

JORGE PORTOCARRERO (ED.)



Ponderación y discrecionalidad

Universidad
Externado
de Colombia

130
Años

SERIE DE TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

N 76

Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N.º 76

Ponderación y discrecionalidad

Ponderación y discrecionalidad : un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional / Robert Alexy [y otros] ; editor Jorge A. Portocarrero Quispe. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2016.

376 páginas ; 16,5 cm. -- Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho ; número 76

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587724912

1. Alexy, Robert, 1945- -- Crítica e interpretación 2. Argumentación jurídica 3. Derechos humanos 4. Garantías constitucionales 5. Control de constitucionalidad 6. Garantías constitucionales 7. Protección de los derechos fundamentales I. Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, editor II. Universidad Externado de Colombia. III. Título. IV. Serie.

340.1 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

JORGE A. PORTOCARRERO QUISPE

Editor

Ponderación y discrecionalidad

Un debate en torno al concepto y
sentido de los principios formales
en la interpretación constitucional

Universidad Externado de Colombia

Serie orientada por CARLOS BERNAL PULIDO

ISBN 978-958-772-491-2

© 2016, JORGE A. PORTOCARRERO QUISPE (ED.)
© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Tel. (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: mayo de 2016

Imagen de cubierta: Palacio de Justicia, Lima - Perú

Composición: Precolombi-David Reyes

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	13
<i>Jorge A. Portocarrero Quispe</i>	
PRINCIPIOS FORMALES.	
ALGUNAS RESPUESTAS A LOS CRÍTICOS	23
<i>Robert Alexy</i>	
I. El problema	23
II. Algunos elementos básicos de la teoría de los principios	25
1. Reglas y principios	25
2. Proporcionalidad	26
3. La fórmula del peso	27
III. El concepto de principio formal	34
IV. Principios y ponderación en general	36
V. Una construcción equivocada	40
VI. Dos tipos de discrecionalidad	43
VII. Optimización epistémica de segundo orden	44
VIII. Principios formales y discrecionalidad	52
PRINCIPIOS FORMALES Y FÓRMULA DEL PESO	59
<i>Martin Borowski</i>	
I. Las decisiones del legislador parlamentario y la ponderación en la jurisdicción constitucional	65
1. Tres enfoques respecto de la relación entre el legislador parlamentario y el Tribunal Constitucional	67
a. La autoridad absoluta de la decisión del legislador parlamentario	68
b. La ausencia absoluta de autoridad en las decisiones del legislador parlamentario	70

c.	La autoridad relativa de las decisiones del legislador parlamentario	72
2.	Tres enfoques en torno a los principios formales	74
II.	Los principios formales en la literatura de la teoría de los principios	79
1.	Los “principios conservativos” de Ronald Dworkin	79
2.	La concepción de principios formales expuesta por Robert Alexy en <i>Teoría de los derechos fundamentales</i>	84
a.	Los principios formales en la ponderación de principios materiales	84
b.	La protección <i>prima facie</i> de las decisiones autoritativas	86
3.	La reconstrucción alexyana de los principios formales en el contexto de la fórmula del peso	89
a.	La fórmula del peso	93
b.	La seguridad del conocimiento sobre las premisas empíricas en la fórmula del peso	96
i.	La “notación completa de la fórmula del peso” y la “ley epistémica de ponderación”	96
ii.	Inseguridad epistémica de tipo empírico y de tipo normativo	101
iii.	La “interacción” de variables para el peso relativo	102
iv.	Valor límite o continuidad ilimitada de niveles en el peso	103
v.	La obligación de determinar el supuesto de hecho	105
c.	La variable “S” en la fórmula del peso y los principios formales	106
i.	¿Propicia necesariamente la introducción de la variable “S” conferir un ámbito de discrecionalidad?	110
ii.	¿Dónde está el tercer principio?	114
iii.	Dos cuestiones distintas	119
4.	¿Un viraje hacia una “ponderación indirecta” entre principios formales y materiales?	121

III. Principios formales	126
1. La distinción entre principios materiales y formales	127
a. Los principios materiales	129
b. Los principios formales	131
c. Los principios formales accesorios y no accesorios	135
i. Los principios formales no accesorios	137
ii. Los principios formales accesorios	140
2. El peso de los principios formales	148
a. Los principios formales no accesorios	149
b. Los principios formales accesorios	150
i. El peso abstracto	150
ii. Intensidad de afectación o grado de no satisfacción	151
iii. La seguridad del conocimiento de la decisión en su conjunto	153
IV. Conclusión	157
PONDERANDO COMPETENCIAS. ACERCA DE CÓMO EL COSMOPOLITISMO INSTITUCIONAL PUEDE RESOLVER CONFLICTOS JURISDICCIONALES	159
<i>Matthias Klatt</i>	
I. Introducción	160
II. Conflictos de competencias	167
1. Taxonomía de los conflictos de competencia	167
2. El Triángulo de las Bermudas de la protección de derechos en la Unión Europea	171
III. Soluciones políticas y jurídicas	177
1. Del porqué las soluciones políticas son insuficientes desde la perspectiva jurídica	178
2. Soluciones estrictamente jurídicas	181
3. "Tertium datur": soluciones jurídicas flexibles	183
4. La separación entre primacía y supremacía	186
IV. Competencias en equilibrio	188
1. La idea de la concordancia práctica institucional	188
2. Conflictos de competencia como conflictos entre principios formales	191

3.	Ponderando competencias	195
V.	El conflicto de competencia entre la CEJ y los tribunales de los Estados miembros	203
1.	Protección de los derechos fundamentales y el método <i>Solange</i>	204
2.	El caso del mercado del banano	206
3.	Solange inversa	210
4.	El caso de la retención de datos	213
VI.	Resultados	216
EL PROBLEMA DE LOS PRINCIPIOS FORMALES EN LA DOCTRINA DE LA PONDERACIÓN DE ROBERT ALEXY: DEL <i>IN DUBIO PRO</i> <i>LIBERTATE AL IN DUBIO PRO LEGISLATORE</i>		221
<i>Jorge A. Portocarrero Quispe</i>		
I.	El sistema teórico de los principios formales de Robert Alexy	223
1.	El concepto de principio formal	223
2.	Dos tipos de conexión: la ley de conexión material y la ley de conexión epistémica	227
3.	La nueva fórmula del peso refinada	230
4.	El peso de los principios formales o el peso de la injusticia	233
5.	Los principios formales como razones en favor de la discrecionalidad del legislador	235
II.	Algunos aspectos problemáticos de la doctrina alexiana de los principios formales	243
1.	El problema de la ponderación de segundo orden	244
2.	La colisión entre principios formales	249
III.	Conclusión	259
PRINCIPIOS FORMALES		261
<i>Jan Sieckmann</i>		
I.	Introducción	261
II.	La concepción de los principios formales	264
III.	El contenido de los principios formales	267

IV. La construcción de la ponderación de los principios formales	271
1. Construcciones de un único nivel	271
2. Construcciones conformadas por dos niveles	274
a. El modelo de las interpretaciones constitucionales en competencia	275
b. La separación estricta de niveles de ponderación y niveles de control	284
c. Principios formales como fundamentación de la “fórmula del peso”	289
V. Criterios para la ponderación de principios formales	297
VI. La relevancia constitucional de los principios formales	303
VII. Conclusión	307

EL CONTROL DEL PROCESO DE JUSTIFICACIÓN

LEGISLATIVA Y LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS FORMALES 311

A. Daniel Oliver-Lalana

1. Un tercer enfoque del control judicial de la legislación	313
2. El proceso “interno” de legislación y la “metódica” legislativa	318
3. Exigencias judiciales al proceso de justificación legislativa	324
4. El control procesal como “compensación”	339
5. Problemas de activación, acoplamiento e influencia	346
6. Problemas de estructura	351
7. Problemas de cualificación	355
8. Principios formales y <i>debida metódica</i> de justificación legislativa	363
9. Conclusiones	375