

**CONCEPCIÓN IUSFILOSÓFICA DE JÜRGEN HABERMAS FRENTE AL
MÉTODO DE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS PROPUESTO POR ROBERT
ALEXY**

AURYMAYERLY ACEVEDO SUÁREZ

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFIA
MAESTRIA EN FILOSOFIA
BUCARAMANGA
2017**

**LA CONCEPCIÓN IUSFILOSÓFICA DE JÜRGEN HABERMAS FRENTE AL
MÉTODO DE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS PROPUESTO POR ROBERT
ALEXY**

AURYMAYERLY ACEVEDO SUÁREZ

Tesis para optar el título de Magíster en Filosofía

Director

PROF. DR. DR. ANDRÉS BOTERO BERNAL

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

ESCUELA DE FILOSOFIA

MAESTRIA EN FILOSOFIA

BUCARAMANGA

2017

DEDICATORIA

“Nobleza, dignidad, constancia y cierto risueño coraje. Todo lo que construye la grandeza sigue siendo esencialmente lo mismo a través de los siglos.”

Hannah Arendt

A mis hijos, quienes son el pilar esencial de mi vida
A mis padres, por enseñarme a ser constante, perseverante y disciplinada, y
a Kelsen

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi maestro y amigo Profesor Andrés Botero Bernal, quien, con su sabiduría, conocimientos, consejos y apoyo incondicional, fue artífice de la culminación de este trabajo de investigación.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	11
1. REGLAS Y PRINCIPIOS: DESDE LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN Y ROBERT ALEXY	15
1.1 LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN	16
1.1.1 El positivismo jurídico según Ronald Dworkin: Una crítica a la mirada positivista de Hart	16
1.1.2 Estándares normativos: Reglas y Principios	18
1.1.3 Tesis sobre la única respuesta correcta y la figura del juez Hércules	22
1.2 LAS REGLAS Y PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY	25
1.2.1 Recapitulación de la discrecionalidad judicial: Distancias entre Dworkin y Alexy	29
2. LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS: UNA MIRADA A LA POSTURA IUSFILÓSOFICA DE ROBERT ALEXY	33
2.1 PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO HERRAMIENTA INTERPRETATIVA	33
2.2 EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: SUBPRINCIPIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	43
2.2.1 El sub principio o juicio de idoneidad: Este sub principio se desarrolla a partir de dos criterios.	56

2.2.2 Sub principio o juicio de necesidad	56
2.2.3. Sub principio o juicio de proporcionalidad en sentido estricto	56
2.3 ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN Y SUS LÍMITES	58
2.4 ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y PRÁCTICA	61
 3. POSTURA IUSFILOSÓFICA DE JÜRGEN HABERMAS FRENTE A LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS	 65
3.1 CONCEPCIÓN DE DERECHO DESDE FACTICIDAD Y VALIDEZ	66
3.2 RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL	68
3.3 EL SISTEMA DE DERECHOS	73
3.4 LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS: PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA HABERMESIANA	77
 4. ANÁLISIS CRÍTICO A LOS ARGUMENTOS HABERMESIANOS FRENTE A LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS	 82
4.1 LA POLÍTICA, EL DERECHO Y LA DEMOCRACIA: DIÁLOGO ENTRE ROBERT ALEXY Y JÜRGEN HABERMAS	83
4.2 REFLEXIÓN CRÍTICA A LA POSTURAS HABERMESIANAS FRENTE A LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS	90
 CONCLUSIONES	 96
BIBLIOGRAFIA	102

RESUMEN

TITULO: CONCEPCIÓN IUSFILOSÓFICA DE JÜRGEN HABERMAS FRENTE AL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS PROPUESTO POR ROBERT ALEXY¹

AUTOR: AURYMAYERLY ACEVEDO SUÁREZ²

PALABRAS CLAVE: PONDERACIÓN, COLISIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS FUNDAMENTALES

En el presente trabajo de investigación se analiza la concepción iusfilosófica de Jürgen Habermas frente al método de la ponderación propuesta Robert Alexy en su *Teoría de Derechos Fundamentales*, dentro del marco de la argumentación jurídica y práctica. Partiendo de la Teoría de Ronald Dworkin, influenciada por la deontología de Rawls, y de la exposición de la tesis de la Ponderación de Robert Alexy, con tintes axiológicos en su postura; se reconstruye el aporte iusfilosófico habermesiano frente a la ponderación como método de interpretación constitucional, que desarrolla en su obra *Facticidad y Validez* dirigida a tres aspectos cruciales en la ponderación: La irracionalidad del método, la corrección y la justificación. Estas tres críticas llevan a Habermas a afirmar que la ponderación cae fácilmente y de manera inevitable en la subjetividad por parte del juez al resolver un caso difícil teniendo en cuenta juicios valorativos. Por tanto, al considerar los derechos fundamentales o principios constitucionales como valores, dejan a un lado su naturaleza deontológica de normas.

¹ Trabajo de grado

² Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Filosofía. Director: Dr.Dr. Andrés Botero Bernal, Abogado.

ABSTRACT

TITLE: JÜRGEN HABERMAS IUSPHILOSOPHICAL CONCEPTION AGAINST ROBERT ALEXY'S METHOD OF THE WEIGHTING OF PRINCIPLES³

AUTHOR: AURYMAYERLY ACEVEDO SUÁREZ⁴

KEY WORDS: WEIGHTING, COLLISION OF PRINCIPLES, FUNDAMENTAL RIGHTS

In the present research work, the philosophical conception of Jürgen Habermas is analyzed against Robert Alexy's proposed method of weighting in his Theory of Fundamental Rights, within the framework of legal and practical argumentation. Starting from the Theory of Ronald Dworkin, influenced by the deontology of Rawls, and the exposition of the thesis of Robert Alexy's Weighting, with axiological overtones in his position; the Hausmannian iusophosophical contribution is reconstructed in the face of weighting as a method of constitutional interpretation, which develops in its work Facticity and Validity directed to three crucial aspects in the weighting: The irrationality of the method, the correction and the justification. These three criticisms lead Habermas to affirm that the weighting falls easily and inevitably into subjectivity on the part of the judge when solving a difficult case taking into account evaluative judgments. Therefore, when considering fundamental rights or constitutional principles as values, they leave aside their deontological nature of norms.

³ Bachelor Degree

⁴ Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Filosofía. Director: Dr.Dr. Andrés Botero Bernal, Abogado.

INTRODUCCIÓN

Se parte de la idea de analizar la concepción iusfilosófica de Jürgen Habermas frente al método de la ponderación propuesta Robert Alexy en su *Teoría de Derechos Fundamentales*, dentro del marco de la argumentación jurídica y práctica. Habermas, considerado el más importante opositor a la teoría alexyana desarrolla en su obra *Facticidad y Validez* su postura crítica dirigida a tres aspectos cruciales en la ponderación: La irracionalidad del método, la corrección y la justificación; asimismo, Habermas refuta la teoría base de la ponderación, la *Teoría de valores*, pues considera que los derechos fundamentales no pueden tener la connotación de principios-valores, sino de normas. En este sentido, el trabajo se divide en cuatro capítulos que intentan abordar de manera concreta temas relevantes para comprender la postura habermesiana frente a la ponderación.

En el primer capítulo, se trabaja la distinción entre reglas y principios, un aporte relevante para el positivismo que realiza Ronald Dworkin en su Teoría del derecho. Dworkin en su obra *Los derechos en serio* expresa que tanto las normas jurídicas como los principios jurídicos son directrices para la toma de decisiones frente a una obligación jurídica, pero se diferencian en la orientación; es decir, mientras los principios tienen una dimensión de peso o importancia, las normas no son funcionalmente importantes. A partir de esta distinción en su naturaleza, difieren en la forma de solucionar colisión de principios o conflictos entre normas jurídicas. En el primer caso, el juez elige el principio que presente el mayor peso, y en el segundo caso, el conflicto se resuelve calificando una norma como válida y abandonando la otra, reformándola o tomando una norma fundamentada en principios para determinar validez.

Con esta teoría Dworkin refuta la teoría de Hart, y afirma que el sistema jurídico está integrado no solo por reglas sino también por principios. De este modo, rechaza la regla de reconocimiento y el test de identificación de reglas de Hart, reiterando la importancia de los principios y reglas para el derecho. Así las cosas, se parte de la teoría de Dworkin antes de entrar con la posición entre reglas y principios de Alexy, por dos razones: La primera, porque Alexy toma esa distinción de Dworkin para construir su propia tesis y fundamentar su método de ponderación; y la segunda razón, para Dworkin, no es posible que se dé la discrecionalidad judicial al momento de resolver una colisión de principios, porque para eso existe el juez Hércules, quien a partir de un razonamiento jurídico evalúa y decide el principio de mayor importancia mediante un proceso interpretativo, dando así una respuesta correcta que surge a partir de unos derechos preexistentes (legales y morales). En la segunda parte del capítulo se aborda la postura de Alexy frente a la distinción entre reglas y principios. Al respecto Alexy aduce que los principios son normas que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, y cuando se presenta la colisión entre principios se debe aplicar la ponderación, precisamente por considerar los principios como mandatos de optimización; y en cuanto a las reglas, Alexy las define como normas que solo pueden ser cumplidas o no, y se resuelven incluyendo una cláusula de excepción a una de las reglas, o aplicando los principios "*lex posterior derogat legi priori*" y "*lex superior derogat lex inferiori*", y "*lex specialis derogat legi generali*".

En el segundo capítulo, se describe la ponderación como método de interpretación constitucional desde la postura alexyana. Partiendo de algunas críticas y aportes de académicos frente a la ponderación, se va abordando el tema de la estructura y sus límites. Alexy afirma que los principios se relacionan con el juicio de proporcionalidad, el cual está integrado por tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que han sido establecidos según la doctrina y tribunales constitucionales como el de Alemania, México, España y

Colombia, para tomar como ejemplo. Por tanto, la ponderación hace parte del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, y se encuentra estructurada por tres elementos: la ley de colisión, la fórmula del peso y la carga argumentativa, los cuales se explican brevemente en el desarrollo del capítulo.

Siguiendo el hilo conductor, el tercer capítulo inicia con la postura de Habermas frente al concepto de derecho. Para Habermas el derecho enmarca las acciones comunicativas que se orientan a la creación de normas, es decir, se refiere a las reglas que nacen a partir de la integración social mediante un procedimiento discursivo-procedimental, donde el lenguaje del derecho transforma toda comunicación entre el sistema y el mundo de la vida. Ahora, respecto a la relación entre derecho y moral, Habermas considera que no pueden deslindarse estos dos conceptos, pues el derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de los principios están interrelacionadas, y quien quiere argumentar debe tener en cuenta las suposiciones idealizadoras de una forma de comunicación, como lo es el discurso práctico. Finalmente, se abordan las críticas que hace Habermas a la ponderación desde su obra *Facticidad y Validez*. Inicia Habermas con su crítica a la perspectiva axiológica del derecho que le da Alexy a través de la ponderación, al entender los derechos fundamentales como principios-valores y no como normas jurídicas. A partir de esta objeción que hace a la tesis Alexyana, parten las críticas en relación con la irracionalidad, la corrección y justificación del método. En estos términos, al entender los derechos fundamentales como principios-valores, las decisiones se van a enmarcar en lo que es bueno para algunos y no en lo que es justo para todos, es decir, las decisiones se dan a partir de juicios de valor, cayendo así el juez en amplia discrecionalidad judicial.

Finalmente, el cuarto capítulo se divide en dos partes. Primero se hace una aproximación al diálogo teórico entre Jürgen Habermas y Robert Alexy respecto a los conceptos de Derecho, Política y Democracia, teniendo en cuenta que estos tres ámbitos se encuentran relacionados entre sí, y en esa interacción nacen los

derechos fundamentales. De igual manera, Habermas aborda el concepto de derecho en su obra *Facticidad y Validez*, donde propone una democracia constitucional con fundamento en el poder comunicativo que trabaja en la *Teoría de la Acción Comunicativa*, y a su vez soporta su propuesta de democracia deliberativa. Por su parte, Robert Alexy defiende la tesis de naturaleza dual del derecho, y afirma que hay propiedades en el ámbito fáctico o real y en lo ideal o crítico. En lo fáctico hace referencia a la coerción y la eficacia; y en lo ideal, se encuentra la pretensión de corrección que exige una corrección moral. Es en este punto donde se distancia Alexy de la concepción positivista del derecho, que considera sólo la legalidad y eficacia como su naturaleza. Por otra lado, esa doble naturaleza necesita darse en un sistema jurídico con un constitucionalismo democrático-discursivo.

Y como segunda parte del capítulo, se presenta una reflexión crítica a partir de los puntos que Habermas le refuta a la ponderación. De esta manera, se concretan las ideas más importantes de la postura habermesiana para así tomar en este trabajo una posición frente al tema, que resulta un tanto escéptica al connotar los derechos fundamentales como principios-valores, precisamente por lo que esto conlleva al momento de resolver casos que configuren colisión entre estos derechos aplicando la ponderación, donde el juez toma decisiones a partir de juicios de valor que no permiten lograr la racionalidad del método. De acuerdo a lo expuesto, se busca dejar abierto el espacio para futuros trabajos investigativos que den continuidad y aportes al debate contemporáneo respecto a la ponderación de derechos fundamentales.

1. REGLAS Y PRINCIPIOS: DESDE LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN Y ROBERT ALEXY

Para entender la concepción iusfilosófica de Jürgen Habermas frente a la ponderación como método de interpretación jurídica, resulta necesario conocer la distinción entre la teoría de Ronald Dworkin y la de Robert Alexy, plasmadas en sus obras *Los derechos en serio* y *Teoría de Derechos Fundamentales*, respectivamente.

Se inicia el primer capítulo exponiendo la teoría del derecho de Ronald Dworkin, donde se plantea la distinción entre reglas y principios como un aporte al positivismo jurídico. Para Dworkin los principios tienen una dimensión de peso, por tanto, si se configura una colisión entre estos el juez (Hércules), a partir de un razonamiento jurídico, debe evaluar y decidir el de mayor importancia, pero no acepta la discrecionalidad y da relevancia a la *praxis* judicial; en cambio, las reglas las define como prescripciones normativas que se cumplen o no, y se aplican mediante la subsunción.⁵

Aunado a lo anterior, se aborda la postura de Robert Alexy frente al tema de la ponderación de principios en el marco de su teoría de derechos fundamentales, en la cual desarrolla el concepto de norma de derecho fundamental y explica su estructura a partir de la distinción entre reglas y principios (mandatos de optimización), que resulta siendo una diferencia cualitativa y no de grado; además, propone el método de la ponderación como forma de solucionar colisión de principios a partir de su optimización. La aplicación de la ponderación requiere

⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducido por Marta Guastavino. 10ª Ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2015. p. 78.

argumentación de difícil control y da lugar a una discrecionalidad por parte del juez, aspecto que será criticado por Jürgen Habermas, quien aduce que al ponderar se pueden dar juicios irracionales, alejándose de la corrección y la justificación.

1.1 LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN LA TEORIA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin expone en el capítulo “El modelo de las normas” de su obra *Los Derechos en Serio*, su crítica a la versión del positivismo de Hart y propone una clasificación de normas (reglas y principios) que es tomada parcialmente por Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*; aunque se distancian en aspectos puntuales como la discrecionalidad del juez en el evento de resolver colisión de principios, tema que será refutado en la teoría habermesiana. A continuación, se realizará una aproximación a la concepción de reglas y principios desde la perspectiva de Dworkin y Alexy, para identificar las diferencias entre las dos posturas.

1.1.1 El positivismo jurídico según Ronald Dworkin: Una crítica a la mirada positivista de Hart

Para Dworkin, la regla de reconocimiento y las reglas secundarias que propone Hart tienen como finalidad la identificación de reglas en el sistema normativo estatal, pero no funciona con los principios; en razón a que este reconocimiento de reglas es de naturaleza formal que atiende el origen de la norma pero no de su contenido. En este sentido, Dworkin al referirse a las reglas expresa que pueden ser identificadas mediante criterios que se relacionan con su *pedigree* u origen (Test de *pedigree* de Hart), o con la manera en que se adoptaron o evolucionaron.

Ahora, para Dworkin esa regla de reconocimiento serviría para diferenciar reglas jurídicas válidas y reglas que carecen de dicha validez. A partir del origen se pueden diferenciar las normas válidas tanto de las espurias como de las reglas sociales (morales), y si estas normas jurídicas válidas no son suficientes para resolver determinado caso, por no ser apropiadas o por ser vagas, entonces el caso no es susceptible de solución con la aplicación de la ley, por tanto, el juez debe ejercer discrecionalidad en busca de otro estándar que le permita preparar una nueva norma o ampliar una existente⁶.

Así las cosas, Dworkin afirma que toda norma jurídica válida incluye una obligación jurídica de hacer algo o de prohibir que se haga; ahora, para que una norma establezca una obligación jurídica debe ser aceptada por un grupo mediante sus prácticas como una norma de conducta,⁷ o porque es promulgada por una norma válida. En el primer caso se está tratando la regla de reconocimiento y en el segundo la tesis de origen o de *pedigree*; pero ninguno de los dos opera para los principios.

Dworkin pretende aportar al positivismo una distinción entre reglas y principios para que no se pierda la importancia de éstos últimos. Esta distinción la hace a partir de un ejemplo tomado del Tribunal de New York, el caso de *Riggs vs Palmer*, donde una de las partes era el heredero testamentario del abuelo al cual asesinó, y se debatía la posibilidad de recibir su herencia. Al respecto, el tribunal aseveró que si las normas que regulan la preparación, la prueba y el efecto de los testamentos, así como su entrega de la herencia, se aplican literalmente el heredero recibiría su herencia; de igual forma afirmó que todas las leyes y los contratos están regidos por unas máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. Una de esas máximas es que “el asesino no puede aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia

⁶ *Ibíd.*, p. 77.

⁷ *Ibíd.*, p. 68.

iniquidad, o adquirir propiedad por su propio crimen”⁸. A partir de éste principio el heredero no recibió la herencia. Con este ejemplo, Dworkin quiere mostrar que estos razonamientos realizados por los jueces no son reglas positivas que se pueden identificar en el sistema jurídico, no obstante, si son normas jurídicas que tienen que aplicarse para resolver casos difíciles.

A partir de lo expuesto, Dworkin rechaza para los principios la regla de reconocimiento y el test de identificación de reglas (*pedigree*) de Hart y afirma que tanto los principios como las reglas son parte fundamental del derecho, pues en casos en que no exista una regla para resolver un caso, el juez, al estar vinculado al derecho, puede aplicar un principio jurídico que le permita tomar una decisión judicial. Entonces, para Dworkin, también en el positivismo el juez estaría obligado a solucionar un caso a partir de criterios de racionalidad e imparcialidad, decisión que sería susceptible de objeción si faltara a los criterios de racionalidad e imparcialidad⁹.

1.1.2 Estándares normativos: Reglas y Principios

El debate de principios y reglas inició con Ronald Dworkin en 1967, con su teoría sobre los principios, con la cual refuta la teoría positivista de Hart. A partir de ese momento se han generado diversos puntos de vista a favor y en contra de su propuesta. En la obra “Los Derechos en Serio”, Dworkin aduce que “La distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica”¹⁰; ambas son directrices que apuntan a decisiones particulares frente a la obligación jurídica en ciertas circunstancias; sin embargo, la diferencia se da por la orientación. Los principios tienen una dimensión que las normas no tienen, la dimensión de peso o

⁸ *Ibíd.*, p. 73.

⁹ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. El concepto de derecho de Ronald Dworkin. En: *Revista de la Facultad de derecho de México*. No. 246, 2005; p.372.

¹⁰ DWORKIN. *Op. cit.*, p. 73.

importancia; por tanto, si se da una colisión entre éstos el juez evalúa el peso relativo de cada uno; así, al hablar de normas se puede decir que son o no funcionalmente importantes¹¹. “En este sentido una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento”; no obstante, no es posible afirmar que una norma es más importante que otra dentro del sistema jurídico¹². Entonces cuando se presente un conflicto entre normas una se califica como válida y la otra se debe abandonar, reformar o también un sistema jurídico puede tomar una norma basada en principios para determinar la validez.

Ahora, los principios han jugado un papel importante en los llamados casos difíciles o *hard cases*, que se entienden como aquellos que no pueden interpretarse por la subsunción o por los métodos clásicos de interpretación jurídica. Empero, en estos casos, Dworkin no acepta la idea de discrecionalidad propuesta por Hart; por el contrario, da un valor importante a la *praxis* judicial y propone que los principios se utilicen en la argumentación jurídica.

Como ya se dijo, Dworkin presenta como diferencia entre reglas (normas) y principios, la existencia de la dimensión de peso o importancia que hay en los principios; cuando éstos colisionan el juez debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno y la controversia radicarán en determinar cuál es más importante; en cuanto a las reglas, no cuentan con esta dimensión del peso. Las reglas son o no funcionalmente importantes, de esta manera si se da un conflicto entre reglas “una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas”¹³, es así como el mismo sistema jurídico mediante normas regula estos conflictos.

¹¹ *Ibíd.*, p. 77.

¹² *Ibíd.*, p. 78.

¹³ *Ibíd.*, p. 78.

Al respecto, José Francisco Barth (2005) afirma a partir de las características entre principios y normas expuestas por Thomas Kearns, que las reglas “son el producto de un acto deliberado de creación jurídica” y los principios “no se basan en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad se desarrolla con el tiempo”¹⁴. De igual manera, Barth brinda dos observaciones en referencia a la concepción de principios: la primera aduce que los principios confieren derechos y obligaciones (igual que las normas); en cambio los principios, siempre darán una solución así no se logre mediante la aplicación de las normas, aún en casos difíciles¹⁵.

Dworkin le refuta a Hart, que el sistema jurídico no solo está compuesto por reglas sino también por principios, de esta manera la tesis positivista que considera el derecho como un conjunto de reglas exclusivamente, no resulta cierta desde la perspectiva de Dworkin. Según Hart, las reglas son válidas porque se promulgan por una institución competente, unas creadas por un órgano legislativo y otras por las decisiones que toman los jueces en casos determinados construyendo precedentes; aunque, los principios no nacen de esta manera, sino de la necesidad en la sociedad. De esta manera, para Dworkin las reglas, según la forma como las define Hart, tienen una naturaleza formal; es decir, no se tienen en cuenta su contenido sino la forma en que nacieron y evolucionaron; por su parte, los principios tienen una naturaleza material y, por tanto, no se puede decir que tienen un criterio formal que les permita ser identificados por regla de reconocimiento de Hart¹⁶.

Otro criterio fundamental que dista a Dworkin de Hart se refiere a la discrecionalidad judicial. Para Hart no es posible que se dé discreción judicial cuando exista una

¹⁴ BARTH, José Francisco. Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (Comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís). En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No.108, 2005; p. 185.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 185.

¹⁶ PEREZ JARABA, María Dolores. Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. En: *Revista de Estudios Jurídicos*. No. 10, 2010; p. 13.

norma jurídica clara y establecida; sólo el juez goza de ésta discrecionalidad cuando la norma es imprecisa y si no tiene otra opción, debe mirar cuál es la interpretación más apropiada dentro del margen lingüístico de la norma. En este punto, Dworkin refuta la tesis de Hart, y manifiesta que hay dos clases de discrecionalidad: débil y fuerte. En cuanto la discrecionalidad débil lo ve desde dos sentidos: primero cuando un funcionario no puede aplicar mecánicamente y requiere un nivel de discernimiento; el segundo sentido se da cuando un funcionario tiene autoridad final, teniendo en cuenta que existe una jerarquía estructurada donde unos tienen autoridad superior y las pautas son diferentes en cierta clase de decisiones. Frente a la discrecionalidad fuerte, implica ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia; por tanto según Dworkin la discreción “no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción”¹⁷. Así las cosas, para Dworkin los positivistas no dan ese sentido fuerte a la discrecionalidad judicial, pues consideran que el juez no tiene discreción cuando esta frente a una norma clara y precisa. Además, aceptar la discrecionalidad supondría, violentar la división de poderes, pues se le daría potestad del legislador al juez.

Resumiendo, Ronald Dworkin con su teoría de derecho critica al positivismo normativista y presenta las siguientes tesis: una distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas, los principios traen consigo una dimensión de peso que no tienen las normas, y cuando hay colisión de principios el juez debe resolver a partir del peso relativo de cada uno, es decir, se debe hacer un juicio respecto de si un principio tiene mayor peso que otro en determinada controversia. En cambio, si se da un conflicto entre normas una de ellas no poder ser válida y la decisión si la norma deber ser eliminada o reformada depende de las consideraciones de las mismas normas¹⁸. A su vez, hace una clasificación de principios: principios en

¹⁷ Ibíd., p. 86.

¹⁸ Ibíd., p. 78.

sentido estricto y directrices políticas. Llama principio a valores abstractos como justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad; y en cuanto a las directrices hace referencia al objetivo considerado deseable que debe ser alcanzado como mejor en el ámbito político, económico o social.

En relación con la estructura y los límites del sistema normativo, expone que las reglas deben ser clasificadas no en función del contenido sino de una norma de identificación y se deben diferenciar de las reglas sociales (o morales); sería la llamada regla de reconocimiento según Hart.

Si se acepta que solo hay reglas identificables y válidas a partir de una regla de reconocimiento y, además, se acepta que existen casos que no pueden solucionarse con estas reglas, nace la facultad para que el juez resuelva el caso a partir de acuerdo a su discreción¹⁹.

1.1.3 Tesis sobre la única respuesta correcta y la figura del juez Hércules

Ronald Dworkin fundamenta su teoría en un modelo de principios que los define como valores reflejados en la constitución, considerados por Dworkin como la moral política. Estos principios no pueden ser interpretados como las reglas, por tanto, debe existir un Juez Hércules con capacidad sobrehumana de resolver los problemas jurídicos a partir de la moral, y poder dar la única respuesta correcta. Es así como “el derecho no puede divorciarse de la moral, y la más sólida teoría del derecho en su tarea explicativa y justificadora ha de penetrar resueltamente en este mundo suprapositivo”²⁰; de esta manera, Dworkin relaciona derecho y moral pública a partir de las lagunas normativas y los casos difíciles, en otras palabras, cuando el orden jurídico no da la respuesta a través de sus reglas.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 81.

²⁰ PRIETO SANCHIS, Luis. Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin. En: *Revista española derecho constitucional*. Año 5., No. 14, 1985; p. 362.

Para dar una respuesta correcta se requieren unos presupuestos políticos (derechos preexistentes), es decir, unos derechos legales establecidos (reglas) y otros llamados derechos morales (principios), en caso de presentarse conflictos no es necesario que los derechos legales (reglas) prevalezcan sobre los derechos morales, el juez Hércules mediante un método racional decide qué derecho prima sobre el otro²¹.

Según el proceso interpretativo de Dworkin, el juez Hércules es como el autor de una novela en serie, donde reescribe la historia a partir de decisiones de otros jueces hércules que forman las fuentes del derecho de acuerdo con un caso específico. El Juez Hércules es un jurista dotado de habilidad, paciencia y perspicacia sobrehumana convencido que las leyes pueden crear y extinguir derechos, y que los jueces deben ajustarse a decisiones anteriores.²² Al respecto Dworkin trata el tema del precedente. Cuando el Juez Hércules esté frente a un caso difícil, que no está previsto en la ley, recurrirá a decisiones anteriores del tribunal que se puedan aplicar; es decir, cuando los jueces en el derecho consuetudinario resuelven casos particulares establecen normas de carácter general, cuya finalidad es beneficiar a la comunidad. Por tanto, en casos posteriores pueden los jueces imponer dichas normas, es así como el precedente en términos de Dworkin goza de una fuerza gravitacional general de las decisiones anteriores considerando los argumentos de principio que sirven de base para resolver un caso posterior.²³ En este sentido, “Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estar justificadas por principio, para las estipulaciones constitucionales y legislativas”²⁴.

²¹ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho? 10ª Ed. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2004. p. 55.

²² DWORKIN. Op. cit., p. 177.

²³ Ibíd., p. 182.

²⁴ Ibíd., p. 190.

Para lograr este fin, Hércules adopta un método que está conformado en tres fases:

1. La primera fase denominada pre interpretativa, donde el juez ubica el problema jurídico y las normas jurídicamente relevantes al caso, ya sean legales o jurisprudenciales. Si bien se dice que es pre interpretativa, no es ajeno que para identificar los conceptos jurídicos se requiere una interpretación²⁵.
2. La segunda fase se denomina interpretativa, pues Hércules interpreta el material seleccionado. A partir de la ley y la jurisprudencia debe alcanzar los principios sobre los cuales fundamente su interpretación. Ahora, cuando se configuren casos difíciles, “De entre los diferentes resultados de las interpretaciones que son compatibles con el material jurídico, Hércules debe optar por aquel que proporcione la mejor justificación de la ley o precedente interpretado. La interpretación que permite la mejor justificación será aquella que resulte más atractiva desde un punto de vista político y moral”²⁶.
3. La tercera fase de interpretación, denominada post interpretativa, consiste en aplicar la fase interpretativa al caso concreto.

Por su parte, la tesis de la única respuesta correcta es una particularidad de la teoría de Dworkin, y se contrapone a la concepción de la discrecionalidad judicial del positivismo, afirmando que en casos difíciles es posible conseguir una única respuesta moralmente correcta como solución jurídica.²⁷

²⁵ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Ronald Dworkin y los principios generales del derecho. México: Editorial Porrúa, 2007. p. 98.

²⁶ *Ibíd.*, p. 99.

²⁷ *Ibíd.*, p. 101.

En los casos difíciles el juez debe descubrir cuáles son los derechos de las partes y no inventar retroactivamente derechos nuevos como lo plantea el positivismo jurídico, pues para Dworkin ésta teoría de adjudicación de competencias del juez es inadecuada, y su argumento consiste en afirmar que un caso donde no exista norma establecida que permita resolver el caso, el juez puede descubrir los derechos a la moral pública.²⁸ Además, el modelo propuesto por Dworkin aduce que el juez sólo aplica el derecho prestablecido, no crea nuevas leyes, por tanto, el juez se encuentra subordinado a la ley y al derecho; así las cosas, el juez no es creador de derecho sino garantizador de derechos que se encuentran fundamentados directa o indirectamente en principios.²⁹ En referencia a éstos derechos individuales (que no ceden ante una directriz política ni objetivo social), Dworkin considera que tanto los legales (jurídicos) y derechos morales no pueden considerarse conceptualmente distintos, precisamente porque el umbral que los divide es muy difuso. Así ante un conflicto entre derechos morales y jurídicos, los últimos no triunfan necesariamente sobre los primeros.³⁰

De este modo, teniendo en cuenta que el juez Hércules tiene excepcionales habilidades, realiza un razonamiento jurídico y moral a partir de una teoría constitucional, y construye un esquema de justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y justificación por principios.³¹

1.2 LAS REGLAS Y PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY

Por su parte, Robert Alexy desarrolla el concepto de norma de derecho fundamental y la distinción entre reglas y principios en su Teoría de derechos fundamentales. Al

²⁸ DWORKIN, Op. cit., p. 146.

²⁹ Ibíd., p. 147.

³⁰ Ibíd., p. 17.

³¹ Ibíd., p. 179.

respecto afirma que existe relación entre una norma de derecho fundamental y el derecho que ésta otorga. Toda norma de derecho fundamental es un enunciado normativo que expresa un deber ser, denominada también como disposición de derecho fundamental. La define como “aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la ley fundamental”³², y también cuando está adscrita a una norma que se expresa de manera directa del texto constitucional. De esta manera, las normas de derechos fundamentales deben tener una relación de precisión con el texto constitucional, así como una relación de fundamentación entre la norma que hay que precisar y la norma precisante, llamadas normas adscritas; para que estas normas adscritas sean una norma de derecho fundamental, depende de que sea posible la argumentación iusfundamental³³.

En el capítulo tercero de la Teoría de derechos fundamentales propuesta por Alexy, explica la estructura de la norma a partir de una división entre principios y reglas.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado sino cualitativa³⁴.

De acuerdo con lo expuesto, Alexy muestra de manera clara la diferencia entre reglas y principios cuando aborda el tema de la colisión de principios y el conflicto entre reglas. En relación al conflicto entre reglas, Alexy propone como solución incluir una cláusula de excepción a una de las dos reglas o declarar inválida una de

³² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 66.

³³ *Ibíd.*, p. 77.

³⁴ *Ibíd.*, p. 86.

ellas, aplicando entonces los principios de “*lex posterior derogat legi priori*” y “*lex superior derogat legi inferiori*”, y “*lex specialis derogat legi generali*”. Por el contrario, al darse una colisión de principios se configura un caso difícil o *hard case*, que no se puede resolver por la subsunción. Al respecto, Alexy aduce que para resolverlo prima el derecho fundamental de mayor peso; por tanto, al hablar de prioridad debe aplicarse la consecuencia jurídica del principio que prevalece.³⁵

Si el principio P1 precede frente al principio P2 bajo las circunstancias C: (P1 P P2) C, y si la consecuencia jurídica R se produce a partir de P1 bajo las circunstancias C, entonces adquiere validez una regla en la que C es el supuesto de hecho y R la consecuencia jurídica: $C \longrightarrow R$.³⁶

Ahora, uno de los pilares de la teoría de los principios es la ley de colisión. Según Alexy, los principios no tienen relaciones absolutas de precedencia, sino relaciones de precedencia condicionada que dependen del proceso de optimización de principios por cuanto permite establecer estas relaciones de manera correcta para el caso objeto de estudio. Esto es, que las respuestas jurídicas derivadas de principios no pueden ser universales sino casuísticas. A partir de este presupuesto los principios se caracterizan por ser mandatos de optimización, que deben vincularse al juicio de proporcionalidad en circunstancias concretas, por cuanto el principio implica la máxima de proporcionalidad en casos específicos³⁷. Esta máxima está integrada por los sub principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). “Así los sub principios de adecuación y necesidad se derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el de

³⁵ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. En: *Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia., No. 28, 2003 p. 96.

³⁶ *Ibíd.*, p. 98.

³⁷ ALEXY. *Op. cit.*, p. 111.

proporcionalidad en sentido estricto orienta la optimización con relación a las posibilidades jurídicas”³⁸.

Empero, existen críticas que se han generado frente al concepto de mandato de optimización precisamente por su ambigüedad; por ejemplo, no hay claridad si el principio es el mismo mandato de optimización o el objeto de éste. Al respecto Lopera Mesa³⁹, citando a Sieckmann, señala dos interpretaciones frente a la protección del derecho penal:

N1: “La protección del derecho penal debe ser efectiva”.

N2: “La protección del derecho penal debe ser efectiva en la medida en que sea fáctica y jurídicamente posible”.

Según el ejemplo, la autora resalta que el N2 sería el mandato de optimización, y el N1 sería el objeto de un mandato de optimización. Considerando esta afirmación el mandato mismo que ordena la optimización (N2) se ve como una regla que se aplica o no, es decir, se optimiza o no se optimiza. Pero Alexy ha refutado esta crítica, afirmando que no es necesario abandonar la tesis de optimización, basta con hacer una distinción entre mandatos a ser optimizados que hace referencia a los que intervienen en la ponderación y pueden calificarse como *deber ser ideal* que se transforma en un *deber ser real* (objetos de optimización), y los mandatos de optimización son considerados un meta nivel que indica lo que debe hacerse con el nivel de los objetos; en otras palabras, se impone la obligación al objeto (mandato a ser optimizado). Es así como el mandato de optimización impone una obligación al mandato a ser optimizado, la cual se debe cumplir en la mayor medida posible.⁴⁰

³⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. En: *DOXA cuadernos de filosofía del Derecho*. No. 27, 2004; p. 214.

³⁹ *Ibíd.*, p. 219.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 219.

Desde allí se prescriben lo que ha de hacerse con aquello que se encuentra en el nivel de objetos. Ellos imponen la obligación de que su objeto, el mandato a ser optimizado (*command to be optimized*), sea realizado en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización no han de ser optimizados, sino satisfechos con una optimización (*fulfilled by optimization*).⁴¹

No obstante, si bien Alexy afirma que los principios son mandatos a ser optimizados, que es diferente al mandato que ordena optimizar (mandato de optimización), no considera inconveniente continuar con la expresión de mandatos de optimización especialmente cuando ha sido aceptado por juristas y expresa de manera sencilla la naturaleza de los principios.⁴²

Para concluir, Alexy considera que la distinción entre reglas y principios es más cualitativa que gradual, donde los principios son normas que pertenecen al ámbito deontológico y ordenan que algo se realice en la mayor medida posible considerando las posibilidades jurídicas y fácticas existentes (mandatos de optimización); por el contrario, las reglas pueden ser cumplidas o no y al presentarse un conflicto entre reglas, se resuelve invalidando una de ellas o introduciendo una excepción normativa.

1.2.1 Recapitulación de la discrecionalidad judicial: Distancias entre Dworkin y Alexy

El concepto de discrecionalidad judicial ha generado amplio debate iusfilosófico debido a su complejidad, al intentar resolver si cabe o no la discreción judicial o intentar definirla. Existen teorías realistas (Holmes, Cardozo, etc) que ven al juez como un creador de derecho en todos los casos; también hay unas posturas moderadas como es el caso de Herbert Hart, al afirmar que los jueces gozan de

⁴¹ Ibid., p. 219.

⁴² Ibid., p. 219.

cierta discrecionalidad sólo en casos difíciles. Y se encuentran las posiciones absolutistas, quienes niegan la posibilidad de aplicar la discreción judicial, un claro ejemplo es Ronald Dworkin.⁴³

Para Ronald Dworkin, no es posible la creación judicial por parte de los jueces cuando se encuentren frente a lagunas y antinomias jurídicas, pues en estos casos, también se puede realizar una debida interpretación. Es así, como Dworkin propone su tesis de la única respuesta correcta, la cual se origina a partir de los principios inmersos en el mismo sistema jurídico y de los presupuestos morales existentes. Por tanto, no hay razón para aceptar la discrecionalidad judicial.

La teoría de Dworkin atribuye, en consecuencia, una labor "hercúlea" a los jueces, y él mismo concede que "inventa", en este sentido, un juez con habilidades, aprendizaje, paciencia y agudeza intelectual sobrehumanos, "al que llamaré Hércules". Dicho de otro modo, Dworkin reconoce que sólo un juez ideal podría llevar a cabo la tarea de identificar los presupuestos morales subyacentes; lo interesante es que todo juez aspira (debe aspirar) a este ideal.⁴⁴

El rechazo que hace Dworkin a la discrecionalidad judicial se da por dos razones: primero porque considera una violación al principio de separación de poderes, pues se le está reconociendo poder legislativo al juez; y segundo, se estaría legislando, es decir al reconocer al juez discrecionalidad, le da la potestad de crear normas para solucionar un caso que no tiene regla en el sistema de fuentes, y se estaría admitiendo una norma con carácter retroactivo. Sin embargo, la existencia de los principios en el sistema jurídico permite resolver en ambos casos.⁴⁵ En relación a

⁴³ LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad judicial. En: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 25, 1989; p. 423.

⁴⁴ BELTRAN, Miquel. La noción de interpretación en Dworkin. "Taula". En: *Quaderns de Pensament*. Universitat de les illes Balears. No. 6, 1986; p. 58.

⁴⁵ DWORKIN, Op. cit., p. 146.

los principios, Dworkin afirma que la diferencia entre principios y reglas es que los primeros tienen una dimensión de peso o importancia; por tanto, al existir un conflicto entre principios se debe resolver teniendo en cuenta el peso relativo de cada uno (balanceo). En cambio, al hablar de normas se dice que son o no funcionalmente importantes⁴⁶; sin embargo, teniendo en cuenta que Dworkin hace fuertes críticas a la discrecionalidad judicial, presenta como argumento, que cuando no hay norma establecida que permita resolver un caso, existe la posibilidad de que una de las partes tenga el derecho de ganarlo, y es entonces deber del juez descubrir los derechos dentro del mismo sistema sin llegar a crear nuevos derechos, esto aplica también para casos difíciles.

De acuerdo a lo expuesto, en el positivismo jurídico cuando un caso jurídico no se puede resolver mediante la subsunción normativa, el juez goza de discreción para decidir de acuerdo a su discernimiento, esto conlleva a afirmar que el juez introduce nuevos derechos jurídicos lo que para Dworkin es una inadecuada teoría de adjudicación de competencias del juez.⁴⁷ Además, Dworkin expone que “aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos”⁴⁸, por consiguiente, los jueces no son ni deben ser legisladores.

Por su parte, Robert Alexy difiere de Dworkin en el tema de discrecionalidad judicial. El método de la ponderación propuesto por Alexy en su Teoría de los Derechos fundamentales para resolver casos difíciles por colisión de principios, consiste en valorar criterios que permitan pesar dos principios en colisión y a partir de un juicio

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 78.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 146.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 146.

de racionalidad elegir qué principio prevalece sobre el otro. De esta manera, el juez goza de cierta discrecionalidad judicial fundamentada racionalmente. Los límites racionales de la ponderación en relación a la inexistencia de criterio objetivo para determinar el peso, son el grado de afectación (medido por intensidades leve, medio o estricto), el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas en relación con la afectación; y como límite de la racionalidad se encuentra la carga argumentativa del juez.⁴⁹

De acuerdo con lo expuesto, Ronald Dworkin y Robert Alexy se distancian en sus teorías al exponer su punto de vista sobre la aplicación de la discrecionalidad judicial. Mientras Dworkin niega por completo el poder discrecional del juez al considerar que el mismo sistema jurídico proporciona las herramientas para solucionar los casos, sin importar si se consideran casos difíciles; Robert Alexy, acepta que existe cierta discrecionalidad judicial al ponderar principios siempre y cuando sea resultado de un proceso racional y debidamente argumentado.

⁴⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y Límites de la Ponderación. En: *DOXA cuadernos de filosofía del Derecho*. No. 26, 2003; p. 231.

2 LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS: UNA MIRADA A LA POSTURA IUSFILÓSOFICA DE ROBERT ALEXY

Una vez expuesta la diferencia entre reglas y principios desde Dworkin y Alexy, se aborda el método de la ponderación que permite resolver problemas jurídicos cuando se configuran casos difíciles por colisión de principios fundamentales. Este tema ha motivado, en el campo de la hermenéutica jurídica, la creación de métodos de interpretación orientados a resolver antinomias o contradicciones normativas, como es el caso de la ponderación, propuesta que realizó Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales* y que ha ampliado en escritos posteriores.

En el desarrollo de este capítulo se explica de manera sucinta la estructura de la ponderación, sus límites, algunos aportes y críticas de académicos sobre la aplicación de ésta herramienta interpretativa para resolver conflictos constitucionales, teniendo en cuenta que ha sido acogida ampliamente por diversos tribunales constitucionales especialmente latinoamericanos.

Por tanto, para alcanzar el objetivo trazado en la presente investigación es importante profundizar en la aplicación de la ponderación, entendiendo así la postura iusfilosófica de Robert Alexy e identificando las falencias del método, que permitirá más adelante analizar las críticas realizadas por Jürgen Habermas.

2.1 PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO HERRAMIENTA INTERPRETATIVA

La Colisión de Principios ha incentivado la aplicación de herramientas interpretativas como lo es la ponderación, conocida como sub principio del test de

proporcionalidad y que ha sido objeto de estudios, aportes y críticas por parte de teóricos en el campo de la hermenéutica y la filosofía del derecho, generando reflexiones sobre la racionalidad del método, sus límites, estructura, así como la corrección y la justificación del mismo. Por tanto, abordar la ponderación desde el punto de vista de Alexy y conocer la perspectiva que algunos críticos frente a éste método, se hace indispensable para continuar con el desarrollo del presente trabajo .

Pero antes de explicar la ponderación como herramienta interpretativa, es necesario partir del concepto de norma de derecho fundamental, según Alexy. El concepto de norma de derecho fundamental se considera más amplio, pues la existencia de un derecho fundamental presupone la existencia de una norma de derecho fundamental válida. En este sentido, Alexy inicia exponiendo la diferencia entre norma y enunciado normativo utilizando el siguiente ejemplo: “Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero (artículo 16 párrafo 2 frase 1 de la ley fundamental)”⁵⁰. Este enunciado expresa la norma que prohíbe la extradición de un alemán al extranjero. En estos términos, una norma según Alexy es el significado de un enunciado normativo y una norma se puede expresar mediante varios enunciados normativos.⁵¹

Ahora, respecto al concepto de norma de derecho fundamental, Alexy afirma que se refiere a las que se encuentran expresadas por un enunciado normativo de derecho fundamental o también llamado disposición de derecho fundamental; es decir, son las expresadas directamente en la ley fundamental (constitución); por su parte las normas adscritas de derecho fundamental, son las que nacen desde la interpretación y la fundamentación de los derechos fundamentales (sub reglas

⁵⁰ ALEXY, Teoría de los Derechos..., Op. cit., p. 51.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 51.

jurisprudenciales), una fundamentación iusfundamental correcta en términos de Alexy⁵².

Posteriormente, Alexy desarrolla en el capítulo tercero de su obra “Teoría de derechos fundamentales” la estructura de la norma, pilar fundamental para su tesis de ponderación que consiste en la distinción entre principios y reglas, separándose así de lo planteado por Dworkin. Alexy inicia afirmando que tanto los principios como las reglas son normas que expresan un deber ser que pueden ser formulados por expresiones deónticas del mandato: permisión o prohibición. No obstante hay aspectos esenciales que diferencian éstas dos clases de normas, se empieza entonces por el criterio de generalidad, donde un principio tiene un grado de generalidad alto, verbigracia, la libertad religiosa; y la regla, que tiene un grado de generalidad bajo, ejemplo “todo preso tiene derecho a convertir a otro preso”⁵³. Otros criterios son “la determinabilidad de los casos de aplicación, la forma de su génesis y el carácter explícito de su contenido normativo, la referencia a la idea de derecho y la importancia del ordenamiento jurídico”⁵⁴.

Desde éstos criterios, Alexy aduce que la principal diferencia es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible considerando las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, habla entonces de mandatos de optimización que se caracterizan por cumplirse en diferente grado. Por su parte, las reglas son consideradas por Alexy como aquellas normas que pueden ser cumplidas o no y contienen determinaciones en lo fáctico y jurídico. En resumen, la principal diferencia entre principios y reglas es cualitativo y no sólo de grado.⁵⁵

De acuerdo con lo anterior, esa distinción de la norma que resalta Alexy como importante para su teoría, se evidencia en la forma como se solucionan los casos

⁵² Ibid., p. 70.

⁵³ Ibid., p. 83.

⁵⁴ Ibid., p. 84.

⁵⁵ Ibid., p. 87.

que configuran colisión de principios o conflictos entre reglas. Cuando se presenta un conflicto entre reglas se resuelve bien introduciendo una cláusula de excepción o declarando inválida una de las reglas; en éste último caso se puede solucionar a partir de reglas como “*lex posterior derogat legi priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”, o según la importancia de la regla. En cambio al presentarse una colisión de principios, uno de los dos principios debe preceder al otro sin declararlo inválido, pues según Alexy en los casos concretos los principios tienen diferente peso y precede el que tenga mayor peso. En éstos términos, el conflicto entre reglas se resuelve en la dimensión de validez y la colisión de principios en la dimensión del peso.⁵⁶ De este modo, la colisión de principios se soluciona a partir de la ponderación de los intereses de principios del mismo rango, estableciendo entre los principios una relación de precedencia condicionada que consiste en determinar en qué condiciones un principio llega a preceder a otro.

Otro aspecto diferenciador hace referencia al carácter *prima facie* de los principios y reglas. En el primer caso no son mandatos definitivos sino *prima facie*; es decir, si un principio vale para un caso determinado no quiere decir que valga como resultado definitivo, por tanto carecen de contenido de determinación; por su parte las reglas contienen una determinación en el ámbito de lo jurídico y fáctico; sin embargo, si se requiere introducir una cláusula de excepción (que puede basarse sobre un principio) la regla pierde ese carácter definitivo. Al respecto Alexy afirma:

El carácter *prima facie* que adquieren a raíz de la pérdida de su carácter estrictamente definitivo es, sin embargo, básicamente distinto de los principios. Un principio es soslayado cuando en el caso hay que decidir, un principio opuesto tiene mayor peso. 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.⁵⁷

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 87.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 100.

Siguiendo el hilo conductor, se entra a hablar de la máxima de proporcionalidad y su estrecha relación con la teoría de principios: “el carácter principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquella”⁵⁸; en otras palabras, la máxima o principio de proporcionalidad (con sus tres sub principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación) se infiere del carácter de principio. En este sentido, al tratar la máxima de proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación, tiene inmerso el carácter de principio como mandato de optimización en relación a las posibilidades jurídicas posibles; Ahora, frente a la máxima de adecuación se tiene en cuenta el carácter de los principios como mandatos de optimización teniendo en cuenta el ámbito fáctico; y referente a la máxima de necesidad, consiste en que no exista otra manera de conseguir el fin y con menor impacto de afectación al individuo y se infiere del carácter de principio de derecho fundamental.⁵⁹ Al respecto, Jaime Cárdenas Gracia realiza un análisis sobre la aplicación de la ponderación y expone a su vez algunas críticas. Afirma el autor que el juez constitucional tiene a su disposición métodos y reglas de interpretación y argumentación para resolver conflictos o colisiones de reglas o principios, como la unidad constitucional, la efectividad constitucional, la corrección funcional, la armonización entre bienes constitucionales, entre otros. Sin embargo, siempre se ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad, considerando la trascendencia del principio en el constitucionalismo contemporáneo y la aceptación que ha tenido en los tribunales constitucionales, precisamente porque las constituciones contemporáneas obligan a la utilización de métodos jurídicos de interpretación y argumentación en aras de armonizar principios que se encuentren en colisión teniendo en cuenta que las constituciones no presentan una jerarquización de principios.

⁵⁸ Ibid., p. 111.

⁵⁹ Ibid., p. 114.

El principio de proporcionalidad no está pensado en brindar certezas plenas pero sí está diseñado para alcanzar una razonabilidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; asimismo, sirve para determinar decisiones razonables y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la liberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas⁶⁰.

Este método en el campo jurídico, fue desarrollado especialmente por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que se ha ido adoptando por tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos, así como cortes y tribunales que tutelan derechos fundamentales. Uno de los teóricos que más ha trabajado este principio es Robert Alexy a través de su *Teoría de los derechos fundamentales* quien hace una distinción entre reglas y principios, asimismo presenta la estructura de la ponderación como sub principio del test de proporcionalidad.

Por su parte, José David Blanco Cortina⁶¹, en su tesis doctoral titulada “Hacia una concepción pragmática de la ponderación” presentada en la Universidad Nacional de Colombia, precisa y aclara la naturaleza y la función de la ponderación a partir de un ejercicio analítico para construir una concepción pragmática de la ponderación. Afirma que la ponderación consiste en: a) el establecimiento de una jerarquía axiológica entre principios donde un enunciado del tipo “P1 tiene mayor valor que el principio P2”, se da por tanto una relación de valores que la crea el juez quien da mayor peso o importancia etico-política de un principio frente al otro, considerando ciertos criterios subjetivos. El autor menciona que la ponderación conlleva a un sacrificio parcial o temporal de uno de los principios que se encuentran en colisión y ninguno se resuelve definitivamente; por tanto, se evidencia como total

⁶⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No.139, 2014; p. 67.

⁶¹ BLANCO CORTINA, David José. Hacia una concepción pragmática de la ponderación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2014.

descrecionalidad del juez constitucional. Tal como lo afirma Guastini, la jerarquía de valores no puede ser controlada racionalmente y quedan libradas al sano juicio del operador judicial, dicho de otro modo, Blanco Cortina afirma “la ponderación es el establecimiento discrecional por parte del juez de una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto”.⁶²

De igual manera, Andrés Botero⁶³, realiza un análisis crítico del sistema jurídico de tres niveles que propone Alexy: El primer y segundo nivel corresponden a las reglas y a los principios; los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas son mandatos definitivos sometidos a validez, y a esto se suma que la optimización exige la ponderación y la proporcionalidad. El segundo nivel aparece debido a las deficiencias que presenta el primero, como lo son las lagunas. Por último en el tercer nivel se encuentra la razón práctica, cuyo objeto es la teoría de la argumentación.

Ahora, frente a los niveles mencionados anteriormente, Botero expone las siguientes críticas: Primero critica la posición antipositivista de Alexy. Afirma, entonces, que las críticas de Alexy contra el positivismo sólo apuntan a la exégesis, postura que hasta el propio positivismo del siglo XX rechaza. Según lo expuesto por Botero, en cuanto al primer nivel de normas del sistema jurídico propuesto por Robert Alexy, esto es, las reglas, se agotan con la subsunción que hace referencia a la aplicación de la regla, característica del modelo legalista y a su vez de cierto tipo de positivismo propio del siglo XIX; al respecto Botero aduce que “esta acusación es incierta con algunas escuelas del positivismo, asociado en mucho con el legicentrismo - estatismo, pero varias de las doctrinas positivistas más transcendentales del siglo XX lograron superar en mucho esta visión positivista

⁶² Ibid., p. 78.

⁶³ BOTERO BERNAL, Andrés. Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy. En: BOTERO, Andrés. Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho. Buenos Aires (Argentina): Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010. pp. 193-228.

decimonónica”⁶⁴. Se resalta de esta manera que no todo el positivismo es legalismo exégeta ni mucho menos obediencia ciega al mandato del legislador, pues en esto último también se ven inmersas muchas teorías iusnaturalistas.

Con respecto al segundo nivel, Alexy aduce que se puede dar en tres casos: Cuando se esté ante una laguna de reglas; cuando choquen principios entre sí o cuando la regla aplicable choca con uno o más principios; en estos casos Alexy propone por ejemplo la ponderación, que resulta siendo una regla de prelación; al respecto, Botero señala que Alexy rechaza el formalismo del positivismo, pero paradójicamente plantea la ponderación como un método de igual manera reglado, además se origina una línea jurisprudencial para aplicar de la misma forma que él critica al positivismo.⁶⁵ Alexy expone su visión moderada de la teoría a partir de dos tesis opuestas, la primera referente a las críticas de Habermas en relación a la racionalidad de la ponderación, y en el otro extremo la tesis de Böckenförde “quien considera que tomar derechos fundamentales como principios, y estos como mandatos de optimización llevaría a una dualidad (Estado legislativo y el estado constitucional)”⁶⁶. Considerando estas dos visiones, Alexy propone una tercera que modere entre las dos, la primera se tomaría como procedimental (se fijan procedimientos para creación de ley) y la segunda como material, donde el legislador tiene un margen de acción legislativa y mediante ejemplos del tribunal constitucional alemán indica los grados de intervención legislativa. La tercera visión es la moderada, donde la constitución da al legislador discrecionalidad para algunas cosas y para otras no.⁶⁷ Al explicar esta visión, Alexy toma la crítica de Habermas afirmando que sí hay criterios de racionalidad en la ponderación de manera moderada, por tanto, existen intensidades que sí establecen límites al juez en el desarrollo de su actividad ponderativa, así no se cae en arbitrariedad considerando que los argumentos son reflexivos. Frente a esta afirmación, surge la duda si puede

⁶⁴ Ibid., p. 199.

⁶⁵ Ibid., p. 203.

⁶⁶ Ibid., p. 204.

⁶⁷ Ibid., p. 206.

darse la posibilidad de arbitrariedad o irreflexión en la ponderación. Al respecto se afirma que si “los jueces se ciñen al precedente sin la corrección se caería en lo que dice Habermas, pero si hay argumentación no habría tal arbitrariedad pues los argumentos son reflexivos”⁶⁸, sin embargo, se plantea la pregunta ¿Cómo se puede determinar la corrección o incorrección de un ciclo argumentativo sobre otro ciclo argumentativo?. Botero entonces aduce que sería mejor rechazar un precedente si se da un buen argumento, y no si fue o no argumentada la corrección. En este sentido la corrección evitaría esta arbitrariedad, sería mejor aducir que ésta no depende de si fue o no argumentada la actividad ponderativa, sino en la calidad de los argumentos; no obstante, para determinar si un argumento es correcto o incorrecto se fundamentaría en un criterio político – moral ó del contexto cultural del juez⁶⁹.

Por último, frente al tercer nivel, Botero manifiesta su escepticismo al plantear que “hay reglas constitucionales que son meras normas dispositivas frente al juez, o lo que es lo mismo que hay reglas constitucionales que en momentos determinados el juez puede inaplicar para hacer prevalecer principios constitucionales”⁷⁰. Por tanto, hay situaciones en las cuales una norma constitucional puede ser inconstitucional si las precedencias *prima facie* no se constituyen como jerarquía de principios, sino por el contrario serían precedencias para que los jueces funden su argumentación. Y concluye que al pretender plantear diferencias entre las precedencias y los principios, se refleja el miedo a aceptar una jerarquización de principios⁷¹. Finalmente, después de un nutrido análisis el autor afirma no ser contrario a propuestas neo constitucionalistas, lo que busca con su crítica escéptica es aportar en el perfeccionamiento de la teoría de Robert Alexy⁷².

⁶⁸ Ibid., p. 209.

⁶⁹ Ibid., p. 209.

⁷⁰ Ibid., p. 211.

⁷¹ Ibid., p. 211.

⁷² Ibid., p. 224.

Otro crítico de la teoría de Alexy es Aulis Aarnio, quien aduce que desde el punto de vista lingüístico, los principios y las reglas conforman una escala dividida en cuatro partes: reglas (R); principios que parecen reglas (RP); los principios (P); y las reglas que parecen principios (PR). Aarnio afirma que la diferencia entre reglas y principios es por grado de generalidad, y no se evidencia claridad de las fronteras entre las categorías lo cual dificulta su aplicabilidad. Su tesis se fundamenta en la indeterminación e imprecisión que puede surgir con los principios y reglas, por tanto resulta complicado separarlos en términos lingüísticos.⁷³

De este modo, Aarnio rechaza que los principios puedan ser considerados como mandatos de optimización, pues considera que se requiere una clarificación conceptual. “Sea P un principio, libertad de expresión. El principio mismo no puede conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios y, como tal, es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no”⁷⁴. Además, Aarnio expone que existe otro problema con la estructura “más o menos” de los principios y se refiere con el carácter deber ser que estos tienen y añade, que una distinción entre normas deber ser y normas deber hacer no es posible por cuanto todas las normas se caracterizan por tener la misma o similar estructura deóntica.⁷⁵

De igual manera, vale la pena traer a colación la postura de Portocarrero Quispe quien expone unas críticas puntuales frente al método de la ponderación referente a la irracionalidad del método y el peligro del decisionismo subjetivo. Frente al peligro de la irracionalidad de la ponderación citando a Habermas, afirma que las normas de derecho fundamental no pueden ser aplicadas por el método de ponderación debido a su carácter deontológico debido a su estructura de validez binaria y no pueden relativizarse de acuerdo a un caso en concreto. Así tomar los

⁷³ AARNIO, Aulis. Reglas y principios en el razonamiento jurídico. En: *Anuario de Faculta de Dereito. Universidade de Coruña*. No. 4, 2000; p. 596.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 598.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 599.

principios como valores y ponderarlos, lleva a la toma irracional de decisiones sin tener en cuenta argumentos normativos.

Asimismo, a la par de la objeción por la irracionalidad del método se da la subjetividad en las decisiones judiciales. Debido a la inexistencia de parámetros racionales en la aplicación de la ponderación, los criterios de que tienen los operadores judiciales se enmarcan en sus concepciones y prejuicios personales, quien a su juicio decide la prevalencia de un principio sobre otro en un caso determinado.⁷⁶

Para finalizar con lo expuesto en párrafos anteriores, la ponderación como método de interpretación constitucional ha abierto un debate interesante en el campo de la filosofía del derecho contemporáneo. Alexy brinda una herramienta importante para Tribunales constitucionales que permite resolver una colisión de principios lo cual se presenta frecuentemente; no obstante, ha dejado algunos vacíos en su teoría generando fuertes críticas dirigidas específicamente a controvertir la irracionalidad del método, la subjetividad en las decisiones, la justificación y la corrección. Sin embargo, la ponderación es considerada parte fundamental del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto (del Test de Proporcionalidad), que se abordará a continuación.

2.2 EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: SUBPRINCIPIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

El test o principio de proporcionalidad se funda en la idea de razonabilidad. Este principio se aplica cuando se configuran casos difíciles por colisión de principios fundamentales; asimismo, requiere una argumentación de difícil control y de

⁷⁶ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. ¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales. En: *Revista Vox Juris*. No. 31, 2016; p.85.

discrecionalidad por parte del operador jurídico, además de pautas objetivas y precisas para realizar la intervención legislativa al derecho fundamental. El test o principio de proporcionalidad está integrado por tres sub principios: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido, estricto establecidos según la doctrina y la práctica de tribunales constitucionales como el de Alemania, México, España y Colombia, entre otros. Vale la pena citar una sentencia relevante de cada sistema jurídico: en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal mediante la sentencia del caso de las farmacias *Apothekenurteil* (11 de Junio de 1958), por primera vez dio los fundamentos del principio de proporcionalidad como medio de modulación de la intervención estatal en derechos y libertades de las personas, ponderando entre el interés público y el interés individual.

En esta sentencia un farmacéutico impugnó mediante amparo constitucional una decisión del Gobierno de Alta Baviera sobre la regulación de las farmacias, debido a la negación de un permiso para la apertura de una nueva y, por tanto, consideraba que vulneraba su libertad de elección profesional garantizada por la Constitución. Por su parte, el gobierno de Alta Baviera consideró que el interés público no requería nuevas farmacias, por el contrario al darse la apertura se restringirían en un 40% los beneficios económicos de las farmacias existentes, debido a una insuficiente demanda de productos farmacéuticos. Ante este caso el TFC declaró inconstitucional la ley de farmacias aplicando el principio de proporcionalidad y estableció que “Cuánto mayor sea la afectación de la órbita del individuo, mayor debe ser el interés público que lo justifique”⁷⁷.

⁷⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. Migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En: CARBONELL SANCHEZ, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor F; VALADÉS, Diego. Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo IV. Vol.1, 2015; p. 251.

Por su parte, en México, la Corte Suprema de Justicia aplica el test de proporcionalidad con el fin de resolver el caso de amparo en revisión 1659/2006 y fallado el 27 de febrero de 2007. La situación fáctica consiste en un soldado que fue retirado del ejército al ser diagnosticado como seropositivo al virus de la inmunodeficiencia adquirida, en cumplimiento a la ley del Instituto del Seguro Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, donde se exigen condiciones físicas, mentales y de salud a los miembros de la institución. El quejoso alegaba vulneración a su derecho a la igualdad y no discriminación, al establecerse una diferenciación no justificada entre militares seropositivos al VIH y militares sanos. La Corte conoce en segunda instancia el Juicio de Amparo por tratarse de ley federal sometida a control constitucional, de este modo aplica el principio de proporcionalidad y razonabilidad jurídica por ser un caso de exámen de constitucionalidad de medidas legislativas que restringe garantías individuales. Así la cosas, la Corte reitera que la limitación de una garantía individual:

a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.⁷⁸

A partir de estos criterios, el alto tribunal considera que:

⁷⁸ MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Amparo en Revisión No. 307 (2007). M.P. JUAN N. SILVA MEZA. En: *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*. Ciudad de México: Tomo XXVI. p.12.

- a. La ley persigue una finalidad constitucionalmente legítima que busca garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas.
- b. Pero la diferenciación que se realiza en la norma es inadecuada para alcanzar la finalidad constitucional legítima, pues teniendo en cuenta normas nacionales y directrices internacionales así como lo dicho por la ciencia médica, no es posible que los militares sean considerados inútiles e incapacitados para formar parte del ejército por tener seropositividad a VIH.⁷⁹
- c. Y para terminar, la norma carece de razonabilidad jurídica al no existir fundamentos para justificar la diferenciación que realiza la ley.⁸⁰

En resumen, la Corte reconoce que hay finalidad constitucional legítima de la ley, pero expone la existencia de medios alternativos que afectarían los derechos a la igualdad y no discriminación en menor medida; además, resalta que no es posible equiparar el concepto de inutilidad con enfermedad, por tanto la ley carece de razonabilidad jurídica. La importancia de este fallo se da no sólo por la adopción del test de proporcionalidad, también abre el debate en materia de derecho público en temas como: “rol de la evidencia científica en decisiones judiciales, la influencia y obligatoriedad de los tratados ratificados por México; y la fuerza normativa de los derechos económicos-sociales”⁸¹.

Con respecto a España, el Tribunal constitucional expidió la STC 53/1985 resolviendo un recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra el proyecto

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 71.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 80.

⁸¹ AMAYA, Alvez. ¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional? En: *Revista de la facultad de derecho de México*. Universidad Nacional Autónoma de México. No. 253. 2010; p. 360.

de ley orgánica de reforma del Código Penal, convirtiéndose en una de las primeras innovaciones en el tema de ponderación que dio fundamentos para posteriores fallos.

La norma demandada por inconstitucionalidad es el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal. Los recurrentes solicitan se declare la inconstitucionalidad del proyecto en su totalidad y, con carácter subsidiario, la inconstitucionalidad parcial de las circunstancias b) y c) de dicho artículo. El artículo dice:

Artículo único.-El art. 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.
3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.⁸²

El problema que se plantea hace referencia al alcance de la protección constitucional del *nasciturus* y la vida de la madre, Al respecto el tribunal afirma que

⁸² ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia No. 53. (11, mayo, 1985). M.P.: MANUEL GARCÍA-PELAYO Y ALONSO. En: BOE. Madrid: Tribunal Constitucional de España, 119. p. 18.

el derecho a la vida ha sido reconocido con una doble significación: física y moral por la Constitución española, así como indisolublemente relacionado con el derecho a la dignidad humana considerados derechos inherentes a la persona. De este modo, ve necesario recordar algunas características importantes de los derechos fundamentales: primero, no son sólo derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, también son considerados como deberes positivos por parte de éste; y segundo, son componentes estructurales básicos para el ordenamiento jurídico. En cuanto al concepto de vida el Tribunal precisa que es un concepto indeterminado considerado que es un proceso que comienza con la gestación; una realidad biológica donde el nacimiento tiene especial trascendencia en el proceso vital.⁸³ Además, reitera que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la norma fundamental, lo que implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y, al mismo tiempo, establecer normas jurídicas para la defensa de la vida con protección efectiva de la misma, incluyendo garantía a partir de normas penales. Sin embargo, no quiere decir que esta protección sea de carácter absoluto, pues al igual que otros derechos constitucionales deben estar sujetos a limitaciones.

Por otra parte, retomando el derecho a la dignidad humana el Tribunal recuerda que se halla vinculada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el caso del aborto entra en colisión la vida del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido con otros derechos constitucionales relevantes, como la vida y la dignidad de la mujer, por este motivo, le es permitido al legislador excluir la punibilidad en forma específica para ciertos delitos.⁸⁴

⁸³ *Ibíd.*, p. 18.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 19.

Considerando que se configura un grave conflicto entre principios donde ninguno tiene primacía absoluta, el Tribunal constitucional manifiesta que no tiene otra opción que ponderar los bienes y los derechos que se encuentran en colisión, tratando de armonizarlos de ser posible; sino se puede, se deben precisar las condiciones que permitan la prevalencia de uno de los principios.

Asimismo, en el sistema jurídico colombiano se destacan dos sentencias relevantes expedidas por la Corte Constitucional Colombiana porque son consideradas sentencias hito referente a la aplicación del test de proporcionalidad para resolver colisión de principios. La sentencia C-093 de 2001 resuelve una acción pública de inconstitucionalidad que demanda un aparte contenido en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, “por el cual se expide el Código del Menor.”

Artículo 89. -Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente código.⁸⁵.

El actor acusa la norma por considerar que vulnera el artículo 13 de la Constitución, al darse un trato diferente, por razones de edad y de filiación, que no es razonable y sin justificación constitucional. Su argumento se fundamenta en afirmar que para adoptar se debe regular de la misma manera como el matrimonio, Pues, si el artículo 116 del Código civil (modificado por el Decreto 2820 de 1974) dispone los 18 años para contraer libremente matrimonio, y el artículo 113 señala que la procreaciones uno de los fines del matrimonio “esto indica que una persona puede formar una familia legítima antes de formar una familia con un hijo adoptivo”, lo cual niega la posibilidad de ser padre antes de los 25 años a quienes “probablemente hayan tenido imposibilidad de procrear”⁸⁶.

En estos términos, el actor aduce que el legislador debe buscar que la norma acusada garantice la protección del menor; por tanto, es deber del Estado cerciorarse de la estabilidad de la familia adoptiva, que depende de factores de cuidado y no de la edad. En este sentido, la Corte examina si el exigir a los padres adoptantes la edad mínima de 25 años, vulnera el derecho a la igualdad y a formar una familia o caso contrario, se puede declarar constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional aduce que en el marco del principio de igualdad pueden darse tratos diferentes, el asunto es si tiene o no fundamento razonable. Para esto la Corte adopta un juicio integrado de proporcionalidad, metodología que

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-093. Expediente D-3067. (31, enero, 2001). M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. [En línea] <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.htm>.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 3.

consiste en unir el test de proporcionalidad y el test de igualdad, donde los pasos a seguir son:

1. Que la medida sea adecuada, es decir, que sea un medio idóneo para alcanzar el fin constitucionalmente válido.
2. Que sea necesario o indispensable el trato diferente, no debe existir otra medida que sea menos onerosa con relación al sacrificio de un derecho constitucional y que alcance el mismo fin buscado.
3. Se aplica el test de proporcionalidad, cuando se vulnera el principio de igualdad se realiza un análisis en sentido estricto en aras de determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.⁸⁷

Si bien el origen del Test de proporcionalidad y el test de igualdad son diferentes, el primero europeo y el segundo estadounidense, son metodologías de análisis constitucional que tienen sus particularidades que denotan discrepancia entre ambos test. En cuanto al juicio de proporcionalidad europeo, aclara analíticamente los pasos que debe realizar el juzgador, pero se aclara que el mismo análisis no es aplicado a todos los casos, “pues no parece razonable estudiar en la misma forma una regulación que establece distinciones en la asignación de bienes y cargas con base en criterios raciales, y otra que funda la diferencia de trato en criterios de mérito. Así, la raza es un criterio de diferenciación prohibido (CP art.13) mientras que la carta admite que el mérito es válido para distinguir a las personas en determinados aspectos”⁸⁸. Por tanto, la jurisprudencia estadounidense desarrolla la idea de juicios de igualdad de distinta intensidad como una herramienta diferencia

⁸⁷ ACEVEDO SUAREZ, Aurymayerly. La influencia de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy en la Corte Constitucional Colombiana y su aplicación en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en Sentencias de Tutela que resuelven casos difíciles. Bucaramanga, Trabajo de Grado, Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho. Universidad Industrial de Santander. 2013, p. 58.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 15.

para estos casos; no obstante, la Corte señala que a veces éste test no aclara suficientemente los pasos de análisis, pues el estudio se fundamenta en solo en una relación medio-fin.

De acuerdo a lo expuesto, la Corte colombiana ha adoptado un juicio integrado de proporcionalidad aprovechando las ventajas de las dos metodologías, específicamente para resolver casos que configuren tratos diferenciadores; utilizando las ventajas analíticas del test de proporcionalidad, donde se llevaría a cabo los pasos del examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*, pero al no ser apropiado que se lleve a cabo el mismo estudio analítico en todos los casos, la Corte ve conveniente graduar en intensidad cada uno de los pasos del test de proporcionalidad, siendo ésta una de las ventajas de los tests estadounidenses.

Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional.⁸⁹

Como segunda sentencia se encuentra la C-673 de 2001, que resuelve la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 4 y 33 del Decreto Ley 2277 de 1979

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 15.

DECRETO LEY 2277 DE 1979

Artículo 4°.- Educadores no oficiales. A los educadores no oficiales serán aplicables las normas de este decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. En los demás aspectos del ejercicio de la profesión, dichos educadores se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso".

(...)

"Artículo 33.- Requisitos. Según la naturaleza y características especiales de los cargos de que trata el artículo anterior, el Gobierno Nacional determinará la forma de selección y la exigibilidad de los siguientes requisitos para el desempeño de cada uno de ellos:

- a. Clase de título docente, según nivel educativo.
- b. Grado en el Escalafón, según el nivel educativo.
- c. Experiencia docente general mínima, y
- d. Experiencia o capacitación específica mínima."⁹⁰

En este caso la Corte busca resolver si ¿es inconstitucional extender a los educadores privados la aplicación de las normas sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones de los docentes oficiales? De este modo, la Corte procede a determinar el grado de intensidad del test de razonabilidad que debe aplicar según los bienes en juego en este proceso. Primero hace un barrido jurisprudencial sobre los grados de intensidad, para aplicarlos posteriormente a la

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-673. (28, junio, 2001). M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-673-01.htm>. p.7.

norma aquí demandada y así determinar el grado de intensidad que se debe emplear en el caso. Finalmente, se juzga la norma de acuerdo al test pertinente.

Reiterando jurisprudencia, la Corte Constitucional subraya los criterios de fijación de intensidad del test de proporcionalidad y sus pasos: el análisis del *fin* buscado por la medida, el análisis del *medio* empleado y el análisis de *la relación* entre el medio y el fin.

De igual manera, la Corte hace una breve referencia de derecho comparado en relación al desarrollo del test de proporcionalidad. En Estados Unidos se aplica el test leve desde el año 1920 a una medida legislativa, con el fin de determinar si vulnera o no el principio a la igualdad de trato. Más adelante, en 1937 la Corte Suprema aplica el test estricto de constitucionalidad a una norma que clasifica a las personas según sus habilidades, para ejercer sus derechos. A partir de la jurisprudencia norteamericana se identifican tres grados de intensidad en el juicio de igualdad: racional, intermedio y estricto.⁹¹

En Alemania se desarrolla el test de proporcionalidad y se aplica a medidas legislativas en el fallo ya visto sobre regulación de droguerías en el año de 1958, aplicando un test con intensidad diferencial. Por su parte, en Francia el Consejo Constitucional ha desarrollado un criterio de razonabilidad diferenciador desde el año de 1973. Se aplica un juicio de razonabilidad hasta formular que el principio de igualdad puede permitir excepciones de igualdad siempre que el trato diferenciador de una ley resulte en relación con el objeto de la norma.

En Canadá, ha aplicado el test de razonabilidad de una diferenciación a partir del caso *Andrews* resuelto en el año de 1989, en referencia a la adopción de la Carta de Derechos y Libertades de 1982. La corte resalta que antes de éste fallo se

⁹¹ *Ibíd.*, p. 22.

aplicaba una fórmula más rígida en un caso de trato diferenciador. “El criterio que guiaba dicha fórmula era el de la existencia de un “objetivo federal válido” lo cual equivale a un test más deferente que el que ha sido denominado leve en nuestra jurisprudencia.”⁹²

Finalmente, la Corte termina la revisión de referencias en derecho comparado mencionando que la Corte Europea de Derechos Humanos aplicó el test de proporcionalidad en el año de 1968 al estudiar normas acusadas de violar la Convención de Derechos Humanos. Donde la ley belga (caso asunto lingüístico de Belga) del 2 de Agosto de 1963 violaba el art 14 de la Convención, así como el art 2 del primer protocolo adicional, al restringir el acceso a algunos niños a escuelas de lengua francesa en seis comunas de Brusselas teniendo en cuenta el sitio de residencia de los padres. Así las cosas, se aplica el test de proporcionalidad y afirma que no hay justificación objetiva de la norma, pues no persigue un fin legítimo y no existe proporcionalidad entre medios empleados y fin buscado.

A partir de lo expuesto, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha adoptado el test de razonabilidad en materia de igualdad, distinguiendo el test estricto, intermedio y el leve, cada uno con diferente grado de intensidad, que se diferencian a partir de su estructura, elementos de análisis y en las consecuencias en materia probatoria y argumentativa.⁹³

De igual manera, la sentencia afirma de nuevo que hay tres sub principios en el test de proporcionalidad:

⁹²CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-673. (28, junio, 2001). M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-673-01.htm>. p.24.

⁹³ Ibíd., p. 26.

*Idoneidad: Relación de causalidad entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa que debe ser adecuado y el fin propuesto por el legislador, el cual debe ser relevante constitucionalmente.

* Necesidad: Es un análisis de una relación medio-medio, o también llamada comparación entre medios; el que se elige y el que hubiera podido adoptar para alcanzar un fin.

* Ponderación: Comparación entre el grado de realización u optimización del fin y la intensidad de la intervención del derecho fundamental.

Finalmente, la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-673 de 2001 expone las tres modalidades del test de proporcionalidad según su estructura, elementos de análisis, materia probatoria y argumentativa, son: El test leve, test intermedio y test estricto.

A continuación, se expondrá cada uno de los sub principios del test de proporcionalidad brevemente:

2.2.1 El sub principio o juicio de idoneidad: Este sub principio se desarrolla a partir de dos criterios.

a) la medida legislativa debe tener un fin legítimo; para alcanzar este criterio se deben plantear las siguientes cuestiones: “¿Cualquier fin puede oponerse a la plena eficacia de un derecho de esa índole? ¿Cuáles deben ser las características de los que sí pueden oponerse a un derecho fundamental, qué los distinguen de los que

no?” El fin legislativo debe estar permitido por la constitución y satisfacer un principio fundamental.⁹⁴

b) la medida debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo; se refiere a que esta medida contribuya a la realización del fin inmediato que persigue “en el entendido de que como fin mediato tiene a su cargo satisfacer o promover a un determinado principio constitucional”⁹⁵; sin embargo, este sub principio no buscar provocar una excesiva intervención constitucional.

2.2.2 Sub principio o juicio de necesidad: Una vez se evidencie que el medio no está prohibido y es idóneo, se debe revisar que sea necesario, pues puede resultar idóneo, pero no necesario y en ese caso se debe declarar la norma inconstitucional. Es necesario cuando no hay otro medio alternativo que permita lograr el mismo fin con una menor intervención o limitación del principio o derecho fundamental, se habla entonces de un medio necesario (estrictamente indispensable).⁹⁶ En resumen se debe mirar: a) La medida menos gravosa para el derecho afectado y b) que no existan otros medios para satisfacer el fin perseguido.

2.2.3. Sub principio o juicio de proporcionalidad en sentido estricto:

Este sub principio supone la aplicación del método de la ponderación, que se define como “una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo a través del examen de gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin

⁹⁴ SÁNCHEZ GIL, Rubén. El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007. p. 41.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 44.

⁹⁶ ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tomo II. 2006; p. 855.

legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquellos”⁹⁷. La Ponderación tiene como fin identificar las circunstancias que deben darse para que un principio preceda a otro y a partir de una carga argumentativa explicar el por qué uno tiene mayor peso que otro.

2.3 ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN Y SUS LÍMITES

La ponderación como juicio y subprincipio del test de proporcionalidad se ha convertido en una herramienta relevante en la interpretación y la argumentación jurídica, que se aplica en casos que no pueden resolverse mediante los clásicos métodos de interpretación fundamentados en la subsunción; en otras palabras, los denominados casos difíciles.

Para resolver estos casos el método propuesto por Alexy es la ley de ponderación, que permite determinar la medida de afectación o satisfacción de uno de los principios, ésta ley dice qué es lo que se tiene que fundamentar racionalmente⁹⁸. En cuanto la finalidad de la ponderación, ésta consiste en garantizar la protección de los derechos fundamentales que puedan resultar vulnerados por la ineficiencia de las normas jurídicas de *hard cases*, por tanto, la ponderación no sólo debe ser aplicada por el tribunal constitucional sino por todo juez u órgano jurisdiccional que deban resolver una colisión de principios.

Respecto a la ponderación, Carlos Bernal Pulido⁹⁹ expone de manera detallada dos aspectos relevantes: la estructura y los límites del método de ponderación. En relación con la estructura hay tres elementos que la conforman:

⁹⁷ SÁNCHEZ GIL. Op., cit., p.49.

⁹⁸ ALEXY, Teoría de los derechos..., Op. cit. p. 89.

⁹⁹ BERNAL, Op. cit., p. 242.

1. El primero es la ley de ponderación: cuanto mayor sea la satisfacción o afectación de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Hay tres pasos para alcanzar el primer elemento:
 - a. Definir grado de satisfacción o afectación de un principio
 - b. Definir la importancia de la satisfacción del principio opuesto
 - c. Definir la satisfacción del principio opuesto justifica la no satisfacción o afectación del primero
2. El segundo elemento es la formula del peso

$$G_{Pi,Jc} = \frac{I_{PiC} * G_{PiA} * S_{PiC}}{W_{PjC} * G_{PjA} * S_{PjC}}$$

$G_{Pi,Jc}$: Peso en concreto del Principio P_i , en relación con el principio P_j , en las circunstancias C

I_{PiC} : Importancia del Principio P_i en circunstancias C

G_{PiA} : Peso en abstracto del Principio P_i

S_{PiC} : Grado de seguridad de las premisas que con la afectación del Principio P_i se pueden determinar

W_{PjC} : Importancia concreta del principio P_j en las circunstancias C del caso concreto

G_{PjA} : Peso en abstracto del Principio P_j

S_{PjC} : Grado de seguridad de las premisas que con la afectación del P_j se pueden determinar

Esta fórmula expresa que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cuociente entre el producto de la afectación del principio P_i en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P_j en concreto, su peso abstracto y

la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y el peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico de acuerdo con tres grados de la escala tríadica, de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir 4. En cambio a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2^0 , o sea ,1; plausible 2^{-1} , o sea $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^{-2} o sea $\frac{1}{4}$.¹⁰⁰

Según lo anterior, la satisfacción de los principios se determina a través de una escala de tres intensidades: leve, medio o intenso. Además, hay otra variable que permite determinar ese grado de satisfacción y es el peso abstracto de los principios, consiste en reconocer que en una colisión de principios se debe elegir el que tiene mayor importancia en abstracto a partir de una concepción de valores de una sociedad.

3. El tercer elemento es la carga argumentativa: se da cuando hay un empate entre los valores involucrados en la fórmula del peso abstracto, es decir, hay igualdad de peso entre los principios ($G_{Pi,Jc} = G_{Pj,iC}$). En estos casos, Bernal Pulido explica que Alexy en su Teoría da dos posiciones contradictorias para solucionar el empate; la primera es una carga argumentativa a favor de la libertad e igualdad jurídica, es decir, que los principios opuestos a la libertad e igualdad no tengan peso mayor o igual; la segunda posición Alexy no se inclina a favor de la libertad e igualdad jurídicas, sino a a favor del legislador y el principio democrático, cuando hay empate la ley debería declararse constitucional.¹⁰¹

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 229.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 13.

Una vez tratado el primer aspecto (conformado por los tres elementos expuestos), Bernal Pulido explica sobre los límites de la ponderación como segundo aspecto de la ponderación. El primero se relaciona con la inexistencia de un criterio objetivo para determinar el peso de los principios; el segundo límite es la racionalidad de la carga argumentativa porque se da la subjetividad del juez. Frente a la racionalidad de la ponderación el autor expone:

El hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella se puede fijarse, cual es el espacio donde yace esta subjetividad, cual es el margen de las valoraciones del juez y como dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar decisiones¹⁰².

Para concluir, la ponderación se fundamenta en la comparación entre el grado de realización del fin y la intensidad de la intervención de un derecho fundamental, se habla entonces de la comparación de dos intensidades o grados el de la realización del fin de la medida y el de la afectación del derecho fundamental.

2.4 ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y PRÁCTICA

¹⁰² *Ibíd.*, p. 17.

En el ejercicio del derecho la argumentación es un pilar fundamental para los juristas, quienes deben tener la habilidad de dar argumentos válidos que soporten decisiones judiciales o legislativas. Este tema ha sido desarrollado a partir de la teoría de la argumentación, “que tiene como objeto de reflexión, obviamente las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos”¹⁰³. Frente al tema, se han dado varias teorías sobre argumentación; un ejemplo es Theodor Viehweg¹⁰⁴, quien, en su texto “Tópica y jurisprudencia” desarrolla varios puntos sobre la obra *Topika* de Aristóteles y Cicerón, donde trabaja el pensar tópico o retórico en la práctica jurídica. La tónica sirve para obtener argumentos (arte para hallar argumentos), y un argumento es una razón orientada a convencer de algo que genera duda.

Por su parte, Chäim Perelman sostiene que la argumentación se orienta a lograr la adhesión del auditorio a través del lenguaje, entendiendo por auditorio como “el conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir con su argumentación”¹⁰⁵. Y para que esta argumentación sea efectiva, el orador debe concebir el auditorio lo más cerca posible a la realidad, es así como Perelman afirma que estudiar los auditorios debe hacerse desde una perspectiva sociológica porque las opiniones de una persona dependen del medio social, su entorno y con quien se relaciona. Finalmente, para Perelman un buen argumento es el que logra la adhesión del auditorio a la tesis que el orador expone. Además, se identifican tres aspectos que permiten determinar la fuerza de un argumento, estos son: la intensidad de la adhesión del auditorio a las premisas, la relevancia de los argumentos y la dificultad de la refutación.

Igualmente, Jürgen Habermas propone que las cuestiones práctico-morales se deciden mediante la razón comunicativa, donde las decisiones prácticas en relación

¹⁰³ ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica. En: *Doctrina Jurídica Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM*. No. 134, 2005; p. 1.

¹⁰⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducido por Luis Díez Picazo Ponce de León. 2ª edición. Madrid.: Taurus, 1986.

¹⁰⁵ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS, Tyteca. *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*. Traducido por Julia Sevilla Muñoz., Madrid: Editorial Gredos, 1994, p.55.

a lo correcto o incorrecto, justo o injusto, se dan a través de un proceso de comunicación entre los participantes quienes con argumentos se convencen entre sí. La teoría habermesiana aporta los fundamentos teóricos para la teoría de argumentación jurídica de Robert Alexy. Según Alexy¹⁰⁶, el discurso práctico jurídico es un caso especial del discurso práctico general afirmando que se basa en argumentar a partir de cuestiones prácticas; asimismo, existe una pretensión de corrección llamada también pretensión de justicia, es decir, que “los actos institucionales (sentencias o decisiones legislativas) está unido a la afirmación que el acto jurídico es procedimental y materialmente correcto”¹⁰⁷; además, el derecho, como sistema normativo, da una pretensión de corrección que a su vez es prueba de la relación entre derecho y moral, al considerar que una pretensión de corrección en derecho es una pretensión de corrección moral.

A partir de esa afirmación intenta demostrar que en los casos dudosos (aquellos que no pueden ser resueltos por criterios del derecho positivo) no pueden resolverse solo con discrecionalidad del juez por cuanto están sujetos de igual forma a pretensión de corrección. La teoría del discurso de Alexy, es una teoría procedimental de corrección de normas. En estas teorías procedimentales de argumentación racional “las condiciones exigidas para la argumentación constituyen también las condiciones mínimas de admisibilidad de cualquier discurso. Dichas condiciones (reglas) garantizan, por tanto, la fundamentabilidad y racionalidad de los argumentos”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la argumentación Jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989, p. 34.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 69.

¹⁰⁸ SCHWEMBER, Felipe. La institucionalización de la justicia de Robert Alexy. En: *Revista Chilena de Derecho*. vol. 32, No.3, 2005; pp. 588-590.

Frente al tema, Manuel Atienza¹⁰⁹ considera que las teorías de Alexy y Neil McCormick han logrado mayor difusión y acogida, y a pesar de venir de corrientes jurídicas y filosóficas distintas terminan planteando concepciones similares en relación a la argumentación jurídica. McCormick propone una teoría integradora entre el ultrarracionalismo de Dworkin y el irracionalismo de Alf Ross, donde se aplique la razón práctica y la teoría de las pasiones. La teoría de McCormick cumple una función de justificación que está presente cuando la argumentación busca la persuasión, pues sólo se logra persuadir si los argumentos están justificados, acorde a los hechos y a la normatividad vigente¹¹⁰.

En este sentido, para McCormick la argumentación práctica que se da en el escenario institucional (argumentación institucional), pues “el hecho de que una acción de cierta clase sea requerida de acuerdo con alguna decisión o mandato o instrucción expedida por alguien en un escenario apropiado puede contar como un argumento a favor de actuar de conformidad con este requerimiento¹¹¹”. De este modo, se considera que en virtud de la autoridad de la fuente es una “razón autoritativa”. En resumen, la argumentación jurídica difiere de la argumentación en general, en que la primera vincula el derecho vigente y se encuentra limitado por la normatividad (como leyes, decretos, precedentes); en cambio, la argumentación en general somete sus cuestiones a discusión constante y sin limitación normativa.

¹⁰⁹ ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica. Doctrina Jurídica Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México: Editorial Litoroda, 2005, p. 107.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 128.

¹¹¹ MCCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el derecho. En: *Cuadernos de Filosofía del derecho Doxa*. No. 33, 2010; p. 67.

3. POSTURA IUSFILOSÓFICA DE JÜRGEN HABERMAS FRENTE A LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

Después de exponer brevemente la estructura de la ponderación, los límites y la postura de Robert Alexy frente a la misma, se aborda en este capítulo la perspectiva de uno de sus mayores opositores. Jürgen Habermas uno de los grandes críticos de Alexy, presenta varias objeciones a Alexy respecto de la ponderación como método de interpretación constitucional, en su obra *Facticidad y Validez* en relación a la irracionalidad de los juicios de valor, al tema de justificación y pretensión de corrección. Por tanto, en el tercer capítulo se presentan de manera sucinta algunos aspectos relevantes para entender la postura habermesiana frente a la ponderación de principios.

De este modo, se aborda el concepto de derecho desde Habermas, y su posición frente a la relación entre derecho y moral; así como el papel del derecho en un sistema jurídico y su postura iusfilosófica frente a la ponderación. La teoría de argumentación jurídica de Robert Alexy, respresenta para Jürgen Habermas una perspectiva axiológica del derecho, donde las decisiones que surgen se enmarcan en lo bueno para algunos y no en decisiones que sean justas para todos, porque se originan a partir de juicios de valor.

Por tanto, Habermas critica la discrecionalidad del juez que es propiciada por la ponderación de principios de Alexy y que ha sido adoptada por la mayoría de los tribunales constitucionales, pues considera que el método de ponderar lleva fácilmente al juez al punto de crear derecho. Con el desarrollo de este capítulo, se

busca entender las críticas que realiza Habermas a la ponderación a partir de su obra *Facticidad y Validez*, para realizar más adelante una reflexión crítica.

3.1 CONCEPCIÓN DE DERECHO DESDE FACTICIDAD Y VALIDEZ

Jürgen Habermas en su obra “Facticidad y Validez”¹¹² aborda el tema del orden social en las sociedades modernas. En su primer capítulo titulado “El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez” trae a colación dos concepciones de Estado una del siglo XVIII, donde se consideraba que el sujeto individuado como sujeto privado también podía asumir papeles de miembro de la sociedad civil, como ciudadano de un Estado y como ciudadano del mundo (sociedad compuesta de individuos). Continúa Habermas con el concepto de sociedad del siglo XIX según Hegel, quien considera la sociedad una unidad en la vida política y en la organización del Estado (sociedad centrada en el Estado).¹¹³ Teniendo en cuenta estos dos pensamientos, Habermas afirma que en las sociedades modernas no es posible aplicar sin problemas estos conceptos de sociedad, pues la teoría marxista traía como consecuencia dejar a un lado la teoría normativa del Estado. En este nuevo modelo de sociedad la razón práctica entendida como capacidad subjetiva

Deja sus huellas en el concepto de una sociedad que habría de administrarse democráticamente a sí misma y en la que, junto con la economía capitalista, habría de quedar absorbido, disuelto y extinguido el poder burocrático del Estado. La teoría de sistemas borra incluso tales residuos y renuncia a toda conexión con los contenidos normativos de la razón práctica¹¹⁴

¹¹² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. 6ta Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 687.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 64.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 64.

Habermas propone en su *Teoría de Acción comunicativa* una nueva forma de razón práctica, es la razón comunicativa. Pasa entonces de una razón cuyo fin era orientar la acción del particular a un concepto de razón representado por el lenguaje y con vinculación a lo moral. La acción comunicativa se considera un medio lingüístico que permite la interacción entre los participantes, quienes a partir de un reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez y del consenso se logran acuerdos en la sociedad¹¹⁵. De acuerdo a lo anterior, Habermas considera que “la racionalidad comunicativa no es la forma clásica de la razón práctica una fuente de normas de acción. Sólo tiene un contenido normativo en la medida que quien actúa comunicativamente no tiene más remedio que asumir presupuestos pragmáticos de tipo contra fáctico”¹¹⁶.

Ahora teniendo en cuenta el cambio de paradigma de razón práctica a razón comunicativa, Habermas explica el cambio de concepción de la relación dada entre Facticidad y Validez considerando el lenguaje como un medio universal que permite plasmar la razón¹¹⁷, y recurre a la idea kantiana, es decir, toma los dos componentes de validez jurídica: coerción y libertad considerados por Kant como fundamento de la conexión interna del derecho. En este sentido la tesis habermesiana en relación a la validez del derecho positivo, afirma que “vale como derecho lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho, es decir cobra fuerza jurídica”¹¹⁸. Pero a esto adiciona que la validez jurídica sólo se puede explicar de manera simultánea a la validez social, que consiste en el grado de imposición, en decir, se da por la aceptación de los miembros de la comunidad jurídica, alejándose así de la validez fundada en usos y costumbres.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 65.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 66.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 70.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 91.

Ahora, Habermas entiende por derecho “el derecho positivo moderno que presenta una pretensión de fundamentación sistemática, así como la pretensión de interpretación vinculante e imposición coercitiva de órganos competentes”¹¹⁹. En este sentido, el derecho representa un saber cultural y un sistema de instituciones sociales; en otras palabras, un sistema de saber y un sistema de acción. Con esta concepción del derecho, Habermas se aleja de la teoría de sistemas de Luhmann, pues no considera necesario volver a ese concepto de sociedad, pero sí afirma, que no es posible dejar a un lado la construcción de un sistema jurídico. Además, el concepto del mundo de la vida (creado por Edmund Husserl) utilizado por Habermas en su teoría crítica, contradice el concepto de un todo compuesto en partes, al tener en cuenta que el mundo de la vida es la red de acciones comunicativas distribuidas en tiempos históricos, alimentada de tradiciones culturales y ordenes legítimos, por tanto, no se puede ver como una organización conformada por un conjunto de miembros, ni un colectivo¹²⁰, por el contrario, el concepto de mundo de vida surge de un sistema de saber, el cual se centra en el juego e interacción de la reproducción cultural, y la integración social; y de un sistema de acción (derecho).

De este modo, para Habermas el derecho está formado por todas las acciones comunicativas que están orientadas por el derecho, se refiere entonces a las reglas jurídicas que se dan por la reflexividad en la integración social, donde el lenguaje del derecho transforma la comunicación entre el sistema y el mundo de la vida en una sociedad.

3.2 RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

¹¹⁹ *Ibíd.*, p.145.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 145.

Jürgen Habermas hace referencia a la relación entre derecho moral en dos obras: en sus *Tanner Lectures* “Derecho y moral”¹²¹ de 1986 y más adelante en *Facticidad y Validez*. En su texto “Derecho y moral”, Habermas divide el escrito en tres partes. En la primera, hace un resumen del análisis que Weber realiza sobre la des formalización del derecho; en la segunda parte, expone tres posiciones en la discusión alemana acerca del cambio de forma del derecho y termina el texto con una tesis, donde aduce que “la racionalidad procedimental se debe a un entrelazamiento de dos tipos de “procedimientos”: las argumentaciones morales quedan institucionalizadas con medios jurídicos. Estas discusiones tienen carácter normativo.”¹²² Habermas trae a colación a Weber; para explicar como este último describió como materialización del derecho lo que se conoce como juridificación del derecho. Él veía un derecho regulativo orientado a satisfacer exigencias de justicia social, y con operaciones de regulación y control del sistema. Ahora, ver el concepto de materialización desde una perspectiva *formalística* del derecho lleva a Weber a mencionar tres aspectos que velan por el formalismo del derecho:

Primero, la configuración sistemática de un corpus de proposiciones jurídicas claramente analizado introduce, primero, en el conjunto de las normas vigentes un orden por el que ese conjunto resulta abarcable y controlable. Segundo, la forma de la ley abstracta y general, ni cortada a la medida de contextos particulares, ni tampoco dirigida a determinados destinatarios, da al sistema jurídico una estructura unitaria. Y tercero, la vinculación de la justicia y la administración a la ley garantiza una aplicación de ésta susceptible de cálculo, atendida a reglas procedimentales, y asimismo una implementación fiable de esas leyes.¹²³

¹²¹ Véase “Derecho y Moral” en *Facticidad y Validez*, pp. 535-587.

¹²² *Ibíd.*, p. 536.

¹²³ *Ibíd.*, p. 538.

Respecto a lo anterior, Weber veía en las cualidades formales del derecho fundada la racionalidad del derecho, y la materialización la concebía como moralización del derecho. Frente a las cualidades formales del derecho analizadas por Weber, Jürgen Habermas aduce que Weber hubiese logrado la legitimidad de la legalidad en la medida que fuesen consideradas racionales en sentido práctico-moral, pero él nunca reconoció el aspecto moral en el derecho formal burgués, pues consideró las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas. Para Weber los valores eran incompatibles con el carácter formal del derecho y nunca tuvo en cuenta la preferibilidad de los valores de unos frente a otros. Así las cosas, para Habermas el derecho y la moral no pueden deslindarse a conceptos como “formal” y “material”, como tampoco la legitimidad de la legalidad se puede explicar a partir de una racionalidad autónoma exenta de moralidad.¹²⁴ La tesis que propone Habermas, es que se debe entender la argumentación moral como el procedimiento adecuado de formación racional de la voluntad. “El examen de pretensiones de validez hipotéticas representa tal procedimiento, porque quien quiere argumentar seriamente ha de empezar asumiendo las suposiciones idealizadoras que comporta una forma de comunicación tan exigente como el discurso práctico.”¹²⁵ Por tanto, el derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de principios se remite la una a la otra, y la legalidad solo puede lograr la legitimidad en tanto que el orden jurídico reflexione sobre la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho y se institucionalicen procedimientos jurídicos permeables a los discursos morales¹²⁶.

No obstante, lo anterior no quiere decir que desaparezcan los límites entre derecho y moral. Los procedimientos de las teorías morales y los procedimientos jurídicamente institucionalizados, tienen en común que la racionalidad del

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 543.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 556.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 557.

procedimiento debe garantizar la validez de los resultados que se obtienen. Pero se diferencian los procedimientos morales de los jurídicos en los siguientes aspectos: Primero: “los procedimientos jurídicos se aproximan a las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta o completa porque llevan asociados criterios institucionales y, por tanto, criterios independientes, en virtud de los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a derecho”¹²⁷. En cambio, el procedimiento que representan los discursos morales, no cumple esta condición; es decir, la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta. Por ejemplo, al dictar el juez una sentencia deberá tener en cuenta lo que dispone la ley, los hechos probados en el proceso, precedentes, etc. Pero con los procedimientos morales solo se dan demandas de racionalidad incompleta, por cuanto hay criterios externos y previos que permean en las resoluciones desde la perspectiva de un participante.

Un segundo aspecto, son las debilidades de una racionalidad imperfecta como la moral lo que hace necesario que se requiera una regulación jurídica. Aunque una norma moral tenga una adhesión de todos los afectados, dicho procedimiento no garantiza la infalibilidad ni la univocidad del resultado.

De igual manera, Habermas aduce que incluso las normas moralmente bien fundadas sólo son exigibles en la medida en que aquellos que se ajusten a ellas, pueden esperar que los otros también se comporten de conformidad con esas normas. Entonces, como las convicciones morales no se espera que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad en todos los casos, la observancia de éstas normas solo es exigible si generan obligatoriedad jurídica.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 557.

Por otra parte, el derecho positivo tiene sus rasgos convencionales considerando que se da por las decisiones de un legislador político, y que puede cambiarse según su voluntad. Así las cosas, se evidencia una dependencia del derecho respecto de la política, y de alguna manera se explica el aspecto instrumental del derecho. Y finalmente, mientras que las normas morales son siempre fines en sí, las normas jurídicas son también medios para conseguir objetivos políticos, viéndolo de esta manera, el derecho se encuentra entre la política y la moral.¹²⁸

En *Facticidad y Validez*, Habermas expresó que a diferencia de la moral que regula conexiones de interacción en universalización, el derecho es la herramienta que permite organizar comunidades jurídicas. Además, “Las reglas morales regulan lo que está en interés de todos, las normas jurídicas regulan lo que está en interés de una comunidad determinada”¹²⁹; por tanto, las normas jurídicas también tienen contenidos morales (interés de todos), así como contenidos éticos (en interés de determinada comunidad), y contenidos pragmáticos o prácticos. Sin embargo, existen elementos comunes entre las normas morales y las jurídicas: son generales y excluyen los privilegios y las discriminaciones. No obstante, al hablar de igualdad ante la ley, es diferente en la moral y el derecho, pues no es posible lograr un grado de abstracción propio de las cuestiones morales. En cambio, la igualdad ante la ley se considera un criterio normativo al momento de legislar garantizando la seguridad jurídica. Otro punto diferenciador, consiste en que las normas morales se consideran válidas en el sentido de ser justas, y las normas jurídicas, no son sólo justas, también son legítimas si se entiende que expresan intereses prácticos y de la comunidad. Ahora, las razones que justifican a las reglas morales conllevan a un *entendimiento*, a estar de acuerdo (racionalmente motivado); en cambio en las

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 559.

¹²⁹ SOBREVILLA, David. La concepción habermesiana del derecho. En: *DOXA cuadernos de filosofía del Derecho*. No. 30, 2007; p. 568.

normas jurídicas, su fundamentación sirve a un *convenio* racionalmente motivado, por tanto, al referirse a normas morales se sabe que deberes se tienen y respecto a las normas jurídicas, se entienden las obligaciones se deben contraer o asumir.¹³⁰

De esta manera, Habermas aborda la relación Derecho-moral y, por tanto, se puede afirmar que el derecho complementa a la moral y entra a llenar los vacíos de las indeterminaciones de las normas morales. Además, las normas jurídicas consideran cuestiones pragmáticas y éticas, todo bajo una perspectiva sociológica.

3.3 EL SISTEMA DE DERECHOS

Habermas en su cuarto capítulo de su libro *Facticidad y Validez* aborda la importancia de la legitimidad de un orden de dominación y del ejercicio de la dominación política, así como la legitimidad de los derechos y de los procesos de producción de derecho. En este sentido, plantea la necesidad de entrelazar el poder político y el derecho, debido a lo imperante que resulta el poder estatal de sanción, organización y ejecución del Estado en aras de que los derechos subjetivos sean puestos en vigor.

El derecho a la protección de los derechos individuales se concretiza en derechos fundamentales que fundan pretensiones concernientes a la posibilidad de una justicia que juzgue de forma independiente e imparcial. Estos derechos presuponen, por tanto, el establecimiento de una administración de justicia estatalmente organizada que haga uso del poder de sanción del Estado para decidir autoritativamente los casos de litigio, y de la

¹³⁰ HABERMAS, Op. cit., p. 224.

capacidad de organización del Estado para proteger, desarrollar, perfeccionar y precisar el derecho.¹³¹

De este modo, se requiere que el Estado a través de su poder de sanción, de organización y de ejecución logre imponer los derechos, y al mismo tiempo, pueda estabilizar y administrar la comunidad jurídica. No obstante, Habermas afirma que no se debe confundir derecho y poder político con norma y realidad, pues no se habla del poder como una facticidad social. Por tanto, existe una conexión interna entre derecho y poder político, donde el poder político solo puede darse a partir de un código jurídico institucionalizado en derechos fundamentales. Ahora, esa nueva relación entre derecho y poder político, tiene otro ingrediente, el “poder comunicativo”, tomado de manera crítica de Hanna Arendt (quien entiende el poder político como fuerza autorizadora) y que se convierte en la herramienta de integración social fundamentada en la teoría del discurso (dinámica comunicativa) que permite la vinculación del derecho. Con el poder comunicativo aparece el poder político, pero no hace referencia a su aplicación. Para esto, el poder comunicativo se transforma en “poder administrativo” que se puede ver como una autorización para que se lleve a cabo éste poder.¹³²

En relación con los derechos y principios, Habermas en su obra *Facticidad y Validez*, realiza una reconstrucción interna del derecho (reconstrucción discursiva), abordando primero el sistema de derechos y luego los principios en el Estado de derecho. Frente al sistema de derechos, intenta mostrar una reconstrucción dialógica del derecho a partir del principio de discurso; principio que debe estar relacionado con el sistema de derechos para que pueda adoptar la forma de un principio democrático, permitiendo así una relación recíproca entre la autonomía

¹³¹ *Ibíd.*, p.201.

¹³² *Ibíd.*, p.218.

privada y la autonomía pública. Al fundamentar el sistema de derechos, Habermas afirma que la autonomía del ciudadano y la legitimidad del derecho se remiten entre sí. De esta manera, el derecho nace a partir de la manifestación de la opinión y la voluntad de los ciudadanos dentro de un proceso discursivo. Esta autonomía puede ser privada o pública. La autonomía pública puede ser garantizada a los ciudadanos mediante los mecanismos de participación democrática, en la medida que se garantice la autonomía privada y viceversa, por eso es que se encuentran relacionadas o se remiten de cierta manera la una a la otra, generando así en términos de Habermas una “conexión circular”¹³³.

En la reconstrucción de la teoría del derecho propuesta por Habermas, aduce que las normas morales y las normas legales no se excluyen entre sí; por el contrario, se consideran complementarias. Por esta razón, el principio del discurso se convierte en el eje que permite interrelacionar lo político, lo legal y lo moral, moviéndose en un alto nivel de abstracción logrando así la neutralidad entre éstos tres aspectos, pues se refieren a normas de acción en general.

Esa interrelación entre el principio discursivo y la forma jurídica lo entiende Habermas como la “génesis lógica de derechos”¹³⁴, que inicia con el principio de discurso aplicado al derecho, y concluye al institucionalizar jurídicamente el proceso discursivo. De esta manera nacen los derechos fundamentales reconocidos en abstracto en tres categorías:

- a) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción.

Estos derechos exigen como correlatos necesarios:

¹³³ *Ibíd.*, p. 491.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 187.

- b) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.
- c) Derechos fundamentales que resultan directamente de la accionabilidad de los derechos, es decir de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la protección de los derechos individuales.¹³⁵

Estos derechos son el resultado de la aplicación del principio de discurso que garantiza la autonomía privada de sujetos jurídicos, quienes reconocen su papel de destinatarios de leyes siendo sujetos de derechos. Pero solo con los siguientes derechos pueden lograr la calidad de sujetos jurídicos en el sistema jurídico:

- d) Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes en los que los ciudadanos ejerzan autonomía política y establezcan derecho legítimo.¹³⁶

Los derechos políticos dan el estatus de ciudadanos libres e iguales, y se da la posibilidad de cambiar su posición jurídica material, en aras de interpretar y desarrollar su autonomía privada y pública. Por esta razón, los derechos mencionados implican:

- e) Derechos fundamentales que garanticen condiciones de vida que estén social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para que disfrute en términos de igualdad de los derechos civiles mencionados anteriormente.¹³⁷

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 188.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 189.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 189.

El sistema de los derechos al garantizar la autonomía privada y autonomía pública dando el mismo valor, operacionaliza la tensión entre facticidad y validez, que se veía como la tensión entre positividad y la legitimidad del derecho. Esto se logra con la interrelación entre la forma legal y el principio de discurso.¹³⁸ Para concluir este aparte, el poder comunicativo que se da en el marco del principio del discurso, se convierte en el origen de la ley que ha sido discursivamente concertada y aprobada de manera democrática.

3.4 LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS: PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA HABERMESIANA.

La obra *Facticidad y validez* (1992), en alemán de Jürgen Habermas es considerada como una de las más representativas de la filosofía del derecho y la teoría jurídica contemporánea. En los primeros capítulos de la teoría, Habermas realiza una construcción de su concepto de derecho a partir de la sociología jurídica, y propone que el derecho válido tiene que garantizar la integración sistémica y la integración social, por medio de su legitimidad¹³⁹.

Con respecto al método de ponderación, este ha tenido grandes opositores en el campo de la filosofía del derecho. Uno de ellos es Jürgen Habermas, quien realiza algunas objeciones a la Teoría de Alexy en su obra *Facticidad y Validez* en relación a la justificación, corrección y la irracionalidad de los juicios de valor. En este sentido, Habermas afirma que la ponderación de derechos los degradaría al plano de los objetivos, los programas y los valores, perdiendo su carácter estricto como debe ser toda norma, y considera que al realizar la ponderación pueden emitir juicios

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 195.

¹³⁹ BOTERO, Andrés. Introducción iusfilosófica y crítica a la obra *Facticidad y Validez* de Habermas. En: *Filosofía del Derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012; pp. 687-752.

irracionales al ser irreflexiva y arbitraria. Por consiguiente, entender los principios como valores en términos de Alexy que pueden ser optimizados aplicando un nivel de intensidad, resulta para Habermas objeto de crítica pues parte de afirmar que existe una diferencia entre normas y valores, donde las primeras tienen un sentido deontológico y los valores un sentido teleológico; además, difieren por el tipo de carácter vinculante que es absoluto para las normas y relativo para los principios, en consecuencia la aplicación de normas y valores resulta distinta. De esta manera, Jürgen Habermas refuta la teoría de Alexy específicamente en tres aspectos: justificación, corrección e irracionalidad de los juicios de valor. La irracionalidad de la ponderación es una de las críticas más fuertes que tiene éste método, al afirmar que se fundamenta en un procedimiento subjetivo tendiente a decisiones judiciales arbitrarias.

Se abordará el aspecto de la irracionalidad, pues se puede afirmar que de ahí se desprenden los otros dos aspectos objeto de crítica. Esta objeción de Habermas es necesario verla a partir de dos puntos: Primero, la diferencia entre norma, principio y valor; y segundo, el tema de la racionalidad del método de la ponderación. Jürgen Habermas aborda la *Teoría de valores* que desarrolla el Tribunal Federal de Alemania y a la cual se suma Robert Alexy, donde los principios son considerados valores o también llamados mandatos de optimización que son susceptibles a la ponderación de bienes. Al respecto Habermas considera que los principios o normas de orden superior tienen un sentido deontológico, que configuran una obligación de realizar un comportamiento de manera general sin excepción, es decir una obligación universal e incondicional. Además asumen pretensión binaria de validez que pueden ser bien válidas o no y gozan de un carácter vinculante y absoluto.

Frente al concepto de valores, Habermas afirma que se caracterizan por tener un sentido teleológico que expresan la preferibilidad de bienes considerados deseables y se adjudican una pretensión gradual de validez; asimismo, en cuanto al tipo de

carácter vinculante es relativo a diferencia de los principios o normas de orden superior. En estos términos, al hablar de normas se hace referencia a una obligatoriedad de hacer y en relación a los valores se decide el comportamiento más recomendable; no obstante, Habermas no niega que en el derecho se den contenidos teleológicos, pues estos son domesticados por la preponderancia de los puntos de vista normativos, es así como normas y valores (reglas morales) se encuentran formados de acuerdo al modelo de normas obligatorias de acción¹⁴⁰.

De acuerdo a lo expuesto, la ponderación de valores se realiza de manera discrecional o arbitraria aumentando el riesgo de juicios irracionales al dar prevalencia a argumentos funcionalistas sobre argumentos normativos; de este modo Habermas aduce que los derechos fundamentales vistos desde un sentido deontológico ante una colisión con otros derechos del mismo rango, no amerita recurrir a determinar cuál prevalece sobre el otro desde una perspectiva de grado, por el contrario se debe “hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes”¹⁴¹.

Asimismo, las normas que se ajustan al caso son adecuadas y las que no, son de aplicación inadecuada, aclarando que cuando se habla de adecuación se refiere a la validez de un juicio que se deduce a partir de una norma. En estos términos, para Habermas la teoría de la ponderación se aleja de lo correcto e incorrecto; de lo válido e inválido; y de alcanzar una justificación o fundamentación racional, al tener mayor riesgo de caer en subjetividad.

En resumen, para Habermas existen diferencias categóricas entre normas y valores resaltando que los derechos se deben expresar como normas y no como valores, de ahí su oposición a la ponderación, al considerar que las normas fruto de una

¹⁴⁰ HABERMAS, Op. cit., p. 328.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 333.

deliberación política legítima son absolutas ante el juez y no son susceptibles de ponderar, de otro modo perderían su carácter deontológico y legítimo; por tanto, propone que los derechos fundamentales se garanticen mediante normas de carácter binario, absoluto y general.

A partir de esa base teórica, Habermas critica los juicios irracionales que se realizan en la aplicación del método de ponderación, pues es inevitable que se caiga en subjetividad por parte del juez al resolver un caso difícil teniendo en cuenta juicios valorativos, los cuales se dan dependiendo incluso del contexto social en el cual se aplica el método. Ahora en cuanto a la determinación de la corrección varía si se resuelve por valores o por normas, pues si es por valores se parte de lo que es bueno o malo para ciertas personas; y si es por normas resuelve a partir de lo bueno para el sistema jurídico. Por otra parte, la ponderación no podría justificar cuando un juicio es correcto o no, precisamente por ser imposible realizar una justificación o fundamentación racional en un caso de colisión de principios.

De acuerdo a lo expuesto, las objeciones realizadas a la ponderación por Jürgen Habermas desde una perspectiva iusfilosófica, abre un debate interesante frente a la teoría de principios y la ponderación como herramienta metodológica para resolver colisión de principios y, por ende, resulta pertinente seguir abordando el tema desde la filosofía del derecho y la hermenéutica jurídica en aras de proponer en algún momento mejoras a un método que es ampliamente aceptado en la academia y en sistemas jurídicos.

A modo de conclusión del capítulo, el concepto de derechos fundamentales enmarca un punto neurálgico entre la postura alexyana y la postura habermesiana, respecto del método de la ponderación. Para Habermas los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: Primero, son condición de posibilidad de espacios públicos democráticos y, segundo, son construcciones intersubjetivas

de sujetos autónomos que se reconocen libres e iguales que hacen parte de la creación de normas y son miembros de una comunidad jurídica. Estos derechos se garantizan en el marco de un procedimiento democrático, y así posibilita el ejercicio de la autonomía pública y autonomía privada. De esta manera, a partir de la teoría del discurso y su institucionalización jurídica en forma de principio democrático, nacen los derechos fundamentales, basados en la dinámica discursiva y participativa teniendo en cuenta condiciones de racionalidad y neutralidad por parte de los ciudadanos.¹⁴²

En este sentido, el Tribunal Constitucional alemán genera un cambio de paradigma al desarrollar una “Teoría de valores” como criterio metodológico de aplicación por parte de los jueces para resolver casos difíciles, el cual ha dejado consecuencias según Habermas por una falsa auto interpretación perdiéndose de vista la interpretación constructiva, que no permite considerar los derechos como valores. No obstante, a esta tesis se han sumado Mauss, Böckenförde y Alexy, entendiendo los principios transformados en valores que pueden ser optimizados donde la intensidad permanece abierta.¹⁴³

Para Habermas los derechos se deben expresar como normas y no como valores, pues considera que las normas legítimas son absolutas, no son susceptibles de ponderación, y se caracterizan por ser de carácter deontológico. De lo contrario, al expresar la norma como valor se cae en juicios irracionales, al dar prevalencia a argumentos funcionalistas sobre argumentos normativos, y solo provoca que la ponderación se aleje de la corrección y de la justificación racional.

¹⁴² DURANGO ALVAREZ, Gerardo. Habermas y los Derechos Fundamentales. Medellín: Editorial Unaula, 2003. p. 12.

¹⁴³ HABERMAS, Op. cit., p. 327.

4. ANÁLISIS CRÍTICO A LOS ARGUMENTOS HABERMESIANOS FRENTE A LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

Los aportes iusfilosóficos de Jürgen Habermas y Robert Alexy son preponderantes en el marco de la argumentación jurídica y práctica, y de la filosofía del derecho, especialmente en relación con el debate contemporáneo que existe entre los dos filósofos respecto a la teoría de la ponderación de principios, que se considera una herramienta de interpretación jurídica constitucional de gran trascendencia en el derecho. En ese proceso de interpretación el juez tiene un papel preponderante que se ve permeado por aspectos como la moral, la política y su posición frente al derecho.

Por esta razón, el presente capítulo aborda la discusión que existe entre Jürgen Habermas y Robert Alexy en relación a las concepciones de lo político, el derecho y la democracia, como un punto de partida que permite abrir espacio a un análisis crítico de la posición iusfilosófica habermesiana acerca de la ponderación en el marco de sus obras *Facticidad y Validez* y *Teoría Acción Comunicativa*. Principalmente, Habermas como ya se vio refuta la teoría alexyana en tres aspectos: racionalidad, justificación y corrección, vacíos que encuentra en la ponderación y propician la discrecionalidad del juez.

En este sentido, se aporta un insumo relevante para continuar posteriores investigaciones orientadas a perfeccionar la teoría alexyana, teniendo en cuenta las objeciones que se realizan en estudios críticos, como lo es el presente análisis que

lleva implícita una postura escéptica frente a la ponderación como método de interpretación constitucional.

4.1 LA POLÍTICA, EL DERECHO Y LA DEMOCRACIA: DIÁLOGO ENTRE ROBERT ALEXY Y JÜRGEN HABERMAS

A continuación, se realizará una aproximación al diálogo teórico entre Jürgen Habermas y Robert Alexy en relación a tres conceptos que se encuentran interrelacionados entre sí: política, derecho y democracia. Con el fin de dar un trasfondo a la tesis de la ponderación como método de interpretación constitucional, y su papel en el sistema.

Frente a esa relación entre derecho, democracia y política, Jürgen Habermas (positivista jurídico) en su libro *Facticidad y Validez* propone su teoría del derecho y democracia constitucional, fundada en el poder comunicativo concepto que trabaja ampliamente en su texto *Teoría de la Acción comunicativa* que trata el concepto de racionalidad y presenta una nueva concepción de sociedad a partir de la integración de los sistemas y el mundo de la vida, esta obra desarrolla una teoría crítica de la modernidad que sirve en *Facticidad y Validez* para soportar su propuesta de democracia deliberativa.

El derecho para Habermas es el conjunto de acciones comunicativas que generan las reglas jurídicas a partir de la reflexividad de esa integración social, se convierte el derecho en ese lenguaje de conexión entre el sistema y el mundo de la vida, y representa un sistema de saber y un sistema de acción, donde la creación de las normas se da por un procedimiento consensual-discursivo y democrático de la razón práctica, y el eje principal es la opinión pública que se convierte en el actor principal

del proceso político¹⁴⁴. Además, el derecho también tiene como función ser el mediador para lograr una integración social, que se materializa mediante la interacción entre los sujetos utilizando la comunicación, una mediación social entre hechos y normas, es decir entre el mundo de la vida y los subsistemas funcionales.

La tensión entre Facticidad y validez, entre legalidad y legitimidad, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos sólo puede resolverse, en un mundo desencantado postindustrial, a través del derecho, exclusivamente. Sin embargo, los procedimientos de producción de normas legales, aunque complementarios, deben ser independientes de los procedimientos de racionalidad práctica. De allí la inevitable tensión que el derecho debe soportar y conciliar para lograr la integración social: tensión entre la multiplicidad de formas mundo-vitales y la positividad funcional- sistémica de la ley y sus necesidades de justificación.¹⁴⁵

Por otra parte, Habermas expone frente a la relación entre derecho y política específicamente, que el derecho no alcanza su legitimación a través de la ley o de la moral, sino de un procedimiento legislativo que garantiza la concreción de la opinión pública mediante el discurso, configurándose esa relación discursivo-procedimental entre derecho y política. Esto logra concatenar la esfera pública con las instituciones y las estructuras formales del Estado mediante el poder comunicativo de la misma sociedad, poder que influye en el poder administrativo. Es así como se diferencian tres tipos de poder: poder comunicativo, poder político y poder administrativo. El poder comunicativo se configura como la máxima expresión de la opinión pública a través del discurso, donde cada sujeto es actor principal de lo político; el poder político, es la institucionalización del poder

¹⁴⁴ HABERMAS, Op. cit., p. 145.

¹⁴⁵ MEJÍA QUINTANA, Oscar. La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: Entorno a Faktizität und Geltung. En: *Revista Ideas y Valores*. No. 103, 1997; p. 34.

comunicativo mediante procedimientos democráticos legislativos, que se orienta a regular el sistema a través de leyes y políticas públicas. Aquí es donde se habla entonces de poder administrativo.¹⁴⁶

Ahora, en relación al concepto de democracia, Habermas con su teoría del discurso, le da al proceso democrático una connotación normativa fuerte del modelo liberal, y otra menos fuerte del modelo republicano al proponer una concepción procedimental del proceso democrático que se caracteriza por su neutralidad en el desarrollo y la consolidación de una política deliberativa, además, de la existencia de una intersubjetividad de orden superior representada por los procesos de entendimiento que se dan en todos los procesos democráticos o en los espacios públicos políticos. A partir del principio del discurso, se da un tránsito desde la formación de la opinión pública que se origina con el poder comunicativo, a la actividad legislativa (poder administrativo), considerando siempre que la sociedad civil es la base social de los espacios públicos autónomos, y difiere del sistema económico y administrativo. No obstante, esta concepción de democracia no es sólo la integración social y su regulación y control, pues también debe darse a través de espacios públicos autónomos y de procedimientos de formación democrática de la opinión y la voluntad institucionalizados¹⁴⁷.

En esta concepción de democracia contemporánea, Habermas integra dos perspectivas contrarias: la liberal y la republicana.

La perspectiva liberal, que reduce el proceso democrático a una negociación de intereses en el marco de procedimientos de voto y representatividad legislativa regulados por un catálogo de derechos individuales; y, de otra, la perspectiva republicana, que confiere al proceso de formación de la opinión pública un

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p.39.

¹⁴⁷ HABERMAS, *Op. cit.*, p.375.

carácter ético- político particular, delimitando la deliberación ciudadana a un marco cultural compartido.¹⁴⁸

Con la *Teoría de discurso*, Habermas plantea la idea de procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y voluntad pública, que trazan la racionalización discursiva en las decisiones de la administración, del derecho y la ley. Es así, como Habermas propone una política democrática deliberativa diferente a la teoría de la democracia de Norberto Bobbio y Robert Dahl, pues no tienen en cuenta el procedimiento democrático de la toma de decisiones en la opinión pública. Esa opinión pública se da en una esfera pública, que es definida como la red de comunicación, de opiniones y los flujos comunicativos que se reproduce a través de la acción comunicativa conectados a sistemas de saber y acción dentro del mundo de la vida, tocando temas políticamente relevantes y dejando lo especializado al sistema político¹⁴⁹, sistema que se ve influenciado por la opinión pública. En resumen, para Habermas la democracia se concreta y se legitima en la participación ciudadana, en el proceso deliberativo que encuentra su fundamento en la teoría del discurso mediante la acción comunicativa.

Por su parte, Robert Alexy, conceptualiza el derecho desde el no-positivismo y defiende la tesis de la propiedad singular del derecho, su naturaleza dual. Esta naturaleza del derecho, presupone que hay propiedades necesarias del derecho en el ámbito fáctico o real y en lo ideal o crítico. De un lado, una propiedad esencial en lo fáctico es la coerción (elemento autoritativo) y la eficacia; y, por el otro, en la dimensión ideal o crítica se encuentra la pretensión de corrección. Estas propiedades esenciales de la naturaleza del derecho, se consideran inherentes al concepto de derecho e influyen en el mismo. En cuanto a la dimensión fáctica o real, Alexy afirma que hay tres elementos centrales: relación entre derecho y la coerción;

¹⁴⁸ MEJÍA QUINTANA, Op.cit., p.41.

¹⁴⁹ HABERMAS, Op. cit., p. 440.

la relación entre el derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas; y la relación entre el derecho y el asentimiento o aceptación real acerca del mismo¹⁵⁰. Ahora, en la dimensión ideal o crítica se encuentra la corrección que tiene que ver con la relación derecho y moral. Con respecto a la coerción, según Alexy, es el medio para que el derecho cumpla con sus funciones a partir de dos valores que se imponen: el valor de la certeza y de la eficacia jurídica. Y en cuanto a la corrección, Alexy aduce que “el derecho eleva una pretensión de corrección, de acuerdo a la fórmula de Radbruch, la injusticia extrema no es derecho”¹⁵¹. En otras palabras, el derecho positivo es válido aún cuando se considere que es injusto, so pena de llegar a una injusticia extrema, en ese caso no se puede considerar que las normas tengan carácter jurídico.

Asimismo, los no-positivistas toman la tesis de la conexión o vinculación que sostiene la existencia de una vinculación necesaria, entre la validez jurídica o corrección jurídica y la corrección o incorrección moral; en este sentido, lo relevante no es la satisfacción o realización de un criterio moral, sino la formulación de una pretensión de corrección en normas o decisiones jurídicas.

Esa conexión conceptual entre derecho y moral y la tesis de la naturaleza dual, sostiene el concepto de derecho de Alexy fundamentado a su vez en la corrección moral, la injusticia extrema (fórmula Radbruch), y la teoría de los principios (distinción entre reglas y principios). Esta postura frente al derecho según Alexy, no deja a un lado la institucionalidad y la eficacia jurídica del positivismo; por el contrario, adhiere otro elemento que es la pretensión de corrección (moral, racional o discursiva). Según Alexy, la conexión entre derecho y moral puede ser clasificante o cualificante. En relación a la primera se da cuando la ausencia de la moral es incompatible con la existencia del derecho; y conexión cualificante cuando la

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. El Concepto y la naturaleza del Derecho. Traducción: Carlos Bernal Pulido Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008. p.21.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p.22.

ausencia de la moral solo provoca que las normas o sistemas jurídicos resulten defectuosos sin perder el carácter jurídico.¹⁵²

Continuando con el hilo conductor, Robert Alexy recibe influencia de Habermas al tomar la teoría del discurso, caracterizada por su racionalidad procedimental universalista, donde una norma se considera correcta si ha surtido determinado procedimiento, que en el caso de la teoría del discurso es un procedimiento de argumentación. De este modo, Alexy en su *Teoría de Argumentación Jurídica*, considera el discurso jurídico y la argumentación jurídica como un discurso práctico general. Se considera entonces una teoría no sólo jurídica, también analítica y descriptiva. Al respecto, Alexy propone 28 reglas que orientan el discurso argumentativo, también llamado “código de la razón práctica” que permiten solucionar problemas sobre lo bueno, lo malo, lo correcto o incorrecto, a partir de la *Teoría del discurso* que tiene como elemento fundamental la pretensión de corrección. Se abre entonces espacio a la discusión racional y argumentativa para alcanzar juicios prácticos a través de un procedimiento argumentativo (teoría procedimental de la corrección práctica).

No obstante, Alexy considera que la teoría del discurso es un ideal que requiere la coerción para el cumplimiento de las normas, por lo tanto, se debe incluir en una teoría del Estado y del derecho. A partir de esta postura, Alexy aduce que el discurso requiere del derecho para que sea real, y a su vez el derecho necesita del discurso para lograr su legitimidad. De esta manera, la teoría del discurso y la pretensión de corrección se orientan a un Estado democrático constitucional con dos exigencias, una estructural y otra de contenido: la democracia y los derechos fundamentales.

¹⁵² VIGO, Rodolfo. Conceptos de Derechos Fundamentales de Robert Alexy. [En línea]. [17 de Agosto de 2017] disponible en: <http://www.carlosparma.com.ar/conceptos-fundamentales-de-la-obra-de-robert-alexey/>

De acuerdo con lo expuesto brevemente, se concretan los siguientes aspectos de las dos posturas frente a los conceptos de Derecho, Política y Democracia. Primero, el Derecho para Habermas es el conjunto de todas las acciones comunicativas que originan las reglas jurídicas con origen en la integración social, utilizando como instrumento el discurso y el lenguaje, logrando así una conexión entre el sistema y el mundo de la vida gracias a un procedimiento consensual-discursivo y democrático de la razón práctica, donde la opinión pública se convierte en el actor principal del proceso político. En cuanto a la relación del derecho con la política, para Habermas el derecho se logra legitimar a través de un procedimiento legislativo que garantice la concreción de la opinión pública mediante un proceso democrático discursivo-procedimental, que se caracteriza por ser neutral y consolida una política deliberativa. Presenta de esta manera un modelo de democracia radical, que reconoce los procedimientos institucionales y democráticos, y se hace énfasis en la articulación entre las instituciones formales con la esfera pública. La esfera pública es el espacio social que se encuentra conformado por una red de discursos públicos que forman asambleas que debaten temas de interés de la ciudadanía, en este sentido, su finalidad es ampliar la influencia de la política en asuntos de interés general.¹⁵³

Un ejemplo claro de lo aquí dicho es la reforma constitucional que se realizó en Irlanda en el 2014, para la cual se convocó una Convención constitucional conformada por 100 miembros, 29 políticos elegidos por el parlamento de acuerdo a la fuerza de cada partido, 4 representantes de partidos de Irlanda del Norte y un presidente independiente nombrado por el gobierno. La diferencia en el proceso se dio al elegir 66 ciudadanos civiles con una trayectoria participativa y mayoritaria. Todos los debates fueron difundidos por internet y al finalizar presentaron 38 recomendaciones de las cuales 18 requerían cambios en la constitución. En resumen, en el proceso discursivo, el derecho, el poder político y la democracia se

¹⁵³ HABERMAS, Op. Cit. p. 440.

encuentran concatenados a través del medio lingüístico que permite la interacción entre los participantes, quienes a partir de un reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez y del consenso logran acuerdos en la sociedad

Desde otra perspectiva se encuentra la postura alexyana frente a los conceptos de Derecho, Política y Democracia. Para Alexy el derecho tiene una naturaleza dual: dimensión fáctica o real y la dimensión ideal o crítica, en la primera se encuentran los elementos de la coerción y eficacia; y en la segunda dimensión la corrección, pues el derecho al formular una pretensión de corrección (implícita en el derecho) exige a su vez una corrección moral; es así como Alexy difiere de la concepción positivista del derecho que sólo considera la legalidad y eficacia en la naturaleza del derecho. Esta tesis de la doble naturaleza requiere de un sistema jurídico que se enmarque dentro de un constitucionalismo democrático y discursivo. De esta manera Alexy plantea la tesis del caso especial, donde la argumentación jurídica se considera un caso especial del razonamiento práctico general fundamentado en un procedimiento discursivo similar al de Habermas, no obstante difieren en lo siguiente: Si bien Alexy toma la teoría del discurso de Habermas, el núcleo de la argumentación en dicha teoría según Alexy parte de los principios, y aduce que de las cuestiones morales se pueden solucionar problemas, aplicando la ponderación de principios, como forma para argumentar una decisión.

4.2 REFLEXIÓN CRÍTICA A LA POSTURAS HABERMESIANAS FRENTE A LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

La ponderación de principios, método desarrollado por Robert Alexy, ha sido objeto de críticas por parte de Jürgen Habermas en su obra *Facticidad y Validez* específicamente en tres aspectos: justificación, corrección e irracionalidad de los juicios de valor. A continuación se hará una reflexión crítica frente a estos tres aspectos.

El punto de partida de las objeciones de Habermas se da frente a la teoría de principios que sirve de fundamento para la ponderación de Alexy, y es entender los derechos fundamentales como valores y no como normas de acción, es así como Habermas refuta, cosa ya vista, al Tribunal Constitucional alemán el utilizar criterios metodológicos basados en la teoría de valores, que convierten los derechos fundamentales en principios que pueden ser ponderados, es decir, en mandatos susceptibles de optimización. Esto conlleva a generar decisiones valorativas, donde los derechos fundamentales deben ser cumplidos de la mejor manera posible, y es ahí donde se dice que la ponderación de principios (o normas de orden superior) tendría una naturaleza teleológica, orientada a fines.

De esta manera, entender los derechos fundamentales como normas o valores, se convierte en el pilar sobre el cual se construye la ponderación como método de interpretación constitucional. Habermas expone al respecto, que los derechos fundamentales vistos como valores no tienen carácter deontológico sino teleológico y axiológico. Los derechos vistos como una norma obligan a practicar un comportamiento generalizado, y los valores brindan una jerarquización de preferencias en un grupo humano determinado. Por consiguiente, al ponderar derechos fundamentales, el juez determina el grado de importancia de uno de los derechos dependiendo no sólo de los mismos derechos, sino de agentes externos, y es ahí donde cae el juez en amplia discrecionalidad en términos de Habermas.

Otro aspecto en relación a la diferencia entre normas y valores es la forma de aplicación, es decir, la manera de determinar la corrección pues es diferente si se trata de normas o de valores. Los valores determinan lo que es bueno para algunos, y las normas lo que es justo para todos; por tanto, cuando se concreta a partir de lo que es bueno para algunos, el juez ejerce indiscutiblemente influencia en la corrección moral, por su carácter subjetivo.

En tanto y en cuanto la jurisdicción constitucional asuma la idea de que los derechos fundamentales se pueden reconstruir como principios (valores), ella se transforma en una instancia autoritaria. La reconstrucción de los derechos fundamentales como principios-valor les quita su carácter deontológico. Al perder su carácter deontológico, pierden fuerza vinculante, por lo que la aplicación de principios está sujeta a la escala de valores que el aplicador del derecho tenga a bien aplicar en su interpretación.¹⁵⁴

De acuerdo a lo anterior, entender los derechos fundamentales como mandatos de optimización como lo propone Robert Alexy, perderían su validez deontológica¹⁵⁵. Por otra parte, para Habermas los derechos fundamentales nacen de la dinámica discursiva de una comunidad, de la aplicación del principio del discurso y de la democracia deliberativa. Ese procedimiento es diferente cuando representa discursos normativos y discursos morales. En el primer caso, se aproximan a la racionalidad procedimental perfecta o completa, con criterios independientes donde se determina si una decisión se produjo conforme a derecho. En el segundo caso, se da una racionalidad procedimental incompleta o imperfecta, donde la decisión que toma el juez tiene influencia de criterios externos. Lo anterior no quiere decir que el derecho y la moral deban estar alejados del todo, pues para Habermas son complementarios entre sí. Su tesis se orienta a afirmar que la argumentación moral es el procedimiento adecuado de la formación racional de la voluntad, que se valida con el consenso de una comunidad, creando así las normas. Además, considerando que las reglas morales regulan el interés de todos, y las reglas jurídicas regulan el interés de una comunidad determinada, no se puede negar que tanto las normas jurídicas tienen naturaleza moral y política. Pero a pesar de tener ciertas cercanías, al hablar de la igualdad ante la ley no es igual tratarlo en derecho y en moral, por resultar muy complejo tener un grado de abstracción en cuestiones morales.

¹⁵⁴ PORTOCARRERO QUISPE, Op. cit., p. 84.

¹⁵⁵ HABERMAS, Op. cit., p. 328.

Según lo expuesto, ante la crítica de Habermas en relación a la irracionalidad de la ponderación, Robert Alexy defiende su tesis al aducir que el método de ponderar logra su racionalidad mediante unos grados de cumplimiento o de afectación de los principios, y propone una escala tríadica de valores que permite comparar intensidades de intervención con grados de satisfacción o de cumplimiento. No obstante, para Habermas sigue siendo un procedimiento irracional con alto grado de subjetividad por parte del juez al momento de argumentar las intensidades, y de determinar los grados de satisfacción o cumplimiento de los derechos fundamentales. Vale la pena señalar, que Alexy presenta una clasificación de las normas: Las divide en principios y reglas, asignándole a los principios una connotación de norma, y por ende matizándolos con un carácter deontológico. Esta proposición de Alexy, lleva a pensar que Habermas tendría que sustentar la imposibilidad de considerar los principios como reglas jurídicas y solo se les daría la connotación de valores; esto genera entonces un vacío en la tesis habermesiana pues no expone nada al respecto.

En este orden de ideas, se puede entender la teoría de principios como la forma de alcanzar un ideal político y democrático con tintes *neoiusnaturalistas*, que varios Tribunales constitucionales han adoptado al establecer el peso de los principios desde una perspectiva axiológica y teleológica, siguiendo la ponderación de principios de Robert Alexy, y dejando a un lado la perspectiva deontológica que propone Habermas. En el desarrollo del texto, se abordaron dos posturas que difieren entre sí a pesar de tener puntos de encuentro. Por ejemplo, Alexy toma la teoría de discurso de Habermas para fundar su tesis, pero se distancia de él al proponer la ponderación para solucionar problemas jurídicos cuando se configura colisión de derechos fundamentales, considerada para Habermas como irracional y carente de corrección y justificación, asimismo, no coinciden al establecer la naturaleza de los derechos fundamentales o normas de orden superior. Para la teoría habermesiana se deben considerar los derechos fundamentales como normas y no como valores. Para Habermas, los derechos fundamentales son

normas producto de un procedimiento discursivo y democrático que se da en el interacción social.

Por su parte, Robert Alexy aduce que su Teoría es de carácter procedimental, pero al revisar con detenimiento se evidencia que la ponderación que propone es más de fin y no de medio. Deja muchos sin sabores el método de la ponderación como sub principio del test de proporcionalidad, no se niega que en la subsunción el juez debe realizar interpretación, pero difiere bastante de lo que requiere el procedimiento ponderativo. Al tomar en este trabajo posición frente al tema, se genera una postura escéptica frente al método de la ponderación, y surgen algunas preguntas respecto a lo acá escrito: ¿La naturaleza de los derechos fundamentales deben ser entendidos como principios-valores o como normas jurídicas?; ¿La postura de Habermas respecto a la naturaleza normativa que le da a los derechos fundamentales, dejaría sin piso la clasificación que hace Alexy de normas: reglas y principios? A partir de estos dos cuestionamientos, se entra a concretar el concepto de principio, la norma o regla y los valores, meollo del asunto. En cuanto a los valores Otero Parga, hace referencia al contexto histórico-espiritual de la interpretación y tienen un grado menor de concreción que los principios, en relación a su aplicación y consecuencias jurídicas. Estos valores se van concretando en principios, que se orientan a explicar los contenidos, y estos principios se concretan en normas jurídicas.¹⁵⁶ En este sentido, Habermas introduce los derechos fundamentales como producto de un proceso discursivo a partir de los principios moral y democrático, y mediante la aplicación del principio (D) de discurso¹⁵⁷; por tanto, se entienden los derechos fundamentales como la concreción de principios constitucionales, y tomando la postura habermesiana en esta crítica, no se comparte que se dé la connotación de principios-valores a los derechos fundamentales. Esto

¹⁵⁶ OTERO PARGA, Milagros. Valores constitucionales: Introducción a la filosofía del derecho. Axiología Jurídica. 1ª. Edición. Santiago de Compostela: Editorial Manuais Universitarii, 2004. p. 23.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta 1998, p. 176.

convierte a la ponderación en un método idealizado y complejo en su aplicación, que no garantiza un proceso racional neutral distante de la discrecionalidad del juez. De igual forma, nacen otras preguntas al respecto ¿Con la teoría o modelo de principios se puede garantizar justicia para todos?, ¿Cómo se resolvería una colisión de derechos fundamentales desde una perspectiva deontológica trabajada por Dworkin, Rawls y Habermas?. Finalmente, éste escrito abre espacio para reflexionar sobre un método de interpretación que genera múltiples inquietudes respecto a su aplicación, y motiva a iniciar procesos de investigación desde una visión iusfilosófica, con el fin de controvertir aspectos neurálgicos de las teorías tanto alexyana y habermesiana frente al criterio metodológico pertinente para resolver colisión de derechos fundamentales, en aras de fortalecer sus teorías, manteniendo el escepticismo que se genera.

CONCLUSIONES

El objetivo trazado al inicio, se orientó a analizar la concepción iusfilosófica de Jürgen Habermas frente al método de ponderación de principios propuesto por Robert Alexy, en el marco de la teoría de la argumentación jurídica y práctica. Para esto se abordó en primera medida la concepción de reglas y principios a partir de la perspectiva de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Se trae a colación a Dworkin por dos razones básicas: Primero, porque Alexy toma parcialmente la tesis de distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas de Dworkin, que se convierte en el fundamento de su tesis de la ponderación. Y segundo, por el giro que toma Alexy frente a Dworkin para resolver casos difíciles, al punto de tomar posturas diferentes frente al tema de la discrecionalidad judicial, aspecto este último que será crucial en el debate Habermas-Alexy.

De igual manera, desde una perspectiva filosófica más profunda en esa relación entre Dworkin-Alexy; Dworkin sigue la línea de Rawls (deontológica) y Alexy se caracteriza por enmarcarse en una perspectiva axiológica del derecho. Del procedimiento de discusión consensual de Rawls se derivan dos principios de justicia: El principio de igualdad libertad y el principio regulador de las igualdades económicas y sociales, que depende del primero. Estos principios dan el fundamento consensual al ordenamiento jurídico positivo y constituyen un criterio de adjudicación sobre las demás normas, de donde parten las interpretaciones

constitucionales y ciudadanas que inciden en la normatividad que afecta el orden social. Rawls presenta una jerarquización de los principios de justicia aplicando la figura de orden lexicográfico que se considera el origen de la perspectiva deontológica de Dworkin. De esta manera, Dworkin da a los principios una jerarquía especial en su interpretación y adjudicación que no es susceptible de cambio por parte de jueces, legisladores o el ejecutivo.

Esto se trae a colación, precisamente porque al tomar Dworkin la línea de Rawls, los principios tienen un peso específico que permiten realizar un balanceo (*balancing theory*) por parte del juez, quien a partir de su interpretación da el peso correspondiente al principio que se encuentra en conflicto, y que se debe realizar en los tres momentos de la interpretación: pre interpretativa, interpretativa y post interpretativa, además, es con esta integración que se logra según Dworkin, la respuesta correcta. El balanceo resulta siendo la esencia de la tesis dworkiniana, caso contrario con Alexy, quien entra a hablar de ponderación.¹⁵⁸

En este sentido, en el primer capítulo se expuso la diferencia entre reglas y principios desde Ronald Dworkin y Robert Alexy. Dworkin, con su tesis de distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas, presenta una crítica al positivismo normativista. La diferencia radica en la dimensión de peso que tienen los principios y que carecen las normas; por tanto, cuando se presenta una colisión de principios el juez resuelve teniendo en cuenta el peso relativo de cada uno; caso contrario, cuando hay un conflicto entre normas una puede ser válida o inválida y esto depende de las consideraciones de las mismas normas. A su vez, considera que los valores reflejados en la constitución constituyen la moral pública, pilar de su

¹⁵⁸ MEJÍA QUINTANA, Oscar. El dilema histórico de la decisión judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. En: *Revista panameña de política*. Centro de Iniciativas Democráticas. No. 14. 2012; p. 67-103.

modelo de principios y, por este motivo, estos principios no se interpretan como las reglas sino requieren de un Juez Hércules capaz de dar la única respuesta correcta a partir de la moral política. Entonces, cuando se configuran casos difíciles según Dworkin, el juez debe descubrir los derechos y no inventar nuevos, por cuanto el juez no tiene esa competencia, él solo aplica el derecho preestablecido, no es creador de derecho y no es posible por consiguiente la discrecionalidad judicial.

Por su parte, Robert Alexy define la norma de derecho fundamental como un enunciado normativo que expresa un deber ser, y realiza una distinción entre reglas y principios a partir de su *Teoría de derechos fundamentales* al tratar la colisión de principios y el conflicto entre reglas. Para Alexy, un conflicto entre reglas se resuelve incluyendo una cláusula de excepción a una de las dos reglas o declarando inválida una de ellas. En cambio, al configurarse una colisión de principios se configura un caso difícil, que no se resuelve con la subsunción y, por ende, se entra a ponderar, donde prevalece el derecho fundamental con mayor peso. Ahora, respecto al tema de la discrecionalidad judicial, para Alexy el juez goza de cierta discrecionalidad al llevar a cabo un procedimiento ponderativo, pues valora criterios para determinar el peso de los derechos fundamentales en colisión y decidir cuál es el que prevalece sobre el otro. Frente a este aspecto se distancia Alexy de la teoría Dworkiniana.

Teniendo en cuenta la propuesta de la ponderación alexyana, en el segundo capítulo se abordó con más detalle este método de interpretación constitucional desde la obra *Teoría de derechos fundamentales*. De esta manera, se resalta la definición de principios desde la perspectiva alexyana, quien los define como normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, los denomina así como mandatos de optimización; por otro lado se encuentran las reglas, definidas por Alexy como aquellas normas que pueden ser cumplidas o no, a partir de lo fáctico y lo jurídico.

Asimismo, se hizo referencia a la estructura y los límites de la ponderación, método que se considera parte del tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, y se encuentra conformado por: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación; con respecto a la ley de la ponderación, consiste en cuanto mayor sea la medida de afectación de un principio, mayor debe ser la medida de la satisfacción del otro. El segundo elemento es la fórmula del peso o también llamado peso en abstracto, es el peso que se asigna a los principios teniendo en cuenta los valores de una comunidad determinada. Por último, una vez aplicada la fórmula del peso y si se obtiene un empate entre los principios, se acude a la carga de argumentación. Entre los límites que tienen la ponderación y que han sido objeto de fuertes críticas por parte de sus contradictores, como lo es Habermas, es el aspecto de la irracionalidad de la ponderación, la justificación y la corrección.

Para ahondar en esos límites del método ponderativo y en aras de cumplir con el objetivo de la investigación, se hizo una descripción de la postura iusfilosófica de Jürgen Habermas frente al método, expuesto en su obra *Facticidad y Validez*. Habermas inicia sus críticas con lo que puede entenderse la base fundamental para que se dé la irracionalidad del método, y es darle la connotación de principios-valores a los derechos fundamentales, pues de este modo se les esta dando un sentido teleológico (orientado a fines) y axiológico (valores). Por el contrario, propone que estos derechos sean vistos desde un punto de vista deontológico. Ahora, en cuanto a la aplicación de las normas y los principios-valores hay diferencias, por ejemplo, el carácter vinculante de las normas es absoluto y de los principios-valores es relativo, de acuerdo a estas posturas, para Habermas existen diferencias categóricas entre normas y valores. Por lo tanto, los derechos se deben expresar como normas y no como valores. La manera pertinente para Habermas, es considerar que las normas nacen de la deliberación política y democrática, por tanto son absolutas y no pueden ser ponderadas *a posteriori* por el juez, de esta manera propone que los derechos fundamentales sean normas binarias, absolutas y de carácter general.

A partir de esa base teórica, Habermas critica los juicios irracionales que se realizan en la aplicación del método de ponderación, pues es inevitable que se caiga en subjetividad por parte del juez al resolver un caso difícil teniendo en cuenta juicios valorativos, los cuales se dan dependiendo incluso del contexto social en el cual se aplica el método. Ahora en cuanto a la determinación de la corrección varía si se resuelve por valores o por normas, pues si es por valores se parte de lo que es bueno o malo para ciertas personas; y si es por normas se resuelve a partir de lo bueno para el sistema jurídico. Además, la ponderación no podría justificar cuando un juicio es correcto o no, precisamente por ser imposible realizar una justificación o fundamentación racional en un caso de colisión de principios.

Finalmente, en el cuarto capítulo se realizó una reflexión sobre las críticas habermesianas a la ponderación, partiendo del origen de los derechos fundamentales. Según Habermas, estos derechos nacen en la dinámica de un procedimiento discursivo, consensual y democrático en una comunidad determinada, así lo propone en su *Teoría Acción comunicativa* y en *Facticidad y Validez*. Por consiguiente, se crea un debate entre Habermas y Alexy frente a los conceptos de Política, Democracia y Derecho. Esa relación entre derecho y política en Habermas, se precisa que el derecho requiere un procedimiento legislativo que garantice la concreción de la opinión pública para lograr su legitimación, aplicando el principio del discurso que logra enlazar la esfera pública con las instituciones formales del Estado, y en ese consenso normativo se da la democracia deliberativa. Y es en ese procedimiento deliberativo donde nacen los derechos fundamentales.

Por tanto, Habermas busca justificar su tesis a partir de los modelos normativos de adjudicación constitucional y entra a criticar la ponderación y el caso concreto, al considerar los principios jurídicos como valores, desdibujan las decisiones judiciales, perdiendo así su carácter deontológico donde ya no se hablaría de justo para todos, sino de bueno para algunos, una perspectiva teleológica. De este modo,

presenta un modelo de democracia alterno al que denomina “Modelo sociológico de democracia alternativa”, como un modelo alternativo de adjudicación constitucional, con el cual busca superar el dilema que presentan el modelo liberal y republicano norteamericano.¹⁵⁹

Por su parte Alexy, también aduce que su teoría es de carácter procedimental, pero difiere de Habermas al incluir la ponderación como la forma de resolver problemas que configuren colisión de derechos fundamentales, contradice lo que él llama teoría procedimental. Por la sencilla razón, que él habla de derechos fundamentales como principios- valores susceptibles de ponderación, con carácter teleológico y axiológico, lo que lleva a plantear no una teoría de procedimiento sino una orientada a fines, según su naturaleza.

A modo de conclusión, se resalta que las críticas hacia la ponderación por parte de la teoría habermesiana abren un debate contemporáneo, interesante y relevante en la filosofía del derecho y la argumentación jurídica. Al mismo tiempo, deja vacíos y crea cierto escepticismo frente a este método de interpretación constitucional, como se expresó en párrafos anteriores. Pero precisamente el que una teoría genere inquietudes, dudas y críticas, es lo que permite la consolidación de una tesis. La idea en presentar críticas al método de la ponderación no es acabar con la ponderación, sino aportar a mejorar la tesis alexyana. Y surgen para finalizar los siguientes cuestionamientos: ¿Cómo se aplicaría la ponderación desde un carácter deontológico?, ¿Cuál sería su trascendencia?. Para responder estos interrogantes y otros planteados al finalizar el capítulo cuarto, la investigación debe continuar.

¹⁵⁹ Ibid., p.96

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Ailius. Reglas y principios en el razonamiento jurídico. En: *Anuario de Faculta de Dereito. Universidade de Coruña*, No. 4., 2000; pp. 593-602.

ACEVEDO SUAREZ, Aurymayerly. La influencia de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy en la Corte Constitucional Colombiana y su aplicación en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en Sentencias de Tutela que resuelven casos difíciles. Bucaramanga, 2013, 120p. Trabajo de Grado, Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho. Universidad Industrial de Santander.

ALEXY, Robert. El Concepto y la naturaleza del Derecho. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008, 97p.

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la argumentación Jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 347p.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607p.

ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia., No. 28, 2003. 152p.

AMAYA, Alvez. ¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional? En: *Revista de la facultad de derecho de México*, No. 253, 2010; pp. 357-380.

ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho? 10. Edición. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2004, 175p.

ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tomo II, 2006; pp. 853-877.

ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica. En: *Doctrina Jurídica Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM*. No. 134, 2005; 233p.

ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica Doctrina Jurídica Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México: Editorial Litoroda, 2005, 233p.

BARTH, José Francisco. Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (Comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís). En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 108, 2005; pp. 11-32.

BELTRAN, Miquel. La noción de interpretación en Dworkin. "Taula". En: *Quaderns de Pensament*, Universitat de les illes Balears, No.6, 1986; pp. 57-61.

BERNAL PULIDO, Carlos. Migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En: CARBONELL SANCHEZ, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor F; VALADÉS, Diego. Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo IV, Vol.1, 2015; pp. 235-276.

BLANCO CORTINA, David José. Hacia una concepción pragmática de la ponderación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014, 276p.

BOTERO, Andrés. Introducción iusfilosófica y crítica a la obra Facticidad y Validez de Habermas. En: *Filosofía del Derecho*. 2012; pp. 687-752.

BOTERO, Andrés. Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy. En: BOTERO BERNAL, Andrés. *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*. Buenos Aires (Argentina): Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010; pp. 193-228.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 139, 2014; pp. 65-100.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. MP. CEPEDA ESPINOSA, Manuel. Sentencia C-673 de 2001. 47p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. MP. MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia C-093 de 2001. 39p.

DURANGO ALVAREZ, Gerardo. Habermas y los Derechos Fundamentales. Medellín: Editorial Unaula, 2003, 187p.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducido por Marta Guastavino. 10ª Edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2015, 512p.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia No. 53. (11, Mayo, 1985). M.P.: MANUEL GARCÍA-PELAYO Y ALONSO. En: BOE. Madrid: Tribunal Constitucional de España, 119, 25p.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. 6ta Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010. 696p.

LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad judicial. En: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 25, 1989; pp. 413-439.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. En: *DOXA cuadernos de filosofía del Derecho*. No. 27, 2004; pp. 211-243.

MCCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el derecho. En: *Cuadernos de Filosofía del derecho Doxa*. No. 33, 2010, 781p.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. El dilema histórico de la decisión judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. En: Revista panameña de política. Centro de Iniciativas Democráticas. No. 14. 2012; p. 67-103.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: Entorno a Faktizität und Geltung. En: *Revista Ideas y Valores*. No. 103, 1997, pp. 32-52.

MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Amparo en Revisión No. 307 (2007). M.P. JUAN N. SILVA MEZA. En: Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Ciudad de México: Tomo XXVI. 805p.

OTERO PARGA, Milagros. Valores constitucionales: Introducción a la filosofía del derecho. Axiología Jurídica. 1ª. Edición. Santiago de Compostela: Editorial Manuais Universitarii. 2004, 177p.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS, Tyteca. Tratado de la argumentación: La nueva retórica. Traducido por Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Editorial Gredos, 1994. 856p.
PEREZ JARABA, María Dolores. Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. En: *Revista de Estudios Jurídicos*., No. 10, 2010; 124p.

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. ¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales. En: *Revista Vox Juris*, No. 31, 2016; pp. 81-96.

PRIETO SANCHIS, Luis. Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin. En: *Revista española derecho constitucional*. Año 5, No. 14, 1985; pp. 353-377.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. El concepto de derecho de Ronald Dworkin. En: *Revista de la Facultad de derecho de México*. No. 246, 2005; pp. 355-415.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Ronald Dworkin y los principios generales del derecho. México: Editorial Porrúa, 2007, 145p.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, 115p.

SCHWEMBER, Felipe. La institucionalización de la justicia de Robert Alexy. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 32, No.3, 2005; pp. 588-590.

SOBREVILLA, David. La concepción habermesiana del derecho. En: *DOXA cuadernos de filosofía del Derecho*. No. 30, 2007; pp. 563-579.

VIEHWEHG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Traducido por Luis Díez Picazo Ponce de León. 2ª edición. Madrid: Taurus 1986, 171p.

VIGO, Rodolfo. Conceptos de Derechos Fundamentales de Robert Alexy. [En línea]. [17 de Agosto de 2017] disponible en: <http://www.carlosparma.com.ar/conceptos-fundamentales-de-la-obra-de-robert-alexey/>