

Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley*

Formal Principles and Legal Common Sense. On the Presumption of Constitutionality of the Statutes

Alí Lozada**

Autor:

Alí Lozada
Universidad de O'Higgins, Chile
alilozada@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9206-3647>

Recibido: 12-01-2021

Aceptado: 26-2-2021

Citar como:

Lozada, Alí (2022). Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, pp. 411-443. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.14>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Alí Lozada

Resumen

Este trabajo intenta responder a la pregunta de cuál es el lugar –si acaso hay alguno– que el sentido común de los juristas ocupa en la teoría alexyana de los principios formales, particularmente, respecto de la presunción de constitucionalidad de la ley. La respuesta es que (i) la teoría de Alexy capta los aspectos nucleares de ese sentido común, inclusive (ii) contribuye a refinar algunos aspectos del mismo, sin embargo, (iii) todo lo anterior se oscurece si en el análisis se incluye a la fórmula del peso interpretándola como el reflejo exacto de la teoría alexyana.

Palabras clave: Alexy, control de constitucionalidad, deferencia judicial, examen de proporcionalidad, presunción de constitucionalidad, ponderación, principios formales, sentido común.

Abstract

This paper tries to answer the question of what is the place –if there is any– that the common sense of jurists occupies in the Alexyan theory of formal principles, particularly, regarding the presumption of constitutionality of the law. The answer is that (i) Alexy's theory captures the core aspects of that common sense, indeed, (ii) it contributes to refining some aspects of it, however, (iii) all of the above is obscured if the weight formula is included in the analysis, interpreting it as the exact reflection of the Alexyan theory.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto ANID/CONICYT FONDECYT Postdoctoral N.º 3180579-2018 (Gobierno de Chile), «Modelos de argumentación jurídica con principios formales y reglas de origen judicial (Precedente y jurisprudencia): una reconstrucción teórica basada en el caso chileno», del que soy investigador responsable.

** Agradezco a Manuel Atienza, Josep Aguiló, Isabel Lifante, Catherine Ricaurte, José Fonseca y a los dos informantes anónimos por haber leído un borrador de este trabajo y haberme proporcionado sus comentarios; todos ellos han contribuido notablemente a evitar errores, los que todavía quedan son exclusivamente de responsabilidad del autor.

Keywords: Alexy, balancing, common sense, formal principles, judicial deference, judicial review, presumption of constitutionality, proportionality test.

«En la clase de casos que hemos considerado [relativos al control judicial de la ley], *la cuestión última no es la de cuál es el verdadero significado de la Constitución, sino la de si la legislación puede sostenerse o no*».

J. B. Thayer, 1893, 150¹

INTRODUCCIÓN

iCuál es el lugar del sentido común en la filosofía práctica? Al decir de Rawls, su teoría de la justicia como equidad resulta del equilibrio reflexivo, es decir, de la búsqueda de la coherencia, entre nuestros juicios meditados [*considered judgements*] y los principios morales que nos parecen razonables. Respecto de estos principios y su relación con el sentido común, Rawls hace dos señalamientos. Por un lado, sostiene que su teoría busca dar cuenta de ciertas «convicciones de sentido común» de los ciudadanos, mostrándolas como la consecuencia de los principios de justicia elegidos en la posición original; según tales convicciones, «las libertades básicas se dan por supuestas y los derechos garantizados por la justicia no están sujetos a negociaciones políticas ni al cálculo de los intereses sociales», «ideas familiares» que componen el «sentido común de la vida cotidiana» propio de «la cultura política pública de una sociedad democrática» y de «las tradiciones interpretativas de su constitución y sus leyes básicas» (Rawls, 1999, p. 25; 2001, p. 5). Mas, por otro lado, Rawls afirma que «[n]o hay razón alguna para asumir que nuestro sentido de justicia puede ser adecuadamente caracterizado por preceptos del sentido común, o derivados de los principios de aprendizaje más obvios. Una explicación correcta de las capacidades morales ciertamente implicará principios y construcciones teóricas que vayan más allá de las normas y estándares citados en la vida cotidiana». (Rawls, 1999, pp. 41s.).

El ejemplo de Rawls parece mostrar, entonces, que la reflexión filosófico-práctica no puede prescindir de cierto núcleo de convicciones de sentido común, de ideas familiares compartidas por los ciudadanos, aunque estas deben ser sometidas a crítica sistemática a fin de refinarlas. Creo que lo mismo podría decirse de la relación entre la teoría del derecho y el sentido común de los juristas.

En el núcleo del sentido común jurídico, como recuerda Frederick Schauer, está la idea de que los juristas razonan con reglas; hay «[u]na concepción popular muy extendida [que] supone que los abogados fundamentan sus casos mediante la apelación a reglas abstrusas, incomprensibles para el común de la gente, y que los jueces toman

1. Énfasis en el original.

sus decisiones después de consultar libros repletos de esas reglas. Se cree que una vez que encuentra la regla correcta, el juez procede a aplicarla mecánicamente al caso que juzga, y ese es el fin del asunto», concepción que «a pesar de sus imprecisiones y exageraciones [...] capta una parte importante del derecho. Los abogados suelen consultar las reglas, y los jueces suelen tomar decisiones que implican su seguimiento» (Schauer, 2013, pp. 29s.). Así, en la tradición del *civil law*, se podría decir que un componente cardinal del sentido común jurídico es que el derecho tiene que ver centralmente con la ley. Sin embargo, junto a esta primera intuición, se ha ido incorporando otra con el advenimiento de lo que Norberto Bobbio llamó «el tiempo de los derechos» (Bobbio, 1991): la de que los derechos fundamentales tienen un lugar central en el día a día del derecho en cuanto límites impuestos a la ley.

Ambas intuiciones –la de la ley y la de los derechos fundamentales– conforman en la actualidad el sentido común jurídico de casi todo el planeta. Y, en torno a ellas, se han ido desarrollado convicciones de carácter metodológico sobre cómo determinar si una determinada ley transgrede o no los límites impuestos por un derecho fundamental. De ahí que el llamado examen o *test de proporcionalidad*, diseñado para esa finalidad, se haya convertido en un «criterio universal de constitucionalidad» (Beatty, 2004, pp. 230). En efecto, el examen de proporcionalidad, cuyos orígenes se remontan al Derecho público europeo del siglo XVIII (véase Bernal, 2007: pp. 41ss.), se ha extendido a toda Europa –incluyendo los estados post-comunistas en Europa central y oriental– y a Israel; ha sido absorbido por sistemas del Commonwealth –Canadá, Sudáfrica, Nueva Zelanda y, por vía del derecho europeo, al Reino Unido– y se ha introducido también en América Central y del Sur. Para fines de los años noventa del siglo pasado, prácticamente todo el sistema de justicia constitucional a nivel mundial, con la excepción parcial de los Estados Unidos –el esquema norteamericano de los tres niveles de escrutinio que se expondrá más adelante se aproxima en algo al test de proporcionalidad (Rosenfeld y Sajó, 2012)²–, han acogido los aspectos principales del examen de proporcionalidad (Stone Sweet y Mathews, 2008, p. 74), por lo que puede decirse que, hoy en día, dicho *test* forma parte del sentido común de los juristas a nivel global.

Por tanto, actualmente, para evaluar una determinada teoría del derecho, es útil preguntarse si ella es compatible con las nociones envueltas en el mencionado examen de proporcionalidad (la legitimidad del fin buscado por el legislador, la adecuación de la medida legislativa a ese fin, la necesidad de esta y la ponderación entre aquel fin y el derecho fundamental afectado). Sobre esto, Atienza ha sostenido que ciertos positivismo jurídicos, al negar elementos esenciales de la ponderación, contrarían el que –según dicho autor– debería ser el sentido común jurídico en la materia; y ha sostenido también que, en contraste, teóricos del derecho postpositivistas como Robert Alexy sí captan el contenido básico de aquel sentido común (Atienza, 2017, pp. 147ss.). Quizá por ello, muchos reconocen que la teoría de los principios de Alexy, nacida de una

2. Sobre el uso de la proporcionalidad en el derecho de los Estados Unidos, véase, Jackson, 2015.

reconstrucción de la práctica del Tribunal Constitucional Federal de su país (Alexy, 2002b), ha contribuido al desarrollo de la cultura jurídico-constitucional, no solo de los países del *civil law*, sino también de los del *common law* (Barak, 2012, p. 5).

En efecto, según Atienza, la reconstrucción que hace Alexy del examen de proporcionalidad constituye una doctrina que «tendría que considerarse como de sentido común jurídico»³, en el sentido de que ese examen comprende «tópicos, puntos de partida, comúnmente aceptados» (Atienza, 2017, p. 158s.), «una tópica que nos ayuda a argumentar» y que vendría a decir «que, cuando se trata de resolver conflictos entre bienes o derechos (o entre los principios que los expresan: X e Y) y tenemos que decidir si la medida M está o no justificada, los «lugares» a los que tenemos que acudir (que podrían traducirse también en «preguntas críticas» que hacerse) son: «la medida más idónea para alcanzar X»; «no hay otra medida M que permita satisfacer X sin lesionar Y»; «en las circunstancias del caso (o en abstracto) X pesa más –es más importante que Y»; etcétera» (Ibíd., p. 156).

Sin embargo, Atienza critica la fórmula del peso de Alexy porque incurriría en un error retórico, de presentación: «la “fórmula del peso”, con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc., no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc. [...] Uno de los inconvenientes de no ver así las cosas es el de complicarse la vida inútilmente, hacer de esa fórmula un uso completamente innecesario. Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios llevan ahora a algunos tribunales a extensísimas motivaciones dirigidas probablemente a transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias respectivas» (Atienza, 2010, pp. 50s.). De manera que, según Atienza, «esa doctrina alexyana, al menos tal como ha sido entendida por muchos juristas (no tanto por él), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión [... La fórmula del peso] crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo» (Atienza, 2017, p. 155).

3. El uso del examen de proporcionalidad como un conjunto de tópicos parece ratificarse en un reciente estudio empírico, cualitativo y cuantitativo, según el cual, el uso que se hace de aquel examen en varias cortes del mundo tiende a ser «integrador», antes que «secuencial», a diferencia del esquema canónico. Así, no siempre se culmina una etapa (por ejemplo, el examen de adecuación o el de necesidad) con un claro resultado positivo o negativo; tampoco, en caso de que el resultado sea negativo en una de las etapas, se suspende siempre el examen, sino que frecuentemente se continúa con la siguiente etapa; y no suele haber una etapa dominante, sino que a menudo contribuyen al resultado final más de una (Steiner, Lang y Kremnitzer, 2020, pp. 544ss.).

Los aspectos de la teoría alexyana de los principios que son objeto de la crítica de Atienza tienen que ver, sobre todo, con los denominados principios materiales, pero el autor alemán se ocupa también de los llamados principios formales⁴. Mientras que los primeros son principios relativos, por ejemplo, a derechos fundamentales o a bienes colectivos, entre los segundos están la democracia, la división de poderes, la seguridad jurídica, etc. En este trabajo, me enfocaré en este segundo tipo de principios.

Me plantearé como pregunta central la de cuál es el lugar —si acaso hay alguno— que el sentido común de los juristas ocupa en la teoría alexyana de los principios formales, específicamente, respecto de la presunción de constitucionalidad de la ley. Para ello, en lo que sigue, (1) reconstruiré lo que podría ser el núcleo del sentido común jurídico en torno a la presunción de constitucionalidad de las leyes; luego, (2) sintetizaré la teoría de los principios formales de Alexy; con ello, (3) trataré de responder a la pregunta central de este trabajo, relativa al lugar de la presunción de constitucionalidad de la ley en esa teoría; para finalmente (4) extraer algunas conclusiones.

1. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

1.1. Sobre las presunciones en el derecho

1.1.1. La reconstrucción de Ullman-Margalit

En su clásico artículo *On presumption*, Edna Ullman-Margalit teoriza sobre las presunciones en el contexto general de la deliberación práctica. Lo hace a partir de lo que podríamos llamar el núcleo del sentido común jurídico sobre las presunciones, o como dice la autora, el «núcleo duro del uso de las presunciones dentro del derecho», especialmente, del derecho probatorio: (Ullman-Margalit, 1983, p. 144).

Ante todo, conviene precisar que el sentido de «presunción» del que se ocupa la autora, y que es el relevante aquí, es el de *norma de presunción*, un tipo de razón operativa para la justificación de *acciones* (lo que presupone un contexto *práctico*). Quedan al margen, entonces, las presunciones entendidas como *proposiciones probabilísticas*, es decir, como razones encaminadas a la fundamentación de *creencias* (lo que presupone, en cambio, un contexto *teórico*⁵).

Así entendidas, las presunciones «funcionan como una vía de escape [*extrication*...], ante procesos de deliberación irresueltos. Lo que hacen es proporcionar un procedimiento para la decisión «por defecto [*by default*]»». Por ejemplo, «[u]n juicio penal es un proceso al final del cual los juzgadores de hechos deben alcanzar un veredicto inequívoco

4. En Atienza y Ruiz Manero, 2001, ellos trazaron una distinción similar entre «principios sustantivos» «principios institucionales».

5. Aunque este se desenvuelva en un contexto más amplio de carácter práctico, como sería el caso de una inferencia probatoria inserta en la justificación de una decisión judicial.

a favor o en contra del acusado, por inconcluyentes que puedan ser los elementos de prueba que ellos tengan enfrente. Hay un punto a partir del cual ya no se introducen, o ya no pueden introducirse, más elementos de prueba, y hay un momento en el que las deliberaciones de los juzgadores de hechos deben terminar. Si la evidencia es concluyente y no deja duda en su mente sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado, no hay problema», pero, si la duda persiste, entra en juego la presunción de inocencia. Las reglas de presunción, entonces, introducen «un sesgo sistemático a favor de uno de los tipos de alternativas disponibles por encima del otro u otros»; una regla tal «puede ser vista, pues, como el reemplazo de la arbitrariedad por algo así como el pre-juicio racional» (Ibíd., pp. 154-157).

Para Ullman-Margalit, la presunción es una *regla* cuya estructura puede formularse de la siguiente manera:

Dado que es el caso que p , tú (= el destinatario de la regla) procederás como si q fuera verdadero a menos que o hasta que tengas razones (suficientes) para creer que no es el caso que q . [Ibíd., p. 147]

La estructura de la regla de presunción tiene, entonces, una estructura condicional, pues el «hecho presunto» (la presunción «de que q ») emerge si se prueba un «hecho base» o «hecho generador de la presunción», en otras palabras, si se verifica el supuesto: «*es el caso que p* » (Ibíd., p. 147).

El sintagma «*Procederás...*» dirigido a los «destinatarios de la regla» indica cuál es la naturaleza de esta: como se ha dicho, su finalidad es permitirnos salir de *impasses* deliberativos, pero la regla «no alude tanto a cómo *constatar* los hechos cuanto a cómo *proceder* sobre la base de ellos»; específicamente, la regla «manda a sus destinatarios tomar a una cierta proposición como verdadera con el propósito de tener un punto de apoyo (por así decirlo) para la acción. Dicho de otra manera, el mandato es el siguiente: dado p , haz de q una premisa en el razonamiento práctico relevante» (Ibíd., pp. 147s.).

El «...*como si q* » expresa que «la regla de presunción no implica compromiso con, ni garantía de, el valor de verdad del hecho presunto q . No formula exigencias a los sistemas cognitivos o epistémicos de sus destinatarios. La regla titula a alguien a considerar q como verdadero con el propósito de concluir su deliberación práctica sobre un asunto acuciante; no le compele ni le titula a creer que q »; en suma, «una regla de presunción *aprueba el paso práctico de p a q* » (Ibíd., p. 149).

El «*A menos que o hasta que...*» muestra que la regla de presunción contiene una «cláusula de refutación». «La regla debe ser entendida como algo que pone cierto mecanismo en movimiento. Pone a sus destinatarios en un determinado curso de acción, a saber, el de proceder a actuar bajo la suposición de que q . Este curso puede ser bloqueado solamente *si* (este es el sentido [...del] «a menos que») o *una vez que* (este es el sentido [...del] «hasta que») el destinatario de la regla tenga fundamento (suficiente) para creer que no es el caso que q . Cuando esto sucede, la presunción se refuta; mientras eso no ocurra, la presunción se mantiene y es operativa». Ahora bien, «[l]a cuestión de qué se necesita para llevar a cabo la refutación de una presunción alude a la asignación

de deberes, y de los correspondientes beneficios, por parte de la regla de presunción. Tiene que ver con las nociones gemelas de la *carga de la prueba* y del *beneficio de la duda*: «En la medida en que la presunción no refutada sirva para promover la causa de una de las partes, denominada “proponente de la presunción”, corresponderá a la otra parte, denominada «oponente de la presunción», el intentar refutarla [...] Así, además del aspecto sustantivo de las reglas de presunción, a saber, el aprobar el paso práctico de p a q , tales reglas tienen también un aspecto procedimental, el de atribuir al oponente de la presunción la carga de aportar elementos de contraprueba». «[E]s importante destacar la asimetría que compone el meollo del asunto: mientras que la presunción (de que q) y el mandato correspondiente (proceder como si q) se activan *en ausencia* de ciertas razones para creer, es solamente *la posesión* de ciertas razones para creer lo que refuta la presunción y cancela el mandato. Cuando uno tiene razones para creer suficientes para fundamentar la acción, no hay problema de deliberación alguno; es para viabilizar la acción en ausencia de tales razones para lo que las reglas de presunción afloran» (Ibíd., pp. 149-152).

Como se ha dicho, la presunción de que q es refutada cuando el destinatario de la regla de presunción tiene razones *suficientes* para creer que $\text{no-}q$. Lo que cuente como «suficiente» variará según el *peso* de las razones para creer requeridas para la refutación, ese peso determinará, entonces, la *fuerza* de la presunción. «Así pues, una regla de presunción relativa a una presunción fuerte se expresará [así...] «Dado que p , procederás como si q a menos que o hasta que tengas una razón *concluyente* para creer que $\text{no-}q$ ». De manera similar, la regla de presunción relativa a la presunción de una fuerza intermedia se redactará en términos de *buenas* razones para creer o razones para creer *prima facie*; y la regla relativa a una presunción débil, en términos de *alguna* razón para creer». La fuerza de las presunciones «puede describirse más correctamente, entonces, mediante una balanza que, debido a la regla de presunción y al sesgo inherente a ella, tiene su fiel *inicialmente* inclinado hacia uno de sus lados (hacia el lado de q), balance que puede invertirse únicamente si se coloca cierto peso sobre el otro lado: si se tiene alguna razón para creer que $\text{no-}q$ en el caso de una presunción débil, buenas (prima facie) razones para creer $\text{no-}q$ en el caso de una presunción de fuerza intermedia, o una razón totalmente concluyente para creer que $\text{no-}q$ en el caso de las presunciones fuertes. Esta imagen de una balanza imaginaria inclinada previamente a cualquier pesaje es transmitida por el ‘pre-’ de presunción. Y es la fuerza de la presunción la que determina el peso requerido para invertir el balance». «En cuanto a la cuestión de los factores que determinan la diversidad de fuerzas de las presunciones, estos tienen que ver con la fuerza relativa de las consideraciones en las que se basa la justificación de cada presunción, así como con la ‘labor’ que se espera que cada una desempeñe» (Ibíd., pp. 152-154).

La justificación de una regla de presunción puede basarse en dos tipos de consideraciones principales. El primer tipo corresponde a las consideraciones de lógica inductiva y probabilidad, estas tienen que ver con la probabilidad de la ocurrencia de un tipo de hecho dada la ocurrencia de otro, de manera que «la posibilidad de error (es decir, de proceder sobre la base de q no siendo de hecho q el caso) se reduce mediante reglas

de presunción relativas a presunciones ajustadas al balance normal de probabilidades». Las consideraciones de tipo inductivo-probabilístico, sin embargo, «no pueden, por sí solas, [...] justificar el establecimiento de una regla de presunción»; si lo hicieran, «lo que tendríamos en nuestras manos sería tan solo un consejo práctico ajustado a ciertos cánones de razonamiento inductivo y no una regla de presunción propiamente dicha». En cambio, «las consideraciones del segundo tipo, las normativas, pueden incluso superar a las del primero y llevar a la adopción de una presunción de que q a pesar de que las probabilidades puedan apoyar no- q . [...] Es la justificación de las presunciones en términos normativos la que toca al [...] núcleo del concepto de presunción. Si el primer tipo de consideraciones tenía que ver con la *probabilidad* de error, este tipo normativo de consideraciones tiene que ver con la *aceptabilidad* del error. Las reglas de presunción operan en situaciones en las que las acciones deben decidirse a la luz de información insuficiente y, a menudo, bajo presiones y restricciones externas. Los errores (es decir, proceder sobre la base de q cuando no- q es de hecho el caso, y viceversa) están predeterminados a ocurrir. La cuestión no es evitar errores; en el mejor de los casos la cuestión es reducir su número. Mas una cuestión diferente es si se prefiere un tipo de error sobre los otros, con fundamento en valores morales u objetivos sociales». Las consideraciones valorativas son aptas para justificar sesgos sistemáticos y genéricos a favor de proceder erróneamente en una dirección antes que en otra. «De ahí la presunción de inocencia [...] que] puede concebirse, al igual que otras, como un dispositivo correctivo: como la regulación por adelantado de la dirección de los errores, allí donde los errores son tenidos como inevitables» (Ibíd., pp. 157-159).

1.1.2. *Los desarrollos de Aguiló*

De manera muy concordante con la reconstrucción de Ullman-Margalit, Josep Aguiló sintetiza su comprensión de las normas de presunción –distinguiéndolas de las presunciones *hominis*, relativas a las inferencias probatorias encaminadas al establecimiento de la verdad de los hechos– en varias tesis generales que abrevio a continuación:

- 1) Las normas de presunción operan estrictamente como tales en el ámbito del razonamiento práctico de sus destinatarios; y éstos son sujetos llamados a actuar en algún sentido.
- 2) [...]
- 3) Sin la noción de proceso decisorio, las normas de presunción carecen de sentido [...]
- 4) El sentido de las normas de presunción es establecer la verdad procesal (o una verdad en el proceso); es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias, a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen, por tanto, puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio.
- 5) Las verdades procesales (en el proceso) son derrotables, vencibles.

- 6) En los procesos contradictorios, los deberes del juez relativos a las verdades procesales se traducen en un 'no tener que probar' o en un 'tener que probar' para las partes en conflicto; es decir, en beneficios y cargas procesales. En este sentido, siempre benefician (facilitan) las pretensiones de una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Por ello, siempre y necesariamente tienen una dimensión de distribución de la carga de la prueba y/o de la argumentación.
- 7) La relación entre la verdad procesal establecida por una norma de presunción y la probabilidad de la verdad material del hecho presunto es contingente, es decir, no necesaria; en consecuencia, la obligación de aceptar una verdad procesal no depende de la aceptación de una cierta probabilidad de verdad en sentido material. [Aguiló, 2006, pp. 19s.]

En opinión de Aguiló, las normas de presunción tienen un «carácter bifronte», *constitutivo y regulativo*: Por un lado, el hecho presunto establecido por las normas de presunción es un hecho *constituido*, un resultado institucional («en las circunstancias X, se presumirá la verdad de P»: establecen qué cuenta como hijo, como un fallecido, como un inocente, etc.); vistas así, las normas de presunción son normas puramente constitutivas que sirven de razones auxiliares en el razonamiento práctico del juez y no de razones operativas. Pero, por otro, las normas de presunción *regulan* el proceso, estableciendo ciertas verdades procesales, imponiendo deberes al juez y fijando la carga de la prueba y/o la argumentación («en las circunstancias X, la carga de la prueba de -P corresponde a Y»); desde esta perspectiva, las normas de presunción guían la conducta de los sujetos procesales y, por tanto, son normas de Derecho procesal que sirven de razones operativas en el razonamiento de aquellos. (Aguiló, 2018, pp. 220s.)

Por otro lado, para Ullman-Margalit, las normas de presunción tienen una estructura condicional, es decir, una estructura de *reglas*. Aguiló, sin embargo, hace notar que en el derecho hay, además, presunciones que tienen una estructura categórica, es decir, una estructura de *principios*: estos tienen condiciones de aplicación que derivan exclusivamente de su contenido y, en este sentido, los principios establecen mandatos incondicionados, mientras que las reglas sí cuentan con condiciones de aplicación adicionales a (que van más allá de) las que derivan de su propio contenido, por lo que ellas establecen mandatos condicionados (Aguiló, 2006, p. 23). De manera que, para este autor, en las «presunciones-regla», «el deber del juez de asumir la verdad procesal (de dar por probado el hecho presunto) está sometido a una condición: la prueba del hecho base. Si no se prueba el hecho base, no surge el deber de presumir» (Ibíd., 2018, p. 218), como, por ejemplo, las reglas de presunción contenidas en el art. 194 del Código Civil español sobre la declaración de fallecimiento (Ibíd., 2006, p. 23). En cambio, en las «presunciones-principio», «el deber del juez de dar por probado el hecho presunto no está sometido a la prueba de ningún hecho base. [...] Ocurre, por tanto, lo mismo que con los principios en general: operan siempre que son relevantes; la presunción despliega su eficacia siempre que es relevante» (Ibíd., 2018, p. 218).

Debido a esto, escribe Aguiló, si a las presunciones-principio «les diéramos una estructura hipotética o condicional entonces obtendríamos una norma redundante. Su formulación sería así: ‘Si alguien es acusado, entonces debe presumirse la inocencia del acusado’; ‘Si alguien es un poseedor, entonces debe presumirse la buena fe en la posesión’; ‘Si algo es una ley, entonces debe presumirse la constitucionalidad de la ley’... Si suprimimos todos esos antecedentes, conservamos exactamente las mismas normas. ¿Qué ordenan todas ellas? Lo mismo que las presunciones-regla pero sin someter la obligación a condición alguna; es decir, obligan a asumir una verdad procesal (a dar un hecho por probado, el hecho presunto). [...] Estas presunciones no imponen ninguna creencia sobre la sustancia de fondo, sino más bien un ‘no está probado que’. En puridad sería mejor hablar de presunción de no culpabilidad, de no mala fe, de no inconstitucionalidad o de no ilegalidad». Este deber se traduce en cargas de la prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe, la inconstitucionalidad o la legalidad (Ibíd., 2006, pp. 24s.).

Es patente que en el sentido común de los juristas está presente la noción de presunción-principio por cuanto, como dice el autor, «es fácil comprobar la naturalidad con la que los juristas se refieren a ellas como principios. La presunción de inocencia, la de la buena fe, la de la constitucionalidad de las leyes, la de la legalidad de los actos administrativos, etc., tienen la consideración de principios procesales: conforman en gran medida el proceso y se traducen en cargas de la prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe, la inconstitucionalidad o la ilegalidad» (Aguiló, 2018, p. 219).

1.2. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley para el juez constitucional

Basado en lo anterior, intentaré ahora bosquejar las asunciones compartidas básicas de los juristas acerca de cómo la presunción de constitucionalidad de la ley (también, «presunción examinada») opera especialmente en los procesos judiciales en los que se impugna dicha constitucionalidad; vale decir, esbozaré una reconstrucción de lo que podría ser el núcleo del sentido común de los juristas en esa materia.

1.2.1. Función y naturaleza de la presunción examinada

La presunción de constitucionalidad de la ley es una norma de carácter bifronte. Por un lado, es una norma puramente constitutiva que establece qué cuenta como ley constitucionalmente válida. Mas, por otro lado, es una norma regulativa de carácter procesal que guía la conducta de quienes intervienen en un proceso en el que se impugna la constitucionalidad de una ley. Aquí nos interesa esta segunda faceta, la regulativa. Desde esta perspectiva, la presunción examinada es un *principio*, cuyos destinatarios son, por

un lado, la Corte Constitucional o Suprema según el caso (en adelante, «la Corte») y, por otro, las partes procesales. En consecuencia, aquel principio está llamado a servir de razón operativa en el razonamiento de los sujetos mencionados a la hora de justificar sus decisiones.

Respecto de la Corte, el indicado principio proporciona una decisión «por defecto», que sirve como «vía de escape», siempre que se presente un *impasse* deliberativo respecto de si es inconstitucional una determinada ley, debido a las limitaciones institucionales a las que está sometida a la decisión de la Corte, en cuanto a la información relevante y al tiempo. Dicho principio introduce un «sesgo sistemático» en el proceso decisorio, pero aquel no reemplaza sin más la deliberación, ya que solamente opera si esta no ha sido posible alcanzar, con certeza, alguna convicción acerca de la validez constitucional de la ley impugnada. De ahí que, para los juristas, la presunción examinada pueda resumirse en la máxima *in dubio pro legislatore* (Ferrerres, 2007, p. 131): ella opera solo en casos de incertidumbre, de duda.

Por cuanto consiste en un *principio*, la presunción examinada es eficaz siempre que ella sea relevante, es decir, su aplicación no está condicionada a la verificación de ningún hecho base. En particular, estamos ante un principio *procesal*; en esa medida, de una parte, la presunción examinada envuelve un contenido axiológico que irradia el conjunto del proceso de inconstitucionalidad de la ley, o sea, tiene profunda incidencia en la configuración de aquel; y, de otra parte, el alcance de tal incidencia depende del balance entre el principio que nos ocupa y otros principios que potencialmente pueden colisionar con aquel, como se verá luego.

1.2.2. El mandato presuntivo

La formulación del mencionado principio podría ser esta: *En un proceso de inconstitucionalidad de leyes, la Corte está obligada a decidir como si la ley fuese constitucional a menos que o hasta que tenga razones suficientes para creer que la ley es inconstitucional*. Se puede ver que la estructura del principio que nos ocupa se integra de dos elementos: el mandato presuntivo, que obliga a la Corte a decidir «*como si...*»; y la cláusula de refutación, que establece que la presunción se mantiene activa «*a menos que o hasta que...*». Se encuentra ausente, como se anticipó, el hecho base, propio de las presunciones con el carácter de regla.

Respecto del mandato presuntivo, cabe precisar que el principio de presunción examinado no obliga a la Corte a *creer* que la ley es constitucional; como sostiene Aguiló, «obligar a creer suena muy raro porque creer no es actuar y no se ve cómo la norma podría obligar a eso» (Aguiló, 2018, p. 212). A lo que obliga es a dar por constitucional la ley, es decir, a decidir *como si* la ley fuese constitucional, mas no a *creer* que lo es. La decisión resultante de aplicar el principio de presunción examinado no implica, por tanto, la convicción de que la ley es efectivamente constitucional. Por ello, de manera más precisa, habría que hablar de presunción de *no inconstitucionalidad*.

Dado que la presunción examinada es un principio, es dable que ella colisione con otros principios, especialmente, con los relativos a derechos fundamentales; y que, en algunos casos, la ponderación dé como resultado el *desplazamiento* de la presunción.

1.2.3. La cláusula de refutación y la carga de la argumentación

En la estructura del principio de presunción examinado también está inserta, como se dijo, una *cláusula de refutación*: «*a menos que o hasta que...*» (el «*hasta que...*» podría ser pertinente en sistemas constitucionales donde la Corte puede dictar cautelarmente la suspensión de los efectos de la ley cuya inconstitucionalidad se impugna). Dicha cláusula indica las condiciones necesarias bajo las cuales el mecanismo de la presunción de constitucionalidad de la ley se desactiva. Lo que constituye, desde luego y como ya se ha dicho, un mandato encaminado a regular el razonamiento de la Corte, pero también afecta a las partes procesales: en virtud de dicha cláusula, la pretensión de quien demanda la inconstitucionalidad de la ley se ve dificultada porque a esa parte le corresponde «probar» dicha inconstitucionalidad, es decir, le toca desactivar la presunción, mientras que a la parte demandada no, y debido a ello, la pretensión de esta última se ve facilitada. Se sigue, así, que la cláusula de refutación regula la *carga de la argumentación*, en la que incluyo a la carga de la prueba⁶, colocándola sobre la parte que propone la inconstitucionalidad de la ley y no sobre la parte que se opone a ella.

Adicionalmente, la cláusula de refutación incorpora el cualificador «suficiente». Este representa el *peso* de las razones para creer requeridas para desactivar la aplicabilidad del principio de presunción examinado, las que constituyen el *estándar de refutación* contenido en la cláusula y determinan la *fuerza* con que opera la presunción. La cláusula no exige un grado cierto de «suficiencia» de las razones refutadoras, ese grado dependerá, en cada caso, de la ponderación entre el principio de presunción examinado y los principios que colisionen con él, especialmente, los relativos a derechos fundamentales. Debido a tales ponderaciones, entonces, no solo que, como antes se dijo, es dable el *desplazamiento* (del mandato presuntivo), sino también la *atenuación* (del estándar de refutación) del principio que nos ocupa. Estos dos fenómenos, sin embargo, son diferentes a la *refutación* de aquel principio: en los casos en que la presunción de constitucionalidad de la ley es refutada (desactivada), por un lado, se presupone que el principio no ha sido desplazado y, por otro, la refutación es algo independiente de si aquel ha sido atenuado.

6. Además de por facilidad expositiva, lo hago porque me parece que, en general, la actividad probatoria es primordialmente (aunque no solo) de índole argumentativa; y porque, en particular, cuando se trata de los procesos judiciales sobre la inconstitucionalidad de leyes, no es frecuente que la prueba de los hechos sea muy relevante.

1.2.4. Las reglas de presunción de (in)constitucionalidad de la ley

Como producto de las ponderaciones entre el principio de presunción examinado y los relativos a derechos fundamentales, en la práctica jurídica de muchos países, han surgido *reglas* de presunción de constitucionalidad, así como de presunción de *inconstitucionalidad*, de la ley. Ambas clases de regla se caracterizan porque, además del *mandato presuntivo* presente en el principio de presunción que nos ocupa, ellos tienen un «hecho base», dado por ciertos *tipos de caso*, y una *condición de refutación* más o menos determinada⁷.

Allí donde el principio de presunción examinado prevalece sobre el principio de derecho fundamental, se concretan las que podemos llamar *reglas de deferencia al legislador*, cuya formulación general sería la siguiente: *En un proceso de inconstitucionalidad de leyes, si se da el caso C, entonces la Corte está obligada a decidir como si la ley fuese constitucional a menos que o hasta que tenga X grado de razones para creer que la ley es inconstitucional*. El «grado X», según se ha dicho, puede ser el resultado de la *atenuación* provocada por el principio de derecho fundamental. En todo caso, siempre que una regla de deferencia al legislador es aplicable, lo es también el principio de presunción de constitucionalidad de la ley⁸.

Pero, en aquellos casos en que el principio que nos ocupa es *desplazado* por el principio de derecho fundamental, se gestan, en cambio, las que podemos denominar *reglas de desafío al legislador*⁹, cuya formulación general sería la siguiente: *En un proceso de inconstitucionalidad de leyes, si se da el caso C, entonces la Corte está obligada a decidir como si la ley fuese inconstitucional a menos que o hasta que tenga X grado de razones para creer que la ley es constitucional*. Como puede advertirse, estas (contra)reglas de presunción también comprenden tres elementos, similares a los de la anterior clase de reglas, salvo porque apuntan en el sentido contrario: delimitan los *tipos de caso* en que la Corte debe cumplir el *mandato presuntivo* consistente en la obligación de decidir como si la ley fuese *inconstitucional*, así como especifican un *estándar de refutación* que debe satisfacer quien lleva la carga de la argumentación, o sea, el que se opone a la *inconstitucionalidad*, dificultándole el triunfo de su pretensiones y favoreciéndoselo, en cambio, a quien propone aquella *inconstitucionalidad*.

7. De manera similar opera, en el proceso penal, el principio de presunción de inocencia, el que se especifica en reglas aplicables a diferentes contextos de decisión, como el relativo a la resolución sobre la prisión preventiva, a la sentencia, etc. El principal contraste entre dicho principio y el principio de presunción que nos ocupa descansa en la correspondencia de este último con la dimensión autoritativa del derecho y la del primero con la dimensión sustantiva del mismo, pues se trata de un derecho fundamental; de donde parecería surgir una asimetría entre esos dos principios: mientras que la presunción de constitucionalidad de la ley puede no ser aplicable en determinados casos, es decir, puede justificarse la existencia de reglas de presunción de *inconstitucionalidad* de la ley, el principio de presunción de inocencia no estaría limitado en su aplicación por reglas de presunción de *culpabilidad*.

8. La aplicabilidad de este como de todo principio es mediata, pues la norma aplicada inmediatamente es la correspondiente regla que aquel principio fundamenta.

9. Tomo la oposición entre deferencia [*deference*] y desafío [*defiance*] al legislador de Aileen Kavanagh, 2008.

Con esta reconstrucción de la presunción de constitucionalidad de la ley como *principio* es incompatible la concepción que J. B. Thayer sostuvo en su célebre artículo *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, de 1893. Allí propuso la tesis de que las cortes se guían por la «regla» de que «[e]llos solo pueden desestimar la ley cuando quienes tienen el derecho de expedirla cometieron, no un mero error, sino un error claro, tan claro que su ocurrencia no puede ser cuestionada racionalmente» (Thayer, 1893, p. 144), es decir, si las cortes consideran que la ley es inconstitucional «más allá de la duda razonable», esta es «la que permanece en la mente de una persona competente y debidamente instruida que ha aplicado cuidadosamente sus facultades a la cuestión» (Ibíd., p. 149). Esta constituye, no un principio, sino una regla de presunción, en primer lugar, porque se aplicaría a todos los casos en los que se cuestione la constitucionalidad de una ley, dejando así de lado la consideración del peso que podrían tener principios que operen en un sentido opuesto y, por tanto, la posibilidad de un desplazamiento de la presunción; y, en segundo lugar, porque la cláusula de refutación contiene un estándar de refutación específico, el de «más allá de la duda razonable».

Thayer argumentó arduamente a favor de que su tesis constituía la opinión generalizada de la jurisprudencia estadounidense de la época. Haya sido o no así, lo cierto es que, en la actualidad, la jurisprudencia de los Estados Unidos es diferente y se aproxima a nuestra reconstrucción, como lo muestran los conocidos tres «niveles de escrutinio» usados por la Suprema Corte de los Estados Unidos en la *judicial review* cuando están de por medio derechos fundamentales. De menor a mayor intensidad, esos niveles son: el *rational basis test*, el *intermediate scrutiny* y el *strict scrutiny*. Esta doctrina, que ha sido acogida, *mutatis mutandis*, por muchas cortes en distintas partes del mundo (véase, Barak, 2012, *passim*), puede interpretarse como un complejo de reglas de presunción resultantes del balance, respecto de varios tipos de caso, entre el principio de presunción de constitucionalidad de la ley y los derechos fundamentales.

Así, el *rational basis test* se aplica cuando las leyes son impugnadas bajo la cláusula del debido proceso o de la cláusula de igual protección (tipos de caso), y ordena que la ley debe ser tenida como constitucional (mandato presuntivo) a menos que ella no sirva a ningún propósito legítimo concebible o no constituya una manera razonable de lograr ese fin (cláusula de refutación). El *intermediate scrutiny*, por su parte, se aplica en la evaluación de leyes sospechosas de discriminación en razón de género, discriminación contra niños de fuera del matrimonio, discriminación contra niños extranjeros indocumentados y la regulación sobre la expresión en materia de comercio y en foros públicos (tipos de caso); este nivel de escrutinio ordena que la ley debe ser tenida como *inconstitucional* (mandato presuntivo) a menos que ella tenga una relación sustancial con un propósito estatal importante y que constituya un medio más que razonable, y diseñado estrictamente, para alcanzar ese fin (cláusula de refutación). Finalmente, el *strict scrutiny* se aplica en la evaluación de leyes sospechosas de discriminación con base en la raza, el origen nacional (generalmente contra extranjeros) y de leyes que interfieren con derechos fundamentales como el sufragio, el libre tránsito, la privacidad o la libertad

de expresión (tipos de caso); según este nivel de escrutinio, es obligatorio tener a la ley como *inconstitucional* (mandato presuntivo) a menos que ella sirva para alcanzar un propósito estatal imperioso y constituya un medio necesario, por ser el menos restrictivo o menos discriminatorio, para alcanzar ese fin (cláusula de refutación)¹⁰. (Véase, Chemerinsky, 2006, pp. 540-542).

De manera similar, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido tres «criterios de control» de constitucionalidad de leyes cuando están involucrados derechos fundamentales; respectivamente: *control de evidencia*, *control de justificabilidad* y *control material intensivo*. Estos también pueden ser interpretados como un complejo de reglas de presunción producto del balance, en torno a varios tipos de caso, entre el principio de constitucionalidad de la ley y los derechos fundamentales. Así, el control de evidencia es usado, entre otros casos, en la interpretación de la cláusula de reunificación, del principio universal de la igualdad como interdicción de la arbitrariedad o de los principios generales de la Constitución (tipos de caso); de acuerdo con este criterio, es obligatorio que la Corte tenga a la ley como constitucional (mandato presuntivo) a menos que «inequívocamente», «sin duda», «evidentemente» no lo sea (condición de refutación). El control de justificabilidad se usa en situaciones relativas a regulaciones complejas, predominantemente en el terreno económico y fiscal (tipos de caso), y establece la obligación de la Corte de tener a la ley como constitucional (mandato presuntivo) a menos que las razones a favor de la constitucionalidad no sean al menos «plausibles» (condición de refutación). Y el control material intensivo es usado en asuntos relativos a protección de los derechos fundamentales protegidos sin ningún tipo de reserva –libertad de conciencia, derecho a la producción o creación científica y artística–, así como en materia de libertad personal –libertad de movimiento, vida, integridad física–, de las necesidades básicas –alimentación, vestido, vivienda– o de las posibilidades de desarrollo personal –acceso a las profesiones, elección de centros de enseñanza– (tipos de caso); según este criterio, la Corte está obligada a tener como *inconstitucional* la ley (mandato presuntivo) a menos que las razones a favor de la constitucionalidad ofrezcan una elevada seguridad (condición de refutación)¹¹. (Véanse, Schneider, 1982, pp. 42-45; Bernal, 2005, pp. 436s.; Lopera, 2007, pp. 237s.)

Las dos tríadas relativas al control de constitucionalidad de leyes que afectan derechos fundamentales, la estadounidense y la alemana, confirman la reconstrucción del sentido común de los juristas en torno a la presunción de constitucionalidad de la ley que propongo: esta presunción constituye un principio que se pondera con los relativos a derechos fundamentales dando como resultado diversas reglas de presunción. El *rational basis test*, el *control de evidencia* y el *control de justificabilidad* muestran la existencia

10. En la práctica, el uso de los niveles de escrutinio usados por la Suprema Corte no se ciñe estrictamente a lo aquí descrito, sino que puede advertirse una mayor pluralidad de niveles (Chemerinsky, 2006, pp. 542s.).

11. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania no siempre distingue en sus sentencias con claridad estos tres niveles de intensidad en el control (Clérico, 2009, p. 73).

de reglas de deferencia al legislador, es decir, de casos genéricos en los cuales el principio de presunción examinado no resulta desplazado por la exigencia del mayor escrutinio posible que proviene de los principios vinculados a derechos fundamentales; en todos esos casos, la Corte debe presumir que la ley es constitucional a menos que se satisfaga el correspondiente estándar de refutación, cuyo grado de exigencia, sin embargo, dependiendo de cada caso genérico, es atenuado con mayor o menor intensidad. Mientras que el *intermediate scrutiny*, el *strict scrutiny* y el *control material intensivo* muestran la existencia de reglas de desafío al legislador, es decir, de casos en los cuales el principio de presunción examinado es desplazado por los principios atinentes a derechos fundamentales, aunque, dependiendo del caso, el resultado de la ponderación arroja reglas de presunción favorables a esos derechos con estándares de refutación de diversos grados.

Esta dinámica del principio de presunción examinado en relación con los derechos fundamentales muestra que, tanto las reglas de deferencia, como las reglas de desafío al legislador, pueden envolver presunciones con distintos grados de fuerza, como sugería Ullman-Margalit. De modo que, tales reglas pueden contener estándares de refutación *altos*, como el de «más allá de la duda razonable» de Thayer (inspirado en el proceso penal); *bajos*, parecido al de la «prueba prevaleciente o preponderante» (que se usa en el proceso civil); o intermedios (como el que se defiende en Ferreres, 2007, pp. 151ss.)

1.2.5. *Fundamento de la presunción examinada*

Corresponde, ahora, abordar el porqué del principio de presunción de constitucionalidad de la ley. A este respecto, cabe decir que, en términos muy gruesos, el fundamento detrás de aquel es la democracia, y que las razones más finas detrás de aquel van a depender de la concepción filosófico-política que sobre ella se asuma. Tema que se ubica más allá del ámbito del presente trabajo, que alude a la teoría de los principios de Alexy y no a su teoría de la democracia.

Lo que sí puede decirse aquí son dos cosas. En primer lugar, que los dos tipos de consideraciones principales que Ullman-Margalit señalaba como posibles fundamentos de las presunciones en general pueden concurrir respecto del principio de presunción de constitucionalidad de la ley. La pertinencia de las *consideraciones normativas* es obvia, al ser la democracia un valor constitucional. Y la de las *consideraciones inductivo-probabilísticas* vendría dada por dos vías: por un lado, debido a la mayor accesibilidad que tienen las instituciones políticas a la información empírica relevante para evaluar la constitucionalidad de una ley; y, por otro lado, debido al valor epistémico que varias teorías políticas reconocen al proceso político democrático.

Y, en segundo lugar, que tanto en las reglas de deferencia como en las de desafío al legislador, la carga de la prueba y el estándar de refutación distribuyen el riesgo de error judicial, ineliminable por naturaleza, con base en consideraciones normativas. En aras de la democracia, las reglas de deferencia al legislador, al igual que el principio de presunción examinado, prefieren que la Corte yerre al declarar constitucional una ley

que realmente ha sido inconstitucional, a que lo haga en sentido contrario. Mientras que, en pro de la justicia sustantiva, las reglas de desafío al legislador prefieren, en determinados tipos de caso, que la Corte yerre al declarar *inconstitucional* una ley que realmente ha sido constitucional, a que lo haga en el sentido contrario.

2. LOS PRINCIPIOS FORMALES EN ALEXY

2.1. La teoría de los principios, en general

Como es bien conocido, para Alexy, las reglas son *mandatos definitivos* mientras que los principios son *mandatos de optimización* o *mandatos prima facie* (Alexy, 2002b, pp. 86s. y 99). ¿Qué entender por «mandatos» «de» «optimización»? Desde la *Teoría de los derechos fundamentales*, de 1985, Alexy advirtió que usaba «mandato» en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones (Alexy, 2002b, p. 86). Pero fue en *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, trabajo publicado en 2000, cuando aclaró lo que quería decir la preposición «de»: «[r]esulta necesario diferenciar los mandatos que se optimizan y los mandatos de optimización [...] Los principios, en tanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos que se optimizan o mandatos a optimizar. Como tales, contienen un deber ser ideal, todavía no contienen un deber ser relativo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Sin embargo, tiene todo el sentido referirse a los principios como mandatos de optimización» (Alexy, 2003c, pp. 108s.). Hablando de manera precisa, entonces, los principios son *mandatos a optimizar*. Por lo que respecta al concepto de «optimización», desde la *Teoría de los derechos...*, se estableció una equivalencia entre ese concepto y la máxima de proporcionalidad¹² (Alexy, 2002b, p. 111). Por lo que podría decirse que los principios son *mandatos a proporcionalizar*. Para explorar en profundidad el sentido de la optimización, entonces, hay que incursionar en el contenido de las tres máximas parciales que integran la máxima de proporcionalidad: la de la adecuación o idoneidad, la de la necesidad y la de la proporcionalidad en sentido estricto. Por ser muy conocidas, aquí lo haré de manera sinóptica¹³.

En las dos primeras máximas consiste, según Alexy, la optimización de los principios respecto de las posibilidades fácticas (Alexy, 2002b, pp. 112s.). El autor es enfático al sostener que, si bien esas dos máximas «expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas», esto «tiene muy poco que ver con un 'punto máximo'». Así, por lo que respecta a la máxima de la adecuación, el autor aclara que esta «no consiste en navegar hacia un punto máximo» (Alexy, 2002a, pp. 27s.), sino que «establece un límite negativo» (Alexy,

12. Aunque es usual denominar a esta máxima «principio de proporcionalidad», sin embargo, no se trata de un «principio» en el sentido de Alexy, por lo que es preferible no usar aquí ese rótulo.

13. Un examen extenso lo realicé en Lozada, 2016.

2002b, p. 62), por lo que «tiene más bien el *status* de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos [...], su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo». En tal virtud, esa máxima no es sino la expresión de «la idea del óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore» (Alexy, 2002a, p. 28). Y, en lo concerniente a la máxima de la necesidad, en palabras del autor, esta «también es una expresión de la idea del óptimo de Pareto. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra». Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, de manera similar a lo que ocurría con la máxima de la adecuación, según la máxima de la necesidad, «[a] legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia ningún punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios» (Ibíd., p. 29); esta máxima opera, entonces, «de manera negativa» (Alexy, 2003b, pp. 63s.). Así definidas aquellas dos máximas, relativas a las posibilidades fácticas, quedan al margen de ellas «muchas cosas que en el lenguaje cotidiano designan lo fáctico –como por ejemplo lo económicamente deseable o ideas similares, o la socialización o la resocialización del hombre–, estas cosas «entran, como fines, a la segunda categoría, la de las posibilidades jurídicas» (Alexy, 2003a, pp. 92s.).

Por su parte, la optimización respecto de las posibilidades jurídicas no consiste sino en la máxima de proporcionalidad en sentido estricto, la que, a su vez, no significa otra cosa que la *ponderación* (Alexy, 2002b, p. 112). Esta viene dada, para nuestro autor, por tres construcciones argumentativas: (i) la *ley de colisión*, (ii) la *ley de la ponderación* y (iii) la *fórmula del peso*. Las dos primeras fueron expuestas desde la *Teoría de los derechos...* y la tercera desde el *Epílogo de teoría de los derechos fundamentales*, publicado en 2002.

Según la ley de colisión, «[l]as condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente». La formulación de la ley mencionada es esta: «Si el principio *P1*, bajo las circunstancias *C*, precede al principio *P2*: (*P1 P P2*) *C*, y si de *P1* bajo las circunstancias *C* resulta la consecuencia *R*, entonces vale la regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$ » (Ibíd., p. 94).

La ley de la ponderación viene a complementar la ley de colisión, específicamente, en lo que respecta a cómo establecer la relación de precedencia condicionada, es decir, la premisa: «el principio *P1*, bajo las circunstancias *C*, precede al principio *P2*: (*P1 P P2*) *C*». La ley de la ponderación tiene en cuenta que la optimización de los principios según sus posibilidades jurídicas hace que ellos tengan como límites a lo ordenado por principios opuestos, por eso, «la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro». De manera que la ley de la ponderación reza: «Cuanto mayor es el grado de la no

satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 2002b, p. 161). Así, la ponderación se divide en tres pasos: En el primero, se define el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En el segundo, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Y, en el tercero, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2002a, p. 32). La optimización de acuerdo con las posibilidades jurídicas «significa, entonces, todo lo contrario a un mandato de alcanzar un punto máximo. Es bien cierto que los principios pretenden para sí todo lo posible. Sin embargo, optimizar los principios que entran en colisión no significa ceder ante ello, sino que, junto a la prohibición de sacrificios innecesarios, sólo exige que los sacrificios indispensables se justifiquen por lo menos con un grado equivalente de satisfacción del principio que en cada caso juegue en sentido contrario. Se trata de un criterio negativo» (Alexy, 2003b, p. 77).

Ahora bien, en el *Epílogo...*, Alexy completó la ley de colisión y la ley de la ponderación mediante otra metáfora, la conocida fórmula del peso:

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC}}{WP_{jC}}$$

Donde $GP_{i,jC}$ significa el peso relativo del principio de derecho fundamental intervenido P_i respecto del principio P_j en el caso concreto C ; IP_{iC} , la intensidad de la intervención en P_i en C ; y WP_{jC} , la importancia de la satisfacción de P_j en C ¹⁴. Estas dos últimas variables pueden valorarse según una «escala triádica»: si la valoración es alta, el valor numérico es 4; si es media, 2; y si es leve, 1. (Alexy, 2002a, pp. 31ss.).

2.2. Teoría de los principios y control de constitucionalidad de leyes: el margen de acción estructural

Pues bien, sobre la base de la reseñada teoría de los principios, Alexy desarrolla su teoría del control constitucionalidad de las leyes. Esta gira en torno a la idea de que el legislador tiene dos tipos de márgenes de acción, exentos de control por parte del Tribunal Constitucional, el *margen de acción estructural o material*, que abordaremos enseguida, y el *margen de acción epistémico o cognitivo*, que trataremos luego.

El margen de acción estructural es el delimitado por el «orden marco» establecido constitucionalmente: el *marco* es lo que está ordenado y prohibido definitivamente por la Constitución, de manera que, al interior del marco, se extiende el señalado margen, constituido por lo que no está ordenado ni prohibido, es decir, por lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador (Alexy, 2002a, p. 21). El margen de acción estructural puede ser de tres tipos. En primer lugar, el «margen para la fijación de fines»

14. Por facilidad expositiva y dado que no es relevante para lo que viene, no incluyo aquí las variables correspondientes a los pesos abstractos de P_i y P_j : GP_{iA} y GP_{jA} , respectivamente.

se produce «cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención, que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que sólo permite que esto suceda en caso de que concurran dichas razones» (Alexy, 2002a, p. 23). En segundo lugar, el «margen para la elección de medios» se genera cuando la Constitución ordena la ejecución de algunas conductas positivas para cuyo cumplimiento existen diversos medios alternativos «igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin, y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen ningún efecto negativo o tienen algunos efectos negativos, pero estos no tienen un significado destacable» (Alexy, 2002a, p. 25). Y, en tercer lugar, el «margen para la ponderación», que es explicado mediante la fórmula del peso de la siguiente manera: si $GP_{i,j}C$ es mayor que 1, el principio concerniente al derecho fundamental intervenido P_i tiene prioridad sobre el principio opuesto P_j ; así es menor que 1, ocurre lo contrario; pero si es 1, o sea, en caso de «empate estructural», el legislador está permitido, tanto de interferir, como de no interferir en el derecho: es decir, tiene discrecionalidad y, por tanto, un margen de acción estructural para ponderar (Alexy, 2002a, pp. 31ss.).

2.3. La teoría de los principios formales

A partir de la exposición anterior, corresponde ahora explorar cuál es la particular operatividad que nuestro autor confiere a los principios formales.

Desde la *Teoría de los derechos...*, Alexy distinguió «entre *principios de contenido o materiales* y *formales o procedimentales*» (Alexy, 2002b, p. 133). En *Formal Principles: Some replies to critics*, un trabajo publicado en 2014, el autor deja en claro que, al igual que los principios materiales, los formales son también mandatos de optimización, y que la diferencia específica de los primeros estriba en que «sus objetos de optimización son ciertos contenidos, como, por ejemplo, la vida, la libertad de expresión, el mínimo vital, y la protección del ambiente. Por el contrario, los objetos de optimización de los principios formales son decisiones jurídicas sin tener en cuenta su contenido. Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente promulgadas y socialmente eficaces sea optimizada» (Alexy, 2019b, p. 270). Como postpositivista que es, Alexy atribuye al derecho una «naturaleza dual», integrada por dos dimensiones, la ideal o crítica, conectada con la corrección moral, y la real o fáctica, ligada a dos elementos, el origen autoritativo de las normas y la eficacia social (Alexy, 2010, p. 167). En consecuencia, «los principios formales se refieren a la dimensión real o fáctica del derecho» (Alexy, 2019b, p. 270) y los principios relativos a derechos fundamentales, cabe inferir, a la dimensión ideal o crítica.

También en *Formal Principles...*, Alexy afirma que la ponderación entre principios formales y materiales opera de manera diferente según el contexto en que se desenvuelva. Un primer contexto es el de la justicia de las normas (relativo a la conocida fórmula de Radbruch); ahí el principio material de justicia se pondera con el principio

formal de seguridad jurídica sin que este actúe conjuntamente con otro principio material. Como resultado de la ponderación: en el caso de normas injustas por debajo del umbral de la injusticia extrema, la seguridad jurídica precede a la justicia y, por ello, dichas normas son derecho; pero, en el caso de las normas injustas que superen aquel umbral, ocurre a la inversa y, por tanto, las normas extremadamente injustas ya no son derecho. A este modelo de ponderación entre principios materiales y formales, Alexy denomina «modelo puro, material y formal». (Alexy, 2019b, pp. 271s.; véase también, Alexy, 2010)

El segundo contexto es el de la derrotabilidad de las reglas, previsto en la *Teoría de los derechos...* a propósito de la explicación del diferente carácter *prima facie* que el autor reconoce a las reglas y a los principios: «Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla. Además, tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida. Estos principios serán llamados ‘principios formales’. Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto mayor es el carácter *prima facie* de sus reglas. Sólo si a tales principios no se les diera ya ningún peso, lo que tendría como consecuencia el fin de la validez de las reglas en tanto tales, las reglas y los principios tendrían el mismo carácter *prima facie*» (Ibíd., 2019b, p. 100; véase también, 1997, p. 169). De manera que, en el contexto de la derrotabilidad de las reglas, se ponderan, por un lado, los principios formales de la seguridad jurídica, de la democracia y de la separación de poderes en combinación con el principio material que apoya la regla y, por otro lado, el principio material que se opone a la regla. Este modelo de ponderación es denominado «modelo mixto, material y formal» o «modelo combinado» (Alexy, 2019b, p. 272).

Y el tercer contexto corresponde al control de la constitucionalidad de leyes por parte del Tribunal Constitucional, del que nos ocuparemos enseguida. Con este se corresponde el llamado «modelo epistémico» de ponderación entre principios materiales y formales (Alexy, 2019b, p. 275).

2.4. Principios formales y control de constitucionalidad de leyes: el margen de acción epistémico

En el *Epílogo...*, Alexy sostiene que el *margen de acción epistémico* deriva «de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por otra, lo que no ordena ni prohíbe, es decir, lo que confía a la discrecionalidad legislativa. [...Es decir, dicho margen de acción] deriva de los límites de la capacidad para reconocer los límites de la Constitución» (Alexy, 2002a, p. 21). Puesto que dicho margen aparece cuando son «incierto» los conocimientos sobre los indicados límites,

aquel «es relevante únicamente cuando las premisas carecen de certeza»; si esto no es así, «el Legislador no dispone de un margen de acción cognitivo» (Ibíd., pp. 49 y 58). Reconocer que el Legislador dispone de un margen tal «significa, consecuentemente, reconocerle la competencia para determinar dentro de un cierto contorno (exactamente el contorno del margen de acción cognitivo) lo que está ordenado y prohibido y lo que es discrecional, de acuerdo con los derechos fundamentales» (Ibíd., p. 57).

El margen de acción epistémico es de dos tipos: *empírico* y *normativo*. El primero afecta a las premisas empíricas: asoma cuando no se tiene certeza acerca de los hechos relevantes que apoyan la intervención en el derecho fundamental. El segundo atañe a las premisas normativas: aparece cuando no se dispone de certeza acerca de los pesos de los principios que entran en colisión, es decir, respecto de la manera más apropiada de sopesar los principios materiales en juego. (Ibíd., pp. 49s. y 62).

El margen de acción epistémico de tipo empírico se presenta respecto de los tres momentos del ya mencionado examen de proporcionalidad y es relativamente más fácil de identificar que el margen de acción epistémico de tipo normativo, tocante únicamente al tercero de esos momentos, la ponderación (Ibíd., p. 57). Esto es así porque, en los márgenes de acción epistémico de tipo empírico, «no se trata directamente, sino sólo de manera indirecta, acerca de lo que la Constitución ordena, prohíbe o confía a la discrecionalidad de los poderes públicos. [...] Por el contrario, los márgenes de acción epistémicos de tipo normativo se relacionan directamente con el contenido material de la constitución. Cada vez que se acepta la existencia de un margen de acción cognitivo de tipo normativo, implícitamente se suprime el control constitucional de la vinculación a la Constitución en el ámbito que tenga el margen de acción» (Alexy, 2003b, pp. 84s.).

Alexy constata que esto trae consigo el problema de distinguir entre el margen de acción estructural *para la ponderación* y el margen de acción epistémico que se presenta cuando se carece de certeza *para ponderar*. Y precisa que el primer tipo de margen ocurre, como ya se expuso, cuando la ponderación entre el derecho fundamental cuya intervención se examina y el principio material que se le opone termina en un empate (empate estructural); aquí, el Legislador tiene discrecionalidad para realizar apreciaciones políticas, no jurídicas. En el segundo tipo de margen, en cambio, la discrecionalidad del Legislador se traduce en la presencia de diferentes posibilidades jurídicas fruto de un «empate epistémico» en la ponderación, en el que la situación iusfundamental material resulta entonces epistémicamente neutral. (Alexy, 2002a, pp. 48 y 59).

En la producción de esta segunda clase de empate, como se ha dicho, intervienen los principios formales; más específicamente, el «principio de la competencia del Legislador para decidir, competencia que se legitima a partir del principio democrático» (Ibíd., p. 52) —aunque, en alguna otra parte, el autor menciona también al principio de la división de poderes: (Alexy, 2003b, p. 83)—. Sobre el principio democrático, el autor advierte que, si bien aquel está referido a la dimensión real del Derecho, pues «en lo que respecta a la democracia representativa no a la democracia directa, [...] ese principio alude] a las decisiones tomadas por el parlamento según la regla de la mayoría», sin embargo, aquel principio está conectado también con elementos ideales del derecho,

ya que «[l]a democracia es el procedimiento más racional y legítimo para la expedición de normas». «Por esta razón, el principio democrático otorga no sólo un especial peso a las decisiones del parlamento, sino que además el principio exige, por encima de todo, 'que el legislador democráticamente legitimado sea quien tome, en lo posible, la mayoría de las decisiones importantes para la sociedad'. Con esta exigencia, el principio de la democracia se refiere no sólo a la autoridad de las decisiones tomadas desde el ámbito de competencia del parlamento, sino que también demanda que dicho ámbito sea tan amplio como sea posible». (Alexy, 2019b, pp. 270s.).

En opinión de Alexy, en el contexto del control de la constitucionalidad de leyes, el principio de la competencia decisoria del legislador democrático colisiona con el pertinente principio de derecho fundamental. Este último exige, «en cuanto mandato de optimización, que no se acepte la existencia de un margen de acción cognitivo. Si solo dependiera de este principio, un derecho fundamental únicamente podría ser restringido en razón de premisas empíricas cuya verdad estuviera acreditada. En caso de que la verdad no pudiera establecerse, la decisión sólo podría tomarse a partir de las premisas empíricas favorables al derecho fundamental»: aquellas según las cuales la renuncia a protegerlo no puede justificarse (Alexy, 2002a, pp. 52s.). Así, el principio de derecho fundamental excluye *prima facie* que el Legislador tenga competencia para adoptar su decisión basándose en una premisa insegura, desfavorable para el derecho fundamental; en cambio, el principio formal exige, también *prima facie*, que el Legislador tenga dicha competencia. Se trata, en definitiva, sostiene Alexy, de la vieja tensión entre los derechos fundamentales y la democracia (Ibíd. p. 53). Puesto que ninguno de los principios en liza puede tener prioridad absoluta respecto del otro, lo que corresponde es ponderarlos entre sí siguiendo la denominada «segunda ley de la ponderación», que reza: «Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan». En contraste con la primera, esta segunda ley de ponderación no hace énfasis en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica (Ibíd. p. 54s.).

Esta ley epistémica de la ponderación se refleja en la fórmula del peso de la siguiente manera:

$$GPi, jC = \frac{IPiC \cdot SPiC}{WPjC \cdot SPjC}$$

Donde se incluyen dos nuevas variables: la seguridad de las premisas que versan sobre el significado de la medida tomada para no realización de P_i y para la realización de P_j en el caso concreto C : respectivamente, $SPiC$ y $SPjC$ ¹⁵. Estas dos variables también pueden valorarse según una «escala triádica»: si el grado epistémico es de «certeza o

15. Omíto escindir, como hace Alexy, cada una de estas variables en dos, la una, relativa a las premisas empíricas (S^ePiC y S^ePjC) y la otra, a las premisas normativas (S^nPiC y S^nPjC) (véase, Alexy, 2019b, p. 268).

seguridad», el valor numérico es 1; si es «justificable o plausible», $\frac{1}{2}$; y si es «no evidentemente falso», $\frac{1}{4}$. (Ibíd., p. 56).

De suerte que, «[s]i tanto la intensidad de la intervención como el grado de importancia alcanzan el rango más alto, nunca es suficiente una certeza apenas media del lado del principio contrario para justificar con seguridad las injerencias que se practican en el lado del objeto de la intervención» (Alexy, 2002a, p. 56). Pero si las intensidades de las variables epistémicas no alcanzan la certeza o seguridad, se abre la posibilidad de que se produzca un empate epistémico y, por tanto, de que el Legislador tenga discrecionalidad epistémica para tomar la decisión. Lo que plantea el problema de que no puede descartarse que dicha decisión discrecional, aun cuando pueda ser tomada legítimamente, esté equivocada: la equivocación podría aparecer claramente en razón de investigaciones empíricas que no habían sido llevadas a cabo o de argumentos normativos no contemplados hasta el momento. Este es llamado por Alexy «problema de la divergencia» entre lo que los derechos fundamentales realmente ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad del Legislador, y lo que razonablemente pueda reconocerse como aquello que estos derechos ordenan, prohíben y permiten; o sea, entre lo ontológico y lo epistemológico, y entre las normas de acción, es decir, las que dicen lo que está prohibido y ordenado al Legislador y lo que se ha confiado a su discrecionalidad, y las normas de control, o sea, las normas con base en las cuales el Tribunal Constitucional controla al Legislador. (Alexy, 2002a, p. 60).

El referido «problema de la divergencia» se mitiga, según Alexy, en razón de cuatro consideraciones. En primer lugar, porque el principio formal de la competencia decisoria del Legislador por sí mismo no tiene suficiente fuerza para prevalecer sobre un principio material de derecho fundamental y hacerlo retroceder; de hecho, el primer principio puede prevalecer sobre el segundo solo cuando está ligado a otro principio material; a esto se le denomina «la ley de la conexión» (Ibíd. pp. 61s.). En segundo lugar, porque, en el margen de acción epistémico, los principios formales contribuyen de manera definitiva a la repartición de competencias decisorias entre el Tribunal Constitucional y el Legislador solo cuando se presentan incertidumbres acerca de la relación existente entre los principios materiales; tan pronto desaparece la inseguridad, los principios formales también salen del juego (Ibíd., p. 62). En tercer lugar, porque a medida en que aumenta la intensidad de la intervención en los derechos fundamentales no sólo aumenta su fuerza de resistencia sustancial, sino también la posibilidad de reconocer las diferencias graduales. Cuando se trata de problemas cotidianos frecuentemente no se sabe qué tan intensa es la intervención, pero, cuanto mayor sea ella, aumenta la posibilidad para diferenciar entre grados de intensidad (Ibíd., p. 63). Y, en cuarto lugar, la divergencia es, en realidad, algo que la constitución en conjunto exige, pues ella representa un intento de institucionalización de los derechos fundamentales, lo que implica conceder competencia al Legislador para imponer restricciones, dentro de ciertos límites, a tales derechos; en este sentido, los márgenes de acción epistémico no hacen sino añadir un límite más. De manera que el problema de la divergencia solo

es visible desde la perspectiva de la idealidad de los derechos fundamentales, no desde su realidad (Ibíd., 63s.).

En *Formal Principles...*, Alexy aclara que, en el contexto del control de constitucionalidad de leyes, el principio democrático colisiona con los principios relativos a derechos fundamentales de acuerdo con un «modelo epistémico» de ponderación, el que, básicamente, ha sido expuesto en los párrafos precedentes. Sin embargo, el autor hace en aquel trabajo una precisión importante: el modelo epistémico tiene que ver con una ponderación de segundo orden o meta-ponderación. La ponderación según los lineamientos de la fórmula del peso correspondería a la ponderación de primer orden. La ponderación de segundo orden, en cambio, busca justificar la incorporación de la seguridad epistémica, esto es, de *SPiC* y *SPjC*, en la fórmula del peso: se pondera un principio de derecho fundamental con el principio democrático, pero no dentro de la fórmula del peso, sino en un meta-nivel, donde interesa la pregunta acerca de qué variables y qué clase de escalas deben ser insertadas en dicha fórmula. (Alexy, 2019b, pp. 275s.).

Aquella ponderación de segundo orden es descrita por Alexy de la siguiente manera: «Según la ley de los principios en colisión, de la ponderación resulta una relación condicional de precedencia. Los tres niveles de la escala epistémica pueden considerarse como tales condiciones de precedencia». De manera que, si la valoración epistémica de un supuesto empírico o normativo es «cierto» o «seguro», el principio de los derechos fundamentales para el cual esta clasificación es favorable tiene precedencia sobre el principio formal y, por tanto, el valor numérico correspondiente es 1, lo cual significa que el resultado material del lado del derecho fundamental no está en absoluto influenciado por el principio democrático. Si, no obstante, la valoración epistémica es solamente «plausible» o incluso «no evidentemente falso», el principio formal tiene precedencia en la ponderación de segundo orden sobre el principio material, el cual, si se toma aisladamente, requiere el valor de «cierto» o «seguro» en casos de intervención en él. Sin embargo, advierte Alexy, esta precedencia no determina, como tal, el peso concreto del principio material en colisión (*GPi, PjC*). Este peso concreto es determinado por el conjunto de variables insertas en la fórmula del peso; la precedencia del principio formal en casos de supuestos simplemente plausibles o incluso no evidentemente falsos solo significa que las premisas por debajo del nivel de certeza o seguridad plena no están excluidas de la fórmula del peso, sino que son admitidas con base en el principio democrático. Esta admisión, sin embargo, puede reducir el peso de los valores sustanciales de las variables del mismo tipo a las que están atados. Es así como el principio democrático está representado en la ponderación de primer orden. Incorporar variables materiales, así como variables epistémicas en la fórmula del peso, no es otra cosa, sostiene el autor, que conectar la ley material de la ponderación con la ley epistémica de la ponderación. (Alexy, 2019b, p. 277s.).

A partir de lo anterior, Alexy aclara el significado de la antes mencionada ley de la conexión. Parte por reconocer que la formulación que de ella hiciera en el *Epílogo...*, fue «verdaderamente infortunada» porque daba a entender que el autor adhería al ya

referido modelo combinado, según el cual, los principios formales se ponderan con los principios materiales en el seno de la fórmula del peso; cuando, más bien, el modelo que él defiende para el contexto del control de la constitucionalidad de leyes es el modelo epistémico, basado en la descrita ponderación de segundo orden. De ahí que –enfatisa– la ley de la conexión debe ser entendida como que un principio formal actúa siempre en combinación con un principio material pero cada uno desde el nivel que le corresponde, pues la incidencia del principio formal en el resultado de la ponderación de primer orden es indirecta, se realiza a través de las variables epistémicas de la fórmula del peso. (Alexy, 2012, p. 331; y 2019b, pp. 276s. nota 8).

Para explicar la manera como el principio democrático influye en la ponderación de primer orden, Alexy pone el siguiente ejemplo: «La Corte considera que el supuesto establecido por el legislador sobre el gran peligro asociado a los productos derivados del cannabis es bastante justificable o plausible. De otro lado, concede la tesis contraria, específicamente, que el peligro es mínimo [...], de manera que ésta sería también plausible. Esto significa que la Corte consideró plausibles las dos premisas, es decir, la del mayor peligro y la del peligro menor (p). Estas clasificaciones epistémicas, ambas, conciernen a la variable $SPjC$ en la fórmula del peso. La premisa del mayor peligro y la del peligro menor son la base de clasificaciones materiales bastante diferentes en relación con la importancia de la interferencia con el derecho fundamental afectado, en este caso, con el derecho a la libertad, es decir, éstas conducen a diferentes valores de la variable $IPjC$ ». El supuesto del peligro mayor requiere el valor 4 (grave), el supuesto del menor peligro, el valor 1 (leve). Si se asume que la intensidad de interferencia con la libertad tiene el valor 2 (moderada); que es cierto o seguro que esta interferencia es causada por la prohibición sobre los productos de cannabis, lo que da el valor de 1; se obtienen los siguientes dos resultados al insertar todo esto en la fórmula del peso. En el caso del supuesto del mayor peligro opera así:

$$GPi, jC = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

Con el peso concreto 1, el resultado es un empate, es decir, el legislador tiene discrecionalidad estructural. La prohibición sobre los productos de cannabis permanece dentro de la discrecionalidad del legislador y es, por tanto, constitucional. El supuesto del peligro menor conduce al resultado opuesto. En números:

$$GPi, jC = \frac{2 \cdot 1}{1 \cdot \frac{1}{2}} = 4$$

El número 4 expresa que el derecho fundamental tiene precedencia sobre el peligro a combatir. Lo cual significa que la prohibición sobre los productos de cannabis es desproporcionada, y por ello, inconstitucional. Este ejemplo muestra de qué forma

el insertar las variables epistémicas en la fórmula del peso produce discrecionalidad. Cuando dos supuestos opuestos tienen el mismo valor epistémico, en este caso el valor $\frac{1}{2}$ (plausible), entonces existe empate epistémico. En la decisión del cannabis, esto significa que el legislador es libre de decidir si se desea seguir por la línea del peligro mayor, es decir, concebir que la prohibición es constitucional, o seguir la línea del peligro menor y concluir que la prohibición es inconstitucional. Esta discrecionalidad, concluye Alexy, es indirectamente establecida por el principio del legislador legitimado democráticamente. (Alexy, 2019b, 278-280).

3. ¿CUÁL ES EL LUGAR DE LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN ALEXY?

La teoría de Alexy, como se ha visto, no habla de la presunción de constitucionalidad de la ley. Sin embargo, ¿hay en aquella teoría un lugar para esa presunción? Y si es así, la teoría alexyana, ¿capta los aspectos troncales del sentido común de los juristas sobre dicha presunción?, ¿y contribuye, acaso, a refinar ese sentido común?

Desde que acuñó la fórmula del peso, en el *Epílogo...*, Alexy advirtió que se trataba de un «modelo numérico mediante el cual se ilustr[a] la estructura de la ponderación»; aunque era consciente de que «[e]n la argumentación jurídica, solo por analogía puede trabajarse con cocientes», pensaba que, «[c]on todo, esta analogía resulta sin duda instructiva». Mas, en sus trabajos posteriores, el autor ha refinado tanto el diseño de la fórmula del peso con miras a usarla como recurso principal en la explicación de sus tesis, que parecería que la metáfora ha ido cobrando autonomía respecto de su objeto metaforizado. Por esa razón, me parece interesante organizar las respuestas a las anteriores interrogantes en dos partes; en la primera, intentaré responder sin considerar la fórmula del peso y, en la segunda, considerándola.

3.1. Sin considerar la fórmula del peso

Pensemos en aquellos casos en que, frente a una demanda de inconstitucionalidad de una ley L, la Corte decide que L no es inconstitucional sobre la base de premisas inciertas. Estamos ante decisiones epistémicamente deferentes al legislador, dado que la incertidumbre favorece a la decisión legislativa. Tales decisiones son a primera vista razonables si nos guiamos por la cita de Thayer que sirve de epígrafe al presente trabajo: en el control judicial de la ley, «la cuestión última no es la de cuál es el verdadero significado de la Constitución, sino la de si la legislación puede sostenerse o no»: el problema central que debe plantearse la Corte no es el de qué dice la Constitución sobre el asunto, sino el de si se debe o no desautorizar al Legislador; para lo que, ciertamente, tendrá que interpretar el texto de la Constitución, pero además deberá que tener en cuenta el peso del principio democrático subyacente a la decisión legislativa.

Pero, si queremos examinar con más detenimiento esas decisiones epistémicamente deferentes con el legislador, lo podemos hacer, al menos, desde dos perspectivas. La que elige Alexy es la perspectiva *procesal-competencial*; la otra, a la que corresponde el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, es la perspectiva *procesal-argumentativa*. La primera se centra en la distribución de competencias entre el Legislador y la Corte; mientras que la segunda lo hace en la distribución de los posibles errores fruto de la incertidumbre. Esta diversidad de perspectivas explica la aparente desconexión entre la doctrina del principio de presunción examinado y la teoría de Alexy; sin embargo, ambas perspectivas son compatibles, ya que no representan sino dos ángulos desde los que mirar un mismo objeto: las decisiones deferentes al legislador ya referidas.

Es en la elaboración alexyana del margen de acción epistémico donde hay que buscar un lugar para el principio de presunción examinado. Dicho margen aflora solamente cuando hay incertidumbre sobre las premisas, e implica que el Legislador tiene discrecionalidad para decidir si una norma es constitucional o no y que, en contrapartida, la Corte carece de competencia para ello, o sea, está prohibida de ejercer el control de la constitucionalidad de la ley. Por su parte, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley también opera solo en caso de inseguridad epistémica, y contiene un mandato presuntivo que obliga a la Corte a decidir «como si» la ley fuese constitucional.

El margen de acción epistémico es determinado en virtud de la ponderación entre, por un lado, el principio de la «*competencia* decisoria del legislador democrático» y, por otro, el principio de derecho fundamental opuesto, conforme a la ley epistémica de la ponderación. Por su parte, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, con miras a su aplicación, también debe ponderarse con otros principios en competencia; especialmente, los relativos a derechos fundamentales. De aquí surgen tres constataciones. En primer lugar, que Alexy toma el principio democrático en su faceta *competencial*, es decir, como «principio de la competencia del Legislador para decidir», el cual prescribe «que el legislador democráticamente legitimado sea quien tome, en lo posible, la mayoría de las decisiones importantes para la sociedad»; mientras que el principio de presunción constitucionalidad de la ley vendría a ser la faceta *argumentativa* del principio democrático, según la cual, «en un proceso de inconstitucionalidad de leyes, si se da el caso C, entonces la Corte está obligada a decidir como si la ley fuese constitucional a menos que o hasta que tenga X grado de razones para creer que la ley es inconstitucional». De manera que, en ambos casos, opera un mismo principio formal: el principio democrático, aunque con facetas distintas. En segundo lugar, se aprecia que la teoría de Alexy se ocupa de la colisión de la democracia, exclusivamente, con los derechos fundamentales, dejando de lado los casos en que se impugna la inconstitucionalidad de la ley por afectar a principios constitucionales no vinculados a tales derechos. Debido a ello, en tercer lugar, se observa que la ley epistémica de la ponderación pone el acento en el papel restrictivo de los principios de derecho fundamental frente al de competencia decisoria del legislador, con lo que se corresponde la existencia de reglas de desafío al legislador, como las del *intermediate scrutiny*, del *strict scrutiny* y del *control*

material intensivo, en cuanto especificaciones del papel restrictivo de los derechos fundamentales frente al principio de presunción examinado.

Para que una determinada decisión caiga dentro del margen de acción epistémico, no es suficiente con que exista incertidumbre acerca de las premisas relevantes, pues el resultado definitivo depende del balance de todos los principios en juego en el caso concreto: la ley epistémica de la ponderación no actúa de manera aislada, sino en conexión con la ley material de la ponderación. De manera similar, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, como resultado de su ponderación con otros principios opuestos, puede ser, en unos casos, *desplazado*, dando como resultado *reglas de desafío al legislador*; y, en otros, a pesar de no ser desplazado, las *reglas de deferencia al legislador* producto de la ponderación pueden ver *atenuado* su estándar de refutación. Y, además, al margen de ese posible desplazamiento y de esa posible atenuación, la presunción examinada puede ser *refutada* (desactivada) en virtud del balance epistémico respecto, no solo de las apreciaciones sobre los hechos relevantes, sino también de las relativas a los principios constitucionales en juego.

Sobre esto último, cabe anotar que la teoría de Alexy no solo que capta los aspectos cardinales del sentido común de los juristas, sino que contribuye a refinarlo cuando distingue de manera sistemática entre el margen de acción *epistémico* empírico del *normativo*. Lo que es útil para dar cuenta de la peculiaridad del principio de presunción examinado, que, a diferencia de otras normas de presunción, por ejemplo, del principio de presunción de inocencia, no alude solo a la incertidumbre de las premisas empíricas, sino también y de manera central, a la de las premisas normativas. El autor hace notar una asimetría entre ambos tipos de margen: a diferencia del empírico, el normativo «implícitamente suprime el control constitucional de la vinculación a la Constitución en el ámbito que tenga el margen de acción».

A propósito del «problema de la divergencia», Alexy advierte que la existencia de un margen de acción epistémico conlleva la posibilidad de que, al tomar decisiones epistémicamente deferentes con el Legislador, la Corte puede equivocarse, es decir, puede dar por no inconstitucionales¹⁶ a leyes que, en realidad, sí lo son. Esto guarda correspondencia con la función que tiene el principio de presunción examinado de distribuir el error mediante la incorporación de un sesgo sistemático en la toma de decisiones: aquel prefiere que la Corte yerre al dar por no inconstitucional una ley que, en realidad, sea inconstitucional, a que incurra en el error contrario.

3.2. Considerando la fórmula del peso

Si integramos en este análisis a la fórmula del peso, tomándola meramente como metáfora, es posible ratificar todo lo anterior. La ponderación de segundo orden que

16. Aquí se emplea «no inconstitucional» en lugar de «constitucional» porque, como antes se dijo, es más preciso hablar de presunción de *no inconstitucionalidad*.

construye Alexy, en mi opinión, es funcional a esa metáfora, pues aquella solamente es necesaria para explicar lo que cae dentro o fuera de la fórmula: esa meta-ponderación está pensada como esquema de fundamentación de las variables epistémicas de la fórmula; es decir, para representar cómo la precedencia del principio de competencia decisoria del legislador frente al principio de derecho fundamental, ocurrida en el «segundo nivel» para los casos de incertidumbre, conlleva la inclusión, en el «primer nivel», de las referidas variables; y para mostrar cómo estas son excluidas cuando, en los casos de certeza, ese segundo principio (de derecho fundamental) precede al primero.

Bien podría decirse, entonces, que la ponderación de segundo orden, al dar paso a la inclusión de los grados «plausible» y «no evidentemente falso» de las variables epistémicas, lo que hace es habilitar, en casos de incertidumbre, la entrada en escena del principio de presunción de constitucionalidad de la ley, es decir, del mismo principio democrático, pero en su faceta argumentativa. Lo que implica aceptar, en aquellos casos, los errores derivados de incorporar el sesgo decisorio correspondiente a favor del Legislador. De manera que, si la incorporación del principio de presunción examinado es innecesaria para Alexy, es porque, como ya se ha dicho, su perspectiva es competencial, no argumentativa. Pero la equivalencia anotada es exacta. En ambos casos, además, el triunfo de la opción decidida por el Legislador va a depender de las demás variables de la fórmula (de si la interacción de todas ellas conduce a un «empate epistémico»), o sea, de las demás razones en pro y en contra de la inconstitucionalidad de la ley.

No obstante, si se toma la metáfora como reflejo perfecto del razonamiento práctico ponderativo y, a partir de ahí, se indaga por el ajuste entre el sentido común de los juristas en torno al principio de presunción examinado y la fórmula del peso, los resultados son muy diferentes. Aquí mencionaré solo algunas incongruencias.

Para empezar, la estructura de la fórmula no refleja la inclinación previa de la balanza con la que Ullman-Margalit ilustraba la función de las presunciones: el denominador de la fórmula, al que corresponde la opción decidida por el legislador, no cuenta con un *plus* anterior a la ponderación, que refleje el sesgo sistemático introducido por el principio de presunción examinado. Alexy plantea que dicho sesgo aparece cuando hay un empate epistémico entendido como la igualdad numérica entre los valores asignados a las variables epistémicas. Como en el ejemplo del caso del cannabis, en donde el valor atribuido a la variable de la seguridad epistémica relativa al principio P_j es el mismo ($\frac{1}{2}$), tanto en la hipótesis de que este principio tuviese importancia alta (4), como en la de que su importancia fuese leve (1), de tal manera que el Legislador tendría discrecionalidad para decidir si el peso de P_j es alto o leve: lo primero conduciría a un «empate estructural» (el resultado final de aplicar la fórmula sería 1) y lo segundo, a la precedencia del principio de derecho fundamental P_i sobre P_j , (el resultado final sería 4), de donde se seguiría que el Legislador tiene competencia para decidir si la ley impugnada es constitucional o no. Sin embargo, este ejemplo encierra una contradicción con los postulados del propio autor, puesto que el cálculo aritmético que conduce al empate estructural (al valor de 1) incluye como factores a las variables epistémicas, justamente el tipo de variables que, según el mismo Alexy, no operan en la determinación del margen

de acción estructural. En consecuencia, hasta ahora, el autor no ha dado un ejemplo de cómo la fórmula del peso puede ilustrar un empate epistémico, lo que siembra dudas sobre la aptitud de dicha fórmula para ilustrar mínimamente el rol argumentativo de la presunción de constitucionalidad de leyes.

4. CONCLUSIONES

En síntesis: (i) la teoría de Alexy capta los aspectos nucleares del sentido común de los juristas en torno a la presunción de constitucionalidad de la ley, inclusive (ii) contribuye a refinar algunos aspectos de ese sentido común, sin embargo, (iii) todo lo anterior se oscurece si en el análisis se incluye a la fórmula del peso interpretándola como el reflejo exacto de la teoría alexyana.

Estas conclusiones básicamente convergen con la crítica que, según se expuso en la introducción, Atienza dirige, en general, a la teoría de los principios de Alexy. Por lo que quizá pueda decirse que, para dar cuenta del sentido común jurídico, es adecuada la tesis de que los principios son mandatos a optimizar, pero está visto que el uso equivocado de la metáfora de aquella tesis, la fórmula del peso, puede traer –a pesar de su autor– resultados subóptimos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1993), «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional» [1992], trad. de P. Larrañaga, en R. Alexy, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, pp. 25-42.
- ALEXY, Robert (1997), «Sistema jurídico y razón práctica» [1987], trad. de J. Malem Seña, en R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 159-177.
- ALEXY, Robert (2002a), «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales» [2002], trad. de C. Bernal, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (1), 13-64.
- ALEXY, Robert (2002b), *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], trad. de E. Garzón Valdés (rev. por R. Zimmerling), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert (2003a), «Cinco preguntas a Robert Alexy» (entrevista por Diana Quintero), *Precedente – Anuario Jurídico*, 89-93.
- ALEXY, Robert (2003b), «Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria» [2002], trad. de C. Bernal, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 41-92.
- ALEXY, Robert (2003c), «Sobre la estructura de los principios jurídicos» [2000], trad. de C. Bernal, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 93-139.
- ALEXY, Robert (2010), «The Dual Nature of Law», en *Ratio Juris*, 23 (2), 167-182.
- ALEXY, Robert (2012), «Comments and Responses», en *Institutionalized Reason*, Oxford University Press, Oxford.

- ALEXY, Robert (2019a), «Hacia un concepto de los principios jurídicos» [1979], trad. de G. Villa Rosas, en R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Lima, 17-42.
- ALEXY, Robert (2019b), «Principios formales. Algunas respuestas a los críticos» [2014], trad. de M. Quimbayo (rev. por G. Villa Rosas), en R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Lima, 265-280.
- AGUILÓ, Josep (1999), «Nota sobre 'Presunciones' de Daniel Mendonca», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, 649-660.
- AGUILÓ, Josep (2006), «Presunciones, verdad y normas procesales», en *Isegoría*, 35, 9-31.
- AGUILÓ, Josep (2017), «Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias», en *Derecho PUCP*, 79, 99-110.
- AGUILÓ, Josep (2018), «Las presunciones en el Derecho», en *AFD*, XXXIV, 201-228.
- ATIENZA, Manuel (2010), «A vueltas con la ponderación», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 43-59.
- ATIENZA, Manuel (2017), *Filosofía del derecho y Transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2001), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 115-130.
- BARAK, Aharon (2012), *Proportionality. Constitutional Rights and their limitations*, trad. del hebreo de D. Kalir, Cambridge University Press, Cambridge.
- BEATTY, David (2004), *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- BERNAL, Carlos (2005), «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74, 417-444.
- BERNAL, Carlos (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3ª ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, trad. de R. Asís Roig, Sistema, Madrid.
- CHEMERINSKY, Erwin (2006), *Constitutional Law. Principles and Policies*, Aspen, New York.
- CLÉRICO, Laura (2009), *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires.
- FERRERES, Víctor (2007), *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- JACKSON, Vicki (2015), «Constitutional Law in an Age of Proportionality», en *The Yale Law Journal*, 3094-3196.
- KAVANAGH, Aileen (2008), «Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication», en G. Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 184-216, doi:10.1017/CBO9780511511042.010
- LOPERA, Gloria (2007), «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales», en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 203-247.
- LOZADA, Alí (2016), «El postpositivismo de la 'optimización': sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, 227-252. DOI: 10.14198/DOXA2016.39.12
- RAWLS, John (1999), *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

- RAWLS, John (2001), *Justice as Fairness. A Restatement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) – London.
- ROSENFELD, Michel y Sajó, Andrés (2012), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford.
- SCHAUER, Frederick (2013), *Pensar como un abogado*, trad. de T. J. Schleider, Marcial Pons, Madrid.
- SCHNEIDER, Hans Peter (1982), «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de J. Abellán, Año 2, 5, 35-61.
- STEINER, Talya, Lang, Andrej y Kremnitzer, Mordechai (2020) «Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice: Towards an Integrative Model of Proportionality», en M. Kremnitzer, T. Steiner y A. Lang, *Proportionality in Action Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.
- STONE SWEET, Alec y Mathews, Jud (2008), «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 68-149.
- THAYER, James B. (1893), «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, 7 (3), 129-156.
- ULLMAN-MARGALIT, Edna (1983), «On presumption», en *The Journal of Philosophy*, Vol. 80, 3, 143-163.

