter autoritativo de la teoría de los principios.

Esta investigación fue presentada como tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel en el semestre del verano del año 2012. La versión final de la misma fue concluida, en su mayor parte, en febrero del mismo año. La literatura y desarrollos posteriores a nivel de la jurisprudencia o doctrina han sido tenidos en cuenta en la medida en que haya sido necesario.

Quiero expresar profunda gratitud a mi respetado padre doctoral, el profesor Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy, sin cuya orientación y apoyo el desarrollo del presente trabajo no hubiese sido posible. Hago extensivo mi agradecimiento al Dr. Carsten Bäcker, al profesor Dr. Martin Borowski, al profesor Dr. Matthias Klatt, al profesor Dr. Dr. h.c. mult. Stanley L. Paulson, y al profesor Dr. Jan-R. Sieckmann, por sus críticas y sugerencias. Mi profundo agradecimiento va también para el profesor Dr. Rudolf Meyer-Pritzl por la elaboración del segundo dictamen aprobatorio de mi tesis doctoral, así como por los dictámenes positivos que expidió durante el proceso del doctorado.

Estoy especialmente agradecido al Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), sin cuyo apoyo en forma de una beca doctoral y de un financiamiento para publicación, este trabajo no hubiese visto la luz.

Además, mi agradecimiento sincero al señor Julian Lucks por su paciencia y disposición para la realización de las correcciones idiomáticas al manuscrito original. También quiero expresar mi eterna gratitud a mis amigos de la residencia universitaria PHH y del piso compartido en la calle Eckernförder, ya que su amistad y compañía me proporcionó el ánimo necesario para continuar con mis investigaciones. Tampoco voy a olvidar el afecto y colaboración de mis colegas del seminario de investigación: Daniel Deba, Francisco Campos Zamora, Gonzalo Villa Rosas, Krzysztof Mularski, Paula Gorzoni y Ruben Hartwig; así como la amistad y apoyo de Andrea Neisius. Mi agradecimiento especial va para Weronika Malicka, cuyo amor sincero, apoyo desinteresado y paciencia infinita han inspirado y enriquecido mi trabajo.

Guardo una deuda espiritual impagable con mi familia en Perú, quienes a pesar de la distancia y de los problemas imprevistos, me brindaron su apoyo constante e incondicional. Por último, quiero agradecer muy especialmente a mis amigos y profesores de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Perú, ya que sin su apoyo y orientación académica nunca hubiera concebido la idea de emprender un programa doctoral en Kiel.

Kiel, junio de 2014.

Jorge Alexander PORTOCARRERO QUISPE

INTRODUCCIÓN

LA PROBLEMÁTICA DE LOS PRINCIPIOS FORMALES

1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO FORMAL EN EL MARCO DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Tanto la teoría de los principios, la tesis de la distinción estricta entre reglas y principios, así como la posibilidad de ponderar principios, conforman el marco teórico-normativo de la presente investigación. Uno de los presupuestos básicos de la teoría de los principios consiste en que los derechos fundamentales, debido a su estructura interna, pueden ser reconstruidos en forma de principios. Debido a que los derechos fundamentales se relacionan con bienes jurídicos específicos, se afirma que dichos derechos tienen un contenido determinado. En consecuencia, los derechos fundamentales, como principios, poseen un contenido concreto o material.

Con frecuencia los derechos fundamentales entran en conflicto entre sí. El método que la teoría de los principios prevé para la resolución de estas relaciones de tensión entre derechos fundamentales o principios materiales es la ponderación. Por ello, se puede caracterizar a los derechos fundamentales como principios materiales pasibles de ser ponderados.

Este es el camino argumentativo por el cual la teoría de los principios ha transitado en los últimos treinta años. Sin embargo, no han sido pocas las objeciones que han sido dirigidas en contra de estos postulados. Una de ellas afirma que el reconstruir a los derechos fundamentales como principios, trae como consecuencia una «sobreconstitucionalización» del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, se eleva a la jurisdicción constitucional a una posición incluso más influyente que el del propio legislador democráticamente legitimado. Según esta objeción, la teoría de los principios pone en peligro no solamente a la democracia, sino también al sistema jurídico y al principio de división de poderes. De ser esta objeción correcta, tanto la teoría de los principios, como todos sus esfuerzos teóricos, habrían perdido la batalla y demostrarían ser con ello como una teoría jurídica equivocada.

Desde los inicios de la teoría de los principios, este problema ha estado en el centro del debate. Sin embargo, dicha problemática quedó poco atendida durante largo tiempo, hasta que en los últimos años se han presentado importantes avances a fin de dar respuesta a la misma. Uno de los caminos más prometedores que se ha ido perfilando es el de los denominados principios formales. Dichos principios, a diferencia de los principios materiales, no cuentan con un contenido concreto; ellos son más bien mandatos de validez que exigen que las decisiones autoritativas sean respetadas en la mayor medida posible, independientemente del grado de corrección interna o moral de las mismas. De esta manera, los principios formales se muestran como un concepto estrechamente relacionado con conceptos tales como el de competencia, el del ámbito discrecionalidad legislativa para la toma de decisiones, así como la facultad jurisdiccional de realizar ponderaciones. En forma de principios formales, se pueden reconstruir conceptos tales como el principio de seguridad jurídica¹, el principio de democracia, el principio de igualdad y el principio de división de poderes. Debido al rol que dichos principios tienen dentro de la interpretación de derechos fundamentales, los principios formales representan para la teoría de los principios una innovación necesaria².

¹ A fin de evitar confusiones, debo aclarar en este punto que la idea de seguridad jurídica que aquí se reconstruye como principio formal se corresponde con la definición de seguridad jurídica proporcionada por Gustav RADBRUCH: «Entendemos por seguridad jurídica, no la *seguridad por medio del Derecho*, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc. —pues esta ya va implícita en el concepto de adecuación a fin—, sino la *seguridad del Derecho mismo*». G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 40.

² Algunos aportes en torno a la problemática de los principios formales pueden ser hallados en: V. AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 144 y ss.; *Id.*, «Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung», en *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*; J.-R. SIECKMANN (ed.), Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 215-230, 219 y ss.; R. ALEXY, «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, pp. 262-287, 279 y ss.; *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 81, 112, 257, 373, 416; *Id.*, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», en *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 511-562, 547 y ss.; *Id.*, «Sistema jurídico y razón práctica», en *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 159-177, 169 y ss.; *Id.*, «Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-92, 83 y ss.; *Id.*, «Beitrag zur Diskussion», en *VVDStRL*, 58 (1999), pp. 226-228, 228; J. BADENHOP, *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 376 y ss.; M. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, 2.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 127 ff.; *Id.*, «Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung», en L. CLÉRICO/J.-R. SIECKMANN (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 99-128, 113; *Id.*, «The Structure of Formal Principles - Robert Alexy's "Law of Combination"», en *ARSP*, Beiheft, 119 (2010), pp. 19-36, 20; *Id.*, «Formelle Prinzipien und Gewichtsformel», en M. KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2013, pp. 151-199; W. ENDERLEIN, *Abwägung in Recht und Moral*, München, Alber, 1992, pp. 338 y ss.; M. KAUFMANN, «Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip», en *Staatswissenschaftler und Staatspraxis*, 1997, pp. 161-186, 169 y ss.; M. KLATT/J. SCHMIDT, *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2010, pp. 57 y ss.; *Id.*, «Epistemic discretion in constitutional

La problemática de los principios formales se deja subdividir en dos aspectos: un aspecto dogmático-jurídico y un aspecto teórico-normativo. Mientras que el aspecto dogmático-jurídico se relaciona a la pregunta sobre los efectos que los principios formales tienen en la interpretación de los derechos fundamentales; el aspecto teórico-normativo se ocupa de la pregunta en torno a la existencia y estructura de este tipo de principios.

Al ser un tipo de principio, los principios formales se ubican dentro de los confines de la teoría de los principios³. Como ya se mencionó líneas arriba, una de las tesis centrales de la teoría de los principios, sino la más fundamental, sostiene que las normas se subdividen en dos tipos: reglas y principios. Esta distinción es de gran importancia para la elaboración de un concepto de principio formal, así como para determinar sus posibilidades de aplicación. De ahí que el concepto de principio formal requiera de la tesis de la distinción entre reglas y principios, no solamente para justificar su estructura, sino también para dotar de racionalidad a su aplicación.

No se puede pasar por alto las consecuencias que la teoría de los principios implica para el sistema jurídico. Estas consecuencias se pueden observar a nivel de la interpretación constitucional, así como a nivel de las competencias legislativas para la creación de normas. Tampoco se puede dejar de mencionar los efectos que la teoría de los principios tiene en la comprensión de la propia Constitución, dado que, como ya se mencionó, según los críticos de la teoría de los principios, esta genera una sobreconstitucionalización indebida de todo el sistema jurídico en perjuicio de las estructuras básicas democráticamente legitimadas.

law», en *International Journal of Constitutional Law*, 10 (2012), pp. 69-105; *Id.*, «Abwägung unter Unsicherheit», en M. KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2013, pp. 105-150; J. PORTOCARRERO, «El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad», en *Revista de Derecho de Estado*, 27 (2011), pp. 75-102, 86 y ss.; *Id.*, «Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien», en M. KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2013, pp. 200-235; M. RAABE, «Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag», en C. GRABENWARTER/S. HAMMER/A. PELZL/E. SCHULEV-STEINDL/E. WIEDERIN (eds.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Stuttgart, Boorberg, 1994, pp. 83-100, 90 y ss.; *Id.*, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 184 y ss.; J.-R. SIECKMANN, *Recht als normatives System*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 137 y ss.; *Id.*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 147 y ss.; *Id.*, «Das System richterlicher Bindungen an Kontrollkompetenzen», en R. MELLINGHOFF/H.-H. TRUTE (eds.), *Die Leistungsfähigkeit des Rechts. Methodik, Gentechnologie, Internationales Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Hüthig, 1988, pp. 39-60, 45 y ss.; J. STEIFF, *Rechtsfindung im Umweltrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 327 y ss.

³ La incorporación de los principios formales como parte constitutiva de la teoría de los principios ha sido duramente criticada, cfr. aquí con M. GELLMANN, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2000, p. 71; K.-E. HAIN, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 137; S.-P. HWANG, «Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?», en *AöR*, 133 (2008), pp. 605-628, 618 y ss.; M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1999, pp. 222 y ss.; R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2003, p. 84; A. SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, pp. 174 y ss.