

El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad**

The Role of Formal Principles in Determining the Scope of the Constitutional Control

SUMARIO

Introducción. I. Planteamiento del problema. II. Derechos fundamentales como principios. III. dos soluciones tradicionales al conflicto entre juez constitucional y legislador. A. La doctrina de la *judicial self-restraint*. B. La doctrina de la *political question*. IV. Los principios formales. A. Importancia teórica. B. La problemática de los principios formales. 1. El problema de su adscripción. 2. El problema de su contenido. 3. El problema de su peso. a. El criterio de la amplitud de competencias. b. El criterio de la validez. 4. El problema de su relación con los principios materiales. 5. El problema de su racionalidad. C. Reconstrucción del concepto de principio formal. v. Importancia práctica de los principios formales. VI. A modo de conclusión

RESUMEN

El argumento central del presente artículo plantea que la tensión entre legislación y jurisdicción constitucional puede ser resuelta con la ayuda de los principios formales. Tradicionalmente esta tensión ha venido siendo resuelta mediante argumentos referidos a un autocontrol del órgano jurisdiccional tales como el *judicial self-restraint* y la *political question*. Estos argumentos no son suficientes para determinar el ámbito de discrecionalidad del órgano creador de normas, así como para dotar de legitimidad a sus decisiones. Los principios formales permitirían no solo determinar el margen de decisión tanto

* Becario de investigación doctoral del Deutsche Akademische Austauschdienst (DAAD) en el Seminario de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad Christian Albrecht en Kiel (Alemania). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima) [jorgeportocarrero1@gmail.com].

** Recibido el 3 de mayo del 2011. Aprobado el 27 de septiembre del 2011.

del órgano legislativo como del jurisdiccional, sino también fundamentar la legitimidad de las decisiones autoritativas provenientes de un procedimiento de toma de decisión. Ambos aspectos constituyen condiciones necesarias de la institucionalización de la razón y son el núcleo de la autoridad del derecho. En el presente trabajo nos referiremos sustancialmente a la tensión existente entre jurisdicción constitucional y legislación, y cómo pueden los denominados “principios formales” aportar una solución factible a dicha tensión.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, legislación, jurisdicción constitucional, *judicial self-restraint*, *political question*, teoría de los principios, principios formales, competencias, la fórmula de Radbruch, el argumento de injusticia

ABSTRACT

The central argument of this article is that the tension between the legislation and the constitutional adjudication could be resolved with the aid of formal principles. Traditionally this tension has been resolved through self-control arguments like the judicial self-restraint and the political question. These arguments are not enough to determine the scope of discretion of the law-giving organ and to justify the legitimacy of their decisions. Formal principles would not only determine the margin of the decision both of the law-giving and adjudication organ, but also justify the legitimacy of those decisions that come from a decision-making procedure. Both aspects are necessary conditions of the institutionalisation of the reason and are the core of the authority of law. In this paper, we will refer substantially to the tension between the Constitutional Court and the legislation, and how the so-called formal principles can provide a feasible solution to this tension.

KEY WORDS

Constitutional rights, legislation, constitutional adjudication, judicial self-restraint, political question, theory of principles, formal principles, competences, Radbruch's formula, the argument of injustice

INTRODUCCIÓN

La problemática referida a la delimitación de los márgenes competenciales de los poderes del Estado cobra especial relevancia si se busca determinar los límites que deben enmarcar la jurisdicción constitucional frente a los demás poderes constituidos. Esta disyuntiva se muestra particularmente sensible cuando la discusión gira en torno de derechos fundamentales. Tensiones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, o entre la jurisdicción constitucional y el legislativo o el ejecutivo, son problemas comunes en nuestros sistemas jurídicos. Una solución a dichas tensiones requiere de argumentos que coadyuven a determinar los márgenes de acción de cada uno de ellos así como los límites de control existentes.

Las facultades asignadas al legislador, sea parlamentario o sea ejecutivo, le brindan legitimación para poder emitir leyes en favor del bienestar general y la convivencia social. En contraposición a esto, la legitimación del juez y en especial la del juez constitucional deviene en una figura un tanto misteriosa¹. ¿De dónde, pues, mana la justificación para su competencia? Una respuesta a esta pregunta podría ser: la legitimación de la jurisdicción constitucional deriva de la Constitución, cuya base legitimadora se deriva del modelo democrático deliberativo. Sin embargo, las diversas consecuencias derivadas de dicha legitimación son precisamente las que generan la tensión entre legislación y jurisdicción constitucional. Dicha tensión constituye el problema central que se abordará en el presente trabajo.

El juez y sobre todo el juez constitucional están sujetos a la ley y a la Constitución. Es de esta última de donde mana su legitimación para impartir justicia y hacer valer la Constitución. Ahora bien: si el juez constitucional, por mandato de la Constitución, es su máximo intérprete y por ende está legitimado para expresarse sobre la constitucionalidad de medidas que intervienen derechos fundamentales, ¿por qué, entonces, su competencia entra en conflicto con la competencia del legislador? Esta aparente paradoja tiene como punto de referencia a los derechos fundamentales. Precisamente, respecto de ellos se encuentran en tensión ambos poderes del Estado. Esto nos lleva a la conclusión de que la clave para la resolución de esta problemática se encuentra en la teoría de los derechos fundamentales.

Conforme al principio de separación de poderes, la jurisdicción constitucional y el legislativo poseen espacios definidos donde ejercer sus atribuciones y funciones. No obstante ello, parecen existir áreas difusas en las cuales la jurisdicción constitucional y el legislativo suelen entrar en conflicto e incluso invadir mutuamente sus atribuciones. Este es el caso cuando el legislador, a

1 CARLOS S. NINO. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 258.

través de su producción normativa, regula o afecta derechos fundamentales o cuando el juez constitucional, actuando como intérprete de la Constitución, se pronuncia acerca de la constitucionalidad de las decisiones tomadas por el legislador.

La solución a esta tensión será aquella que asegure los espacios de decisión y de control en materia de derechos fundamentales al poder legislativo y a la jurisdicción constitucional respectivamente.

Mi tesis consiste en que los llamados “principios formales” brindan el marco teórico adecuado para resolver este conflicto en favor de la autoridad del legislador democráticamente legitimado, en tanto y en cuanto no existan razones lo suficientemente fundadas para dar prioridad al control constitucional basado en derechos fundamentales. Los principios formales vendrían a representar, entonces, en el marco de la tensión entre legislación y jurisdicción, una prioridad *prima facie* en favor del legislador.

Esta tesis se basa en determinados presupuestos tales como: la concepción que define los derechos fundamentales como principios, es decir como mandatos de optimización; y en la naturaleza decisionista de las teorías que han tratado de resolver este conflicto al exigir una autolimitación competencial por parte del propio Tribunal Constitucional, por ejemplo las doctrinas de la *judicial self-restraint* y la *political question*.

Por lo tanto, el objetivo del presente trabajo es presentar una posible respuesta a esta problemática desde la perspectiva de la teoría de los principios.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La pregunta acerca de los márgenes de discreción del legislador depende de la pregunta acerca de la determinación de las competencias designadas a los órganos constitucionales². El principio de Estado de derecho consagrado en la Constitución vincula a todos los órganos constitucionales a esta. Por lo tanto, la amplitud competencial de que dispone el legislador para tomar decisiones estará determinada por la Constitución y por el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional. La pregunta es ahora ¿en qué medida puede el control de constitucionalidad limitar las decisiones tomadas por el legislador democráticamente legitimado?, es decir, qué tan amplias pueden llegar a ser las competencias del Tribunal Constitucional. Queda fuera de discusión la competencia de control, derivado de la propia Constitución, que tiene el

2 En este sentido: VIRGILIO AFONSO DA SILVA. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 149; SHU-PERNG HWANG. “Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?”, en *AöR* 133 (2008), pp. 605-628, 607; MARIUS RAABE. *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 16.

Tribunal Constitucional sobre las decisiones del legislador³. La pregunta sería entonces: ¿hasta qué punto se puede llevar a cabo este control?⁴ Para la protección de las competencias legislativas se requiere de un contrapeso con el fin de evitar excesos en la competencia del Tribunal Constitucional y garantizar la libertad de configuración normativa del legislador.

Es la propia Constitución la que establece los límites que enmarcan las competencias del legislador. En efecto, existen límites formales (procedimentales) y materiales (de contenido) que enmarcan la discrecionalidad legislativa⁵. Los límites formales están vinculados con el concepto de ley en sentido formal, es decir, con los requisitos y procedimientos previstos para la creación de normas. Esto no representa mayores problemas. El problema radica más bien en la delimitación competencial referida a los límites materiales o ley en sentido material. Ahora bien: estos límites materiales están referidos al contenido de las normas. En virtud de límites materiales, el legislador tendrá que abstenerse de emitir leyes con un contenido incompatible con Constitución⁶. El límite más importante que la Constitución impone al legislador lo constituyen los derechos fundamentales, por lo que el factor trascendental del cual dependerá la resolución de la problemática que nos ocupa lo constituye el concepto de derecho fundamental. Aquí se asumirá el concepto que entiende los derechos fundamentales como principios.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS

Tanto las decisiones legislativas como las provenientes de la jurisdicción constitucional referidas a derechos fundamentales dependen del concepto de derecho fundamental que se asuma. La praxis de la jurisdicción constitucional en el Perú ha venido consagrando en repetidas decisiones la facultad que tienen los derechos fundamentales de ser ponderados⁷. Esta concepción implica un

3 Como órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (art. 201. Constitución Política del Perú, art. 1. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), tiene la función de examinar la constitucionalidad de las decisiones tomadas por el legislativo.

4 Del mismo parecer es ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al castellano de CARLOS BERNAL PULIDO, 2.^a edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 484.

5 RICARDO GUASTINI. *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 41-44.

6 Un ejemplo de esto sería el hecho de que el legislador emita una ley aprobando la aplicación de la pena capital a supuestos distintos de los que la Constitución establece (art. 140 Constitución Política del Perú). Así mismo, la reserva de ley también constituye parte de los límites materiales. Ella establece que determinadas materias sean reguladas exclusivamente por ley, por ejemplo el derecho al libre tránsito (art. 2, 11 Constitución Política del Perú).

7 En el Perú el Tribunal Constitucional reconoce al principio de proporcionalidad, y sus tres subprincipios, como “parámetro[s] para examinar la constitucionalidad de las intervenciones

concepto de derecho fundamental entendido como principio. Reconstruir los derechos fundamentales con una estructura de principio, en el sentido de la teoría de los principios, supone la afirmación de que estos son mandatos de optimización⁸. Por tanto, los derechos fundamentales vendrían a ser normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes⁹.

Numerosas son las críticas que se dirigen a la influencia que los “derechos fundamentales entendidos como principios” ejercen sobre otros ámbitos del ordenamiento jurídico¹⁰. Es importante, por tanto, hacer una precisión respecto de la concepción que entiende los principios, y por ende los derechos fundamentales, como mandatos de optimización.

Si los principios son concebidos como meros mandatos de optimización contendrían sólo un mandato de maximización, es decir, el mandato de maximizar el cumplimiento de ellos. Por lo tanto, toda medida que se tome respecto de derechos fundamentales, así como las decisiones que puedan afectarlos, deberán perseguir la “óptima realización” de éstos, lo cual representaría un determinismo metodológico orientado a la consecución de la única respuesta correcta¹¹. Dicha respuesta correcta vendría a ser el máximo grado de optimización. Esto hace necesario analizar más detenidamente la expresión “mandato de optimización” para poder entender claramente qué es lo que significa optimizar un principio y, por ende, un derecho fundamental.

El mandato de optimización, como tal, es una regla de optimización, es decir, es un mandato definitivo que implica optimizar en la mayor medida

en derechos fundamentales”: STC exp. n.º 0045-2004-AI/TC, fundamento 21-41; cfr. también STC exp. n.º 2235-2004-AA/TC, fundamento 6; STC exp. n.º 007-2006-PI/TC, fundamento 27-56. Así mismo, el Tribunal Constitucional peruano aporta una definición de ponderación en la sentencia STC exp. n.º 8726-2005-PA/TC, fundamento 22; así como en la sentencia STC exp. n.º 04530-2008-HD/TC, fundamento 17.

8 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 68. En este sentido, cfr. ALEXANDER PECZENIK. “Legal Rules and Moral Principles”, en *Rechtstheorie* 11, pp. 151-168, 151. Una posición crítica a este postulado en AULIS AARNIO. “Taking Rules Seriously”, en *ARSP* 42 (1990), pp. 180-192, 187; así como en JAN-R. SIECKMANN. *Recht als normatives System*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 22 y ss.; ÍD. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 63 y ss. Una sucinta exposición sobre la problemática referida a la teoría de los principios en JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE. “Sobre la distinción entre reglas y principios”, en *Pautas para interpretar la Constitución*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 103-120.

9 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 67.

10 CHRISTIAN STARCK. “Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts” (reseña), en *Der Staat* 32 (1993), pp. 473-478; 475 y ss.

11 Acerca del postulado de la única respuesta correcta, cfr. RONALD DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, p. 81; ÍD. “No Right Answer?”, en P. M. S. HACKER/J. RAZ (eds.). *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 58-84, 58 y ss.

posible un principio. Esto era a lo que apuntaban las críticas de AARNIO¹² y de SIECKMANN¹³ cuando cuestionaban la definición clásica de los principios como mandatos de optimización. Sin embargo, esta crítica no toma en cuenta el que los principios son normas cuyo contenido consiste en un deber ser ideal, que debe ser realizado en la mayor medida posible¹⁴. Es decir, existen dos niveles: el nivel real, que es idéntico con la estructura de una regla, y el nivel ideal, que implica un deber ser ideal (*ideales Sollen*) para ser optimizado¹⁵. La optimización en el nivel ideal es siempre *prima facie*, es decir, tendrá validez en tanto y en cuanto no se le opongan razones que justifiquen lo contrario¹⁶. Por esto ALEXY define el deber ser ideal como “un deber ser abstracto que no se encuentra limitado por las posibilidades empíricas y normativas disponibles”¹⁷.

Esto es de gran relevancia para la legitimación del control de constitucionalidad ante el ámbito de discrecionalidad del legislador. Entender los derechos fundamentales como meros mandatos de optimización supondría un peligro patente para el ámbito de discrecionalidad del legislador. Dado que si la medida adoptada por él impide la máxima y únicamente la máxima realización de cualquier derecho fundamental, el juez constitucional estaría facultado para declararla inconstitucional, y se reduce de esta manera el ámbito de discrecionalidad del legislador. Esto hace evidente el que sea necesario concebir los derechos fundamentales como mandatos ideales de deber ser (*ideales Sollen*), es decir, concebirlos como mandatos *prima facie* para ser optimizados y no como meros mandatos de optimización. Solo así se evitaría conceder indebidamente una fuerte competencia revisora a la jurisdicción constitucional, ya que para determinar el contenido definitivo del derecho fundamental afectado se deberá tener en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas referidas al caso. Con esto, el así llamado “paso inevitable del Estado democrático al Estado de jurisdicción” estaría superado¹⁸.

12 AARNIO. “Taking Rules Seriously”, p. 187.

13 SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, cit., p. 65.

14 ALEXY. “Ideales Sollen”, en LAURA CLÉRICO/JAN-R. SIECKMANN (eds.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 21-38.

15 ALEXY. “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en BERND SCHILCHER, PETER KOLLER y BERND-C. FUNK (eds.). *Recht Prinzipien und Elementen im System des Rechts*, Wien, 2000, pp. 31-52, 38 y ss.

16 Al respecto, cfr. JOHN SEARLE. “Prima Facie Obligations”, en JOSEPH RAZ (ed.). *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 81-90; 83.

17 ALEXY. “Ideales Sollen”, cit., p. 23. Escépticos respecto del concepto de deber ser ideal: RALF POSCHER. “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, en *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 59-79, 69 y ss.; JAN H. KLEMENT. “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, en JZ, 2008, pp. 756-763, 760.

18 ERNST-W. BÖCKENFÖRDE. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, en ERNST-W. BÖCKENFÖRDE. *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, pp. 1-31, 19.

Para que el control por parte de la jurisdicción constitucional esté justificado, deberán sopesarse y argumentarse las razones que hacen prevalecer el derecho fundamental por sobre el ámbito de discrecionalidad del legislador y viceversa. Es decir, las razones empleadas para la toma de la decisión por parte del legislador deberán ser ponderadas con las razones que justifican la prevalencia del derecho fundamental afectado por dicha decisión. Sin embargo, esto no es suficiente para fundamentar el ámbito de discrecionalidad del legislador. Se presenta entonces ante la teoría de los principios el reto de proporcionar un argumento que garantice el margen de decisión legislativa, sin afectar la competencia de control del Tribunal Constitucional¹⁹.

III. DOS SOLUCIONES TRADICIONALES AL CONFLICTO ENTRE JUEZ CONSTITUCIONAL Y LEGISLADOR

Frente a la problemática descrita líneas arriba se podría no obstante argumentar que existen fórmulas que intentan resolver la tensión entre juez constitucional y legislador. A continuación pasaremos a describir dos de las fórmulas que han venido siendo aplicadas en la jurisprudencia de los Estados Unidos.

A. LA DOCTRINA DE LA “JUDICIAL SELF-RESTRAINT”

La doctrina de la *judicial self-restraint* ha sido presentada por muchos como la forma más eficaz de garantizar un espacio de discrecionalidad al legislador²⁰. Dicha garantía se concreta mediante una abstención por parte del juez constitucional de avocar materias que, no obstante caen dentro de su jurisdicción, considere fuera de su responsabilidad. La doctrina de la *judicial self-restraint* o autocontención judicial fue elaborada por la Corte Suprema estadounidense para delimitar los ámbitos de acción la *judicial review* en las decisiones tomadas por los otros órganos del Estado.

Esta doctrina sostiene que las cortes deben presumir la constitucionalidad de las interpretaciones realizadas por el Congreso, el ejecutivo y cualquiera de las instituciones estatales, en la mayor medida posible. La *judicial self-restraint* implica sobre todo una limitación competencial referida al contenido de las decisiones tomadas por cada uno de los poderes del Estado²¹. Así, la

19 ALEXY. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 518.

20 HWANG. “Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?”, cit., pp. 621 y ss.

21 Cfr. JAMES B. THAYER. “The Origins and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, 7 (1893), pp. 129-156, 143.

jurisdicción constitucional no deberá responder a cuestiones que caigan dentro del ámbito de acción del poder legislativo, ejecutivo, judicial o cualquiera de los demás órganos constitucionales.

Las técnicas para aplicar la *judicial self-restraint* pueden ser de naturaleza procedimental o substantiva. Se estará ante una *judicial self-restraint* de naturaleza procedimental cuando la Corte evite tomar conocimiento, *in limine*, sobre temas substantivos en general, que estén, en principio, fuera de su competencia. Por otro lado, se estará ante una *judicial self-restraint* de naturaleza substantiva cuando la Corte en su *holding* fundamente que el caso en litigio no es propiamente un tema judicial²².

Si bien es cierto que esta doctrina responde a la configuración política y constitucional de los Estados Unidos, fue acogida también por el Tribunal Constitucional Federal alemán, con ciertas restricciones. Dicho tribunal destacó sobre todo la no limitación de sus competencias y restringió la *judicial self-restraint* a la abstención de practicar política en la judicatura:

El principio del *judicial self-restraint*, que se impone al Tribunal Constitucional Federal, no significa de ninguna manera el debilitamiento o limitación de sus competencias, sino que implica la prohibición de intervenir en política, es decir intervenir en el libre espacio de configuración política que ha sido creado y delimitado por la propia Constitución. Se refiere entonces a mantener intangible el espacio de libre configuración política de los otros órganos creados constitucionalmente.²³

En la doctrina no es pacífico el debate en torno de qué es lo que se quiere decir apelando al concepto de *judicial self-restraint*. No obstante ello, es relativamente aceptado que existen dos variantes: la *judicial self-restraint* entendida en los términos del *judicial review* estadounidense y la *judicial self-restraint* (*richterliche Selbstbeschränkung*) entendida en términos de limitación política del Tribunal Constitucional Federal alemán.

Ambas corrientes comparten el mismo *terminus*, no así la intención y extensión que le dan a este. Esto responde a la diferente realidad constitucional de ambas corrientes. Mientras que en los Estados Unidos no existe un órgano de control constitucional a manera del Tribunal Constitucional Federal, en Alemania no le corresponden a la Corte Suprema (*Bundesgerichtshof*) las atribuciones del *judicial review* al modo del sistema estadounidense. Es decir, estamos ante dos realidades completamente diferentes, ya que en los Estados Unidos el control de la constitucionalidad está encargado a la Corte Suprema

22 Cfr. JOHN P. ROCHE. "Judicial Self-Restraint", en *American Political Science Review*, 49 (1955), pp. 762-772, 765-766.

23 BverfGE 36, 1 (pp. 14 y ss.); cfr. también BverfGE, 35, 257 (pp. 261 y ss).

(Supreme Court), lo cual trae consigo que el peligro de politización de sus decisiones sea más alto que en un tribunal independiente a los tres poderes, que dependa sólo de la Constitución y su Ley Orgánica, como lo es en Alemania. Si partimos de esto, vemos que la *judicial self-restraint* no podría jugar un papel decisivo en la tarea de delimitar el grado de intervención del Tribunal Constitucional en el margen de configuración decisoria del legislativo, pues ésta estaría referida únicamente a tópicos políticos (modelo alemán) o a la completa abstención de intervención en el ámbito competencial de cualquier otro poder del Estado (modelo estadounidense) dejando así sin respuesta a la pregunta ¿qué tanto puede afectar el control de constitucionalidad a las decisiones tomadas por el legislador democráticamente legitimado?

Así mismo, la *judicial self-restraint* supone que sea el propio juez quien determine si es competente o no para conocer el caso. Esto implicaría un alto grado de subjetivismo en sus decisiones, con el consecuente peligro de irracionalidad.

Por ello debemos rechazar la propuesta que sostiene que la *judicial self-restraint* vendría a ser una suerte de pieza de recambio que encajaría en el lugar donde nosotros pretendemos situar los principios formales²⁴. Ambos (principios formales y *judicial self-restraint*) se superponen y en muchos casos se podría llegar a respuestas similares empleando cualquiera de los dos principios. Sin embargo, el hecho de que dos procedimientos de argumentación lleguen a un mismo o similar resultado no implica que ambos sean de la misma naturaleza y que respondan a las mismas premisas.

Además, ambas figuras no comparten las mismas características, ya que mientras los principios formales son un mandato de optimización dentro del propio sistema jurídico, la *judicial self-restraint* sólo es un criterio interpretativo sin poder vinculante. O bien se tiene el poder absoluto para controlar las decisiones legislativas y se rehúye aplicarlo en virtud de algo así como una “modestia judicial”, o bien no se tiene nada más que el mandato de no intervenir en política.

B. LA DOCTRINA DE LA “POLITICAL QUESTION”

Así como la doctrina de la *judicial self-restraint*, la doctrina de la *political question* es también creación de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense²⁵. El postulado básico de este criterio competencial se refiere a la facultad que asiste a las cortes de abstenerse de emitir opinión en temas

24 HWANG. “Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?”, cit., pp. 621 y ss.

25 Los orígenes de la *political question* se remontan hasta la formulación hecha por el juez MARSHALL en el famoso caso “Marbury vs. Madison”: “*Questions, in their nature political,*

asignados a la competencia del órgano político autorizado para tomar decisiones²⁶. Por esta razón, la Corte deberá determinar si el caso que avoca tiene un contenido político antes que uno jurídico²⁷. De ser este el caso, la Corte renunciará a asumir la responsabilidad sobre él, cediéndosela a las instituciones políticas competentes²⁸. La *political question* implica entonces una abdicación por parte de la jurisdicción a su obligación de decir *qué es derecho*²⁹. La Corte Suprema estadounidense fundamenta esta abstención, en función del principio de separación de poderes:

Toda decisión referida a materias tales como consideraciones políticas o de decisiones que representen un riesgo comparativamente alto deben ser reservadas a la rama ejecutiva del gobierno. En una democracia madura, tales decisiones deben ser tomadas por el poder ejecutivo y no por el poder judicial.³⁰

Es difícil distinguir entre la *judicial self-restraint* y la *political question*, ya que ambas se refieren a la abstención de las cortes en determinadas materias. Sin embargo, se hace evidente también el rango más limitado de la *political question*, misma que vendría a equipararse con el concepto de *judicial self-restraint* utilizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán descrito líneas arriba, es decir, sólo limitada a materias políticas y no tanto a problemas en las competencias de los órganos estatales en general. Así mismo, la *political question*, al igual que la *judicial self-restraint*, supone una decisión subjetiva por parte del juez. La doctrina de la *political question* no proporciona parámetro objetivo alguno para determinar cuándo un caso es político o no, sino que se basa en la apreciación subjetiva del propio juez.

En contraposición a la *political question*, los principios formales tienen un rol más amplio, pues están referidos a todas las decisiones tomadas por el órgano político que limiten derechos fundamentales, es decir, no avocan únicamente materias referidas a decisiones políticas. Cuando una decisión tomada por el órgano legislativo afecta derechos fundamentales, ella deberá tener prevalencia por sobre cualquier consideración efectuada por el Tribu-

or which are, by the constitutions and law, submitted to the executive, can be never be made in this court": "Marbury v. Madison", 5 U.S. 137, 170 (1803).

26 LAURENCE H. TRIBE. *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1978, pp. 71-79; JOHN E. NOWAK y RONALD D. ROTUNDA. *Constitutional Law*, 5.^a edición, St. Paul, West, 1995, pp. 106-117.

27 Esta técnica es conocida también como *Substantive Judicial Self-Restraint*, cfr. ROCHE. "Judicial Self-Restraint", cit., p. 767.

28 Cfr. FRITZ W. SCHARPF. "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", en *The Yale Law Journal*, 75 (1966), pp. 517-597, 538.

29 Ídem.

30 "Greene v. McElroy", 254 F. 2d 944, 103 U. S. App. D. C. 87; cfr. también "Baker v. Carr", 369 U. S. 186, 210- 211 (1962).

nal Constitucional, en tanto y en cuanto no existan razones suficientemente fundamentadas que indiquen lo contrario. La autoridad del derecho tiene una prioridad *prima facie*, lo que garantiza la discrecionalidad del legislador. Remitir esto sólo a materias de *political question* significaría limitar la discrecionalidad legislativa.

En conclusión, en virtud de la *political question* no se reconoce un ámbito de discrecionalidad al órgano político, sino que se le transfiere la responsabilidad de decidir en determinados casos que la Corte considere como de carácter político antes que jurídico. Así mismo, tampoco se determina en función de qué criterios se puede diferenciar una materia política de una que no lo es, por lo que la *political question* se muestra insuficiente para fundamentar una teoría de la discrecionalidad legislativa, así como insuficiente para determinar los márgenes competenciales entre el legislador y el juez constitucional.

IV. LOS PRINCIPIOS FORMALES

A. IMPORTANCIA TEÓRICA

El concepto de principio formal no es nuevo, el propio ALEXY destaca su importancia dentro de la reconstrucción teórica de los derechos fundamentales³¹. En la actualidad el concepto de principio formal ha cobrado importancia no solo en la intensa polémica acerca de la determinación del margen de decisión legislativa y del alcance del control constitucional sobre el legislador, sino también debido a las críticas que la teoría de los principios ha recibido por parte de sus detractores. Estas críticas se basan en clásicas objeciones al concepto de Constitución como orden fundamental. Ellas sostienen que la presencia de derechos fundamentales, con carácter de principio, amenaza el orden constitucional democrático del Estado moderno³².

Por su parte, la teoría de los principios sostiene que las respuestas a las preguntas acerca del grado en que los derechos fundamentales pueden ser afectados o qué tan extensas pueden llegar a ser las competencias que tiene el legislador para limitar derechos fundamentales no pueden ser proporcionadas sólo como resultado de la ponderación entre principios materiales (derechos fundamentales), sino que se requiere de un elemento que sirva de contrapeso

31 ALEXY. “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, 1995, pp. 262-287, 279 y ss.; ÍD. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 112, 257, 373, 416; ÍD. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 547 y ss.

32 BÖCKENFÖRDE. “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, en *NJW* (1974), pp. 1529-1538, 1534; JÜRGEN HABERMAS. *Facticidad y validez*, 5.^a edición, Madrid, Trotta, 2008, p. 332; JÜRGEN SCHWABE. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, Schadel, 1977, p. 268.

a la fuerza expansiva que los principios materiales tienen. Este elemento lo constituirían los llamados “principios formales”. De esta manera se postula que los principios formales pasan a formar parte de un nuevo nivel en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

B. LA PROBLEMÁTICA DE LOS PRINCIPIOS FORMALES

1. El problema de su adscripción

Partiendo del supuesto de que los principios formales exigen la validez *prima facie* de las decisiones provenientes de un procedimiento decisorio efectuado por una autoridad competente para hacerlo, arribamos a la conclusión de que toda autoridad con capacidad decisoria, basada en su norma de competencia, puede pretender para sí la validez *prima facie* de sus decisiones. De esta manera los principios formales no solo estarían del lado del legislador parlamentario sino también del lado del legislador ejecutivo y de la jurisdicción, sea esta constitucional u ordinaria. Esto último implica que toda decisión proveniente de un procedimiento decisorio basado en principios y reglas de argumentación debe valer en la mayor medida posible. El límite para esta validez *prima facie* lo constituyen los principios materiales; es decir, el límite a la validez *prima facie* de los principios formales lo constituyen los derechos fundamentales. Si la decisión tomada por un órgano decisorio competente afecta de manera desproporcionada un derecho fundamental, tendrá que llevarse a cabo una ponderación entre el principio material que fundamenta la decisión autoritativa y el principio material, derecho fundamental, que se ve afectado por ella. El principio formal estará del lado del principio material que fundamenta la decisión autoritativa.

2. El problema del contenido

Otro problema que puede identificarse en el concepto de principio formal es el de su supuesta falta de contenido. Un principio debe su naturaleza formal a dos factores: en primer lugar, los principios formales suponen un contenido pero no lo determinan, es decir, carecen de contenido concreto determinado; los principios formales tienen por lo tanto un contenido determinable; en segundo lugar, la naturaleza formal de los principios formales se debe a que su contenido, una vez determinado, es siempre el producto de un procedimiento racional de toma de decisión³³.

33 Podríamos identificar la naturaleza formal de los principios formales, por ejemplo, con los *terminus singularis* o los *individuum variable* de la lógica y la filosofía del lenguaje. En ellos

El que los principios formales posean un contenido determinable a través de un procedimiento de toma de decisión es de especial importancia para la determinación de los márgenes de acción del legislador en función de una ponderación. En efecto, si los principios formales no tuviesen un contenido determinable, sería poco más que imposible ponderarlos. La pregunta sería, entonces, ¿qué clase de contenido determinable poseen los principios formales? La tesis que sostenemos es que ese contenido determinable vendría a ser una decisión autoritativa.

En consecuencia, los principios formales presuponen un contenido, pero no lo determinan. Lo único que es necesario es que el contenido sea el resultado de un procedimiento de toma de decisión. Dicho procedimiento será llevado a cabo por una autoridad normativa dotada de competencia para hacerlo. El principio formal exige el cumplimiento *prima facie* de la decisión autoritativa tomada por ese órgano. La validez de la decisión podrá ser desplazada siempre y cuando existan razones lo suficientemente fundamentadas que lo exijan. Ahora bien: dos son los procedimientos de creación normativa en la mayoría de sistemas jurídicos: la creación legislativa de normas abstractas y generales y la creación judicial de normas individuales. Los principios formales fundamentan entonces tanto al legislador para pretender que sus decisiones sean acatadas como al juez para exigir que sus fallos sean respetados.

3. *El problema de su peso*

La dimensión del peso en los principios formales está vinculada intrínsecamente a su carácter de principio y a la determinabilidad de su contenido. En ese sentido, al ser los principios formales mandatos de optimización que exigen que su contenido sea cumplido en la mayor medida posible, es necesario determinar un criterio que permita identificar ese contenido. Hay dos

solo se trata de identificar un lugar que vendría a ser ocupado por un contenido o *individuum constante*. De esta manera los principios formales tendrían, en un modelo de semántica referencial, la estructura de expresiones conceptuales insaturadas, cfr. GOTTLÖB FREGE. "Funktion und Begriff", en *Funktion, Begriff, Bedeutung*, Göttingen, Mark Textor, Vandenhoeck & Ruprecht, 2007, pp. 2-22, 5 y ss.; Íd. "Sobre sentido y referencia", en *La búsqueda del significado*, 4.^a edición, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 29-49; cfr. también DONALD DAVIDSON. "Truth and Meaning", en *Synthese* 17 (1967), pp. 304-323, 304; cfr. también ERNST TUGENDHAT y URSULA WOLF. *Logisch-semantische Propädeutik*, Stuttgart, Reclam, 1983, p. 136. Así mismo, la naturaleza formal de los principios formales se refiere a su racionalidad procedimental. Los principios formales deben su racionalidad a los principios y reglas que rigen un procedimiento discursivo. Este procedimiento discursivo en un Estado democrático de derecho se expresa a través de la creación legislativa de normas y la decisión jurisprudencial, cfr. ALEXY. "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, pp. 94-108, 97 y ss.

criterios que permiten determinar el peso de un principio formal: el criterio de la amplitud de competencias y el criterio de la validez.

a. El criterio de la amplitud de competencias

El criterio de la amplitud de competencias está referido al aseguramiento del ámbito de decisión correspondiente a los distintos órganos autoritativos dentro del sistema jurídico. El principio formal cumple la función de dotar con una carga argumentativa positiva a las decisiones de estos órganos. Es decir, de no haber razones lo suficientemente fundamentadas para dejarlas de lado, estas decisiones deben valer en la mayor medida posible.

El criterio de la amplitud de competencias supone una colisión entre dos principios materiales y, por ende, una ponderación entre ellos. Cada principio material en colisión fundamenta la decisión de un órgano dotado de competencia para decidir. En un Estado democrático de derecho, los órganos de toma de decisiones normativas son la legislación y la jurisdicción. El principio formal estará del lado del órgano que haya tomado una decisión, es decir, del lado del órgano legislativo, y no del lado del órgano jurisdiccional, ya que este, al momento de controlar la decisión del legislador, aún no toma decisión alguna. Una vez se resuelva la ponderación en favor o en contra de la decisión legislativa, la decisión del órgano jurisdiccional estará dotada de un principio formal que exige que dicha decisión sea respetada en la mayor medida posible³⁴. Ahora bien: el principio formal, en esta constelación, no entra en colisión directa con un principio material, sino que lo hace en conexión con el principio material que fundamenta la decisión legislativa. Esta es la denominada “ley de conexión” que plantea ALEXY³⁵. De ahí se puede deducir que al no entrar en colisión con un principio material, el peso del principio formal se desarrolla en un metanivel independiente de la ponderación de principios materiales³⁶. En dicho nivel, los principios formales alcanzan su máxima optimización ya que no entran en colisión con ningún otro principio y no requiere ser graduado³⁷.

34 En consecuencia, los principios formales también cumplen una función en la fundamentación de la fuerza vinculante de los precedentes judiciales.

35 “Los principios formales procedimentales pueden prevalecer sobre los principios iusfundamentales materiales solo cuando están ligados a otros principios materiales. Esto puede denominarse ‘la ley de conexión’. La ley de conexión explica por qué es fácil llevar al absurdo a los principios formales, cuando se contraponen a los principios materiales”. Cfr. ALEXY. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 560.

36 En ese sentido también MATTHIAS KLATT y JOHANNES SCHMIDT. *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 65 y ss.

37 Los principios alcanzan su máximo grado de optimización cuando no entran en colisión con otro principio. Así, en tanto un derecho fundamental no entre en colisión con otro derecho fundamental, mantendrá su máxima optimización.

Tomemos como ejemplo la clásica tensión entre legislación parlamentaria y jurisdicción constitucional. El legislador democráticamente legitimado toma una decisión en el sentido de limitar un derecho fundamental a favor de otro derecho fundamental o bien colectivo. El juez constitucional evalúa dicha decisión y la somete a un test de proporcionalidad. En dicho test, siempre que se haya superado el análisis de adecuación y necesidad, se ponderará el principio material afectado por la decisión legislativa, con el principio material en que se basa dicha decisión. El principio formal estará del lado de la decisión del legislador, pues esta ya tiene un contenido determinado, que consiste precisamente en limitar un derecho fundamental. No existe un principio formal del lado del juez constitucional, ya que él aún no ha tomado una decisión. Dicha decisión será el resultado de la ponderación que está llevando a cabo. Una vez tomada una decisión, y de haber argumentos suficientes para desplazar tanto el principio formal como el principio material que fundamentan la decisión del legislador, estará reforzada por un principio formal.

Por ello, en función del criterio de amplitud de competencias, el peso de los principios formales se desarrolla en un metanivel. El rol que desempeñan los principios formales para la determinación de la amplitud de competencias es asegurar que las decisiones tomadas por un órgano competente sean respetadas en la mayor medida posible y no se encuentren libradas a argumentaciones insuficientes o débiles.

El peso de un principio formal, en la ponderación entre principios materiales, cobra significado cuando la decisión del órgano legislativo se basa en premisas inseguras. Dicha inseguridad es de naturaleza epistemológica y puede estar referida a inseguridad epistémica respecto de las premisas normativas y de las premisas empíricas que fundamentan la decisión del legislador. El órgano de control no puede, en función de la falta de certeza sobre la corrección de las premisas que fundamentan la decisión del órgano sujeto a su control, declarar inválida dicha decisión. Ello implicaría la eliminación del ámbito de discrecionalidad del legislador. Los principios formales, en esta constelación, establecen discrecionalidad en favor del legislador en caso de duda epistémica, por lo que el peso de los principios formales juega también un rol importante en la ponderación entre principios materiales en caso de duda epistémica. “Los principios formales adquieren un peso independiente en caso de inseguridad epistémica en la ponderación. El peso del principio formal del lado del legislador será determinado a través de la denominada ‘segunda ley de la ponderación’³⁸. La segunda ley de ponderación es una

38 “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”. Cfr. ALEXY. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 552.

expresión del hecho de que los principios formales pueden adoptar pesos diferentes en situaciones distintas.”³⁹

b. El criterio de la validez

El criterio de la validez se refiere a la pertenencia o no al sistema jurídico de decisiones autoritativas que representen un determinado grado de injusticia. Por otro lado, el criterio de la validez no supone una colisión entre dos principios materiales, sino que supone la colisión de un principio formal directamente con un principio material. De ahí que el peso del principio formal no se mantiene en un metanivel, sino que necesariamente debe ser determinado en función de la intervención al principio material opuesto.

El postulado fundamental del criterio de validez en la determinación del peso de los principios formales lo constituye el argumento de injusticia. El argumento de injusticia se deriva de la fórmula de RADBRUCH, que expresa el resultado de una ponderación entre el principio formal de seguridad jurídica y el principio material de justicia⁴⁰. En ella, la fórmula de la negación y la fórmula de la intolerabilidad constituyen los parámetros que determinarán si una norma debe ser considerada parte del sistema jurídico o no. El grado de realización del principio formal dependerá del grado de injusticia que se alcance. Dicho grado de injusticia será proporcionado por la fórmula de la negación (*Verleugnungsformel*) y la fórmula de la insoportabilidad (*Unerträglichkeitsformel*)⁴¹. Si una decisión autoritativa respaldada por el

39 ALEXY. “Reply to T. R. S. Allan”, en MATTHIAS KLATT (ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press (por editarse).

40 “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley ‘positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.” GUSTAV RADBRUCH. “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, 2.^a edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2003, pp. 211-219, 216; cfr. también ALEXY. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5 (2001), pp. 75-95.

41 RALF DREIER y STANLEY PAULSON. “Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs”, en *Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, 2.^a edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2003, pp. 237-252, 248. La fórmula de la negación se refiere a los casos en los cuales se niega intencionalmente todo criterio de justicia: “donde ni siquiera se aspira a alcanzar algún grado de justicia, donde la igualdad, la cual constituye el núcleo de la justicia en la configuración del derecho positivo, es negada conscientemente. De esta manera la ley no solo es derecho injusto,

principio formal de seguridad jurídica niega conscientemente todo criterio de justicia y produce una injusticia intolerable, entonces tendrá que retroceder ante el principio material de justicia.

En esta constelación el principio formal recibe un contenido graduable, ya que si la injusticia no es extrema e intolerable, la decisión autoritativa tendrá validez por sobre el criterio de justicia. En el criterio de la validez, los principios formales, a diferencia del criterio de la amplitud de competencias, no se realizan en su grado máximo, ya que en este entran en colisión directa con un principio material. Por lo tanto, la ley de conexión de ALEXY no tiene aplicación en casos referidos a la validez de las normas. El peso del principio formal dependerá entonces de la fórmula de la negación y la fórmula de la intolerabilidad.

4. El problema de su relación con los principios materiales

El problema respecto de la relación entre los principios formales y materiales se deriva de la dimensión del peso de los principios formales. Como vimos líneas arriba, los principios formales pueden estar en conexión con un principio material. Sin embargo, los principios formales también pueden ser independientes de cualquier principio material. La dependencia o independencia de los principios formales dependen de las circunstancias del caso, no de una característica de la definición de ellos⁴². En caso de encontrarse en conexión con un principio material, los principios formales desarrollarán su peso en un metanivel; si, en cambio, entran en tensión directa con un principio material, tendrán un peso variable a nivel de la ponderación material. Para graficar esta relación emplearemos la ley de colisión de principios materiales y de

sino que además pierde su naturaleza jurídica”. Con la fórmula de la insoportabilidad se apunta que “si la oposición de la ley positiva a la justicia alcanza un grado tal de insoportabilidad, que dicha ley debe ser identificada como derecho injusto ante la justicia”. Cfr. GUSTAV RADBRUCH. “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, 2.^a edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2003, pp., 211-219, 216; Íd. “Gesetz und Recht”, en *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe*, t. 3, pp. 96-100, 99.

42 Esto es a lo que BOROWSKI denomina *independent y dependent formal principles*: “Algunos de los tipos de principio formal se refieren a la obtención de un determinado fin, lo cual se apunta necesariamente a su ponderación con otros principios. Esto se aplica siempre que un principio formal exija *prima facie* que una decisión autoritativa de ponderación sea aceptada. Denominaré a estos principios formales como principios formales dependientes (*dependent formal principles*). Los principios formales independientes (*independent formal principles*) son principios en los cuales éste no es el caso. Los principios formales independientes muestran una estructura menos compleja y, en consecuencia, vendrían a ser el caso normal”. Cfr. MARTIN BOROWSKI. “The Structure of Formal Principles”, en *ARSP*, 119 (2010), pp. 19-35, 31.

la lógica de preferencia⁴³. Así, en el supuesto de conexión, la colisión entre principios se podría graficar de la siguiente manera:

$$(1) (P_f \wedge P_m^1 \mathbf{P} P_m^2) C_1 \rightarrow R_1$$

$$(2) (P_m^2 \mathbf{P} P_f \wedge P_m^1) C_2 \rightarrow R_2$$

Donde P_f es el principio formal, P_m^1 es el principio material que justifica la decisión autoritativa, \mathbf{P} es el operador de preferencia, P_m^2 es el principio material afectado por la decisión autoritativa, C_1 son las circunstancias del caso concreto y R_1 es la regla adscrita aplicable al caso concreto. En (1) vemos que en las circunstancias C_1 el principio formal P_f y el principio material P_m^1 que justifica la decisión autoritativa tienen preferencia y desplazan al principio material P_m^2 afectado; se genera así la regla adscrita R_1 aplicable al caso. Por otro lado, vemos en (2) que en las circunstancias C_2 el principio material P_m^2 no puede ser desplazado por el principio material P_m^1 y el principio formal P_f ; se genera así la regla adscrita R_2 aplicable al caso.

En caso de colisión directa entre un principio formal y uno material, la colisión entre estos principios tendría la siguiente estructura:

$$(3) (P_f \mathbf{P} P_m) C_3 \rightarrow R_3$$

$$(4) (P_m \mathbf{P} P_f) C_4 \rightarrow R_4$$

Donde P_f representa al principio formal que exige el cumplimiento de una decisión autoritativa, \mathbf{P} es el operador de preferencia, P_m representa el principio material que exige que las decisiones autoritativas no sean injustas, C representa el grado de injusticia en el caso concreto y R vendría a ser la regla aplicable al caso. En (3) principio formal P_f tiene prioridad sobre el principio material P_m debido a que las circunstancias C_3 no representan una injusticia extrema. En (4) el principio material P_m tiene preferencia y desplaza al principio formal P_f ya que las circunstancias C_4 representan una injusticia extrema.

A partir de estos argumentos se puede afirmar que la relación entre principios formales y principios materiales es contingente y depende de las circunstancias concretas que rodeen el caso. Cuando el caso gire en torno de la determinación del margen de control de constitucionalidad e implique una delimitación de competencias decisoras sobre un caso concreto, el principio formal estará conectado con un principio material. Si, en cambio, el caso gira en torno de la delimitación de la validez y, por ende, de la pertenencia de una norma al sistema normativo, el principio formal que exige que esa norma

43 Acerca de la ley de colisión de principios cfr. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 71 y ss. Para una exposición de los postulados de la lógica de la preferencia cfr. GEORG H. VON WRIGHT. *The logic of preference*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1963, p. 19.

sea obedecida en la mayor medida posible entra en colisión con el principio material de justicia que exige el respeto de los derechos fundamentales.

5. *El problema de su racionalidad*

El problema de la racionalidad de los principios formales se refiere tanto al criterio de corrección que subyace al procedimiento de toma de decisión autoritativa que configura el contenido de aquellos como al criterio para la determinación del peso de un principio formal cuando entra en tensión directa con un principio material.

La decisiones autoritativas pueden basarse en dos distintos tipos de corrección, es decir en la corrección normativa⁴⁴ o en la corrección procedimental⁴⁵. Aquí se adoptará la segunda de las tesis mencionadas. Con ello se defenderá la tesis de que los principios formales fundamentan decisiones que son el resultado de un determinado procedimiento de toma de decisión, es decir, del procedimiento del discurso racional⁴⁶. Esto significa que la racionalidad que subyace a los principios formales corresponde a la denominada “racionalidad procedimental”. La racionalidad procedimental basa la corrección de sus enunciados en deliberaciones guiadas por determinados principios de la razón práctica, tales como: adoptar los medios más efectivos para nuestros fines, formar creencias razonables sobre los fines y los objetivos, preferir el mayor bien, etc. “Estos principios, entre otros, especifican lo que es correcto, o válido, en el razonamiento práctico.”⁴⁷ Con esto la racionalidad del procedimiento de toma de decisión y, por ende, del contenido de los principios formales dependerá de la racionalidad de la argumentación que fundamenta dicha decisión⁴⁸. De esta manera se hace evidente la conexión entre los

44 JOSEPH RAZ. “Legitimate Authority”, en *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 20 y ss.

45 ALEXY. “Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation”, pp. 95 y ss.

46 Ídem.

47 JOHN RAWLS. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 77.

48 ALEXY ha intentado hacer explícitas las condiciones para lograr racionalidad discursiva apelando a un sistema de veintiocho reglas y formas del discurso práctico general. Este sistema enuncia exigencias generales de racionalidad tales como: ausencia de contradicción, claridad del lenguaje, confiabilidad de las premisas empíricas, consideración de las consecuencias, la ponderación, intercambio de roles y el análisis de la génesis de las convicciones morales; así como las reglas del procedimiento discursivo, mismas que aseguran la libertad y la igualdad de la argumentación. Cfr. ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción al castellano de MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO, 2.^a edición ampliada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 184 y ss.; ÍD. “La institucionalización de la razón”, en *Persona y Derecho*, 43 (2000), pp. 217-249, 226 y ss.

principios formales y la argumentación jurídica⁴⁹. La argumentación jurídica proporciona el marco de racionalidad que subyace a la determinación del contenido de los principios formales y por tanto contribuye a su racionalidad. Por ello el tipo de racionalidad subyacente a los principios formales vendría a ser lo que HABERMAS denomina “racionalidad posmetafísica”⁵⁰.

El otro aspecto referido a la racionalidad de los principios formales apunta a la determinación de su peso. Como se acotó líneas arriba, la determinación del peso de los principios formales varía dependiendo de si están en conexión con un principio material o si entran directamente en tensión con un principio material. En el primer supuesto el principio formal no requiere ser sopesado ya que alcanza su óptima realización al no colisionar contra otro principio. De esta manera, la decisión sobre si el principio material en conexión con el principio formal o el principio material opuesto debe tener prioridad en el caso concreto depende de la ponderación de los principios materiales en conflicto.

Si, en cambio, el principio formal entra en colisión directa con un principio material, digamos el principio formal de seguridad jurídica frente al principio material de justicia, el contenido del principio formal deberá tener necesariamente un peso que le permita ser ponderado con el principio material opuesto. Siguiendo a RADBRUCH, el criterio de racionalidad que permitirá determinar cuándo se está frente a una injusticia extrema dependerá de si la medida normativa implica una negación consciente de todo criterio de justicia y que la injusticia derivada de dicha norma alcance un nivel extremo e intolerable tal que quite a ésta su naturaleza normativa⁵¹. Las injusticias por debajo de este umbral de injusticia extrema quedan como derecho defectuoso pero válido. Por ello la racionalidad de los principios formales, cuando entran en conflicto directamente con principios materiales, está constituida por la fórmula de RADBRUCH con sus dos subfórmulas: la fórmula de la negación y la fórmula de la insoportabilidad.

49 Para una exposición de los elementos constitutivos de la teoría de la argumentación jurídica, cfr. JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE. “Teoría de la argumentación jurídica y decisión jurídica”, *Gaceta Constitucional*, 27 (2010), pp. 247-255.

50 HABERMAS señala que una de las características de la ciencia, la moral y el derecho contemporáneos es que su legitimidad se basa en procedimientos, por lo que su racionalidad se ha convertido en formal. Con ello se quiere decir que la legitimidad de determinados contenidos depende de la racionalidad de los procedimientos que los originan. “La legitimación se basa en la racionalidad y la racionalidad se basa a su vez en procedimientos”, cfr. HABERMAS. *Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 36. HABERMAS sostiene en ese sentido que la razón práctica ha sido reemplazada por la razón comunicativa. “La razón comunicativa posibilita, pues, una orientación por pretensiones de validez, pero no da ninguna orientación de contenido determinado para la solución de tareas prácticas es ni informativa ni tampoco directamente práctica”, cfr. HABERMAS. *Facticidad y validez*, cit., p. 66.

51 Cfr. ALEXY. “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, 23 (2010), pp. 167-182, 177, n. 14.

C. RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE PRINCIPIO FORMAL

El principio formal es un mandato *prima facie* que exige que su contenido sea optimizado en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios formales son, en consecuencia, mandatos de optimización. El contenido de un principio formal se constituye siempre de una decisión autoritativa tomada por un órgano facultado para hacerlo. De esta manera, los principios formales aportan razones dirigidas a otros órganos de toma de decisión para el seguimiento de una decisión autoritativa, es decir, son razones institucionales para el seguimiento de una norma⁵². Un principio formal es tal debido a que, por un lado, la racionalidad de su contenido depende de un procedimiento. Los principios formales son denominados por esta razón “principios procedimentales”⁵³. Por otro lado, los principios formales tienen la cualidad de formales porque suponen un contenido pero no lo determinan de antemano. Ellos exigen el cumplimiento de su contenido, una vez determinado, independientemente de la corrección que tenga. Quien determinará cuál es el contenido del principio formal es la autoridad decisora al momento de tomar una decisión.

Ejemplos de principio formal serían el principio democrático que asiste al legislador para tomar decisiones importantes para la comunidad⁵⁴, el principio de seguridad jurídica, el principio de separación de poderes y el principio de igualdad ante la ley⁵⁵.

Tomemos como ejemplo el principio de competencia decisoria del legislador democráticamente legitimado. Este principio formal exige que los órganos encargados de interpretar y aplicar las decisiones normativas emitidas por el legislador, en caso de duda, concedan un espacio de discrecionalidad al mismo, en la mayor medida posible y según las posibilidades fácticas y jurídicas⁵⁶. Esta vinculación contiene, sin embargo, un mandato *prima facie*, que a su vez contiene razones que fundamentan la validez o aplicabilidad. Dichas razones pueden ser contradichas siempre que las circunstancias del caso así lo exijan.

52 “Característico de los principios formales es precisamente que ellos estatuyen razones para el seguimiento de otra norma”. Cfr. AFONSO DA SILVA. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, cit., p. 145; cfr. también RAABE. *Grundrechte und Erkenntnis*, cit., p. 184.

53 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 112.

54 *Ibid.*, pp. 416, 257.

55 WOLFGANG ENDERLEIN. *Abwägung in Recht und Moral*, Freiburg, Alber, 1992, pp. 338 y ss.

56 Una opinión similar en SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, cit., p. 148.

V. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS FORMALES

Para poder mostrar la importancia práctica de los principios formales se hace necesario tomar un ejemplo extraído de la casuística en el que, de haber sido tomados en cuenta, aquellos hubieran decantado la decisión tomada por el juez constitucional en favor de la discrecionalidad del órgano legislativo. Se trata de un fallo adoptado por el Tribunal Constitucional peruano⁵⁷ respecto de un recurso de amparo interpuesto por una organización no gubernamental (ONG) en contra de las políticas de salud reproductiva realizadas por el Ministerio de Salud peruano (en adelante, Minsa) en el marco su normativa en materia de planificación familiar⁵⁸. La controversia giraba en torno de la distribución de manera gratuita por parte del Minsa de la denominada “píldora del día siguiente”. El Minsa, en el marco de sus funciones y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6.º de la Constitución peruana, dispuso la distribución en forma gratuita del Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios pertenecientes al Estado. Ante dicha política, la ONG “Acción de Lucha contra la Corrupción” interpuso la demanda de amparo a fin de que se declarase la política practicada por el Minsa contraria al derecho a la vida del concebido. Ante dicho caso el Tribunal Constitucional peruano se inclinó por declarar fundada la demanda de amparo, con la consiguiente prohibición al ejecutivo de distribuir gratuitamente el mencionado fármaco. Más allá de si las consecuencias de tal decisión propiciaron un panorama discriminatorio o de si un tribunal constitucional está en condición de determinar cuándo se inicia la vida, los argumentos que fundamentan la decisión dejan entrever la posibilidad de reconstruir el caso en función de los principios formales. En efecto, el Tribunal sostiene que ante la duda razonable respecto de si la citada píldora tiene efectos abortivos o no⁵⁹, y en función de principios como el *pro homine* y el *pro debilis*⁶⁰, se inclina por limitar el margen discrecional del legislador ejecutivo, para favorecer el derecho fundamental supuestamente afectado. Esto puede formularse de la siguiente manera: ante la duda epistémica, el Tribunal opta por proteger el principio material y limitar la discrecionalidad del legislador.

La duda epistémica no es un argumento por sí solo lo suficientemente fuerte como para decidir una controversia⁶¹. Antes bien, se deben ponde-

57 STC exp. n.º 02005-2009 PA/TC.

58 Norma Técnica de Planificación Familiar NT n.º 032 Minsa/DGSP-V01, aprobada por Resolución Ministerial n.º 536-2005/Minsa.

59 STC exp. n.º 02005-2009 PA/TC, cfr. fundamentos 51 y 52.

60 STC exp. n.º 02005-2009 PA/TC, cfr. fundamentos 33 y 34.

61 De este parecer también BverfGE 50, 290 (332): “La incertidumbre sobre los efectos de una ley en un futuro incierto no puede eliminar la competencia del legislador para proferir una ley, aun cuando ésta sea de gran trascendencia”.

rar la intensidad de la interferencia en un derecho, junto con la certeza de las premisas que justifican la intervención en él. Es decir, se debe aplicar la segunda ley de ponderación o ponderación epistémica⁶². En el caso, la intervención del derecho al libre acceso a los medios anticonceptivos para evitar embarazos no deseados y a la libre determinación de la personalidad, entendida como el derecho a la autodeterminación reproductiva, es grave, o por lo menos moderada; esto implica que la certeza epistémica de los argumentos que sustentan tal intervención debe ser si no evidente por lo menos plausible. Si, por el contrario, tomamos la intensidad de la interferencia al derecho a la vida del concebido como segura o posible, también deberán ser seguros o factibles los argumentos que la justifican. Mientras haya inseguridad epistémica, el principio formal, que está del lado del legislador ejecutivo, exige discrecionalidad epistémica en su favor⁶³. En consecuencia, de haberse tenido en cuenta los principios formales, la decisión tomada por el Tribunal Constitucional peruano habría dado la razón al legislador ejecutivo.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha señalado líneas arriba, la delimitación de las competencias del legislativo y de la jurisdicción constitucional parte de asegurar un ámbito de decisión a cada uno de ellos. Este ámbito de decisión se basa en la norma de competencia que les confiere dicha facultad de decisión autoritativa. Sin embargo, en los casos en que estos ámbitos de competencia colisionan o se yuxtaponen es necesario contar con un criterio que determine hasta dónde puede ir la afectación de los ámbitos de competencia enfrentados. Dicho criterio lo constituyen los principios formales, que, debido a su naturaleza *prima facie*, permiten determinar, en función de un caso concreto, cuál debe ser el ámbito de competencia que debe retroceder ante el otro, sin llevar a su eliminación. La función del principio formal consiste en exigir la validez *prima facie* de las decisiones autoritativas en la mayor medida posible, es decir, consiste en poner una carga de argumentación en favor de la decisión autoritativa. De no haber argumentos lo suficientemente fuertes como para hacer retroceder el principio formal conjuntamente con el principio material que fundamenta la decisión autoritativa, dicha decisión debe valer, independientemente de su corrección interna. Por ende, incluso decisiones injustas ante las cuales no hay argumentos suficientes como para negar su validez

62 “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”. Cfr. *ut supra* (nota 38).

63 *Ibíd.*, p. 546.

deben valer en la mayor medida posible. Sin embargo, dicha validez tiene un límite: dicho límite lo constituye la injusticia extrema.

Por otro lado, los modelos de abstención con los que se ha venido delimitando la competencia de los tribunales (*judicial self-restraint* y la *political question*) no garantizan al legislador un margen de discrecionalidad propia, sino más bien uno dependiente de lo que el juez constitucional decida como fuera de su responsabilidad.

Con ello arribamos a la conclusión de que los principios formales constituyen un elemento que ha de ser tomado en cuenta en la interpretación constitucional, con el fin de poder delimitar las competencias del legislador y del juez constitucional. Así se lograría integrar una dimensión institucional al análisis ponderativo y en consecuencia se ganaría un argumento más en favor de la institucionalización de la razón.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, AULIS. "Taking Rules Seriously", en ARSP, 42 (1990).
- AFONSO DA SILVA, VIRGILIO. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- ALEXY, ROBERT. "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.
- ALEXY, ROBERT. "Die Konstruktion der Grundrechte", en LAURA CLÉRICO y JAN-R. SIECKMANN (eds.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos (s. f.).
- ALEXY, ROBERT. "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, 1995.
- ALEXY, ROBERT. "Ideales Sollen", en LAURA CLÉRICO y JAN-R. SIECKMANN (eds.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- ALEXY, ROBERT. "Reply to T. R. S. Allan", en MATTHIAS KLATT (ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press (por editarse).
- ALEXY, ROBERT. "La institucionalización de la razón", en *Persona y Derecho*, 43 (2000).
- ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción al castellano de MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO, 2.ª edición ampliada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al castellano de CARLOS BERNAL PULIDO, 2.ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALEXY, ROBERT. "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, 23 (2010).

- ALEXY, ROBERT. "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", en BERND SCHILCHER, PETER KOLLER y BERND-C. FUNK (eds.). *Recht Prinzipien und Elementen im System des Rechts*, Wien, 2000.
- BOROWSKI, MARTIN. "The Structure of Formal Principles", en ARSP, 119 (2010).
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-W. "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", en ERNST-W. BÖCKENFÖRDE. *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-W. "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", en NJW (1974).
- DAVIDSON, DONALD. "Truth and Meaning", en *Synthese*, 17 (1967).
- DREIER RALF y PAULSON STANLEY: "Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs", en *Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, 2.^a edición, Heidelberg, C. F. Müller, 1999.
- DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, RONALD. "No Right Answer?", en P. M. S. HACKER y J. RAZ (eds.). *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- ENDERLEIN, WOLFGANG. *Abwägung in Recht und Moral*, Freiburg, Alber, 1992.
- FREGE, GOTTLÖB. "Funktion und Begriff", en *Funktion, Begriff, Bedeutung*, Göttingen, Mark Textor, Vandenhoeck & Ruprecht, 2007.
- FREGE, GOTTLÖB. "Sobre sentido y referencia", en *La búsqueda del significado*, 4.^a edición, Madrid, Tecnos, 2005.
- GUASTINI, RICARDO. *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*, 5.^a edición, Madrid, Trotta, 2008.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.
- HWANG, SHU-PERNG. "Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?", en AöR, 133 (2008).
- JESTAEDT, MATTHIAS. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1999.
- KLATT, MATTHIAS y JOHANNES SCHMIDT. *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- KLEMENT, JAN H. "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", en JZ, 2008.
- NINO, CARLOS. S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NOWAK, JOHN y RONALD D. ROTUNDA. *Constitutional Law*, 5.^a edición, St. Paul, West, 1995.

- PECZENIK, ALEKSANDER. "Legal Rules and Moral Principles", en *Rechtstheorie* 11.
- PORTOCARRERO QUISPE, JORGE. A. "Sobre la distinción entre reglas y principios", en *Pautas para interpretar la Constitución*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.
- PORTOCARRERO QUISPE, JORGE. A. "Teoría de la argumentación jurídica y decisión jurídica", *Gaceta Constitucional*, 27 (2010).
- POSCHER, RALF. "Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie", en *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 2007.
- RAABE, MARIUS. *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- RADBRUCH, GUSTAV. "Gesetz und Recht", en *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe*, t. 3 (s. d.).
- RADBRUCH, GUSTAV. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, 2.^a edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2003.
- RAWLS, JOHN. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, 2001.
- RAZ, JOSEPH. "Legitimate Authority", en *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- ROCHE, JOHN P. "Judicial Self-Restraint", en *American Political Science Review*, 49 (1955).
- SEARLE, JOHN. "Prima Facie Obligations", en JOSEPH RAZ (ed.). *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- SCHWABE, JÜRGEN. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, Schadel, 1977.
- TUGENDHAT, ERNST y URSULA WOLF. *Logisch-semantische Propädeutik*, Stuttgart, Reclam, 1983.
- WRIGHT, GEORG H. VON. *The logic of preference*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1963.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

- STC exp. n.º 0045-2004-AI/TC
- STC exp. n.º 2235-2004-AA/TC
- STC exp. n.º 007-2006-PI/TC
- STC exp. n.º 8726-2005-PA/TC
- STC exp. n.º 04530-2008-HD/TC
- STC exp. n.º 02005-2009 PA/TC

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

BverfGE, 35, 257

BverfGE 36, 1

BverfGE 50, 290

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

“Marbury v. Madison”, 5 U. S. 137, 170, (1803)

“Greene v. McElroy”, 254 F. 2d 944, 103 U. S. App. D. C. 87

“Baker v. Carr”, 369 U. S. 186, 210- 211 (1962)