

“LA PONDERACIÓN EN LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL DERECHO”

Prof. Dr. Martin Borowski
Catedrático de Filosofía del Derecho
y Derecho Público
Universidad de Ruprecht-Karls de Heidelberg

Con su teoría de los principios, Robert Alexy enunció, en los años 80 del siglo XX, la explicación teórico-jurídica de la ponderación¹ que, a su vez, había adquirido, en las décadas anteriores, una importancia práctica central en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal con el principio de la proporcionalidad.² Hoy en día, el principio de la proporcionalidad constituye, junto con la ponderación, la figura central del orden jurídico alemán³, de otros muchos órdenes jurídicos nacionales, así como del orden jurídico del Derecho de la Unión Europea⁴ y del Derecho internacional.⁵ Cabe señalar asimismo

¹Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte [Teoría de los derechos fundamentales]*, 3ª edición (Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1996), páginas: 71-157.

²Un hito importante lo marcó, en este sentido, la “teoría de las interacciones”, puesta de manifiesto en la sentencia en el caso “Lüth” del Tribunal Constitucional Federal del año 1958: “Las relaciones recíprocas entre el derecho fundamental y el derecho general no han de interpretarse como una limitación unilateral de la vigencia del derecho fundamental por el derecho general. Se produce más bien una interacción en el sentido de que el “derecho general” sí limita el derecho fundamental en su literalidad, pero que, a su vez, deberá ser interpretado en base a la importancia de ese derecho fundamental para la definición de valores en un Estado libre y democrático, lo que finalmente lleva a su restricción en cuanto al efecto limitador que ejerce sobre el derecho fundamental.” (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 7, 198 (208-209).

³Véase *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Der Rechtsstaat*, publicado en: Josef Isensee/Paul Kirchhof (editor), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, volumen 2, 3ª edición (C.F. Müller: Heidelberg, 2004), páginas 541-612 (591-593); véase también *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Volumen III/2 (C.H. Beck: München 1994), páginas 761-837.

⁴El requisito de la proporcionalidad en el ejercicio de las competencias de la Unión se establece, en el artículo 5 I 2 del TUV, en lo relativo a las relaciones entre la Unión y los Estados miembro, y en el artículo 52 I 2 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, incorporada de acuerdo con el artículo 6 I TUE en el derecho primario vinculante de la Unión, en lo que a las relaciones entre la Unión y los ciudadanos de la Unión y las demás personas sometidas a su poder se refiere. Anteriormente, y más allá de ello, los tribunales de la Unión consideraban y siguen considerando la proporcionalidad como un “principio general del derecho” del derecho comunitario; véase *Paul Craig/Gráinne de Búrca*, *EU Law*, 5ª edición (Oxford University Press: Oxford, 2011), p. 109.

⁵En cuanto a la Convención Europea de los Derechos Humanos, como parte integrante del Derecho internacional regional de Europa, la proporcionalidad queda reflejada especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; véase *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5ª edición (C.H. Beck/Helbing/Manz: München/Basel/Wien, 2012), páginas 129-134; *Anne Peters/Tilman*

que, como método de aplicación jurídica, la ponderación ha adquirido el mismo rango categorial que la subsunción⁶, hasta entonces dominante en la metodología clásica.⁷

No obstante, ni la ponderación conforme a la proporcionalidad, ni su reconstrucción en principios teóricos están exentas de polémica. Un argumento fundamental alegado en contra de la reconstrucción de normas en principios teóricos advierte de una destrucción de la estructura jerárquica del Derecho como consecuencia de dicha reconstrucción y de la ponderación, relacionada con la primera. Matthias Jestaedt lo formula de la siguiente manera:

“Con su tendencia a imponer un sopilsismo constitucional, el enfoque basado en los principios presenta ciertas dificultades a la hora de reflejar la jerarquización y la diferenciación del proceso de creación del derecho. – Al igual que la teoría de los principios en su conjunto, su núcleo, el principio de proporcionalidad, corre el peligro de socavar, con su pretensión de universalidad contraria a cualquier diferenciación, la estructura jerárquica del Derecho.”⁸

No es de extrañar que fuera precisamente Jestaedt, que obtuvo y sigue obteniendo reconocimientos en el mundo de la teoría del derecho por su edición de las obras completas de Kelsen, quien centrara sus críticas, formuladas con claridad, en la estructura jerárquica. No obstante, no se trata de una alegación nueva. Anteriormente ya se había expresado de diferentes maneras el malestar general por el hecho de que el principio de proporcionalidad supuestamente relativizara o disolviera las estructuras

Altwicker, Europäische Menschenrechtskonvention, 2ª edición (C.H. Beck: München, 2012), páginas 31-32. En el Derecho internacional universal se pueden observar tendencias de una evolución hacia un principio general de derecho; véase *Anne Peters* en: Bruno Simma/Daniel-Erasmus Khan/Georg Nolte/Andreas Paulus, The Charter of the United Nations, 3ª edición (Oxford University Press: Oxford, 2012), art. 25 Carta de las Naciones Unidas, Nota 106.

⁶Véase *Robert Alexy*, On Balancing and Subsumption, Ratio Juris 16 (2003), páginas 433-449; *Martin Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, en: Matthias Klatt (Editor), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung (Mohr Siebeck: Tübingen, 2013), páginas 151-199 (151).

⁷Véase *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6ª edición (Springer: Berlin et al., 1991), páginas 271-277 *et passim*.

⁸*Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (Mohr Siebeck: Tübingen, 1999), página 235, Nota de pie 119 [Sin observaciones].

tradicionales del orden jurídico.⁹ Fritz Ossenbühl, por ejemplo, alertó de una “osteomalacia del orden jurídico” como consecuencia de la ponderación.¹⁰ Utilizando la metáfora de Ossenbühl, se podría decir que, si el esqueleto del orden jurídico está basado en la división de las normas del orden jurídico en diferentes niveles de la estructura jerárquica, la invocada “osteomalacia” consistiría en la destrucción de los niveles definidos de la estructura jerárquica.

Asimismo, el fondo jurídico-filosófico y el contexto de la estructura jerárquica y de la ponderación siembran dudas acerca de una posible unión entre ambas. La estructura jerárquica del derecho es un elemento central de la teoría pura del derecho, definida por Hans Kelsen y sus colaboradores y estudiantes en la “Escuela de Viena de teoría del derecho”, la versión germanófona del positivismo del siglo XX por excelencia. La diferenciación entre normas y principios se remonta, sin embargo, a Ronald Dworkin y sus críticas frente a la teoría positivista de H.L.A. Hart.¹¹ Dworkin utilizaba los principios del derecho con un decidido enfoque antipositivista,¹² De hecho, el “argumento de los principios” se sigue utilizando hasta el día de hoy como argumento a favor del no-positivismo.¹³ Todo ello nos da la sensación de que la estructura jerárquica del derecho tiene carácter positivista y que, en cambio, la ponderación,

⁹Véase *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Volumen III/2 (Nota de pie 3), páginas 774-775.

¹⁰*Fritz Ossenbühl*, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, en: Peter Badura/Rupert Scholz (edit.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag (C.H. Beck: München, 1993), páginas 151-164 (151). Véase *idem*, Diskussionsbeitrag, en: VVDStRL 39 (1980), páginas 189-190 (190): “Contamos con una norma suprema que nivela y absorbe por igual todas las demás normas constitucionales: el principio de proporcionalidad. Este gran principio iguala y suaviza las normas constitucionales”.

¹¹*Ronald Dworkin*, Taking Rights Seriously (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1977), p. 14 y ss.

¹²Véase *ibid.*, p. 7: “[J]urisprudential issues are at their core issues of moral principle”. Véase también la referencia a la “old idea of individual human rights” (*ibid.*, p. vii) – los derechos humanos forman el núcleo de cualquier concepción de derecho natural; no es casualidad que Gustav Radbruch limitara, después de la Segunda Guerra mundial, su relativismo “positivista” haciendo referencia a la “Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano”; véase *Gustav Radbruch*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, en: *mismo auto*, Rechtsphilosophie, Editado por Erik Wolf y Hans-Peter Schneider, 8ª edición (Koehler: Stuttgart, 1973), p. 327-329 (328). Publicado por primera vez en el periódico Rhein-Neckar-Zeitung del 12 de septiembre de 1945. Publicado nuevamente en: *Gustav Radbruch*, Obras completas, editado por Arthur Kaufmann, vol. 3, revisado por Winfried Hassemer (C. F. Müller: Heidelberg, 1990), páginas 78-79 (79) (en lo sucesivo: RGA 3); *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, editado por Ralf Dreier y Stanley L. Paulson, 2ª edición (C.F. Müller: Heidelberg, 2003), páginas 209-210 (210) (en lo sucesivo: StA).

¹³Véase especialmente *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 5ª edición (Alber: Freiburg/München, 2011), páginas 117-136.

reconstruida en la teoría de los principios, está relacionada con el derecho natural.

Por si esto fuera poco, Kelsen se opone, además, expresamente a la idea de la ponderación. En la primera edición de su “Teoría pura del derecho” critica, en el artículo 37 titulado “los supuestos métodos de interpretación” en el apartado dedicado a “la interpretación”, claramente la idea según la cual con la utilización de los cánones tradicionales de interpretación, el resultado de una interpretación pueda considerarse como “único resultado válido”.¹⁴ A continuación afirma:

“El principio de la llamada ponderación de intereses no es sino una definición de nuestro problema, y no su solución. No nos brinda ningún baremo objetivo con el que comparar intereses opuestos y solucionar conflictos de intereses.”¹⁵

La segunda edición de “Teoría pura del derecho” recoge este mismo párrafo sin cambios.¹⁶

La estructura jerárquica del derecho es una figura central y, en el fondo, indiscutida de la reconstrucción de sistemas jurídicos modernos. Por lo tanto, el argumento de la destrucción de la estructura jerárquica conlleva un alto potencial explosivo, ya que en caso de no poder hallarse una reconstrucción que reúna ponderación y estructura jerárquica, habría que renunciar a uno de los dos elementos. No existen alternativas serias, capaces de asumir las funciones características correspondientes, ni para la estructura jerárquica, ni para la ponderación, lo que demuestra que la reconstrucción de la ponderación en la estructura jerárquica sí es digna de atención.

Dicha reconstrucción se ve dificultada por el hecho de que, si bien se entienden la ponderación y la estructura jerárquica en sus rasgos principales, aún existe la gran necesidad de examinar a fondo ambos conceptos. Lo mismo se puede

¹⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre [Teoría pura del derecho]*, 1ª edición. (Deuticke: Leipzig/Wien, 1934), páginas 96-97.

¹⁵ *Idem.*, p. 97.

¹⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre [Teoría pura del Derecho]*, 2ª edición (Deuticke: Wien, 1960), p. 350 (con un error de impresión en su versión alemana).

decir de los principios formales¹⁷, que a su vez adquieren una importancia central en la distribución de las competencias ponderadoras entre los diferentes niveles del proceso de concreción del derecho. Por lo tanto, el presente tratado no es sino un primer intento de formular de manera precisa las cuestiones fundamentales y de buscar argumentos para la respuesta. A continuación explicaremos, a grandes rasgos, la estructura jerárquica del derecho, así como la idea de la ponderación basada en la teoría de los principios, para esbozar, finalmente, hasta qué punto podrá incorporarse la ponderación de forma armónica en la estructura jerárquica.

I. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA SEGÚN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

La teoría de estructura jerárquica del derecho no fue desarrollada por Hans Kelsen, sino por su colega, más joven de edad, Adolf Julius Merkl. El proceso de desarrollo de la teoría de Merkl se divide en dos periodos. En una primera fase, entre 1916 y 1922, redactó una serie de ensayos explicando la compleja teoría de la estructura jerárquica¹⁸ que, posteriormente, resumió en un largo artículo publicado en su monografía “La teoría de la cosa juzgada” del año

¹⁷Véase apartado II. 2. b).

¹⁸En este contexto podemos destacar especialmente cuatro obras: (1) la serie de ensayos „Das Recht im Spiegel seiner Auslegung“ [“*El derecho ante el espejo de su interpretación*“], publicado en cinco entregas: (a) Deutsche Richterzeitung 8 (1916), p. 584-592; (b) Deutsche Richterzeitung 9 (1917), p. 162-176; (c) Deutsche Richterzeitung 9 (1917), p. 394-398; Deutsche Richterzeitung 9 (1917), p. 443-450, (e) Deutsche Richterzeitung 11 (1919), p. 290-298; sus apartados (c), (d) y (e) están publicados, con una ligera variación en el título [*alemán*] „Das Recht im Lichte seiner Anwendung“ [“*El derecho a la luz de su aplicación*“] en: GS 1, Volumen parcial 1, páginas 85-146, y los apartados (b), (c) y (d) en: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (edit.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross (Europa-Verlag: Wien/Frankfurt am Main/Zürich, 1968) (en lo sucesivo: WRS), Vol. 1, páginas 1167-1201. Merkl publicó, además, los apartados (b), (c) y (d) en forma de un libro titulado: „*Adolf Julius Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung*“ (Helwing: Hannover, 1917); (2) el ensayo „Die Unveränderlichkeit von Gesetzen“, Juristische Blätter 1917, páginas 97-98 y 109-111 (publicado nuevamente en WRS 1, páginas 1079-1090, y en: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Hg.), Adolf Julius Merkl – Gesammelte Schriften [*Obras completas*] (en lo sucesivo: GS), vol. 1, volumen parcial 1 (Duncker & Humblot: Berlin, 1993), páginas 155-168); (3) el ensayo „Das doppelte Rechtsantlitz“, Juristische Blätter 1918, páginas 425-427, 444-447 y 463-465 (publicado nuevamente en WRS 1, páginas 1091-1113, y en GS 1, volumen parcial 1, páginas 227-252); (4) el ensayo “Gesetzesrecht und Richterrecht“, Prager Juristische Zeitschrift 2 (1922), páginas 337-344 (publicado nuevamente en WRS 2, páginas 1615-1624, y en GS 1, volumen parcial 1, páginas 317-327.

1923.¹⁹ En sus trabajos de aquella época, Merkl se centra en la cuestión de los niveles que cualquier sistema jurídico debería tener necesariamente. En este sentido, reconoce tan solo dos niveles necesarios, a saber, la “norma originaria”²⁰ y los “actos de ejecución” *de facto*.²¹ El enfoque que se da a un problema de teoría del derecho tan interesante, plantea una serie de cuestiones²² que, en el trascurso del debate en torno a la estructura jerárquica, quedaron, en un primer momento, relegados a un segundo plano, favoreciéndose así la jerarquización típica del derecho en los sistemas jurídicos modernos. Kelsen comenzó en 1923 a introducir en su teoría los elementos fundamentales de la teoría de la estructura jerárquica de Merkl.²³ Podemos considerar como punto final de las publicaciones de Merkl acerca de la teoría de la estructura jerárquica, los “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus” [*Prolegónemos de una teoría de estructura jerárquica del derecho*] de 1931.²⁴ En dicho ensayo, Merkl centra sus consideraciones en la

¹⁹ *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Deuticke: Leipzig/Wien, 1923), páginas 201-223.

²⁰ *Ibid.*, p. 209.

²¹ *Ibid.*, páginas 209-213.

²² La primera cuestión sería si un sistema jurídico puede existir sin ninguna norma general abstracta para regular el comportamiento humano, véase :*Martin Borowski*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, en: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (edit.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Mohr Siebeck: Tübingen, 2005), páginas 122-158 (137-138). En segundo lugar, cabe preguntarse, conjuntamente con Hans Nawiasky, si el acto de ejecución *de facto*, al no ser norma jurídica, podría formar parte del sistema jurídico, véase: *Hans Nawiasky*, Kritische Bemerkungen zum Stufenbau des Recht, en: ZöR 4 (1927), páginas 488-496 (489), véase *Borowski*, *ibid.*, páginas 135-136. En tercer lugar tenemos que mencionar que esa cuestión se hace aún más imperante si tenemos en cuenta que entre las jerarquías definidas por Merkl debería existir la relación de la condición, aunque dicha relación solo podría darse entre las normas; véase *Martin Borowski*, Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre, en: Ratio Juris 27 (2014), páginas 79-93.

²³ Véase en especial: *Hans Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923/24), páginas 374-408 (publicado nuevamente en WRS 2, páginas 1625-1660); *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Springer: Berlin/Heidelberg/New York, 1925), páginas 229-61. Kelsen adoptó elementos esenciales de la teoría de estructura jerárquica, desarrollada por Merkl, sin importantes ampliaciones de sus elementos; acerca de esa incorporación, véase *Stanley L. Paulson*, On the Implications of Kelsen's Doctrine of Hierarchical Structure, Liverpool Law Review 18 (1996), páginas 49-62 (49 ff.); *Borowski*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl (nota de pie 22), páginas 156-158. No en vano Kelsen define, más tarde, a su joven colega como “coautor” de la Teoría pura del derecho; *Hans Kelsen*, Adolf Julius Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960, Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht 10 (1959/60), páginas 313-315 (313).

²⁴ *Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, en: Alfred Verdross (edit.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet (Springer: Wien, 1931), páginas 252-94 (publicado nuevamente en WRS 2, páginas 1311-1361, así como en: GS 1, volumen parcial 1,

cuestión de la jerarquización del derecho en un “Estado de derecho con instituciones parlamentarias”.²⁵ Dicha teoría de la estructura jerárquica formaría, a partir de ese momento, una parte integral de la teoría pura del derecho, tal y como lo demuestran los apartados correspondientes en las obras principales de Kelsen sobre la teoría pura clásica del derecho.²⁶

1. Las jerarquías típicas de los órdenes jurídicos modernos

En los órdenes jurídicos modernos varían el número y el tipo de las diferentes jerarquías. Por regla general, todos suelen contar con una Constitución, un nivel sub-constitucional de normas generales y un nivel de normas individuales. A ellos podemos añadir la norma fundamental en lo más alto de las jerarquías, y el nivel de los actos de ejecución *de facto*, en su parte inferior.

a) *La norma fundamental*

Mientras que, según H.L.A. Hart, la existencia de la Constitución de un orden jurídico no es más que un hecho social,²⁷ la norma fundamental representa una parte integrante característica de la estructura jerárquica del derecho de acuerdo con la teoría pura del derecho. Ya en Merkl, la reconstrucción de la estructura jerárquica conlleva una “norma originaria”²⁸ que, a su vez, contiene los rasgos característicos de la norma fundamental de un sistema dinámico de normas, es decir, de un sistema jurídico²⁹, estudiada y ampliada por Kelsen.

páginas 437-492). En varias ocasiones, Merkl anunciaba que continuaría con sus estudios acerca de la estructura jerárquica, cosa que no llegó a materializarse; véase *Borowski*, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl* (nota de pie 22), páginas 130-131.

²⁵Merkl, *Prolegomena* (Nota de pie 24), página 255 (WRS 2, p. 1315; GS 1, volumen parcial 1, p. 442).

²⁶Kelsen, *Reine Rechtslehre*¹ (Nota de pie 14), páginas 62-89; *Hans Kelsen*, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1945), páginas 123-162; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*², (nota de pie 16), páginas 196-282.

²⁷Véase *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law*, 3. Aufl. (Clarendon: Oxford, 2012), p. 110. Esa diferencia queda muy patente en las notas finales, en las que Hart compara su idea de la regla del reconocimiento con la idea de norma fundamental de Kelsen. Véase, *ibid.*, páginas 292-293.

²⁸Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft* (Nota de pie 19), p. 209.

²⁹Sobre la norma fundamental de Kelsen se han redactado numerosos ensayos y tratados, véase sobre todo *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (Nota de pie 13), p. 155 y siguientes; *mismo autor*, *Hans Kelsens Begriff der Verfassung*, en: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (edit.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2005), páginas 333-352; *Stanley L. Paulson*, *Die unterschiedlichen Formulierungen der Grundnorm*, en: Aulis Aarnio/Stanley L. Paulson/Ota Weinberger (edit.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag* (Duncker & Humblot: Berlin, 1993), p. 53-74; *mismo autor*, *A „Justified Normativity“ Thesis in*

Dichos rasgos serían: (1) “entroniza y legitima” el poder jurídico para establecer las normas con eficacia,³⁰ (2) se trata de una norma imaginaria y no de derecho positivo,³¹ y (3) crea la unidad del sistema jurídico.³²

b) *La Constitución*

La Constitución en su sentido material forma el primer nivel del derecho positivo.³³ Su “función principal consiste en regular los órganos y el procedimiento de creación de derecho en general, es decir, la legislación”.³⁴ Dicha “regulación” puede contener, por un lado, disposiciones en cuanto al procedimiento (“los órganos y el procedimiento”), y por el otro, disposiciones acerca del contenido (“contenido”).³⁵

c) *Normas generales sub-constitucionales*

En los sistemas jurídicos modernos solemos encontrar, en el nivel de las normas generales sub-constitucionales, leyes formales creadas por la vía de la legislación parlamentaria. Puede existir, además, un subnivel que agrupa leyes meramente materiales, en especial reglamentos jurídicos.³⁶ Asimismo, el derecho consuetudinario puede formar parte del nivel de normas generales,

Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz, in: Matthias Klatt (edit.), *Institutionalized Reason* (Oxford University Press: Oxford, 2012), páginas 61-110; véase además *Joseph Raz*, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en: *American Journal of Jurisprudence* 19 (1974), páginas 94-111 (publicado nuevamente en: *dmismo autor.*, *The Authority of Law*, 2ª edición (Oxford University Press: Oxford, 2009), páginas 122-45).

³⁰ *Merkel*, *Die Lehre von der Rechtskraft* (Nota de pie 19), p. 209.

³¹ *Merkel*, *Gesetzesrecht und Richterrecht* (Nota de pie 18), p. 399 (WRS 2, S. 1618, GS 1, volumen parcial 1, p. 321).

³² *Merkel*, *Die Lehre von der Rechtskraft* (Nota de pie 19), páginas 210-211.

³³ En su sentido formal, una Constitución es un documento solemne (“a certain solemn document”). Para la modificación de sus disposiciones se aplican, por regla general, unas condiciones muy severas. *Kelsen*, *General Theory of Law and State* (Nota de pie 26), p. 124; véase también *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), p. 228 y siguientes.

³⁴ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (Nota de pie 14), p. 75.

³⁵ *Ibid.*; véase también *Kelsen*, *General Theory of Law and State* (Nota de pie 26), p. 125; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), p. 230.

³⁶ Acerca de los reglamentos jurídicos en la estructura jerárquica véase *Merkel*, *Die Lehre von der Rechtskraft* (Nota de pie 19), p. 208 y 212; *Merkel*, *Prolegomena* (Nota de pie 24), p. 263-264 (WRS 2, páginas 1324-1325; GS 1, Volumen parcial 1, p. 451-452); *Kelsen*, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates* (Nota de pie 23), páginas 387-388 (WRS 2, páginas 1638-1639); *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* (nota de pie 23), páginas 237-238; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (Nota de pie 14), p. 77; *Kelsen*, *General Theory of Law and State* (Nota de pie 26), páginas 130-131; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), p. 235.

siempre y cuando la Constitución prevea y autorice la creación de derecho consuetudinario, incluso en base al derecho consuetudinario constitucional.³⁷

Las normas generales sub-constitucionales determinan, a su vez, los órganos, el procedimiento y el contenido de las decisiones adoptadas por la administración y la jurisprudencia.³⁸ Mientras que una Constitución abarca unos contenidos muy amplios, las normas generales suelen delimitar con mayor precisión dicho marco de contenidos.³⁹

d) Normas individuales

La aplicación de las normas generales sub-constitucionales por parte de los órganos administrativos y de los tribunales, en casos particulares concretos conduce, en opinión de los defensores de la teoría pura del derecho, a decisiones particulares en forma de normas individuales.⁴⁰ Esa afirmación nos puede parecer a primera vista un tanto sorprendente si aplicamos la definición del término norma, generalizado en la dogmática jurídica, según la cual una “norma” tiene carácter de imperatividad general y abstracta.⁴¹ No obstante, sería consecuente definir como “norma” cualquier deber jurídico, independientemente de su representación (incluida la concretada en un caso particular). Una forma especial de normas individuales son los contratos, cuya conclusión viene autorizada por las normas generales y, en última instancia, por la Constitución.⁴²

³⁷ *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Nota de pie 19), p. 208 y 211; *Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates (Nota de pie 23), p. 380 (WRS 2, p. 1631); *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Nota de pie 23), p. 232; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), p. 126-128; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), páginas 230-235.

³⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), páginas 76-78.; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), p. 130; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), páginas 230-232.

³⁹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), p. 76; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), p. 128; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), p. 238.

⁴⁰ *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), p. 76; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), p. 128; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), p. 234.

⁴¹ Véase, entre otros, *Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth* (Introd./edit.), Verwaltungsrecht I, 12ª edición (C. H. Beck: München, 2007), § 24, Nota marginal 10: „abstrakte und generelle Anordnung (Norm)“ [„orden abstracto y general“ (norma)]

⁴² *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Nota de pie 19), páginas 208 y 211-212.; *Merkl*, Prolegomena (nota de pie 24), páginas 261-262 (WRS 2, p. 1322; GS 1, volumen parcial 1, páginas 449-450); *Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates (Nota de pie 23), p. 385-386 (WRS 2, p. 1636-1637; *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Nota de pie 23), p. 236; *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), p. 82; *Kelsen*, General Theory of Law and

De los trabajos publicados por los representantes de la teoría pura del derecho no se desprende con claridad si los actos particulares, llevados a cabo por la administración y jurisprudencia y considerados generalmente como “normas individuales”, aún pueden y necesitan ser concretados antes de ser ejecutados en la realidad.⁴³ De todas formas, podemos afirmar que una norma completamente concretada forma el nivel inferior dentro de la estructura jerárquica de las normas.

e) El acto coactivo

La aplicación de la norma individual en forma de una norma completamente concretada conduce, finalmente, a un acto coactivo.⁴⁴ A diferencia de los objetos situados por encima de él, el acto coactivo no constituye ninguna norma jurídica, sino tan solo un hecho.⁴⁵

2. Condición y derogación

Dentro de la estructura jerárquica del derecho se distingue entre dos relaciones diferentes: la relación de la condición y la relación de la derogación.

a) La relación de la condición

La relación necesaria entre los distintos niveles de la estructura jerárquica de las normas se establece en la relación de la condición. Norma *A* condiciona norma *B*, siempre y cuando *A* autorice la aprobación de *B*. Nos encontramos ante una relación transitiva,⁴⁶ puesto que la relación conversa se basa en la condicionalidad: Norma *B* viene condicionada por norma *A* en caso de autorizar *A* la aprobación de *B*. En la estructura jerárquica de las condiciones jurídicas, las normas condicionales ocupan un puesto más alto que aquellas normas que

State (Nota de pie 26), páginas 136-142; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), páginas 261-266.

⁴³Véase *Borowski*, *Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre* (Nota de pie 22), páginas 87-89.

⁴⁴*Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (Nota de pie 14), p. 82. Véase también *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), p. 150: „Zwangsakt, der ein Akt menschlichen Verhaltens ist“ [“*el acto coactivo como acto de comportamiento humano*”].

⁴⁵Véase *Merkl*, *Prolegomena* (Nota de pie 24), páginas 269 y 282 (WRS 2, páginas 1332 y 1348; GS 1, volumen parcial 1, páginas 460 y 477).

⁴⁶Véase *Borowski*, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl* (Nota de pie 22), p. 142.

ellas mismas condicionan. Las normas condicionadas se encuentran, en esa estructura jerárquica, por debajo de aquellas normas que las condicionan.⁴⁷ La norma fundamental, situada en lo más alto de la estructura jerárquica, es de carácter puramente condicional, puesto que no está condicionada por ninguna otra norma.⁴⁸ En cambio, el nivel de las normas individuales que, por definición son establecidas por los tribunales y órganos administrativos, se encuentran, a excepción del nivel de las normas completamente concretadas, en el extremo inferior de la estructura jerárquica de las normas jurídicas, puesto que las normas individuales solo están condicionadas y no condicionan. Todos los demás niveles de la estructura jerárquica de las normas contienen, según la relación de la condición, normas que, por un lado, están condicionadas por otras normas y, por el otro, condicionan, a su vez, otras normas.

b) La relación de la derogación

La relación de la derogación consiste en la primacía de validez o de aplicación de la norma derogatoria frente a la norma derogada. A menudo, se asocia, sin más, la relación de la condición con la relación de la derogación. Especialmente, en lo relativo a la relación entre la Constitución y las leyes aprobadas por el parlamento, así como a la relación entre leyes aprobadas por el parlamento y reglamentos jurídicos, dicha regla es considerada como requisito esencial. En caso de conflicto entre la Constitución y una ley aprobada por el parlamento, esta última será declarada anticonstitucional. En cambio, la Constitución no puede ser declarada como contraria a la ley. Lo mismo se puede decir de los reglamentos contrarios a la ley. No obstante, con vistas a la norma fundamental o el acto de ejecución *de facto*, la cuestión de la derogación carece, ya de por sí, de sentido.⁴⁹

⁴⁷ *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft (Nota de pie 19), p. 217; *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), p. 74; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), p. 124; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), p. 228.

⁴⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), p. 83; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), p. 134; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), p. 242.

⁴⁹ La norma fundamental carece de contenido y no podrá, por tanto, derogar la Constitución. Entre una norma completamente concretada y un acto coactivo existe la relación de la correspondencia entre la conducta obligatoria (el deber ser) y la conducta en la realidad (el ser). Se trata, en cuanto a su categoría, de otra relación distinta que la que existe entre la condición y la derogación. véase *Borowski*, Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre (Nota de pie 22). p. 90.

Los representantes de la teoría pura del derecho no veían la necesidad de que existiera una relación entre la derogación y la condición, sino que consideraban la derogación como un asunto del derecho positivo.⁵⁰ De esta manera, aciertan en un punto muy importante. La razón de ese paralelismo típico entre condición y derogación en la estructura jerárquica radica en que la norma autorizante, como consecuencia de la fuerza derogatoria del nivel en que se encuentra, goza de protección ante cualquier derogación o modificación en su contenido que pudiera producirse por las normas generados en el proceso de su aplicación. Si reconocemos, por ejemplo, la primacía de la Constitución sobre la derogación, el legislador parlamentario no podrá, precisamente como consecuencia de la superioridad de la ley constitucional, modificar el procedimiento legislativo y los límites que establece la Constitución para su contenido mediante la aprobación de leyes en el parlamento. En lo que se refiere a los niveles típicos de la estructura jerárquica de los órdenes jurídicos nacionales, cabe suponer la existencia de ese paralelismo entre condición y derogación. No obstante, convendría destacar que ese paralelismo no existe necesariamente en lo analítico, sino que tan solo en la medida en que es sustentado por la razón anteriormente mencionada.

3. Creación de derecho y aplicación del derecho

De la relación de la condición, característica para la estructura jerárquica, surge la relatividad de la creación del derecho y de la aplicación del derecho. Prácticamente todos los actos jurídicos son, a la vez, el resultado de la aplicación de un derecho, así como un acto de creación de derecho. Aplicando la norma fundamental, se elabora la Constitución, consiguiendo la misma como resultado final. Aplicando la Constitución, se lleva a cabo la legislación parlamentaria que, a su vez, conduce a leyes aprobadas por el parlamento, etc. En la estructura jerárquica del derecho existen tan solo dos fenómenos que carecen de esa doble característica de ser creadores de derecho y, al mismo tiempo, el resultado de la aplicación del derecho: (1) la norma fundamental que

⁵⁰Véase, en especial, *Merkl*, Prolegomena (Nota de pie 24), p. 284 (WRS 2, p. 13??; GS 1, Volumen parcial. 1, p. 484). Kelsen lo expresa de manera indirecta, señalando, en el sentido de la teoría de la anulabilidad, que el derecho positivo prevé que una ley anticonstitucional tiene validez hasta que el Tribunal constitucional lo declare nulo desde el punto de vista constitucional. Véase *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (Nota de pie 14), p. 84; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), páginas 271-272.

tan solo tiene un carácter creador de derecho, y (2) el acto coactivo que representa únicamente la aplicación del derecho.⁵¹

4. La interpretación y concreción del derecho

La teoría de la interpretación de Kelsen está estrechamente vinculada con la estructura jerárquica.⁵² En diferentes contextos, Kelsen señala que en la estructura jerárquica, las normas superiores, según la condición jurídica, no solo regulan a los órganos autorizados y el procedimiento de ejecución de dicha autorización, sino que también pueden contener disposiciones acerca del contenido. De cierta manera, la Constitución establece un marco para el contenido de las leyes formales, especialmente mediante disposiciones de derecho fundamental.⁵³ Las leyes formales, a su vez, crean el marco para el contenido de las normas individuales.⁵⁴ Según Merkl y Kelsen, la concreción aumenta conforme se desciende en la estructura jerárquica, puesto que en cada uno de los niveles los decisores están sujetos a decisiones concretizantes, adoptadas por los decisores de un nivel inmediatamente superior.⁵⁵ Kelsen le concedía especial importancia al carácter de marco de la determinación en el proceso de la interpretación y concreción, constatando que sería imposible llegar a una única respuesta jurídica válida a través de la interpretación. Según Kelsen, siempre se abre un margen de acción, grande o

⁵¹Véase en especial *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Nota de pie 18), p. 427 (WRS 1, p. 1097; GS 1, 1. Volumen parcial p. 234); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Nota de pie 19), páginas 217-218; *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), páginas 82-83; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), páginas 132-134.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), páginas 239-242.

⁵²Véase, por ejemplo, *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), p. 90: „Diese [Interpretation] ist ein geistiges Verfahren, das den Prozeß der Rechtserzeugung in seinem Fortgang von einer höheren zu einer – von der höheren Stufen bestimmten – niederen Stufe begleitet.“ [“Esta (interpretación) es un proceso intelectual que acompaña al proceso de la creación de derecho en su evolución desde un nivel superior hacia un nivel inferior, determinado por el nivel superior”]

⁵³*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), p. 75; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), páginas 125-126; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), páginas 229-230.

⁵⁴*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), páginas 76-77; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Nota de pie 26), p. 129; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), páginas 230-238.

⁵⁵*Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Nota de pie 18), p. 426; WRS 1, páginas 1096-1097 (GS 1, 1 volumen parcial, páginas 232-233); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Nota de pie 19), p. 221; *Merkl*, Prolegomena (Nota de pie 24), p. 283 (WRS 2, p. 1348; GS 1, Volumen parcial 1, p. 478); *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Nota de pie 14), páginas 79-80; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Nota de pie 16), p. 242.

pequeño, para aquel que aplica la ley.⁵⁶ Dentro de ese margen de acción, todo depende de la voluntad del órgano autorizado. Esa forma “auténtica” de interpretación debería diferenciarse, según él, de la forma no auténtica, en la que personas u órganos no autorizados presentan propuestas para la aplicación del derecho.⁵⁷

II. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PONDERACIÓN EN LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

La teoría moderna de los principios se remonta a Ronald Dworkin. Robert Alexy recogió, a su vez, algunas ideas fundamentales de Dworkin así como conocimientos sobre principios jurídicos, presentes en anteriores tendencias en la literatura de habla alemana, para establecer una diferenciación, en cuanto a la teoría de la norma, entre reglas y principios. Mucho se ha escrito sobre la teoría de los principios. A continuación nos limitaremos a destacar aquellos aspectos de la teoría de los principios que tienen especial relevancia para la ponderación en la estructura jerárquica.

1. La diferenciación entre reglas y principios

Si aplicamos una tesis estricta de separación, existe una diferencia normológica entre reglas y principios.⁵⁸

a) Principios

Lo más característico de los principios, a efectos de la teoría de los principios, es la dimensión del peso⁵⁹, de la que lógicamente carecen las reglas.⁶⁰ Los

⁵⁶ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (Nota de pie 14), páginas 90-96; *Kelsen*, *General Theory of Law and State* (Nota de pie 26), p. 146 et passim; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), páginas 346-350.

⁵⁷ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), páginas 350-354.

⁵⁸ En cuanto a la diferenciación entre la tesis estricta de separación y la tesis de concordancia, véase *Martin Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª edición (Nomos: Baden-Baden, 2007), páginas 70-72 con más referencias.

⁵⁹ En un principio, Dworkin propuso dos criterios para la distinción entre reglas y principios. Es decir, además de la dimensión del peso (*Dworkin*, *Taking Rights Seriously* (Nota de pie 11), páginas 26-27: “dimension of weight or importance”) definía el criterio de la aplicabilidad “o todo o nada” de las reglas (ibid., S. 24: „all-or-nothing-fashion”). Estudio crítico sobre el último criterio: *Robert Alexy*, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, en: *Werner Krawietz et al.* (edit.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz* (Duncker & Humblot: Berlin, 1979), páginas 59-87 (68 y siguientes) (publicado nuevamente en *Robert Alexy*, *Recht, Vernunft*,

principios contienen un objeto de optimización, cuya optimización existe, de forma relativa, junto con las posibilidades reales y jurídicas.⁶¹ La forma característica de aplicación de los principios es la ponderación.⁶² En caso de colisión, el principio calificado de inferior en el proceso de ponderación, quedará relegado a un segundo plano, aunque sin perder su validez jurídica.⁶³

b) Reglas

Las reglas, en cambio, suelen contener determinaciones susceptibles de subsunción. En caso de conflicto no puede ser que una de las dos reglas retroceda tan solo en un caso particular, sino que una de las dos reglas deberá declararse inválida.⁶⁴ Para tales casos existen reglas para la solución de conflicto como, por ejemplo, "lex superior derogat legi inferiori" o "lex posterior derogat legi priori". No puede haber ponderación de reglas, puesto que carecen

Diskurs (Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995), páginas 177-212 (188-192)); *Robert Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, en: N. McCormick/S. Panou/L. Vallauri (Hg.), Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken (Springer: Stuttgart, 1985), páginas 13-29 (16); *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Nota de pie 58), páginas 76-77.; *ders.*, The Structure of Formal Principles, en: Martin Borowski (Hg.), On the Nature of Legal Principles (Springer: Stuttgart, 2010), páginas 19-35 (22). Véase también *Jan-Reinard Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems (Nomos: Baden-Baden, 1990), páginas 55 y siguientes.

⁶⁰Ello no significa que, en la aplicación de las reglas, las ponderaciones no tengan ninguna importancia. No obstante, las reglas no son necesariamente órdenes definitivos, como decía Alexy en reiteradas ocasiones; véase p. ej. *Robert Alexy*, Die Gewichtsformel, en: Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (edit.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein (Duncker & Humblot: Berlin, 2003), páginas 771-792 (771): „[Reglas] son órdenes definitivos“ (se omite el término destacado) – véase, además, el añadido según el cual, dicha caracterización tiene "carácter simplificador" (*Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Nota de pie 13), p. 120). Las reglas también pueden depender de ponderaciones de otras normas, véase *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems (Nota de pie 59), páginas 58-59; 74-75; *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Nota de pie 58), páginas 104-105 y 113.

⁶¹Véase *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips (Nota de pie 59), páginas 79 y siguientes; *mismo autor.*, Theorie der Grundrechte (Nota de pie 1), páginas 75-76; *mismo autor*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (Nota de pie 59), páginas 19-20. Ante las críticas formuladas en contra de la calificación de los principios como mandatos de optimización, Alexy ha señalado la diferenciación entre "mandatos de optimización" y "mandatos pendientes de optimizar". Véase *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Nota de pie 58), página 91 y siguientes con referencias adicionales.

⁶²Los principios también pueden contener determinaciones susceptibles de subsunción. El hecho de que la aplicación de una norma requiera, además de la ponderación, de una subsunción, no se opone a su carácter de principio.

⁶³Véase *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Nota de pie 58), páginas 75, 80-81 con referencias adicionales.

⁶⁴La introducción de una cláusula de excepción representa un subcaso de la declaración de invalidez de una regla, ya que, de esta manera, se declara inválida una regla sin cláusula de excepción, aplicándose, sin embargo, la regla con cláusula de excepción, véase *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Nota de pie 58), páginas 79-80, Nota 65.

de la dimensión del peso. No obstante, las reglas pueden hacer referencia a principios, de forma que su contenido dependa de la ponderación de principios.⁶⁵

2. Principios materiales y formales

Hemos de distinguir, además, entre principios materiales y formales.

a) Principios materiales

Los principios materiales contienen un objeto de optimización, definido ya de antemano. El objeto de optimización del principio de la protección del medioambiente consiste, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 20a de la Constitución alemana, en el compromiso de los órganos del Estado de abstenerse de cometer actos perjudiciales para el medioambiente y, además, en la obligación del Estado de prevenir actos u omisiones perjudiciales para el medioambiente, cometidos por los ciudadanos.

b) Principios formales

Lo más característico de los principios formales es que se otorga, a una persona o a un órgano, la competencia o el poder legal de determinar el objeto de optimización de un principio.⁶⁶ Antes de ejecutarse esa competencia, el principio formal carece de objeto de optimización concretado y apto para su ponderación frente a principios materiales con los que (posiblemente) entre en conflicto. Una vez determinado el objeto de optimización por una persona autorizada o un órgano autorizado, la estructura de los principios formales y materiales en conflicto se asemeja hasta tal punto que se puede llevar a cabo una ponderación aplicando las reglas generales de la colisión de principios.⁶⁷

Asimismo, puede establecerse una distinción entre los principios formales accesorios y no accesorios. Desde el punto de vista estructural, los principios

⁶⁵Véase, en especial, *Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (Nota de pie 59), páginas 58 y siguientes.

⁶⁶*Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Nota de pie 58), p. 127; *mismo autor*, *The Structure of Formal Principles* (Nota de pie 59), p. 28; *mismo autor*, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel* (Nota de pie 6), p. 186.

⁶⁷*Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Nota de pie 58), p. 128; *mismo autor*, *The Structure of Formal Principles* (Nota de pie 59), páginas 29-30; *mismo autor*, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel* (Nota de pie 6), páginas 186-188.

formales accesorios son una forma especial de principios formales, aunque precisamente esa forma de principios formales es la que domina el debate acerca de la reconstrucción del margen de acción de un parlamento democrático con legitimación directa⁶⁸, aún cuando no siempre se destaca su calificación de principio accesorio. El objeto de optimización de un principio accesorio formal consiste en el respeto prima facie⁶⁹ de una decisión, tomada por una persona determinada o por un órgano del Estado, a través de la ponderación de unos principios por definición materiales⁷⁰.

3. La ley de colisión

Alexy formuló la ley de colisión ya en los inicios del debate sobre la teoría moderna de los principios. En caso de colisionar dos principios, P_1 y P_2 , y de conseguirse una decisión a través de la ponderación, se establece, al mismo tiempo, una regla:

“(K) Cuando el principio P_1 prevalece ante el principio P_2 bajo las circunstancias C : $(P_1 \text{ } P_2) C$, y cuando de P_1 resulta, bajo las circunstancias C , la sanción R , se aplica una regla que contiene a C como supuesto y R como sanción: $C \rightarrow R$.”⁷¹

No obstante, la norma resultante solo tendrá validez definitiva en un determinado orden jurídico cuando (1) todos los principios pertinentes de ese orden jurídico pueden ser sometidos a ponderación, y (2) se toman en consideración para ello todas las circunstancias reales relevantes para la decisión correspondiente (denominadas como “ C ” en la Ley de colisión). Solo de esta manera la norma resultante tendrá contenido determinante pleno, y si no, su contenido determinante sería tan solo parcial.⁷²

⁶⁸ Acerca de ese debate, véase *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel (Nota de pie 6), páginas 154-158 y 190-194 con referencias adicionales.

⁶⁹ *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel (Nota de pie 6), páginas 188-189; *mismo autor*, The Structure of Formal Principles (Nota de pie 59), páginas 33-35.

⁷⁰ Por regla general pueden tomarse en consideración, además, principios no accesorios o accesorios, que, por razones de simplificación no se van a describir de forma detallada.

⁷¹ *Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (Nota de pie 59), p. 26; *mismo autor*, Theorie der Grundrechte (Nota de pie 1), p. 83.

⁷² *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems (Nota de pie 59), p. 69; *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Nota de pie 58), páginas 98-99.

4. Las leyes de la ponderación y la fórmula del peso

Las publicaciones sobre la teoría de los principios de los últimos diez o quince años se centran especialmente en el estudio de las leyes de la ponderación. Alexy complementa la ley (material) de la ponderación, según la cual:

“(A) Cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o de violación de uno de los principios, más importante ha de ser el cumplimiento del otro principio.”⁷³,

con la ley de ponderación epistémica en relación con cuestiones epistémicas:

“Cuanto más grave sea la intromisión en un derecho fundamental, mayor ha de ser la certeza de las premisas de dicha intromisión.”⁷⁴

Asimismo ha elaborado la fórmula del peso que permite reconstruir, de la manera más clara posible, las diferentes variables y la relación entre ellas.⁷⁵ No obstante, la cuestión de las leyes de la ponderación es, en sí, un tema aparte, cuyo análisis no formará parte del presente trabajo.

III. ACERCA DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA

Al principio del presente ensayo se han planteado de forma escéptica algunas cuestiones acerca de la ponderación en la estructura jerárquica. A continuación analizaremos con más detalle dichas cuestiones teniendo en cuenta los rasgos esenciales de la estructura jerárquica y de la reconstrucción de la ponderación.

⁷³ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Nota de pie 1), p. 146; véase *mismo autor*, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (Nota de pie 59), p. 27; *mismo autor*, *Die Gewichtsformel* (Nota de pie 60), p. 772; *mismo autor*, *Postscript*, en: Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traducción de Julian Rivers (Oxford University Press: Oxford, 2002), páginas 388-425 (401).

⁷⁴ Alexy, *Postscript* (Nota de pie 73), p. 418; *mismo autor*, *Die Gewichtsformel* (Nota de pie 60), p. 789.

⁷⁵ Véase, en especial, Alexy, *Die Gewichtsformel* (Nota de pie 60), p. 785; *mismo autor*, *Postscript* (Nota de pie 73), p. 408; *mismo autor*, *On Balancing and Subsumption* (Nota de pie 6), p. 445.

1. Acerca de la “estructura jerárquica iuspositivista” y el “argumento de principios no iuspositivista”

El hecho de que la estructura jerárquica, por un lado, y la ponderación, por el otro, partan de filosofías jurídicas supuestamente incompatibles, no supone ningún impedimento para la reconstrucción de la ponderación en la estructura jerárquica del derecho.

a) La jerarquización del derecho en las teorías del derecho natural

Con toda seguridad, la estructura jerárquica del derecho se ha desarrollado, en el pasado, como parte de una teoría iuspositivista paradigmática, es decir, de la teoría pura del derecho. En el centro de dicha teoría se sitúa la autorización que más tarde, en la estructura jerárquica, será distribuida entre los diferentes órganos involucrados en el proceso de creación de derecho. Al tratarse de una teoría de derecho positivo, la teoría pura del derecho niega la existencia de una relación entre el derecho y la moral,⁷⁶ de manera que la autorización no se ve restringida, en ningún lugar de la estructura jerárquica, por contenidos morales del derecho. Sin embargo, no podemos concluir, a la inversa, que en una teoría del derecho natural todos los contenidos del derechos estarían predeterminados por los contenidos morales previos al derecho. Hasta la fecha no se ha presentado ninguna teoría moral capaz de fundamentar todas las determinaciones necesarias en derecho. Como consecuencia, las teorías del derecho natural únicamente podrán defenderse en forma de una débil tesis de la vinculación, según la cual solo la injusticia extrema perder su carácter jurídico o validez jurídica.⁷⁷ Antes de llegar al elevado umbral de lo extremadamente injusto se plantea, también para la teoría del derecho natural, la cuestión de la distribución de la autorización para la creación de derecho a lo largo de los diferentes niveles jerárquicos del sistema jurídico.

⁷⁶Véase *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Nota de pie 16), p. 201: „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein“ [“*Por lo tanto, cualquier contenido podrá ser derecho*”]. Acerca de la tesis de la separación iuspositivista véase *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (Nota de pie 13), p. 15; *Peter Koller*, *Theorie des Rechts*, 2ª edición. (Böhlau: Wien/Köln/Weimar, 1997), p. 24.

⁷⁷Véase la “fórmula de inadmisibilidad” de Gustav Radbruchs, *Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* [“*Arbitrariedad legal y derecho supralegal*”], en: *mismo autor*, *Rechtsphilosophie* (Nota de pie 12), páginas 339-350 (345). Publicado, por primera vez, en *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946), páginas 105-108. Publicado nuevamente: *RGA* 3, páginas 83-93 (89); *StA*, páginas 211-219 (216); véase además *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (Nota de pie 13), páginas 52-106 et passim.

b) Los principios en las teorías iuspositivistas

En sus críticas al iuspositivismo, Dworkin introduce principios jurídicos señalando la existencia de una dimensión intrínseca no positivista de “principles”.⁷⁸ No ocurre lo mismo con las “policies”,⁷⁹ a pesar de que ambos tipos de normas sean “principles in the generic sense”, con una misma estructura de norma y oponiéndose, en este sentido, a unas reglas comunes.⁸⁰ Alexy define los principios a través de su estructura, es decir, a través de la ponderabilidad y necesidad de ponderación en su aplicación.⁸¹ No obstante, su argumento de principios a favor del no-positivismo no está basado únicamente en la estructura de norma de los principios, sino también en el argumento de la corrección. El elemento clave del argumento de principios como argumento no positivista lo encontramos en la tesis de la corrección que representa, a su vez, “el resultado de la aplicación del argumento de la corrección en el marco del argumento de los principios.”⁸² De acuerdo con el argumento de la corrección, “tanto normas jurídicas particulares y decisiones jurídicas particulares como sistemas jurídicos en su conjunto hacen valer, lógicamente, su pretensión de corrección”.⁸³ Si aplicamos la tesis de la corrección y las demás subtesis del argumento de los principios,⁸⁴ se hace innecesaria la pregunta de si son posibles unos “principios positivistas”, puesto que todas las normas jurídicas y, por ende, todos los principios de derecho conllevan una dimensión no positivista. No obstante, si se pone en duda el argumento de la corrección, y con el la tesis de la corrección, se plantea necesariamente la cuestión de si una teoría positivista puede ser capaz de asignar a las normas la estructura de principios jurídicos. No debemos olvidar que, de esta manera, cambia la aplicación de los principios jurídicos (en comparación con una teoría de los principios, que se defiende teniendo en cuenta la existencia del argumento de la corrección) en el sentido de que entonces la ponderación de principios no

⁷⁸ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Nota de pie 11), p. 22: “[A] ,principle’ [is] a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice of fairness or some other dimension of morality.”

⁷⁹ Ibid.: “[A] ,policy’ [is] that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community.”

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Véase párrafo II. 1. a).

⁸² Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Nota de pie 13), p. 130.

⁸³ Ibid., p. 64.

⁸⁴ La tesis de la incorporación y la tesis de la moral, véase *ibid.*, páginas 121-129.

reclama necesariamente su pretensión de corrección moral. Sin embargo, de esta forma no se descarta que una teoría jurídica positivista prevea la existencia de normas con objeto de optimización, cuya realización aproximada requiere, de manera relativa, de unas posibilidades jurídicas y reales.⁸⁵ Por lo tanto, la consideración de la estructura jerárquica como estructura característica del iuspositivismo no iría en detrimento de la reconstrucción de la ponderación de principios en la estructura jerárquica.⁸⁶

2. Acerca del rechazo de la ponderación por parte de Kelsen

A pesar del rechazo de Kelsen frente a la ponderación, nada podrá impedir la introducción de ponderaciones en la estructura jerárquica. No es ninguna casualidad que el párrafo de la “Teoría pura del derecho”, citado al principio del presente ensayo, según el cual procede renunciar a la ponderación, puesto que no ofrece ningún baremo para la determinación del contenido de normas jurídicas⁸⁷, se encuentre justamente en el capítulo dedicado a la interpretación, y no en el sobre la estructura jerárquica. En especial, se opone a la idea de que se pueda justificar, mediante la aplicación de los cánones de la interpretación, un único resultado válido a través de una operación intelectual, ya que el resultado de la aplicación de los cánones únicamente podría servir para “determinar un marco”⁸⁸. En ese mismo contexto explica su rechazo de la ponderación que tampoco llevaría a una única respuesta válida. Vierte, por tanto, la misma crítica sobre la ponderación que sobre la interpretación. De ello podríamos deducir que no estaría en contra ni de la ponderación ni de la interpretación, si se utilizara la primera únicamente para determinar el marco para el siguiente aplicador de normas, y no para llenarlo por completo.

⁸⁵Esa redacción recoge una descripción de los principios jurídicos por Alexy, véase *Alexy, Theorie der Grundrechte* (Nota de pie 1), páginas 75-76; *mismo auto.*, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (Nota de pie 59), páginas 19-20; *Alexy, Begriff und Geltung des Rechts* (Nota de pie 13), p. 120.

⁸⁶Muy dudoso de por sí, como lo demuestran las reflexiones contenidas en el apartado III. 1. a).

⁸⁷*Kelsen, Reine Rechtslehre*¹ (Nota de pie 14), p. 97; *Kelsen, Reine Rechtslehre*², (Nota de pie 16), p. 350.

⁸⁸*Kelsen, Reine Rechtslehre*¹ (Nota de pie 14), p. 94; *Kelsen, Reine Rechtslehre*², (Nota de pie 16), p.

En los primeros tiempos de la teoría de los principios, Ronald Dworkin defendía realmente la tesis de una única respuesta válida.⁸⁹ No obstante, en los últimos diez, doce años se ha prestado una mayor atención a los márgenes de acción dentro de la ponderación. En la ponderación, las diferentes formas de márgenes de acción estructurales y epistémicos van formando un margen de acción general de considerable tamaño.⁹⁰ Resumiendo podemos constatar que el punto común entre la ponderación y la interpretación clásica según Kelsen consiste en el hecho de que se crea tan solo un marco a respetar por el aplicador de normas.

3. La concreción del derecho mediante la ponderación

Como veníamos diciendo,⁹¹ en la estructura jerárquica según la teoría pura del derecho, la interpretación y la concreción están estrechamente vinculadas. A lo largo de la estructura jerárquica se distribuye la autorización para la aplicación del derecho que, a su vez, suele implicar la creación de derecho. Con cada paso que se desciende en la estructura jerárquica, aumenta la concreción del derecho hasta que se alcance una norma jurídica completamente concretada. Según Adolf Julius Merkl se trataría de la “aparición final y total del derecho”⁹² o, según Eugen Ehrlich⁹³, de la norma de decisión.

En ese contexto existe un paralelismo en el sentido de que la ponderación de principios conduce igualmente a la concreción del derecho, creándose una regla según la ley de colisión.⁹⁴ Cuando se someten a ponderación todos los principios relevantes y cuando se toman en consideración todas las circunstancias relevantes de la colisión, surge una norma jurídica

⁸⁹ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1985), p. 119 y siguientes. Véase entre muchos ejemplos, *Michael Roumeliotis*, *On the One Right Answer*, en: ARSP 87 (2001), páginas 72-96.

⁹⁰ Véase *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Nota de pie 58), páginas 123-130 con numerosas referencias adicionales. Acerca del margen de acción general, véase en especial *Martin Borowski*, *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*, en: Maria Laura Clérico/Jan-Reinard Sieckmann (Edit.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (Nomos: Baden-Baden, 2009), páginas 99-128 (123-124).

⁹¹ Véase apartado I. 4.

⁹² *Merkl*, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (Nota de pie 18) (1917), p. 164 (GS 1, volumen parcial 1, p. 98); véase también, *mismo autor*, *Prolegomena* (Nota de pie 24), p. 261 (GS 1, volumen parcial 1, p. 448).

⁹³ *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Duncker & Humblot: München/Leipzig, 1913), páginas 97 y siguientes.

⁹⁴ Véase apartado II. 3.

completamente concretada en forma de regla. El mencionado paralelismo se hace aún más patente si tomamos en cuenta que, por un lado, los principios generan una cierta fuerza vinculante para el decisor, pero que, por el otro, también dejan márgenes de acción. De esta manera se demuestra que, en el caso de las ponderaciones, los principios establecen un marco para posibles resultados de ponderación, dejando la determinación definitiva dentro de ese marco en manos del aplicador autorizado del derecho.

4. La distribución de la ponderación entre varios niveles jerárquicos

Aún queda por resolver la cuestión de si la ponderación podrá, al igual que la interpretación según Kelsen, distribuirse entre varios niveles del orden jurídico. A menudo se quiere dar la sensación de que un aplicador del derecho crea, en un solo paso, principios constitucionales mediante la ponderación de una norma jurídica completamente concretada. En este punto, volvemos a citar a Jestaedt, según el cual la teoría de los principios fracasa a la hora de determinar “qué contenidos de derecho deberían garantizarse en cada uno de los (diferentes) niveles jerárquicos de normas”.⁹⁵ Si lo analizamos más de cerca, llegaremos a la conclusión de que no es cierto. Para ilustrarlo mediante una constelación más sencilla⁹⁶ podemos afirmar que la decisión acerca de un acto particular ha de considerarse en base a una ley aprobada por el parlamento.

a) Vinculación y libertad en la legislación

Si examinamos el primer nivel jerárquico en el que se produce una ponderación de principios jurídicos⁹⁷, vemos que el legislador parlamentario aplica, a través del acto legislativo, los derechos fundamentales, además de otros principios

⁹⁵ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (Nota de pie 8), páginas 234-235.

⁹⁶ El caso se presentaría aún más complicado si, por ejemplo, entre la ley aprobada por el parlamento y el acto particular entrara en juego un reglamento jurídico. La multiplicación de los niveles no altera, sin embargo, la relación entre los distintos niveles.

⁹⁷ Por supuesto cabe preguntarse si no se aplican principios ya en el proceso constituyente. Si la elaboración de una constitución supone, ya de por sí, el nivel jerárquico jurídico superior, como sugiere la estructura jerárquica del derecho nacional (desde el punto de vista del derecho internacional, las cuestiones se presentan más complejas y no podrán ser abarcadas en el marco del presente trabajo), no puede haber, tras una interpretación iuspositivista de la elaboración de la constitución, ninguna restricción del posible contenido de la constitución por principios morales ni como consecuencia de su ponderación. Otra cosa ocurriría en caso de una interpretación iusnaturalista del proceso constituyente.

constitucionales. No obstante, no se le exige la mera ejecución de decisiones constitucionales que le impondrían un resultado definitivo. Por tres razones: en primer lugar, el legislador suele contar⁹⁸ con un margen de acción para determinar la finalidad, a través del cual podrá hacer valer o concretar los objetos de optimización de principios.⁹⁹ En segundo lugar, pueden abrirse márgenes de acción estructurales que abarcan elementos definitivamente permitidos por la Constitución¹⁰⁰, como sería el caso de un empate de ponderación, en el que es imposible determinar la superioridad de ninguna de las dos partes.¹⁰¹ Y en tercer lugar, puede que los conocimientos de las premisas empíricas y normativas sean inciertas, dando lugar a márgenes de acción epistémicos.¹⁰²

En las leyes, el legislador puede encontrarse con dos tipos de determinación. Por un lado puede dictar determinaciones estrictas, imponiéndole al aplicador de la ley la decisión para casos determinados. Un ejemplo sería la expulsión forzosa de un extranjero de Alemania según artículo 53 de la Ley de Residencia (*Aufenthaltsgesetz*). De acuerdo con esa disposición, un extranjero ha de ser expulsado si, entre otras, ha sido condenado en firme “a una pena de prisión, o prisión de menores, de un mínimo de tres años por haber cometido uno o varios delitos dolosos”. En la aplicación de las leyes formales no existe, por regla general, ponderación, sino que se produce una subsunción a la

⁹⁸Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal, desde su decisión BVerfGE 28, 243 (261), el legislador no contará, a modo de excepción, con ese margen de acción para determinar la finalidad cuando se remite a una autorización no escrita de intromisión en derechos fundamentales. Sobre la evolución y el análisis crítico de esa jurisprudencia, véase *Martin Borowski*, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2006), páginas 505 y siguientes.

⁹⁹Acerca del margen de acción para determinar la finalidad, véase *Alexy*, *Postscript* (Nota de pie 73), páginas 395-396; véase también *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Nota de pie 58), páginas 124-125 con referencias adicionales. Sobre la interpretación del margen de acción para determinar la finalidad como principio formal, véase también *Borowski*, *The Structure of Formal Principles* (Nota de pie 59), página 31-32.

¹⁰⁰Acerca de las características de los márgenes de acción estructurales, véase *Alexy*, *Postscript* (Nota de pie 73), p. 393.

¹⁰¹Acerca del empate de ponderación y el margen de acción resultante para la ponderación, véase *ibid.*, p. 408; *mismo autor*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, en: *VVDStRL 61* (2002), páginas 7-33 (páginas 22 y siguientes). La frecuencia y el tamaño de dichos márgenes de acción para la ponderación dependerán, en primer lugar, del grado de escalabilidad de los indicadores relevantes en las ponderaciones; véase *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Nota de pie 58), p. 84 con otras referencias adicionales.

¹⁰²Véase *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Nota de pie 58), páginas 126-130 con referencias adicionales.

determinación legislativa. Cuando los hechos de un caso sometido a decisión entran en las características de una regla interpretada, se aplica la sanción correspondiente.

Por otro lado, el legislador también podrá establecer determinaciones relativas. En el derecho de la construcción se ha creado un sistema complejo de mandatos de optimización y consideración que, de acuerdo con los apartados 6 y 7 del artículo 1º de la Ley de construcción, han de ponderarse el uno con el otro. A diferencia de las disposiciones constitucionales, aquí se establecen determinaciones relativas mediante la concreción y formulación de asuntos susceptibles de ponderación. En aplicación de los apartados 6 y 7 del artículo 1º de la Ley de construcción, no solo se produce la subsunción, sino que, a la hora de determinar el mandato según las leyes formales, deberá llevarse a cabo una ponderación de los asuntos en colisión, tomando en cuenta el peso relativo que el legislador haya querido dar a esos asuntos.

b) Vinculación y libertad en las decisiones sobre actos particulares

El aplicador del derecho, autorizado para determinar, en aplicación de la ley, actos particulares ejecutivos o judiciales, estará obligado, según el artículo 20 III de la Constitución alemana y como consecuencia de la vinculación a la ley resultante del mandato del Estado de derecho, a respetar las determinaciones estrictas contempladas en la ley. Por tanto no estará autorizado a llegar a un resultado alternativo, ni a llevar a cabo, en contra de las determinaciones relativas del legislador, valoraciones del peso dentro de la ponderación necesaria según el derecho formal. Más bien ha de respetar la valoración del peso general, impuesta por el legislador, y de realizar una valoración del peso en el caso particular, dentro del marco restante. La decisión acerca de las determinaciones relativas en la legislación que, a su vez, han de respetarse de la forma adecuada a la hora de determinar sobre un acto particular, demuestra que la ponderación podrá distribuirse, sin más, entre los diferentes niveles de la estructura jerárquica de un orden jurídico. Un ejemplo de ello no es solo la ponderación en la planificación de la construcción, sino también las diferentes determinaciones legislativas reguladoras de la discrecionalidad, reconocidas en

el derecho administrativo.¹⁰³ Por lo tanto, la afirmación según la cual la teoría de los principios y la ponderación están únicamente y principalmente adaptadas al nivel jerárquico de la Constitución y, en especial, a los derechos fundamentales¹⁰⁴, resulta completamente errónea.

c) La supuesta “tendencia de solipsismo constitucional” en la teoría de los principios

La afirmación de la existencia de una “tendencia de solipsismo constitucional” en la teoría de los principios¹⁰⁵ puede ser debida al hecho de que cualquier acto particular se encuentre bajo la reserva de la confirmación de su constitucionalidad. En el marco de ese examen de constitucionales se revisan todas las determinaciones sub-constitucionales, tanto las estrictas como las relativas, las adoptadas por el legislador, los jueces o los funcionarios de la administración, en cuanto a su compatibilidad con la Constitución. El papel, en ese sentido decisivo, del nivel jerárquico constitucional no se deduce, sin embargo, de la teoría de los principios, sino de la primacía de la Constitución en un Estado constitucional democrático, que nunca ha sido seriamente puesta en duda por nadie.

5. La ponderación auténtica y no auténtica

Lo característico de la interpretación en la estructura jerárquica del derecho es la interpretación auténtica, practicada por el aplicador autorizado del derecho, a la que Kelsen opone la interpretación no auténtica llevada a cabo por otras personas.¹⁰⁶ La diferencia entre ambos radica fundamentalmente en el hecho de que el aplicador del derecho solo está vinculado a un marco que le sirve de margen de acción. Dentro de ese marco, su decisión será constitutiva. Puesto que se reconoce cada vez más la creación de márgenes de acción dentro de las ponderaciones, la ponderación como método de aplicación del derecho se asemeja, en aspectos fundamentales, a la interpretación en el sentido de Kelsen. La autorización como categoría central de la estructura jerárquica se utiliza, además, en la reconstrucción de estructuras de la teoría de los

¹⁰³Véase Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ª edición (C.H. Beck: München, 2011), páginas 145 y siguientes.

¹⁰⁴Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* (Nota de pie 8), página 235, Nota 119.

¹⁰⁵Ibid.

¹⁰⁶Véase apartado I. 4.

principios.¹⁰⁷ Todo ello nos sugiere trasladar la diferenciación, establecida por Kelsen, entre una interpretación auténtica y no auténtica, a la ponderación. Como consecuencia, el aplicador del derecho llevará a cabo una ponderación auténtica, mientras que una persona u órganos no autorizados únicamente practicarían ponderaciones no auténticas.

IV. CONCLUSIÓN

El anterior análisis nos demuestra que la ponderación comparte una serie de características relevantes con la interpretación en el sentido de Kelsen y que podrá, por lo tanto, formar parte, sin mayores problemas, de la estructura jerárquica del derecho. La confirmación está en el hecho de que en el sistema jurídico alemán, caracterizado por la estructura jerárquica del derecho, se llevan a cabo ponderaciones en los diferentes niveles jerárquicos, sin que existan los menores indicios de problemas estructurales serios. Lo mismo se podrá afirmar en relación con otros Estados constitucionales. Partiendo de una comprensión diferenciada de estructura jerárquica y ponderación, esta última podrá ser integrada armónicamente en la primera.

¹⁰⁷ *Borowski*, The Structure of Formal Principles (Nota de pie 59), páginas 29-30; *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel (Nota de pie 6), páginas 186-188.